



STELLUNGNAHME ZUM BUNDESGESETZ BETREFFEND ÄNDERUNG DES ASYLG 2005, FPG 2005 UND BFA-VERFAHRENSGESETZ 2005

1. Vorbemerkungen

Die vorgesehene Novellierung des AsylG 2005, insbesondere die Bestimmungen des 5. Abschnitts zu den Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen, stellt im Rahmen des österreichischen Fremden- und Asylrechts ein rechtliches und politisches Novum dar. Grundlegende Ratio der geplanten Gesetzesänderung ist eine Ausweitung exekutiver Kompetenzen auf Grundlage einer Notstandsverordnung, welche zur wesentlichen Einschränkung grundrechtlicher Position Schutzsuchender ermächtigen sollte. Mit der Vorlage dieser Novellierung würde sich der österreichische Gesetzgeber denjenigen EU-Mitgliedstaaten anschließen, in welchen die Ausweitung exekutiver Befugnisse mit der damit einhergehenden wesentlichen Einschränkung grundrechtlicher Positionen besorgniserregende Ausmaße angenommen hat. Dies ist umso bedauernswerter als dass dies „Schutzsuchende“ betrifft, genau jene Personen zu deren Schutz eine Ausweitung der Rechte erforderlich wäre – und nicht eine massive Einschränkung derselben. Die geplanten Gesetzesänderungen könnten auch eine besorgniserregende Außenwirkung entfalten. Letztere kann insbesondere dazu führen, dass auch andere Staaten – EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten – dem Beispiel des österreichischen Gesetzgebers folgen und die Rechte von Schutzsuchenden in ähnlicher Weise einschränken. Dies würde einen infiniten grundrechtlichen Regress der Einschränkung der Rechte von Schutzsuchenden beschleunigen, der an Europas dunkle Vergangenheit erinnert (vgl. Alliance of Liberals and Democrats for Europe, Hungarian laws are a reminder of Europe’s dark past, 7.10.201). Ein solcher kann nicht Staatszielbestimmung sein.

Das Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Karl-Franzens Universität Graz erlaubt sich im Folgenden eine Stellungnahme zu den ausgesuchten wesentlichen Bestimmungen der geplanten Novellierung des AsylG 2005 vorzulegen.

2. Verfahrensänderungen

Der geplante Gesetzesentwurf sieht die Einführung von verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen zur Stellung von Anträgen auf internationalen Schutz vor. Demnach wird die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates ermächtigt eine Verordnung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit zu erlassen. Die Einführung verfahrensrechtlicher Sonderbestimmungen im Asylrecht auf Grundlage dieser Verordnung sollen in Bezugnahme auf Art. 72 AEUV grundlegende Abweichungen von sekundärrechtlichen Verpflichtungen rechtfertigen.

Fremde, die unter Umgehung der Grenzkontrollen und ohne gültigen Aufenthaltstitel in das Bundesgebiet eingereist sind, können zukünftig Anträge auf internationalen Schutz nur in den gemäß § 37¹ eigens dafür eingerichteten Registrierungsstellen stellen. Stellt ein Schutzsuchender einen Antrag auf internationalen Schutz bei einer anderen Sicherheitsbehörde im Inland, so ist der Schutzsuchende „zur Sicherung einer Zurückschiebung einer Registrierungsstelle vorzuführen“ (§ 38 Abs. 2). Im Folgenden obliegt es den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes eine Feststellung der Möglichkeit der Hinderung der Einreise, der Zurückweisung oder der Zurückschiebung (§ 38 Abs. 3) vorzunehmen. Die Hinderung der Einreise oder Außerlandesbringung ist nur unzulässig, wenn diese zu einer Verletzung des Rechts auf Leben (Artikel 2 EMRK), des Verbotes der Folter und unmenschlichen Behandlung (Art. 3 EMRK) und des Rechts auf Familien- und Privatlebens (Artikel 8 EMRK) führen (§ 40 Abs. 2 und § 41 Abs. 1).

Die Feststellung durch die Sicherheitsbehörden erfolgt formfrei, d.h. ohne Bescheid und lediglich auf Grundlage der Ermittlung des „notwendigen Sachverhalt[s]“. Es findet weder eine Zulässigkeitsprüfung, noch eine inhaltliche Prüfung des Antrages auf internationalen Schutz statt. Dies steht im Gegensatz zur sekundärrechtlich vorgeschriebenen Prüfpflicht (Art. 20 Abs. 1 Dublin III-VO; Art. 6 Abs. 1 Verfahrens-RL), welche Mitgliedstaaten verpflichtet jeden Asylantrag zu prüfen. Diese Prüfpflicht umfasst zumindest die Prüfung der Zulässigkeit des Antrages auf internationalen Schutz in einem formellen Verfahren (EuGH, C-695/15 PPU, Mirza, Urteil vom 17.3.2016, Rn 60).

Auf Grund der Formlosigkeit des „Feststellverfahrens“ ist die Erhebung einer Beschwerde gegen deren Ergebnis nicht möglich. Der geplante Gesetzesentwurf sieht vor, dass eine Maßnahmenbeschwerde gem. Art. 130 B-VG gegen die behördlichen Zwangsmaßnahmen der Hinderung der Einreise oder der Außerlandesbringung erhoben werden kann (§ 41 Abs. 2). Die Erhebung einer Maßnahmenbeschwerde wird jedoch faktisch erst nach Abschluss der vorgenommenen Maßnahme möglich sein, *in concreto* erst dann, wenn sich die Außerlanderschaffung des Schutzsuchenden bereits vollzogen ist. Dies wirft ernsthafte Bedenken mit der Vereinbarkeit des Rechts auf effektiven Zugangs zu einem Rechtsmittel gem. Art. 47 EU-Grundrechtecharta (EU-GRC), welches Bestandteil des EU Primärrechts ist, auf.

Eine Hinderung der Einreise, Zurückweisung oder Zurückschiebung von Schutzsuchenden ist zudem nur möglich, wenn von der sekundärrechtlich normierten Verpflichtung abgewichen wird, dass eine Stellung eines Antrages auf internationalen Schutz kein faktischer Abschiebeschutz mehr zukommt, wie dies der Gesetzesentwurf in § 39 vorsieht.

Die Möglichkeit einer solchen Abweichung von sekundärrechtlichen Verpflichtungen, insbesondere von der sekundärrechtlich normierten Prüfpflicht und des faktischen Abschiebeschutzes, soll gem. den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf in Bezugnahme auf Art. 72 Vertrag zur Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) möglich sein. Art. 72 AEUV besagt, dass die „Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit“ nicht von Titel V, AEUV (Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts) berührt werden. Da die asylrechtlichen Bestimmungen des Europarechts unter Titel V fallen, sei in Bezugnahme auf die Wahrung der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit eine Abweichung davon möglich. Ob ein solcher Tatbestand oder Rechtfertigungsgrund (zur Unterscheidung siehe Punkt 3) vorliegt oder vorliegen könnte und somit die Erlassung der „Notstandsverordnung“ gem. § 36 ermöglicht, wird im Folgenden erläutert.

¹ Alle folgenden Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes beziehen sich auf Abänderungsantrag zum Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das BFA-Verfahrensgesetz geändert werden.

Es ist noch anzumerken, dass die Kompetenz im Bereich des Asylrechts beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) liegt. Zwar wird die Erstbefragung von Personen, die einen Antrag auf internationalen Schutz stellen von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes vorgenommen. Die Erstbefragung dient jedoch lediglich der Feststellung der Identität und einer Auskunft zur Reiseroute und beinhaltet keine grundrechtliche Beurteilung von Sachverhalten. Diese wird von der dafür zuständigen Behörde, dem BFA, unternommen. Grund hierfür ist, dass die MitarbeiterInnen des BFA spezielle Ausbildungen und Schulungen im Grundrechtsbereich besitzen. Der faktische Übergang einer *de facto* grundrechtlichen Feststellungskompetenz auf Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ist grundrechtlich äußerst bedenklich. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes stellen keine zuständige Behörde iSd Art. 47 Verfahrens-RL dar. Dies wäre eine institutioneller und grundrechtlicher Rückschritt zu einer Zeit vor In-Kraft-Treten des AsylG 1991 und der Einrichtung des Bundesasylamtes (BAA), als die Kompetenz der Bearbeitung eines Ansuchens auf internationalen Schutz noch den Sicherheitsbehörden oblag.

3. Öffentliche Ordnung und innere Sicherheit

In den spärlichen Ausführungen der Kommentarliteratur besteht Uneinigkeit ob Art. 72 AEUV rechtsdogmatisch auf der Ebene der Tatbestandsausnahme oder der Rechtfertigung anzusiedeln ist. Bei ersterem wäre lediglich die Erfüllung des Tatbestandes der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit für eine Abweichung von sekundärrechtlichen Verpflichtungen maßgebend (Breitenmoser/Weyeneth, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 2015, RN 6). Eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit würde erst wieder auf grundrechtlicher Ebene greifend werden. Wird Art. 72 AEUV rechtsdogmatisch jedoch auf der Rechtfertigungsebene angesiedelt (u.a. Weiß, Art 72 AEUV in: Streinz 2012, RN 4), das heißt als Rechtfertigungsgrund für Abweichungen von sekundärrechtlichen Verpflichtungen, so stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit der vorgenommenen Einschränkungen bereits bei der Frage der Abweichung von sekundärrechtlichen Verpflichtungen. Da bisher noch keine Judikatur des EuGH zu Art. 72 AEUV vorhanden ist, ist eine autoritative rechtsdogmatische Einordnung nicht möglich und es werden im Folgenden beide Möglichkeiten erläutert. Die Erläuterungen zur geplanten Gesetzesänderung lassen jedenfalls darauf schließen, dass der Gesetzgeber Art. 72 AEUV als Rechtfertigungsgrund für Abweichungen zu betrachten scheint.

Die Einführung der verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen durch Verordnung stützt sich auf die Bestimmungen des Art. 72 AEUV. Demnach begründet Art. 72 AEUV eine bereichsspezifische Reservatkompetenz für die Mitgliedstaaten und beschränkt die Ausübung der Unionskompetenz auf die Zielvorgaben des Art. 67 AEUV um somit auch eine Ausdehnung auf die Bereiche der inneren Sicherheit zu verhindern (u.a. Röben, Artikel 72, para 1, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2015). Zwar existiert noch keine spezifische Judikatur des EuGH zu Art. 72 AEUV, jedoch genießen die Mitgliedstaaten generell einen hohen Interpretationsspielraum. Bei der Beurteilung was als Bedrohung für die öffentliche Ordnung gesehen wird, schreibt der EuGH den „Mitgliedstaaten keine einheitliche Werteskala für die Beurteilung von Verhaltensweisen“ vor (EuGH, C-268/99, Jany, Rn 60). Der EuGH stellt in seiner ständigen Rechtsprechung zum Begriff der öffentlichen Ordnung fest, dass eine tatsächliche, gegenwärtige, erhebliche und hinreichend schwere Gefahr vorliegen muss „die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“ (u.a. EuGH, C-434/10, Aladzhev, Rn 35; EuGH, C-33/07Jipa, Rn 23).

Wird Art. 72 AEUV auf der Tatbestandsebene angeordnet, so kann bei der begrifflichen Tatbestandsbestimmung auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 52 AEUV und die darin entwickelten Fallgruppen zurückgegriffen werden. Ein solcher Rückgriff bei der Interpretation

der Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit muss jedoch im speziellen Kontext des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gesehen werden (Röben, Artikel 72, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2015, Rn 1). Bislang hat der EuGH in seiner Rechtsprechung insbesondere strafrechtliche Maßnahmen im Zusammenhang mit unterschiedlichen Kriminalitätsformen als Tatbestandsformen der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit interpretiert (u.a. EuGH, C-137/09, Josemans, Rn 82; EuGH, C-482/01 und C-493/01, Orfanopoulos und Olivieri).

Die Bedrohung eines wesentlichen Grundinteresses kann einerseits durch empirische Daten belegt werden, die etwa eine Gefährdung des Funktionierens öffentlicher Institutionen darstellen. Ebenso kann dies auch normativ argumentiert werden, etwa wenn die Grundrechte Anderer in besonderem Ausmaße eingeschränkt werden würden.

Die Erläuterungen zur Gesetzesänderung führen keine konkreten Statistiken und damit zusammenhängenden Schlussfolgerungen an, welche die Bedrohung eines Grundinteresses der österreichischen Gesellschaft darlegen. Die einzigen Statistiken, die sich in den Erläuterungen wiederfinden, betreffen die gestiegene Anzahl der Asylanträge verglichen mit den Vorjahren, sowie mit Antragszahlen in anderen EU-Mitgliedstaaten. Allein daraus kann jedoch keine Bedrohung der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit in Österreich abgeleitet werden. Die Behauptung, dass aufgrund der „mit dieser Krise verbundenen Belastungen...das österreichische Asyl- und Aufnahmesystem an seine Grenzen gestoßen [ist]“ basiert nicht auf empirischen Daten, die etwa darlegen wie sich die gestiegenen Asylzahlen finanziell auf das Funktionieren österreichischer Institutionen im Konkreten auswirken. Diese als Faktum ausgegebene Behauptung ist demnach eine Vermutung. Auch die restlichen Ausführungen zu Missmut und Unruhe in der Gesellschaft, zur Integration, zur Auswirkung auf Kriminalitätsstatistiken oder zur Belastung des Staatshaushaltes werden nicht durch empirische Daten belegt, sondern lediglich auf Annahmen und Allgemeinplätze gestützt. Das komplette Fehlen empirischer Daten, abgesehen von den Asylantragszahlen und damit zusammenhängenden Vergleichen, lässt keine logische Schlussfolgerungen auf eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit zu und die angesprochenen Entwicklungen vermögen demnach nicht diesen Tatbestand zu erfüllen.

Im Gegenteil, wenn die aktuellsten verfügbaren statistischen Daten zu den Ausgaben zum Sozialschutzsystem herangezogen werden, so zeigt sich, dass bei der komparativen Auflistung der Sozialausgaben die Betreuung von Schutzsuchenden als Kategorie bei den Ausgaben nicht angeführt wird (Statistik Austria, Sozialausgaben 2014). Der Anteil der Altersleistungen bei Sozialleistungen in Österreich beläuft sich auf 44%; jener der Leistungen im Rahmen der Funktion der Gesundheitsversorgung auf 25%. Zusammen machen diese beiden somit fast 70% der Sozialaufwendungen aus (EUR 67,3 Mrd. im Jahr 2014). Im Vergleich, der Anteil im Bereich Wohnen und soziale Ausgrenzung belief sich auf 2% und jener der Mindestsicherung auf etwa 0,7%. Die Ausgaben für die Betreuung von Flüchtlingen beträgt laut Schätzungen eines Experten rund 0,078% (Oe1, Radiokolleg, 21.4.2016). Diese Zahlen und Schätzungen beziehen sich auf das Jahr 2014, in welchem 28.452 Asylanträge in Österreich gestellt wurden. Im Jahr 2015 wurden insgesamt 88.912 Asylanträge gestellt, was eine Steigerung von 212,5% im Vergleich mit 2014 bedeutet. Diese Steigerung wird in den Erläuterungen hervorgehoben. In Anbetracht des Anteils an finanziellen Mitteln, die für Schutzsuchende aufgewendet werden, lässt selbst eine Zukunftsprognose unter Annahme einer weiterhin hohen Anzahl von Anträgen auf internationalen Schutz in Österreich keine überzeugenden Rückschlüsse auf eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit öffentlicher Institutionen oder eines wesentlichen Interesses der Gesellschaft und somit eine Erfüllung des Tatbestandes der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit zu.

Auf einer rechtlich normativen Ebene führen die Erläuterungen zum Gesetzesentwurf aus, dass „eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen und Systeme zu

erwarten ist...,[wie] etwa das tatsächliche Überschreiten der maximalen Kapazitäten für eine menschenunwürdige Unterbringung“ von Asylwerbern (S.28). Weshalb jedoch eine Schaffung von zusätzlichen Aufnahmekapazitäten eine solch hohe finanzielle Belastung der Republik Österreich darstellen würde, dass ein „Grundinteresse der Gesellschaft“ berührt sein sollte, wird weder ausgeführt noch durch empirische Daten belegt. Das Argument der Beeinträchtigung der Rechte von Asylwerbern durch deren menschenunwürdige Unterbringung als Verletzung fundamentaler Rechte von Schutzsuchenden ist nicht nur juristisch wenig überzeugend, sondern darüber hinaus purer Zynismus.

Die Heranziehung der Stellungnahme der EU Kommission zur Einführung von Binnengrenzkontrollen als zweite normative Begründung vermag nicht zu überzeugen. Die Kommission führt in der Stellungnahme aus, dass „the sheer number of persons entering the territory of Austria in view of transiting and seeking international protection would indeed appear to have led to a threat to public policy and internal security“ (COM(2015) 7100 final, 23.10.2015, Rn 40). Die Feststellung der Kommission betrifft inhaltlich die Einführung von temporären Kontrollen an den Binnengrenzen. Die offensichtliche Disproportionalität zwischen Personen, die im Zeitraum 5. Sept. – 1. Okt. 2015 bei der Einreise nach Österreich registriert wurden (194.467) und jenen die um internationalen Schutz ansuchten (7.080) legt nahe, dass das Regelungsnormativ gerade eben nicht den kleinen Personenkreis betraf, die in Österreich um Schutz ansuchten, sondern die unkontrollierte Ein- und Durchreise durch Österreich in ihrer Gesamtheit (COM(2015) 7100, final, 23.10.2015, Rn 41). Die Prüfung der Angemessenheit der Binnengrenzkontrollen durch die Kommission erfolgte zudem unter der Annahme, dass diese nicht die Rechte von Schutzsuchenden einschränken (COM(2015) 7100, final, 23.10.2015, Rn 39), wobei Art. 13 Schengener Grenzkodex, welcher festlegt, dass „die Anwendung besonderer Bestimmungen zum Asylrecht und zum internationalen Schutz“ bei der Einreiseverweigerung unberührt bleiben zu berücksichtigen ist. Ziel der geplanten Verordnungsermächtigung gem. § 36 ist aber gerade die Einschränkung der Rechte von Schutzsuchenden und hat deshalb ein unterschiedliches Regelungsnormativ als die Stellungnahme der Kommission. Eine Heranziehung der Stellungnahme der Kommission als Tatbestandsausnahmeregelung mag auf Grund der unterschiedlichen Regelungsnormative demnach auch nicht zu überzeugen.

Das Fehlen jeglicher empirischer Daten und damit zusammenhängenden logischen und kohärenten Schlussfolgerungen, sowie die nicht überzeugenden rechtlich normativen Argumente, erfüllen zum derzeitigen Zeitpunkt und auch bei einer näheren Zukunftsprognose rechtlich nicht die Tatbestandsmerkmale des Art. 72 AEUV.

4. Das Recht einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen und auf dessen Bearbeitung

Selbst wenn Art. 72 AEUV entgegen den vorangegangenen Ausführungen einen Rechtfertigungsgrund für die Abweichung von sekundärrechtlichen Verpflichtungen darstellen würde, wäre der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Dies würde bedeuten, dass, selbst wenn eine Bedrohung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit vorliegen sollte, sich die Frage der Erforderlichkeit und der Angemessenheit stellt. Da qua § 38 *ratione personae* alle Fremden die keinen Aufenthaltstitel besitzen von den Sonderbestimmungen erfasst sind – und da praktisch alle Schutzsuchenden die nach Österreich einreisen und über keinen Aufenthaltstitel verfügen – sind von den Sonderregelungen faktisch *alle* Personen die um internationalen Schutz in Österreich ansuchen erfasst. Hier stellt sich die Frage, ob ein komplettes Abweichen von der

sekundärrechtlichen Prüfpflicht iSd Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erforderlich bzw. angemessen ist. Unionsrechtlich kann ein Asylantrag als unzulässig betrachtet werden, wenn, unter anderem, ein anderer Mitgliedstaat Schutz gewährt hat oder ein Nicht-Mitgliedstaat als Erstasylstaat betrachtet wird (Art. 33 Abs. 2 lit. a, b iVm Art. 35 Verfahrens-RL). Hierfür können auch entsprechende Verfahren direkt an der Grenze und in Transitzonen durchgeführt werden (Art. 41 Verfahrens-RL). Das Recht Schutzsuchende in sichere Drittstaaten zurück- oder auszuweisen (Art. 3 Abs. 3 Dublin III-VO) mildert die unionsrechtliche Prüfpflicht dahingehend, dass bereits eine Zulässigkeitsprüfung bei Folgeanträgen eine vollständige Prüfung des Antrages darstellt (EuGH, C-695/15 PPU, Mirza, Rn 65) Ergo sieht das Unionsrecht bereits Möglichkeiten zu einer Abweichung von der vollumfänglichen materiellen Prüfpflicht vor. Es ist demnach höchst zweifelhaft, ob ein komplettes Abweichen von der Prüfpflicht unter den bereits gegebenen Möglichkeiten verhältnismäßig ist.

Selbst wenn eine komplette Aussetzung der unionsrechtlichen Prüfpflicht verhältnismäßig sein sollte, so stellt sich immer noch die Frage der Primärrechtskonformität der Bestimmungen der vorgesehenen Gesetzesänderung.

Neben der sekundärrechtlichen Prüfpflicht, stellt sich die Frage ob aus dem EU-Primärrecht eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten und ein damit korrespondierender Rechtsanspruch auf Prüfung eines Antrages auf internationalen Schutz abgeleitet werden kann. Art. 18 der EU Grundrechtecharta gewährleistet nach seinem Wortlaut das Recht auf Asyl nach Maßgabe der Genfer Flüchtlingskonvention, sowie des AEUV und des EUV. Die Erläuterungen zu den geplanten Änderungen erwähnen, dass Art. 18 EU-Grundrechtecharta „somit lediglich als Verweisnorm ausgestaltet“ und daraus kein „primärrechtlich garantiertes Recht auf Asylgewährung“ abzuleiten sei (S. 16). Die Erläuterungen unterlassen dabei jeglichen Verweis auf die Literatur und die entsprechende Judikatur. In der Literatur wird der subjektivrechtliche Gehalt von Art. 18 EU-GRC jedenfalls in Bezug auf die Einhaltung des Verbotes der Zurückweisung bejaht (u.a. Rossi, Art. 18 GRC, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Rn 2; Graßhof, Art 18 GRC, in: Schwarze, EU-Kommentar, Rn 6; Klatt, Art. 18 EU-GRC, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 2015, Rn 3). Der subjektivrechtliche Gehalt darüber hinaus ist in der Literatur umstritten und es ist noch keine Judikatur des EuGH zu Art. 18 EU-GRC vorhanden. Der Rückgriff auf die historischen Materialien des Grundrechtekonvents ist bei der Bestimmung des materiellen Gehalts von Art. 18 EU-GRC wenig hilfreich (Bernsdorff, Art. 18 EU-GRC, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2014, RN 5-8). Eine Verneinung eines solchen weitergehenden subjektivrechtlichen Gehalts von Art. 18 EU-GRC, wie in den Erläuterungen vorgenommen, ist in Anbetracht der keineswegs einhelligen Kommentarliteratur und des Fehlens einschlägiger Rechtsprechung jedenfalls nicht nachvollziehbar.

Ein Teil der Kommentarliteratur, welcher das Gutachten folgt, sieht im subjektiven Gehalt des Art. 18 EU-GRC lediglich ein Verbot der Nicht-Zurückweisung im Sinne des non-refoulement Prinzips des Art. 33 Abs. 1 Genfer Flüchtlingskonvention. Demnach wären laut den Erläuterungen Zurückweisungen in Staaten in welchen Schutzsuchenden keine Verletzung ihres Rechts auf Leben bzw. Folter oder unmenschliche Behandlung drohen zulässig (Gutachten Obwexer/Funk, S.16). Eine solche Reduzierung von Art. 18 EU-GRC ist jedoch wenig überzeugend. Erstens würde dies aus einer engen inhaltlichen Verzahnung zwischen Art. 18 und 19 EU-GRC eine inhaltliche Gleichstellung machen. Art. 19 Abs. 2 EU-GRC wäre demnach lediglich eine redundante Wiederholung der vorangehenden Bestimmung. Die Absicht einer solchen Redundanz kann dem Unionsgesetzgeber nicht unterstellt werden.

Zweitens ignoriert diese Auffassung, dass sich der Wortlaut des Art. 18 EU-GRC nicht nur auf die GFK bezieht, sondern ebenso auf den EUV und den AEUV. Hier sind insbesondere

die primärrechtlichen Zielvorgaben des Art. 78 Abs 1 AEUV relevant. Die Bestimmung des Art. 78 Abs 1 AEUV lautet im Wortlaut:

„Die Union entwickelt eine gemeinsame Politik im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz, mit der jedem Drittstaatsangehörigen, der internationalen Schutz benötigt, ein angemessener Status angeboten und die Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung gewährleistet werden soll. Diese Politik muss mit dem Genfer Abkommen vom 28. Juli 1951 und dem Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie anderen einschlägigen Verträgen im Einklang stehen.“

Art. 78 AEUV weist demnach neben der GFK auch auf andere einschlägige Verträge hin. Zudem unterscheidet Art. 78 AEUV die unterschiedlichen Schutzformen des subsidiären Schutzes und des vorübergehenden Schutzes, beides Schutzformen, die nicht in der GFK vorgesehen sind. Eine inhaltliche Reduktion des Art. 18 EU-GRC auf das non-refoulement Prinzip der GFK vermischt somit zwei unterschiedliche Rechtsbereiche, jenen des internationalen Flüchtlingsrechts und jenen des (europäischen) Asylrechts, die in Art. 78 Abs.1 AEUV auseinandergelassen werden. Eine rechtsdogmatische Vermischung durch eine Reduktion des Gehalts von Art. 18 EU-GRC auf das non-refoulement des Art. 33 Abs. 1 GFK erscheint in diesem Sinne nicht nur dem Wortlaut widersprechend sondern auch aus dem systematischen Zusammenhang gerissen. Vielmehr stellen die Bestimmungen der GFK Mindeststandards dar („im Einklang mit“ (Art. 78 Abs. 1 AEUV); „nach Maßgabe der“ (Art. 18 EU-GRC)), die nicht unterschritten werden dürfen.

Dennoch bleibt die Frage des materiellen Gehaltes von Art. 18 EU-GRC. Unumstritten ist in der Literatur, dass die Bestimmung keine neue Verpflichtung für die Mitgliedstaaten schafft. Dies bedeutet, dass Art. 18 EU-GRC keine Verpflichtung für die Mitgliedstaaten Asyl zu gewähren oder ein damit korrespondierendes subjektives Recht erschafft. Ebenso ist klar, dass das Konzept von Asyl im Zusammenhang mit relevanten grund- und menschenrechtlichen Bestimmungen, insbesondere den relevanten Bestimmungen der GRC interpretiert werden muss. Dies ergibt sich aus der Weiterentwicklung der Weiterentwicklung der Genfer Flüchtlingskonvention, insbesondere des Flüchtlingsbegriffes über menschenrechtliche Instrumente, sowie der Entwicklung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und nationaler Asylsysteme aus der Rechtsprechung des EGMR und nationaler Grundrechtsjudikatur. In der einschlägigen Literatur wird argumentiert, dass der subjektivrechtliche Gehalt des Konzepts von Asyl zumindest das Recht um Asyl anzusuchen beinhaltet (u.a. Goodwin-Gil/McAdam, *The Refugee in International Law*, 2007, 358; Gammeltoft-Hansen, *The Right to Seek Revisited: On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU*, 10 EJML 2008, 439). Dass dem Recht auf Asyl ein solcher Mindestgehalt zukommt wird auch unterstützt durch die Tatsache, dass Bestrebungen während des EU-Grundrechtekonvents das Recht auf Asyl auf ein verfahrensrechtliches Recht zu beschränken abgelehnt wurden (Den Heijer, *Art. 18 Right to Asylum*, in: Peers et al 2015, RN 18.37). Da Art. 18 EU-GRC kein absolutes Recht darstellt, wäre eine Einschränkung auch hier wieder einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen. Wie bereits ausgeführt ist es auch hier äußerst fraglich, ob eine formfreie Feststellung und die Nichtdurchführung eines Zulässigkeitsverfahrens den Kriterien der Erforderlichkeit und Angemessenheit entsprechen.

5. Wirksames Rechtsmittel mit faktischem Abschiebeschutz

Die geplante Novellierung sieht vor, dass gegen die exekutiven Zwangsmaßnahmen der Außerlanderschaffung eine Maßnahmenbeschwerde bei den Landesverwaltungsgerichten erhoben werden kann. Faktisch wird die Erhebung einer solchen Maßnahmenbeschwerde

jedoch erst *ex post facto* möglich sein, dies heißt, erst wenn die Maßnahme vollzogen ist und sich der Schutzsuchende außer Landes geschafft wurde. Dies wirft grundlegende Bedenken der Durchführung des Verfahrens mit dem Recht auf Zugang zu einem wirksamen Rechtsbehelf auf. Der Zugang zu einem wirksamen Rechtsbehelf gem. Art. 47 EU-GRC beinhaltet eine Rechtsweggarantie. Dies bedeutet es muss zu allererst der Zugang zu einem Gericht gewährleistet sein und auch tatsächlich möglich sein (u.a. Eser, Art 47 GRC, in: Meyer 2015, Rn 28). Erfolgt ein formelles Verfahren, so kann gegen den Bescheid Beschwerde erhoben werden. In einem formfreien Verfahren der Ausübung exekutiver Zwangsgewalt der Außerlandesbringung wird es Schutzsuchenden faktisch oft nicht möglich sein tatsächlich einen Rechtsweg zu beschreiten, da sich diese bereits außer Landes befinden würden. Schutzsuchende wären somit zur Einbringung einer Maßnahmenbeschwerde auf die Unterstützung österreichischer Organisationen und Anwaltskanzleien angewiesen, welche die potentiellen Beschwerdeführer jenseits österreichischen Territoriums aufsuchen und eine Vollmacht erlangen müssten um dann erst eine Maßnahmenbeschwerde einreichen zu können. Dies verstößt eklatant gegen die in Art. 47 EU-GRC garantierte Rechtsweggarantie.

Die formfreie Feststellung einer grundrechtlichen Zulässigkeit der Hinderung der Einreise und der Außerlanderschaffung durch die Organe des Sicherheitsdienstes kann nur funktionieren, wenn vom Recht von Schutzsuchenden faktischen Abschiebeschutz zu genießen, abgewichen wird (§ 39). Art. 9 Abs. 1 Verfahrens-RL räumt Antragstellern das Recht ein während der Prüfung des Asylantrages im Mitgliedstaat verbleiben zu dürfen. Die geplanten Gesetzesänderungen sehen vor, dass faktischer Abschiebeschutz erst mit Einbringung des Antrages und nicht bereits mit Stellung des Antrags (§ 39) erfolgt.

In den ausführenden Erläuterungen wird die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes damit begründet, dass eine vorangehende Feststellung der Grundrechtskonformität der Außerlanderschaffung gegeben ist. In den Erläuterungen und im Gutachten wird unter dieser Grundrechtskonformität verstanden, dass weder jener Staat in welchen zurückgewiesen wird die einschlägigen Grundrechte, insbesondere das Recht auf Leben und das Verbot der Folter, verletzt, sondern auch nicht in einen anderen Staat abschiebt, in welchem diese Rechte verletzt wären (Kettenrefoulement).

Der VfGH beurteilte die Verfassungskonformität des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung in zwei unterschiedlichen Verfahren. Im Erkenntnis VfSlg. 17.340/2004 behandelte der VfGH den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung in Rechtsmittelverfahren. Der VfGH hielt hierzu fest, dass

[d]er ausnahmslose Ausschluss der aufschiebenden Wirkung mache eine Interessenabwägung zu Gunsten des Asylwerbers unmöglich und belaste den Berufungswerber damit in verfassungswidriger Weise einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen Entscheidung.

Da der ausnahmslose Ausschluss keine Unterscheidung zwischen evident unzulässigen Folgeanträgen und jenen die auf Grund einer veränderten Sachlage eingebracht werden machte, verstoße der ausnahmslose Ausschluss des faktischen Abschiebeschutzes gegen das Rechtsstaatlichkeitsprinzip. Dieses Erkenntnis unterscheidet sich grundlegend von der Konstellation der geplanten Gesetzesänderungen, da es bei letzterer erst gar nicht zu einem Rechtsmittelverfahren das grundrechtlichen Ansprüchen genügt kommen kann und somit die Interessen von Schutzsuchenden noch mehr belastet werden als in der Konstellation des Erkenntnisses VfSlg. 17.340/2004. In Anbetracht der unterschiedlichen und sich rasch verändernden mitgliedstaatlichen Judikatur in Bezug auf die Einhaltung grundrechtlicher Verpflichtungen von Nachbarstaaten wie etwa Ungarn (für einen Überblick über diese Judikatur siehe: ECRE, Case Law Fact Sheet, January 2016), schränkt der ausnahmslose Ausschluss des faktischen Abschiebeschutzes bei gleichzeitig verwehrten

Rechtsweggarantien und belasten die geplanten Gesetzesänderungen Schutzsuchende wesentlich mehr als die Fallkonstellation des angeführten VfGH-Erkenntnisses.

In einem zweiten Erkenntnis vom 26. Feb. 2014 behandelte der VfGH die Frage die den Ausschluss des faktischen Abschiebeschutzes gem. §12a AsylG 2005, wie dies eben §39 der geplanten Gesetzesänderung vorsieht. Der VfGH hielt hierzu fest, dass §12a AsylG 2005 voraussetzt, dass bereits eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt (VfSlg 19841/2014, Rn 27). Im Fall Mohammed v. Austria vor dem Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) wurde die Effektivität des Rechtsmittels bei automatischer Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes behandelt. Zwar berücksichtigte der EMGR die Notwendigkeit von Staaten mit „repetitive and clearly abusive or manifestly ill-founded applications for asylum“ umzugehen (EGMR, Mohammed v Austria, Appl. 2283/12, Rn 80), doch befand der EGMR, dass eine automatische Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes bei Rückführungen und damit die fehlende Unterscheidung zwischen offensichtlich unbegründeten Asylanträgen und nicht unbegründeten Asylanträgen keinen effektiven Zugang zu einem Rechtsmittel darstellen (EGMR, Mohammed v Austria, Appl. 2283/12, Rn 81).

Die dargestellten Fallkonstellationen in welchen jeweils die Grundrechtswidrigkeit der Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes erkannt wurde, unterscheiden sich wesentlich von der Konstellation der geplanten Gesetzesänderung, wonach die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes eben gerade nicht auf Grundlage einer rechtskräftigen Entscheidung beruhen und im Rahmen der Stellung eines Folgeantrages erfolgen, sondern nach einer formlosen Feststellung durch die Organe des Sicherheitsdienstes. Dies greift in einem wesentlich größeren Ausmaße in die Grundrechtsposition von Schutzsuchenden ein, als die dargestellten Fallkonstellationen. Selbst wenn ein formelles Verfahren – und keine formfreie Feststellung wie in der geplanten Novellierung vorgesehen – stattfinden sollte, steht die automatische Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes nicht mit dem Recht auf Zugang zu einem wirksamen Rechtsmittel in Einklang.

6. Zusammenfassung

Die grundlegende Ratio auf welcher die geplante Gesetzesänderung beruht, sieht ein Abweichen von der sekundärrechtlichen Prüfpflicht und des faktischen Abschiebeschutzes auf der Bezugnahme auf Art. 72 AEUV vor.

Wird Art. 72 AEUV auf der Tatbestandsebene angeordnet, so erfüllen die fehlenden empirischen Daten und damit einhergehende Schlussfolgerungen nicht die Tatbestandselemente der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit des Art. 72 AEUV. Ebenso wenig erfüllen die Argumente der Grundrechtsbeeinträchtigung Anderer diesen Tatbestand. Eine Abweichung von sekundärrechtlichen Verpflichtungen ist demnach unzulässig.

Wird Art. 72 AEUV auf der Rechtfertigungsebene angeordnet scheint eine komplette Aussetzung der Prüfpflicht und des faktischen Abschiebeschutzes nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar zu sein, da das Sekundärrecht andere Möglichkeiten der Behandlung von Anträgen auf internationalen Schutz bietet. Bei der Interpretation des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist ein grundsätzlich enger Maßstab anzusetzen.

Sollte eine Abweichung von der sekundärrechtlichen Prüfpflicht und des faktischen Abschiebeschutzes möglich sein, so ergibt sich aus dem EU Primärrecht (Art. 18 EU-GRC) eine Verpflichtung zumindest ein Zulässigkeitsverfahren durchzuführen. Eine komplette Aussetzung des Zulässigkeitsverfahrens ist nicht mit einer engen Interpretation des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vereinbar.

Selbst wenn sich aus Art. 18 EU-GRC keine primärrechtliche Verpflichtung einen Antrag auf internationalen Schutz zu prüfen ergeben sollte, so verstößt die automatische Aussetzung des faktischen Abschiebeschutzes im Zusammenhang mit der Abweichung von der Prüfpflicht gegen das Recht auf einen Zugang zu einem wirksamen Rechtsmittel. In Fallkonstellationen in denen die Interessen und Grundrechte von Schutzsuchenden weitaus weniger beeinträchtigt waren wie es diese in der geplanten Gesetzesänderung wären, haben sowohl der VfGH als auch der EGMR eine Verletzung des Rechts auf ein wirksames Rechtsmittel befunden.

Auf Grund der vorangegangenen Ausführungen sieht das Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Universität Graz eine grundsätzliche Unvereinbarkeit der geplanten Novellierung mit bestehenden Grundrechten, sowie Verpflichtungen die sich aus dem EU Sekundär- und Primärrecht ergeben.

Mit einer Rechtspolitik die eine solch massive Einschränkung von Grundrechten Schutzsuchender darstellt, würde sich die Republik Österreich von einer Jahrzehnte langen Praxis Verfolgten Schutz zu bieten, verabschieden. Dies steht in eklatantem Widerspruch zum Schutzgedanken des internationalen Flüchtlingsrechts. Ein infinites Regress der Rechte Schutzsuchender kann und darf nicht Staatszielbestimmung werden.

Graz, 21. April 2016

Wolfgang Benedek & Stefan Salomon