

WAHRNEHMUNGSBERICHT 2006

Auswirkungen des Fremdenrechtspakets
auf den Asylbereich

Forum Asyl

Herausgeber:

Forum Asyl (asylkoordination österreich, Caritas, Diakonie - Evangelischer Flüchtlingsdienst, Verein Projekt Integrationshaus, Österreichisches Rotes Kreuz, Volkshilfe Österreich)

Redaktion:

Anny Knapp, Barbara Linder (asylkoordination österreich)
Angela Brandstätter (Österreichische Caritas Zentrale)
Christoph Steinwendtner (Diakonie - Evangelischer Flüchtlingsdienst)
Christian Schmaus (Verein Projekt Integrationshaus)
Yasmina Beciragic (Österreichisches Rotes Kreuz)
Michael Weiss (Volkshilfe Österreich)

Erscheinungsjahr: Dezember 2006

Auflage: 100 Stück

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	3
Einleitung	5
Schubhaft für AsylwerberInnen	8
Rechtliche Änderungen.....	8
<i>Asylgesetz 1997</i>	8
<i>Asylgesetznovelle 2003</i>	8
<i>Fremdenrechtspaket 2005</i>	8
Explosive Zunahme der Schubhaft von AsylwerberInnen	9
<i>Ausweitung der Haftgründe für AsylwerberInnen</i>	9
Verlängerung der Haftdauer	10
Gründe für Schubhaft.....	12
<i>Schubhaft nach erster Befragung</i>	12
<i>Schubhaft nach erfolgter Verfahrenseinstellung</i>	12
<i>Schubhaft bei Folgeantrag</i>	13
<i>Schubhaft trotz Zulassung des Verfahrens</i>	13
Gelinderes Mittel	15
Haftbeschwerden	17
Besonders Schutzbedürftige.....	19
<i>Minderjährige in Schubhaft</i>	20
Rechtsberatung.....	21
Heilbehandlung statt Zwangsernährung	22
Schlussfolgerungen und Empfehlungen	23
Verpolizeilichung	24
<i>AsylG 97</i>	24
<i>AsylG-Nov 03</i>	24
<i>AsylG 2005</i>	25
Schlussfolgerungen und Empfehlungen	29
Fehlender Rechtsschutz	30
<i>AsylG 97</i>	30
<i>AsylG-Nov 03</i>	30
<i>AsylG 2005</i>	31
Beispielfälle	32
Schlussfolgerungen und Empfehlungen	36
Information im Asylverfahren	37
Zusammenfassung der Ergebnisse	37
Ergebnisse im Detail	39
Dublin – Verfahren	41
Die gesetzlichen Änderungen im Einzelnen	41
<i>Folteropfer und traumatisierte Personen</i>	41
<i>Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Berufungen</i>	41
<i>Schubhaft</i>	41
<i>Zurückweisung in jedem Verfahrensstand</i>	42
Zu den Problemen in der Praxis im Einzelnen.....	43
<i>Mängel im Ermittlungsverfahren</i>	43
<i>Rechte aus der EMRK</i>	47
<i>Ausschluss der aufschiebenden Wirkung</i>	48
<i>Fristen im Dublinverfahren</i>	48

Schlussfolgerungen und Empfehlungen	49
Besonders Schutzbedürftige	51
Minderjährige	51
<i>Exkurs zur Obsorgeproblematik</i>	53
Traumatisierung	55
<i>Begutachtung – Traumadiagnostik</i>	59
Empfehlungen	60
Betreuung von Flüchtlingen	61
Entlassung aus der Betreuung	61
Fehlende Zuweisung.....	64
Kriterienkatalog	65
Schlussfolgerungen und Empfehlungen	67
Binationale Ehen und Familien	69
Ehe und Aufenthalt von AsylwerberInnen.....	69
Eheschließung zwischen EWR-BürgerInnen und Drittstaatsangehörigen	71
Personenfreizügigkeit EWR-BürgerInnen.....	73
<i>Familiennachzug: Drittstaatsangehörige von EWR-BürgerInnen (Schweizern) §§ 47-50 NAG</i>	74
<i>Familiennachzug: EWR-BürgerIn, freizügigkeitsberechtigte/r ÖsterreicherIn §§ 52, 54, 56, 57 NAG</i>	74
<i>Drittstaatsangehörige von NICHT freizügigkeitsberechtigten EWR-BürgerInnen und ÖsterreicherInnen</i>	75
Verfassungsrechtliche Bedenken	76
Schlussfolgerungen und Empfehlungen	77

Zusammenfassung

Das umstrittene Fremdenrechtspaket 2005 befindet sich nunmehr fast ein Jahr in Umsetzung. Die in der Flüchtlingsarbeit tätigen Nichtregierungsorganisationen nehmen diese Periode zum Anlass, die Vollzugspraxis der durch dieses Paket neu geschnürten Gesetze anhand ihrer täglichen Erfahrungen und den daraus entstandenen Wahrnehmungen zu evaluieren. Wie schon im Jahr 2004 aus Anlass der umfassenden Novellierung des Asylgesetzes 1997 ist auch diesmal ein Wahrnehmungsbericht mit der Absicht erstellt worden, Menschenrechtsverletzungen und Rechtsschutzmängel aufzuzeigen, damit diese saniert werden mögen.

Der Wahrnehmungsbericht 2006 beleuchtet hauptsächlich die Auswirkungen der rechtlichen Neuerungen durch das Fremdenrechtspaket 2005 auf AsylwerberInnen, und konzentriert sich vor allem auf folgende Schwerpunkte: Verhängung von Schubhaft, Verpolizeilichung der Asylverfahren, Verfahren nach der Dublin II Verordnung, Umgang mit besonders Schutzbedürftigen, fehlender Rechtsschutz, Auswirkungen der aufenthaltsrechtlichen Regelungen auf Drittstaatsangehörige von EWR-Bürgern sowie auf die Betreuung und Grundversorgung.

Nach Wahrnehmungen der beteiligten Organisationen hat sich die Situation der Flüchtlinge in diesen Bereichen deutlich verschlechtert. Da die im Rahmen des Wahrnehmungsberichts 2004 festgestellten Mängel in den erstinstanzlichen Verfahren weiterhin zu keinen Verbesserungen geführt haben, schien es für die beobachtete Periode nicht erforderlich, die Qualität der Entscheidungen näher zu untersuchen.

Die augenfälligste Auswirkung des neuen Fremdenrechtspakets ist die **Zunahme von AsylwerberInnen in Schubhaft** um 500 Prozent im Vergleich zum Vorjahr. Schubhaft kann durch die Sicherheitsorgane auf den Verdacht hin verhängt werden, dass Österreich für die Prüfung des Asylantrages nicht zuständig sein wird; spätestens mit einer entsprechenden Mitteilung im Zulassungsverfahren erfolgt die Inhaftierung. Die Schubhaft wird trotz Zulassung des Verfahrens fortgesetzt. Bisher haben Haftprüfungsverfahren je nach UVS eine geringe bis gar keine Chance. Vom gelinderen Mittel wird nur bei Familienangehörigen Gebrauch gemacht, wenn zumindest ein Familienmitglied in Schubhaft angehalten wird.

Die bisher gängige Praxis, die erste **Befragung durch Sicherheitsorgane** durchführen zu lassen, wurde gesetzlich verankert, für viele AsylwerberInnen ein durchaus angstausslösender Erstkontakt. Die Zustellung einer negativen Entscheidung, die mit einer durchsetzbaren Ausweisung verbunden ist, erfolgt durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, sodass der/die Betroffene sofort in Schubhaft genommen werden kann. Zu den zahlreichen Ausweitungen der Kompetenzen der Exekutive liegen nicht nur unterschiedliche Auslegungen vor, sondern es haben einige der Bestimmungen in der Praxis noch keinen nachweisbaren Niederschlag gefunden.

Die **Einschränkungen des Rechtsschutzes** schlagen sich vor allem in einem komplizierten System der Zu- und Aberkennung der aufschiebenden Wirkung einer Berufung nieder. Diese Rechtsunsicherheit wird durch eine uneinheitliche Rechtssprechung verstärkt. Eine rechtskonforme Umsetzung scheint auch den Behörden Schwierigkeiten zu bereiten. Uneinheitlich ist auch die weitere Vorgangsweise nach der Zurückverweisung eines Verfahrens in die erste Instanz. Trotz Zulassung des Verfahrens wird in etlichen Fällen das Zulassungsverfahren weiter geführt und ein nahezu wortgleicher Unzuständigkeitsbescheid erlassen. Auch wenn das Verfahren von der Erstaufnahmestelle zugelassen wurde, erfolgten dennoch Zurückweisungen, nachdem das Verfahren über Monate liegen geblieben ist.

Obwohl der **Aufklärungs- und Informationspflicht** über das Asylverfahren in für die AsylwerberInnen verständlichen Sprachen auf die eine oder andere Weise nachgekommen wird, so ist gerade die Beauskunftung in schriftlicher Form mittels Informations- und Merkblättern, welche nebenbei bemerkt die nachhaltigste ist, eine bedenkliche. Dies insofern, als die deutsche

Originalvorlage den Übersetzungen im Inhalt nicht entspricht, wichtige Information unterlassen oder ungenau wiedergegeben wird und – von besonderer Bedeutung – das Niveau der eingesetzten Fachsprache nicht zielgruppengerecht aufbereitet wurde.

Die Umsetzung der **Dublin II-Verordnung** ist nicht nur mit einem großen Verwaltungsaufwand, sondern in vielen Fällen auch mit menschlichen Tragödien, die von Familientrennungen über Freiheitsentzug durch Schubhaft bis zu Retraumatisierungen führen, verbunden. Systematisch werden sog. „Dublin-Fälle“ in Schubhaft, allenfalls ins gelindere Mittel genommen. Häufig sind die Ermittlungen der Erstbehörde derart mangelhaft, dass der Bescheid durch den UBAS behoben wird. Oft wird auch von falschen Sachverhalten ausgegangen. Der Entfall des §24b, mit dem traumatisierte Flüchtlinge und Folteropfer vor einer Rücküberstellung in einen anderen Dublin-Staat geschützt waren, bringt mit sich, dass diese besonders schutzbedürftigen Personen von Rücküberstellungsmaßnahmen wie etwa Schubhaft oder Festnahme nicht verschont bleiben. Nicht selten werden die Betroffenen retraumatisiert.

Die rechtlich neu gefasste Bestimmung zu **Opfern von Gewalt** (§ 30 AsylG) verhindert lediglich die Abweisung im Zulassungsverfahren unter bestimmten Umständen und setzt einen höheren Maßstab für die besondere Schutzbedürftigkeit (krankheitswertige psychische Störung) an. Da regelmäßig von adäquater Behandlungsmöglichkeit im zuständigen Dublin-Staat ausgegangen wird, erweist sich die Schutzbestimmung als in der überwiegenden Zahl der Fälle als unwirksam. Für **unbegleitete Minderjährige** hat sich durch die neue Gesetzgebung kaum eine Verbesserung ergeben; nach wie vor fehlt die gesetzliche Vertretung für nach dem FPG handlungsfähige über 16jährige Personen. Dies widerspricht der Kinderrechtskonvention. Aufgrund von unzureichenden Altersfeststellungen wird der Rechtsschutz auch im Asylverfahren rechtswidrig eingeschränkt. Die bedenklichen Alterskorrekturen wirken sich auch auf die Versorgung und Betreuung aus. Anstatt einer altersgemäßen Unterbringung finden sich die Minderjährigen in Einrichtungen für Erwachsene.

Obwohl das System der **Grundversorgung** bereits 2004 eingeführt wurde, verzögerte sich die Implementierung in landesgesetzliche Regelungen. Anstatt eines einheitlichen Systems der sozialen Leistungen für AsylwerberInnen bestehen nun beträchtlich voneinander abweichende Normen. Obwohl die EU-Aufnahmerichtlinie einen Rechtsanspruch und ein Rechtsmittel vorsieht, bestehen hier gravierende Defizite bei der innerstaatlichen Umsetzung, wie auch der EUGH in einer jüngst ergangenen Entscheidung feststellt. In der Praxis führen die Probleme bei der Wiederaufnahme nach einer Beendigung, die fehlende aufschiebende Wirkung einer Entlassung oder die Anwendung von nicht veröffentlichten Kriterien der Hilfsbedürftigkeit zu einem rechtlich bedenklichen Zustand und zu einer nicht tolerierbaren sozialen Situation.

Neuerungen im **NAG verschlechtern den Status von Drittstaatsangehörigen** von EWR-BürgerInnen und ÖsterreicherInnen und bringen diskriminierende Bestimmungen zwischen diesen beiden Gruppen. Betroffen sind auch AsylwerberInnen, die als Angehörige von ÖsterreicherInnen nunmehr einen Antrag auf Niederlassung im Ausland (letzter Wohnsitz) einzubringen haben, wenn sie nicht legal eingereist sind oder sich nicht legal im Land aufhalten. Das ist für Asylsuchende oft unmöglich. Solange ein asylrechtliches Aufenthaltsrecht besteht, wird die Niederlassungsbewilligung nicht erteilt. Ein weiteres Erteilungshindernis ist die Einführung eines Unterhaltsnachweises nach den ASVG-Ausgleichzulagenrichtsatz, der von jungen Familien oft nicht erfüllt werden kann. Das Recht auf ein gemeinsames Familienleben wird damit verletzt.

Der Wahrnehmungsbericht 2006 erhebt betreffend die Erfassung der (negativen) Auswirkungen der neuen Regelungen aus dem Fremdenrechtspaket 2005 keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Zum einem wurde das Ziel verfolgt, nur die gravierendsten wahrgenommenen Probleme aufzuzeigen, zum anderen konnten problematische Neuerungen aufgrund fehlender Beobachtungen zum Vollzug nicht behandelt werden.

Einleitung

Asylrechtliche Regelungen waren in den letzten Jahren zahlreichen Änderungen unterworfen. Diese Änderungen haben aus Sicht der in der Flüchtlingsarbeit tätigen Wohlfahrtsorganisationen kaum Verbesserungen für die Betroffenen mit sich gebracht, insbesondere wurde der Rechtsschutz deutlich eingeschränkt.

Jedes europäische Asylsystem muss vom Grundsatz der Respektierung der Genfer Flüchtlingskonvention 1951 (GFK) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) getragen sein. Ein wichtiger, nicht einschränkbarer Eckpunkt eines rechtsstaatlichen Verfahrens ist das Recht auf wirksame Beschwerde. So verlangt insbesondere die EMRK, dass negative Entscheidungen vor einer unabhängigen Untersuchungsinstanz angefochten werden können, die sowohl Tatsachen- wie auch Rechtsfragen überprüfen kann. Daraus ergibt sich, dass Berufungen jedenfalls aufschiebende Wirkung zukommen sollte.

Die Absicht der letzten beiden Gesetzesänderungen (2003 und 2005) war eine noch deutlichere Verfahrenskonzentration in Verbindung mit einer erhöhten Beschleunigung der Verfahren; dadurch sollte allen Schutzbedürftigen so rasch wie möglich der notwendige Schutz zukommen. Eine rasche Erledigung von Asylanträgen darf jedoch nicht auf Kosten rechtsstaatlicher Grundsätze erfolgen. Damit ein effektiver Schutz tatsächlich gewährleistet ist, darf bei Verfahrensstandards nicht von Minimalanforderungen ausgegangen werden.

Wie der Gesetzgeber selbst in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ausführt, war auch die Unlesbarkeit der Vorläuferbestimmung Anlass für eine Neukodifikation. Allerdings wurde dieses Ziel mit dem Asylgesetz 2005 über weite Strecken nicht erreicht. Beispielsweise sei an die komplizierte Regelung der Zu- bzw. Aberkennung- und neuerlichen Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer Berufung gegen die mit einer Zurück- oder Abweisung verbundene Ausweisung oder das konstruktive Zulassungsverfahren hingewiesen.¹ Die vorliegende Fassung des Asylgesetzes, die selbst mit unserem Kultur- und Rechtssystem vertrauten Personen einiges an Einarbeitungszeit abverlangt, ist für den in der Regel rechtsunkundigen Asylwerber nahezu unverständlich. Das bestehende Informationssystem kann diesem Mangel nicht grundsätzlich abhelfen.

Erstaufnahmestellen (EAST) mit Unterbringungseinheiten wurden im Jahr 2004 eingerichtet, damit AsylwerberInnen in der ersten Verfahrensphase der Behörde zur Verfügung stehen und sie an dem Verfahren leichter mitwirken können. Die gerade erst erfolgte Umstrukturierung wird durch das Fremdenrechtspaket und die exzessive Verhängung der Schubhaft² untergraben. Anstatt in der EAST versorgt zu werden, werden AsylwerberInnen in polizeiliche Anhaltezentren im gesamten Bundesgebiet verbracht, wodurch ein erheblicher Mehraufwand (Überstellungskosten, Bewachungspersonal, leer stehende Betreuungsstellen, höherer Personalaufwand durch Terminvereinbarungen, etc.) entsteht.

AsylwerberInnen, die durch Folter oder durch gleichwertige Ereignisse an einer psychischen Störung leiden, sind eine besonders schützenswerte Gruppe. Laut erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage ist es daher erforderlich, im Verfahren besondere Sicherheitsmechanismen vorzusehen. Der einst mit der Novelle 2003 neu eingeführte §24b AsylG, der diesen Schutz tatsächlich gewährleistete und diese Personengruppe vor Zurückschiebung in Mitgliedsstaaten der EU bewahrte, wurde gestrichen. Dadurch kommen

¹ Bspw. § 28 Abs. 3 AsylG: „[...] wird der Antrag im Zulassungsverfahren abgewiesen, gilt dieser Antrag als zugelassen, wenn oder sobald der Berufung gegen diese Entscheidung aufschiebende Wirkung zukommt.“

² Eine Steigerung um beinahe 500%

auch traumatisierte Flüchtlinge in Schubhaft, werden für Monate von ihren Familien getrennt und es wird somit die Möglichkeit einer Retraumatisierung in Kauf genommen.

Der Umgang mit Flüchtlingen erfordert nicht nur spezifisches Wissen in Menschenrechtsfragen, sondern auch Sensibilität im Umgang mit den Betroffenen. Nicht zuletzt aus diesen Gründen wurden für die Erfüllung dieser Anliegen auch Spezialbehörden eingerichtet. Der mit der Novelle 2003 einsetzende Trend der stärkeren Involvierung der Sicherheitsbehörden wurde mit dem Asylgesetz 2005 fortgesetzt. Diese Verpolizeilichung bei der Behandlung von Schutzsuchenden hat in zahlreiche Bestimmungen Eingang gefunden, etwa die Erstbefragung durch die Polizei oder die Schubhaftverhängung.

Während der Beratungen zum Asylgesetz 2005 wurde von Seiten der NGO und anderer Institutionen auf bedenkliche Neuerungen hingewiesen. Änderungsvorschläge und Kritik wurden aber großteils nicht berücksichtigt. So kann es nicht verwundern, dass die entstandene Rechtsunsicherheit einer Klärung durch die Höchstgerichte bedarf und zahlreiche Beschwerdefälle bei den Höchstgerichten anhängig sind. Eine Verfahrensverlängerung ist die Folge. Während die Auswirkungen von Gesetzesverschärfungen zu schwierigeren Betreuungs- und Vertretungssituationen führen (AsylwerberInnen in Schubhaft inhaftiert oder im laufenden Verfahren abgeschoben), wirken sich die wenigen Verbesserungen kaum auf die Betroffenen und den Beratungsalltag aus. Dazu zählen die Ausgestaltung des Status als subsidiär Schutzberechtigter (Familienzusammenführung, Arbeitsmarktzugang), die Wiederherstellung des Abschiebungsschutzes während offener Berufungsfrist und die personelle Aufstockung der Asylbehörden.

Die mit der Asylgesetznovelle 2003 eingeführten Änderungen des Asylrechts waren Gegenstand einer umfassenden Analyse, die im Dezember 2004 in Form eines Wahrnehmungsberichts von einigen NGOs, Mitgliedern des Forum Asyl, präsentiert wurde. Der nun vorliegende Wahrnehmungsbericht knüpft daran an und geht auf einige wesentliche Problembereiche ein. Im Gegensatz zum letzten Bericht werden in diesem Bericht die Verfahren in den EAST nicht analysiert, da nach den Erfahrungen der NGO keine Verbesserungen in der Qualität der Verfahren eingetreten ist und somit der Befund, wonach die Verfahren generell unter Verfahrensmängeln leiden, weiterhin gültig ist.

Der kürzlich vom UBAS erstellte Tätigkeitsbericht für die Jahre 2004 und 2005 bestätigt den Befund: allein im ersten Halbjahr 2006 wurden 40 Prozent der erstinstanzlichen Entscheidungen behoben. Auch der Blick auf die vorangegangenen Jahre zeigt, dass 42 Prozent der Berufungen erfolgreich sind.³ Bei den Verfahren zur Zuerkennung des Flüchtlingsstatus beträgt die Stattgebungsquote 2004 rund 63 Prozent, 2005 rund 57 Prozent.

Aus dem UBAS Bericht geht auch die Wichtigkeit der nachprüfenden Kontrolle durch die Höchstgerichte hervor: 15 Prozent der an den VfGH herangetragenen Beschwerden wurde stattgegeben (7 Fälle im Jahr 2005, 3 im Jahr 2004), der Verwaltungsgerichtshof behob 22 Prozent der Bescheide des UBAS 2004 (200 stattgebende Entscheidungen) und 14 Prozent im Jahr 2005 (196 stattgebende Entscheidungen).

Die seit Jänner 2006 in Kraft getretenen, restriktiveren Bestimmungen haben sich auch auf die Anzahl von Schutzsuchenden in Österreich ausgewirkt. Der Rückgang von 38 Prozent gegenüber dem Vergleichszeitraum des Vorjahres ist dafür ein deutlicher Indikator.

³ Dabei wurden die Berufungen gegen § 4 Drittstaatssicherheit, die wegen der Übergangsbestimmungen in die 1. Instanz zurückgefallen sind, nicht berücksichtigt.

In die einzelnen Beiträgen wurden die gesetzlichen Veränderungen durch die Novelle 2003 und das Asylgesetz 2005 kurz dargestellt, um die systematischen Änderungen im Gesetz nachvollziehbar zu machen. Die letzten Änderungen durch das Fremdenrechtspaket sind in einigen Bereichen - etwa bei der Frage der aufschiebenden Wirkung von Berufungen - nur Modifikationen der bereits in der Asylgesetznovelle 2003 festgelegten besonderen Verfahrensregelungen für Asylverfahren, stellen aber gravierende Abweichungen vom Asylgesetz 1997 dar. Die in relativ kurzen Zeitintervallen erfolgten Novellen sind sowohl für Behörden als auch RechtsberaterInnen und RechtsvertreterInnen schwierig zu überschauen und führen aufgrund der gesetzlichen Übergangsbestimmungen dazu, dass drei unterschiedliche Asylrechtsfassungen nebeneinander zur Anwendung kommen.

Dieser Wahrnehmungsbericht beruft sich bei den aufgezeigten Problembereichen auf die im Begutachtungsverfahren abgegebenen Stellungnahmen von Institutionen, die nicht an diesem Bericht mitgearbeitet haben, um den Bedenken der NGOs größeres Gewicht zu verleihen.

Die Darstellung und Analyse problematischer Bestimmungen wurde zugunsten der Verständlichkeit auf das Notwendigste beschränkt. Die gesetzlichen Verschärfungen wurden soweit wie möglich anhand von Beispielen dargestellt. Letztlich sind es die einzelnen AsylwerberInnen, die von diesen betroffen sind und die verschärften Bestimmungen zu spüren bekommen.

Schubhaft für AsylwerberInnen

Rechtliche Änderungen

Asylgesetz 1997

Nach dem AsylG 1997 war eine Verhängung der Schubhaft für AsylwerberInnen dann möglich, wenn sie vor Stellung ihres Asylantrags von den fremdenpolizeilichen Behörden aufgegriffen worden waren. Nach der Erlassung einer Ausweisung oder eines Aufenthaltsverbots wurden sie trotz Stellung eines Asylantrags in Schubhaft gehalten. Nach Einlangen der Berufung gegen den erstinstanzlichen Bescheid wurde, sofern es sich nicht um eine Zurückweisung wegen Drittstaatssicherheit gem. § 4 AsylG, vertraglicher Unzuständigkeit gem. § 5 AsylG oder um eine Abweisung wegen offensichtlicher Unbegründetheit gem. § 6 AsylG handelte, die Schubhaft beendet. Die Aufrechterhaltung der Schubhaft bei Erlassung von Bescheiden gem. §§ 4,5,6 AsylG wurde von den fremdenpolizeilichen Behörden damit begründet, dass die rechtskräftige Beendigung des Asylverfahrens innerhalb des für die Schubhaft gesetzlich zulässigen maximalen Zeitraums von 6 Monaten wahrscheinlich sei.

Asylgesetznovelle 2003

Eines der Argumente für die Einrichtung der Erstaufnahmestellen für AsylwerberInnen war laut Gesetzerläuterungen, Asylverfahren nicht mehr in Schubhaft führen zu wollen, sondern nach Antragstellung ein einheitliches Zulassungsverfahren in den Erstaufnahmestellen durchzuführen. Allerdings beinhaltete § 21 AsylG bzw. § 24 Abs. 6 auch weiterhin die Möglichkeit, bei Schubhaftverhängung vor Asylantragstellung diese aufrecht zu erhalten. Immerhin wurden durch § 24b AsylG Folteropfer und Traumatisierte zum Verfahren zugelassen und durften nach der damaligen Gesetzeslage nicht in Schubhaft genommen werden. Die Bewegungsfreiheit wurde durch die Anwesenheitspflicht in der Erstaufnahmestelle (EAST) eingeschränkt, ein Verstoß dagegen war mit Schubhaft ahndbar.

Fremdenrechtspaket 2005

Das Fremdenrechtspaket 2005 unter besonderer Berücksichtigung des AsylG schränkt die Freiheit von Asylsuchenden nun nicht mehr bloß durch die Anwesenheitspflicht in der Erstaufnahmestelle ein, das Asylverfahren soll nach dem Willen des Gesetzgebers bei bestimmten Voraussetzungen in der Schubhaft geführt werden. Neu eingeführte Bestimmungen des § 76 Abs. 2 FPG bewirken, daß die Schubhaft schon in einem sehr frühen Stadium des Verfahrens verhängt werden kann, im Rahmen des Asylverfahrens wird auch ein Ausweisungsverfahren eingeleitet (§27 AsylG).

Weiters wurde durch das Fremdenrechtspaket 2005 die Verfahrenszulassung von Folteropfern und Traumatisierten das § 24b AsylG 2003 beseitigt, somit können auch diese besonders Schutzbedürftigen nunmehr in Schubhaft genommen werden. Die Schubhaft wurde außerdem gem. § 80 Abs. 4 FPG auf eine Höchstdauer von 10 Monaten erweitert. Um rechtskräftige Ausweisungsentscheidungen effektiv durchzusetzen, kann ein/e abgelehnte/r AsylwerberIn bei Haftunfähigkeit aufgrund eines Hungerstreiks zwangsernährt werden.

Explosive Zunahme der Schubhaft von AsylwerberInnen

Von Jänner bis September dieses Jahres wurden 2080 AsylwerberInnen in Schubhaft genommen, insgesamt gab es 6592 Schubhaftfälle. Jeder Dritte, der in Schubhaft kommt, ist Asylwerber. Während unter der früheren Rechtslage AsylwerberInnen erst verhaftet wurden, wenn eine durchsetzbare Ausweisung vorlag, reicht nun die Annahme, dass Österreich nicht für die Prüfung des Antrages zuständig sei. Diese erweiterten Möglichkeiten der Inhaftierung von AsylwerberInnen bewirkt eine Zunahme von rund 500%. Insgesamt kam es 2005 nach der alten Rechtslage zu 662 Schubhaftverhängungen, in 78 Fällen wegen eines Folgeantrags, bei 403 AsylwerberInnen lag eine durchsetzbare Ausweisung vor und in 181 Fällen kam es wegen unerlaubten Verlassens der EAST zur Inhaftierung. Ein Anstieg der Schubhaftverhängungen aufgrund der erweiterten Tatbestände wurde auch von Innenministerin Prokop erwartet.⁴

Ausweitung der Haftgründe für AsylwerberInnen

☞ Die neuen Bestimmungen des § 76 Abs. 2 FPG bekamen 4 pakistanische Asylwerber im Jänner zu spüren, die im Burgenland aufgegriffen und in das polizeiliche Anhaltezentrum (PAZ) Eisenstadt eingeliefert wurden. Die erste Befragung wurde von den Sicherheitsorganen durchgeführt, die feststellten, dass die Einreise aus Ungarn erfolgte, zusätzlich ein Eurodac-Treffer vorlag und somit den Grund zur Annahme rechtfertigte, dass der Antrag zurückgewiesen werden wird.

Bis September wurden 1037 AsylwerberInnen aufgrund solcher Annahmen nach der Befragung durch die Sicherheitsorgane in Schubhaft genommen.

Weitere 621 AsylwerberInnen wurden in der Erstaufnahmestelle (EAST) inhaftiert, nachdem die erste Einvernahme mit der Mitteilung beendet wurde, dass der Antrag voraussichtlich zurück- oder abgewiesen wird. Eine mit der Mitteilung der voraussichtlichen Zurück- oder Abweisung verbundene Einleitung eines Ausweisungsverfahrens kann weiters wegen der Einstellung eines in zweiter Instanz anhängigen Asylverfahrens erfolgen.

225 Inhaftierungen erfolgten mit negativem Abschluss des Zulassungsverfahrens. Die restlichen 197 Schubhaftfälle sind mit einem vor der Stellung des Asylantrags erlassenen Aufenthaltsverbot bzw. Ausweisung begründet.

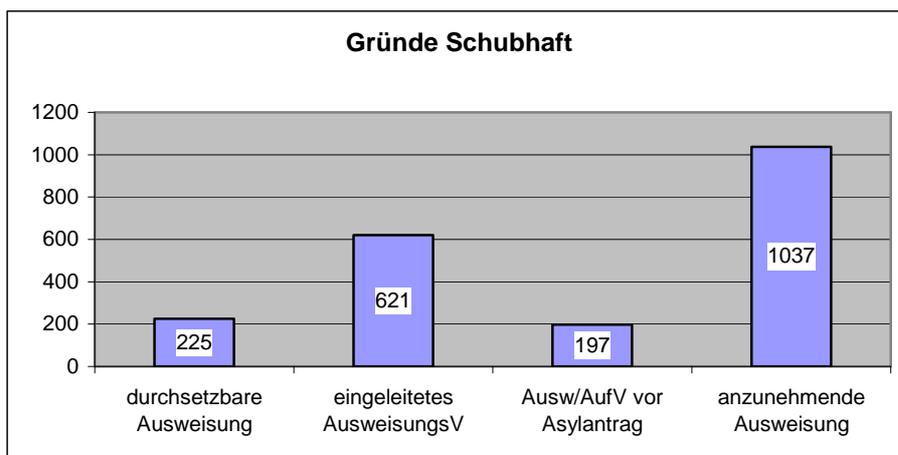


Tabelle: AsylwerberInnen in Schubhaft und Haftgründe

⁴ Parlamentarische Anfragebeantwortung zu „Verhängung von Schubhaft über minderjährige Asylwerber“, 3456/AB XXII. GP, 9.12.2005

Verlängerung der Haftdauer

Die zulässige Haftdauer wurde von 6 auf 10 Monate verlängert. Der Menschenrechtsbeirat kritisiert in seiner Stellungnahme die Verlängerung der Schubhaft und empfiehlt, eine absolute zeitliche Obergrenze der Schubhaft beizubehalten und Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Dauer der Schubhaft in das Gesetz aufzunehmen.⁵

AsylwerberInnen können nun bereits am Beginn des Verfahrens inhaftiert werden; früher war die negative Entscheidung erster Instanz Voraussetzung, außer der/die AsylwerberIn entfernte sich unerlaubter Weise aus der EAST. Bei AsylwerberInnen, deren Antrag wegen Unzuständigkeit Österreichs für die Prüfung des Asylantrags zurückgewiesen wird (Dublin II Verordnung), ist die mit der Entscheidung verbundene Ausweisung durchsetzbar, der Berufung kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Die Überstellung in den zuständigen EU-Staat kann aber erst erfolgen, nachdem die 14tägige Berufungsfrist und bei Einlegen eines Rechtsmittels, die 7tägige Entscheidungsfrist des UBAS über die aufschiebende Wirkung der Berufung abgelaufen ist.

Dublin-Konsultationsverfahren gehen zwar bei Vorliegen eines Eurodac-Treffers in der Regel schnell, spätestens nach 2 Wochen muss der ersuchte Mitgliedsstaat antworten, wenn der Flüchtling in diesem Land bereits einen Asylantrag gestellt hat (Wiederaufnahmeersuchen) und ein Eurodac-Treffer vorliegt. Ist er/sie nicht als AsylwerberIn registriert, kann die Zustimmung oder Ablehnung bis zu 2 Monaten dauern. Wenn sich der Asylbewerber in Gewahrsam befindet, kann eine dringliche Dublin-Anfrage gestellt werden – dem zuständigen Staat muss eine Frist von mindestens 1 Woche für die Beantwortung eingeräumt werden, spätestens nach einem Monat muss die Antwort erfolgen. Da die Schubhaft regelmäßig vor oder bei Einleitung von Dublin-Konsultationen verhängt wird, werden dringliche Anfragen gestellt, womit eine kürzere Haftdauer ermöglicht wird. Es vergehen jedoch auch bei zügig laufenden Dublin-Konsultationen einige Wochen, bis eine Überstellung durchgeführt werden kann.

☞ *Ein tschetschenischer Asylwerber, der Mitte Jänner von der BH Gmünd in Schubhaft genommen wurde, verbrachte 183 Tage Schubhaft. Verfahrensverzögerungen ergaben sich bereits durch serielle Zuständigkeitsanfragen – so wurde zuerst Polen angefragt, erst später Tschechien. Nach Einlangen der tschechischen Zuständigkeitserklärung vergingen bis zur ersten Enthftung mehr als 2 Monate. Dem Asylwerber waren aber nur wenige Tage in Freiheit gegönnt, nach Erlassung eines Dublin-Bescheides wurde er neuerlich für 49 Tage inhaftiert. Bis zur Behebung des Dublin-Bescheides durch den UBAS vergingen 28 Tage. Weitere 24 Tage später führt eine UVS Beschwerde zur Enthftung.*

So ist es nicht verwunderlich, dass AsylwerberInnen Berufungsverzichte abgeben und nichts mehr gegen eine Zurückschiebung unternehmen, um endlich der unerträglichen Schubhaftsituation zu entkommen.

☞ *Ein georgischer Asylwerber, der seit 23.7.2006 in Schubhaft ist, kam in diese mißliche Lage aufgrund eines angeblich von ihm 10 Tage vorher unterschriebenen Berufungsverzichts. Der Asylwerber kann sich jedoch nicht erinnern, etwas unterschrieben zu haben. Bei Nachfragen der zuständigen Fremdenpolizei beim Bundesasylamt stellt sich heraus, dass irrtümlich der Berufungsverzicht einer anderen Person zum Akt genommen worden war.*

⁵ Stellungnahme des Menschenrechtsbeirates zum Begutachtungsentwurf des BMI zum Asyl- und Fremdenpolizeigesetz 2005, 45/SN-259/ME XXII. GP

- ☞ *Einem psychisch kranken Tschetschenen wird in Traiskirchen erklärt, dass er bis zu 10 Monate in Schubhaft genommen werden kann, sollte er jedoch auf die Berufung verzichten, würde es nur 10 Tage dauern, bis er wieder in Polen ist. Fraglich ist, ob der von ihm abgegebene Berufungsverzicht freiwillig erfolgte.*

Ergänzend ist anzumerken, dass sich die Haft durch weitere Anfragen an andere Mitgliedstaaten verlängern kann. In diesem Zusammenhang wird im Folgenden die Entscheidung einer Berufungsbehörde im fremdenpolizeilichen Verfahren präsentiert, die im besonderen Maße den Verfahrensverzögerung und somit die Hinauszögerung der Anhaltedauer darstellt.

Der Unabhängige Verwaltungssenat (UVS) Burgenland stellt in einem Beschwerdeverfahren fest, dass die Asylbehörde am 19.07.2006 zwar ein Konsultationsverfahren mit Polen einleitete, jedoch derartige Konsultationen zu dieser Zeit nicht mit Deutschland und auch nicht mit der Slowakei einleitete oder führte. Erst nach Vorliegen der (negativen) Antwort der Republik Polen leitete das Bundesasylamt am 08.08.2006 (und somit erst etwa drei Wochen nach Beginn der Konsultationen mit Polen) Konsultationen mit der Slowakei ein, obwohl es dem Bundesasylamt ohne weiteres möglich gewesen wäre, diese Konsultationen bereits ebenfalls früher zu beginnen.

Der UVS Burgenland stellt fest, „dass die Bewältigung der fremdenpolizeilichen Aufgabe infolge Trennung der schubhaftverhängenden Behörde einerseits und der das aufenthaltsbeendende Verfahren führenden Behörde andererseits der Mitwirkung der Asylbehörde bedarf und einen nicht unbeträchtlichen organisatorischen Mehraufwand bedeutet. [...] Es ist aber im Sinne des § 80 Abs. 1 FPG daher umso mehr Aufgabe der Fremdenpolizeibehörde, den Fortgang des Ausweisungsverfahrens zu beobachten und darauf zu dringen, dass Säumigkeiten nicht entstehen oder aus beobachteten Säumigkeiten die Konsequenzen hinsichtlich der Aufrechterhaltung der Schubhaft zu ziehen. Die Bezirkshauptmannschaft Neusiedl am See muss sich nämlich im Rahmen der von ihr zu vertretenden Schubhaft zurechnen lassen, wenn sie aus nicht zu rechtfertigenden Säumigkeiten im Ausweisungsverfahren keine Konsequenzen zieht.“⁶

Wie Erfahrungen von NGOs und bisherige Rechtsprechung zeigen, sind die Chancen, nach Ergreifen einer Berufung enthaftet zu werden, gering.

Die Fremdenpolizei kann die Schubhaft bis zur Entscheidung des UBAS über die **Berufung gegen die Zurückweisung des Antrags** rechtmäßig fortsetzen, wofür diesem bis zu 8 Wochen eingeräumt werden. Bei negativem Ausgang des Berufungsverfahrens kann die Haft bis zur Überstellung in den zuständigen EU-Staat verlängert werden. Gibt der UBAS der Entscheidung statt, ist das Verfahren zugelassen und das eingeleitete Ausweisungsverfahren hinfällig. Somit müsste auch die Schubhaft beendet werden. Sowohl von den fremdenpolizeilichen Behörden als auch von vielen Unabhängigen Verwaltungssenaten wird die Fortsetzung der Schubhaft jedoch als rechtmäßig angesehen und auf § 80 Abs. 5 letzter Satz FPG gestützt. Dass nach einer Zurückverweisung des UBAS die Aufrechterhaltung der Schubhaft zulässig wäre, ergibt sich aus dieser Bestimmung nicht, jedenfalls nicht schlüssig.

Die Zulassung des Verfahrens und die Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung führt nicht zur Enthaftung. Hat das Bundesasylamt ein Ausweisungsverfahren eingeleitet oder wurde eine durchsetzbare Ausweisung erlassen, wird die Schubhaft während des Berufungsverfahrens fortgesetzt, selbst wenn die aufschiebende Wirkung nicht aberkannt oder vom UBAS zuerkannt wurde. Der UBAS hat bei AsylwerberInnen, die sich in Haft befinden, binnen 3 Monaten über die

⁶ UVS Burgenland Erkenntnis 166/10/06046 vom 6.9.2006

Berufung zu entscheiden, im Falle der Abweisung kann die Schubhaft bis zum Ablauf der vierten Woche nach rechtskräftiger Entscheidung verlängert werden.

☞ *Eine junge Goranerin aus Belgrad bringt am 07.04.2006 in der Erstaufnahmestelle Traiskirchen einen Antrag auf internationalen Schutz gemeinsam mit ihrer Schwester und deren Angehörigen ein und wird am selben Tage durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes befragt. Dabei gibt sie an, in Belgrad wegen ihrer ethnischen Zugehörigkeit von Dritten bedroht worden zu sein, weil man sie als Angehörige der albanischen Volksgruppe ansehe. Nach der ersten Einvernahme im Zulassungsverfahren wird ihr mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, den Antrag gem. § 29 Abs. 3 Z. 5. AsylG abzuweisen. Die Asylwerberin wird aufgrund des damit eingeleiteten Ausweisungsverfahrens im PAZ Eisenstadt in Schubhaft genommen. Sie wird am 20.04.2006 aus der Schubhaft in die EAST-Ost zu einer weiteren Befragung vorgeführt, unmittelbar danach wird ihr Antrag auf internationalen Schutz abgewiesen und die junge Frau nach Serbien und Montenegro, Provinz Kosovo, ausgewiesen.*

Zur Berufungsverhandlung vor dem UBAS in Linz wird die Asylwerberin am 21.06.2006 aus der Schubhaft vorgeführt. Im Gegensatz zum Bundesasylamt EAST-Ost hält der UBAS ihr Vorbringen für glaubwürdig und spricht ihr subsidiären Schutz zu. Das entscheidende Mitglied merkt dazu an, dass „die Berufungswerberin bereits in sichtlich schlechter psychischer Verfassung zur Verhandlung vorgeführt wurde, sie schien von der bis dato über zweimonatigen Schubhaftdauer angesichts ihres jungen Alters und der persönlichen Isolation dort zermürbt zu sein“.⁷

Gründe für Schubhaft

Schubhaft nach erster Befragung

Bei der Annahme der Zuständigkeit eines anderen Staates gibt es noch keinerlei Gewissheit, dass das Dublin-Konsultationsverfahren mit einer Zusage eines anderen EU-Staates über die Aufnahme des betreffenden Asylwerbers abgeschlossen werden wird oder Österreich nicht von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch machen wird. Dieser Freiheitsentzug ohne jede Gewissheit, ob die Voraussetzungen für eine Ausweisung vorliegen und ohne anhängiges Ausweisungsverfahren, ist aus menschenrechtlicher Sicht bedenklich und scheint verfassungswidrig.

Der Verfassungsgerichtshof stellt in seinem Erkenntnis B 362/06-10 vom 24. Juni 2006 fest, dass der Gesetzgeber für die auf AsylwerberInnen anwendbaren Bestimmungen des § 72 Abs. 2 FPG „keine ausdrückliche Regelung darüber getroffen (hat), unter welchen Voraussetzungen die Anordnung der Schubhaft - abgesehen von der Subsumtion unter einen der in Z 1 bis 4 geregelten Tatbestände - zulässig ist.“ Unter Hinweis auf Art. 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die persönliche Freiheit und den Erläuterungen in der Regierungsvorlage lasse sich das Gebot ableiten, „wonach die Verhängung der Schubhaft notwendig sein muss, um das Verfahren zu sichern.“ Nur wenn im Rahmen des Ermessens die fremdenpolizeiliche Behörde die Verhältnismäßigkeit der Schubhaft abwägt, ist nach Ansicht des VfGH eine nach § 76 Abs. 2 Z 4 FPG verhängte Schubhaft nicht verfassungswidrig.

Schubhaft nach erfolgter Verfahrenseinstellung

☞ *Ein 19jähriger Tschetschene sitzt die Folgen des „Verschlafens“ eines Einvernahmetermins in der Schubhaft ab. Er wurde in der EAST Traiskirchen verhaftet, weil sein Verfahren sofort eingestellt worden war, nachdem er den Ladungstermin versäumte. Mittlerweile ist sein*

⁷ 301.633-C1/E1-XVIII/60/06 vom 4.7.2006

Verfahren zwar zugelassen und er somit zum Aufenthalt berechtigt, aber das Bundesasylamt bemühte sich um einen raschen negativen Asylbescheid. Eine Schubhaftbeschwerde endete negativ.

- ☞ Ein Asylwerber, der die Fortsetzung seines noch 2005 eingestellten Verfahrens im Jänner 2006 beantragte, wurde wegen unerlaubten Entfernens aus der EAST in Schubhaft genommen, obwohl er aufgrund des zugelassenen Verfahrens zum Aufenthalt berechtigt ist und obwohl es diese Bestimmung im Asylgesetz 2005 nicht mehr gibt. Die BH Neusiedl versicherte sich über die Vorgangsweise beim Bundesasylamt Eisenstadt. Der UVS stellte in seiner Entscheidung klar, daß es nicht Zweck der Schubhaft ist, die Durchführung des Asylverfahrens, sondern nur eines Ausweisungsverfahrens zu sichern.⁸
- ☞ Anlässlich einer Anwesenheitskontrolle in der EAST Traiskirchen wird festgestellt, dass das Asylverfahren eines Goraners aus dem Kosovo eingestellt worden ist. Beim Bundesasylamt in Traiskirchen war eine Entlassung aus dem PAZ Wien registriert, allerdings wurde der Asylwerber nicht in Wien inhaftiert, sondern ist von Wien aus ins PAZ in St.Pölten gebracht worden. Das wurde jedoch weder der BH Baden noch dem BAT kommuniziert, ein zentrales Register besteht nicht und eine Meldung ist für Schubhäftlinge nicht vorgesehen.

Schubhaft bei Folgeantrag

Bei Familienangehörigen, die aufgrund der Statusgewährung für einen Angehörigen einen Antrag stellen, um ihr Recht auf Gewährung des selben Status geltend zu machen, kommt es immer wieder zur Registrierung als Folgeantrag, obwohl keine res-iudicata vorliegen kann.

- ☞ In Schubhaft genommen wird ein nigerianischer Staatsbürger, nachdem er einen neuen Asylantrag eingereicht hat. Seine Ehefrau und seine minderjährigen Kinder hatten bereits Asyl erhalten. Sein wegen entschiedener Sache zurückgewiesener Antrag wurde als ausreichender Grund für die Inschubhaftnahme angesehen, obwohl man ihm auf Grund von § 34 AsylG i.V.m. § 2 Z. 22 AsylG als Familienangehöriger hätte Asyl gewähren müssen, da er Vater eines minderjährigen Kindes ist, dem der Asylstatus zuerkannt wurde und die Fortsetzung eines gemeinsamen Familienlebens im Sinne von Art 8 EMRK in einem anderen Land nicht möglich gewesen wäre.

Schubhaft trotz Zulassung des Verfahrens

Bei Zulassung des Asylverfahrens ist gemäß § 27 Abs. 4 AsylG das Ausweisungsverfahren einzustellen. Damit entfällt auch die Grundlage für die Verhängung der Schubhaft. Dies geht aus den erläuternden Bemerkungen zu § 27 AsylG 2005 eindeutig hervor. Dennoch sehen fremdenpolizeiliche Behörden sich nicht veranlasst, die aufgrund der Einleitung eines Ausweisungsverfahrens verhängte Schubhaft zu beenden und erhalten Rückendeckung durch die nicht unbedenkliche Vorgangsweise des Bundesasylamtes, nach der Zulassung des Verfahrens den Antrag neuerlich gemäß § 5 als unzulässig zurückzuweisen.

Äußerst bedenklich und entgegen die EMRK ist auch die Interpretation des § 80 Abs. 5 FPG, wonach die Fortsetzung einer nach § 76 Abs. 2 verhängten Schubhaft zulässig wäre, auch wenn vom Bundesasylamt der Berufung gegen die Ausweisung aufschiebende Wirkung nicht aberkannt wurde. Diese Auslegung trifft AsylwerberInnen, bei denen vorerst von einer Unzuständigkeit Österreichs ausgegangen und aufgrund der Mitteilung gemäß § 27 AsylG ein Ausweisungsverfahren eingeleitet wird, die Dublin-Konsultation jedoch negativ verläuft und das Bundesasylamt dann den Antrag gemäß § 3 AsylG abweist. Die Fortsetzung der Schubhaft bis

⁸ UVS Burgenland Erkenntnis 166/10/06016 vom 23.2.2006

zur rechtskräftigen Ab- oder Zurückweisung des § 80 Abs. 5 FPG stellt hingegen auf Entscheidungen ab, denen das Bundesasylamt der Berufung gegen die Ausweisung die aufschiebende Wirkung ab- oder nicht zuerkannt hat.

☞ *Ein tschetschenischer Flüchtling wird von der BH Gmünd im Jänner aufgegriffen und im PAZ Salzburg in Schubhaft genommen, weil aufgrund der Befragung durch die Polizei angenommen wird, dass ein Dublin-Verfahren eingeleitet werde. Eine Beschwerde an den UVS NÖ Ende März bleibt erfolglos, obwohl sein Verfahren zugelassen und ihm eine Aufenthaltsberechtigungskarte ausgestellt wird. Eine weitere Beschwerde wird darüber hinaus mit dem Ablauf der 20-Tagesfrist begründet. Erst nachdem der Asylwerber einen Reisepass vorlegt, wird er nach 134 Tagen in Schubhaft Anfang Juni enthaftet und in Grundversorgung in Thalham aufgenommen. Bei der beim Bundesasylamt Linz durchgeführten Befragung wird der Asylwerber mit dem von Tschechien ausgestelltem Visum konfrontiert und in der Folge sein Antrag wegen Zuständigkeit Tschechiens gemäß Dublin-VO Ende Juni 06 zurückgewiesen.*

Die BH Vöcklabruck nimmt ihn daraufhin neuerlich in Schubhaft und begründet diese mit seinem bisher gezeigtem unkooperativem Verhalten (Verstecken des Reisepasses, Leugnen des Aufenthalts in Tschechien), seiner Mittellosigkeit sowie dem fehlenden Aufenthaltsrecht. Es könne nach Ansicht der BH Vöcklabruck „davon ausgegangen werden, dass der Bf (Beschwerdeführer) jenen Mitgliedsstaat der Europäischen Union, in welchem er einen Antrag auf Schutz vor Verfolgung einbringen möchte, selbst bestimmen wollte. Dieser Art von Asyltourismus müsse jedoch mit allen zur Verfügung stehenden gesetzlichen Bestimmungen ein Riegel vorgeschoben werden; es könne nicht hingenommen werden, dass sich so genannte Asylsuchende durch falsche Angaben ein Aufenthaltsrecht innerhalb der Grenzen der Europäischen Union erschleichen und die Asyl- und Fremdenbehörden in diesen Ländern immer wieder damit beschäftigt werden, deren wahre Identität und Fluchtwege zu ermitteln.“

Nachdem der Asylwerber Berufung gegen die Zurückweisung ergreift, wird die BH Vöcklabruck am 20. Juli auch davon unterrichtet, dass bereits am 28. März das Ausweisungsverfahren eingestellt wurde und der Tschetschene seither zum Aufenthalt berechtigt ist. Der UBAS gibt der Berufung statt und verweist das Verfahren in die 1. Instanz zurück, womit das Asylverfahren wieder zugelassen ist.

Der Antrag auf Aufhebung der Schubhaft stößt bei der BH Vöcklabruck auf kein Gehör, sie hält sich an die Auskunft des Bundesasylamtes Linz: Da der Verfahrensmangel „vom Bundesasylamt behoben werden könne, liege weiterhin ein Dublin-relevanter Sachverhalt vor und es sei nicht mit einem Selbsteintritt Österreichs zu rechnen. Vielmehr sei neuerlich beabsichtigt, den Antrag auf internationalen Schutz des oa. Asylwerbers gemäß § 5 Abs. 1 AsylG als unzulässig zurückzuweisen“. Der am 11. August eingebrachten Schubhaftbeschwerde wird vom UVS Oberösterreich stattgegeben und die Anhaltung ab Kenntnis der Zulassung des Verfahrens für rechtswidrig erklärt. Zwar sei die Schubhaft bei zugelassenem Verfahren nicht generell rechtswidrig, sie darf jedoch dann nicht weiter aufrecht erhalten werden, wenn das Berufungsverfahren mit einer Zurückverweisung endet.⁹

☞ *Ein Asylwerber aus dem Kosovo, der angibt, versteckt in einem Lastwagen aus Italien eingereist zu sein, bringt bei seiner Einvernahme die schwierige wirtschaftliche Situation als Fluchtgrund vor. Da Dublin-Konsultationen mit Ungarn, Slowenien und Italien eingeleitet werden, verhängt die BH Vöcklabruck die Schubhaft und begründet diese mit fehlenden finanziellen Mitteln für seinen Aufenthalt, dem Fehlen eines polizeilich gemeldeten Wohnsitzes abseits der ihm anlässlich der Einbringung seines Asylantrages zunächst zur Verfügung gestellten bundesbetreuten Unterkunft in der Erstaufnahmestelle West, den Dublin-Konsultationen sowie der Gefahr des Untertauchens in die Illegalität. Die EAST-West erlässt hingegen einen Bescheid gemäß § 3 AsylG und weist den Asylwerber gemäß § 10 AsylG aus, die aufschiebende Wirkung wird nicht aberkannt. Trotz fristgerechter Berufung*

⁹ VwSen-400837/5/SR/CR/Ps Linz, am 18. August 2006; Zl. 303.347-C1/E1-XVIII/59/06 vom 24.07.2006

erfolgt keine Enthaftung des Asylwerbers. Es gibt weder eine durchsetzbare Ausweisung noch ein laufendes Ausweisungsverfahren.

Der UVS OÖ erachtet die Fortsetzung der Haft nicht als rechtswidrig und begründet die Entscheidung ausführlich mit dem Sicherheitsbedarf, der sich aus den wirtschaftlichen Motiven für den Antrag auf internationalen Schutz sowie der hypothetischen Wahrscheinlichkeit des Untertauchens ergebe. Rechtlich sieht der UVS ausreichende Grundlagen für die Fortsetzung der Schubhaft in § 80 FPG Abs. 5, obwohl der UVS selbst feststellt, dass das ursprünglich eingeleitete Ausweisungsverfahren wegen beabsichtigter Zurückweisung des Antrags sich von der Ausweisung in Verbindung mit dem Bescheid gemäß § 3 AsylG völlig unterscheidet.

Ohne zu begründen, aus welchen der in § 76 Abs. 2 FPG genannten Gründe die Schubhaft in diesem Fall zulässig wäre, stützt sich der UVS auf die nicht nachvollziehbare Begründung, dass „weder dem FPG noch dem AsylG 2005 zu entnehmen ist, dass die Schubhaftbestimmungen auf Asylwerber, die über ein vorläufiges Aufenthaltsrecht gemäß § 13 AsylG 2005 verfügen, grundsätzlich nicht anwendbar sein sollen. Liegt - wie im vorliegenden Fall - ein konkreter Sicherheitsbedarf vor, darf der Asylwerber dennoch in Schubhaft behalten werden.“¹⁰

Die Verhängung und Aufrechterhaltung der Schubhaft dient nicht nur dem verfahrenssichernden Zweck, sie trägt zudem den Charakter einer Bestrafung für die illegale Einreise, die Verheimlichung des Fluchtweges oder des Besitzes von Dokumenten. Konnte der Asylantrag wegen unzureichender Angaben zum Fluchtweg nicht bereits wegen Zuständigkeit eines anderen Staates zurückgewiesen werden, erscheint die Schubhaft bei Abweisung des Antrags durch die EAST auch aus diesem Grund rechtfertigbar.

Gelinderes Mittel

Das Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten hat in seiner Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket gefordert, anstelle einer „kann“-Bestimmung, die Verpflichtung zur Prüfung des gelinderen Mittels vorzusehen. Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt darüber hinaus eine gesetzliche Verankerung des gelinderen Mittels bei besonders Schutzbedürftigen (Minderjährige unter 14 und dessen erziehungsberechtigte Begleitperson, schwer kranke Personen und schwangere Frauen) bzw. die Regelung, traumatisierte Personen nicht in Haft anzuhalten.

Das gelindere Mittel, eine Unterbringung mit Meldeauflagen, wird von den fremdenpolizeilichen Behörden häufig nicht erwogen bzw. findet bei den Erwägungen die persönliche Situation des Asylwerbers kaum Berücksichtigung.

Ausschlaggebend für den raren Einsatz des gelinderen Mittels könnte weiters die geringe Anzahl von verfügbaren Plätzen sein. Laut parlamentarischer Anfragebeantwortung¹¹ stehen den fremdenpolizeilichen Behörden 139 Plätze, davon 23 für minderjährige AsylwerberInnen, regulär zur Verfügung. In den Bundesländern Kärnten kann das gelindere Mittel in Landesquartieren erfolgen, in Wien können weiters noch Familien mit Kindern bei der Caritas untergebracht werden.

In einigen Entscheidungen Unabhängiger Verwaltungssenate der Länder wurde die erforderliche Interessensabwägung hervorgehoben und das gelindere Mittel anstelle der Schubhaft als angemessen erachtet.

¹⁰ VwSen-400823/6/SR/Ri Linz, am 7. Juli 2006, ähnlich VwSen-400835/6/WEI/BP/Ps Linz, am 4. August 2006, Goraner aus dem Kosovo; VwSen-400830/2/BMa/BP/Se Linz, am 24. Juli 2006 Nigerianer

¹¹ 4012/AB XXII. GP, 22.05.2006

☞ Ein tschetschenischer Asylwerber wird von der BH Neusiedl aufgegriffen, festgenommen und anschließend an die Befragung aufgrund eines Eurodac-Treffers Slowakei in Schubhaft genommen; seine hochschwangere Frau und der Sohn kommen ins gelindere Mittel. Es hätte aber das gelindere Mittel nach Ansicht des UVS Burgenland auch für den Gatten angeordnet werden sollen, da der Asylwerber nicht zu erkennen gegeben hat, dass er sich einer Ausweisung entziehen werde. Der UVS stützt sich bei seiner Stattgebung der Beschwerde auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, wonach bloß allgemeine Annahmen oder „Erfahrungswerte“ nicht genügen, um die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit einer Freiheitsentziehung im Einzelfall zu begründen. Auch der Umstand, dass ein Asylwerber bereits in einem anderen Land die Gewährung von Asyl beantragt hat, rechtfertigte für sich genommen noch nicht den Schluss, dass er sich dem Verfahren (zur Aufenthaltsbeendigung) entziehen werde.¹² Während der 7 Wochen, die der Asylwerber in Schubhaft verbrachte, kam seine Tochter zur Welt.

☞ Einem Asylwerber aus der Türkei wird bei der Einvernahme bereits angekündigt, dass sein Antrag abgewiesen werde, sollte der vorgelegte Haftbefehl sich als Fälschung erweisen. Der Asylwerber meldete sich bei seinem in Freistadt lebenden Bruder ordentlich an, womit der die für 18 Tage auferlegte Gebietsbeschränkung auf den Bezirk Vöcklabruck mißachtet. Da nach einer über die österreichische Botschaft eingeholten Auskunft der dem Bundesasylamt zur Untermauerung der Fluchtgründe vorgelegte Haftbefehl als gefälscht angesehen wurde, wird der Antrag abgewiesen, die Ausweisung verfügt und dieser die aufschiebende Wirkung aberkannt; gleichzeitig wird von der BH Vöcklabruck die Schubhaft angeordnet. Um die Abschiebung zügig voranzutreiben, wird beim türkischen Konsulat um die Ausstellung eines Heimreisezertifikats ersucht und der Asylwerber dem Konsulat vorgeführt. Erst 19 Tage nach Einlegen der Berufung gewährt der UBAS aufschiebende Wirkung. Am gleichen Tag hatte der Asylwerber eine Erklärung gegenüber dem Verein Menschenrechte Österreich unterschrieben, dass er freiwillig in die Türkei zurückkehren wolle. Nachdem ihm mit der aufschiebenden Wirkung die Aufenthaltsberechtigung zukam, hat er die freiwillige Rückkehr abgebrochen.

Ein Antrag auf Enthaltung bei der BH Vöcklabruck mit einer Haftungserklärung seines Bruders wird abgelehnt, auch die daraufhin erhobene Schubhaftbeschwerde bleibt erfolglos. Aufgrund der Unterhaltspflichten des Bruders wurde dessen Einkommen als nicht ausreichend angesehen; als ausschlaggebend für die Fortsetzung der Haft wird der Sicherungsbedarf angegeben, der sich aus der Weigerung der Rückkehr in die Türkei, des Übertretens der Gebietsbeschränkung und der Prognose, dass er voraussichtlich keine asylrelevanten Gründe habe, ergibt.¹³

☞ Einem Goraner aus dem Kosovo wird vorgehalten, er hätte sich um die Einreise- und Aufenthaltsvorschriften nicht gekümmert, obwohl er sich in Eigeninitiative bei der EAST eingefunden hat. Die Anwendung des gelinderen Mittels wird in diesem Fall ausgeschlossen, weil sein in Österreich lebender Bruder keine unbeschränkte Haftungserklärung abgeben wollte. Trotz des vorläufigen Aufenthaltsrechts sieht der UVS die Gefahr des Untertauchens in die Illegalität und fehlende Ansatzpunkte, dass er sich „für fremdenpolizeiliche Maßnahmen mit dem Ziel seiner Abschiebung zur Verfügung halten wird“.¹⁴

In zahlreichen bekannt gewordenen Fällen unterblieb die Einzelfallbeurteilung.¹⁵ Um den Eingriff in die persönliche Freiheit zu rechtfertigen, würde es einer Interessensabwägung im Einzelfall bedürfen, wozu eine ausführliche Befragung unter Einbeziehung ausreichend qualifizierter DolmetscherInnen erforderlich ist. Die gängige Praxis, das gelindere Mittel für einen Elternteil

¹² UVS Burgenland Erkenntnis 166/10/06015 vom 21.2.2006

¹³ VwSen-400829/5/WEI/Be Linz, am 21.7.2006

¹⁴ VwSen-400835/6/WEI/BP/Ps Linz, am 4.8.2006

¹⁵ Auf die Verhältnismäßigkeit und die Einzelfallprüfung wird im Schreiben des BMI an die Sicherheitsdirektionen vom 24. Juli 2006 anlässlich der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes ausdrücklich hingewiesen.

mit kleinen Kindern anzuordnen und zumindest ein erwachsenes Familienmitglied in Schubhaft zu nehmen, kommt einer Verhöhnung dieses Instruments gleich. Eine Familie, die gemeinsam die Gefahren auf der Flucht durchgemacht hat, unmittelbar nach der Ankunft in einem sicheren Zufluchtsland zu trennen und ein Familienmitglied zu verhaften, kann nur eine psychische und humanitäre Krise auslösen.

Haftbeschwerden

Erfahrungsgemäß ist es für die Betroffenen äußerst schwierig, ein Rechtsmittel gegen die Verhängung der Schubhaft aus dem Anhaltezentrum selbst zu ergreifen. Es gibt keine Rechtsberatung in der Schubhaft, Kontakt zu den NGOs, die kostenlose rechtliche Unterstützung anbieten, ist nicht gewährleistet. Da AsylwerberInnen in der Regel mittellos sind, sind Adressen von Anwälten nur fallweise hilfreich.

Haftbeschwerden sind derzeit bei Dublin-Fällen kaum erfolgreich. In einigen Fällen wurde vom UVS allerdings der Sicherheitsbedarf verneint und das gelindere Mittel als angemessen erachtet. Häufiger jedoch wird von den UVS die Notwendigkeit der Haft bestätigt, oftmals auch ohne eine ausreichende und nachvollziehbare Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Grundlagen.

- ☞ *Ein türkischer Asylwerber wird am 15. Jänner bei einer Autobahnkontrolle aufgegriffen und festgenommen, gleich danach stellt er gegenüber den Sicherheitsorganen einen Asylantrag. Die PBD Wels verhängt am gleichen Tag die Schubhaft mit der Begründung, ein Aufenthaltsverbotsverfahren und die Abschiebung zu sichern. Am 18. Jänner wird dem Asylwerber nach der Einvernahme in der EAST-West mitgeteilt, dass eine Dublin-Anfrage an Ungarn gestellt werden wird.*

Ein beim Asylwerber gefundener schriftlicher Asylantrag vom 12. Jänner, der von einer Beratungsstelle verfasst worden war, ist bei der EAST-Ost nicht registriert.

Das Senatsmitglied des UVS OÖ, das die Verhängung der Schubhaft als rechtmäßig ansieht, interpretiert das Fremdenpolizeigesetz dahingehend, dass die Festnahme bereits die Schubhaftverhängung sei, sodass der Asylwerber wie ein illegal eingereister Fremder und nicht als Asylwerber zu behandeln war. Die BPD Wels hat ihm auch im Zuge der Einvernahme ein Informationsblatt für Asylwerber ausgehändigt. Nach der Ersteinvernahme in der EAST-Thalham und der Mitteilung, dass der Antrag voraussichtlich zurückzuweisen sein wird, wäre automatisch die spezielle Regelung der Schubhaft für Asylwerber eingetreten.¹⁶

Obwohl die Schubhaft nun mit der zu erwartenden Ausweisung aufgrund der angenommenen Einreise aus Ungarn begründet wird, stützt der UVS die Abweisung der Beschwerde darauf, dass es ist nicht ersichtlich sei, dass das Ziel der Schubhaft, nämlich die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes und die Abschiebung, nicht mehr realisierbar sei. In dem nach asylrechtlichen Bestimmungen nunmehr anhängigen Verfahren geht es aber nicht um eine Abschiebung (in den Herkunftsstaat), sondern um eine Zurückschiebung und auch nicht um ein Aufenthaltsverbot, sondern um eine Ausweisung. Einerlei, der Asylwerber wird den Unterschied vermutlich nicht erkennen.

- ☞ *Am 2. Jänner meldet sich ein libanesischer Asylwerber, der illegal aus der Schweiz eingereist ist, in der EAST-West und wird in die Grundversorgung aufgenommen. Beamte der Polizeiinspektion St. Georgen i. A. führen am 3. Jänner 2006 die Einvernahme durch und am Abend verhängt der Bezirkshauptmann Vöcklabruck die Schubhaft. Begründet wird sie damit, dass der Asylwerber keine Aufenthaltsberechtigung habe, kein Identitätsdokument vorweisen könne und völlige Mittellosigkeit vorliege, sowie "abgesehen von seiner ihm bis zur Durchführung seiner Erstbefragung im Asylverfahren zur Verfügung gestellten*

¹⁶ VwSen-400767/6/BMa/Mu/Be Linz, am 13. Februar 2006

bundesbetreuten Unterkunft in der EAST-West", über keinen polizeilich gemeldeten Wohnsitz im Bundesgebiet der Republik Österreich verfüge. Es sei auch aufgrund des bisher gezeigten Verhaltens im Bundesgebiet zu befürchten, dass er sich dem weiteren Zugriff der Behörde entziehen werde.

Nach einem Monat bringt ein Anwalt eine Schubhaftbeschwerde ein, der stattgegeben wird. Einerseits hätte die Schubhaft nach den auf Asylwerber zutreffenden Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verhängt werden müssen, außerdem war der Sicherungsbedarf nicht erkennbar. Der Asylwerber hätte nach wie vor Anspruch auf Versorgung in der Betreuungsstelle des Bundes gehabt, diese sei ihm auch nicht per Bescheid aberkannt worden. Daher konnte der UVS der Annahme der BH, dass sich der Asylwerber auf illegale Weise seinen Unterhalt sichern müsse, im Hinblick auf seinen bestehenden Versorgungsanspruch nicht folgen. Auch aus seinem Verhalten in Österreich könne nicht geschlossen werden, dass er sich dem Ausweisungsverfahren entziehen werde. Gerade Gegenteiliges ist aus seinem Verhalten vor der Schubhaftverhängung abzuleiten. Es hätte nach Ansicht des UVS daher ein gelinderes Mittel Anwendung finden müssen.¹⁷

Dass die Fremdenpolizeibehörden mit den neuen rechtlichen Bestimmungen nicht ausreichend vertraut sind und auf Asylwerber, deren Asylverfahren nach dem AsylG 1997 weiterzuführen sind, auch die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens oder das Vorliegen einer durchsetzbaren Ausweisung nach § 10 AsylG 2005 heranziehen, obwohl diese nicht anwendbar sind, zeigt folgendes Beispiel eines algerischen Asylwerbers:

☞ *Der Algerier hat noch im Jahr 2005 den Asylantrag in Thalham eingebracht, das Verfahren wurde zugelassen. Diese Zulassung wurde widerrufen, nachdem eine Auskunft über ein bereits 2001 abgeschlossenes Asylverfahren in der Schweiz einlangt. Der Asylantrag wird noch vor Jahresende 2005 gemäß § 4 AsylG wegen Drittlandssicherheit zurückgewiesen, vom UBAS aber die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Der Asylwerber kommt in Untersuchungshaft und wird kurz darauf in das PAZ Linz in Schubhaft überstellt. Die BH Perg ordnet am 5. Jänner die Schubhaft mit einer bunten Fülle an Begründungen an, die mit dem konkreten Fall kaum mehr in Verbindung zu bringen sind: Sie zitiert § 5 anstatt § 4 AsylG, meint, dass sein Aufenthalt den Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes unterliege. Obwohl der Asylwerber in die Schweiz ausgewiesen wurde, beruft sich die BH Perg auf Erfahrungen, die zeigen würden, dass sich Personen, welche im Rahmen der EU-Abkommen zur Durchführung eines Asylverfahrens in andere Länder überstellt werden sollen, kurzfristig und ohne Angabe ihrer weiteren Erreichbarkeit von Unterkünften entfernen würden.*

Dem Asylwerber, der sich in Schubhaft befindet, wird vorgehalten, dass er sich trotz rechtskräftiger Beendigung des Asylverfahrens und der damit verbundenen Ausweisung noch immer unrechtmäßig im Bundesgebiet aufhalte und sich damit gesetzwidrig verhalte. Zu diesem Zeitpunkt war das Asylverfahren aber weder rechtskräftig abgeschlossen, noch lag eine durchsetzbare Ausweisung gemäß AsylG 05 vor. Der Beschwerde wurde stattgegeben, weil auf Asylanträge, die vor 2005 gestellt wurden, die von der PH Perg herangezogenen Begründungen nicht anwendbar waren.¹⁸

Besorgniserregend ist die de-facto-Verweigerung der Haftprüfung durch manche UVS, stellt doch der Entzug der Freiheit einen massiven Eingriff in Grundrechte dar.

☞ *Die BH Gmünd ordnet für einen Tschetschenen die Schubhaft auf Grundlage des § 76 Abs. 1 und Abs. 2 FPG unmittelbar nach illegalem Grenzübertritt und Stellen eines Asylantrags an, seine Frau und Kinder werden nach Traiskirchen überstellt. Der UVS NÖ/Zwettl setzt sich mit den rechtlichen Grundlagen nur insoweit auseinander, als er es als ausreichend ansieht, „wenn die Behörde aufgrund der ihr bis zu diesem Zeitpunkt bekannten Umstände*

¹⁷ VwSen-400764/3/SR/Ri Linz, am 8. Februar 2006

¹⁸ VwSen-400761/4/SR/Ri Linz, am 26. Jänner 2006

miteinander logisch verknüpften Sachverhaltselemente berechtigten Grund zur Annahme haben kann, dass die oben angeführten Maßnahmen (wie Aufenthaltsverbot, Ausweisung oder Abschiebung), Verfahrensschritte oder Vollzugshandlungen möglich sein werden“.

Zum Zeitpunkt der Haftbeschwerde ist das Asylverfahren bereits seit einem Monat zugelassen, da Tschechien der Rückübernahme nicht zugestimmt hat.

Hinsichtlich der Anwendung des gelinderen Mittels folgt der UVS der Begründung der BH, wonach der Asylwerber, anstatt in sein Heimatland aufgrund der Ausweisung aus Tschechien zurückzukehren, nach Österreich gekommen ist und anzunehmen ist, er werde sich auch in Österreich dem Zugriff der Fremdenpolizeibehörden entziehen. „Da der Genannte durch den illegalen Grenzübertritt bewusst das Risiko einer Schubhaftnahme in Österreich in Kauf genommen hat, kann die Bezirkshauptmannschaft Gmünd (!) der Argumentation des Beschwerdeführers, (...) nicht nachvollzogen werden.“¹⁹

Dass über eine Schubhaftbeschwerde nicht entschieden wird, wenn sie nicht in der Staatssprache eingebracht wird, kommt einer Verweigerung einer richterlichen Überprüfung der Haft gleich, sind doch Schubhäftlinge naturgemäß der deutschen Sprache gar nicht oder nicht ausreichend mächtig.

💡 *Der UVS OÖ erteilt dem in Linz inhaftierten Schubhäftling, der seine Beschwerde handschriftlich in Englisch abgefasst hat, einen Verbesserungsauftrag. Nachdem er aber innerhalb der eingeräumten Frist von einer Woche keine Übersetzung in die deutsche Sprache abliefern kann, wird die Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen.²⁰*

Besonders Schutzbedürftige

Die exzessive Verhängung von Schubhaft, auch bei AsylwerberInnen, die traumatisierende Ereignisse erlebt haben, ist eine der schlimmsten Auswirkungen des neuen Asylgesetzes. Diese Gruppe besonders schutzbedürftiger Flüchtlinge waren bisher von den Dublin-Verfahren ausgenommen, ihre Verfahren wurden zugelassen. Nun sind auch sie vor Inhaftierung im Zulassungsverfahren nicht mehr geschützt.

Der Menschenrechtsbeirat spricht sich in seinem Bericht dezidiert gegen die Anhaltung von besonders schutzbedürftigen Gruppen in den PAZ aus. Neben Minderjährigen, bei denen von Schubhaft generell abgesehen werden soll, bedarf es nach Ansicht des Menschenrechtsbeirats gesetzlicher Ausnahmestimmungen auch für Schwangere und traumatisierte Personen. Er betont, dass die Bedingungen der Haft sich jedenfalls belastend auf den psychischen Zustand von Häftlingen auswirken.

Auch das CPT schenkt der Versorgung von Folteropfern und Opfern von Misshandlungen besondere Beachtung und stellt insbesondere klar, dass die psychologische und psychiatrische Betreuung in derartigen Zentren gewährleistet sein muss. „Nach derzeitigem Stand weist keines der PAZ eine adäquate und professionelle psychische Betreuung auf. Nur vereinzelt bestehen Verträge mit FachärztInnen aus dem Gebiet der Psychiatrie. Dennoch kann selbst in diesen Fällen, unter Bedachtnahme auf die jedenfalls psychisch belastenden Bedingungen in Haft, nicht von einer adäquaten Betreuung für traumatisierte Personen ausgegangen werden.“

Der Menschenrechtsbeirat ist weiters der Ansicht, dass die Anhaltung traumatisierter Personen schon unter Erwägungen der Menschenrechte nicht haltbar sein kann und empfiehlt, Personen mit Anzeichen von Traumatisierungen nicht in Haft anzuhalten, dies auf geeignete Weise

¹⁹ UVS im Land NÖ, Aussenstelle Zwettl, FR-06-3031 vom 26. Mai 2006

²⁰ VwSen-400753/4/WEI/An Linz, am 2. Jänner 2006

gesetzlich festzulegen und dafür Sorge zu tragen, derartig haftunfähige Personen einer professionellen Hilfe zuzuführen. Entgegen der Ansicht des Menschenrechtsbeirats und seiner rechtlichen Bedenken, werden traumatisierte Menschen in Schubhaft angehalten, auch nachdem deren Traumatisierung durch ein psychiatrisches Gutachten festgestellt worden ist.

Da immer mehr Schubhäftlinge unter psychischen Erkrankungen leiden und durch die Haft oft eine Retraumatisierung ausgelöst wird, hat das BMI Fachärzte für Psychiatrie unter Vertrag genommen, die auch in der Schubhaft tätig sind. Eine Therapie ist unter diesen Bedingungen unmöglich, man setzt auf Beruhigung der Patienten. Gefragt ist auch ein Gutachten zur Transportfähigkeit.

🗨 *In Salzburg wurde einer Tschetschenin, die mit Selbstmord gedroht und deren Zustand sich in der Haft zusehends verschlechtert hatte, aufgrund der Untersuchung erklärt, dass sie gesund, aber hysterisch sei. In der EAST wurde dann eine Traumauntersuchung beantragt, es wurde festgestellt, dass die Mutter zweier Kinder nicht transportfähig sei, was zur Zulassung des Verfahrens führte.*

Eine neue Entwicklung ist der Kreislauf zwischen der Schubhaft und dem Krankenhausaufenthalt der AsylwerberInnen.

🗨 *Ein Ehepaar aus Kasachstan wird Mitte Februar in Schubhaft genommen. Die Ehefrau wird Mitte März wegen gesundheitlicher Beschwerden ins Krankenhaus verlegt. 3 Tage später ist sie dann wieder in der Schubhaft - bis sie wegen Eingesperrtseins und permanenter Angst zurückgeschoben zu werden einen Nervenzusammenbruch erleidet und in die Psychiatrie kommt. Ihr Ehemann bleibt inhaftiert.*

Minderjährige in Schubhaft

Obwohl Minderjährige per Gesetz und Erlass²¹ grundsätzlich nicht in Schubhaft genommen werden sollen und Ausnahmen klar definiert sind, ist seit Inkrafttreten des Fremdenrechtspakets die Zunahme von Haft bei Minderjährigen zu beobachten.

Durch die Inhaftierung kurz nach der Einreise, die Übertragung der rechtlichen Vertretung an Rechtsberater fehlt sowohl Zeit und Raum, um strittige Altersfeststellungen hintanzuhalten. Wird die Befragung in der Schubhaft durchgeführt anstatt in der EAST, sieht der/die Minderjährige seinen/ihren gesetzlichen Vertreter unmittelbar bevor sein/ihr Antrag zurück- oder abgewiesen wird, nachdem er/sie mehrere Wochen in Schubhaft ohne rechtliche Vertretung zubringt.

²¹ Siehe dazu parlamentarische Anfragebeantwortung durch Innenministerin Prokop 3456/AB XXII. GP vom 9.12.2005; „Mit Erlass vom 9.12.1999, GZ: 31.340/12-III/16/99 und zusammenfassend abermals mit Erlass vom 10.4.2000, GZ: 31.340/17-III/16/00, wurde zum einen klargestellt, dass ‚die besondere Stellung der Minderjährigen in der Rechtsordnung es erfordert, die Zahl der in Schubhaft angehaltenen Minderjährigen so gering wie möglich zu halten. Insbesondere im Lichte des Art 37 der UN-Kinderrechtskonvention soll die Anhaltung eines Minderjährigen in Schubhaft stets nur das letzte Mittel zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Fremdenpolizeibehörden sein“. Zum anderen wurden die Fremdenpolizeibehörden in den besagten Erlässen ausdrücklich angewiesen, über Minderjährige unter 14 Jahren ‚keinesfalls Schubhaft zu verhängen, sondern erforderlichenfalls ein gelinderes Mittel anzuwenden. (...) Mit Erlass vom 2.10.2000, GZ: 31.340/29-III/16/00, (...) wurde darüber hinaus angewiesen, dass ‚für den Fall, dass unter Berücksichtigung der mit der Altersschätzung verbundenen Bandbreite die Unterschreitung des gesetzlich vorgegebenen Mindestalters nicht ausgeschlossen werden kann, im Zweifel von der Minderjährigkeit des Betroffenen auszugehen ist.‘ Darüber hinaus wurde in diesem Erlass angewiesen, ‚vor dem Hintergrund der im Fremdengesetz verankerten Sonderbestimmungen für Minderjährige sicherzustellen, dass bei Fremden, die ihre Minderjährigkeit angeben, jedenfalls der gesetzliche Vertreter, bei unbegleiteten Minderjährigen der Jugendwohlfahrtsträger, informiert und in das Verfahren einbezogen wird‘. Die Behörde hat dieser Verständigungspflicht ohne unnötigen Aufschub nachzukommen.“

- 🔗 *Im April wird ein mongolischer Jugendlicher auf der Autobahnraststation Ansfelden kontrolliert und festgenommen. Die BH Linz-Land registrierte ihn als 24jährigen und ordnete die Schubhaft zur Sicherung der Abschiebung in sein Heimatland beziehungsweise einen anderen EU-Staat an. Um sicherzugehen, dass wohl einer der herangezogenen Paragraphen anwendbar sein werde, stützte sie den Schubhaftbescheid auf § 76 Abs. 1 und 2 FPG.*

Erst 10 Tage später stellt er einen Asylantrag, wobei sich herausstellt, dass er nicht 24, sondern erst 15 Jahre alt ist. Da Minderjährige unter 16 nicht voll handlungsfähig sind, hätte der Jugendwohlfahrtsträger, das Amt für Soziales, Jugend und Familie in Linz, verständigt werden müssen, weiters hätte der Schubhaftbescheid dem Magistrat als gesetzlichem Vertreter zugestellt werden müssen. Die BH Linz-Land rechtfertigt die Verhängung der Schubhaft damit, dass der Jugendliche wie jemand im Alter von 20 Jahren gewirkt hätte und die Vorspiegelung der Minderjährigkeit ein beliebtes Mittel sei um der Schubhaft zu entgehen, weshalb sie von der Volljährigkeit ausgehe. Den Schubhaftbescheid hat die BH auch nach Kenntnis der gesetzlichen Vertretung durch das Jugendamt diesem mit der Begründung nicht zugestellt, dass der Bescheid bei den Effekten des Jugendlichen aufzulegen wäre und jederzeit vom Jugendamt besorgt hätte werden können, überdies gehe aus der eingebrachten Schubhaftbeschwerde hervor, dass das Jugendamt den Inhalt des Bescheides ohnedies kenne.

Der UVS-OÖ bescheinigt der BH „besondere Ignoranz“, da sie trotz Information des Bundesasylamtes über die Zulassung des Asylverfahrens die Entscheidung über die Schubhaft nicht revidiert hat, noch dem Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers auf Zustellung des Bescheids nachgekommen ist. Rechtswidrig erweist sich auch die Begründung für die Schubhaft, da die BH lediglich in einem Formblatt „zur Sicherung der Abschiebung in ihr Heimatland bzw. einen anderen EU-Staat“ angekreuzt hat und die folgende Begründung „leerformelhaft und ohne konkreten Bezug“ ist. Die Abwägung der freiheitsbeschränkenden Maßnahme reduzierte sich auf: "Aufgrund dieses Sachverhaltes ist die Verhängung der Schubhaft zur Sicherung des Verfahrens unumgänglich, da Gefahr besteht, dass Sie untertauchen bzw. Sie sich der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen entziehen werden und muss daher von der Anwendung des gelinderen Mittel Abstand genommen werden."²²

Bedrückend ist die Situation der durch die Schubhaft getrennten Familien. Partnerzellen gibt es nicht, Besuche von Ehepartnern müssen arrangiert werden. Angehörige, die von außen kommen, können nur durch die Plexiglasscheibe mit ihrem Besuchten sprechen, eine halbe Stunde pro Woche. Diese Haftstandards werden vom CPT und Menschenrechtsbeirat kritisiert. Durch die Verlegung der Schubhäftlinge quer durch Österreich sind selbst solche Besuche oft unmöglich, die AsylwerberInnen haben oft weder Geld für die Fahrt/Übernachtung noch ausreichend Zeit für einen Besuch. Die während des Zulassungsverfahrens bestehende Gebietsbeschränkung verhindert Besuche ferner.

- 🔗 *Ein Tschetschene und seine 17jährige Tochter werden nach einem Eurodac-Treffer in Schubhaft genommen, die Tochter in Eisenstadt, der Vater in Wiener Neustadt. Ein Gutachten von Hemayat stellt die Traumatisierung des Vaters fest.*
- 🔗 *Eine Tschetschenin und ihre 6 Kinder wird in Traiskirchen im gelinderen Mittel untergebracht, der Vater in Schubhaft genommen. Ein Gutachten bestätigt seine Traumatisierung, da diese aber vom Amtsarzt nicht festgestellt werden konnte, wird die Schubhaftbeschwerde abgewiesen.*

Rechtsberatung

Die im Zulassungsverfahren verpflichtende Rechtsberatung durch Rechtsberater bei geplanter negativer Entscheidung reduziert sich gänzlich auf eine pro-forma Tätigkeit. Die Rechtsberatung

²² VwSen-400807/4/WEI/BP/Ps Linz, am 8. August 2006

ist AsylwerberInnen in Schubhaft nicht mehr zugänglich. Wird dem Asylwerber die geplante Zurückweisung mitgeteilt, kann gleich die Schubhaft verhängt werden, manche Asylwerber kommen auch gar nicht mehr bis in die EAST, sondern gleich in Schubhaft. Die gesetzlich vorgeschriebene Rechtsberatung kann nun auch in der Schubhaft, unmittelbar vor der Einvernahme erfolgen. Kaum besser sind die Rahmenbedingungen für ein Beratungsgespräch, wenn der Asylwerber aus der Schubhaft in die EAST zur Einvernahme vorgeführt wird.

Es gibt auch Hinweise, dass AsylwerberInnen keine Aktenabschrift ausgefolgt wird, um sich mit den vorliegenden Ermittlungen auseinander setzen zu können – falls sie dazu sprachlich überhaupt in der Lage wären. Das Beratungsgespräch erscheint schon deswegen wenig effizient, weil dem Rechtsberater vor der Einvernahme zur Wahrung des Parteienghört keine Zeit mehr bleibt, Ergebnisse dieses Gespräches weiter zu verfolgen.

Der Zugang zu unabhängiger Rechtsberatung und Vertretung ist in der Schubhaft nur eingeschränkt möglich. Asylsuchende sind auf die Unterstützung durch die NGO angewiesen, weil sich nur wenige einen Anwalt leisten können. 53 Prozent der rund 1100 Schubhaftplätze stehen unter der Kontrolle des Vereins Menschenrechte Österreich, der erst kürzlich wieder betonte, dass es nicht Aufgabe der Schubhaftbetreuung sei, rechtliche Hilfe zu organisieren. Zugang zu den Schubhäftlingen haben die NGO nur dann, wenn sie zu ihrer Vertretung bevollmächtigt sind. In Wien wurde das Anliegen der Diakonie, die bereits betreuten Klienten in der Schubhaft während der Amtszeiten aufsuchen zu können, mit dem Argument zurückgewiesen, dass keine Parallelstrukturen erwünscht seien.

Die Empfehlung des Menschenrechtsbeirats Nr. 154, entsprechend den Empfehlungen des CPT die Einführung einer kostenlosen Rechtsberatung für Schubhäftlinge zu prüfen, wird vom Innenministerium abgelehnt. Die Sektion III des BMI hält sie für problematisch, weil damit einerseits in die Verfahrensfunktion eingegriffen werde und andererseits die Schubhaftbetreuung ausreichend zu sein scheint. Die Umsetzung der Empfehlung sei nicht effizient, lautet weiters der lapidare Kommentar des BMI im Bericht des Menschenrechtsbeirats.²³ Damit können die Mitarbeiter der Rechtsabteilung des BMI wohl nur die effiziente Abschiebung gemeint haben und nicht wirksamen Rechtsschutz. Offenbar hält man die Möglichkeit, eine Haftbeschwerde beim UVS zu erheben, für ausreichend, selbst wenn das oben genannte Beispiel zeigt, dass auf sich allein gestellte Schubhäftlinge nicht einmal eine Chance auf Behandlung ihrer Beschwerde haben. Eine gesetzliche Haftprüfung gibt es erst nach 6 Monaten. Vertragskündigungen der Vergangenheit zeigen, dass die NGO, die rechtliche Betreuung vermitteln, als Sand im Getriebe gelten. Im Dezember 2005 wurde der seit Jahren bestehende Vertrag der Arge Schubhaft Tirol nicht weiter verlängert.

Heilbehandlung statt Zwangsernährung

Wichtiger Bestandteil des Fremdenrechtspakets 2005 ist die Möglichkeit zur zwangsweisen Ernährung von in Schubhaft angehaltenen, hungerstreikenden Personen. In § 78 Abs. 6 und 7 FPG wird dafür der euphemistische Ausdruck „Heilbehandlung“ verwendet.

Das Innenministerium hat in einem Rundschreiben die Vorgangsweise festgelegt.²⁴ Demnach sind Schubhäftlinge, die z.B. durch Hungerstreik oder Selbstverletzung ihren Gesundheitszustand beeinträchtigen, zu informieren, dass damit keine Entlassung aus der Schubhaft erfolgt, sondern die Überstellung in die Justizanstalt Wien-Josefstadt oder in eine

²³ Menschenrechtsbeirat/Bundesministerium für Inneres: Haftbedingungen in Anhalteräumen der Sicherheitsbehörden, 8. September 2004, S 72

²⁴ Siehe dazu Parlamentarische Anfragebeantwortung 3795/J (XXII. GP vom 9.3.2006)

geeignete Krankenanstalt. Der Amtsarzt hat den Gesundheitszustand zu beurteilen in Hinblick auf die weitere Haftfähigkeit oder Reisefähigkeit. Außerdem hat er zu beurteilen, ob eine Überstellung in die Krankenabteilung der Justizanstalt Wien-Josefstadt erfolgen oder der Schubhäftling in eine Krankenanstalt verlegt werden soll. Mit dem Leiter der Justizanstalt Wien und dortigem Amtsarzt muss vorab geklärt werden, ob Kapazitäten vorhanden sind und im Einzelfall die Aufnahme erfolgen würde. Wenn eine Abschiebung aufgrund fehlender Papiere oder anhängiger Verfahren nicht in absehbarer Zeit durchführbar ist, muss die Fremdenpolizei in weiterer Folge die Zustimmung des BMI zur Überstellung in die Justizanstalt einholen. Erst danach richtet die Fremdenpolizei auch formell das Ersuchen an die Justizanstalt zur Aufnahme in deren Krankenstation. Der Schubhäftling wird zuerst in das PAZ Wien und von dort in die Justizanstalt gebracht. Wird die Aufnahme in die Justizanstalt abgelehnt, wird der Schubhäftling in ein Krankenhaus eingeliefert. Vorgesehen ist die Überstellung in die Justizanstalt, wenn eine Abschiebung in absehbarer Zeit möglich erscheint und ein durchsetzbares Aufenthaltsverbot bzw. eine durchsetzbare Ausweisung vorliegt, andernfalls hat die Einlieferung ins Krankenhaus zu erfolgen. Der Erlass sieht weiters vor, dass Schubhaftbetreuungsorganisationen präventiv durch Information tätig werden sollen, sie können auch vom Leiter der Justizanstalt zur Betreuung in der Justizanstalt angefordert werden.

Überstellungen von hungerstreikenden Schubhäftlingen nach Wien sind mittlerweile auch durchgeführt worden. Laut parlamentarischer Anfragebeantwortung vom 9.3.2006 wurde noch in keinem Fall eine Zwangsernährung durchgeführt. Da es keine Perspektive auf Enthaftung durch Hungerstreik gibt, dürften die Betroffenen „freiwillig“ wieder zu essen begonnen haben.

SchubhaftbetreuerInnen berichten von Zunahmen von Hungerstreik und Selbstbeschädigungen. Bei Haftunfähigkeit kommt es auch zu Entlassungen, allerdings gibt es auch Fälle neuerlicher Haftverhängung, nachdem sich der gesundheitliche Zustand gebessert hat.

Schlussfolgerungen und Empfehlungen

- Die Aufnahme-Richtlinie der EU verpflichtet zur Gewährleistung von Mindeststandards bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens. Schubhaft bei Dublin-Fällen oder nach negativer erstinstanzlicher Entscheidung findet darin keine Deckung. Auch aus der in Dublin II u.a. vorgesehenen überwachten Überstellung kann die Schubhaft zur Verfahrenssicherung nicht abgeleitet werden. Daher wird die Einhaltung der garantierten Mindeststandards der Aufnahmerichtlinie dringend empfohlen. Die polizeilichen Maßnahmen wie der Haft und die überwachte Überstellung in den zuständigen Dublin-Staat sollte nur in jenen Fällen angewandt werden, wo andere Möglichkeiten gänzlich ausgeschlossen sind.
- Schubhaft bei Asylsuchenden sollte auf jene Fälle eingeschränkt werden, wo ein rechtskräftig negativ abgeschlossenes Verfahren vorliegt, wobei auch hier Alternativen zur Haft bevorzugt eingesetzt werden sollen.
- Der Zugang zu unabhängiger und kostenloser rechtlicher Beratung und Unterstützung darf durch die Anhaltung nicht eingeschränkt werden. Dies gilt gleichermaßen für AsylwerberInnen im Vorverfahren wie in den Erstaufnahmestellen.
- Bei besonders schutzbedürftigen Personen soll der Empfehlung des Menschenrechtsbeirats gefolgt werden und eine verpflichtende Anwendung des gelinderen Mittels gesetzlich verankert werden.
- Es wird empfohlen, eine gerichtliche Haftprüfung in zeitlicher Nähe zur Haftverhängung sowie eine einheitliche Entscheidungspraxis der UVS der Länder über Haftbeschwerden sicherzustellen.

Verpolizeilichung

Eine fortschreitende „Verpolizeilichung“ der Asylgesetzgebung ist bereits bei oberflächlicher Betrachtung der legislativen Veränderungen augenscheinlich. Schon der erhöhte Normenbestand allein deutet auf die Ausweitung der Kompetenzen der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes innerhalb des Asylverfahrens hin. Regelungen von Schubhaft und Zwangsernährung nehmen Anleihe am Strafvollzugsgesetz.

AsylG 97

Gem. § 27 Abs. 1 AsylG 1997 waren Asylwerber, soweit dies ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich war, noch persönlich von dem zur Entscheidung berufenen Organwahrer des Bundesasylamtes einzuvernehmen. Asylwerber waren nach Abs. 2 desselben Paragraphen dazu verpflichtet, die für die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie die in ihrem Besitz befindlichen maßgeblichen Beweismittel oder Identitätsdokumente vorzulegen. Nur wenn Grund zur Annahme bestand, dass Asylwerber trotz Hinweis auf diese Verpflichtung bei der Vernehmung derartige Beweismittel oder Dokumente nicht vorlegten, war der Vernehmende ermächtigt, eine sofortige Durchsuchung der Kleidung der Asylwerber sowie der von ihnen mitgeführten Behältnisse anzuordnen.

AsylG-Nov 03

Durch die AsylG-Nov 2003 wurde die Durchsuchung von Kleidung und mitgeführten Behältnissen Fremder, die gem. § 18 von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes einer Erstaufnahmestelle vorzuführen waren, grundsätzlich normiert. Dies galt soweit nicht ausgeschlossen werden konnte, dass diese Gegenstände und Dokumente, die Aufschluss über die Staatsangehörigkeit, den Reiseweg oder die Fluchtgründe geben können, mit sich führten und sie diese nicht auf Aufforderung vorlegen. Diese Regelung wich bereits deutlich vom AsylG 97 ab und weist auf den Generalverdacht hin, dem Asylwerber mit zunehmender „Verpolizeilichung“ des Verfahrens ausgesetzt sind.

Auch wird seit der Novelle 03 im Zuge des ersten Behördenkontaktes das Hauptaugenmerk explizit auf die Ermittlung der Identität von AsylwerberInnen, ihres Reisewegs, und insbesondere des Ortes des Grenzübertritts gerichtet, nicht jedoch auf die Fluchtgründe der AsylwerberInnen. Es gelten die für Vernehmungen durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes anzuwendenden Richtlinien.

Weiters waren gem. § 30 Abs. 2 Verfahren einzustellen, wenn über die Zulässigkeit abgesprochen worden war und die Zustellung an der jeweiligen Meldeadresse nach § 21 ZustG nicht möglich war oder die Sendung nicht behoben wurde und eine andere Abgabestelle nicht leicht festgestellt werden konnte, es sei denn, der maßgebliche Sachverhalt konnte dennoch leicht ermittelt werden.

Regelte im AsylG 1997 Abschnitt 5 noch ausschließlich den Erkennungs- und Ermittlungsdienst, so weitete die Novelle 03 diesen Abschnitt unter anderem um Bestimmungen betreffend die Befugnisse des öffentlichen Sicherheitsdienstes und die Schubhaft aus. Ein Beispiel dafür bietet § 34a Abs. 1, mit seiner Bestimmung zur Festnahmeerlaubnis.

AsylG 2005

Nach dem AsylG 2005 ist nunmehr der Asylwerber gem. § 19 Abs. 1 nach Antragstellung oder im Zulassungsverfahren in der Erstaufnahmestelle automatisch durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes hinsichtlich seiner Identität und Reiseroute zu befragen. Das die Durchführung einer solchen Bestimmung zu diversen Problemen führen kann, wurde bereits im Vorfeld der Gesetzesänderungen wiederholt und von mehrfacher Seite betont.

So wies etwa das UN-Flüchtlingshochkommissariat (UNHCR) darauf hin, dass durch derlei Bestimmungen „*der Beginn jedes Asylverfahrens von einem sicherheitspolizeilichen Charakter geprägt [wird], der sich insbesondere in der Uniformierung und Bewaffnung aller (...) Bediensteten der Exekutive manifestiert. (...) Die Notwendigkeit, eine vertrauensvolle, für die Effizienz des Verfahrens förderliche Atmosphäre zu schaffen, wird gänzlich außer Acht gelassen.*“²⁵ Der Menschenrechtsbeirat äußerte ähnliche Kritik.²⁶

Gleichermaßen besorgniserregend erscheint in diesem Sinne eine Durchsuchungs-ermächtigung, wie sie seit der AsylG-Nov 03 besteht, die laut Stellungnahme des österreichischen Rechtsanwaltskammertags²⁷ im Widerspruch zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz steht. Auch UNHCR regte diesbezüglich eine Novellierung an, da ebendiese Regelung bereits vom VfGH in seinem Erkenntnis zur AsylG-Nov 2003 als nicht „optimal“ empfunden wurde.

Die Schaffung einer vertrauensvollen Atmosphäre erscheint vor allem vor dem Hintergrund unerlässlich, dass die betroffenen AsylwerberInnen möglicherweise in ihrem Heimatland erst vor kurzem vor uniformierten Staatsorganen geflohen sind. Menschenrechtliches und interkulturelles Wissen sowie eine möglichst geringe Fluktuation beim zuständigen Personal wären in einem so sensiblen Bereich wie dem Asylwesen so wünschenswert wie notwendig.

Dies gilt umso mehr, als hilfreiche Begleitung von Vertretern beziehungsweise Vertrauenspersonen bei Befragungen offensichtlich möglichst unterbunden wird, wie folgender Fall verdeutlicht:

☹ *Im April wurden 2 AsylwerberInnen von einem Mitarbeiter einer NGO zur Asylantragstellung begleitet. Eine Begleitung zur erkennungsdienstlichen Behandlung und polizeilichen Befragung wird dem Vertreter mit dem Hinweis, es sei wenig Platz und der Asylwerber „schaffe das schon alleine“, verweigert. Verunmöglicht wurde die Begleitung de facto durch Postieren in der Tür. Kurz darauf wird der Vertreter von Seiten der Polizei um Auskunft zum Klienten gebeten, der Vertreter schließlich doch aus Nützlichkeitsabwägungen zur Befragung zugelassen.*

Die Situationen, denen AsylwerberInnen durch die verstärkte Involvierung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ausgesetzt werden, sind in diesem Sinne auch aus Rechtsschutz- und rechtstaatlicher Sicht bedenklich. Das folgende Beispiel erstaunt in gleichem Maße.

²⁵ UNHCR, Stellungnahme zum Entwurf für das Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005 und das Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBASG und das EGVG geändert werden, 5. April 2005. <http://www.unhcr.at>

²⁶ Menschenrechtsbeirat, *Stellungnahme des Menschenrechtsbeirates zum Begutachtungsentwurf des BMI zum Asyl- und Fremdenpolizeigesetz 2005.*

²⁷ Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, *Stellungnahme: BG, mit dem das AsylG 2005 und das Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen, sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBASG und das EGVG geändert werden*, 14.04.2005.

☞ Eine kirgisische AsylwerberIn wird zu Weihnachten 2005 im PAZ Klagenfurt in Schubhaft genommen, wo sie einen Asylantrag stellt. Während der polizeilichen Befragung wird ihr mitgeteilt, dass durch die Antragstellung die Dauer der Schubhaft nun verlängert würde und die Asylwerberin dadurch psychisch unter Druck gesetzt, ihren Asylantrag wieder zurückzuziehen. Im Jänner 2006 stellt die Frau erneut einen Antrag auf internationalen Schutz, den das Bundesasylamt EAST West beabsichtigt zurückzuweisen und Dublin-Anfragen an Slowakei und Tschechien stellt. Tschechien erklärt sich in Folge zur Übernahme bereit, allerdings zu einem Zeitpunkt, zu dem das Verfahren der Asylwerberin in Österreich bereits zugelassen und eine Aufenthaltsberechtigungskarte ausgestellt worden war. Dies ändert am Ergebnis im Bescheid allerdings nichts, veranlasst den UBAS letztendlich aber dazu, der Berufung stattzugeben und das Verfahren zur materiellen Prüfung zurückzuverweisen. Die Stellungnahme der Asylwerberin zur Zurückschiebung nach Tschechien ist im Bescheid erster Instanz völlig unberücksichtigt geblieben, Ausschlaggebend für die Zulassung durch den UBAS ist die für die Zulassungsentscheidung längst abgelaufene 20-Tages-Frist.

Der von der Asylwerberin primär gestellte Antrag, der noch nach dem alten Asylgesetz zu behandeln gewesen wäre, hätte auch nach der damaligen Rechtslage gar nicht zurückgezogen werden können, die Behörde hätte über solche Anträge abzusprechen gehabt, es sei denn, das Verfahren wäre eingestellt oder der Antrag als gegenstandslos abgelegt worden, etwa bei Inanspruchnahme freiwilliger Rückkehrhilfe.

Insgesamt kann nicht hingenommen werden, dass AsylwerberInnen in so offensichtlich psychisch schwierigen Lagen wie kurz nach Einreise und in Schubhaft mit derartigen Erklärungen von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu verfahrensrechtlichen Schritten getrieben werden, die noch dazu von der Gesetzeslage keineswegs gedeckt sind. Wäre in diesem Fall die Zeit ab dem ersten Asylantrag im Jahre 2005 miteinbezogen worden, wäre die Frist bereits vor Einleitung der Konsultationen abgelaufen gewesen.

Über die Befragung durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes hinaus regelt § 119 Abs. 2 FPG eine Strafandrohung von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe für wissentlich falsche Angaben über Identität oder Herkunft in einem Asylverfahren vor einer Asylbehörde. Dies erscheint vor allem in Hinblick auf die Tatsache, dass viele AsylwerberInnen sich nach der Einreise oftmals psychisch und physisch in einem Ausnahmezustand befinden²⁸, bedenklich, da gerade traumatisierte Flüchtlinge oft nicht in der Lage sind, die geforderten Angaben unmittelbar wahrheitsgemäß zu machen.²⁹

Weiters wurden nicht nur derartige Mitwirkungspflichten von AsylwerberInnen im neuen Fremdenrechtspaket mit strafrechtlichen Sanktionen verknüpft, auch ihnen bisher zustehende Rechte wurden im Sinne einer „Verpolizeilichung“ massiv beschränkt. Dies etwa durch die Normierung der Gebietsbeschränkung.

So beschränkt § 12 Abs. 2 die „Duldung“ von AsylwerberInnen für die Dauer des Zulassungsverfahrens, längstens für 20 Tage, auf das Gebiet der Bezirksverwaltungsbehörde, in dem die Versorgung stattfindet. Auf die Problematik, die hinsichtlich einer EMRK-Konformität dieser Bestimmung besteht, wurde bereits im Vorfeld aufmerksam gemacht.

²⁸ Vgl. VfGH 15. Oktober 2004, G 237, 238 u.a.

²⁹ Siehe auch *amnesty international*, Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das AsylG 1997 (AsylG-Novelle 2003), das Bundesbetreuungsgesetz, das Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat und das Meldegesetz geändert werden, das Asylgesetz 2005 und das Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBAS-Gesetz und das Einföhrungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 geändert werden, April 2005.

„Ein „geduldeter“ Asylwerber hält sich während seines Asylverfahrens grundsätzlich im Sinne der EMRK wohl rechtmäßig im Bundesgebiet auf („rechtmäßig“ muss vertragsautonom interpretiert werden, es kann nicht darauf ankommen (...)) ob der österreichische Gesetzgeber zwischen „rechtmäßig“ und „Duldung“ (...) unterscheidet.“³⁰

Nach Art. 2 des 4. ZP zur EMRK hat jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen. Die Ausübung dieses Rechtes darf keinen anderen Einschränkungen unterworfen werden als jenen, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen oder öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, der Verhütung von Straftaten, des Schutzes der Gesundheit oder Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.

In diesem Zusammenhang erscheint es etwa insbesondere bedenklich, dass sich die Ausnahmen zur Gebietsbeschränkung lediglich auf von AsylwerberInnen zu erfüllende gesetzliche Pflichten, Ladungen von Behörden und Gerichten und die Inanspruchnahme medizinischer Versorgung beziehen. Anregungen, etwa auch notwendige Besuche bei Rechtsberatern und –vertretern oder anderen Vertrauenspersonen von der Beschränkung auszunehmen, berücksichtigte der Gesetzgeber nicht und normierte damit in solchen Fällen eine Verwaltungsübertretung.³¹

Gemäß § 62 Abs. 5 FPG kann eine Gebietsbeschränkung auch mit einem Rückkehrverbot verknüpft ausgesprochen werden, was die allgemeine Tendenz zeigt, Aufenthaltsrechte von allen legislativ und interpretativ möglichen Seiten her einzuschränken, was auch an folgendem Beispiel erkennbar wird:

🔗 *Über einen legal mit Visum eingereisten pakistanischen Asylwerber wird von der BPD Wien ein auf 5 Jahr befristetes Aufenthaltsverbot/Rückkehrverbot verhängt, nachdem er bei der Schwarzarbeit betreten wurde. Tatsächlich war er als Werbemittelverteiler tätig, was bislang als zulässige selbständige Tätigkeit angesehen wird.*

Mit der Begründung, die Schwarzarbeit rechtfertige die Annahme, dass der weitere Aufenthalt im Bundesgebiet die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden könnte und die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes zum Schutze des wirtschaftlichen Wohls der Republik Österreich und zur Verhinderung strafbarer Handlungen dringend geboten sei, verliert er sein Aufenthaltsrecht. Dass in irgendeiner Weise vom Asylwerber Parteienghör wahrgenommen werden konnte, beziehungsweise eine Abwägung gemäß des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stattgefunden hat, geht aus dem Bescheid nicht hervor.

Betreffend Zustellungen bestimmt § 23 Abs. 3 AsylG, dass jene mit einer durchsetzbaren Ausweisung verbundenen zurück- oder abweisenden Entscheidungen, soweit dem Asylwerber zum Zeitpunkt der Zustellung faktischer Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht zukommt und die an einer Abgabestelle vorgenommen werden, von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes durchzuführen sind, soweit sie nicht durch eigene Organe der Behörde im Amt vorgenommen werden. Im Falle, dass eine Hinterlegung notwendig wird, hat diese bei der nächsten Sicherheitsdienststelle zu erfolgen.

³⁰ Ibid., ad §13.

³¹ Siehe etwa Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, *Stellungnahme: BG, mit dem das AsylG 2005 und das Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen, sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBASG und das EGVG geändert werden*, 14.04.2005.

Die Ausweitung bürokratischer Hürden wird ebenfalls an § 25 AsylG sichtbar, nach dem ein Antrag auf internationalen Schutz als gegenstandslos abzulegen ist, wenn der Antrag, der vor Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes gestellt wurde, nicht binnen 14 Tagen persönlich noch in einer Erstaufnahmestelle eingebracht wird.

Neu ist ebenfalls der in § 26 AsylG normierte Festnahmeauftrag in Fällen, in denen sich nach Meinung des Bundesasylamtes der Asylwerber dem Verfahren entzogen oder sich ungerechtfertigt aus der Erstaufnahmestelle entfernt hat. Eine Anhaltung des Asylwerbers bis zu 72 Stunden ist möglich.

Als ausgesprochen problematisch und in der Praxis bereits vielfach kritisiert erweisen sich auch die Sonderbestimmungen für das Zulassungsverfahren. So regelt etwa § 29 AsylG 2005 in Abs. 3 Z 4 und 5, dass nach der Durchführung der notwendigen Ermittlungen die Behörde je nach Stand des Ermittlungsverfahrens dem Asylwerber mit Verfahrensordnung mitzuteilen hat, dass beabsichtigt ist, seinen Antrag auf internationalen Schutz zurück- oder abzuweisen. Gemäß § 27 gilt ein Ausweisungsverfahren als eingeleitet, wenn im Zulassungsverfahren eine Bekanntgabe nach § 29 wie oben erfolgt.

Nun ist es aber alltägliche Praxis, dass AsylwerberInnen noch vor persönlicher Antragstellung in der Erstaufnahmestelle, beziehungsweise kurz danach, bereits lediglich auf Grund eines Aktenvermerks und einer telephonischen Einschätzung des Falles in Schubhaft genommen werden. Der Direktor des Bundesasylamtes äußerte sich diesbezüglich dahingehend, dass das Thema Schubhaft im Zusammenhang mit Dublin-Verfahren in den Aufgabenbereich der Fremdenpolizei falle beziehungsweise das Bundesasylamt hiermit nichts zu tun habe.

Aus rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Sicht ist zur vorgebrachten Problematik einerseits zu betonen, dass es sich bei einer Inschubhaftnahme um eine gravierende, da freiheitsentziehende Maßnahme handelt, die lediglich aufgrund einer Verfahrensordnung (Aktenvermerk zur Einleitung des Ausweisungsverfahrens) erfolgt, gegen die selbst kein Rechtsmittel möglich ist, und andererseits, dass es sich bei der Grundlage Ermittlungsverfahren sehr wohl um einen Aufgabenbereich des Bundesasylamtes handelt. In diesem Sinne zeigen gesetzliche wie praktische Änderungen in obigem Bereich nicht nur eine besorgniserregende Kompetenzerweiterung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, sondern ebenfalls eine gravierende Rechtsschutzlücke auf.

Zur überschießenden Kompetenzerweiterung der Sicherheitsorgane wurde bereits vom österreichischen Rechtsanwaltskammertag³² betont, „*dass es[...] nicht den Sicherheitsorganen obliegt, die im Rahmen der Befragung gemäß §§ 19 Abs.1 und § 45 Abs. 2 gewonnenen Informationen dahingehend zu bewerten, ob ein Ausweisungsverfahren einzuleiten sein wird, sodass [...]der Verfassungsbruch nahezu vorprogrammiert ist [...]*“.

Weiters hat sich der Normenbestand des 5. Hauptstücks (Mitwirkung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes) durch das AsylG 2005 ein weiteres Mal vergrößert. Dies insbesondere betreffend die Regelungen zur Vorführung, die nun etwa bei bloßer Annahme einer Unzuständigkeit Österreichs vor das Bundesasylamt zur Sicherung der Ausweisung zu erfolgen hat, wenn keine Schubhaft verhängt wird.

³² Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, *Stellungnahme: BG, mit dem das AsylG 2005 und das Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen, sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBASG und das EGVG geändert werden*, 14.04.2005.

Eingriffe in das Recht auf persönliche Freiheit werden eigens in § 47 normiert und erweitern die Kompetenzen der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes drastisch. Diese haben zusätzlich die Befugnis, Karten abzunehmen und sind allgemein bei Durchsetzung ihrer Befugnisse zur Ausübung von unmittelbarer Zwangsgewalt ermächtigt. Der bisher in erkennungsdienstlichen Bestimmungen übliche, weiterführende Satzteil „soweit [...] damit kein Eingriff in die körperliche Integrität verbunden ist.“ wird in § 49 AsylG 2005 vermisst, Abs. 2 geht sogar soweit, die Überwindung des Widerstandes der Betroffenen zu regeln.

Welche Auswirkungen „verpolizeilichte“ beziehungsweise vorhergehende Information vernachlässigende Vorgangsweisen vor allem bei Menschen, die in ihrem Heimatland seitens der Polizei oftmals mit Verfolgung zu rechnen und dieses gerade deshalb verlassen haben, nach sich ziehen können, zeigt folgendes drastische Beispiel:

💡 *Als bei einem mongolischen Asylwerber und seiner Familie um 5.00 Uhr früh die Polizei an die Tür klopft, um eine Überstellung nach Ungarn im Zuge eines Dublin-II-Verfahrens durchzuführen, gerät der Asylwerber, der aus dem Schlaf gerissen wurde, in Panik. Bei dem Versuch, über das Fensterbrett ins Nachbarzimmer zu fliehen, rutscht er aus und stürzt aus 10 Meter Höhe auf Betonboden. Eine schwere Lungenverletzung und Lebensgefahr sind die Folge. Seine Frau und sein Sohn erleiden einen Schock und müssen ebenfalls im Krankenhaus betreut werden.*

Sowohl Praxis als auch Theorie zeigen in diesem Sinne immer wieder, dass eine „Verpolizeilichung“ des Asylverfahrens gravierende Auswirkungen auf AsylwerberInnen hat, die bis zu Retraumatisierungen reichen können.

In diesem Zusammenhang sind wohl auch die Neuregelungen zur Inschubhaftnahme zu betrachten, die einen äußerst praxisrelevanten Fall von Ausdehnung fremdenpolizeilicher Maßnahmen darstellen und innerhalb dieses Berichtes gesondert behandelt werden. Gerade auch in diesem Bereich kann augenscheinlich nachvollzogen werden, wie weitgefaste gesetzliche Regelungen einen ebensolchen Interpretationsspielraum eröffnen, unter dem AsylwerberInnen immer häufiger sowohl in physischer als auch psychischer Hinsicht zu leiden haben.

Schlussfolgerungen und Empfehlungen

- Die Kompetenzen der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Asylverfahren sollen auf die Datenaufnahme eingeschränkt werden. Alle weiteren Ermittlungen, auch zum Fluchtweg, sollten durch die für Asylfragen besonders geschulten MitarbeiterInnen der Asylbehörde durchgeführt werden, um Asylsuchende in einer möglichst angstfreien Atmosphäre zu befragen. Zivile Kleidung der ins Asylverfahren involvierten Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes erscheint in diesem Sinne angebracht.
- Mitwirkungspflichten von AsylwerberInnen sollen nicht mit strafrechtlichen Sanktionen verknüpft werden.
- Empfohlen wird die Aufhebung der Gebietsbeschränkung im Sinne der EMRK.

Fehlender Rechtsschutz

Mit dem Fremdenrechtspaket 2005 wurde der Weg der Einschränkungen beim Rechtsschutz innerhalb des Asyl- und Fremdenrechts, der bereits mit der AsylG-Novelle 2003 beschritten wurde, mittels mehrerer wesentlicher Normierungen fortgesetzt. In diesem Bereich stellt vor allem die aufschiebende Wirkung einer Berufung ein Kernstück eines wirksamen Rechtsmittels dar, das untrennbar mit den Grundsätzen des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention verbunden ist.

AsylG 97

Die durch das Fremdenrechtspaket 2005 fixierten Änderungen führten hinsichtlich der Regelungen zur aufschiebenden Wirkung von Berufungen gegen Entscheidungen des Bundesasylamtes zu massiven Beeinträchtigungen des Rechtsschutzes. So kam im AsylG 1997 grundsätzlich noch jeder rechtzeitig eingebrachten Berufung nach allgemein verwaltungsverfahrensgesetzlicher Regelung aufschiebende Wirkung zu³³.

Gerade in Fällen, in denen ein Bescheid derartig intensiv in die Rechtssphäre einer Partei eingreift, wie dies im Asylverfahren der Fall ist, kommt der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels enorme Bedeutung zu. Verhindert diese doch, dass durch die Vollstreckung eines erstinstanzlichen Bescheides vollendete Tatsachen geschaffen werden, die nach einer erfolgreichen Bekämpfung desselben entweder nur schwer oder auch gar nicht mehr rückgängig zu machen sind.

AsylG-Nov 03

Mit der AsylG-Novelle 03 wurde der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung einer Berufung bereits mehrfach durchbrochen. Gemäß § 32 Abs. 2 kam Berufungen gegen § 5-Entscheidungen (Unzulässige Asylanträge – Dublin) generell keine aufschiebende Wirkung mehr zu. Die Durchsetzbarkeit trotz mangelnder Rechtskraft wurde vom VfGH in seiner Entscheidung vom 15.10.2004 als verfassungswidrig erkannt und aufgehoben, da eine faktische Möglichkeit der Rückkehr effektive Rechtsschutzgewähr nicht substituieren kann³⁴. Die Aufhebung bewirkte, dass nur mehr der Berufung über den Ausspruch der Zuständigkeit aufschiebende Wirkung nicht zukam, während dies hinsichtlich der Durchführung der Ausweisung sehr wohl der Fall war.

Absatz 3 derselben Bestimmung legte fest, dass auch Berufungen gegen Entscheidungen gemäß § 4, 4a und 6 (Unzulässige Anträge – Drittstaatssicherheit; offensichtlich unbegründete Anträge) nunmehr keine aufschiebende Wirkung mehr zukam. Diese Entscheidungen wurden nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, beziehungsweise 7 Tage nach Berufungsvorlage an den UBAS durchsetzbar, insoweit dieser eine aufschiebende Wirkung nicht zwischenzeitig zuerkannte. Diese Möglichkeit bestand in Fällen, in denen zwingende öffentliche Interessen einer Zuerkennung nicht entgegenstanden und die Berufung nicht aussichtslos schien.

Gemäß Absatz 8 kam Berufungen gegen zurückweisende Entscheidungen wegen entschiedener Sache keinesfalls aufschiebende Wirkung zu, wenn über einen vorherigen Antrag in den der weiteren Antragstellung vorausgehenden 12 Monaten bereits rechtskräftig entschieden worden war.

³³ s. § 64/1 AVG

³⁴ VfGH, 15.10.2004, G 237/03, auch bereits VfSlg. 14.374/1995.

AsylG 2005

Das AsylG 2005 sieht nunmehr ein kompliziertes System des Ausschlusses, der Ab- und der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung vor, das einen effektiven Rechtsschutz auf besorgniserregende Weise beschränkt.

Gemäß § 36 Absatz 1 kommt einer Berufung gegen eine Zurückweisung keine aufschiebende Wirkung zu, der Berufung gegen eine mit einer solchen Entscheidung verbundenen Ausweisung nur, wenn der UBAS ihr diese zuerkennt. Es handelt sich hierbei also um eine weitere Verschärfung der Rechtslage im Vergleich zu jener nach Urteilsspruch des VfGH vom 15.10.2004.³⁵

Die aufschiebende Wirkung hat sowohl bei einer Zurückweisung wie auch bei einer Aberkennung nach Abweisung wieder zuerkannt zu werden, wenn eine Abschiebung ein „real risk“ im Sinne des Non-Refoulement-Grundsatzes bedeuten würde³⁶. Die 7-Tagesfrist/Rechtsmittelfrist gilt in beiden Fällen hinsichtlich der Durchsetzbarkeit.

§ 36 Absatz 2 setzt zwar die aufschiebende Wirkung für Berufungen gegen andere Entscheidungen (Abweisungen) fest, eröffnet aber die Möglichkeit einer Aberkennung. § 38 normiert diese Aberkennungsmöglichkeiten durch das Bundesasylamt taxativ. Dadurch wird die Vorläuferbestimmung § 6 AsylG 1997 idF 2003 zu offensichtlich unbegründeten Asylanträgen, die sich in der Praxis nicht bewährte und regelmäßig zu Verzögerungen führte, durch die Hintertür wieder eingeführt, während gleichzeitig die damals erfassten Tatbestände zusätzlich noch erweitert wurden.

Wie bereits angemerkt, hat der UBAS gemäß § 38 Abs. 2 aufschiebende Wirkung im Falle eines „real risks“ binnen 7 Tagen wieder zuzuerkennen. Ein Ablauf der Frist steht der Zuerkennung nicht entgegen.

Rechtsstaatliche und menschenrechtliche Bedenken bezüglich der Beschränkung des Abschiebeschutzes wurden bereits gegenüber dem Entwurf zur AsylG-Nov 2003 geäußert. So etwa vom UN-Flüchtlingshochkommissariat (UNHCR). *„UNHCR spricht sich zudem deutlich gegen die in §32(2) und (8) der Regierungsvorlage vorgesehenen weitreichenden Ausnahmen vom Grundsatz der aufschiebenden Wirkung von Berufungen aus. (...) Wenn es einem/r Antragsteller/in nicht gestattet wird, das Ergebnis einer Berufung gegen einen negativen erstinstanzlichen Bescheid im Hoheitsgebiet abzuwarten, ist der Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung unwirksam.“*³⁷

Obwohl die Regelung des § 38, da es sich nicht um einen generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung handelt, im Sinne des VfGH-Erkenntnis vom 15.10.2004 grundsätzlich verfassungskonform erscheint, ist darauf hinzuweisen, dass die einzelnen Tatbestände bedenklich weit gefasst sind.

³⁵ Geltung nunmehr für alle Zurückweisungsfälle

³⁶ §37 Abs.1, §38 Abs.2

³⁷ UNHCR, *Stellungnahme zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das AsylG 1997(AsylG-Novelle 2003), das Bundesbetreuungsgesetz, das Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat und das Meldegesetz geändert werden*, 18. Juni 2003. <http://www.unhcr.at>

In diesem Sinne wurde auch vom Österreichischen Rechtsanwaltskammertag³⁸ zu den in §38 Abs. 1 aufgezählten Aberkennungsgründen die unklare Formulierung des vorliegenden Paragraphen kritisiert: „Solange nicht näher normiert wird, aus welchen Gründen in den angeführten Fällen die aufschiebende Wirkung auszuschließen sein könnte, steht diese Bestimmung in Konflikt mit Art. 11 Abs. 2 B-VG sowie mit dem Sachlichkeits- und Gleichbehandlungsgebot.“

Die im Folgenden angeführten Entscheidungen des Bundesasylamtes untermauern die praktische Relevanz einer solchen Kritik und belegen die herrschende Rechtsunsicherheit durch zu weit gefasste Bestimmungen und daraus resultierende divergierende Rechtsauffassungen am Beispiel der Z.5 des § 38 Abs.1, nachdem das Bundesasylamt einer Berufung gegen eine abweisende Entscheidung und der damit verbundenen Ausweisung die aufschiebende Wirkung aberkennen kann, wenn das Vorbringen des Asylwerbers zu seiner Bedrohungssituation offensichtlich nicht den Tatsachen entspricht.

Beispielfälle

🔗 *Mit Bescheid des Bundesasylamtes wurde der Antrag des Herrn B., einem Angehörigen der katholischen albanischen Volksgruppe im Kosovo, auf internationalen Schutz abgewiesen, der Status des subsidiär Schutzberechtigten nicht zuerkannt, er aus dem österreichischen Bundesgebiet ausgewiesen und in Spruchpunkt IV einer Berufung gegen diesen Bescheid die aufschiebende Wirkung aberkannt.*

Herr B. hatte vorgebracht, in seinem Herkunftsland mehrmals von unbekannt Personen angehalten, beschossen und bedroht worden zu sein, weshalb er letztendlich geflüchtet sei und gezwungen gewesen wäre, seinen Betrieb, Vermögen und seine Familie zurückzulassen. Nach Ansicht des Bundesasylamtes war dem Vorbringen des Asylwerbers keine glaubhafte asylrelevante Verfolgung zu entnehmen, und wurde festgestellt, dass für die Verfolgung von strafbaren Handlungen im Kosovo die UNMIK, die KFOR und das KPS zuständig seien. Mit der Begründung, dass die aktuelle Herkunftslandinformation nicht auf eine aktuelle Bedrohung, ethnisch motivierte Gewalt oder staatliche Duldung hindeutet, vertrat das Bundesasylamt weiters die Meinung, der Asylwerber hätte offensichtlich versucht, einen Fluchtgrund zu konstruieren und wäre selbst bei „angenommenem Wahrheitsgehalt des Vorbringens [...] dieses nicht geeignet, die Gewährung von Asyl zu begründen, weil nichts darauf hindeutet, dass der ASt. in asylrelevanter Form verfolgt oder bedroht wäre.“

Zu Spruchpunkt IV stellt das Bundesasylamt fest, dass die aufschiebende Wirkung gemäß § 38 Abs. 1 Z. 5 AsylG abzuerkennen war, „weil aus der Gesamtheit der Angaben des ASt. offensichtlich ist, dass er im Herkunftsland in keiner Weise verfolgt oder bedroht ist und er durch leere, eindeutig jegliche Grundlage entbehrende Behauptungen einen Fluchtgrund zu konstruieren versucht.“

In obiger Entscheidung verabsäumt das Bundesasylamt allerdings zwischen Beweiswürdigung im Sinne einer „Glaubhaftmachung“ und der rechtlichen Beurteilung hinsichtlich Asylrelevanz eines Vorbringens zu unterscheiden, und erkennt die aufschiebende Wirkung nach § 38 Abs. 1 Z.5 AsylG aufgrund offensichtlicher Unglaubwürdigkeit ab. Darüber hinaus verkennt die Behörde, dass ein Ausschluss der aufschiebenden Wirkung wegen offensichtlichem Widerspruch des Vorbringens zu objektiven Tatsachen insgesamt einen höheren Maßstab erfordert, als schlichtes Nichtglauben subjektiver Fluchtgründe.

³⁸ Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, *Stellungnahme: BG, mit dem das AsylG 2005 und das Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen, sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBASG und das EGVG geändert werden*, 14.04.2005.

In diesem Sinne entscheidet dann auch der Unabhängige Bundesasylsenat, der den Bescheid des Bundesasylamtes hinsichtlich Spruchpunkt IV ersatzlos behebt und der Berufung die aufschiebende Wirkung wieder zuerkennt. Wie die Regierungsvorlage bereits ausführt, kommen für eine Entscheidung nach Z.5 nur jene Fälle in Frage, bei denen das Rechtsschutzinteresse mangels echter Gefährdung am geringsten ist. *„Die Feststellung einer solchen offensichtlichen Tatsachenwidrigkeit setzt, [...] nach ständiger Rechtsprechung des VwGH³⁹ [...] voraus, dass das Vorbringen in einer Weise als unzutreffend erkennbar ist, die besonders deutlich die Unrichtigkeit der erstatteten Angaben vor Augen führen. Das Urteil der Tatsachenwidrigkeit muss sich quasi aufdrängen und die dazu führenden Gesichtspunkte müssen klar auf der Hand liegen.“*

Der UBAS weiter: *„Aus dem Vorbringen des Berufungswerbers lässt sich jedoch unter Berücksichtigung des Länderhintergrundes keine offensichtliche Tatsachenwidrigkeit hinsichtlich seiner Bedrohungssituation feststellen.[...] Aus Sicht der Berufungsbehörde ist jedoch durchaus denkbar, dass sich ein Vorfall, wie ihn der Berufungswerber schildert, vor dem Hintergrund der derzeitigen Situation im Kosovo ereignen könnte.“*

🔗 *Dennoch entscheidet das Bundesasylamt in dem ähnlich gelagerten Fall eines Angehörigen einer serbischsprachigen Minderheit aus der Provinz Kosovo, der angab, von Privatpersonen als Serbe bezeichnet, in seiner Bewegungsfreiheit eingeschränkt und bedroht worden zu sein, drei Monate später ebenfalls im Sinne einer Aberkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 38 Abs. 1 Z.5. Die Behörde spricht dem Vorbringen des Asylwerbers jede Glaubwürdigkeit ab.*

In zahlreichen vergleichbaren Fällen wurde seitens des Bundesasylamtes eine Aberkennung der aufschiebenden Wirkung nicht einmal erwogen. Gleichzeitig wurde, wie oben ersichtlich, die Rechtsprechung des UBAS für nachfolgende Fälle in keinster Weise berücksichtigt. Dies trägt insgesamt zu einer uneinheitlichen, unsachlichen und gleichheitswidrigen Rechtsprechung bei.⁴⁰

Die dargestellte Problematik berührt in ähnlicher Weise die Frage der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den Unabhängigen Bundesasylsenat. Dass es auch in Bezug auf § 36 Abs. 1 und die Notwendigkeit einer solchen Zuerkennung innerhalb von 7 Tagen gehäuft zu Problemen kommt, liegt auf der Hand, da beispielsweise nicht explizit geregelt ist, wie vorzugehen ist, wenn der Unabhängige Bundesasylsenat keine Entscheidung innerhalb dieser Frist fällt, weshalb Verletzungen der Art. 2, 3, 13 EMRK zu befürchten sind.

🔗 *Dies betrifft unter anderen den Fall einer minderjährigen Asylwerberin und ihrem Kind, die, nachdem sich das zuständige Senatsmitglied auf Urlaub befand und eine Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht innerhalb der Frist stattfindet, gemäß eines negativen § 5-Bescheides nach Polen abgeschoben wird. Die Dublinbescheide werden im Nachhinein behoben und das Asylverfahren der Familie zugelassen.*

Aufgrund der bekannten Überlastung der zweiten Instanz kommt es immer wieder zu ähnlich gelagerten Fällen, in denen die Rechtsunsicherheit, die ein derartig komplexes System von Zuerkennung und Aberkennung, Ausweisung und Wiedereinreiseerlaubnis bewirkt, auf dem Rücken von AsylwerberInnen ausgetragen wird und selbst für die beteiligten Behörden zu unnötigem Verfahrensaufwand führt.

³⁹ Siehe VwGH 21.08.2001, Zl. 2000/01/0214

⁴⁰ Aufgrund der Erfahrungen mit der Rechtsprechung zu den übrigen Tatbeständen des § 6 AsylG 97 dürften diese Bedenken auch auf die übrigen Bestimmungen des § 38 Abs.1 zutreffen.

Dies wird auch immer wieder in Hinblick auf die Wiedereinreise von Asylwerbern nach Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung deutlich.

- ☞ *Eine Familie, die nach einer negativen Entscheidung im Zulassungsverfahren im Mai dieses Jahres nach Polen abgeschoben wurde, reist nach Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den VwGH wieder in Österreich ein und wird von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes angehalten, denen sie die Zuerkennungsentscheidung vorlegen. Dennoch werden neue Asylanträge aufgenommen, es folgen erneut Einvernahmen und eine Ladung zum Psychologen sowie eine neuerliche Anfrage an Polen.*

Eine solche Vorgangsweise ist wohl auch im Sinne der Verfahrensökonomie nicht ideal.

Hinzu kommt, dass letztlich selbst die Zulassung eines Verfahrens durch den Unabhängigen Bundesasylsenat gemäß § 28 Abs. 1 einer späteren zurückweisenden Entscheidung nicht entgegensteht. Bei Zurückverweisungen mangels ausreichendem Ermittlungsverfahren wird regelmäßig einer neuerlicher Zurückweisungsbescheid erlassen, selbst bei Stattgebung der Berufung mit der Begründung, dass ein inhaltliches Verfahren zu führen ist, wird ein Dublinverfahren weiter betrieben.

In folgendem Fall wurde offensichtlich die in § 36 Abs. 4 normierte Frist, gemäß der mit der Durchführung der die Ausweisung umsetzende Abschiebung bis zum Ende der Rechtsmittelfrist - beziehungsweise im Falle einer Rechtsmittelergreifung bis zum Ablauf des siebenten Tages ab Berufungsvorlage - zuzuwarten ist, nicht eingehalten.

- ☞ *Ein Asylwerber aus Serbien-Montenegro stellt nach erlassener Ausweisung und Aufenthaltsverbot Mitte Jänner einen Antrag auf internationalen Schutz, der Anfang Februar wegen entschiedener Sache zurückgewiesen wird. Der Berufung kommt daher die aufschiebende Wirkung nicht zu. Die dagegen eingebrachte Berufung geht am 15.02.2006 beim Bundesasylamt ein. Bereits am 20. Februar 2006 wird der Asylwerber nach Serbien-Montenegro abgeschoben.*

Mit Bescheid des UBAS vom 23.02.2006 wird der Bescheid des Bundesasylamtes aufgehoben und das Verfahren zugelassen. Eine Aufenthaltsberechtigungskarte wurde an den Rechtsvertreter übermittelt.

Die zuständige Bezirkshauptmannschaft vertritt in ihrer Stellungnahme die Ansicht, dass der Abschiebeschutz mit der zurückweisenden Entscheidung des Bundesasylamtes über den Antrag endet und erst mit Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den UBAS erneut gegeben ist.

Zu § 36 Abs. 4 ist die Behörde vor dem UVS OÖ der Meinung, dass diese Vorschrift ausschließlich Abschiebungen in Durchführung einer im Asylverfahren erlassenen Ausweisung betreffe und keinen generellen Abschiebeschutz regle. Im gegenständlichen Fall sei die Abschiebung jedoch auf der Grundlage der im fremdenpolizeilichen Verfahren ergangenen Ausweisung sowie des durchsetzbaren Aufenthaltsverbots erfolgt.

Hier wird aber, laut nachfolgender Entscheidung des UVS OÖ, § 1 Abs. 2 FPG übersehen, nach dessen vorletztem Satz die Durchsetzung einer Ausweisung oder eines Aufenthaltsverbotes gegen einen Asylwerber erst zulässig ist, wenn die Ausweisung nach § 10 AsylG durchgesetzt werden kann. Der Begriff "Durchsetzung" ist nach Ansicht des UVS OÖ jedoch im herkömmlichen Sinne von unmittelbarer Durchsetzbarkeit bzw. Vollstreckbarkeit zu verstehen, da die Vorschrift sonst sinnentleert würde.

Da § 12 Abs. 1 klar stellt, dass zum faktischen Abschiebeschutz außerdem § 36 Abs. 4 gilt, ist daraus zu schließen, dass der faktische Abschiebeschutz eben bis zu dem in § 36 Abs. 4 genannten Zeitpunkt gilt, ab dem unmittelbare Durchsetzbarkeit eingetreten ist.

All diese Bestimmungen führen für Asylwerber insgesamt zu unvorhersehbarem behördlichen Handeln, das mit dem Rechtsstaatsprinzip schwer vereinbar ist und einen funktionierenden Rechtsschutz für AsylwerberInnen unterbindet. Es ist daher nicht einzusehen, warum gerade Berufungen gegen Entscheidungen, die sich dermaßen schwerwiegend auf das Leben von Menschen auswirken, von einem sonst gängigen allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundsatz ausgenommen sein sollten.

In diesem Zusammenhang ist ebenfalls bezeichnend, dass das Bundesasylamt die Möglichkeit, Berufung einzulegen, der die (bereits aberkannte) aufschiebende Wirkung auch wieder zuerkannt werden kann, in seinen Entscheidungen offensichtlich gar nicht mitdenkt. So wird etwa in negativen Bescheiden der Erstaufnahmestellen mit VwGH –Judikatur argumentiert, wonach "beharrliches illegales Verbleiben eines Fremden nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens bzw. ein länger dauernder illegaler Aufenthalt eine gewichtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Hinblick auf ein geordnetes Fremdenwesen darstellen würde, was eine Ausweisung als dringend geboten erscheinen lässt (VwGH 31.10.2002, Zl. 2002/18/0190)". Dass es sich bei einer Entscheidung der Erstaufnahmestelle nicht per se um eine rechtskräftige Entscheidung handelt, bleibt in dieser Argumentationskette unbeachtet. Ebenfalls ignoriert wird etwa § 38 Abs. 2 und die mögliche Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung durch den UBAS, wenn der Bescheid weiters lautet: "aufgrund des negativ entschiedenen Antrages auf internationalen Schutz hat der Antragsteller nicht mehr die Möglichkeit, den Aufenthalt vom Inland her zu legalisieren." In diesem Sinne ist die Begründung des Spruches über die Ausweisung wohl schwer nachvollziehbar.

Weiters höchst besorgniserregend aus dem Blickwinkel adäquater Rechtsschutzmechanismen erscheinen die ebenfalls im vorliegenden Bericht kommentierten Änderungen im Bereich der Schubhaftverhängung. Die enorme Ausweitung der Fälle, in denen Asylwerber in Schubhaft genommen werden, verbunden mit dem ausgesprochen eingeschränkten Zugang zu Rechtsberatung und Vertretung nach einer Inhaftnahme, sowie die geringe Aussicht auf eine (erfolgreiche) Haftbeschwerde machen einen effektiven Rechtsschutz für viele AsylwerberInnen de facto unerreichbar.

Dies gilt bis zu einem gewissen Grad sogar für AsylwerberInnen außerhalb der Schubhaftzellen. An der Kritik zur Rechtsberatung in den Erstaufnahmestellen hat sich seit dem letzten Wahrnehmungsbericht⁴¹ nichts geändert. Die Neuregelung des Asylgesetzes wäre eine Chance gewesen, die dortigen Anregungen im Sinne einer Verbesserung des Rechtsschutzes aufzugreifen, eine Möglichkeit, die vom Gesetzgeber bedauerlicherweise nicht genutzt wurde. Das System der Rechtsberatung ist dementsprechend nach wie vor unbefriedigend. Die bestellte Flüchtlingsberatung verfügt nicht über ausreichende Kapazitäten, lückenlosen Rechtsschutz für alle AsylwerberInnen zu sichern.

Dem Erfordernis des AVG, eine Partei so zu einer Einvernahme zu laden, dass die Teilnehmer rechtzeitig und vorbereitet erscheinen können, wird durch die geltende Asylrechtslage und Praxis in zumindest zweifacher Weise untergraben. So erfolgt etwa die Zustellung von Ladungen im Zulassungsverfahren nur an den Asylwerber und gegebenenfalls den Rechtsberater (§ 23 Abs. 2 AsylG). An den gewillkürten Vertreter wird die Ladung nicht

⁴¹ Forum Asyl, *Wahrnehmungsbericht. Evaluierung der Erstaufnahmestellen, Asylgesetz-Novelle 2003*, Dezember 2004, S.19 ff.

zugestellt, dieser sollte vom Rechtsberater schnellstmöglich verständigt werden, sofern der Asylwerber dies wünscht. Durch unterlassene oder nicht rechtzeitig erfolgte Verständigung werden Vertrauenspersonen und Rechtsbeistände von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen. Die Ladung des gewillkürten Vertreters, die nach AVG in den Aufgabenbereich der Behörde fällt, wird durch § 23 AsylG an den Rechtsberater ausgegliedert, wobei unklar bleibt, für wen dieser bezüglich einer solchen Verständigung funktionell tätig wird.

💡 *Frau M., Mitarbeiterin einer NGO, erhält vom zuständigen Referenten einen Telefonanruf, bei dem ihr die Durchführung der Einvernahme in den nächsten zwei Stunden angekündigt wird. Auf Nachfrage, ob dies als Verständigung von einer Einvernahme zu verstehen sei, wird dies bestätigt mit der Anmerkung, der Referent rufe selbst an, da eine Verständigung über die Rechtsberater zu kompliziert sei. Die Vertreterin sah sich außer Stande, noch rechtzeitig in die EAST Ost zu kommen.*

Weiteres notwendig zur Wahrung verfahrensrechtlicher Mindestgarantien und damit des Rechtsschutzes ist die Beigebung von Information für AsylwerberInnen hinsichtlich einer möglichen Kontaktaufnahme mit Organisationen oder Personengruppen, die Rechtsbeistand gewähren, wie bereits durch Richtlinie 2003/9/EG DES RATES vom 27. Januar 2003⁴² festgelegt wurde. Wie im Kapitel *Information im Asylverfahren* behandelt, bestehen hier aber durchaus bedeutsame Mängel bei den zur Verfügung stehenden Informationsblättern.

Schlussfolgerungen und Empfehlungen

- Die angeführten Beispiele zeigen die Notwendigkeit der aufschiebenden Wirkung von Berufungen im Sinne wirksamer Rechtsschutzmechanismen.
- Im Bereich des Zulassungsverfahrens ist mangelhafte Rechtssicherheit festzustellen.
- Ein ungehinderter Zugang zu Rechtsberatung und zu rechtlicher Vertretung ist unverzichtbar und sollte auch in Hinblick auf die praktische Umsetzung garantiert sein.
- Die Ladung von gewillkürten Vertretern durch die Behörde ist im Sinne allgemeiner Verfahrensgrundsätze gesetzlich zu verankern.
- Zur Wahrung verfahrensrechtlicher Mindestgarantien wird empfohlen, ausreichende Informationen bereit zu stellen.

⁴² „Aufnahmerichtlinie“, (11).

Information im Asylverfahren

Mittels der Informationsblätter in den von AsylwerberInnen am häufigsten gesprochenen Sprachen soll dem Recht Rechnung getragen werden, über sämtliche Verfahrensschritte in einer dem/der Betroffenen verständlichen Sprache unterrichtet zu werden. Bei der im Rahmen des Wahrnehmungsberichts durchgeführten Evaluation stand nicht die umfassende Bewertung der Übersetzungsqualität im Vordergrund, sondern in erster Linie die Überprüfung der Vollständigkeit, sprachlichen Richtigkeit und der darauf basierenden Verständlichkeit der übersetzten Information. Anzumerken ist, dass beim Bundesasylamt Informatoren audio-visuelle Information weitergeben und im Zuge der Einvernahme der Erhalt der schriftlichen Informationen überprüft wird. Die Frage nach dem Verständnis des Inhalts wird von AsylwerberInnen regelmäßig bejaht, aus der Beratungstätigkeit der NGO liegt aber die Erfahrung vor, dass den Flüchtlingen der Inhalt keineswegs vertraut ist.

Die Informationsblätter, die für die Evaluation herangezogen wurden, waren die in allen überprüften Sprachen gemeinsam Vorhandenen; somit bezieht sich jeglicher in diesem Kapitel geäußerte Kommentar auf die **Erstinformation, das Merkblatt sowie die Dublin II Information**. Darüber hinaus war es nicht möglich, in allen Übersetzungen das gesamte Informationsmaterial vollständig zu sammeln (insbesondere die EURODAC Information, aber auch die Orientierungsinformation waren rar). Für die Zwecke dieses Kapitels schien es letztlich ausreichend, eine Beurteilung über die in allen überprüften Sprachen gemeinsam vorhandenen Informationsblätter abzugeben.

Ausgehend von den deutschen Informationsblättern wurden die Übersetzungen in folgende Sprachen überprüft: Albanisch, Bosnisch, Chinesisch, Dari, Englisch, Französisch, Georgisch, Kroatisch, Russisch, Serbisch, Spanisch, Tschetschenisch, Türkisch.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Im Wesentlichen geht aus den Übersetzungen hervor, dass sprachliche Kompetenz vorliegt und – ohne eine inhaltliche Bewertung vorzunehmen – der gesetzlich determinierte Auftrag hinsichtlich der Informationsweitergabe in einer verständlichen Sprache bedingt erfüllt wurde.

Insgesamt fiel bei der Auseinandersetzung mit den Übersetzungen im Rahmen einer genauen Überprüfung auf, dass – wie aus den Ergebnissen im Detail besonders ersichtlich – keine vollständige inhaltliche Deckungsgleichheit hinsichtlich der deutschen Originalvorlage und den jeweiligen Übersetzungen gegeben ist. Den Informationsblättern in allen Sprachen war gemeinsam, dass die gleichen Satzteile, Textsequenzen oder gesamte Textabschnitte fehlten. Dies lässt den Schluss zu, dass die deutsche Information im Nachhinein inhaltlich adaptiert wurde ohne die Übersetzungen ebenfalls zu aktualisieren. Dass das vorliegende deutschsprachige Original der Aktualität entbehrte, kann dadurch entkräftet werden, dass sämtliche Informationsblätter über den Sommer 2006 gesammelt wurden. Eine weitere Möglichkeit wäre, dass bei den betreffenden Asylbehörden keine aktuellen Informationsblätter auflagen.

Die Bewertung des Umgangs mit der Informationsweitergabe genauso wie die inhaltliche und strukturelle Aufbereitung ist zwar nicht Gegenstand dieses Kapitels, ihre Notwendigkeit ruft aber

dennoch dazu auf, sich mit dem Thema Information und Kommunikation im Asylverfahren im Sinne der Sicherstellung einer angemessenen Verfahrensqualität intensiv zu befassen.⁴³

Das Aufliegen verschiedener aktueller Informationen trägt diesem Ziel keinesfalls Rechnung und ist keine geeignete vertrauensbildende Maßnahme in einem solcherart heiklen Verfahren, bei dem man sich von den Parteien eine aktive Teilnahme am Prozess der Wahrheitsfindung erwartet.

Insbesondere scheint bedenklich, dass für die Verfahrensführung bedeutende Informationen nicht kommuniziert werden. Dies bezieht sich vor allem auf den zu erfüllenden gesetzlichen Auftrag. Beispielhaft seien hier angeführt: die in der Übersetzung nicht vorhandenen Hinweise auf die Frage betreffend Folterspuren oder Vergewaltigung, der fehlende Hinweis auf die Möglichkeit einen Flüchtlingsberater oder lokale Hilfsorganisationen zu konsultieren, die fehlenden Angaben betreffend die Aufgaben des Rechtsberaters oder betreffend die Gründe, die zur Beendigung des Zulassungsverfahrens führen.

Das Vorenthalten dieser Informationen kann nur so interpretiert werden, dass die Informationsweitergabe äußerst selektiv zu Ungunsten der Betroffenen erfolgen soll, zumal sie auch sehr bedrohlich konzipiert ist. Einen Flüchtlingsberater zu konsultieren, ist ein gesetzlich verankertes Recht, auf das in den vielen überprüften Seiten nur mit einem kleinen Hinweis im Rahmen einer Satzkonstruktion eingegangen wird. Ein Hinweis auf das Vorhandensein einer Liste mit Details über Möglichkeiten der Inanspruchnahme von Beratungsleistungen scheint nur ein Verweis geblieben zu sein (Merkblatt, Punkt 2, Aufzählungspunkt Beratung).

Demonstrativ seien an dieser Stelle auszugsweise die in den Übersetzungen fehlenden Textteile angeführt:

- ☞ „Wenn Ihre Berufung erfolgreich war, können Sie unter Vorlage der Berufungsentscheidung wieder ins Bundesgebiet einreisen.“ (Merkblatt, Aufzählungspunkt Zustellungen, vorletzter Unteraufzählungspunkt betreffend den Zustellungsbevollmächtigten)
- ☞ „Auch lokale Hilfsorganisationen (Caritas, Evangelisches Hilfswerk, Diözese und andere) können Sie bei Ihren Anliegen unterstützen und im Asylverfahren vertreten.“ (Merkblatt, Punkt 2, Aufzählungspunkt Beratung)
- ☞ „Sie haben keine strafbare Handlung begangen“ ist ein Satz, der nur in den Übersetzungen vorkommt. (Merkblatt, Punkt 2, erster Aufzählungspunkt betreffend die Voraussetzungen zur Asylgewährung, letzter Satz, in der Originalvorlage nicht [mehr] enthalten)

Abschließend sei noch festgehalten, dass ausgehend vom deutschsprachigen Original die aufbereiteten Informationen ihren Zweck nur bedingt erfüllen. Unter Berücksichtigung der Komplexität eines Asylverfahrens ist keine reduzierte und simplifizierte Ausdrucksweise zum Tragen gekommen, die Menschen mit mangelnder Erfahrung im Behördenumgang und mangelnder Kenntnis des Verfahrensrechts entgegen käme. Auch die unübersichtliche und kaum vorhandene Textgliederung trägt nicht zu besserer Lesbarkeit und leichterem Verständnis bei.

⁴³ Beispiele für ungenaue Information betreffen die Aufgaben des Rechtsberaters, z.B. traumatisierende Erlebnisse dem Rechtsberater oder dem Arzt mitzuteilen, nicht jedoch der Behörde, bei "Parteiengehör (dabei hält der Rechtsberater Ihnen das bisherige Beweisergebnis vor...)"

Ergebnisse im Detail

An dieser Stelle werden anhand der englischen Übersetzung plakativ die Prüfungsergebnisse dargelegt. Von der englischen Übersetzung abweichende Beobachtungen werden im Anschluss kurz – unter Anführung der betroffenen Sprache – aufgezeigt.

Deutsche Vorlage	Englische Übersetzung
<p>Belehrung gemäß Dublin II</p>	<p>Sprachlich kompetent, inhaltlich verständlich, tw. inadäquate Übersetzung fachsprachlicher Begriffe;</p>
<p>Erstinformation</p> <p>Auf Seite 4 fehlt der Hinweis auf den in englischer Übersetzung angeführten link www.rechtsanwaelte.at.</p> <p>„Nicht übersetzt“ wurde</p> <ul style="list-style-type: none"> – auf Seite 1 (Verfahrensübersicht) unter Punkt 2, der vorletzte Satz betreffend die Identitätsfeststellung in Hafträumen, – unter Punkt 3 der Textteil „Zulassungsverfahren in der Erstaufnahmestelle“, – unter Punkt 5 der Textteil „Nachweis der Identität“, – unter der Zwischenüberschrift „weitere wichtige Informationen“ fehlen unter dem ersten Aufzählungspunkt die letzten 2 Absätze betreffend die Endigungsgründe von Zulassungsverfahren; – beim gleichen Unterkapitel fehlt beim 4. Aufzählungspunkt die Frage „Haben Sie Folterspuren“ sowie der gesamte Relativsatz „die mit negativen traumatischen Erlebnissen in Ihrem Heimatland zusammenhängen“, – unter dem folgenden 5. Aufzählungspunkt fehlen die Begriffe „Vergewaltigung“ und „Dolmetschern“ – sowie beim 6. Aufzählungspunkt im letzten Absatz die Übersetzung des Begriffes „einen Flüchtlingsberater“. 	<p>Sprachlich kompetent, inhaltlich verständlich, tw. inadäquate Übersetzung fachsprachlicher Begriffe, im geringen Umfang interpretative Übersetzung, nicht nachvollziehbare Verdrehung der Textstruktur bei Punkt 5., Einfügung eines Punktes 6. [bezieht sich auf die Gebietsbeschränkungsinformation vom Merkblatt unter Punkt 3. ohne ersten Absatz];</p>
<p>Merkblatt über die Pflichten und Rechte von Asylwerbern</p> <p>„Nicht übersetzt“ wurde</p> <ul style="list-style-type: none"> – auf Seite 3, 2. Aufzählungspunkt der Textteil des Unterpunktes 2. (möglicher Festnahmeauftrag) hinsichtlich „aus dem Gebiet der Bezirksverwaltungsbehörde, in der Sie versorgt werden“, – ferner auf der selben Seite beim 3. 	<p>Sprachlich kompetent, inhaltlich verständlich, tw. interpretative Übersetzungen; Folgende Textteile fehlen:</p> <p>Auf Seite 1, 2. Aufzählung liegt in der Übersetzung ein Klammerausdruck vor (records, documents, papers), der im Original nicht aufscheint;</p> <p>auf Seite 5, 1. Aufzählung ist ein im Original nicht</p>

<p>Aufzählungspunkt beim Unterpunkt 1 (mögliche Schubhaft) die Klammerausdrücke bzw. erfolgte hier in der Übersetzung eine Zergliederung der Textstruktur mit doppelter Anführung des Punktes 3,</p> <ul style="list-style-type: none"> - auf Seite 5 fehlt der gesamte vorletzte Aufzählungspunkt (Information zu Zustellungsbevollmächtigten), - beim darauf folgenden letzten Aufzählungspunkt derselben Seite, vor dem Punkt 2, der Satz „Wenn Ihre Berufung erfolgreich war, können Sie unter Vorlage der Berufungsentscheidung wieder ins Bundesgebiet einreisen.“, - auf Seite 7, vor dem letzten Aufzählungspunkt der gesamte Unterpunkt betreffend die „Zurückziehung des Asylantrages“, - beim letzten Aufzählungspunkt (Beratung) der gesamte letzte Satz des ersten Absatzes, - des weiteren finden sich die ersten beiden Absätze unter Punkt 3 (Seite 8) nicht in der Übersetzung wieder, der nächste Absatz inkl. Aufzählungspunkte findet sich - wie oben angemerkt - in der Erstinformation, sprachlich adaptiert, wieder, - auf Seite 9 unter Punkt 3 fehlt unter dem ersten Aufzählungspunkt (Aufenthalts berechtigungskarte) der gesamte zweite Satz, - beim darauf folgenden Aufzählungspunkt die gesamten letzten beiden Absätze. 	<p>aufscheinender Satz eingefügt: „You have not committed any particular crime“. Auf der 8. und letzten Seite wurde entgegen der Originalvorlage ein eigenständiger Aufzählungspunkt eingefügt.</p>
--	---

Übersetzung ins **Dari** (betrifft Afghanistan)

Ambivalenzen und Archaismen führen zu Missverständnissen, die Übersetzungen sind teilweise ausufernd wie interpretativ. Es fehlt an adäquater fachsprachlicher Terminologie, vor allem als Ausdruck mangelnder kulturspezifischer Realia. Der in sonst allen Übersetzungen vorhandene Satz „Sie haben keine strafbare Handlung begangen“ fehlt in Dari.

Übersetzung ins **Tschetschenische**

Die tschetschenische Version des Textes wurde sehr genau und korrekt von der russischen Variante übersetzt. Es gibt einige sprachliche Fehler, die sich auf Verben beziehen, welche in Dialektformen geschrieben wurden.

Übersetzung ins **Kroatische**

Gemeinsprachliche Kompetenz besteht, die Übersetzung ist jedoch fachsprachlich sowohl terminologisch als auch phraseologisch unversiert (wörtliche Übersetzungen), teilweise inadäquat und verfremdend (sinnentstellt).

Übersetzung ins **Serbische**

Diese stellt eine Überarbeitung der kroatischen Übersetzung dar, die sich vor allem auf die lexikalisch-funktionalen Aspekte der Gemeinsprache, in geringem Umfang der Fachsprache bezieht. Bei der Überarbeitung wurden Realia und Idiome des Serbischen bis zu einem gewissen Grad außer Acht gelassen. Siehe auch Anmerkungen zu Kroatisch.

Übersetzung ins **Bosnische**

Siehe Anmerkungen zur Übersetzung ins Kroatische und Serbische.

Dublin – Verfahren

Durch die Neuregelung des Asylrechts mit dem Fremdenrechtspaket 2005 traten auch neue Regelungen in Zusammenhang mit der „Dublin II Verordnung“ in Kraft.

Die gravierendste Änderung besteht wohl darin, dass Anträge auf internationalen Schutz von Folteropfern und traumatisierten Personen nicht mehr zwingend zu einem Selbsteintritt Österreichs führen, was zu einer inhaltlichen Prüfung des Antrages führen würde. Das bedeutet in der Praxis, dass in zahlreichen Fällen, auch wenn dies aus humanitären Gründen geboten wäre, eine Abschiebung in einen - vermeintlich - sicheren Dublinstaat erfolgt. Leider musste festgestellt werden, dass von der Möglichkeit des Selbsteintrittsrechtes, wie sie in der Dublin II Verordnung vorgesehen und nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen ist, kaum mehr Gebrauch gemacht wird.

Mit den zahlreichen Fällen, in denen festgestellt wird, dass Österreich sich für die inhaltliche Prüfung eines Antrages auf internationalen Schutz nicht zuständig ansieht, geht die vermehrte In-Schubhaftnahme von Personen im Dublinverfahren einher. (siehe dazu Kapitel Schubhaft)

Die gesetzlichen Änderungen im Einzelnen

Folteropfer und traumatisierte Personen

Eine Sonderregelung, die eine besondere Behandlung von Folteropfern und traumatisierten Personen, insbesondere im Zulassungsverfahren vorsah, wurde in das AsylG 1997 erst durch die Novelle 2003 eingefügt. Diese Regelung des § 24b AsylG 1997 idF von 2003 stellte eine wesentliche Verbesserung für diese Personengruppe dar, und schützte sie vor Abschiebung in ein anderes „Dublin-Land“. Durch das AsylG 2005 wurde diese Regelung wieder beseitigt.

Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Berufungen

Das ursprüngliche AsylG 1997 sah keine Sonderbestimmung hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung einer Berufung gegen eine zurückweisende Entscheidung vor. Es war zwar die zurückweisende Entscheidung bereits mit einer Ausweisung verknüpft, aber der Aufenthalt bis zur rechtskräftigen Entscheidung geduldet. Dies wurde durch die Novelle 2003 geändert, nach der im Fall einer Unzuständigkeitsentscheidung eine Ausweisung mit der Erlassung auch durchsetzbar wurde. Diese Regelung wurde vom VfGH als verfassungswidrig aufgehoben.

Das AsylG 2005 sieht eine extrem komplizierte Regelung im Fall einer zurückweisenden Entscheidung vor. Demnach kommt einer Berufung ex lege keine aufschiebende Wirkung zu. Diese kann aber aufgrund einer Berufung gegen die, mit einer negativen Zuständigkeitsentscheidung verbundene Ausweisung zuerkannt werden. (§ 37 AsylG 2005)

Schubhaft

Neu geregelt wurde auch die Möglichkeit, AsylwerberInnen bereits während der Zuständigkeitsprüfung in Schubhaft zu nehmen. Die Regelungen des § 76 Abs.2 Z 2 und Z 4, die eine In-Schubhaftnahme alleine aufgrund von Prognosen, dass eine Unzuständigkeitsentscheidung getroffen werden könnte erlauben, stößt auf schwerwiegende Bedenken.

Zurückweisung in jedem Verfahrensstand

Nunmehr ist eine zurückweisende Entscheidung auch nach Zulassung zum Verfahren möglich. (§ 28 Abs.1 AsylG letzter Satz). Dies bedeutet, dass eine Unzuständigkeitsentscheidung während des gesamten Verfahrens, das wie die Erfahrung zeigt, mehrere Jahre dauern kann, möglich ist. Eine derartige Regelung sah das AsylG 1997 nicht vor.

Eine weitere Neuerung bringt § 41 Abs. 3 AsylG 2005, wonach bei Stattgebung einer Berufung gegen eine zurückweisende Entscheidung das Verfahren zugelassen ist. Diese Regelung führt in Zusammenhang mit o.g. § 28 Abs.1 letzter Satz in der Praxis zu einem regelrechten „Ping-Pong-Spiel“ zwischen 1. und 2. Instanz.

Schon im Vorfeld der Gesetzeswerdung des Fremdenrechtspakets wurden die geplanten gesetzlichen Änderungen umfangreich kommentiert und teilweise kritisiert.

So bemerkt das UN-Flüchtlingshochkommissariat (UNHCR) in seiner Stellungnahme u.a. zur Aufhebung des zwingenden Selbsteintrittes Österreichs, wenn es sich bei den AntragstellerInnen um besonders schutzwürdige Personen wie Folteropfer und traumatisierte Personen handelt: *„In einer Gesamtschau dieser Bestimmung muss insbesondere auf die der Neuregelung offensichtlich zugrunde liegende Motivation der „Missbrauchsbekämpfung“ verwiesen werden. UNHCR vermisst in diesem Zusammenhang jedoch entsprechendes Zahlen- und Datenmaterial in den erläuternden Bemerkungen. Vielmehr wird den dortigen Ausführungen über oftmalige Behauptungen einer Traumatisierung sowie die Aufzählung erlernbarer Symptome, die in der Praxis regelmäßig zur Zulassung der Verfahren geführt haben, seitens einschlägiger Fachleute entgegen gehalten, dass es für Laien in der Regel unmöglich ist, das Gesamtbild posttraumatischer Störungen für Experten glaubhaft zu simulieren. Aus Sicht von UNHCR besteht somit keinerlei Veranlassung, § 24b AsylG 1997 in der vorgeschlagenen Form einzuschränken.“*(UNHCR-Stellungnahme zum AsylG 2005)

Kritisiert wurde auch das komplizierte Verfahren im Fall einer Berufung. So etwa das auswärtige Amt in seiner Stellungnahme zu § 37 AsylG 2005: *„Einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, ist aus Sicht der EMRK bedenklich.“*

Auf Kritik stieß auch die Möglichkeit der In Schubhaftnahme von AntragsstellerInnen, wenn es bloß Indizien dafür gibt, dass ein Dublinverfahren eingeleitet werden wird.

Dazu die Stellungnahme des UNHCR zu § 76 Abs. 2. Z4 FPG 2005 (zum Zeitpunkt der Stellungnahme §79 FPG): *„UNHCR bedauert die geplante Absicht, „Dublin-Verfahren“ überwiegend in Schubhaft abwickeln zu können, und spricht sich gegen diese Vorgehensweise aus. Auch diesbezüglich solle eine Inhaftierung nur nach Prüfung der oben ausgeführten Anforderungen in jedem Einzelfall vorgenommen werden. Indizien für die Einleitung eines „Dublin-Verfahrens“ allein rechtfertigen die Inhaftierung des betroffenen Asylwerbers nach Ansicht von UNHCR nicht. Schubhaft im Zusammenhang mit „Dublin-Verfahren“ sollte daher frühestens nach Ende des Konsultationsverfahrens und für den Fall zulässig sein, dass die Überstellung in den zuständigen Staat im Einzelfall anders nicht sichergestellt werden kann. UNHCR regt nachdrücklich an, zur Durchsetzung von Zuständigkeitsregelungen vermehrt auf Alternativen zur Schubhaft zu setzen und die Inhaftierung von Asylwerbern während des „Dublin-Verfahrens“ auf unbedingt erforderliche und klar definierte Ausnahmefälle zu beschränken. Schließlich sollten für traumatisierte Asylwerber und Opfer von Gewalt Ausnahmen vorgesehen werden. Da die vorgeschlagene Neufassung des § 30 AsylG 2005 nicht mehr von der Rücküberstellung dieser besonders schutzbedürftigen Personengruppe im*

Rahmen des Dublin-Mechanismus absieht, findet dieser Schubhafttatbestand auch auf diese Anwendung.“

Auch das auswärtige Amt bringt in seiner Stellungnahme zu § 79 (jetzt § 76) FPG verfassungsrechtliche Bedenken vor: „Weder die Prognose eines negativen Ausgangs des Asylverfahrens (Ab- oder Zurückweisung) noch eine Anklage wegen bestimmter Straftaten stimmen mit den Voraussetzungen des Art 5 Abs. 1 lit. F EMRK überein. Diese Regelungen sollten daher gestrichen werden.“ Zu Abs. 2 Z 4: „§ 79 (jetzt §76) FPG sollte gestrichen werden, da Schubhaft während der Klärung von Zuständigkeitsfragen zwischen EU-MS (Mitgliedstaaten, Anm. d. Red.) nicht den von der Judikatur zu Art 5 EMRK entwickelten Kriterien entspricht (keine Verhältnismäßigkeit).“

Als Rückschritt in punkto Rechtssicherheit beurteilt der Menschenrechtsbeirat die Möglichkeit, Zurückweisungsentscheidungen während des gesamten Verfahrens zu treffen und empfiehlt die ersatzlose Streichung des § 28 Abs. 1 letzter Satz: *„Die im letzten Satz zutage tretende Änderung des Charakters der Zulässigkeitsentscheidung (auch nach den EB nun nur mehr eine Prognoseentscheidung), maW die Möglichkeit, dass ein Verfahren auch nach Erklärung der Zulässigkeit zu jedem Zeitpunkt für unzulässig erklärt werden kann, stellt einen aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit unbefriedigenden Rückschritt dar: Asylwerber können solcherart bis zum letzten Tag eines uU jahrelangen Asylverfahrens, d.i. bis zur Zustellung eines Bescheides zweiter Instanz nicht sicher davon ausgehen, dass über ihren Antrag überhaupt meritorisch entschieden wird. Zurückweisungen, die uU erst Monate, wenn nicht Jahre nach Einleitung des Verfahrens ergehen, dienen nach den Erfahrungen aus der Praxis mit ähnlichen Regelungen der Vergangenheit auch nicht der Verfahrensbeschleunigung, sie führen im Gegenteil regelmäßig zu enormen zusätzlichen Verzögerungen und erheblichem Mehraufwand für die Verwaltung, der „Gewinn“ an strikt rechtsrichtigen Entscheidungen wiegt diese Nachteile kaum auf.“*

Zu den Problemen in der Praxis im Einzelnen

Mängel im Ermittlungsverfahren

Festzustellen ist weiterhin, wie schon im Wahrnehmungsbericht 2004 erörtert, die mangelhafte Auseinandersetzung mit der tatsächlichen Lage, vor allem in den „Neuen Mitgliedstaaten“, sowie mit der persönlichen Situation der AntragstellerInnen. So wird zwar meistens auf die gesetzlichen Rahmenbedingungen hingewiesen, jedoch nicht auf die tatsächliche Praxis eingegangen. Wenn Ermittlungen zur Praxis in den Nachbarstaaten getätigt werden, so stimmen die Ergebnisse oft nicht mit den Tatsachen überein.

🔗 *Herr G. aus Tschetschenien reist mit seiner Ehegattin über Polen nach Österreich ein. Im Zuge des Verfahrens wird festgestellt, dass Herr G. unter einer höhergradigen post-traumatischen Belastungsstörung leidet. Herr G. sollte im Zuge eines Dublin – Verfahrens nach Polen abgeschoben werden. Im Bescheid wird behauptet, dass eine Behandlung seiner Krankheit und eine psychotherapeutische Betreuung in Polen möglich sei. Bei näherer Nachsicht ergibt sich, dass sich die Feststellungen in erster Linie auf Aussagen offizieller Stellen in Polen gründen (hier: Office for Repatriation and Aliens). Weiters wird behauptet, dass es einige NGOs gäbe, die sich auf die Behandlung von Folteropfern spezialisiert hätten.*

Nähere Recherchen ergeben, dass es derzeit nur ein einziges Zentrum zur Behandlung von Folteropfern in Polen gibt, dieses nur in Ausnahmefällen Flüchtlinge behandelt, und dies auch nur, wenn sie anerkannt sind. Von einer flächendeckenden Behandlungsmöglichkeit kann daher nicht gesprochen werden.

Dieser Fall zeigt aber noch weitere, immer wieder vorkommende Probleme: Die österreichischen Behörden gehen davon aus, dass es in allen Mitgliedstaaten, also auch in den neuen, eine dem österreichischen Verfahren ähnliche Verfahrenspraxis gibt.

So wird in diesem Fall dem Asylwerber auf sein Vorbringen, dass er in Polen - obwohl Folteropfer und Flüchtling - keine Anerkennung als Flüchtling erwarten könne, da kein Angehöriger der tschetschenischen Volksgruppe, der nicht gekämpft hatte, anerkannt wird, von der Erstbehörde vorgehalten, dass keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass Polen etwa rechtliche Sonderstandpunkte vertrete. Tatsächlich gibt es, ausgehend davon, dass rund 90% der Antragssteller in Polen der tschetschenischen Volksgruppe angehören wenige Anerkennungen als Flüchtlinge.⁴⁴ Während in Österreich aufgrund eines aufwändigen Verfahrens der überwiegende Anteil von Angehörigen der tschetschenischen Volksgruppe als Flüchtlinge anerkannt wird, geschieht dies in anderen Ländern in einem wesentlich geringeren Maß. Diese uneinheitliche Praxis, die in vielen („Neuen“) Mitgliedstaaten eine Schlechterstellung der Antragssteller bewirkt, führt zu extremer Rechtsunsicherheit.

Aber auch in Bezug auf „alte“ EU-Länder kommt es zu mangelhaften Ermittlungen und Ausgehen von falschen Tatsachen.

💡 *Herr H., ein Angehöriger der christlichen Minderheit aus dem Irak, reist Anfang des Jahres ins Bundesgebiet ein. Im Zuge von Befragungen gibt Herr H. an, sich schon einige Monate in Griechenland aufgehalten zu haben. Das Bundesasylamt führe daraufhin Konsultationen mit Griechenland. Aufgrund dieser Konsultationen stimmte Griechenland einer Rückübernahme des Herrn H. zu.*

Abgesehen davon, dass davon ausgegangen werden kann, dass die Zuständigkeit Griechenlands erloschen ist, da sich Herr H. seit seinem letzten Aufenthalt in Griechenland nachweislich mehrere Monate außerhalb der Mitgliedstaaten aufgehalten hat, ist das Bundesasylamt von falschen Tatsachen betreffend das Asylverfahren in Griechenland ausgegangen. So wird etwa behauptet, dass in Griechenland 2006 ein neues AsylG in Kraft getreten ist. Tatsächlich hat sich nach eingehenden Recherchen ergeben, dass in Griechenland kein neues AsylG in Kraft getreten ist und ein solches für 2006 auch nicht geplant ist. Ausgehend von der „alten“, immer noch geltenden Regelung wäre aber die Möglichkeit für Herrn H., eine inhaltliche Überprüfung seines Vorbringens zu erwirken, unmöglich.

Diese mangelhaften Recherchen führen dann entweder dazu, dass die zweite Instanz langwierige Ermittlungsverfahren unter Beiziehung von Sachverständigen einleitet, oder die zweite Instanz das Verfahren gem. § 41 Abs. 3 zu weiteren Ermittlungen an die erste Instanz zurückverweist. Es sind Fälle bekannt, wo dies sogar mehrmals passierte.

💡 *Herr M. und sein Sohn reisen Anfang Jänner 2006 nach Österreich ein und stellen einen Antrag auf internationalen Schutz. Diese Anträge werden Ende Februar 2006 mit der Begründung zurückgewiesen, dass Österreich aufgrund der Dublin II Verordnung für die Prüfung dieser Anträge nicht zuständig sei. Den Anfang März 2006 eingebrachten Berufungen (gegen die Ausweisung) wird vom UBAS innerhalb der 7 Tages-Frist die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Mitte April 2006 wird der bekämpfte Bescheid behoben, der Berufung stattgegeben und das Verfahren zugelassen. Mitte Juni 2006 weist die Erstbehörde die Anträge wegen Unzuständigkeit erneut zurück, obwohl das Verfahren zugelassen ist. Gegen diese Entscheidungen wird Ende Juni 2006 wieder berufen.*

⁴⁴ Laut ECRE Country Report wurden 2004 265 (3,9 Prozent der Entscheidungen 1. Instanz), 2005 285 (3,2%) Tschetschenen der Flüchtlingsstatus zuerkannt, im Berufungsverfahren gibt es generell kaum positive Entscheidungen. 2005 erhielten 1761 subsidiären Status (20%). ECRE Country Report S 218 f.

Mitte Juli werden die erstinstanzlichen Bescheide wieder behoben. Die Verfahren sind derzeit in der ersten Instanz anhängig. Es ist Herrn M. und seinem Sohn nicht erklärlich, was in ihren Verfahren derzeit geschieht. Ihr psychischer Zustand, vor allem der des Vaters, hat sich seit der Ankunft nicht gebessert.

Diese Praxis verzögert nicht nur die Verfahren, sondern bedeutet zumindest eine lange Zeit der Unsicherheit. Mit der Entscheidung des UBAS wird das Verfahren zugelassen, den Asylwerbern kommt die Aufenthaltsberechtigung zu und das inhaltliche Verfahren scheint aus Sicht der Betroffenen eingeleitet. Die Fortführung der Zuständigkeitsprüfung, die in einer Vielzahl von Fällen durchgeführt wird, ist für die Asylwerber nicht nachvollziehbar und erscheint auch mit dem Sinn der Bestimmung des § 28 Abs. 1 AsylG nicht vereinbar. Wie aus den erläuternden Bemerkungen zu § 28 Abs. 1 hervorgeht, ist eine Zurückweisung (wegen Unzuständigkeit) nach Zulassung des Verfahrens nur in Ausnahmefällen vorgesehen. Gedacht ist nur an die Fälle, in denen neue Zurückweisungstatbestände erst nach Ende des Zulassungsverfahrens zu Tage treten.

Wie jüngste Entscheidungen, besonders von der Außenstelle Linz (die Mehrzahl der diesbezüglich bekannten Fälle wurden dort entschieden) zeigen, wird fast ein halbes Jahr im Verfahren nichts getan und dann kurz vor Ablauf der Frist, die dann Österreich jedenfalls zuständig macht, versucht, einen zurückweisenden Bescheid zu erlassen und festzustellen, dass ein anderer Mitgliedstaat zur Durchführung des Verfahrens zuständig ist. Darauf, dass die Regelung des § 28 Abs. 1, 2. Satz nur in bestimmten Fällen anzuwenden ist, wird nicht Bedacht genommen. Folgende Beispiele zeigen diese Vorgangsweise:

☞ *Familie A. aus Tschetschenien reist Ende März 2006 über Tschechien nach Österreich ein und stellt einen Antrag auf internationalen Schutz. Anfang April 2006 wird ein Wiederaufnahmeansuchen an Tschechien gestellt, dem auch entsprochen wurde.*

Da ein Großteil der Familie traumatisiert ist und ein in der Erstaufnahmestelle erstelltes fachärztliches Gutachten feststellt, dass eine Zurückschiebung der Familie eine Verletzung von Art. 3 EMRK bedeuten könnte, wird das Verfahren zugelassen und an einer Außenstelle weitergeführt. Es passierte in diesem Verfahren viereinhalb Monate nichts. Anfang Oktober 2006 wird seitens der Außenstelle, obwohl davon auszugehen war, dass Österreich den Antrag zu prüfen hat, eine Zurückweisungsentscheidung getroffen und festgestellt, dass doch Tschechien für die Prüfung des Antrages zuständig ist.

Es ist aus dem Bescheid nicht ersichtlich, inwieweit eine wesentliche Änderung des Sachverhaltes eingetreten ist, die eine solche Vorgangsweise rechtfertigt. Abgesehen davon, dass eine solche Entscheidung aufgrund der Zuständigkeitsregeln der Dublin II Verordnung nicht zulässig ist, wurde die Familie, die sich in Österreich in psychologischer Behandlung befindet in derartige Angst versetzt, dass eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes nicht auszuschließen ist.

Dieses Verfahren ist auch noch mit einem Zustellmangel behaftet, wodurch es derzeit noch in der ersten Instanz anhängig ist. Sollte es zu einer wirksamen Bescheiderlassung kommen, würde dieser Bescheid wohl nicht vollstreckbar sein, da Tschechien mittlerweile nicht mehr zuständig ist.

☞ *Eine Kirgisin wird zu Weihnachten 2005 im PAZ Klagenfurt in Schubhaft genommen, wo sie einen Asylantrag stellt. Während der polizeilichen Befragung wird ihr mitgeteilt, dass sie mit einem Asylverfahren länger in Schubhaft bleiben müsse, was sie bewog, den Asylantrag zurückzuziehen. Da ihr Reisepass bei dem Schlepper geblieben ist, wird ihr aufgetragen, sich an die kirgisische Botschaft zu wenden. Sie stellt im Jänner 2006 wieder einen Asylantrag, diesen beabsichtigt das Bundesasylamt EAST West zurückzuweisen und stellt Anfragen an die Slowakei und auch an Tschechien. Während die Anfrage an die Slowakei nach rund 6 Wochen ergebnislos endet, geben die tschechischen Behörden Mitte März die Ausstellung*

eines Visums und die erfolgte Einreise der Asylwerberin in Tschechien bekannt und erklären sich einige Tage darauf zur Übernahme der Asylwerberin bereit.

Fünf Monate später, Ende August, wird die Asylwerberin beim Bundesasylamt, Außenstelle Linz einvernommen und ihr eine Woche Zeit eingeräumt, um zur Zurückschiebung nach Tschechien Stellung zu nehmen. Warum die Asylbehörde die Asylwerberin erst nach Monaten über die geplante Zurückschiebung nach Tschechien informiert, ist nicht nachvollziehbar. Der Bescheid, der Mitte September zugestellt wird, nimmt auf ihre Stellungnahme nur mit dem Textbaustein Bezug, wonach die Asylbehörden nicht nachzuprüfen hätten, ob ein Mitgliedsstaat generell sicher wäre. Das von der Asylwerberin befürchtete Aufspüren durch kirgisische Geheimdienste in Tschechien wird ohne jede Begründung mit dem Textbaustein quittiert, wonach aus dem Vorbringen oder den besonderen Umständen keine Verletzung von Art 3 EMRK hervorgekommen wäre. Auch die Hinweise auf schwere Verletzungen bleiben unberücksichtigt.

Der UBAS gibt der Berufung statt und verweist das Verfahren zurück zur materiellen Prüfung.⁴⁵ Auf die Begründung des Bundesasylamt Außenstelle Linz, dass eine Zulassung einer späteren zurückweisenden Entscheidung nicht entgegensteht, geht der UBAS nicht ein.

Für den UBAS war ausschlaggebend, dass die für die Zulassungsentscheidung vorgesehene 20tägige Frist, die durch die Konsultationen mit anderen Mitgliedsstaaten unterbrochen wird, längst abgelaufen war. Hätte man auch die Zeit ab dem ersten Asylantrag im Jahr 2005 einbezogen, da für das Zurückziehen eines Antrags ohne bescheidmäßige Erledigung spezielle Bedingungen vorliegen müssen (freiwillige Rückkehr, Rückkehrberatung), wäre die Frist schon vor Einleitung der Konsultationen abgelaufen gewesen.

Dass eine Zurückweisung während eines inhaltlichen Verfahrens unzulässig ist, wenn nicht wesentliche Änderungen des Sachverhaltes hervortreten, zeigt auch folgende Entscheidung des UBAS: „Auch wenn die Textierung des § 28 Abs 1. 2. Satz ausdrücklich eine spätere Zurückweisung des Antrages auf internationalen Schutz zulässt, darf nicht übersehen werden, dass die scheinbar "bedingungslose" spätere Zurückweisung von bereits zugelassenen Asylverfahren stets unvorhersehbares behördliches Handeln implizieren würde. Somit käme es zu einer Verletzung des Rechtsstaatsprinzips. Auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage betreffend § 28 Abs. 1, 2. Satz AsylG sprechen eindeutig gegen eine solche Anwendung. Unter Verweis auf die gewonnenen Erfahrungen aus der AsylG-Novelle 2003 wollte man mit dieser Bestimmung ausschließlich umständliche Wiederaufnahmen von Zulassungsverfahren vermeiden, wenn Zurückweisungstatbestände erst nach dem Zulassungsverfahren zu Tage treten. Im vorliegenden Fall kann jedoch nicht davon gesprochen werden, dass ein Zurückweisungstatbestand erst nach dem Zulassungsverfahren zu Tage getreten ist. Die Zurückweisungstatbestände waren bereits zum Zeitpunkt der Erstentscheidung des Bundesasylamtes hinlänglich bekannt.“ (UBAS 268.810)

Noch weiter geht eine Entscheidung des UBAS, wonach Österreich vom Selbsteintrittsrecht bereits Gebrauch gemacht hat, wenn es in das inhaltliche Verfahren eingetreten ist. In diesem Fall wäre eine Zurückweisung aufgrund der Dublin II Verordnung nicht mehr möglich. „Eine Einvernahme, die explizit und nachfragend auf die Fluchtgründe Bezug nimmt und offensichtlich keinem anderen Zweck als einer inhaltlichen Prüfung dient, stellt jedenfalls den „Beginn der Prüfung eines Asylantrages“ im Sinne des Art. 3 Abs.2 Dublin II V dar – sobald aber mit der (inhaltlichen) Prüfung eines Asylantrages begonnen wurde, ist kein Platz mehr für die Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaates.“⁴⁶

⁴⁵ Zahl: 305390-B1/E1-VII/43/06

⁴⁶ Zahl 301.335-C1/E1-XIII/66/06 vom 11.5.06

Rechte aus der EMRK

Zu den Ermittlungen zur persönlichen Situation ist zu bemerken, dass diese jedenfalls in Bezug auf Art 3 EMRK als auch auf Art 8 EMRK zu prüfen ist. Gem. § 5 Abs. 3 AsylG 2005 ist eine Überstellung in ein anderes Mitgliedsland nicht möglich, wenn für den Antragsteller die Gefahr des fehlenden Schutzes vor Verfolgung besteht. Weiters ist eine solche, mit einer Ausweisung verbundene Überstellung gemäß § 10 Abs. 3 zumindest auszusetzen, wenn sie eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen würde. Gemäß § 10 Abs. 2 ist eine Ausweisung gänzlich unzulässig, wenn sie eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellen würde.

Oft ist die Frage, ob eine Verletzung von Art. 3 EMRK eintreten würde, in einem engen Zusammenhang mit der physischen und psychischen Situation und den Behandlungsmöglichkeiten im Mitgliedsland zu sehen. Zur Feststellung, ob eine Verletzung von Art 3 EMRK vorliegen könnte, bedient sich die Behörde eines Formblattes, das dann von Ärzten in gutachterlicher Funktion ausgefüllt werden. In diesem Formblatt sind verschiedene vorformulierte Bewertungen anzukreuzen. Oft ist nicht nachvollziehbar, wie die Ärzte zu ihren Erkenntnissen gelangen. Das Ausfüllen eines Formblattes erfüllt keinesfalls das Mindestanforderung der Nachvollziehbarkeit, da nicht feststellbar ist, aufgrund welcher Ermittlungen und Sachkenntnis die Ärzte zu ihren Bewertungen gelangen.

In der Praxis zeigt sich, dass diese Feststellungen oftmals falsch sind, wie gegenteilige Befunde von herangezogenen Experten zeigen.

- ☞ *Frau I. reist im Jänner 2006 zusammen mit ihren Kindern über Polen kommend nach Österreich ein. Aus diesem Grund stellt Österreich ein Aufnahmeansuchen an Polen, dem auch entsprochen wird. Anlässlich einer Untersuchung durch eine Ärztin, die von der Behörde angeordnet wurde, wird festgestellt und dies auch mittels Formblatt bestätigt, dass Frau I. zwar an einer psychischen Störung leide, diese aber kein Hindernis für eine Überstellung nach Polen bedeute. Von mehreren Fachärzten, unter anderem einer Spezialklinik, in der Frau I. stationär aufhältig war, und Psychologen wird jedoch eine derart schwere psychische Krankheit festgestellt, dass von einem Ortswechsel und insbesondere einer Verbringung in ein anderes Land dringend abgeraten wird, da diese drastische Folgen für Frau I. haben könnte. Frau I., die derzeit die Versorgung ihrer Kinder nur mit Hilfe ihrer in Österreich aufhältigen Schwester bewältigen kann, wird nach Berufung zum Verfahren zugelassen.*

Bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass ÄrztInnen die Frage, ob eine Verletzung von Art. 3 EMRK im Falle einer Zurückschiebung eintreten könnte, vorgelegt wird, und nicht nur die Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes von ihnen zu beurteilen ist. Die Rechtsfrage, ob Art 3 EMRK verletzt wird, muss vom entscheidenden Organen beantwortet werden und kann nicht Gegenstand einer fachärztlichen Beurteilung sein.

Das gesetzlich geforderte Eingehen auf Art 8 EMRK wird von der EAST ausschließlich auf die Kernfamilie beschränkt. Eine solche Einschränkung ist mit der Judikatur des EGMR nicht vereinbar. Es wird trotz Vorliegens von eindeutigen Hinweisen auf eine Verletzung von Art. 8 EMRK keine Ausnahme von dieser Praxis gemacht, wie das folgende Beispiel dokumentiert:

- ☞ *Herr A. reist mit seiner schwangeren Lebensgefährtin Anfang Mai 2006 von Deutschland nach Österreich ein, das gemeinsame Kind wird am 6.6.2006 in Baden geboren. Seine Mutter kam mit dem mj. Bruder (jetzt 12 Jahre alt) im Jahr 2002 nach Österreich. Die Mutter leidet an einer schweren posttraumatischen Belastungsstörung und ist laut Stellungnahme des*

behandelnden Psychiaters aus psychiatrischer Sicht eine schwer kranke Frau; sie ist seit 3 Jahren in psychotherapeutischer Behandlung.

Sowohl vom Psychiater als auch der Psychotherapeutin wird prognostiziert, dass eine Trennung vom Sohn (Herrn M.) mit großer Wahrscheinlichkeit eine Retraumatisierung der Mutter zur Folge hätte. Weiters bestünde Suizidgefahr und es wird festgehalten, dass die Mutter Herrn M. und dessen Lebensgefährtin sowohl aufgrund der eigenen psychischen Verfassung als auch unterstützend für die Pflege und Erziehung des 12jährigen Bruders braucht, da sie selbst damit überfordert ist. Die Verfahren des Herrn M. und seiner Lebensgefährtin werden wegen Unzuständigkeit abgewiesen, obwohl hier nicht nur Art. 8 EMRK anwendbar wäre, sondern auch eine Gefährdung der Mutter des Herrn M. nach Art. 3 EMRK gegeben ist.

Ausschluss der aufschiebenden Wirkung

Problematisch erweist sich in der Praxis, aber auch im Lichte des oben Gesagten, die Tatsache, dass einer Berufung gegen „Dublin Bescheide“ keine aufschiebende Wirkung zukommt. (siehe dazu auch Kapitel über mangelnden Rechtsschutz). Eine aufschiebende Wirkung kommt lediglich der Ausweisung nach Zuerkennung durch die zweite Instanz zu. Wird innerhalb der dem UBAS eingeräumten 7tägigen Frist nicht über eine aufschiebende Wirkung entschieden, wird die Abschiebung durchführbar. Aufgrund der offenkundigen Überlastung des UBAS kommt es zur Überschreitung der Frist. Oft trifft der UBAS keine Entscheidung über die aufschiebende Wirkung, sondern gleich über die Berufung.

Dieses neu eingeführte komplizierte System verursacht nicht nur einen unnötigen bürokratischen Aufwand, sondern auch eine Belastung der Antragssteller durch Abschiebung, die nach erfolgter Entscheidung über die aufschiebende Wirkung oder in der Sache selbst, zur Wiedereinreise berechtigt sind. § 14 AsylG sieht die Wiedereinreise vor, der Gesetzgeber ist also davon ausgegangen, dass „voreilige“ Abschiebungen stattfinden. Während die Kostenübernahme für Rücküberstellung in den zuständigen Dublin-Staat durch die Dublin-VO geregelt ist, bleibt es für die Rückkehr nach Österreich meist dem Geschick und der Hartnäckigkeit der AsylwerberInnen oder NGOs überlassen, sowohl die erforderliche Aus- und Einreisegenehmigung zu erhalten als auch die Fahrtkosten zu bestreiten. Anzumerken ist weiters, dass im Merkblatt über die Rechte und Pflichten von AsylwerberInnen die Information über die Wiedereinreiseerlaubnis in den Übersetzungen fehlt.

Fristen im Dublinverfahren

Immer wieder tauchen im Verfahren verschiedenste Fristen auf, die zu Problemen führen. So ist dem Antragssteller innerhalb von 20 Tagen mitzuteilen, dass Konsultationen mit einem anderen Mitgliedstaat geführt werden.

In diesem Zusammenhang treten Schwierigkeiten auf, wenn sich herausstellt, dass eine Mitteilung nicht wirksam zugegangen ist. Dies kann der Fall sein, wenn sich zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, dass der Antragssteller aufgrund seiner Minderjährigkeit oder aus anderen Gründen nicht in der Lage war eine solche Mitteilung zu empfangen.

🗨 *Der volljährigen Frau S., die zu ihrer Mutter, die schon länger hier als Asylwerberin lebt, nach Österreich gekommen ist, wird innerhalb der 20 Tage Frist mitgeteilt, dass Konsultationen mit einem anderen EU-Staat eingeleitet wurden.*

Im Zuge des weiteren Verfahrens wird festgestellt, dass Frau S. nie im Stande war, ihre eigenen Interessen im Verfahren wahrnehmen zu können, ihre Mutter wird per Gerichtsbeschluss zur Sachwalterin bestellt. Die Mitteilung ist Frau S. nicht wirksam

zugegangen, sie ist zum Verfahren zuzulassen. Da bis zur Übertragung der Obsorge auch Art. 8 EMRK nicht als relevant herangezogen wird, wäre der Antrag von Frau S. voraussichtlich zurückgewiesen worden.

Die gleiche Fallkonstellation tritt ein, wenn sich im Zuge des Verfahrens herausstellt, dass ein vermeintlich volljähriger Flüchtling tatsächlich minderjährig ist. Die Feststellung des Alters erweist sich in der Praxis nicht selten als Problem. Oft wird durch die Erstbehörde (vorschnell) die Volljährigkeit festgestellt. Gerade in einem Dublinverfahren kann das zu groben Fehlern führen, da Minderjährige aufgrund der Dublin Verordnung gesondert zu behandeln sind.

Innerhalb einer Frist von drei Monaten ab Antragsstellung muss gemäß der Dublin Verordnung ein anderer EU-Staat angefragt werden, wenn der Staat, in dem ein Antrag gestellt wurde, der Meinung ist, dass er für die Durchführung des Verfahrens nicht zuständig ist. Während dieser Dreimonatsfrist stellt Österreich bei vielen Flüchtlingen, die aufgegriffen werden, Anfragen um Aufnahme oder Information an mehrere Staaten, wenn nicht feststellbar ist, durch welche Staaten der/die Antragsteller/in gereist sein könnte (was er/sie in vielen Fällen selbst nicht weiß). Dieses „Dublin-Shopping“ kann dazu führen, dass ein Dublin-Verfahren eingeleitet wird, obwohl keine ausreichenden Beweise für die Zuständigkeit eines anderen Staates vorliegen. Die Einleitung eines Dublin-Verfahrens führt regelmäßig zu Schubhaft. Schutz suchende Personen wird somit nach Antragsstellung lediglich aufgrund von Annahmen die Freiheit entzogen.

🔗 *Ein Angehöriger einer Minderheit im Kosovo, der sich mit seiner Lebensgefährtin und der Tochter in der EAST-Ost als Asylsuchender meldet, wird in Schubhaft genommen, obwohl er nicht angeben kann, welche Länder er auf seinem Fluchtweg durchfahren hat. Die BH Vöcklabruck ordnet die Schubhaft an, weil sie annimmt, dass die Familie aufgrund der Reisedauer nur über die Mitgliedsstaaten Ungarn oder Slowenien ins Bundesgebiet gelangt sein kann und deshalb von der Unzuständigkeit Österreichs ausgegangen werden müsse.⁴⁷ Die angefragten Länder lehnen die Aufnahme ab, der Antrag wird von der EAST-West gemäß § 3 AsylG abgewiesen.*

Sollte ein/e inhaftierte/r Asylwerber/in die Möglichkeit haben, mit einem Rechtsbeistand Kontakt aufzunehmen, erweist sich die Überprüfung der Anfragen als schwierig bis unmöglich, da der gesamte Akteninhalt des zwischenstaatlichen Konsultationsverfahrens aus der Akteneinsicht ausgenommen ist und daher die Intentionen von Anfragen nicht nachvollziehbar sind.

Schlussfolgerungen und Empfehlungen

- Wie die Praxis zeigt, ist die Umsetzung der Dublin II-Verordnung in Österreich nicht nur mit einem großen Verwaltungsaufwand, sondern in vielen Fällen auch mit menschlichen Tragödien, die von Familientrennungen über Freiheitsentzug durch Schubhaft bis zu Retraumatisierungen führen, verbunden.
- Die Bestrebung einer effektiven Umsetzung der Dublin-VO führt zu menschenrechtlich bedenklichen Auswirkungen auf besonders verletzte Gruppen (Gebrechlichen, AlleinerzieherInnen, Traumatisierte und Folteropfer) und bringt deren Schutz im Sinne der GFK in Gefahr.
- Die Zuständigkeitsregelungen der Dublin-Verordnung müssen soweit angepasst werden, dass dem Schutz von unbegleiteten Minderjährigen und anderen besonders verletzlichen Gruppen (Gebrechlichen, AlleinerzieherInnen, Traumatisierte und Folteropfer) sowie der Wahrung der Familieneinheit im Sinne der EMRK höhere Bedeutung zukommt.

⁴⁷ VwSen-400824/5/WEI/Ps Linz, am 11. Juli 2006

- Unter die Dublin-Regelungen fallende Asylsuchende dürfen nicht diskriminiert werden. Dies betrifft die Bewegungsfreiheit, den effektiven Zugang zu rechtlicher Beratung und Vertretung genauso wie die Leistungen aus der Grundversorgung.
- Es ist weiters notwendig, mehr Transparenz im zwischenstaatlichen Verfahren zur Zuständigkeitsklärung (Akteneinsicht) und die Berücksichtigung besonderer Gründe bei der Zuständigkeit zu gewährleisten.

Besonders Schutzbedürftige

Dieses Kapitel widmet sich dem Kreis jener Personen, die insbesondere aufgrund ihres kindlichen oder auch hohen Alters, einer Schwangerschaft, einer Behinderung sowie des Durchleidens von Folter, Vergewaltigung oder sonstiger schwerer Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt in besonderer Weise schutzwürdig sind.

Dass Minderjährige sowie sonstige Personen, die aus welchem Grund auch immer, ihre Angelegenheiten möglicherweise nicht in entsprechender Weise verfolgen können, in besonderer Weise zu schützen sind, ist ein altbekannter und tragender Grundsatz unserer Rechtsordnung. Diese besondere Schutzbedürftigkeit hat der Gesetzgeber bereits im Jahr 1811 erkannt und als Grundsatz in das ABGB aufgenommen. § 21 ABGB, der auch heute noch in Kraft steht, lautet: „*Minderjährige und Personen, die aus einem anderen Grund als dem ihrer Minderjährigkeit alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen nicht vermögen, stehen unter dem besonderen Schutz der Gesetze*“. Dieser tragende Gedanke unserer Rechtsordnung hat in der Asylgesetzgebung allerdings nur sehr eingeschränkt Niederschlag gefunden.

Aufgabe des AsylG ist es, in Umsetzung der GFK gerade jenen Personen Schutz zu gewähren, die aus asylrelevanten Gründen ihr Heimatland verlassen mussten. Diese Personen sind in mehrfacher Hinsicht und in besonderer Weise schutzbedürftig. Das Schutzbedürfnis betrifft nämlich nicht nur die Frage, ob der Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten letztendlich gewährt wird, sondern auch das Verfahren, das dieser allfälligen Schutzgewährung vorausgeht.

Besonderes Augenmerk auf dieses Schutzbedürfnis ist insbesondere in Verfahren zu richten, in denen minderjährige oder ältere Menschen, Schwangere, Kranke, Traumatisierte sowie Personen, die sich aufgrund der fluchtauslösenden Ereignisse, der Flucht selbst oder sonstiger Umstände, in einer Ausnahmesituation befinden, Verfahrensbeteiligte sind.

Dem besonderen Schutzbedürfnis dieser Personen wird das Asylgesetz gerade auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht teils nur bedingt, teils überhaupt nicht gerecht.

Die Gruppe der in besonderer Weise schutzbedürftigen Menschen ist sehr vielschichtig. Im Rahmen des Berichtes können nur einige Untergruppen dieser in besonderer Weise schutzbedürftigen Personen herausgegriffen werden.

Minderjährige

Gemäß § 16 Abs. 3 AsylG 2005 können mündige Minderjährige selbst Anträge auf internationalen Schutz stellen und einbringen. Gesetzlicher Vertreter unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge wird mit Einbringung des Antrages der Rechtsberater. Nach Zulassung des Verfahrens geht die Zuständigkeit auf den örtlich zuständigen Jugendwohlfahrtsträger über. Bei unbegleiteten unmündigen Minderjährigen ist der Rechtsberater ab Ankunft in der Erstaufnahmestelle gesetzlicher Vertreter.

Ein Blick auf die AsylG-Novellen der letzten Jahre zeigt, dass sich die Situation der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge zunehmend verschlechtert hat. War bis zur AsylG-Novelle 2003 noch der Jugendwohlfahrtsträger ab Asylantragstellung für die rechtliche Vertretung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge (UMF) zuständig, so wurden nun zeitgleich mit der Einführung des sog. Zulassungsverfahrens jene UMF von der Zuständigkeit des

Jugendwohlfahrtsträgers ausgeklammert, deren Verfahren (noch) nicht zugelassen war. Für UMF sind seit dieser Novelle die Rechtsberater in den Erstaufnahmestellen gesetzliche Vertreter im Zulassungsverfahren. Die spezialisierten Mitarbeiter der Jugendwohlfahrtsträger können minderjährige Flüchtlinge also gerade in jener sensiblen Phase des Asylverfahrens nicht mehr vertreten, in der der Minderjährige ohne elterliche Begleitung regelmäßig gerade erst aus einem völlig anderen Kulturkreis nach Österreich geflohen ist, alles Bekannte und Vertraute zurück lassen musste und sich hier in einer für ihn fremden Welt einem Verfahren gegenüber findet, dessen Zweck, Gegenstand und Ablauf er in aller Regel nicht einmal ansatzweise verstehen kann. In der Stellungnahme zum Ministerialentwurf problematisiert der Österreichische Städtebund nicht nur, dass im Gegensatz zum Jugendwohlfahrtsträger im Anforderungsprofil der Rechtsberater fachliches Wissen im Umgang mit Jugendlichen nicht vorausgesetzt wird. Es wird auch darauf hingewiesen, dass eine inhaltliche und emotionale Vorbereitung auf die Ersteinvernahme, der verstärkte Glaubwürdigkeit zukommt, nicht berücksichtigt wurde.⁴⁸

Dass UMF besonderen Schutzes auch und gerade in einem derart komplexen Verfahren wie dem österreichischen Asylverfahren bedürfen, ist wohl unumstritten. Von eminenter Wichtigkeit ist daher u.a. die Bestellung eines/r (auch fachlich entsprechend kompetenten) Vertreters/in. In der Praxis werden wiederholt Fälle bekannt, in denen bei verschiedenen Verfahrenshandlungen (insbesondere handelt es sich hierbei um die Befragung, Einvernahmen sowie Bescheidzustellung im Zulassungsverfahren) unterschiedliche Rechtsberater die gesetzliche Vertretung wahrnehmen. Diese - in mehrfacher Hinsicht bedenkliche - Vorgangsweise entspricht der Rechtsauffassung des Bundesasylamtes, der zufolge die gesetzliche Vertretung der Minderjährigen nicht von einem bestimmten, ad personam bestellten Rechtsberater wahrgenommen werden muss.

Eine ausdrückliche Regelung dieser Problemstellung findet sich weder im AsylG 2005 selbst noch geben die erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage einen entsprechenden Hinweis. Doch gibt es gute Gründe, das Gesetz dahingehend auszulegen, dass für einen unbegleiteten minderjährigen Flüchtling nur ein Rechtsberater – nach dem Willen des Gesetzgebers und zum Wohle des Minderjährigen – zuständig ist und bis zum Zuständigkeitsübergang auf den Jugendwohlfahrtsträger auch bleibt⁴⁹.

Letztendlich wird die Frage, ob ein bestimmter Rechtsberater gesetzlicher Vertreter für einen Minderjährigen sein muss oder ob die zur Vertretung berufenen Personen auch innerhalb des Zulassungsverfahrens beliebig wechseln können, von den Höchstgerichten zu klären sein.

Aus dieser Konstruktion ergeben sich aber noch weitere Probleme und Unklarheiten in faktischer wie rechtlicher Hinsicht. So sind zwar regelmäßig die Grundbedürfnisse von UMF (wie Essen, Wohnen, Kleidung, medizinische Behandlung im Krankheitsfall) wie auch die Vertretung im Asylverfahren (mit soeben ausgeführten Einschränkungen) gedeckt, doch ist dies nur ein Teilbereich der – normalerweise – den Eltern zukommenden Obsorge. Die übrigen Teilbereiche

⁴⁸ Österreichischer Städtebund, 6. April 2005

⁴⁹ Zum einen kommt den Rechtsberatern als Gesamtheit keine Rechtspersönlichkeit zu. Das Gesetz spricht immer nur vom „*dem* (singular!) *Rechtsberater*“. Insofern kann die Rechtsauffassung des Bundesasylamtes auch nicht mit der gesetzlich anders ausgestalteten Konstruktion des Jugendwohlfahrtsträgers argumentiert werden. Zum anderen verlangt kompetente Vertretung auch Einarbeitungszeit (Aktienstudium, Gespräche mit dem Minderjährigen über Hintergründe der Flucht, etc.). Es ist wohl offenkundig, dass ein erst unmittelbar vor einer Einvernahme mit dem Fall betrauter Rechtsberater die Vertretung auch bei bestem Bemühen nicht in geeigneter Weise wird wahrnehmen können. Voraussetzung für eine Vertretung zum Wohle des Minderjährigen ist weiters der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses. Dass ein solches aber im Zuge des – wie in der Praxis üblich – lediglich unmittelbar vor der Einvernahme stattfindenden kurzen Gespräches nur sehr schwer entstehen kann, liegt auf der Hand. Dass ein dennoch aufgebautes Vertrauensverhältnis mit einem Vertreterwechsel jedenfalls wieder zerstört wird, bedarf wohl keiner näheren Erörterung.

der Obsorge, wie die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte und die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten bleiben in den Diskussionen um die rechtliche Situation der betroffenen Kinder oftmals unberücksichtigt.

Exkurs zur Obsorgeproblematik

Das AsylG 2005 regelt in dem oben angesprochenen § 16 lediglich die gesetzliche Vertretung des unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings vor den Asylbehörden. Die gesetzliche Vertretung ist aber nur **ein** Teilbereich der grundsätzlich den Eltern zukommenden Obsorge, welche gemäß § 144 ABGB auch die Pflege, die Erziehung sowie die Vermögensverwaltung umfasst.

Vor kurzem hat der OGH mit Beschluss vom 19.10.2005 zum AZ 7 Ob 209/05v zutreffend festgehalten, dass die Nichtbestellung eines Obsorgeberechtigten für einen unbegleiteten minderjährigen Flüchtling eine „ernstliche Gefährdung“ des Kindeswohles iSd Haager Minderjährigenschutzabkommens (HMSA) bedeuten kann: *„Die Beantwortung der - hier also entscheidenden - Frage, ob ein Minderjähriger iSd Art. 8 HMSA ernstlich gefährdet ist, hat sich an der Grundlage und am Zielpunkt jeder einschlägigen pflegschaftsgerichtlichen Entscheidung, am Kindeswohl (...) zu orientieren und kann sich daher nicht allein darin erschöpfen, ob die Grundbedürfnisse des Minderjährigen, wie Essen, Wohnen, Kleidung, Schulbesuch und medizinische Behandlung im Krankheitsfall, gedeckt sind. Vielmehr sind auch die nach § 146 ABGB weiteren, von der Pflege des mj. Kindes umfassten Aspekte, wie insbesondere die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte und die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes zu berücksichtigen. Werden diese vernachlässigt, erscheint das Kindeswohl, auch wenn für Essen, Wohnung, Kleidung, etc. des Minderjährigen gesorgt ist, gefährdet. In diesem Sinne weist auch Hacker, Gerichtliche Obsorgeregelung für unbegleitete minderjährige Fremde, in ÖA 2002, 108 (111) zutreffend darauf hin, dass (auf das Kindeswohl bedachte) elterliche Obsorge über die Deckung der Grundbedürfnisse Minderjähriger im Rahmen von Flüchtlingsprojekten, die Möglichkeit der Finanzierung einzelner medizinischer Behandlungen über die Sozialhilfe und die ex lege bestehende gesetzliche Vertretung im Asylverfahren hinausgeht. „Niemand käme auf die Idee, die Notwendigkeit elterlicher Obsorge in Frage zu stellen, nur weil Vater und Mutter ihren Kindern auch ohne Obsorgeauftrag Essen und Trinken sowie ein Dach über den Kopf zur Verfügung stellten.“* Abschließend stellt der OGH fest, dass die die Obsorge regelnden Bestimmungen des ABGB bezüglich der Frage der Notwendigkeit der Obsorgeregelung sowie des Inhaltes und Umfanges der mit der Betrauung der Obsorge verbundenen Rechte und Pflichten *„zwischen österreichischen Staatsbürgern und Fremden nicht differenzieren.“* Im zitierten Beschluss des OGH wird dem unbegleiteten minderjährigen Flüchtling daher ein Obsorgeberechtigter, nämlich der Jugendwohlfahrtsträger, zur Seite gestellt. Zum selben Ergebnis kommt auch das Ludwig Boltzmann Institut in einem Rechtsgutachten aus dem Jahr 2001⁵⁰. Unter Pkt. „D. Ergebnis“ ist festgehalten: *„Unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen ist unverzüglich nach ihrer Einreise in Österreich durch das Vormundschaftsgericht ein gesetzlicher Vormund zu bestellen, wobei österreichische zivilrechtliche Rechtsvorschriften zu Anwendung kommen. In der Regel wird der Jugendwohlfahrtsträger mit der Vormundschaft betraut“*⁵¹.

Der Jugendwohlfahrtsträger hat gemäß § 215 ABGB bei Gefahr im Verzug die für das Kindeswohl erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Zwar sieht das Gesetz vor, dass der Jugendwohlfahrtsträger lediglich bei „Gefahr im Verzug“ einzuschreiten hat, doch ist diese Einschränkung im Lichte des oben angeführten OGH-Judikats keinesfalls restriktiv auszulegen, da bei Vorliegen einer „*ernstlichen Gefährdung*“ iSd oben genannten Beschlusses wohl regelmäßig auch von „Gefahr im Verzug“ ausgegangen werden muss. Festzuhalten ist abschließend, dass der OGH das Vorliegen der „*ernstlichen Gefährdung*“ bejaht hat, obwohl die Grundversorgung des Minderjährigen gesichert und dieser im anhängigen Asylverfahren vertreten war. § 215 ABGB bietet somit eine taugliche

⁵⁰ Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, Beatrix Ferenci, *Materiellrechtliche Grundlagen der Zuständigkeit für die Unterbringung von Unbegleiteten Minderjährigen Flüchtlingen, Rechtsgutachten*, Jänner 2001

⁵¹ Dass dieser Teilbereich des ABGB mittlerweile novelliert wurde, vermag an der Richtigkeit der Schlussfolgerung nichts zu ändern (siehe § 187 iVm § 213 ABGB idGF)

Rechtsgrundlage, um eine durchgehende Betreuung iWSt zum Wohle des Minderjährigen, vom Zeitpunkt seiner Ankunft in Österreich an, zu gewährleisten.

Genau dieses „Wohl des Minderjährigen“ ist auch mit einer der Gründe, weshalb die In Schubhaftnahme Minderjähriger stets nur ultima ratio sein sollte. In der Praxis kommt es - insbesondere bei sog. Dublintreffern - sehr häufig zur In Schubhaftnahme. Dies obwohl es offenbar gegenteilig lautende Erlässe des BMI zu diesem Themenkomplex gibt. (siehe Kapitel Schubhaft)

Der Menschenrechtsbeirat hat in seinem unter dem Titel „*Minderjährige in Schubhaft*“⁵² erschienen Bericht empfohlen, die In Schubhaftnahme minderjähriger Fremder unter 14 Jahren gesetzlich zu verbieten⁵³. Weiters wird - auch in Ansehung von mündigen Minderjährigen, also solchen, die das 14. Lebensjahr vollendet haben - empfohlen, eine abschließende Aufzählung jener Tatbestände in das Gesetz aufzunehmen, in denen die Behörde von der Anordnung gelinderer Mittel über Minderjährige absehen und die Schubhaft verhängen kann. Dieser Empfehlung zu Folge soll die In Schubhaftnahme auf bestimmte Gruppen von straffälligen Minderjährigen und solche beschränkt werden, die sich bereits einmal trotz Anordnung eines gelinderen Mittels durch „Untertauchen“ fremdenpolizeilichen Maßnahmen entzogen haben, wenn eine Wiederholung dieses Verhaltens zu befürchten ist⁵⁴. Die Maximaldauer der Schubhaft gegen Minderjährige soll in keinem Fall 2 Monate übersteigen⁵⁵.

Das BMI war nun bemüht, durch entsprechende Erlässe die Empfehlungen des Menschenrechtsbeirats umzusetzen. Umso erstaunlicher ist die Tatsache, dass diesen Erlässen zum Trotz, die Verhängung der Schubhaft über Minderjährige offenbar regelmäßig geübte Praxis ist. Wie aus einer parlamentarischen Anfragebeantwortung vom März 2006⁵⁶ hervorgeht, wurde im Zeitraum 1.1.2006 bis 31.3.2006 über 52 Minderjährige die Schubhaft verhängt. Davon waren 2 im Alter von 14 bis 16 Jahren und 50 Jugendliche im Alter von 16 bis 18 Jahren.

Zusätzlich verschärft wird diese Problematik durch die gesetzliche Regelung der Handlungsfähigkeit Minderjähriger im FPG 2005. Dessen § 12 sieht vor, dass Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, grundsätzlich in fremdenpolizeilichen Verfahren, also auch im Falle der In Schubhaftnahme, selbst handeln können (und müssen). Es bedarf also - völlig im Widerspruch zur rechtlichen Stellung Minderjähriger in anderen Bereichen unserer Rechtsordnung - keines gesetzlichen Vertreters, der die Interessen des Minderjährigen verpflichtend wahrnimmt. Diese gesetzliche Regelung führt den Schutzgedanken hinsichtlich Minderjähriger als besonders schützenswerte Gruppe, einem Grundpfeiler unserer Rechtsordnung, in Bezug auf das fremdenpolizeiliche Verfahren ad absurdum.

Abschließend ist noch festzuhalten, dass die bereits mehrfach begründet kritisierte Praxis der Altersfestsetzung bei AsylwerberInnen, die die angegebene Minderjährigkeit nicht durch geeignete Dokumente belegen können, nach wie vor durchaus üblich ist, wobei im Zweifel von der Volljährigkeit des/der Asylwerbers/in ausgegangen wird. Diese Vorgangsweise sowie die „Qualität“ dieser Feststellungen sind nicht nur vom Menschenrechtsbeirat deutlich kritisiert worden⁵⁷, sondern hat sich beispielsweise auch der UBAS mit der Frage der Altersfeststellung durch Organwalter des Bundesasylamtes auseinandergesetzt.

⁵² „*Minderjährige in Schubhaft*“, Menschenrechtsbeirat, 2000/07

⁵³ „*Minderjährige in Schubhaft*“, Menschenrechtsbeirat, 2000/07, RZ 50 (19)

⁵⁴ „*Minderjährige in Schubhaft*“, Menschenrechtsbeirat, 2000/07, RZ 52 (20)

⁵⁵ „*Minderjährige in Schubhaft*“, Menschenrechtsbeirat, 2000/07, RZ 53 (21)

⁵⁶ GZ BMI-LR2220/0129-III/1/b/2006

⁵⁷ „*Minderjährige in Schubhaft*“, Menschenrechtsbeirat, 2000/07, RZ 41 (9) ff

- ☞ *Vom Bundesasylamt wird bei einem minderjährigen Asylwerber eine Alterskorrektur per Augenschein durchgeführt: "Das äußere Erscheinungsbild des ASt., ebenso ihr (sic!) Verhalten und Auftreten, lässt darauf schließen, dass das von das (sic!) Ast vorgegebene Lebensalter nicht der Richtigkeit entspricht. Es ist davon auszugehen, dass der ASt. volljährig ist und hat dem auch nicht widersprochen, sondern zur Kenntnis genommen. Eine gesetzliche Vertretung seiner Person ist somit gemäß §25 AsylG 1997 i.d.g.F. nicht gegeben und stimmte der anwesende Rechtsberater nicht gegen die Auffassung der Behörde, dass der Ast. volljährig ist. (...)*

Der UBAS stellt im Berufungsverfahren zunächst fest, dass aus dem Akt in keiner Weise hervorgeht, dass der einvernehmende und das Alter schätzende Organwarter des Bundesasylamtes über einschlägige Fachkunde verfügt und führt sodann aus: „Angesichts des allgemein bekannten Fehlens zuverlässiger naturwissenschaftlicher Methoden erachtet es der Unabhängige Bundesasylsenat (...) für unverzichtbar, jedenfalls eine Stellungnahme des (im Falle der Minderjährigkeit [nach Zulassung des Verfahrens] zuständigen) österreichischen Jugendwohlfahrtsträgers ebenso wie einer mit dem Kulturkreis der betreffenden Person vertrauten Person (...) einzuholen (...).“⁵⁸

- ☞ *Bei einem kurdischen Minderjährigen aus der Türkei, der aus der EAST West nach der Befragung wegen der Annahme der Unzuständigkeit Österreichs für das Asylverfahren in Salzburg in Schubhaft überstellt wird, ist die Beschwerde an den UVS erfolglos, da durch die mangelhafte Übertragungsqualität des an den UVS gefaxten Personalausweises die Minderjährigkeit nicht deutlich erkennbar war. Trotz Vorlage des Ausweises im Original und der Zeugenaussage des in Österreich lebenden Bruders wird an der angenommenen Volljährigkeit festgehalten. Erst eine Bestätigung der türkischen Behörden über die Echtheit des Ausweises kann das Bundesasylamt von der Minderjährigkeit überzeugen und führt zur Entlassung aus der Schubhaft.⁵⁹*

Traumatisierung

Die Dublin II VO regelt, welcher Mitgliedstaat der Europäischen Union den Asylantrag eines Drittstaatsangehörigen zu prüfen hat. Die Bestimmung des nach der VO zuständigen Mitgliedsstaates erfolgt grundsätzlich ohne Rücksicht auf besondere Umstände des Einzelfalles (wie Gefahr einer Retraumatisierung durch Inschubhaftnahme und Abschiebung). Auch eventuell vorhandene (Asyl)Verfahrens-, Betreuungs- oder Versorgungsdefizite im Zielstaat bleiben unberücksichtigt. Zur Vermeidung allfälliger Grundrechtswidrigkeiten war daher in der AsylG-Novelle 2003 noch vorgesehen, dass Personen, die Opfer von Folter oder infolge der fluchtauslösenden Erlebnisse traumatisiert sind, nicht dem besonders belastenden Vollzug einer Abschiebung („Überstellung in den Zielstaat“) mit vorausgehender Inhaftierung und dem mitunter längerem Haftaufenthalt ausgesetzt werden sollen (§ 24b AsylG 1997 idF 2003). In der damaligen Ministerialvorlage war diesbezüglich zu lesen: „Da Folteropfer und Traumatisierte eine besonders schützenswerte Gruppe von Asylwerbern sind, ist es erforderlich, für diese Menschen im Verfahren besondere Sicherheitsmechanismen einzubauen (§24b). Daher wird in diesem Kontext vorgesehen, dass die Verfahren solcher Menschen zuzulassen sind, wenn im Zulassungsverfahren in der Ersteinvernahme oder in der weiteren Einvernahme medizinisch belegbare Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Opfer von Traumatisierung oder Folteropfer sein könnten.“⁶⁰

⁵⁸ Bescheid vom 20.02.2006 zur Zahl 266.774/4-II/04/06

⁵⁹ VwSen-400813/5/WEI/Ps Linz, am 23. Juni 2006

⁶⁰ Ministerialentwurf der AsylG-Novelle 2003 vom 30. April 2003, S 14

Mit dem Fremdenrechtspaket 2005 wurde diese Bestimmung scheinbar nur modifiziert⁶¹, tatsächlich aber in – nicht nur grundrechtlich – höchst bedenklicher Weise sinnentleert. Wenn – so sieht es der neue § 30 AsylG 2005 vor – im Zulassungsverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass der/die AsylwerberIn durch Folter oder durch ein gleichwertiges Ereignis an einer belastungsabhängigen krankheitswertigen Störung leidet, ist der Asylantrag dann – und nur dann (!) – wenn diese Störung ihn hindert, seine Interessen im Verfahren wahrzunehmen oder sie für den Asylwerber die Gefahr eines Dauerschadens oder von Spätfolgen darstellt, im Zulassungsverfahren nicht abzuweisen. Eine Zurückweisung und damit Inschubhaftnahme und Abschiebung ist somit selbst dann möglich, wenn eine durch Folter entstandene psychische Störung den/die AntragstellerIn hindert, seine Interessen im Verfahren wahrzunehmen oder diese für ihn die Gefahr eines Dauerschadens oder von Spätfolgen bedeutet.

Vereinfacht gesagt können und werden Opfer von Folter und Traumatisierte, wenn sich ein nach der Dublin II – VO zuständiger Staat findet, dem gerade für solche Personen besonders belastenden Vollzug einer Abschiebung in einen anderen Mitgliedstaat mit vorausgehendem – oft mehrmonatigem – Gefängnisaufenthalt, der Schubhaft, ausgesetzt. Einzig eine Abweisung nach inhaltlicher Prüfung des Asylantrages innerhalb der ersten 20 Tage ist nicht zulässig. Am 21. Tag könnte dann auch dieser Asylantrag abgewiesen werden.

Das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte führt in seiner Stellungnahme zur Regierungsvorlage zutreffend aus: *„Bisher wurde AsylwerberInnen mit Anzeichen von Traumatisierung ein Asylverfahren in Österreich gewährt. Im vorliegenden (Anm.: und nunmehr beschlossenen) Entwurf wird von dem Schutzgedanken für diese Personengruppe abgegangen; nunmehr werden auch traumatisierte AsylwerberInnen in die geltende Dublinregelung miteinbezogen. Es liegt nahe, dass die damit verbundenen extrem angstbesetzten Konsequenzen, nämlich Schubhaft, Zurück- bzw. Abschiebung und Verbringung in den nach der Dubliner VO zuständigen Staat, die auch für psychisch gesunde Menschen schwere Belastungen darstellen, zu einer Verschärfung der psychischen Krisensituation und zu einer Retraumatisierung führen können (...).“*

Zutreffend auch die Stellungnahme des österreichischen Rechtsanwaltskammertags⁶², in der festgehalten wird, dass die vermeintlich asylwerberfreundliche Textierung des § 30 AsylG 2005 nicht über den massiven Verlust gegenüber § 24b AsylG 1997 idF 2003 hinwegzutäuschen vermag. Der österreichische Rechtsanwaltskammertag kommt zum Ergebnis, dass § 24b auch aus grundrechtlichen Erwägungen unbedingt beibehalten werden sollte.

Diese und viele ähnlich lautende Stellungnahmen wurden vom Gesetzgeber unberücksichtigt gelassen, da die gegenständliche Regelung – wie es in den erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage heisst – *„besser auf den Schutzzweck, den diese (Anm. Opfer von Folter und traumatisierte) Menschen im Verfahren brauchen“* abstellt. Diese in den erläuternden Bemerkungen zur Begründung für die Gesetzesänderung angeführte Feststellung, ist - auch angesichts obiger Ausführungen - nicht einmal im Ansatz nachvollziehbar.

Auch wenn fraglich ist, ob § 30 AsylG 2005 in dieser Form einer höchstgerichtlichen Überprüfung standhalten wird und das AsylG 2005 schon derzeit (theoretisch) durch eine verfassungskonforme Interpretation entschärft werden könnte, sind in den letzten Monaten zahlreiche Fälle bekannt geworden, die belegen, dass gerade traumatisierten und/oder gefolterten AsylwerberInnen, die im Jahr 2003 sogar vom Innenministerium noch als *„besonders*

⁶¹ Die RV sagt diesbezüglich u.a.: *„Die Änderung im System stellt besser auf den Schutzzweck, den diese Menschen im Verfahren brauchen, ab.“*

⁶² Stellungnahme des österreichischen Rechtsanwaltskammertags vom 14. April 2005 zum Fremdenrechtspaket 2005

schützenswerte Gruppe“ bezeichnet wurden, wie Pakete ohne auch nur den Funken einer Rücksichtnahme auf die Umstände des Einzelfalls in andere EU-Staaten verschickt, und somit der massiven Gefahr der – wie es das Ludwig Boltzmann Institut ausdrückt – Verschärfung der psychischen Krisensituation und Retraumatisierung ausgesetzt werden.

Diesem „Verschicken“ geht regelmäßig die Inschubhaftnahme voraus. Der Menschenrechtsbeirat hat hierzu in seinem Bericht „Medizinische Betreuung von angehaltenen Personen“⁶³ empfohlen, „*Personen mit Anzeichen von Traumatisierung nicht in Haft anzuhaltend, die auf geeignete Weise festzulegen und dafür Sorge zu tragen, derartig haftunfähige Personen einer professionellen Hilfe zuzuführen.*“

Wie folgendes Fallbeispiel einer vergewaltigten Mutter aus Tschetschenien zeigt, hindert auch das im Zuge des Zulassungsverfahrens festgestellte Vorliegen einer mit hoher Wahrscheinlichkeit durch Folter oder einem gleichwertigen Ereignis entstandenen, belastungsabhängigen, krankheitswertigen psychischen Störung die Behörde nicht, die Mutter in Schubhaft zu nehmen und ihren 10jährigen Sohn seiner seit kurzem volljährigen Schwester zu übergeben.

☞ *Frau S. ist verwitwet und mit ihrem zehnjährigen Sohn nach Österreich geflohen. Sie gibt an, in Tschetschenien vor den Augen ihres Kindes von russischen Polizeikräften vergewaltigt worden zu sein. Sie und ihr Sohn sind deshalb in einem auf Kinder und Jugendliche spezialisiertem Ambulatorium in psychotherapeutischer Behandlung.*

Obwohl das Asylverfahren von Frau S. noch nicht zugelassen war, werden sie und ihr Sohn aufgrund der familiären Bindungen zur volljährigen Tochter, die sich ebenfalls in Österreich im Asylverfahren befindet, in Grundversorgung des Landes Wien aufgenommen. Ende Mai 2006 wird Frau S. in ihrem Quartier festgenommen und in Schubhaft gebracht. Der Sohn wird im Rahmen der Festnahme kurzerhand seiner volljährigen Schwester übergeben. Vorangegangen ist dem eine negative, nicht rechtskräftige Dublin Entscheidung. Wenige Tage später wird Frau S. aufgrund einer durch die Amtsärztin festgestellte Haftunfähigkeit entlassen. Anfang Juni erteilt der UBAS der eingebrachten Berufung die aufschiebende Wirkung. Im Berufungsverfahren stellt sich heraus, dass das Bundesasylamt eine selbst in Auftrag gegebene gutachterliche Stellungnahme, wonach Fr. S. mit hoher Wahrscheinlichkeit an einer durch Folter oder durch gleichwertiges Ereignis entstandenen krankheitswertigen, schweren psychischen Störung leidet und diese einer Überstellung nach Tschechien entgegensteht, vollkommen ignoriert hat.

Aus der Literatur zur Psychotraumatologie weiß man, dass Vergewaltigung zu jenen Ereignissen zählt, nach dem die Betroffenen mit der größten Wahrscheinlichkeit, eine posttraumatische Störung entwickeln⁶⁴. Diese Störung wurde sowohl bei der Mutter als auch dem Sohn diagnostiziert und beide befanden sich in psychotherapeutischer Behandlung.

Inhaftierung und die Androhung einer Abschiebung führen bei Menschen, die aufgrund von Gewalterfahrungen in ihren Herkunftsländern unter einer posttraumatischen Belastungsstörungen leiden, zu einer Retraumatisierung⁶⁵ und somit zu einer Verschlechterung der Symptome. Hans Keilson hat den Begriff der „Sequentiellen Traumatisierung“ geprägt. Er hat bei Kindern nachgewiesen, dass nicht nur die Traumatischen Erlebnisse selbst, sondern die Phase und Erlebnisse nach dem Trauma für die Spätfolgen und die Bewältigung von wesentlicher Bedeutung sind.⁶⁶

⁶³ Aus dem Bericht „*Medizinische Betreuung von angehaltenen Personen*“, Menschenrechtsbeirat, 2002/05, RZ 209 (47)

⁶⁴ Kessler, R.C., Sonnega, A., Bromet, E., Hughes, M. & Nelson, C.B. (1995). Posttraumatic stress disorder in the National Comorbidity Survey. *Archives of General Psychiatry*, 52 (12), 1048-1060.

⁶⁵ Preitler, B. Arbeit mit Traumatisierten. KIT/ABW-workshop Hafnersee, Mai 2006

⁶⁶ Keilson, H. (1979): *Sequenzielle Traumatisierung bei Kindern*. Enke, Stuttgart.

Typisch an diesem Fall ist nicht nur die Verschlechterung des psychischen Zustandes bei der Mutter, sondern die Retraumatisierung des minderjährigen Kindes durch die Trennung und Inhaftierung der Mutter. Die Retraumatisierung wurde im Falle dieser Familie in einer nachfolgenden Begutachtung durch das behandelnde Ambulatorium bestätigt.

Für AsylwerberInnen mit einer posttraumatischen Erkrankung oder anderen psychischen Störungen ist die Haft der falsche Ort. Diese besonders Schutzbedürftigen brauchen neben einer geeigneten, sicherheitgebenden Unterkunft auch die entsprechende psychologisch-therapeutische Behandlung. Sicherheit ist auch dabei ein wesentliches Element, sie steht in der Traumatherapie im Vordergrund⁶⁷.

Aus rechtlicher Sicht ist hierzu zunächst festzuhalten, dass das Nichtberücksichtigen von für die Antragstellerin günstigen Aktenbestandteilen den Bescheid selbstverständlich in mehrfacher Hinsicht mit Rechtswidrigkeit belastet.

Weiters ist aber festzustellen, dass die Zurückweisung des Asylantrages im § 5 des neuen AsylG 2005 durchaus Deckung findet. Diese Bestimmung stellt mit keinem Wort auf die konkrete Situation und damit auf den psychischen oder physischen Zustand der Asylwerberin ab. Genau dieses Ignorieren des festgestelltermaßen schlechten und daher einer Abschiebung entgegenstehenden Gesundheitszustandes durch die Behörde bedeutet aber eine Verletzung der EMRK und damit (auch) der Verfassung. Durch den Vollzug der von der Behörde getroffenen Entscheidung würde Art. 3 EMRK durch die Republik Österreich verletzt werden. Die EMRK, die in Österreich im Verfassungsrang steht, ist nach der Judikatur des EGMR⁶⁸ auch bei Überstellung des Antragstellers von einem Dublin-Staat zum anderen beachtlich und das AsylG (auch und gerade durch die Asylbehörden erster Instanz) verfassungskonform zu interpretieren.⁶⁹

☞ *Der Ehemann von Frau I. wurde in Tschetschenien verschleppt und ermordet. Frau I. wurde vor den Augen ihrer Kinder vergewaltigt. Sie flüchtete nach Österreich und wird Mitte Jänner 2006 durch das Bundesasylamt einvernommen. Sie ist zu diesem Zeitpunkt im 6. Monat schwanger und am Ende ihrer Kräfte. Die einzige Verwandte in Europa ist Frau I.s Schwester. Sie lebt in Wien und kümmert sich fürsorglich um sie. Frau I. kann ihren Alltag nicht mehr alleine bewältigen und ist sehr auf die Hilfe ihrer Schwester angewiesen.*

Frau I. bringt mit Hilfe ihres gewillkürten Vertreters eine ausführliche Stellungnahme ein und beantragt die Durchführung des Asylverfahrens in Österreich wegen einer Verletzung von Art. 3 EMRK (unmenschliche bzw. erniedrigende Behandlung) und Art. 8 EMRK (Recht auf Familienleben) durch eine Abschiebung von Frau I. nach Polen. Auch wird eine psychotherapeutische Stellungnahme eingebracht, wonach Frau I. an einer höhergradigen posttraumatischen Belastungsreaktion leidet. Die Ärztin im Flüchtlingslager schließt sich der Meinung des Therapeuten an, befindet aber, dass nach erfolgter Geburt eine Abschiebung nach Polen möglich wäre.

⁶⁷ Ottomeyer, K. (2002): Psychotherapie mit traumatisierten Flüchtlingen. In: Ottomeyer, K. & Peltzer, K. (Hg.): Überleben am Abgrund. Psychotrauma und Menschenrechte. Drava, Klagenfurt

⁶⁸ EGMR T.I. v. UK, Antragsnummer 43844/98

⁶⁹ So hat der UBAS in mehreren Bescheiden (beispielsweise Bescheid vom 24.07.2006, GZ 263.229/0-X/47/05; Bescheid vom 17.11.2004, GZ 254.470/0-VI/44/04; beide Entscheidungen mit Hinweisen auf entsprechende höchstgerichtliche Judikatur) ausgesprochen, dass Österreich, um eine Verletzung der Art. 3 und 8 EMRK zu vermeiden, von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch machen müsse. Zwar sind diese Ausführungen ursprünglich noch zum Dubliner-Übereinkommen ergangen, doch gilt „nach Ansicht beider Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (...) nichts anderes für das Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 2 Dublin-V“ (siehe Bescheid des UBAS vom 24.07.2006, GZ 263.229/0-X/47/05 samt dort angeführten Judikaturhinweisen der Höchstgerichte).

Nach der Geburt ihres Kindes hat sich der psychische Zustand von Frau I. massiv verschlechtert. Sie schafft es nicht eine Beziehung zu ihrem Kind aufzubauen. Leidet unter Panikattacken und wird von Erinnerungsschüben bedroht, die sie nicht mehr kontrollieren kann. Sie leidet an Schlafstörungen und Anzeichen vollkommener Erschöpfung. Alle Merkmale einer Posttraumatischen Belastungsstörung.

Ende Mai wird Frau I. abermals einvernommen. Bereits Anfang Juni ergeht sodann ein Bescheid, der die Abschiebung nach Polen für zulässig erklärt.

In weiterer Folge hat sich der Zustand von Frau I. derartig verschlechtert, dass eine stationäre psychiatrische Aufnahme notwendig wurde. Laut behandelnder Ärztin ist eine Abschiebung nach Polen aufgrund des schlechten Gesundheitszustandes absolut unmöglich. Trotzdem muss Frau I. befürchten, jederzeit in Schubhaft genommen und nach Polen abgeschoben zu werden.

In diesem Fall zeigt sich, dass bereits die Ankündigung der Abschiebung nach Polen sowie die Angst, in Schubhaft genommen zu werden, als Auslöser für eine Verschlechterung der Symptomatik reichen. In einer wissenschaftlichen Stellungnahme weist Dr. Gierlichs darauf hin, dass es bei Personen, die unter einer posttraumatischen Belastungsstörung leiden, unabhängig von der objektiven Sicherheitslage vor Ort, es zu einer umfassenden psychischen Destabilisierung kommen kann: „Diese Psychodynamik, die zu plötzlichen suizidalen Handlungen führen kann, ist aus einer sachlichen, distanzierten Sicht nicht leicht nachvollziehbar, aber wissenschaftlich hinreichend empirisch und physiologisch belegt.“⁷⁰

Auch hier ist aus rechtlicher Sicht noch einmal festzuhalten, dass die durch die EMRK garantierten Grundrechte und -freiheiten jedenfalls zu berücksichtigen sind und das AsylG 2005 wie auch das FPG 2005 verfassungs- und somit auch EMRK-konform auszulegen sind.

Begutachtung – Traumadiagnostik

Im Zusammenhang mit dem § 30 Asylgesetz 2005 ist es unverständlich, dass zur Traumadiagnostik nach wie vor nur Fachärzte für Psychiatrie und Neurologie oder praktische Ärzte mit „PSY III-Diplom“ als Sachverständige herangezogen werden können, noch dazu ohne nachweisliche Kompetenzen auf dem Gebiet der Psychotraumatologie. Bereits in der Stellungnahme zur Asylgesetznovelle 2003 weist die Arbeitsgruppe Psychotraumatologie darauf hin, dass eine Spezialisierung für die Diagnoseerstellung unbedingt notwendig ist. „Darüber hinaus ist eine Kenntnis hinsichtlich kultureller Ausprägungen psychischer Symptome unabdingbar.“⁷¹ Auch Walter Renner von der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt kritisiert diesen Umstand: „Dies steht im klaren Widerspruch zu den im österreichischen Psychologengesetz normierten Aufgaben und Rechten der Klinischen Psychologinnen und Psychologen, welche selbstverständlich als Sachverständige einer „notwendigen Fachrichtung“ zu gelten hätten“⁷². Gerade Klinische PsychologInnen, die über nachweisliche Kompetenzen im Fachgebiet der Psychotraumatologie, Erfahrungen in der Diagnostik und Behandlung von Traumatisierten Flüchtlingen und über interkulturelle Kenntnisse verfügen, sollten als qualifizierte Sachverständige eingesetzt werden.

⁷⁰ Arbeitsgruppe Standards zur Begutachtung psychisch traumatisierter Menschen (SBPM). Stellungnahme der Wissenschaftlichen Fachgesellschaften zur Untersuchung von Flüchtlingen vor Abschiebung. (2003). Für die AG: Dr. Gierlichs, Achen

⁷¹ Arbeitsgruppe Psychotraumatologie im Rahmen der österreichischen Gesellschaft für Psychiatrie, Stellungnahme zum Asylverfahren, im speziellen Bezug auf den Umgang mit Traumatisierungen vom 3.12.2004, Für die Arbeitsgruppe: Dr. David Vyssoki/Dr. Sonja Laure)

⁷² Renner, W. (2006). Kultursensible klinische Diagnostik von Traumafolgen. Messtheoretische Grundlagen und Leitlinien der Begutachtung. In Ottomeyer, K.& Renner, W. (Hg.): Interkulturelle Traumadiagnostik. Drava, Klagenfurt/Celovec

Die fremdenpolizeiliche Behörde, die für die Verhängung der Schubhaft verantwortlich ist, setzt anstelle von Fachgutachten auf ihre Amtsärzte zur Beurteilung der Haftfähigkeit.

☞ *Ein Tschetschene, der mit seiner Gattin, dem ca. einem halben Jahr alten Baby und seiner alleinstehenden Schwägerin aus Tschetschenien geflüchtet ist, wird nach der Asylantragsstellung in Schubhaft genommen, da er zuvor bereits in Polen war. Er ist aufgrund der in seiner Heimat während der Haft erlittenen Folter traumatisiert.*

In der Ablehnung der Schubhaftbeschwerde führt der UVS OÖ zur hohen Wahrscheinlichkeit einer Retraumatisierung und dem Antrag auf Einholung eines ärztlichen Gutachtens aus, dass „jeder Schubhäftling nach Verhängung der Haft einem Amtsarzt vorgeführt wird und die Haftfähigkeit geprüft wird. Sollte sich während der Anhaltung in Schubhaft die Haftunfähigkeit einer Person ergeben, so wird diese unverzüglich aufgehoben. Im konkreten Fall kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer sich in einem derart schlechten psychischen Zustand befindet, dass eine Anhaltung in Schubhaft nicht mehr möglich wäre. Weil Häftlinge ohnehin bei Bedarf ärztlich betreut werden, konnte von der Einholung eines ärztlichen Gutachtens im Rahmen dieser Schubhaftprüfung Abstand genommen werden.“⁷³

Empfehlungen

- Es wird dringend empfohlen, von einer Verhängung der Schubhaft im Rahmen von Dublin-Verfahren über besonders Schutzbedürftige (Minderjährige, Traumatisierte, Schwangere, etc.) abzusehen.
- Diese Personengruppen sind sofort zum Asylverfahren zuzulassen.
- Bei Verdacht auf Traumatisierung muss die Begutachtung durch Sachverständige erfolgen, die über nachweisbare Kenntnisse der Psychotraumatologie und interkulturelle Kenntnisse verfügen.
- Die gesetzliche Vertretung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge ist auch im Zulassungsverfahren durch den Jugendwohlfahrtsträger wahrzunehmen.
- Eine entsprechend kompetente und gesetzliche Vertretung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge im fremdenpolizeilichem Verfahren ist zu gewährleisten.
- Im Falle der Inschubhaftnahme unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge muss eine amtswegige Informationspflicht an den Jugendwohlfahrtsträger durch die Fremdenpolizeibehörden bestehen.

⁷³ VwSen-400820/4/BMa/Ps Linz, am 4. Juli 2006

Betreuung von Flüchtlingen

Seit 1.1.2005 ist das Bundesasylamt als erste Instanz im Verfahren zur Unterbringung von Flüchtlingen im Zulassungsverfahren zuständig. Weiters wurde normiert, dass für die Behandlung von Berufungen betreffend Bundesbetreuung bzw. Grundversorgung der jeweilige UVS zuständig sein soll.

In der Regel werden Asylsuchende nach Einbringung des Antrages in einer Erstaufnahmestelle in eine Betreuungsstelle des Bundes aufgenommen. Während des Zulassungsverfahrens unterliegen sie einer Gebietsbeschränkung, sodass sie den Bezirk Baden oder St. Georgen im Attergau nicht verlassen dürfen.

Entlassung aus der Betreuung

In der Praxis ist es vor allem zu Beginn des Jahres 2006 mehrmals vorgekommen, dass Personen formlos, lediglich durch Anordnung der Leitung der jeweiligen Betreuungsstellen aus dieser verwiesen wurden. Erst im Nachhinein und auf Nachfrage wurde dann vom Bundesasylamt ein Bescheid erlassen, gegen den Berufung erhoben werden konnte. Trotz Beendigung der Grundversorgung wird die Gebietsbeschränkung nicht aufgehoben.

Entscheidungen, mit denen die Grundversorgung beendet wird, haben grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung, was die unmittelbare Obdachlosigkeit zur Folge hat. Wie die betroffenen Personen mit der Problematik der Obdachlosigkeit und gleichzeitig dem Gebot, den Bezirk nicht zu verlassen, zurecht kommen, bleibt unklar. Strafen sind in diesem Zusammenhang bei den Beratungsstellen keine bekannt geworden.

☞ *Herrn I. wurde die Grundversorgung entzogen, nachdem ihm vorgeworfen wurde, Ende Jänner 2006 einen anderen Asylwerber aus dem Fenster geworfen zu haben wodurch dieser zwar nicht verletzt wurde (Erdgeschoß), aber am Haus Sachschaden entstand. Dies wurde ihm Tage nach dem vermeintlichen Vorfall mittels Bescheid mitgeteilt und er wurde daraufhin aus der Betreuungsstelle verwiesen. Die aufschiebende Wirkung, die nach sich ziehen würde, dass Herr I. bis zur Entscheidung über eine Berufung weiter versorgt und nicht sofort obdachlos wäre, wurde ausgeschlossen. In der erhobenen Berufung wurde unter anderem gerügt, dass es ein mangelhaftes Ermittlungsverfahren gab, die Entscheidung auf Behauptungen aufgebaut sei und, wie im Gesetz vorgesehen, Herr I. zu den Vorwürfen befragt werden hätte müssen, was aber unterblieb. Auch wurde der zweiten Instanz (UVS) ein Schreiben übermittelt, indem Herr H. der angeblich von Herrn I. aus dem Fenster geworfen wurde, mitteilte, dass er selbst aus Jux aus dem Fenster in den Schnee sprang und leider beim Zurückklettern die Fassade des Hauses beschädigte.*

*Aus der Entscheidung des UVS, der der Berufung stattgegeben hat, geht hervor, dass die Behörde willkürlich, ohne ordentliches Ermittlungsverfahren handelte: „Wie oben aus Punkt 2.1. hervorgeht hat die belangte Behörde in Wahrheit kein eigenständiges Ermittlungsverfahren durchgeführt, sondern sich zur Begründung ihrer tatsächlichen Annahmen allein auf die wörtliche Wiedergabe eines ihr per E-Mail übermittelten Aktenvermerks vom 31. Jänner 2006 der Polizeiinspektion St. Georgen im Attergau beschränkt. Dieser Aktenvermerk wird unter der Überschrift **"Beweiswürdigung"** ohne irgendeine Angabe von maßgebenden Erwägungen der belangten Behörde wiedergegeben. Es ist überhaupt nicht nachvollziehbar, warum sich der Vorfall so wie im Aktenvermerk geschildert - "Aus unbekannter Ursache wurde er von I. O. und L. K. dort aus dem Fenster geworfen." - zugetragen haben soll. Aus diesem Aktenvermerk geht nicht einmal hervor, wie bzw. auf Grund welcher Beweismittel der Meldungsleger RevInsp H. zu seiner knappen fünfzeiligen (!) Darstellung eines Vorfalles kommt, bei dem A. H. vom Bw und I. O. aus dem*

Fenster geworfen worden sein soll. Eine eigene dienstliche Wahrnehmung wurde weder behauptet, noch ist sie sonst aus den Umständen ersichtlich. Ebenso wenig finden sich Angaben über Aussagen der beteiligten Personen oder über befragte Auskunftspersonen.“

„Auf der Grundlage dieses Aktenvermerks, der bestenfalls als erste Meldung oder Anzeige eines möglicherweise gegen die - ebenfalls nicht aktenkundige - Hausordnung verstoßenden Vorfalles zu werten war, durfte die belangte Behörde noch keine Tatsachenfeststellungen treffen. Sie hätte vielmehr im Interesse einer zuverlässigen Beweissicherung die beteiligten Personen einschließlich dem Bw unverzüglich an Ort und Stelle zur Sache vernehmen müssen, um diese Personen auf eine Aussage festzulegen und sich ein hinreichendes Bild von dem angezeigten Ereignis machen zu können. Indem die belangte Behörde diese wesentlichen Verfahrensschritte unterließ, hat sie nicht nur das Anhörungsrecht des offenbar ohnehin in der Erstaufnahmestelle anwesenden (gegenteilige behördliche Angaben fehlen) - Bw gemäß § 2 Abs 6 GVG-B 2005 mißachtet, welches nur ausnahmsweise (arg.: "..., soweit dies ohne Aufschub möglich ist,..") vernachlässigt werden darf, sondern auch den Grundsatz der amtswegigen Wahrheitserforschung im Ermittlungsverfahren verletzt“.⁷⁴

Aufgrund dieser mangelhaften Ermittlungstätigkeit wurde von einem unzureichend festgestellten Sachverhalt ausgegangen. Der UVS weiter:

*„Darüber hinaus ist festzustellen, dass die belangte Behörde gemessen an den getroffenen rechtlichen Schlussfolgerungen einen **unzureichenden Sachverhalt** angenommen hat, der noch dazu auf Grund eines grob mangelhaften Verfahrens erhoben worden ist. Somit ist es nicht verwunderlich, dass die belangte Behörde auch nicht in der Lage war, ihren Bescheid ausreichend gemäß § 58 Abs, 2 iVm § 60 AVG zu begründen (vgl dazu näher mwN Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens³ [2003] Anm 4 und 5 sowie insb E 6 f zu § 60 AVG).“*

Die wörtlich angeführten Passagen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung des angefochtenen Bescheids zeigen deutlich, dass die belangte Behörde nur eine ganz allgemein gehaltene, schablonenhafte Scheinbegründung für das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 2 Abs. 4 GVG-B 2005 gegeben hat. Ohne konkrete auf den Einzelfall bezogene Argumente werden Behauptungen aufgestellt, denen ein anderer als der tatsächlich festgestellte Sachverhalt zugrunde liegen müsste, wollte man ihre Schlüssigkeit bejahen.

Dieses Beispiel zeigt, wie leichtfertig Personen aus der Grundversorgung entlassen werden. In diesem Fall hatte der Asylwerber Glück, dass überhaupt eine Entscheidung durch den UVS getroffen wurde. Trotz relativ rascher Entscheidung des UVS bedeutete diese verfehlte Entscheidung des Bundesasylamtes eine sechswöchige, unverschuldete Obdachlosigkeit im Winter.

Ein weiteres Problem stellen Fälle dar, in denen sich Personen, aus welchen Gründen auch immer, aus der Betreuungseinrichtung entfernt haben und eine Wiederaufnahme nicht erfolgt. Eine Abmeldung erfolgt automatisch nach dreitägiger Abwesenheit oder wenn der Asylwerber bei einer der mehrmals wöchentlich durchgeführten Standeskontrollen nicht angetroffen wird. Kommt ein Asylwerber nach Abmeldung wieder zur Erstaufnahmestelle, wird ihm der Zutritt verwehrt und die Betreuungskarte abgenommen. Damit wird aber jede Möglichkeit einer Vorsprache zur Wiederaufnahme in die Betreuung de facto verwehrt. Auf Intervention durch Beratungsstellen wird vom Bundesasylamt auf die Möglichkeit eines schriftlichen Antrags auf Wiederaufnahme verwiesen.

⁷⁴ UVS Oberösterreich, VwSen-700002 vom 16.03.2006

Die Zustellung der Entscheidung stößt auf praktische Barrieren: ohne Unterkunft und Meldeadresse keine Zustellung, stellt die Behörde durch Hinterlegung im Akt zu (wie im Meldegesetz vorgesehen), kann der Asylwerber die Entscheidung nicht beheben, weil ihm der Zutritt zur Erstaufnahmestelle und zum Bundesasylamt verweigert wird. Außerdem kann die Entlassung aus der Grundversorgung zur Einstellung des Asylverfahrens bei fehlender Meldeadresse führen.

Bei einer Entlassung aus der Grundversorgung, sei es durch selbständiges Verlassen oder durch Ausschluss, ist für die Entscheidung über ein Rechtsmittel gegen einen ausschließenden Bescheid der jeweilige UVS zuständig. In der Praxis zeigt sich, dass Verfahren von vielen UVS ausgesetzt sind, da diese ihrer Meinung nach nicht zuständig sind und daher ein Gesetzesprüfungsverfahren beim VfGH anhängig gemacht haben. Solange es darüber keine Entscheidung des Höchstgerichts gibt, wird auch nicht über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Ausschlüssen aus der Versorgung entschieden. Die Betroffenen warten seit Monaten auf Entscheidungen, meist kommen sie nur kurzfristig bei Freunden und Bekannten unter. In den seltensten Fällen besteht die Möglichkeit der im Asylgesetz geforderten Vorlage eines Meldezettels und Bekanntgabe einer Meldeadresse nachzukommen. Dieser unhaltbare Zustand bedingt nicht nur große Probleme für die Betroffenen, sondern gefährdet das ganze Asylverfahren, da die Asylwerber auch für die Behörden nicht mehr erreichbar sind.

🔗 *Die Asylanträge der Familie S. wurden Anfang dieses Jahres in der zweiten Instanz zurückgewiesen und die Unzuständigkeit Österreichs festgestellt. Da Herr S. befürchtete in Schubhaft genommen zu werden, tauchte er für kurze Zeit unter. Aufgrund der traumatischen Erlebnisse in seinem Heimatland löste der Gedanke an eine Haft Panik aus. Seine Gattin und die vier Kinder, darunter ein Neugeborenes, werden in einem Gasthof im gelinderen Mittel untergebracht. Einem Verfahrenshilfeantrag wird seitens des VfGH stattgegeben und der eingebrachten Höchstgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt, wodurch ihm die Rechtsstellung eines Asylwerbers wieder zuerkannt wurde.*

Der mithilfe eines Flüchtlingsberaters eingebrachte Antrag auf Wiederaufnahme in die Grundversorgung Bund wird abgelehnt. Die dagegen eingebrachte Berufung liegt derzeit beim UVS NÖ, das Verfahren ist ausgesetzt.

Herr S. "schlug" sich über zehn Monate mit Hilfe verschiedenster Bekannter durch. Nur der traurigen Tatsache, dass Herr S. chronisch krank ist und permanent ärztliche Hilfe benötigt, ist es zu „verdanken“, dass er nach monatelangen Interventionen wieder zusammen mit seiner Familie versorgt wird. Die notwendige medizinische Versorgung konnte nur durch freiwillige Leistungen von Ärzten ermöglicht werden.

Oft verlassen Asylwerber trotz Warnungen des Betreuungspersonals das Bundesland, in dem sie untergebracht sind. Dieses Verlassen hat verschiedenste Ursachen, die fast immer einen triftigen Grund dahinter haben, da die Folgen – gar keine Versorgung mehr – bekannt sind. Wie ignorant die Behörden, in diesem Fall die Länder und der Bund vorgehen, zeigt der Fall der Fam. S.:

🔗 *Herr und Frau S. aus Tschetschenien reisen Mitte letzten Jahres nach Österreich ein und stellen einen Asylantrag. Die schwangere Frau S. ist traumatisiert, was aber weder im Verfahren der ersten noch der zweiten Instanz bemerkt wird. So kommt es Mitte Oktober 2005 zu einer rechtskräftigen Entscheidung, wonach nicht Österreich, sondern die Slowakei für das Asylverfahren der Fam. S. zuständig ist. Aufgrund dieser Entscheidung wird Herr S. alleine, da sich seine Frau gerade bei einer Freundin befindet, festgenommen und sofort **ohne seine Frau** in die Slowakei abgeschoben. Aus Sorge um seine Frau kehrt er zurück und macht sich nach ihr auf die Suche. Er wendet sich dabei an eine Beratungsstelle in Wien. Da Herr S. angibt, dass seine Frau krank ist, wird ihm dabei geholfen, einen neuerlichen Asylantrag einzubringen, da die Krankheit im Verfahren relevant ist und anscheinend im*

ersten Verfahren übersehen wurde. Mit Hilfe der Beratungsstelle kann die Frau, die wiederum auf der Suche nach ihrem Mann die Betreuungseinrichtung eines Bundeslandes verlassen hatte, gefunden werden. Kurzfristig können beide Personen, die psychisch und auch physisch sehr geschwächt sind, zur Erholung durch die Beratungsstelle untergebracht werden.

Die Strapazen der Trennung und Ungewissheit haben zur Folge, dass Frau S. wenige Stunden nach Unterbringung ins Spital muss und ihr Kind verliert. Seither ist Frau S. in psychotherapeutischer Behandlung.

Die MitarbeiterInnen der Beratungsstelle bemühen sich seit Kenntnis des Falles die Familie wieder in eine Versorgung zu bringen. Das Land Wien erklärt sich aufgrund des Notfalles zunächst (Mitte Oktober 2005) bereit, die Krankenversicherung für Frau S. während des Spitalsaufenthaltes zu übernehmen. Für eine weitere Versorgung fühlt sich Wien allerdings nicht zuständig, da die Fam. S. ja bereits in einem anderen Bundesland versorgt wurde. Das Land Steiermark verweigert jegliche Wiederaufnahme, da die Familie das Bundesland und damit die Versorgung verlassen hat. Auch der Bund verweigert seine Zuständigkeit mit dem Argument, das sei Aufgabe der Länder. Erst Mitte März 2006 stimmt das Land Wien nach monatelangen Interventionen zumindest einer Krankenversicherung, allerdings keiner sonstigen Versorgung zu. Bis dato wird die Familie auf Kosten der Beratungsstelle untergebracht und betreut, obwohl das Asylverfahren, wie schon bei der zweiten Antragsstellung von Herrn S. vermutet wurde, mittlerweile zulässig und in Österreich zu führen ist.

Es bleibt nur zu hoffen, dass die jüngst ergangene Verurteilung Österreichs durch den EuGH (siehe unten) dazu führt, dass sich der Bund als zur Umsetzung der Aufnahmerichtlinie zuständige Behörde, auch für diesen Fall zuständig erklärt.

Fehlende Zuweisung

Ein weiteres großes Problem stellt sich für Personen, die zum Verfahren zugelassen werden, aber seitens des Bundes in kein Bundesland zugewiesen werden. Oft verbleiben diese Personen monatelang in der Betreuungsstelle des Bundes, obwohl dieser nur für eine Betreuung während des Zulassungsverfahrens und danach höchstens für weitere vierzehn Tage zuständig ist.

Werden diese Personen aus der Betreuungsstelle verwiesen, oder verlassen sie diese selbständig, so beginnt auch hier ein Hin und Her zwischen Bund und Ländern. Der Bund fühlt sich nach Ablauf der 14-Tagesfrist nicht mehr zuständig, und die Länder verweigern eine Aufnahme mit der Begründung, der betreffende Asylwerber sei nicht einer Landesbetreuung zugewiesen worden. Alleine die Tatsache, dass sich ein Asylwerber in einem bestimmten Bundesland aufhält, führt nicht zu einem Versorgungsanspruch durch dieses Bundesland.

💡 *Der Asylantrag von Herrn H. aus Mauretanien, der Ende April 2006 ins Bundesgebiet einreist, wird bereits Anfang Mai 2006 zugelassen. Spätestens Mitte Mai hätte Herr H. einem Bundesland zur weiteren Betreuung zugewiesen werden müssen. Tatsächlich muss Herr H. allerdings bis Mitte September in der Betreuungsstelle des Bundes in Traiskirchen bleiben, aus der er dann wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung verwiesen wurde. Ein Antrag auf Wiederaufnahme in diese Betreuung wird seitens des Bundesasylamtes mit der Begründung zurückgewiesen, dass der Bund für eine Betreuung nicht mehr zuständig sei. Herrn H. wird mitgeteilt, er solle sich an die Grundversorgungsstellen der Länder wenden.*

Dies mutet vor dem Hintergrund, dass die einzelnen Bundesländer ohne vorherige Zuweisung durch den Bund keine Personen in die Versorgung aufnehmen, zynisch an. Es wird also vom BMI erwartet und im zurückweisenden Bescheid über die Wiederaufnahme auch tatsächlich ausgesprochen, dass Herr H. von Landeshauptstadt zu Landeshauptstadt fahren soll, um bei der jeweiligen Landesregierung um Aufnahme in die Grundversorgung zu ersuchen.

Gerade vor dem Hintergrund der jüngst ergangenen Entscheidung des EuGH (Europäischer Gerichtshof: Kommission/Österreich C-102/06 vom 26.10.2006), wonach Österreich bei der Umsetzung der Aufnahmerichtlinie säumig ist, und sich der Bund nicht auf die Säumigkeit der Länder beziehen kann, wird wohl der Bund für die Unterbringung von Herrn H. zuständig sein. Tatsächlich ist Herr H. weiterhin obdachlos. Eine eingebrachte Berufung gegen den zurückweisenden Bescheid wird vermutlich lange nicht entschieden werden (siehe oben Praxis des UVS).

Probleme bei der Zuweisung in die Betreuung eines Landes treten vor allem bei AsylwerberInnen bestimmter Herkunft auf. So etwa ist es auffällig, dass Asylsuchende aus Afrika nach Zulassung länger auf einen Betreuungsplatz eines Bundeslandes warten müssen. (siehe Beispiel oben)

Die Verweigerung der Versorgung, die Verweigerung der Zuweisung in die Landesbetreuung, oder Weigerung der Aufnahme durch die Länder, und der Ausschluss von Betreuung erinnert mit dem fehlenden Rechtsschutz an die Zustände wie vor der "Art. 15a B-VG Vereinbarung zwischen Bund und Ländern zur Versorgung von Flüchtlingen". Die Praxis ist auch mit den Vorgaben der Aufnahmerichtlinie der EU nicht in Einklang zu bringen, die eine begründete und unparteiische Einzelfallentscheidung erfordert. Tatsächlich werden Einschränkungen oder Verweigerung von Leistungen erst im Fall eines Wiederaufnahmeantrages bescheidmäßig und zumindest formal nachvollziehbar erörtert.

Laut Grundversorgungsvereinbarung sowie Ländergesetzen endet die Grundversorgung für AsylwerberInnen mit rechtskräftiger Entscheidung über den Asylantrag. Asylberechtigte verbleiben noch 4 Monate in Grundversorgung, in der Steiermark sogar 12 Monate. Wird kein Status gewährt, ist Grundversorgung bis zur Ausreise zu gewähren. Tatsächlich wird die Grundversorgung in manchen Ländern (z.B. NÖ) mit rechtskräftiger negativer Entscheidung beendet. Meistens wird über Männer die Schubhaft verhängt, über Frauen und Kinder das „gelindere Mittel“, was bedeutet, dass diese Personen weiter in der Unterkunft bleiben, aber die Versorgung aus anderen Mitteln finanziert wird. (siehe dazu unten) Wird vom Verwaltungsgerichtshof einer Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt, besteht ein Recht auf den weiteren Aufenthalt. Dennoch wird in vielen Fällen die Wiederaufnahme in die Grundversorgung verweigert. (siehe Beispiel oben)

Die gesetzlichen Grundlagen der Grundversorgung und der Vollzug differieren in den einzelnen Bundesländern. Dies betrifft insbesondere die Gründe für den Ausschluss, Einschränkungen, die Gewährung unter Auflagen oder den Entzug von Leistungen. In etlichen Ländern muss Grundversorgung beantragt werden. Widersprüchlich sind z.B. auch Bestimmungen über Unterhaltsverpflichtungen bei Lebensgemeinschaften, wobei den Partnern die Unterhaltsverpflichtungen beim Bezug anderer Leistungen nicht angerechnet werden (Sozialhilfe).

Kriterienkatalog

Ein vom Koordinationsrat (gebildet aus Vertretern der Länder und des Bundes) entworfener Kriterienkatalog, der Bestimmungen über die Hilfsbedürftigkeit festlegt, sorgt für unzumutbare Härten. Dieser Kriterienkatalog wird in allen Bundesländern mit kleinen Abweichungen angewandt, wurde aber bisher, obwohl Rechtsgrundlage für Entscheidungen, mit denen Leistungen eingeschränkt oder entzogen werden, nie veröffentlicht. Ein Grund, warum dieses „Geheimpapier“ nicht zugänglich ist, konnte bisher nicht festgestellt werden.

Im Wesentlichen wird aufgrund des Kriterienkataloges jedes verwertbare Einkommen oder Vermögen mit der Grundversorgung gegenverrechnet, nur ein geringer Freibetrag in der Höhe von € 100,- verbleibt den AsylwerberInnen. Beziehen AsylwerberInnen länger als 3 Monate ein Einkommen, was in der Praxis nur in den seltensten Fällen gelingt, wird die Grundversorgung eingestellt. Die Wiederaufnahme nach Ende der Erwerbstätigkeit ist mit bürokratischen Schwierigkeiten und Härtesituationen verbunden. Nachweise über die Beschäftigung und das Einkommen müssen vorgelegt werden, der über das eineinhalbfache des fiktiven Grundversorgungsbetrages hinaus gehende Betrag wird auf die Grundversorgung angerechnet. Es wird also erwartet, dass AsylwerberInnen, selbst wenn sie einmal mehr als nur die einer Einzelperson zustehenden € 290,- in der Tasche haben, nicht mehr als 435,- im Monat inklusive Wohnungskosten ausgeben. Viele schaffen eine solche Sparleistung nicht, müssen aber, bis sie das fiktiv Ersparte verbraucht haben, ohne Unterstützung über die Runden kommen.

☞ *Herr G. H., ein Flüchtling aus Afghanistan, ist seit 2001 mit seiner 8-jährigen Tochter in Wien. Er ist im Besitz einer Beschäftigungsbewilligung für eine geringfügige Beschäftigung. Dieser geht er auch nach. Er ist bemüht, seiner Tochter ein "normales" Leben zu ermöglichen, noch dazu, da die Mutter auf der Flucht aus dem Heimatland ertrunken ist. Durch die Grundversorgung gelingt dies auch, da vorerst nur 40 € des geringfügigen Bezuges angerechnet werden. Als die Verschärfung der Grundversorgung durch den Kriterienkatalog eintritt, kann Herr G.H. noch drei Monate unter Berücksichtigung des Freibetrages von 100 € zusätzliche Unterstützung für seine Familie erhalten, danach ist die Unterstützung beendet. Für die Tochter entfällt ab 01.05.2005 die gesamte Grundversorgung, weil Anspruch auf Familienbeihilfe besteht und diese nun auf die Grundversorgung angerechnet wird. Herr G. H. muss für sich und seine Tochter mit seinem Einkommen und der Familienbeihilfe alles abdecken: Miete, Strom, Ausflüge für die Schule, Kleidung, Transportkosten, Verpflegung. Jede/r kann sich vorstellen, wie schwierig die Situation für diese Familie geworden ist. Monate später konnte Herr G. H. durch hartnäckige und ausdauernde Arbeitssuche eine Anstellung bei einer Fast-Food-Kette erhalten. Er arbeitet dort nun als Teilzeitkraft.*

Die Anrechnung jeglichen Einkommens führt aber meistens zu Demotivation und behindert dadurch maßgeblich erste Integrationsschritte:

☞ *Herr F. kommt 2001 als minderjähriger Flüchtling nach Österreich. Er besucht Deutschkurse, macht den Hauptschulabschluss und anschließend besucht er eine HTL in Abendform. Im Zuge der Ausbildung an der HTL muss er auch ein Berufspraktikum im Sommer machen. Glücklicherweise erhält er dafür eine Beschäftigungsbewilligung für einen Monat vom zuständigen AMS und auch eine Entlohnung. Diese einmalige Arbeitsmöglichkeit bot dem jungen Mann auch die Möglichkeit, dieses Geld zu sparen und damit die künftigen Kosten für die Schule, welche nicht von der Grundversorgung übernommen werden, abzudecken. Aufgrund der Regelung im Kriterienkatalog musste aber das gesamte Einkommen auf die Grundversorgung angerechnet werden und somit konnte nichts von den Überlegungen des jungen Mannes verwirklicht werden. Im Moment überlegt er, die Schule aufzugeben, und einer Beschäftigung nachzugehen, da er sich auf Dauer nur mit den Mitteln der Grundversorgung die Ausbildung nicht finanzieren kann. Er wird als Arbeitskraft mit HS-Abschluss nur wenig qualifizierte, schlecht bezahlte Arbeit machen können, obwohl seine Noten in der HTL gut waren.*

Der Kriterienkatalog sieht vor, dass bei einer Einreise mit Visum eine Unterhaltsverpflichtung besteht und schließt jeden Anspruch auf Grundversorgung aus, selbst wenn de facto die Unterhaltsleistung nicht möglich ist.

🔗 *Herr G. ist Asylwerber aus der Türkei und wartet schon „ewig“ auf seine Berufungsverhandlung. Er arbeitet als Straßenkehrer, also als Tagelöhner mit einer Beschäftigungsbewilligung und verdient 200€/Monat, die ihm voll angerechnet werden. Er musste seine Frau und das Kind nach Österreich nachholen, weil die Situation im Heimatland unerträglich war. Das war aus Sicherheitsgründen nur mit Visum möglich, somit hat die Frau keinen Anspruch auf GVS-Leistungen. Wegen der Änderung der FLAG wurde ihm auch die Familienbeihilfe gestrichen.*

Unklar und in den Ländern verschieden geregelt sind auch Leistungen, die nicht zu den lebensnotwendigen, aber trotzdem vorgesehenen zählen. Als Beispiele sei hier nur der Schulbesuch, der trotz Schulpflicht in Österreich während der Betreuung in der EAST nicht erfolgt, oder auch der schwierige Zugang zu Kindergärten, Fahrtkosten (in ländlichen Gegenden oft erheblich) zu Einrichtungen, Kosten für besonderen Heilbedarf oder von notwendigen, von der Krankenkasse nicht finanzierten Leistungen usw.

Gerade im Zusammenhang mit diesen Leistungen ist auch der unklare rechtliche und soziale Status von Personen zu sehen, die sich im gelinderen Mittel befinden. Die Zuweisung eines gelinderen Mittels erfolgt durch die Bezirksverwaltungsbehörde, sie unterliegen, obwohl AsylwerberInnen, nicht der Grundversorgungsvereinbarung.

🔗 *Für Herrn M., der sich in Niederösterreich im gelinderen Mittel befindet, ist es nahezu unmöglich, seine massiv aufgetretenen Zahnschmerzen behandeln zu lassen. Mehrere Zahnärzte verweigern, da keine Lebensbedrohung vorliegt, eine Behandlung mit dem Hinweis, Herr M. sei nicht versichert und sie wüssten nicht, wie ihre Leistung honoriert würde. Erst ein Krankenhaus in Wien, welches im Gegensatz zu den kleineren von ihm bereits aufgesuchten Krankenhäusern auch über eine Zahnambulanz verfügt, behandelt Herrn M. Die Honorierung der Behandlung bleibt weiter offen.*

Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Die Betreuung und Versorgung von Flüchtlingen in Österreich während des oft langwierigen Verfahrens wurde zwar durch die 15a – Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern verbessert, entspricht aber über weite Strecken nicht den Anforderungen der Aufnahmerichtlinie. Bemerkte sei hierbei, dass es sich bei diesen Anforderungen um Mindeststandards handelt, die von den EU Ländern gemeinsam aufgestellt wurden. Eine Einhaltung dieser Mindeststandards erscheint dringend geboten.

- Die Verpflichtung zur Umsetzung der EU-Aufnahmerichtlinie erfordert gesetzliche Korrekturen. Dies betrifft vor allem den Bereich Information, den Zugang zu Rechtsberatung und die unparteiische Entscheidung bei den Einschränkungen, Einstellung oder dem Ausschluss von Leistungen, die im Rechtsmittelweg überprüfbar sein muss.
- Grundversorgung muss gleiche Standards in allen Bundesländern sicherstellen. Die Länderkompetenz sollte überdacht werden, da sie mit erheblichen Verwaltungsaufwand verbunden ist und zu Versorgungslücken führt. Eine fehlende Zuweisung darf unter keinen Umständen zur Beendigung der Betreuung führen.
- Es wird empfohlen, das Grundversorgungssystem unter Einbindung von NGOs zu evaluieren und den Kriterienkatalog offen zu legen.
- Soziale Betreuung erfordert Flexibilität. Die Eigenständigkeit der Betreuten darf nicht durch Einschränkungen bei der Unterstützung wie etwa dem Kriterienkatalog oder Länderquoten blockiert werden. Ziel der Betreuung sollte die Selbsterhaltungsfähigkeit sein. Dazu bedarf es auch eines flexibleren Zugangs zum Arbeitsmarkt. Die

Kostenhöchstsätze für Leistungen müssen der Preisentwicklung unter Berücksichtigung regionaler Gegebenheiten angehoben werden.

- Der Empfehlung des UN Ausschusses über die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechte muss nachgekommen werden und die im Rahmen der Grundversorgung gewährte Unterstützung zum Lebensunterhalt an die Sozialhilfe angeglichen werden.

Binationale Ehen und Familien

Die Zuwanderung von Familienangehörigen stellt heute die dominierende Form der Migration dar. In den Jahren 2004 und 2005 wurden jeweils etwa 32.000 Niederlassungsbewilligungen erteilt, wovon 30.000 auf Familienangehörige entfielen⁷⁵.

Das Fremdenrechtspaket 2005 hat die Regelungen hinsichtlich Eheschließung und Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen⁷⁶ erheblich verschärft. Es sieht nun vor, dass der Erstantrag auf einen Aufenthaltstitel grundsätzlich vom Ausland aus bei der zuständigen österreichischen Berufsvertretungsbehörde zu stellen ist. Die Entscheidung muss im Ausland abgewartet werden, erst dann ist eine rechtmäßige Einreise nach Österreich möglich. Praktisch führt diese Regelung neben oft enormen Kosten vor allem für ehemalige Asylwerber zu großen Schwierigkeiten. Zusätzlich müssen Existenzmittel in Höhe der ASVG Ausgleichszulagenrichtsätze nachgewiesen werden, was ein Familienleben für einkommensschwache Personen oft in weite Ferne rücken lässt.

Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) garantiert jedem Menschen unabhängig von seiner Nationalität das Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Dies umfasst alle durch Blutsverwandtschaft, Eheschließung und Adoption verbundenen Familienmitglieder, die effektiv zusammenleben oder in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Auch „de-facto-Familien“, die sich nicht auf Eheschließung gründen aber auf Dauer zusammen leben, und homosexuelle Lebensgemeinschaften sind darunter einzureihen.⁷⁷

Die Bestimmung steht im Verfassungsrang und ist als Maßstab bei der Vollziehung von Gesetzen heranzuziehen. Der Entzug oder die Nichtgewährung eines Aufenthaltstitels kann in Fällen, in denen eine Familienzusammenführung im Herkunftsland nicht möglich ist und sofern Familienangehörige in Österreich leben, in das Privat- und Familienleben ungerechtfertigt eingreifen und somit zu einer Verletzung von Art. 8 EMRK führen.⁷⁸

In diesem Kapitel soll das Augenmerk auf die Ehe mit Drittstaatsangehörigen gelegt werden. Auf die Regelungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) wird soweit eingegangen, als sie AsylwerberInnen betreffen. Im Gegensatz zur früheren Rechtslage begründet die Eheschließung mit einem/r EWR-BürgerIn nun für den/die Drittstaatsangehörige/n kein automatisches Aufenthaltsrecht mehr.

Eine weiteres Problem betrifft die durch das Gesetz entstandene de facto-Diskriminierung Drittstaatsangehöriger von ÖsterreicherInnen.

Ehe und Aufenthalt von AsylwerberInnen

Das Aufenthaltsrecht von Flüchtlingen beruht auf dem Asylgesetz. Solange Fremde nach den Bestimmungen des Asylrechts aufenthaltsberechtigt sind, ist das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) für sie nicht anwendbar⁷⁹. Somit ist es AsylwerberInnen während eines

⁷⁵ Sebastian Schumacher, Johannes Peyrl; Fremdenrecht, 2. Auflage, ÖGB-Verlag, 2006, S.95.

⁷⁶ Drittstaatsangehörige sind Personen, die nicht EWR-BürgerInnen sind.

⁷⁷ Sebastian Schumacher, Johannes Peyrl; Fremdenrecht, 2. Auflage, ÖGB-Verlag, 2006, S.96; Theo Öhlinger, Verfassungsrecht, Wien 2003, S353.

⁷⁸ EGMR, Gül, ÖJZ 1996, 593 in Theo Öhlinger, Verfassungsrecht, Wien 2003, S 354.

⁷⁹ §1(2) NAG

laufenden Asylverfahrens nicht möglich, eine Aufenthaltsgenehmigung nach dem NAG zu erhalten, auch dann nicht, wenn sie währenddessen in Österreich geheiratet haben oder sich in den Arbeitsmarkt integrieren konnten. Mit Erhalt des negativen Asylbescheides endet also ihr Aufenthaltsrecht und es folgt die Ausweisung.

Nach der alten Rechtslage konnten AsylwerberInnen, die mit einem/r ÖsterreicherIn verheiratet waren, den Antrag auf Niederlassungsbewilligung in Österreich stellen. Sie mussten dazu allerdings ihren Asylantrag - sofern das Verfahren noch im Laufen war - zurückziehen. Das hatte keinerlei negative Auswirkungen, da ihr Aufenthaltsrecht in der Eigenschaft als Angehörige/r eines/r ÖsterreicherIn ex lege bestand. Sie konnten auch nach negativ abgeschlossenem Asylverfahren eine Niederlassungsbewilligung vom Inland aus beantragen.

In dieser begünstigten Position sind heute nur mehr AsylwerberInnen, die Angehörige einer/s EWR-BürgerIn oder freizügigkeitsberechtigten ÖsterreicherIn sind. Sie leiten trotz negativem Asylbescheid auch weiterhin ihr Aufenthaltsrecht von diesen ab, wobei die Definition des Wortes „freizügigkeitsberechtig“ weiterhin mehr als unklar bleibt.

Für alle anderen Drittstaatsangehörigen mit negativ abgeschlossenem Asylverfahren hat seit 1. Jänner 2006 eine Antragstellung auf Aufenthaltsgenehmigung vom Ausland aus zu erfolgen. In der Praxis wurden viele Anträge seit Herbst 2005 nicht mehr behandelt. Vor Inkrafttreten des Gesetzes wurde seitens der Behörden teilweise weiter angeraten, den Asylantrag zurückzuziehen, obwohl diese über die Änderungen bei den Erteilungsvoraussetzungen nach dem neuen Gesetz Bescheid hätten wissen müssen. Monatelang war unklar, ob ein bereits vor Geltungsbeginn des NAG 2005 gestellter Niederlassungsantrag mangels Antragstellung in der Herkunftsregion zurückzuweisen ist. Im Rundschreiben des BMI vom 9. Feber 2006 wird bekräftigt, dass „ursprünglich zulässige Anträge (einschließlich einer Inlandsantragsstellung) nach dem FrG 1997 nicht durch das NAG unzulässig“ werden. Bei Verzögerungen von Aufenthaltstitelverfahren wird in diesem Rundschreiben auf eine mögliche Verletzung des Rechts auf Gleichbehandlung hingewiesen.

Die derzeit geltenden Übergangsregelungen des NAG sehen nun vor, dass auch vor der Gesetzesänderung eingebrachte Anträge nach der neuen Rechtslage zu behandeln sind. Dadurch wurden zahlreiche Personen über Nacht in die Illegalität gestoßen.

☞ *Ein Algerier, der seit 2002 als Asylwerber in Österreich lebt, heiratet im April 2005 eine Österreicherin und zieht danach seine beim UBAS anhängige Berufung gegen die Abweisung seines Asylantrages sowie die gleichzeitig ausgesprochene Ausweisung zurück. Im Jänner 2006 wurde von der BPD Wien über ihn zwecks Erlassung eines Aufenthaltsverbotes und Sicherung der Abschiebung die Schubhaft verhängt. Weiters erhebt die Fremdenpolizei den Verdacht auf eine Scheinehe, obwohl er seit fast einem Jahr an seiner Meldeadresse gemeinsam mit seiner Ehefrau wohnt und von der Polizei auch in der gemeinsamen Wohnung angetroffen wurde. Neben der rechtswidrigen Begründung der Schubhaft (ein vom Bundesasylamt eingeleiteten Ausweisungsverfahren) wird als weiterer Grund für die Inhaftierung die Nennung unterschiedlicher Vor- und Zunamen herangezogen, womit die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes gerechtfertigt wäre.*

Ende April entscheidet der Verwaltungsgerichtshof, dass keine ausreichend schwerwiegenden Gründe für die Erlassung eines Aufenthaltsverbots vorliegen und von der BPD Wien auch keine Initiative in diese Richtung gesetzt wurde.⁸⁰

⁸⁰ VwGH, 2006/21/0039 vom 25.4.2006

Die Möglichkeit, nach dem NAG einen **Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen** zu bekommen, ist laut Innenministerium schon deshalb nicht gegeben, weil ja das Vorliegen humanitärer Gründe bereits im Asylverfahren ausgeschlossen wurde. In Einzelfällen kann ein solcher Titel unter Berücksichtigung des Familienlebens oder besonders nachhaltiger Integration erteilt werden. Die/der Betroffene hat jedoch kein Antragsrecht, erhält keinen Bescheid und kann kein Rechtsmittel dagegen erheben. Die Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels liegt somit im Ermessen des Innenministeriums.

Von Seiten der Behörden wurde in Gesprächen mit Betroffenen Bereitschaft signalisiert, bei Vorliegen humanitärer Gründe die Inlandsantragsstellung zuzulassen, allerdings ist der durch die Rechtsprechung des VwGH eingeräumte Ermessensspielraum eng (mit besonderen Gefährdungen bzw. Notlagen verbundene Lebensumstände, Anspruch auf Familiennachzug gemäß Art.8 EMRK). Eine erfolgreiche Integration (Einkommen, Sprachkenntnisse, etc) ist kein anerkannter humanitärer Grund.

Eheschließung zwischen EWR-BürgerInnen und Drittstaatsangehörigen

Mit der Begründung Scheinehen bekämpfen zu wollen⁸¹, wurden durch das Fremdenrechtspaket 2005 die Regelungen für binationale Paare erheblich verschärft⁸²:

Jede binationale Eheschließung wird bei ihrer Anmeldung von den Standesämtern ausnahmslos der Fremdenpolizei mitgeteilt und von dieser geprüft. Ein/e ausländische/r EhepartnerIn kann somit - sofern keine Aufenthaltsgenehmigung besteht - vor der Heirat in Schubhaft genommen und abgeschoben werden. Die **allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen** nach § 11 NAG müssen erfüllt sein.

Nach der neuen Gesetzeslage darf der Aufenthalt des Fremden auch zu keiner Belastung der Gebietskörperschaften führen. Diese Bestimmung bereitet vor allem in der Praxis große Schwierigkeiten und kommt nicht selten einer „Abschiebungsautomatik“⁸³ gleich. Die erforderlichen Existenzmittel für die Erteilung eines Aufenthaltstitels richten sich nach den Ausgleichszulagenrichtsätzen (§293 ASVG), welche für das Jahr 2006 auf folgende Beträge festgesetzt wurden:

- Für allein stehende Erwachsene 690 €/Monat
- Für ein Ehepaar 1055,99 €/Monat
- Für ein Kind 72,32 €/Monat

Will der/die österreichische StaatsbürgerIn den drittstaatsangehörigen Partner im Wege des Familiennachzugs nach Österreich holen oder in Österreich heiraten, muss er/sie ein monatliches Mindestnettoeinkommen von über 1055 Euro/Monat allein an Lebenshaltungskosten (exklusive laufende Verbindlichkeiten, wie z.B Kreditraten, Miete etc.) nachweisen. Aufenthaltsehe und Aufenthaltsadoption wurden nun explizit als Versagungsgründe eingeführt.

🔗 *Ehepaar X.: Der Mann ist Österreicher und hat im Februar 2006 eine Ägypterin geheiratet. Sie reiste mit Visum nach Österreich ein und stellte einen Antrag auf Niederlassungsbewilligung. Der Mann ist gehörlos und lebt derzeit von der Notstandshilfe. Selbst wenn er wieder arbeitet, wird er die geforderte Einkommensgrenze voraussichtlich nicht erfüllen können. Alle Unterlagen wurden beim Magistrat eingereicht. Dort wurde sogleich in Aussicht gestellt, dass ein negativer Bescheid erlassen wird, da das Einkommen nicht*

⁸¹ Sebastian Schumacher, Johannes Peyrl; Fremdenrecht, 2. Auflage, ÖGB-Verlag, 2006, S.99.

⁸² Dies gilt nicht für Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-BürgerInnen, für sie gilt Gemeinschaftsrecht.

⁸³ Fremden-un-recht 2006, Aktion Leben Salzburg.

reicht. Die Frau ist schwanger. Für das Kind müsste der Ehemann noch zusätzlich 72,3 € an Lebenshaltungskosten pro Monat sicherstellen. Wollte die Frau ihre Mutter z.B. zur Pflege nach Österreich holen, würden sich die nachzuweisenden Existenzmittel um weitere 690 € erhöhen.

☞ *Frau O. ist österreichische Staatsbürgerin und hat im März 2006 in den USA einen Amerikaner geheiratet. Bevor sie nach Österreich übersiedelt sind, hat sich Frau O. bei der österreichischen Botschaft informiert. Von Problemen bei der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung oder von einem Mindesteinkommen von 1056 € erfuhr Frau O. dabei nichts.*

Über Auskunft der Fremdenpolizei nach der Rückkehr erfährt Frau O. vom erforderlichen Einkommensnachweis. Sie startet mit der Arbeitssuche, sieht aber kaum mehr Chancen auf eine Beschäftigung, da sie schwanger ist. Ihr Mann muss nach Ablauf des Touristenvisums ausreisen, es fehlt ihnen aber das Geld für ein Flugticket. Bis zur Geburt des Kindes hat Frau O. keine Möglichkeit mehr Arbeit zu finden.

Angesichts der Härtefälle im Familienbereich wurde durch § 11 Abs. 3 NAG ein Auffangtatbestand geschaffen: Demnach soll ein Aufenthaltstitel zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK auch dann erteilt werden können, wenn eine der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nicht gegeben ist. Es handelt sich hierbei um keinen humanitären Titel⁸⁴. Das Innenministerium stellt bei der Beurteilung immer auf die Umstände des Einzelfalls ab. Sofern die Verwaltungsübertretung „illegaler Aufenthalt“ als Straftat gilt, muss dies mit dem Recht auf Familienleben (§ 11 Abs. 3, Art 8 EMRK) abgewogen werden. Bisher reichte nach der Judikatur des VwGH die Tatsache eines illegalen Aufenthalts nicht als Rechtfertigung, um in Art. 8 EMRK einzugreifen.

Die neue Einkommensgrenze trifft vor allem Frauen, die als Teilzeitarbeitskräfte tätig sind, da deren Einkommen oft darunter liegen und sie daher die Vorbedingung nicht erfüllen können. Vorprogrammierte Probleme haben Familien, bei denen der erwerbstätige Partner in Karenz ist, weil Kinderbetreuungsgeld nicht angerechnet wird.

Durch die neu eingeführte ASVG Bemessungsgrundlage sind Paare mit geringem Einkommen gezwungen, notariell beglaubigte Unterhaltserklärungen von Angehörigen nachzureichen. Erschwerend wirkt sich dazu die Blockade beim Zugang zur Beschäftigung für Drittstaatsangehörige aus. Zwar ist die Behörde bereit, eine Einstellungszusage bei der Beurteilung des Einkommens zu berücksichtigen, angesichts der unabsehbaren Dauer des Verfahrens zur Erteilung der Niederlassungsbewilligung ist eine solche jedoch schwer zu beschaffen.

Es ist nicht ersichtlich, warum als Bemessungsgrundlage die ASVG Ausgleichszulagenrichtsätze herangezogen werden, und nicht das Überschreiten der Sozialhilferichtsätze - ab welchen es bereits zu keiner Belastung der Gebietskörperschaften kommen würde - ausreicht. Für Menschen mit prekärem Beschäftigungsverhältnis und geringem Einkommen rückt das Recht auf Familienleben durch die neue Regelung in weite Ferne. Durch die Pflicht zur Erfüllung der Integrationsvereinbarung, entstehen weitere Kosten eines Deutschkurses, der teilweise aus eigenen Mitteln bezahlt werden muss.

Die Antragstellung auf weiteren Aufenthalt in Österreich kann erhebliche Schwierigkeiten verursachen. Sobald nämlich ein unrechtmäßiger Aufenthalt vorliegt (wenn das Visum der/des EhegattIn abgelaufen ist oder diese/r unrechtmäßig, etwa durch Flucht eingereist ist), muss der

⁸⁴ Vogl, Taucher, Bruckner, Marth, Doskozil; Fremdenrecht, Kommentar, Neuer Wissenschaftlicher Verlag Wien Graz 2006, S.495

Antrag vom Ausland gestellt und die Entscheidung dort abgewartet werden. Abgesehen von den hohen Kosten ist dieser Schritt für ehemalige AsylwerberInnen, deren Antrag abgelehnt wurde, praktisch oft nicht möglich.

Nach der alten Rechtslage war der Aufenthalt allein durch die Eheschließung legal und musste nur durch einen Aufenthaltstitel dokumentiert werden. Die neuen Erteilungsvoraussetzungen führen auch für langjährig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige zu unzumutbaren Situationen und Härten.

☞ *Herr M., liberianischer Staatsbürger, hat nach seiner Einreise am 25.08.2003 einen Asylantrag gestellt, seit Oktober 2006 ist dieses nach einer Zurückverweisung durch die UBAS beim Bundesasylamt anhängig. Herr M. lernt im Herbst 2005 die österreichische Staatsbürgerin Frau L. kennen. Am 19.04.2006 wird die gemeinsame Tochter M.L. geboren. Das junge Paar beschließt im Juli 2006 zu heiraten, um gemeinsam als Familie leben zu können.*

Er hatte schon mehrere Jobangebote, die nur an seinem aufenthaltsrechtlichen Status scheiterten. Trotz seiner Heirat und der damit verbundenen Familienangehörigkeit zu einer österreichischen Staatsbürgerin kann er nach der neuen Gesetzeslage in Österreich keinen Antrag auf Niederlassung stellen. Er müsste nach Liberia zurückkehren, ihn von dort aus stellen und die Entscheidung im Ausland abwarten. Ein Aufenthalt in Liberia kommt auf Grund der immer noch prekären Sicherheitslage und des anhängigen Asylverfahrens nicht in Frage. Es bleibt Herrn M nichts anderes übrig als den Ausgang seines Asylverfahrens abzuwarten, welches mittlerweile schon über 3 Jahre dauert.

Die einzige Chance einen Aufenthaltstitel nach dem NAG zu bekommen und so das Recht auf ein Familienleben gem. Art. 8 EMRK zu wahren, würde darin bestehen, einen humanitären Aufenthaltstitel „anzuregen“ (es besteht jedoch kein Antragsrecht – daher auch kein Rechtsanspruch und keine die Möglichkeit diesen Anspruch in einem behördlichen Verfahren rechtlich durchzusetzen). Mangels Rechtsanspruch ist das Risiko einer Zurückziehung des Asylantrags zu hoch. Anstatt selbst für seine junge Familie sorgen zu dürfen, wird Herr M, obwohl er sich in Österreich nie etwas zuschulden kommen ließ, zur Untätigkeit und seine junge Familie in die Armut gezwungen.

Personenfreizügigkeit EWR-BürgerInnen⁸⁵

Die Personenfreizügigkeit, als eine der vier Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, ist das Recht jedes/r EWR- BürgerIn und jedes/r Schweizer BürgerIn⁸⁶, sich innerhalb der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Die Ansprüche leiten sich aus der Unionsbürgerrichtlinie ab und umfassen sowohl das Recht auf Einreise und Aufenthalt im Mitgliedsstaat als auch das Recht zur Aufnahme einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit, bei letzterem mit möglichen Einschränkungen.

Die Rechtsposition beruht unmittelbar auf Gemeinschaftsrecht. Das Aufenthaltsrecht muss daher nicht mehr erteilt, sondern nur noch durch eine Anmeldebescheinigung dokumentiert werden. Familienangehörige von EWR-BürgerInnen leiten unabhängig von ihrer eigenen Staatsangehörigkeit ihre Rechtsposition von der EWR-Ankerperson ab.

⁸⁵ EWR-Staaten: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn, Großbritannien, Zypern, Liechtenstein, Island, Norwegen.

⁸⁶ Die Schweiz ist nicht Mitglied der EU und des EWR; sie regelt ihre Beziehungen zur EU in bilateralen Verträgen. Schweizer BürgerInnen stellt das Gesetz EWR-BürgerInnen gleich, Angehörige werden wie jene von EWR-BürgerInnen behandelt.

Familiennachzug: Drittstaatsangehörige von EWR-BürgerInnen (Schweizern) §§ 47-50 NAG

Nach der alten Rechtslage war die EWR-Bürgerschaft der/des Zusammenführenden das entscheidende Kriterium, wodurch bestimmten Angehörigen automatisch ein von der Ankerperson abgeleitetes Niederlassungsrecht zukam⁸⁷. Das Fremdenrechtspaket 2005 stellt nun nicht mehr bloß auf die Unionsbürgerschaft, sondern auf die Inanspruchnahme der Freizügigkeit ab, das heißt, „*das gemeinschaftliche Recht eines EWR-Bürgers, sich in Österreich oder einem anderen EU-Staat niederzulassen*“

Drittstaatsangehörige Familienmitglieder einer/s EWR-BürgerIn können die nach europäischem Recht begünstigte Rechtsstellung vom Unionsbürger nur dann ableiten, wenn diese/r sich also in einem anderen EWR-Staat niedergelassen oder sich dort zumindest länger aufgehalten hatte. Die Dauer des Aufenthalts wird im Gesetz nicht näher definiert. So wird etwa in Wien ein mindestens 3monatiger Auslandsaufenthalt vorausgesetzt. Dadurch wurden vor allem für Drittstaatsangehörige von ÖsterreicherInnen, welche sich in den meisten Fällen nicht über längere Zeit im EWR-Ausland niedergelassen haben, zahlreiche Hürden geschaffen.

Für die Rechtsposition der Angehörigen ist nun zu unterscheiden zwischen Drittstaatsangehörigen von freizügigkeitsberechtigten EWR-BürgerInnen und solchen von nicht freizügigkeitsberechtigten EWR-BürgerInnen (de facto meist ÖsterreicherInnen).

Familiennachzug: EWR-BürgerIn, freizügigkeitsberechtigte/r ÖsterreicherIn §§ 52, 54, 56, 57 NAG

Hat die/der Zusammenführende das Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen, gelten für seine Drittstaatsangehörigen die günstigeren, auf Gemeinschaftsrecht basierenden, Bestimmungen.

Wird die Angehörigeneigenschaft etwa durch Eheschließung erst in Österreich begründet, so sollen nach Ansicht des Innenministeriums die strengeren Regelungen für den Familiennachzug von nicht freizügigkeitsberechtigten ÖsterreicherInnen gelten. Nach der Judikatur des EuGH kann es jedoch nicht davon abhängen, wann und wo die Familieneigenschaft begründet worden ist, sonst hätte ein in Österreich geborenes Kind auch kein Aufenthaltsrecht⁸⁸.

💡 *Herr A., nigerianischer Staatsbürger, hat nach seiner Einreise am 25.08.2003 einen Asylantrag gestellt. Gegen den negativen Bescheid wurde Berufung erhoben. Der angefochtene Bescheid wurde am 21.08.2006 vom UBAS gem. § 66 Abs. 2 AVG behoben und zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung einer neuerlichen Entscheidung an das Bundesasylamt zurückverwiesen.*

*Herr A. heiratete am 20.9.2006 die slowakische Staatsbürgerin Frau S. Sie arbeitet als Krankenschwester in Österreich. Obwohl sie eine EWR Bürgerin ist, die „von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch“ gemacht hat, kommt ihr nach (derzeitiger) Rechtsansicht des Innenministeriums nur dann ihre europarechtlich garantierte Rechtsstellung zu, wenn die Ehe schon im Ausland geschlossen wurde und sie der Angehörige nach Österreich **begleitet**.*

Gingen die beiden in die Slowakei zurück und kämen dann als Ehepaar nach Österreich, müsste Herr A. aufgrund seiner aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Position auf sein Ansuchen hin eine Anmeldebescheinigung ausgestellt werden. Würde er jedoch ohne Ausreise von Österreich aus einen Aufenthaltstitel beantragen, wären die strengeren Regeln

⁸⁷ N. Kutscher, N. Poschalko, C. Schmalzl, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, Leitfaden zum NAG, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2006, S 44.

⁸⁸ Idem, S.105.

für Drittstaatsangehörige von nicht freizügigkeitsberechtigten EWR-BürgerInnen anzuwenden, welche eine Inlandsantragsstellung unmöglich machen (siehe sogleich).

Drittstaatsangehörige von NICHT freizügigkeitsberechtigten EWR-BürgerInnen und ÖsterreicherInnen

Da EWR-BürgerInnen, die sich in Österreich aufhalten, ihr Recht auf Freizügigkeit bereits in Anspruch genommen haben, gelten diese Bestimmungen für Angehörige von ÖsterreicherInnen, die nicht im Ausland gelebt haben. Nach der alten Rechtslage waren Drittstaatsangehörige von ÖsterreicherInnen und sonstigen EWR-Bürgern hinsichtlich des Aufenthalts und des Zugangs zu Beschäftigung gleichgestellt.

Durch das Kriterium der **Inanspruchnahme der Freizügigkeit** können die für das drittstaatsangehörige Familienmitglied auf Gemeinschaftsrecht basierenden günstigeren Rechte seit 1. Jänner 2006 nur mehr dann von der Ankerperson abgeleitet werden, wenn er/sie sich über einen nicht näher definierten Zeitraum im Ausland aufgehalten hat.⁸⁹

Für Angehörige von ÖsterreicherInnen, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen haben, führt die Unterscheidung zu einer erheblichen Diskriminierung. Für sie gelten bis auf die Quotenregelung dieselben Regelungen wie für jeden anderen Drittstaatsangehörigen, der sich in Österreich niederlassen möchte. Die Schlechterstellung ist beträchtlich:

1. *Neu* im Gesetz ist die Einschränkung der Gruppe der Familienangehörigen auf die **Kernfamilie** (unverheiratete Kinder unter 18 Jahren, einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder und Ehegatten). Im Gegensatz zu begünstigten Drittstaatsangehörigen von freizügigkeitsberechtigten EWR-BürgerInnen muss auch der engere Angehörigenkreis die **allgemeinen Voraussetzungen** (§11 NAG) wie z.B. Rechtsanspruch auf Unterkunft, die für eine vergleichbar große Familie als ortsüblich angesehen wird sowie Existenzmittel, die zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führen, nachweisen. Ist das Einkommen zu gering erhält das Familienmitglied kein Aufenthaltsrecht.
Sofern die Voraussetzungen vorliegen, können sie einen **Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“** beantragen. Die Integrationsvereinbarung muss erfüllt werden. Der Aufenthaltstitel gilt 12 Monate und kann verlängert werden. Eine unselbständige Tätigkeit kann ohne zusätzliche Arbeitsgenehmigung ausgeübt werden.
2. Bei rechtmäßiger Einreise und noch rechtmäßigem Aufenthalt, ist die **Inlandsantragstellung** möglich. Anträge von Asylwerbern, die unrechtmäßig eingereist sind werden im Inland aus formalen Gründen abgewiesen, eine Auslandsantragstellung kommt selten in Frage. Härtefälle können nur teilweise durch den Auffangtatbestand zum Schutz des Familienlebens (§11 Abs. 3. NAG) oder durch humanitären Familiennachzug abgefangen werden.
3. **Sonstigen Familienangehörigen**, vor allem haushaltsangehörigen volljährigen Kindern, Enkelkindern, Eltern, LebenspartnerInnen oder Pflegebedürftigen, *kann* eine Niederlassungsbewilligung Angehöriger erteilt werde. Sie unterliegt nicht der Quote, erlaubt aber keine Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Eine umfassende **Haftungserklärung** des Zusammenführenden ist zwingend erforderlich⁹⁰..

⁸⁹ Sebastian Schumacher, Johannes Peyrl; Fremdenrecht, 2. Auflage, ÖGB-Verlag, 2006, SS. 108, 109.

⁹⁰ N. Kutscher, N. Poschalko, C. Schmalzl; Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, Leitfaden zum NAG, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2006, SS. 56-58.

Verfassungsrechtliche Bedenken

Zahlreiche ungeklärte und widersprüchliche Regelungen im neuen Gesetz stellen seine Verfassungsmäßigkeit in Frage⁹¹.

1. Unklar ist zunächst schon das Erfordernis der Inanspruchnahme der Freizügigkeit. Über die Dauer der Niederlassung trifft das Gesetz keine Aussage. Genügt eine einmalige Dienstleistung oder kurzfristige Arbeitsaufnahme?

Es scheint lediglich auf den Niederlassungswillen ankommen zu können. Nach der Rechtsprechung kann der Tatbestand aber auch erfüllt sein, wenn die Niederlassung nur vorliegt um nach der Rückkehr die Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht abzuleiten⁹².

Ohne klare Definition der Sachverhalte überlässt das Gesetz die Vollziehung der Willkür der Behörden und widerspricht somit dem verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip, wonach die Vollziehung durch die Gesetze bestimmt sein muss.

2. Im Sinne des Gleichheitssatzes sind für gleiche Sachverhalte gleiche Rechtsfolgen vorzusehen. Rechtliche Ungleichbehandlungen bedürfen einer sachlichen Rechtfertigung in tatsächlichen Unterschieden.

Es ist nicht ersichtlich, worin die sachliche Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung von ÖsterreicherInnen und ihren Familienangehörigen liegt. Im Extremfall könnte sich der erhebliche Unterschied in den Rechtsfolgen auf den tatsächlichen Unterschied eines kurzfristigen Aufenthalts im Ausland gründen. Das könnte sich aus verfassungsrechtlicher Sicht als nicht zulässig erweisen.

3. Viele durch das neue Gesetz bedingte Fälle geraten mit dem Recht auf die Achtung des Privat- und Familienlebens Art 8 EMRK in Konflikt.⁹³ Wie die Praxis zeigt, kann der Auffangtatbestand in § 11(3) nicht immer vor Eingriffen in dieses Grundrecht schützen.

Zur Beurteilung der Frage, ob einem Ehegatten aus einem Drittstaat der Aufenthalt wegen illegaler Einreise verweigert werden kann, hat der EuGH in *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) gegen belgischer Staat* ebenfalls eindeutig entschieden. Artikel 4 der Richtlinie 68/360 und Artikel 6 der Richtlinie 73/148 sind so auszulegen, dass sie es einem Mitgliedsstaat nicht gestatten, dem Staatsangehörigen eines Drittstaats, der seine Identität und die aufrechte Ehe mit einem/r EWR-BürgerIn nachweisen kann, die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zu verweigern und ihm gegenüber eine Maßnahme zur Entfernung aus dem Hoheitsgebiet zu ergreifen, nur weil er /sie illegal eingereist ist (...).⁹⁴

Bisher wurde auch durch den VwGH in europa- und verfassungsrechtlich korrekter Weise umgesetzt und entschieden, dass Europarecht unmittelbar anwendbar ist. *Das durch Art 4 der Richtlinie 68/360 EWG gewährte Aufenthaltsrecht gilt für Staatsangehörige der Mitgliedsstaaten*

⁹¹ Rudolf Feik, Metin Akyürek; Rechtsgutachten: "Ist die Schlechterstellung von Angehörigen von Österreichern im Vergleich zu Angehörigen von „EWR-Bürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen“, wie sie im FPG, NAG und im AuslBG anzutreffen ist, aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig?, Universität Salzburg, Mai 2006, SS 3,4.

⁹² Sebastian Schumacher, Johannes Peyrl; Fremdenrecht, 2. Auflage, ÖGB-Verlag, 2006, S.109.

⁹³ Rudolf Feik, Metin Akyürek; Rechtsgutachten: "Ist die Schlechterstellung von Angehörigen von Österreichern im Vergleich zu Angehörigen von „EWR-Bürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen“, wie sie im FPG, NAG und im AuslBG anzutreffen ist, aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig?, Universität Salzburg, Mai 2006, SS 30, 31.

⁹⁴ Tenor Z.2 in EuGH Rs C-459/99 *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) gegen belgischer Staat*, 25.Juli 2002.

und ihre Familienangehörigen...das sind der Ehegatte sowie die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird.⁹⁵

Schlussfolgerungen und Empfehlungen

- Um die Gleichbehandlung Drittstaatsangehöriger von EWR-BürgerInnen zu gewährleisten, bedürfte es einer Aufhebung des Freizügigkeitssachverhalts als Anknüpfungspunkt für die Rechte der Familienangehörigen.
- Die Gewährleistung des Familienlebens kann nicht von der finanziellen Situation der Ehepartner abhängig gemacht werden. Wenn das Kriterium der Nicht-Belastung der Gebietskörperschaften schon gesetzlich eingeführt wurde, so kann dies bereits durch Heranziehung der Sozialhilferichtsätze gesichert werden.
- Das Recht zu unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit ist ab Bestehen der Angehörigeneigenschaft sicherzustellen.
- Die Antragstellung auf Aufenthalt nach negativer Asylentscheidung vom Ausland aus verursacht aus faktischer und aus rechtlicher Sicht große Probleme. Empfohlen wird daher die Antragstellung auf Niederlassung für (ehemalige) AsylwerberInnen auch weiterhin vom Inland aus zuzulassen.

⁹⁵ VwGH 2001/21/0120, 19. November 2003.