

DISSERTATION

Die asylrechtliche Ausweisung

Verfasserin
Mag. iur. Eva Caroline Pfleger

angestrebter akademischer Grad
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 29. März 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Muzak ao. Univ.-Prof. Dr. Dieter Kolonovits M.C.J.

*Meinen Eltern Barbara und Josef
und meinem Freund David*

Vorwort

Das ursprüngliche Thema dieser Arbeit lautete „Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenrechtspaket“, doch musste ich feststellen, dass das Thema viel zu breit angelegt war um im Rahmen einer Dissertation umfassend und tiefgehend behandelt zu werden. Unter Anleitung meines Erstbegutachters, Prof. Muzak, grenzte ich daher das Thema auf eine konkrete Variante der Ausweisung, nämlich der asylrechtlichen Ausweisung in § 10 AsylG, ein.

Die Konzepte des Asyls einerseits und der Ausweisung andererseits können nicht gegensätzlicher sein, man könnte sogar meinen der Titel meiner Arbeit sei ein Oxymoron, was im täglichen Sprachgebrauch auch zutrifft. In rechtlicher Hinsicht wirft die asylrechtliche Ausweisung hingegen viele interessante Fragen auf. Die nunmehr intensive Diskussion um die Ausweisung von Asylwerbern und um ein Bleiberecht für abgewiesene Asylwerber, vor dem Hintergrund der Rsp des EGMR zu Art 8 MRK, ist nur ein Aspekt davon.

Anlässlich der Fertigstellung meiner Dissertation möchte ich bei all den Personen bedanken, die mich auf dem Weg hierzu unterstützt haben - in anderen Worten es folgt eine mit den Oscars vergleichbare Dankesrede, womit der werte Leser gewarnt wurde. Allen voran möchte ich meinem Erstbegutacher, Herrn Prof. Dr. Gerhard Muzak, für die Betreuung meinen Dank aussprechen, vor allem dafür, dass er mir - in der Bibliothek, aus welchen Gründen auch immer, verschwundene - Literatur, sowie Ausgaben der migraLex, teils schon vorab, zur Verfügung gestellt hat. Herrn Prof. Dr. Dieter Kolonovits M.C.J. möchte ich für die Übernahme der Zweitbetreuung und seine Anmerkungen danken.

Der Großzügigkeit meiner Eltern ist es zu verdanken, dass mir das Schreiben einer Dissertation überhaupt möglich war. Auch als ich mich dafür entschlossen habe meine Aufmerksamkeit dem Asylrecht, einem Gebiet, dass oft als nebensächlich erachtet wird, zu schenken, haben sie mich in meinem Entschluss bekräftigt und mir sogar ermöglicht ehrenamtlich tätig zu sein. Meiner Familie, allen voran meiner „kleinen“ Schwester, möchte ich danken für das mitunter endlos erscheinende Korrekturlesen und die Formatierungskontrolle.

Meinem Freund möchte ich für seine Geduld und stete Ermutigung danken. Obwohl Deutsch nicht seine Muttersprache ist und er als Biochemiker nichts mit Jus am Hut hat, lieh er mir sein Ohr und half mir durch seine Fragen ein Problem zu lösen. Aus dem gleichen Grund bin ich meiner besten Freundin Mag. Elisabeth Schachner, die als Juristin noch viel mehr herhalten musste, zu Dank verpflichtet.

Für das Aufzeigen stets neuer Fragestellungen und Probleme möchte ich meinen früheren Kollegen Alex, Magdalena, Dani, Jasmin und Max und meinen Kollegen am AsylGH danken. Allen voran bin ich Mag. Thomas Gruber und Mag. Andreas Ferschner zu Dank verpflichtet, da ich mit ihnen stets meine Gedankengänge diskutieren und auf Schlüssigkeit testen konnte. Mag. Martin Werner, Mag. Renate Dissauer, Mag. Karin Rettenhaber-Lagler und Mag. Vera Guggenbichler sei für das Korrekturlesen der Arbeit gedankt. Den beiden Erstgenannten gilt meine besondere

Dankbarkeit für ihr stetes Interesse und ihre aufmunternden Worte.

Dr. Clemens Kuzminski und Mag. Ulrike Scherz, meinen Chefs am AsylGH, möchte ich für ihr Verständnis und Entgegenkommen im Hinblick auf meine Arbeitszeiten danken. Dank aus dem gleichen Grund gebührt Mag. Berndt Körner.

Schließlich möchte ich mich noch bei den Programmierern von $\text{\LaTeX}$, einer tollen Alternative zu Microsoft Word, und den Autoren, der im Internet frei zugänglichen Anleitungen, bedanken. Einen Blick auf www.dante.de oder en.wikibooks.org/wiki/LaTeX ist jedenfalls zu empfehlen.

In dieser Arbeit wurden Literatur, Rechtsprechung und die politische Debatte bis einschließlich Anfang Dezember 2008 berücksichtigt, wobei für die Novellierung der Bleiberechtsregelung auf Grund der immensen Bedeutung eine Ausnahme gemacht wurde.

Wien, am 29. März 2009

Die Autorin

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	i
Abkürzungsverzeichnis	vii
1 Einleitung	1
1.1 Asyl- und Fremdenrecht in der 2. Republik	1
1.2 Das Fremdenrechtspaket 2005	7
1.2.1 Asylgesetz 2005	7
2 Verfassungsrechtliche Grundlagen	9
2.1 Kompetenzverteilung	9
2.2 Vollzug in unmittelbarer Bundesverwaltung	12
2.2.1 Bundesasylamt	14
2.2.2 Asylgerichtshof	14
3 Grundrechte	17
3.1 Einleitung	17
3.2 Ausweisungsbegriff der MRK	17
3.3 Recht auf Leben und Folterverbot	20
3.3.1 Schutzzumfang	20
3.3.2 Maßstab der konkreten Gefahr	24
3.3.3 Eingriff durch Aufenthaltsbeendigung	27
3.3.4 Eingriff durch Abschiebungsvorgang	28
3.3.5 Positive Verpflichtungen und Beschwerdelegitimation	29
3.4 Recht auf Privat- und Familienleben	30
3.4.1 Schutzzumfang	30
3.4.2 Eingriff durch Aufenthaltsbeendigung	33
3.4.3 Eingriff durch Versagung eines Aufenthaltstitels	33
3.4.4 Rechtfertigung	35
3.5 Recht auf ein faires Verfahren	40
3.5.1 Rechtsprechung	40
3.5.2 Literatur	41
3.5.3 Qualifikation als civil right?	42
3.5.4 Qualifikation als criminal charge?	43
3.5.5 Drohende Verletzung im Zielstaat	45
3.6 Recht auf eine wirksame Grundrechtsbeschwerde	45
3.7 Gleichheitssatz	46
3.8 Verbot von Kollektivausweisungen	48
3.9 Verfahrensrechtlicher Schutz vor Ausweisungen	50
4 Tatbestand der asylrechtlichen Ausweisung	53
4.1 Einleitung	53
4.1.1 Begriff der Ausweisung	53

4.1.2	Zwingende Ausweisung	56
4.1.3	Zielstaatsbezogenheit	56
4.2	Verbindung mit der Ausweisung	59
4.2.1	Zwei Kategorien der Ausweisung	60
4.2.1.1	Zurückweisung des Antrags	60
4.2.1.2	Abweisung des Antrags	65
4.3	Feststellung der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung	67
4.3.1	Zurückweisung	67
4.3.2	Abweisung	67
5	Ausnahmen	69
5.1	Einleitung	69
5.2	Bestehendes Aufenthaltsrecht	70
5.3	Recht auf Privat- und Familienleben	72
5.3.1	Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip	73
5.3.2	Inhalt der Prüfung	74
5.3.2.1	Begriff	74
5.3.2.2	Eingriff	76
5.3.2.3	Rechtfertigung	77
	<i>Exkurs:</i> Politische Debatte um eine Bleiberechtsregelung	82
5.4	Aufenthaltsstatus bei Unterbleiben der Ausweisung	87
5.4.1	Kein Aufenthaltstitel nach AsylG	87
5.4.2	Humanitärer Aufenthaltstitel nach NAG	87
5.4.2.1	VfGH Erkenntnis zum humanitären Titel	89
5.4.2.2	Vorläufiges Ergebnis	92
5.4.2.3	Novelle des humanitären Aufenthaltsrechts	93
6	Ausreiseverpflichtung und Aufschub	101
6.1	Gründe	101
6.2	Dauer	104
6.2.1	Abstrakte Höchstdauer	104
6.2.2	Konkrete Dauer	106
6.3	Zeitpunkt des Ausspruchs	106
6.4	Verlängerbarkeit	108
6.5	Aufenthaltsstatus während des Aufschubs	110
6.6	Nachträglich eintretende Unzulässigkeit	110
6.7	Vergleich zu Instrumenten des FPG	111
6.7.1	Abschiebungsaufschub	111
6.7.2	Durchsetzungsaufschub	112
7	Verhältnis zu fremdenpolizeilichen Maßnahmen	113
7.1	Zurückweisung und Zurückschiebung	113
7.2	Fremdenrechtliche Ausweisung	114
7.2.1	Asylantrag nach Ausweisung	114
7.2.2	Ausweisung während des Asylverfahrens	116
7.2.2.1	Abgrenzungsproblematik beim Refoulement	117
7.2.3	Ausweisung nach beendetem Asylverfahren	123
7.3	Aufenthalts- und Rückkehrverbot	124

7.3.1	Asylantrag nach Aufenthaltsverbot	125
7.3.2	Rückkehrverbot während des Asylverfahrens	126
7.3.3	Aufenthaltsverbot nach beendetem Asylverfahren	126
8	Ausweisungsverfahren	127
8.1	Begriff des Ausweisungsverfahrens	127
8.2	Zwei Arten des Ausweisungsverfahrens	127
8.2.1	Ex lege Einleitung	128
8.2.1.1	Im Zulassungsverfahren	128
8.2.1.2	Im Beschwerdeverfahren	129
8.2.2	Einleitung durch die Behörde	131
8.2.2.1	Qualifikation des einleitenden Akts	132
8.2.2.2	Prognose hinsichtlich der Entscheidung	133
8.2.2.3	Öffentliches Interesse (Straffälligkeit)	134
8.3	Anwendung auf Altverfahren	137
8.4	Rechtsfolgen	139
	<i>Exkurs:</i> Rechtsschutz und Ausweisungsverfahren	141
8.5	Einstellung des Ausweisungsverfahrens	142
8.5.1	Zulassungsverfahren	143
8.5.2	Beschwerdeverfahren	145
8.5.3	Öffentliches Interesse	147
9	Rechtsschutz	149
9.1	AsylGH als Beschwerdeinstanz	149
9.1.1	Rechtsnachfolger des UBAS	150
9.1.2	Kontrollinstanz der Verwaltung	150
9.1.3	Verfahrensrecht	151
9.2	Beschwerde beim AsylGH	155
9.2.1	Formale Beschwerde Voraussetzungen	156
9.2.1.1	Parteistellung und Beschwerdelegitimation	156
9.2.1.2	Erschöpfung des Instanzenzuges	157
9.2.1.3	Anwaltpflicht, Verfahrenshilfe und Beschwerdegebühr	158
9.2.1.4	Beschwerdefrist	159
9.2.1.5	Einbringungsstelle	160
9.2.1.6	Sprache	161
9.2.2	Inhaltliche Beschwerde Voraussetzungen	161
9.2.2.1	Antrag während Beschwerdefrist	162
9.2.2.2	Neuerungsverbot	163
9.2.3	Aufschiebende Wirkung der Beschwerde	168
9.2.3.1	Zuerkennung bei Zurückweisungsentscheidungen . . .	169
9.2.3.2	Ab- und Zuerkennung bei abweisenden Entscheidungen	171
9.2.3.3	Zeitlicher Rahmen	175
9.2.4	Rechtsmittelverfahren nach erfolgter Ausweisung	176
9.2.4.1	Zustellung im Ausland	177
9.2.4.2	Stattegebung und Wiedereinreise	179
9.3	Beschwerdevorentscheidung	180
9.4	Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts	182
9.4.1	Kein Zugang zum VwGH	182
9.4.2	Beschwerde beim VfGH	185

9.5 Beschwerde beim EGMR	188
10 Schlussworte	191
Rechtsquellenverzeichnis	i
Literaturverzeichnis	vii
Zusammenfassung	xxxi
Abstract	xxxiii
Lebenslauf	xxxv

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Art	Artikel
AsylG 1986	Bundesgesetz vom 7. März 1968 über die Aufenthaltsberechtigung von Flüchtlingen im Sinne der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 126/1968 aufgehoben durch BGBl 8/1992
AsylG 1991	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl, BGBl 8/1992 aufgehoben durch BGBl I 76/1997
AsylG 1997	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl, BGBl I 76/1997 aufgehoben durch BGBl I 100/2005
AsylG	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl, BGBl I 100/2005 idF BGBl I 4/2008
AsylG-DV 2005	Verordnung der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des Asylgesetzes 2005 (Asylgesetz-Durchführungsverordnung 2005), BGBl II 448/2005
AsylGH	Asylgerichtshof
AsylGHG	Asylgerichtshofgesetz, BGBl I 4/2008
AufenthaltsG 1992	Bundesgesetz, mit dem der Aufenthalt von Fremden in Österreich geregelt wird, BGBl 466/1992 aufgehoben durch BGBl I 75/1997
AufnahmeRL	Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABl 2003 L 31 S 18
AuvBZ	Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, BGBl 51/1991 (WV) idF I 5/2008
BAA	Bundesasylamt
BBtrG	Bundesbetreuungsgesetz (nunmehr Grundversorgungsgesetz-Bund 2005), BGBl 405/1991 idF BGBl I 32/2004
BGBI	Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich
BH	Bezirkshauptmannschaft
BMI	Bundesminister(ium) für Inneres
BMJ	Bundesminister(ium) für Justiz
BPolD	Bundespolizeidirektion
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1/1930 (WV) idF BGBl I 2/2008

bzw	beziehungsweise
BZÖ	Bündnis Zukunft Österreich
dh	das heißt
dRGBI	deutsches Reichsgesetzblatt
Dublin-II-V	Verordnung 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylanspruchs zuständig ist, ABl 2003 L 50 S 1
EAST	Erstaufnahmestelle
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991, BGBl 50/1991 (WV) idF BGBl I 5/2008
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
Eurodac-V	Verordnung 2725/2000 des Rates vom 11. Dezember 2000 über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens, ABl 2000 L 316 S 1
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FrG 1992	Fremdengesetz, BGBl 838/1992 aufgehoben durch BGBl I 75/1997
FrG 1997	Fremdengesetz 1997, BGBl I 75/1997 aufgehoben durch BGBl I 100/2005
FrPolG 1954	Fremdenpolizeigesetz 1954, BGBl 75/1954 aufgehoben durch BGBl 838/1992
FPG	Fremdenpolizeigesetz 2005, BGBl I 100/2005 idF BGBl I 4/2008
FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention, Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 55/1955
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz, RGrBl 217/1896 idF BGBl 761/1996
GrekoG	Grenzkontrollgesetz, BGBl 435/1996 idF BGBl I 114/2007
GVG-B 2005	Grundversorgungsgesetz-Bund 2005, BGBl 405/1991 idF BGBl I 32/2004
GVS	Grundversorgungssystem
hM	herrschende Meinung
ICCPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, BGBl 591/1978

idF	in der Fassung
iSd	im Sinne des, im Sinne der
iVm	in Verbindung mit
leg cit	legis citatae
LH	Landeshauptmann
MRK	(Europäische) Menschenrechtskonvention, BGBl 210/1958
NAG	Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, BGBl I 100/2005
NAG-DV	Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-Durchführungsverordnung, BGBl II 451/2005
nF	neue Fassung
NGO	Non Governmental Organisation
OGH	Oberster Gerichtshof
OÖ	Oberösterreich
ÖVP	Österreichische Volkspartei
PersFrSchG	Bundesverfassungsgesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 684/1988
RDG	Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz, BGBl 305/1961 idF BGBl I 96/2007
Rsp	Rechtsprechung
RÜG	Rechts-Überleitungsgesetz, StGBI 6/1945
SD	Sicherheitsdirektion
SDÜ	Übereinkommen zur Durchführung des Schengener Übereinkommens (Schengener Durchführungsübereinkommen), BGBl III 90/1997
SIS	Schengener Informationssystem
SPÖ	Sozialdemokratische Partei Österreichs
StatusRL	Richtlinie 83/2004 des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl 2004 L 304 S 12
StGB	Strafgesetzbuch, BGBl 60/1974 idF BGBl I 112/2007
stRsp	ständige Rechtsprechung
TilgG	Tilgungsgesetz 1972, BGBl 68/1972 idF BGBl I 112/2007
tlw	teilweise
ua	unter anderem
UBAS	Unabhängiger Bundesasylsenat
udgl	und dergleichen

UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees (Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen)
UVS	Unabhängige(r) Verwaltungssenat(e)
UVSL	Unabhängige Verwaltungssenate in den Ländern
uU	unter Umständen
VerfahrensRL	Richtlinie 85/2005 des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl 2005 L 326 S 13
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VwGG	Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 BGBl 10/1985 (WV) idF BGBl I 4/2008
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZMR	Zentrales Melderegister
zw	zwischen
4.ZPMRK	Protokoll Nr 4 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprotokoll enthalten sind, BGBl 434/1969
6.ZPMRK	Protokoll Nr 6 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe, BGBl 138/1985
7.ZPMRK	Protokoll Nr 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 628/1988
13.ZPMRK	Protokoll Nr. 13 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe, BGBl III 22/2005

1 Einleitung

1.1 Asyl- und Fremdenrecht in der 2. Republik

Wie in vielen anderen Rechtsgebieten wurde auch im Fremdenrecht die reichsdeutsche Regelung, die Ausländerpolizeiverordnung, in Gesetzesrang übergeleitet.¹ Bis zum Erlass des Fremdenpolizeigesetzes 1954 wurde die rechtliche Stellung von Fremden durch diese bestimmt. Ein Aufenthalt bis zu drei Monaten war mit Sichtvermerk möglich. Darüber hinaus war eine Aufenthaltserlaubnis einzuholen. Die Ausländerpolizeiverordnung sah auch die Möglichkeit der Erlassung eines Aufenthaltsverbots sowie die Erstreckung dieser Maßnahme auf die Familienangehörigen (Sippenhaftung) vor. Die Tatbestände der Verordnung waren von nationalsozialistischem Gedankengut geprägt (zB Aufenthaltsverbot wegen Täuschung über die Rasse oder Landstreichertum).

Wie sein Vorbild war das FrPolG 1954 von unbestimmten Gesetzesbegriffen gekennzeichnet. Fremde durften sich grundsätzlich in Österreich aufhalten, soweit sie die dazu notwendigen Mittel nachweisen konnten. Jederzeit mussten sie der Behörde über den Zweck und die Dauer ihres Aufenthalts Auskunft geben. Die Aufenthaltsbeendigung war durch ein befristet oder unbefristet zu verhängendes Aufenthaltsverbot möglich. Mit dem FrPolG 1954 wurden Regelungen über die Dauer, Aufhebung und die Gewährung eines Aufschubs im Hinblick auf das Aufenthaltsverbot eingeführt. Aufgrund der sehr allgemeinen Natur verlieh den Behörden ein weiter Ermessensspielraum.

Am 30.1.1955 trat die am 26.8.1954 ratifizierte GFK für Österreich in Kraft.² Die Frage des Asyl, welches ab 1955 auf Grundlage der GFK gewährt wurde, wurde aber bis zum AsylG 1986 nur als eine Vorfrage in fremdenpolizeilichen Verfahren berücksichtigt.³ Dieses „Asylverfahren“ folgte den Regelungen des AVG, wobei aber die eigentliche Frage der Asylgewährung nur durch einen Erlass des BMI geregelt war. Kam es zur Asylgewährung wurde eine Bescheinigung in Form eines Ausweises ausgestellt. Wurde die Flüchtlingseigenschaft verneint, wurde darüber nur in der Begründung des, das fremdenrechtliche Verfahren, beendenden Bescheids abgesprochen. Die Erlassung eines Bescheids über die Gewährung von Asyl war in diesem

¹ dRGBI I 1053/1938 übergeleitet durch R-ÜG 1945.

² *Schumacher/Peryl*, Fremdenrecht, 164.

³ Kritisch dazu *Ermacora*, JBl 1965, (601) 603f.

Verfahren nicht vorgesehen.⁴

Das nächste bedeutende Jahr für die Entwicklung des Asyl- und Fremdenrechts in Österreich war 1968. Ein eigenständiges AsylG wurde erlassen, wobei jedoch das gleichzeitig novellierte FrPolG subsidiär anwendbar blieb. Mit dem AsylG 1968 wurde die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft erstmals an einen Bescheid geknüpft. Der Antrag konnte mündlich oder schriftlich bei der BPolD bzw der BH eingebracht werden, welche unter den Voraussetzungen der GFK die Flüchtlingseigenschaft festzustellen hatte. Der Flüchtlingsbegriff des AsylG 1968 verwies, wie alle seine Nachfolger, auf den Flüchtlingsbegriff der GFK und nahm keine eigenständige Definition vor. Während des Verfahrens kam dem Asylwerber ein vorläufiges Aufenthaltsrecht nur bei rechtzeitiger Antragstellung zu. Der Aufenthalt konnte überdies für maximal zwei Monate auf das Flüchtlingslager Traiskirchen beschränkt werden. Gegen einen ablehnden Bescheid war ein Instanzenzug zu den Sicherheitsdirektionen und schließlich an den BMI vorgesehen. Gegen dessen Entscheidung konnte schließlich Beschwerde bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts erhoben werden.⁵

Mit der FrPolG Novelle 1968 wurde eine Verpflichtung zur Interessenabwägung zw Privat- und Familienleben einerseits und den öffentlichen Interessen andererseits statuiert.⁶ Diese Bestimmung und ihre Nachfolgeregelungen wurden in der Folge jedoch mehrfach vom VfGH behoben. Der VfGH bemängelte die fehlende Anleitung der Verwaltung im Hinblick auf die Eingriffsnähe des Gesetzes.⁷ Die letztendlich bestandhabende Regelung entsprach jedoch ebenso nicht den vom VfGH in seinen Erkenntnissen dargelegten Anforderungen.⁸ Die bis zu diesem Zeitpunkt bestehende Sippenhaftung bei einem Aufenthaltsverbot wurde abgeschafft.

Mit den Novellen 1990 wurde das FrPolG entscheidend verschärft.⁹ Die Zurückschiebung wurde zeitlich auf sieben Tage ausgedehnt und die mit Bescheid zu verhängende Ausweisung als neue Form der Aufenthaltsbeendigung neben dem Aufenthaltsverbot eingeführt.¹⁰ Mit diesen Maßnahmen wollte der Gesetzgeber auf den Fall des Eisernen Vorhangs und den dadurch bedingten größeren Migrationsstrom reagieren. Eine entscheidende rechtsstaatliche Verbesserung brachte die Novelle BGBl 21/1991, mit der die UVS an Stelle der Sicherheitsdirektion zur Überprüfung der Schubhaft berufen wurden.

Nachdem schon in den 80ern das Bild des Wirtschaftsflüchtlings entstanden war und die Anerkennungszahlen immer weiter zurückgingen, kam es Anfang der 90er

⁴ Pfeifer, JBl 1969, 57f; Rohrböck, Kommentar, Rz 19.

⁵ Pfeifer, JBl 1969, (57) 58ff.

⁶ BGBl 555/1986.

⁷ VfSlg 10.737/1985; 11.455/1987; siehe dazu auch Feßler in FS Rosenzweig, Fremdenrecht und Verfassung, 83ff.

⁸ § 3 FrPolG idF BGBl 575/1987.

⁹ BGBl 190/1990 und BGBl 451/1990.

¹⁰ BGBl 190/1990.

zu „einem grundlegenden Paradigmenwechsel in der Asylpolitik.“¹¹ In Folge wurde mit dem AsylG 1991 das Asylverfahren von Grund auf reformiert. Der Rechtsbegriff Asyl wurde eingeführt, wobei die Flüchtlingseigenschaft nach wie vor festzustellen war. Mit dem Argument „Asylmissbrauch“ zu verhindern, wurde das Verfahren verschärft.¹² Ein Aufenthaltsrecht wurde nur noch Asylwerbern gewährt, die direkt aus einem unsicheren Staat eingereist waren, wobei alle Nachbarstaaten Österreichs als sicher galten. Damit waren fremdenpolizeiliche Maßnahmen während eines Großteils der Asylverfahren möglich. Negative Asylentscheidungen anderer Staaten wurden als *res iudicata* anerkannt.¹³ Durch die Beschränkung der aufschiebenden Wirkung sowie einem extensiven Neuerungsverbot sollten die Verfahren beschleunigt werden.¹⁴ Überdies wurde ein Mandatsverfahrens für offensichtlich unbegründete, ebenso wie für offensichtlich begründete Anträge geschaffen. Auf Grund schwerwiegender Bedenken wurde dieses Verfahren seit Herbst 1992 jedoch kaum noch angewendet.¹⁵ Positive verfahrensrechtliche Neuerungen des AsylG 1991 stellten die Übersetzung des Spruchs und der Rechtsmittelbelehrung dar.

Mit dem FrG 1992 sollte in systematischerer Weise, als es durch die Novellen 1990 möglich war, auf die veränderten Umstände in Europa, die das Ende der kommunistischen Regime und des Eisernen Vorhangs mit sich brachten, reagiert werden. Vor allem eine unbegrenzte Zuwanderung sollte vermieden werden. Die erst 1990 eingeführte Ausweisung wurde zum Normalfall der aufenthaltsbeendenden Maßnahme. Durch § 17 Abs 2 FrG 1992 wurde diese Maßnahme auch auf sich rechtmäßig in Österreich aufhaltende Fremde ausgedehnt.

Die fremdenpolizeilichen und aufenthaltsrechtlichen Regelungen wurden mit dem FrG 1992 und dem AufenthaltsgG 1992 erstmals getrennt geregelt. Durch das AufenthaltsgG 1992 wurden strenge Bedingungen an die Einreise und den Aufenthalt Fremder gestellt. Nunmehr bedurfte ein Fremder eines besonderen Aufenthaltstitels für einen längerfristigen Aufenthalt an Stelle des bis dahin genügenden Sichtvermerks.

Angeichts des bevorstehenden EU-Beitritts wurde mit dem FrG 1992 einer weiteren Gruppe von Fremden, den Angehörigen des EWR, eine besondere Stellung gewährt. Seit diesem Zeitpunkt muss also zw drei Gruppen im Fremdenrecht unterschieden werden, auf deren Angehörige jeweils andere Regelungen anzuwenden sind. Eine Gruppe stellen jene Fremden dar, deren Rechtsposition sich aus dem AsylG ergibt. Dies sind einerseits Asylwerber, andererseits (in heutiger Termino-

¹¹ *Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht, 186.

¹² *Rohrböck* in *Hohenwarter/Althaler (Hrsg)*, Asylpolitik Asylgesetz, 84.

¹³ Vgl Kritik bei *Rohrböck* in *Hohenwarter/Althaler*, Asylpolitik Asylgesetz, (84) 95; *derselbe*, Asylgesetz 1991, 139f.

¹⁴ *Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht, 186; *Fefl/Holzschuster*, Kommentar 2005, 51.

¹⁵ Weiterführend *Fruhmman*, ZfV 1993, 566ff und 574.

logie) Asyl- und subsidiär Schutzberechtigte. Eine zweite Gruppe bilden die eben erwähnten Angehörigen des EWR. Durch eine dynamische Verweisung wird sichergestellt, dass stets alle EU-Bürger erfasst werden, zumal jedes EU-Mitglied auch Mitglied des EWR sein muss (Art 128 EWR-Vertrag). In diese Gruppe sind seit 2002 auch Schweizer Staatsangehörige zu zählen, da sie durch das Abkommen zw der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit begünstigt werden.¹⁶ Die dritte Gruppe von Fremden wird schließlich von jenen Drittstaatsangehörigen, die keine besondere Stellung nach dem AsylG oder durch das Europarecht innehaben, gebildet. Sie werden zumeist als „sonstige Fremde“ bezeichnet. Unterscheidungen zw diesen Gruppen hinsichtlich ihres Aufenthaltsstatus und der Beendigung ihres Aufenthalts wurden sowohl vom VfGH als auch vom EGMR als sachlich gerechtfertigt erachtet.¹⁷

1997 wurde das Fremdenrecht wiederum auf neue gesetzliche Grundlagen gestellt. Die Trennung zwischen fremdenrechtlichen und aufenthaltsrechtlichen Regelungen wurde aufgegeben. Diese Fragen wurden einheitlich in einem Gesetz geregelt und ein abgestimmtes Verfahren zw Aufenthaltstitelversagung und Ausweisung eingeführt. Dadurch sollte auch die Doppelbelastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, die nach der Rechtslage bis 1997 sowohl im aufenthaltsrechtlichen als auch im fremdenpolizeilichen Verfahren getrennt angerufen werden konnten, beseitigt werden. Im Rahmen der Anpassung an das SDÜ wurde die Unterscheidung zw Visa, Aufenthaltstitel und Niederlassungsbewilligung eingeführt.¹⁸ Entscheidende Fortschritte enthielt das FrG 1997 in Punkten der Aufenthaltsverfestigung. Da „Integration vor Neuzuwanderung“ ein deklariertes Ziel des FrG 1997 darstellte, wurde der Schutz vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen für Angehörige der 2. Generation zu einem absoluten ausgebaut.¹⁹

Nach massiver Kritik am AsylG 1991 wurde 1997 auch ein neues AsylG erlassen. Für nicht direkt aus ihrem Verfolgerstaat einreisende Flüchtlinge bestand ein nur schwer überschaubares System aus der Belehrung über Drittstaatsicherheit, der Beharrung auf einem Asylantrag in Österreich und schließlich die Vorprüfung über die Wahrscheinlichkeit der Asylgewährung durch das BAA. Die vorläufige Aufenthaltsberechtigung musste, war der Asylwerber unter Umgehung der Grenzkontrolle einge-

¹⁶ AB1 2002 L 114 S 6.

¹⁷ EGMR 18.2.1991, 12313/86 Fall Moustaquim, Rz 49 „As for the preferential treatment given to nationals of the other member States of the Communities, there is objective and reasonable justification for it as Belgium belongs, together with those States, to a special legal order.“ In EGMR 30.9.2003, 40892/98 Fall Koua Poirrez, Rz 49 erachtete der EGMR die Staatsangehörigkeit hingegen als kein sachliches Kriterium, hielt aber für Aufenthaltsfragen weiter an seiner Moustaquim-Rechtsprechung fest. VfSlg 13.836/1994 (EWR-Bürger zu sonstigen Fremden); 17.516/2005 (Asylwerber zu sonstigen Fremden).

¹⁸ RV 685 BlgNR XX. GP Allgemeiner Teil.

¹⁹ RV 685 BlgNR XX. GP Vorblatt. Weiterführend *Rath-Kathrein*, *ecolex* 1997, 713.

reist, erst vom BAA zuerkannt werden, was ebenso eine Wahrscheinlichkeitsprüfung miteinschloss. Überdies bestanden Rechtsschutzdefizite, zumal ein bescheidmäßiger Abspruch über die vorläufige Aufenthaltsberechtigung nicht vorgesehen war. Für Asylsuchende, die über einen Flughafen direkt einzureisen versuchten, wurde das Flughafenverfahren geschaffen. Damit wurde den Grenzkontrollorganen eine Zurückweisung dieser Personen zwar untersagt, eine Anhaltung am Flughafen jedoch zeitlich beschränkt ermöglicht. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Anhaltung war und ist weiterhin umstritten.²⁰ Als verfassungswidrig erwies sich die Regelung der beschleunigten Asylverfahren. Wurde ein Antrag wegen Drittstaatssicherheit oder Unzuständigkeit Österreichs zurückgewiesen oder als offensichtlich unbegründet abgewiesen, konnte nämlich nur innerhalb von zwei Tagen Berufung erhoben werden.

Mit der Schaffung des UBAS als Berufungsinstanz wurde eine aus rechtsstaatlicher Sicht entscheidende Neuerung gesetzt. Durch die Zwischenschaltung dieser weisungsfreien Instanz sollten auch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts entlastet werden. Aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung wurde die Refoulemententscheidung in das Asylverfahren übernommen.²¹

Mit 1. September 1997 trat für Österreich das Dublin-Übereinkommen in Kraft. Nach diesem Abkommen soll ein Asylantrag im Raum der Mitgliedstaaten nur einmal geprüft werden, wozu auch ein entsprechender Kriterienkatalog erstellt wurde. Durch die AsylG Novelle 1999 sollte die im Zusammenhang mit Dublin-Verfahren unklare Situation zur Überprüfung des Refoulementschatzes - schon in der Stammfassung des AsylG 1997 war für diesen Fall eine Ausweisung vorgesehen - geregelt werden. § 5 AsylG wurde ein dritter Absatz beigelegt, der bei einer Dublin-Ausweisung eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung stets als zulässig ansah, was grundrechtliche Bedenken mit sich brachte. In VfSlg 16.221/2001 interpretierte der VfGH diese Bestimmung dahingehend verfassungskonform, dass immer dann von der im Dublin-Übereinkommen vorgesehene Selbsteintrittsklausel Gebrauch zu machen sei, wenn eine Grundrechtsverletzung drohe. Damit wurde zwar dem Refoulementschatz Rechnung getragen, der Wortlaut aber strapaziert.²²

Mit dem Rat von Tampere (15.-16.10.1999) beschloss die EG, im Rahmen des Raums der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts, umfassende Regelungen in Bezug auf das Asylverfahren zu verabschieden.²³ Ein erster Schritt wurde mit der Eurodac-V gesetzzt, welche die Abnahme von Fingerabdrücken vorsah, um die Umsetzung des

²⁰ Nach der Rsp ist die Anhaltung dort uU als Freiheitsentzug zu qualifizieren EGMR 6.11.1980, 7367/76 Fall Guzzardi; 25.6.1996, 19776/92 Fall Amuur. VfSlg 12.523/1990; 15.465/1999; 16.081/2001; 16.354/2001. Weiterführend Kriebaum in Grabenwarter, Freiheitsbeschränkungen im Transitbereich, 71; Feßl, ZUV 2002, 6; Davy, ecolex 1997, (706) 708; Demko, HRRS 2004, 171; Raschauer/Wessely, migraLex 2005, 88; Menschenrechtsbeirat, Zurückweisungszone.

²¹ Feßl/Holzschuster, Kommentar 2005, 52.

²² Weiterführend Muzak, JRP 2002, 87.

²³ Schumacher/Peyrl, Fremdenrecht, 165.

Dublin-Übereinkommens effizienter zu machen.²⁴ Dieses wurde mit leichten Änderungen als Dublin-II-V in den Besitzstand der Europäischen Gemeinschaft übernommen.²⁵ Mit den drei nachfolgenden Richtlinien sollten einheitliche europäische Mindeststandards im Bereich des Asylrechts geschaffen werden. Mit der Aufnahme richtlinie wurden zunächst die Bedingungen der Aufnahme und Versorgung der Schutzsuchenden geregelt.²⁶ Die Statusrichtlinie führte zu einer einheitlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs sowie zu einer Vereinheitlichung der Frage welchen Personen subsidiärer Schutz zu gewähren ist.²⁷ Mit der Verfahrensrichtlinie wurde schließlich ein vereinheitlichtes Asylverfahren geschaffen.²⁸

Mit der Novelle 2002 des FrG 1997 wurde die Integrationsvereinbarung Teil des Fremdenrechts. Diese umstrittene Maßnahme sieht den verpflichtenden Besuch von Deutschkursen zur Verbesserung der Integration vor, wobei dahingestellt bleibt, ob durch Zwang Integration erreicht werden kann.

Mit der AsylG Novelle 2003 wurde das AsylG 1997 weiter verschärft.²⁹ Hinsichtlich des Zugangs zum Asylverfahren wurden durch die ausnahmslose Zurückweisung von aus sicheren Drittstaaten kommenden Asylwerbern sowie durch das dem inhaltlichen Asylverfahren vorangestellte Zulassungsverfahren weitere Barrieren geschaffen. Die Schweiz und Liechtenstein wurden per Gesetz als sichere Drittstaaten definiert. Die bis dahin auf § 5 AsylG beschränkte asylrechtliche Ausweisung wurde auf die Zurückweisung wegen Drittstaatsicherheit und die Abweisung eines Antrags ausgeweitet. An die Stelle der Asylerstreckung trat das Familienverfahren, wobei der Familienbegriff auf die Kernfamilie beschränkt blieb. Verfassungsrechtlich höchst bedenkliche Regelungen über Festnahme und Schubhaft mit denen tlw an Stelle des Ausweisungsverfahrens das Asylverfahren gesichert werden sollte, wurden in das AsylG eingefügt. Die Effektivität des Rechtsschutzes wurde durch den ausnahmslosen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nach zurückweisenden Entscheidungen und die verkürzte Berufungsfrist in Flughafenverfahren stark eingeschränkt. Schon am 15.10.2004 hob der VfGH in VfSlg 17.340/2004 die Bestimmungen über den ausnahmslosen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung, die automatische In-Schubhaftnahme nach Stellung eines Folgeantrags und die zu enge Ausnahme vom Neuerungsverbot für traumatisierte Asylwerber auf und interpretierte andere verfassungskonform. Durch dieses Erkenntnis des VfGH konnten aber nicht alle verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der Novelle 2003 ausgeräumt werden, da einige Anträge aus formalen

²⁴ V 2725/2000, Abl L 316 S 1.

²⁵ V 343/2003, Abl L 2003 S 1.

²⁶ RL 9/2003, Abl 31 S 18.

²⁷ RL 83/2004, Abl 158 S 77.

²⁸ RL 85/2005, Abl 326 S 13.

²⁹ Weiterführend *Khakzadeh*, *migraLex* 2004, 59; *Piska*, *migraLex* 2004, 9; *Muzak*, *migraLex* 2004, 15; *Thallinger*, *ZfV* 2004, 161.

Gründen nicht behandelt wurden.³⁰

1.2 Das Fremdenrechtspaket 2005

Mit dem Fremdenrechtspaket 2005 wurde das Fremdenrecht innerhalb einiger Monate neu geregelt. Die am 2.1.2005 im Parlament eingebrachte Regierungsvorlage wurde schon am 16.8.2005 im BGBl 100/2005 veröffentlicht. Die erste Novellierung erfolgte noch vor dem In-Kraft-Treten mit dem BGBl 157/2005. Nach äußerst kurzer Legisvakanz trat das Fremdenrechtspaket mit 1.1.2006 in Kraft.

Das Fremdenrechtspaket enthält insgesamt 14 Artikel, wovon drei neue Gesetze enthalten. Mit dem neu erlassenen Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG) wird die Ein- und Ausreise und die Aufenthaltsbeendigung von Fremden geregelt. Durch das nunmehr eigenständige Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) werden Aufenthalts- und Niederlassungsrechte geregelt. Mit dem Fremdenrechtspaket wurde somit wieder die Trennung fremdenpolizeilicher Bestimmungen und des Aufenthaltsrechtes, wie sie nach der Rechtslage im FrG 1992 und AufenthaltsgG bestanden hat, eingeführt. Die verfahrensrechtliche Verbindung zw dem Verlängerungsverfahren für Aufenthaltstitel und der Aufenthaltsbeendigung wurde jedoch beibehalten, um den VwGH nicht noch weiter zu belasten. Das AsylG 2005 schließlich regelt das Verfahren für die Zuerkennung eines Schutzstatus nach diesem Gesetz bzw die Ausweisung für den Fall der Zurück- bzw Abweisung des Antrags auf internationalen Schutz. Die weiteren Artikel enthalten Änderungen und Anpassungen des B-VG sowie weiterer Gesetze.³¹

1.2.1 Asylgesetz 2005

Im AsylG 2005 wird sowohl das materielle als auch das formelle Asylrecht geregelt. Die materiellen Regelungen enthalten aber nicht nur Bestimmungen über die Erlangung eines Status als Asylberechtigter bzw subsidiär Schutzberechtigter, sondern auch Bestimmungen über die Ausweisung (§ 1 Z 1-2 AsylG). Das formelle Asylrecht ergibt sich nicht nur aus dem AsylG, sondern für das BAA auch aus dem AVG (Art I Abs 2 Z 30 EGVG), für den AsylGH aus der umstrittenen Regelung des § 23 AsylGHG.³² Wie Rohrböck aufgezeigt hat, enthält das AsylG etliche über diesen als Anwendungsbereich bezeichneten Rahmen hinausgehende Regelungen.³³

³⁰ Feßl, ZUV 2004, 125.

³¹ Das FrG 1997 wurde aufgehoben (Art 5 Fremdenrechtspaket). Die folgenden Gesetze wurden novelliert: BundesbetreuungsG, PersonenstandG, UBAS-G, EGVG 1991, SPG, GebührenG 1957, FamilienlastenausgleichsG 1967, KinderbetreuungsgeldG sowie das TilgG 1972 (Art 6-14 Fremdenrechtspaket).

³² Siehe dazu unten Abschnitt 9.1.3 auf Seite 151.

³³ Rohrböck, § 1 AsylG 2005.

Der Gesetzgeber sah die Notwendigkeit einer Neukodifikation des Asylrechts einerseits in den umfangreichen Novellen des AsylG 1997, andererseits durch die teils aufhebenden Erkenntnisse des VfGH begründet. Mit dem Fremdenrechtspaket sollten vor allem klare Strukturen geschaffen und europarechtliche Anforderungen - insb die Umsetzung der Statusrichtlinie - erfüllt werden.³⁴ Das Asylverfahren, allen voran die Dublin-Verfahren, sollten effizienter gestaltet werden. So wurde die ex lege Zulassung von traumatisierten Asylwerbern abgeschafft und durch die Schubhafttatbestände in § 76 Abs 2 Z 2 und 4 FPG eine frühe In-Schubhaftnahme zur Sicherung der Dublin-Ausweisung ermöglicht. Durch die gesetzliche Normierung von Mitwirkungspflichten sollte das Asylverfahren ebenso effizienter und schneller abgeschlossen werden können.

Um dem „auch in der öffentlichen Wahrnehmung“ existenten „Problem mit manchen Asylwerbern im Bereich der Sicherheits- und Kriminalpolizei“ zu begegnen, schuf der Gesetzgeber das Ausweisungsverfahren sowie weitere Schubhafttatbestände (§ 76 Abs 2 Z 2 und 3 FPG).³⁵ Der Optik wegen wurden diese Zwangsmaßnahmen in das FPG ausgelagert, auch wenn der Gesetzgeber die Überführung in das FPG in der gleichzeitigen Vorlegung begründet wissen wollte.³⁶ Einerseits sollten Sonderverfahren, wie die beschleunigten Verfahren für offensichtlich unbegründete Asylanträge, abgeschafft werden. Andererseits führt der Gesetzgeber selbst aus, dass diese Tatbestände lediglich in die Regelung der aufschiebenden Wirkung übergeführt wurden.³⁷ Das Flughafenverfahren sowie das Familienverfahren wurden nicht nur beibehalten, sondern die zeitliche Anwendbarkeit des Ersteren sogar ausgeweitet.

³⁴ RV 952 BlgNR XXII GP 5 und 7. *Szymanski*, *migraLex* 2005, 68.

³⁵ RV 952 BlgNR XXII GP 4f.

³⁶ RV 952 BlgNR XXII GP 5.

³⁷ RV 952 BlgNR XXII GP 6-7.

2 Verfassungsrechtliche Grundlagen

2.1 Kompetenzverteilung

Bis zur Novellierung des B-VG durch das erste Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz stellte das Asylwesen eine Querschnittsmaterie dar, zumal das B-VG einen Kompetenztatbestand Asylwesen nicht kannte.¹ Dementsprechend stützte sich der Gesetzgeber bei Verabschiedung des AsylG auf die Kompetenzbestimmungen „Passwesen“ (Art 10 Abs 1 Z 3 3. Tatbestand B-VG), „Strafrechtswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG), „Fremdenpolizei“ (Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG), „Arbeitsrecht“ (Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG) sowie die Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen (Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG) und auf Art 17 B-VG im Hinblick auf die freiwilligen Leistungen des Bundes.²

Mit dem ersten Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz wurde Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG dahingehend novelliert, dass die Kompetenzen des Bundes nunmehr mit dem Begriffen „Aufenthaltsverbot, Ausweisung und Abschiebung; Asyl; Auslieferung“ an Stelle der zum Teil veralteten Begriffe „Abschiebung, Abschaffung, Ausweisung und Auslieferung sowie Durchlieferung“ umschrieben werden. Neben einer Anpassung an modernere rechtliche Begriffe wurde damit auch eine klare Bundeskompetenz zur Regelung des Asylwesens geschaffen.³ Unklar ist jedoch, was der neue Kompetenztatbestand „Asyl“ umfassen soll und ob er vom Begriff „Asylwesen“ iSd Art 129c B-VG zu unterscheiden ist. Zumal der Gesetzgeber hinsichtlich des Umfanges dieser Kompetenz auf den Begriff der Asylsache in Art 129c B-VG verweist, ist von der Gleichsetzung der Begriffe auszugehen.⁴

Diese einzige Erklärung zum Umfang des Kompetenztatbestandes ist freilich wenig hilfreich, zumal der Umfang des Asylwesens iSd Art 129c B-VG seit seiner Einführung nur im Kern klar ist. Nach der Rsp des VfGH muss auf den Inhalt der zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Art 129c B-VG, den 1.1.1998, erlassenen Asylgesetze (AsylG 1986, 1991 und 1997) zurückgegriffen werden.⁵ Der VfGH und die Literatur folgten insoweit der Versteinerungstheorie, wobei sie jedoch konnexe Materien,

¹ Rohrböck, Kommentar, Rz 40; Feik in Bachmann, Fremdenrecht⁶, 83; Feßl/Holzschuster, Kommentar 2005, 48f.

² RV 952 BlgNR XXII GP Vorblatt.

³ BGBl 2/2008. Zur Forderung einer derartigen Novellierung vgl schon Pfeifer, JBl 1965, (57) 60. Zur Diskussion um die frühere Kompetenzverteilung Davy, ecolex 1997, (821), 825; Rohrböck, Kommentar, Rz 41; Feßl/Holzschuster, Kommentar 2005, 49.

⁴ Muzak in Muzak/Rohrböck, Asylgerichtshof, 32; Wiederin, migraLex 2008, (6) 7.

⁵ VfSlg 16.192/2001.

soweit diese ansatzweise schon in den am 1.1.1998 geltenden Gesetzen vorgesehen waren, zum Begriff der Asylsache rechneten und damit den Begriff ausdehnten.⁶ In seiner letzten Entscheidung hinsichtlich der Rechtslage vor dem 1.7.2008 ging der VfGH schließlich davon aus, dass auch die Fragen der Grundversorgung Asylsachen, wenngleich auch nur im Randbereich, darstellen würden, womit er seinen früheren Ansatz, dass bloß zumindest ansatzweise in den bis zum 1.1.1998 erlassenen Asylgesetzen, geregelte Materien als Asylsachen zu qualifizieren seien, aufgab.⁷ Die mit dieser Entscheidung eingeführte Unterscheidung in Kernbereiche des Asylrechts, in welchen dem UBAS eine Zuständigkeit garantiert sei, und in Randbereiche, in welchen es dem Gesetzgeber freistehe, diese auch anderen Instanzen zu übertragen, rettete wohl die Bestimmungen, die in der Grundversorgung einen Instanzenzug zu den UVS vorsahen, war aber in dogmatischer Hinsicht wenig überzeugend, zumal sich der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nur auf die Errichtung, nicht aber die Kompetenzen des UBAS bezog.⁸

Nach der Rsp des VfGH waren demnach auch durch die Asylbehörden auszusprechende Ausweisungen verfassungskonform, da das AsylG 1997 dieses Konzept, wenn auch nur in Dublin-Verfahren, kannte.⁹ Im Zeitpunkt der Einführung der Kompetenz für Asyl und der Schaffung des AsylGH stand überdies das AsylG 2005, welches für (fast) jede zurück- oder abweisende Entscheidung eine Ausweisung vorsieht, in Geltung, sodass im Versteinerungszeitpunkt 2008 die Ausweisung vom Begriff Asyl erfasst war.¹⁰ Selbst wenn man auf Grund des Verweises auf Art 129c B-VG aF, der gleichzeitig mit dem AsylG 1997 eingeführt wurde, auf den 1.1.1998 als relevanten Versteinerungszeitpunkt für den Asylbegriff in der Kompetenzverteilung abstellen wollte, ergibt sich die Verfassungsmäßigkeit der asylrechtlichen Ausweisung aus der schon vom VfGH angedeuteten intrasystematischen Fortentwicklung des Begriffs.¹¹ Gegen diese Ansicht kann freilich der äußert mögliche Wortsinn, der die Grenze einer jeden Auslegung bildet, eingewandt werden, da Asyl begrifflich für Schutz und nicht für Vertreibung steht. Wie Muzak aufgezeigt hat, umfasst das Wort Asyl im österreichisch-juristischen Sprachgebrauch zumindest seit 1997 auch die Ausweisung.¹²

Als Kompetenzgrundlage der asylrechtlichen Ausweisung kommt freilich auch der ebenfalls im Schubwesentatbestand enthaltene Kompetenztatbestand der Auswei-

⁶ VfSlg 17.516/2005; VfGH 3.10.2006, G33/06 ua. Vgl auch Köhler in Korinek/Holoubek, Art 129c B-VG, Rz 5; Röhrböck, Kommentar, Rz 1056; Wiederin, migraLex 2008, 6.

⁷ VfSlg 17.942/2006.

⁸ Muzak in Muzak/Röhrböck, Asylgerichtshof, 31.

⁹ VfSlg 16.211/2001; 17.516/2005.

¹⁰ Ausnahmen von der Ausweisung bestehen hinsichtlich des Flughafenverfahrens und des im Botschaftsverfahren durchgeführten Familienverfahrens.

¹¹ Vgl Muzak in Muzak/Röhrböck, Asylgerichtshof, 34. Zu Art 129c B-VG nF hat dies der VfGH in seinem Erkenntnis vom 7.11.2008, U 48/08, ausdrücklich festgehalten.

¹² Muzak in Muzak/Röhrböck, Asylgerichtshof, 34.

sung in Frage, der, wie vom Kompetenztatbestand Asyl umfasste Materien, in unmittelbarer Bundesverwaltung vollzogen werden kann.¹³ Damit wäre zwar eine Kompetenzgrundlage für die Regelung der asylrechtlichen Ausweisung gefunden, doch wäre der Vollzug durch den AsylGH, der nur zur Entscheidung über Asylsachen, berufen ist, sodann verfassungsrechtlich fragwürdig.¹⁴ Denn der Begriff Asyl in Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG ist mit dem Begriff Asylsachen in Art 129c B-VG gleichzusetzen, sodass - subsumiert man die asylrechtliche Ausweisung unter den Kompetenztatbestand Ausweisung - der AsylGH nicht zur Entscheidung über die asylrechtliche Ausweisung berufen wäre. Auch diese Tatsache spricht für den zuvor dargestellten Auslegungsansatz, zumal dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, Verfassungswidriges anzuordnen. Schließlich hat auch der VfGH festgehalten, dass die Novellierung von Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG nichts an der Zuständigkeit des AsylGH hinsichtlich der asylrechtlichen Ausweisung geändert habe.¹⁵

Während die Frage der Kompetenz hinsichtlich der asylrechtlichen Ausweisung somit (mehr oder weniger) klar geregelt wurde, bleibt die Frage der Kompetenz zur Regelung und daran anknüpfend zum Vollzug der Bestimmungen über die Grundversorgung nach wie vor unbeantwortet. Im Versteinerungszeitpunkt 1997, aber auch 2005, war die Frage der Grundversorgung von Asylwerbern nicht im AsylG, sondern 1997 im BBtrG, 2005 im GVG-B geregelt. Der Kompetenztatbestand Asyl umfasst daher nicht die Kompetenz, die Grundversorgung zu regeln, soweit man davon ausgeht, dass es nur auf die tatsächlich im AsylG und nicht in damit verwandten, aber legislatisch getrennten Bereichen für den Begriff ankommt. Davon ist jedoch nicht auszugehen, zumal es die Verfassungswidrigkeit der auf Art 15a B-VG beruhenden Grundversorgungsvereinbarung und der Grundversorgungsregelungen der Länder zur Folge hätte, auch wenn es mehr als zweifelhaft erscheint, dass der Verfassungsgesetzgeber diese Konsequenzen bedacht hat.¹⁶ Für diese Ansicht spricht auch, dass der VfGH Fragen der Grundversorgung als Asylsachen im weiteren Sinn bezeichnet hat.¹⁷

Der UVS Niederösterreich vertrat in seiner Stellungnahme zum Entwurf des Fremdenrechtspaketes die Ansicht, dass der UBAS zur Entscheidung über Schubhaftbeschwerden von Asylwerbern zuständig sei. Denn wenn Ausweisungen nach dem AsylG als Asylsache qualifiziert würden, solle auch die eine Ausweisung sichernde

¹³ Dass die vom VfGH bis dato vorgenommene Subsumierung der Ausweisung unter den Tatbestand der Fremdenpolizei verfehlt war, ist damit offenkundig. Diese Interpretation muss aber vor dem Hintergrund des bis zur nunmehrigen Novellierung ansonsten bestehenden verfassungswidrigen Vollzuges gesehen werden. Vgl. *Rohrböck*, Kommentar, Rz 439.

¹⁴ *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 35.

¹⁵ VfGH 7.11.2008, U 48/08. Vgl. weiterführend *Wiederin*, *migraLex* 2009, 27.

¹⁶ *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 38; vgl. *Wiederin*, *migraLex* 2008, (6) 7. AaO auch weiterführend zu den daraus zu ziehenden Konsequenzen für den Instanzenzug, der einfachgesetzlich bei den UVS angesiedelt wurde.

¹⁷ VfSlg 17.942/2006.

Schubhaft eine Asylsache darstellen.¹⁸ Dagegen ist einzuwenden, dass das AsylG 1997 zwar Regelungen über die Schubhaft vorsah, doch für diese Fälle ausdrücklich die Anwendbarkeit des FrG 1997 vorgesehen wurde (§ 34b AsylG 1997). Im AsylG 2005 finden sich hingegen überhaupt keine Regelungen über die Schubhaft mehr, da diese in das FPG ausgelagert wurden, sodass weder im Versteinerungszeitpunkt 1997 noch 2008 von einer Kompetenz des AsylGH zur Entscheidung über Schubhaftbeschwerden auszugehen ist. Köhler führte in Anlehnung an den VfGH aus, dass nach der Rechtslage vor dem 1.7.2008 kein verfassungsrechtliches Gebot, alle Asylsachen dem UBAS zuzuweisen, bestanden habe, soweit die Differenzierung sachlich gerechtfertigt werden habe können, was auf den ersten Blick ein weiteres Argument für die mangelnde Kompetenz des AsylGH darstellt, zumal der Gesetzgeber von der Kontinuität der Kompetenzen ausging.¹⁹ Die Argumentation des VfGH, auf die sich Köhler stützt, ist jedoch in dogmatischer Hinsicht zweifelhaft, da er aus der mangelnden Bestandgarantie des UBAS Rückschlüsse auf dessen Kompetenzen zog. Wie Muzak aufgezeigt hat ist diese Ansicht nach der neuen Rechtslage seit dem 1.7.2008 jedoch keinesfalls mehr haltbar, zumal die Errichtung des AsylGH nicht mehr der Disposition des einfachen Gesetzgebers obliegt.²⁰

Die Neuregelung ist insgesamt zu begrüßen, da sie verfassungsrechtlichen Bedenke im Hinblick auf die Kompetenzlage und die Verfassungsmäßigkeit der unmittelbaren Bundesverwaltung im Bereich des Asyl- und Fremdenwesens weitestgehend beseitigt hat, wenngleich eine genauere Definition des Begriffs Asyl iSd B-VG ebenso sinnvoll gewesen wäre, was sich insbesondere bei den Schwierigkeiten hinsichtlich der asylrechtlichen Ausweisung und der Frage der Grundversorgung zeigt.

2.2 Vollzug in unmittelbarer Bundesverwaltung

Art 102 Abs 2 B-VG ermöglicht die Vollziehung taxativ aufgezählter Angelegenheiten in unmittelbarer Bundesverwaltung. So dürfen ua die Regelung und Überwachung des Ein- und Austritts aus dem Bundesgebiet, das Passwesen und die Fremdenpolizei unmittelbar von Bundesbehörden vollzogen werden. Für den unmittelbaren Vollzug des Ein- und Auswanderungswesen und des Schubwesens bedurfte es e-contrario Art 102 Abs 2 B-VG bis zum In-Kraft-Treten des ersten Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetzes hingegen der Zustimmung der Länder (Art 102 Abs 4 B-VG).²¹

Der vom BAA mit einem negativen Asylbescheid zu verknüpfenden Ausweisung

¹⁸ UVS Niederösterreich, Stellungnahme.

¹⁹ Köhler in *Korinek/Holoubek*, Art 129c B-VG, Rz 8.

²⁰ Muzak in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 31.

²¹ *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Art 10 Abs 1 Z 3 4. Tatbestand B-VG, Rz 13; *Rohrböck*, Kommentar, Rz 1027-1028; aA unreflektiert *Grussmann* in *Bachmann*, Fremdenrecht², 83.

mangelte es, es sei denn die Länder hätten zugestimmt, daher an einer Bundeskompetenz. Der VfGH löste die Problematik, indem er die Ausweisung sowie die Zurückschiebung und das Aufenthaltsverbot unter den Kompetenztatbestand Fremdenpolizei subsumierte.²²

Diese Subsumtion widersprach jedoch der Versteinerungstheorie und negiert den *lex specialis* Charakter des Schubwesens im Bezug auf die Fremdenpolizei. Mit der B-VG Novelle 1929 wurden die Kompetenzbereiche Grenzkontrollwesen, Passwesen und Fremdenpolizei in die Aufzählung von Art 102 Abs 2 B-VG aufgenommen, das Gleiche wurde für den Schubwesentatbestand nicht einmal in Erwägung gezogen.²³ Das Schubwesen konnte nur unter der Verfassung 1934 in unmittelbarer Bundesvollziehung vollzogen werden, wenn die Verhältnisse es erforderten (Art 102 (1) lit w Z 2 B-VG idF 1934).²⁴ Der Vollzug der Ausweisung nach dem AsylG durch das BAA und den UBAS, beides unmittelbare Bundesbehörden, war somit verfassungsrechtlich höchst bedenklich, es sei denn die Länder hätten dieser Regelung zugestimmt.²⁵ Ob dies der Fall ist, ist für die Autorin nicht feststellbar.²⁶ Der Gesetzgeber ging jedoch offensichtlich von der Zulässigkeit der Einrichtung des BAA aus, da sich in den Materialien keinerlei Überlegungen dazu finden.²⁷

Durch die Anpassung des Art 102 Abs 2 B-VG im Rahmen des Ersten Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetzes wurden diese vom Gesetzgeber als „offenbare Redaktionsversehen“ bezeichneten Bedenken ausgeräumt.²⁸ Denn nunmehr ist auch der Kompetenztatbestand Schubwesen in seiner novellierten Form in der Aufzählung des Art 102 Abs 2 B-VG enthalten, sodass ein Vollzug in der unmittelbaren Bundesverwaltung durch das BAA und den AsylGH verfassungskonform möglich ist.

²² Aufenthaltsverbot VfSlg 5944/1969; 7608/1975; Ausweisung VfSlg 17.516/2005, wo er diese Subsumtion erstmals begründete und auf die Materialien des AsylG 1991 stützte. Die unreflektierte Literatur gab groÙteils nur die Ansicht des VfGH wieder, so *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005, § 58 K3; *Feßl/Holzschuster*, Kommentar 2005, 48ff und 594.

²³ *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Art 10 Abs 1 Z 3 4. Tatbestand B-VG, Rz 6.

²⁴ BGBl 239/1934. Vgl auch die Anträge des UBAS in VfSlg 17.516/2005.

²⁵ Vgl die nach der Rechtslage vor 1.7.2008 vergleichbare Problematik der Zuständigkeit der Bundespolizeidirektionen und der Sicherheitsdirektion als Fremdenpolizeibehörden in Fragen der Abschiebung. *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Art 10 Abs 1 Z 3 4. Tatbestand B-VG, Rz 13; *Rohrböck*, Kommentar, Rz 1027-1028; aA unreflektiert *Grussmann* in *Bachmann*, Fremdenrecht², 83.

²⁶ Hinsichtlich des AsylG 1997 hat die Bundesregierung eingestanden, dass sie die Zustimmung der Länder nicht eingeholt hat. Äußerungen der Bundesregierung in VfSlg 17.516/2005.

²⁷ RV 952 BlgNR XXII GP 72; Vgl schon RV 382 BlgNR III GP; *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Art 10 Abs 1 Z 3 4. Tatbestand B-VG, Rz 6.

²⁸ RV 314 BlgNR XXIII GP 7.

2.2.1 Bundesasylamt

Das Bundesasylamt, eine eigenständige, dem BMI untergeordnete Behörde, bildet seit 1992 die erste Instanz im Asylverfahren (§ 58 AsylG).²⁹ Die Leitung des monokratisch organisierten BAA obliegt gemäß § 58 Abs 1 AsylG dem Direktor. Auf Grundlage von § 58 Abs 4 AsylG wurden durch einen Akt der inneren Verwaltungsorganisation in Wien, Traiskirchen, Eisenstadt, Graz, Linz, Salzburg und Innsbruck Außenstellen des BAA errichtet, denen keine eigenständigen Kompetenzen zukommen.³⁰ Den drei Erstaufnahmestellen in Traiskirchen (EASt Ost), St. Georgen im Attergau (EASt West) und am Flughafen Wien Schwechat (EASt Flughafen) kommt besondere Bedeutung zu, da bestimmte Verfahrenshandlungen, zB die Antragseinbringung, nur bei ihnen gesetzt werden können. Grundlage ihrer Einrichtung ist § 59 AsylG iVm § 3 AsylG-DV 2005, gemäß welchem auch die EAsT dem Direktor des BAA unterstellt sind.³¹

2.2.2 Asylgerichtshof

Mit 1.7.2008 wurde der UBAS, seit 1.1.1998 zweite Instanz in Asylsachen, aufgelöst und an dessen Stelle der AsylGH errichtet. Der dem BKA zugeordnete AsylGH - was gegenüber der Zuordnung des UBAS zum BMI und den damit einhergehenden strukturellen Bedenken zu begrüßen ist - hat mit 1. Juli 2008 seine Arbeit aufgenommen.³² Ziel seiner Einrichtung war auf der einen Seite eine Beschleunigung der Asylverfahren, auf der anderen Seite sollte ein echtes Verwaltungsgericht geschaffen werden, zumal der Rechtszug zum VwGH, letztlich wohl auch aus Beschleunigungsüberlegungen, entfallen ist.³³

Die Regelungen hinsichtlich des AsylGH wurden nach einem an Geschwindigkeit kaum zu unterbietenden Gesetzgebungsverfahren - Einbringung der RV für das Erste Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz am 7.11.2007, für das AsylGH-Einrichtungsgesetz am 30.11.2007, Behandlung im Verfassungsausschuss des Nationalrates am 27.-28.11.2007, Annahme im Nationalrat am 5.12.2007 und im Bundesrat am 19.12.2007 - angenommen.³⁴ Ein bei derartig einschneidenden Änderungen der Gesetzeslage übliches, öffentliches Begutachtungsverfahren fand nicht statt, was den Eindruck einer übereilten Regelung verstärkte.³⁵

²⁹ Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 58 K2.

³⁰ Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 58 K5; Putzer/Rohrböck, Leitfaden Asylrecht, 702.

³¹ Weiterführend siehe Feßl/Holzschuster, Kommentar, 593ff; Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, §§ 58-59; Putzer/Rohrböck, Leitfaden Asylrecht, 700ff.

³² Jabloner in *Vereinigung der öst Richterinnen und Richter*, Vom unabhängigen Bundesasylsenat zum Verwaltungsgericht des Bundes, (55) 62-67 und 71f.

³³ Muzak, *migraLex* 2008, 13f.

³⁴ *Parlament*, Geschichte der RV 314 BlgNR XXIII GP; BGBl 2/2008.

³⁵ Vgl die Kritik von *UNHCR*, Analyse des Entwurfs zur Einrichtung eines Asylgerichtshofs (verfassungsrechtlicher Teil). Die Justizministerin Berger gestand in einem Interview mit dem Standard

Der AsylGH erkennt nach Erschöpfung des Instanzenzuges durch Richter über Bescheide der Verwaltungsbehörden in Asylsachen (Art 129c Z 1 B-VG) und über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht in Asylsachen (Z 2 leg cit).³⁶ Die Kompetenzbestimmungen des AsylGH wurden somit den Kompetenzen des UBAS idF Art 129c B-VG BGBl I 100/2005 nachempfunden. Mit der Novelle im Zuge des Fremdenrechtspakets wurde Art 129c B-VG sprachlich an Art 129a B-VG angepasst - Entscheidung „nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges, sofern ein solcher in Betracht kommt“ anstelle der Entscheidung als „Berufungsbehörde“ - was hinsichtlich der Kompetenzen des AsylGH weitergeführt wurde.³⁷

Der nunmehrige Wortlaut des B-VG scheint jedoch die Erschöpfung eines Instanzenzuges unterhalb des AsylGH zwingend zu verlangen. Die Intention des Gesetzgebers, mit der Einrichtung des AsylGH die Verfahren zu beschleunigen und die auch ausdrücklich dargelegte Ansicht, dass das BAA die erste und einzige verwaltungsbehördliche Instanz darstellen solle, sprechen jedoch gegen eine solche Auslegung. Wie Muzak zutreffend ausführt, ist im Zweifel auch eine dem Gesetzgeber einen Normenkonflikt zwischen gleichzeitig erlassenem Verfassungsgesetz und einfachem Gesetz anlastende Auslegung zu unterlassen, sodass nicht davon auszugehen ist, dass das B-VG einen Instanzenzug vom BAA zu einer anderen Verwaltungsbehörde unterhalb des AsylGH verlangt.³⁸

War durch den Begriff Berufungsbehörde klar, dass der Weg zum UBAS, nunmehr zum AsylGH, nur nach einem Bescheid des BAA offenstand, war es nach der letzten, im Hinblick auf den des UBAS, nunmehr den AsylGH, gültigen, an die UVSL angepassten Fassung von Art 129c B-VG denkbar, dass eine Beschwerde auch gegen verfahrensfreie Akte des BAA in Asylsachen zulässig wäre. Wie Balthasar unter Hinweis auf Köbler in Korinek/Holoubek ausführt, wurde der UBAS ursprünglich nur als Berufungsbehörde geschaffen. Diese Einschränkung sei mit der Novelle 2005 jedoch entfallen. Die Auslegung nach der lex posterior und der lex specialis Regelung spreche somit dafür, so Balthasar, dass der UBAS nunmehr auch für verfahrens-

ein, den Entwurf nicht einmal gelesen zu haben. (*DerStandard.at*, „Das ist einmal so hinzunehmen“ [5.12.2007]).

³⁶ Der Entwurf sah ursprünglich auch die Übertragung weiterer Materien durch einfaches Gesetz an den AsylGH vor. Von diesem Plan wurde jedoch wieder Abstand genommen, da Bedenken bestanden, dass so durch einfachgesetzliche Zuweisung einer Materie zum AsylGH der Instanzenzug zum VwGH abgeschnitten werden könnte. Vgl. *Verfassungsausschuss des Parlaments*, Bericht zu RV 314 BlgNR XXIII GP; *amnesty international Österreich/Asylkoordination/Diakonie/Integrationshaus/Volkshilfe/SOS Mitmensch*, Stellungnahme zum „Asylgerichtshof“.

³⁷ Zu den Auswirkungen der Novelle 2005 siehe *Balthasar*, UVSaktuell 2006, 1, der jedoch die einfachgesetzliche Regelung des § 73 Abs 2 AVG verkennt und von der Verfassungswidrigkeit dieser Regelung auf Grund der Entscheidungskompetenz des UBAS im Fall der Devolution ausgeht.

³⁸ *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 27ff.

freie Erledigungen in Asylsachen zuständig sei.³⁹ Auch eine am Wortlaut orientierte systematische Auslegung führte zu diesem Ergebnis, da mit der Novelle eben eine Anpassung an die UVSL erfolgte. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass die Zuständigkeit zur Entscheidung über Beschwerden gegen AuvBZ (bislang) verfassungsgesetzlich zwingend bei den UVS angesiedelt gewesen sei, könne dies kein überzeugendes Argument für deren weitere Zuständigkeit bilden, zumal es dem Verfassungsgesetzgeber frei stehe, diese Kompetenzverteilung zu verändern. Da mit der Errichtung des AsylGH der Wortlaut der diesbezüglichen Bestimmung nicht verändert wurde, treffen diese Überlegungen auch auf den AsylGH zu.

³⁹ *Balthasar*, UVSaktuell 2006, (1) 16.

3 Grundrechte

3.1 Einleitung

Zwar entspricht es der ständigen Rsp des EGMR und des VfGH, dass ein Fremder keinen grundrechtlichen Anspruch auf Aufenthalt im Bundesgebiet hat, doch lassen sich aus der Rsp materielle sowie formelle Schranken für eine Ausweisung ableiten.¹ Trechsel spricht von „echten Ausnahmen“ mit Blick auf die aus Art 2, 3 und 8 MRK gewährten Rechte, da sie eine Aufenthaltsbeendigung verhindern können.² Verfahrensrechtliche Schranken finden sich im allgemeinen Grundrecht des Art 13 MRK, ob hingegen Art 6 MRK überhaupt auf Asylverfahren anwendbar ist, ist strittig. Dem in der Rsp des VfGH eine große Rolle spielendem Gleichheitssatz kommt auch in Fragen der asylrechtlichen Ausweisung, insb durch den Entfall des VwGH, als eine Grundlage für die Entscheidungen des VfGH große Bedeutung zu. Die MRK enthält schließlich in Art 4 4.ZPMRK und Art 1 7.ZPMRK ausweisungsspezifische Grundrechte.

3.2 Ausweisungsbegriff der MRK

Die MRK verwendet den Begriff der Ausweisung zwar an mehreren Stellen - Art 5 Abs 1 lit f MRK, Art 3 4.ZPMRK, Art 4 4.ZPMRK (Kollektivausweisungen), Art 1 7.ZPMRK - doch findet sich keine Definition. Bei der Auslegung dieses Begriffes muss beachtet werden, dass die MRK autonom auszulegen ist.³ Der Ausweisungsbegriff der MRK ist also insb nicht ident mit dem der §§ 53-54 FPG bzw § 10 AsylG.

Sicher ist, dass eine Auslieferung keine Ausweisung darstellt. Dies geht eindeutig aus dem französischen und englischen Originaltext hervor und wird noch durch einen Blick in Art 5 Abs 1 lit f MRK, wo beide Begriffe angeführt sind, verdeutlicht. Da in Art 4 4.ZPMRK auf Kollektivausweisungen abgestellt wird, ist auch klar, dass sich Art 1 7.ZPMRK auf Ausweisungen von Einzelpersonen bezieht.

Mangels weiterer Anhaltspunkte im Text der MRK kommt der Judikatur, die allerdings relativ spärlich ist, besondere Bedeutung zu. Eine erste Definition gab die

¹ EGMR 7.7.1989, 14038/88 Fall Soering, Rz 85; 30.10.1991, 13163/87ua Fall Vilvarajah, Rz 102; 15.11.1996, 22414/93 Fall Chahal, Rz 73; 17.12.1996, 25964/94 Fall Ahmed, Rz 38; 29.4.1997 24573/94, Fall H.L.R., Rz 33. VfSlg 3913/1961; 8611/1979; 11.397/1987.

² Trechsel in *Barwig/Brill*, Art 3 MRK Ausweisung, 88.

³ Frowein/Peukert, EMRK 4f; Neuhold/Hummer/Schreuer (*Hrsg*), Völkerrecht, Rz 357ff.

EKMR in Appl 6189/73.⁴ Dort definierte sie eine Ausweisung als eine Maßnahme durch die „a person is obliged permanently to leave the territory of the State ... without being left the possibility of returning later.“ Im Fall Brückmann sprach die EKMR nur von der „execution of an order to leave the country“.⁵ Seit Becker gg Dänemark wird eine Ausweisung als „... any measure of the competent authorities compelling aliens... to leave the country...“ definiert.⁶ Der VfGH versteht unter dem Begriff der Ausweisung iSd MRK „vom Wortsinn her alle fremdenpolizeilichen Maßnahmen, die darauf abzielen, dass der Fremde das Land verlasse (vgl Art 5 Abs 1 lit f MRK sowie Art 3 Abs 1 und Art 4 4.ZPMRK sowie Art 1 7.ZPMRK)“.⁷

Eine Ausweisung ist nach der Rsp somit eine Maßnahme, die eine Person zur Ausreise zwingt. Die Durchsetzung mit Befehls- und Zwangsgewalt ist aber nicht vorausgesetzt. Es reicht aus, dass formell das Recht entzogen wird, sich weiter in dem Staat des bisherigen Aufenthalts aufzuhalten. Wie lange diese Maßnahme andauert ist irrelevant. Auch eine bloß vorübergehende Außerlanderschaffung ist eine Ausweisung. Wird der Betroffene jedoch nur aus einem Teil des Staatsgebietes ausgewiesen, wird dies vom Ausweisungsbegriff der MRK nicht erfasst.⁸ Zwangsumsiedelungen innerhalb des Staatsgebietes werden somit nur durch Art 2 4.ZPMRK erfasst.

Ob Entscheidungen, die eine Aufenthaltsbeendigung ermöglichen, aber an sich nicht zur Ausreise zwingen, als Ausweisungen iSd MRK anzusehen sind, ist fraglich. Hier sind zB die Nichtverlängerung einer Aufenthaltsberechtigung, die Aberkennung von Asyl oder die Nichtverlängerung einer subsidiären Schutzberechtigung einzuordnen.⁹

In der bisherigen Rsp wurde der Betroffene zumindest zur Ausreise aufgefordert. Im Fall Andric wurde jedoch eine Verletzung von Art 4 4.ZPMRK behauptet, obwohl ein Abschiebungsaufschub auf unbestimmte Zeit gewährt wurde.¹⁰ Diese Entscheidung kann also die Ansicht stützen, dass schon der Entzug des Aufenthaltsrechtes eine Ausweisung iSd MRK darstellt. Auch der erläuternde Bericht deutet in diese Richtung, da dort der Ausweisungsbegriff in einem „generic sense as meaning any measure compelling the departure of an alien“ verstanden wird.¹¹ Der VwGH konnte bisher zu dieser Frage keine Stellung nehmen. In seiner Entscheidung vom 17.10.1997, 96/19/2494, hielt er fest, dass Art 1 7.ZPMRK auf die Erteilung einer

⁴ EKMR, Appl 6189/73, CD 46, 214.

⁵ EKMR 14.7.1976, 6242/73 Fall Brückmann.

⁶ EKMR 3.10.1975, 7011/75 Fall Becker; 11.3.1977, 7704/76; 3.3.1978, 7757/77; 6.5.1986, 11618/85 Fall H.A.; 11.1.1995, 25129/94 Fall Tahiri. EGMR 23.2.1999, 45917/99 Fall Andric (Zulässigkeitsentscheidung); 5.2.2002, 51564/99 Fall Conka, Rz 59.

⁷ VfSlg 13.039/1992; 13.300/1992.

⁸ EGMR 23.5.2001, 25316/94 ua Fall Denizci ua, Rz 410.

⁹ Muzak, ÖJZ 1999, (13) 19.

¹⁰ EGMR 23.2.1999, 45917/99 Fall Andric (Zulässigkeitsentscheidung).

¹¹ Erläuternder Bericht Rz 10.

Niederlassungsbewilligung jedenfalls nicht anwendbar ist, wenn der bisherige Aufenthalt unrechtmäßig war. Über die Anwendbarkeit bei Vorliegen aller Vorraussetzungen sagt der VwGH nichts. In seinem Erkenntnis vom 5.5.2000, 2000/19/0013, hielt der VwGH fest, dass Art 4 4.ZPMRK durch die Versagung einer Niederlassungsbewilligung nicht verletzt wird. In der Entscheidung ging es jedoch um einen Erstantrag auf Niederlassungsbewilligung. Dieses Judikat beantwortet somit die Frage nach der Ausweisungseigenschaft von Aberkennung bzw Verweigerung von weiteren Aufenthaltstiteln nicht.

Die Literatur bejaht das Vorliegen einer Ausweisung in solchen Fällen. So schreibt Pöschl, dass „auch die Beendigung des rechtmäßigen Aufenthaltsstatus als Ausweisung angesehen werden“ kann.¹² Rosenmayr vertrat eine differenzierte Ansicht. In der Verhängung eines Aufenthaltverbots und der Ungültigerklärung eines Sichtvermerks erkannte er ebenso eine Ausweisung, da hier ein bestehendes Aufenthaltsrecht genommen werde. Im Fall der Nichtverlängerung eines Aufenthaltstitels sah Rosenmayr aber keine Ausweisung iSd MRK, da dies den Fremden noch nicht zur Ausreise zwingt. Er sah dies als eine Art Vorstufe zur Ausweisung.¹³ Rosenmayrs Ansicht ist nach der neuen Rechtslage nicht mehr haltbar. § 10 NAG sieht eindeutig den Verlust des Aufenthaltsrechts für den Fall der Ungültigkeitserklärung eines Aufenthaltstitels vor. Da ein weiterer Aufenthalt im Bundesgebiet hier auch strafrechtliche Folgen nach sich zieht (§ 120 FPG), wenn nicht ausnahmsweise ein anderer Tatbestand des rechtmäßigen Aufenthalts erfüllt ist, ist von einer Verpflichtung zur Ausreise auszugehen.

Eine Verbindung zw der Ausweisung iSd MRK und der eigentlichen Ausreisepflichtung muss jedoch gegeben sein. Denn sonst würde die strafgerichtliche Verurteilung, auf Grund derer ein Aufenthaltsverbot erlassen werden kann, schon als Ausweisung iSd MRK zu sehen sein.

In der Literatur findet sich auch der Ansatz, dass indirekte Ausweisungen, dass seien zB Situationen von fehlendem Schutz gegenüber Verfolgungen von Privaten oder einem systematischem Verbot der Religionsausübung, Ausweisungen iSd MRK darstellen. Dass einzelne Maßnahmen für die betroffenen Personen nicht angenehm seien, reiche nicht aus. Insb könne es nicht genügen, dass Staatsangehörige gegenüber Fremden zB bei der Jobvermittlung bevorzugt würden.¹⁴ Das Leben müsse geradezu unmöglich geworden sein. Dieser Gedanke beruht darauf, dass Zwang zur Ausreise sich nicht nur aus einer konkreten Anordnung, sondern auch durch eine derartige Erschwerung der Lebensumstände, sodass nur noch eine Ausreise als Alternative verbleibe, ergeben könne.

¹² Pöschl in *Korinek/Holoubek*, Art 4 4.ZPMRK, Rz 7.

¹³ *Rosenmayr*, ZfV 1988, (1) 7.

¹⁴ *Doehring*, ZaöRV 1985, (372) 383f.

Henckaerts ist der Ansicht, dass der Ausweisungsbegriff weit genug sei, um indirekte Ausweisungen zu erfassen.¹⁵ Ausgehend davon, dass „any measure“ Fremde zur Ausreise zwingen kann, scheint der Begriff weit genug zu sein.¹⁶ Denn unter „any measure“ können die oben beschriebenen Vorgänge subsumiert werden. Eine Einschränkung ist jedoch durch das Erfordernis der „competent authority“ enthalten. Nur Maßnahmen, die von der zuständigen Behörde ausgehen, erfüllen den Ausweisungsbegriff. Übergriffe durch Private erfüllen also den Ausweisungsbegriff nicht.

3.3 Recht auf Leben und Folterverbot

In der Rsp des EGMR bildet das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung und Bestrafung, neben Art 8 MRK, die wohl wichtigste Bestimmung in Ausweisungsfragen. Droht mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine Verletzung von Art 3 MRK, ist der weitere Aufenthalt im Bundesgebiet zu gestatten. Art 3 MRK bildet aber nicht nur einen Maßstab für die Zulässigkeit von Ausweisungen, sondern auch einen Verhaltensmaßstab für die die Abschiebung vollziehenden Sicherheitsorgane. Art 2 MRK - das Recht auf Leben - tritt hingegen in seiner Bedeutung hinter Art 3 MRK zurück. Der EGMR prüft eine mögliche Verletzung von Art 2 MRK zumeist im Zusammenhang mit Art 3 bzw findet eine eigenständige Prüfung überhaupt unnötig.¹⁷

3.3.1 Schutzzumfang

Art 2 MRK garantiert den Schutz des Lebens und verbietet vorsätzliche Tötungshandlungen, soweit sie nicht unter einen der Ausnahmetatbestände nach Art 2 Abs 2 MRK - diese umfassen Nothilfe, eine ordnungsgemäße Festnahme bzw Verhinderung der Flucht und die Unterdrückung eines Aufstandes - fallen. Absoluter Schutz besteht vor der Verurteilung zur und der Vollstreckung der Todesstrafe (6. und 13.ZPMRK). Schon allein die Verurteilung führt zu einer Verletzung, ob eine Vollstreckung droht, ist irrelevant.¹⁸

Auch wenn sich ein Großteil der Rsp mit der Todesstrafe befasst ist klar, dass jede Ausweisung trotz drohender Tötung zu einer Verletzung von Art 2 MRK führen würde.¹⁹ Ob auch nichtstaatliche Formen von Lebensbedrohungen - zB Lebensgefahr durch eine Terrorgruppe oder einen Bürgerkrieg oder aber auch durch mangelnde medizinische Versorgung - eine Ausweisung rechtswidrig werden lassen, wurde in der

¹⁵ *Henckaerts*, Mass expulsion, 108-109; *Lambert*, Aliens ECHR, 22.

¹⁶ Hervorhebung durch die Autorin.

¹⁷ EGMR 2.5.1997, 30240/96 Fall D, Rz 59; 15.2.2000, 46553/99, Fall S.C.C. (Zulässigkeitsentscheidung); 4.2.2005, 46827/99 und 46951/99 Fall Mamatkulov und Askarov, Rz 56ff; 8.11.2005, 13284/04 Fall Bader ua, Rz 33ff.

¹⁸ VfSlg 13.981/1994.

¹⁹ EKMR 13.9.1996, 25894/92, Bahaddar, Rz 75f.

Literatur diskutiert.²⁰ Aufschlussreich ist hier die Rsp des EGMR zu Art 3 MRK, die sich klar für eine Relevanz ausspricht.²¹ Die Handlungen nicht-staatlicher Akteure können zu einer Verletzung führen, soweit der Staat unwillig oder unfähig ist, den Betroffenen davor zu schützen.²² Zwangsrekrutierungen durch Rebellen Gruppen oder Vergeltungsmaßnahmen durch das organisierte Verbrechen können so beispielsweise zu einer Verletzung von Art 3 MRK führen.²³ Nichts anderes kann für Art 2 MRK gelten.

Art 3 MRK schützt in absoluter Weise vor Folter und erniedrigender oder unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung. Angesichts des absoluten Verbots erlangt die Frage der Tatbestandsmäßigkeit einer drohenden Behandlung besondere Bedeutung, da nur auf dieser Ebene eine Verletzung verneint werden kann. Der Ansatz des EGMR zur Frage der medizinischen Behandlungsmöglichkeiten verdeutlicht diese Problematik.²⁴ Ob er ihn zu rechtfertigen vermag, ist freilich eine andere Frage.²⁵

Drohende Haft während einer strafrechtlichen Untersuchung bzw eine Haftstrafe an sich sind nicht ausreichend, um zu einer Verletzung von Art 3 MRK zu führen. Auch Haftstrafen wegen Wehrdienstverweigerung und Desertation allein sind nicht ausreichend.²⁶ Drohen während dieser Zeit aber miserable Haftbedingungen, die das Ausmaß einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung erreichen, ist eine Ausweisung unzulässig.²⁷ So hat der EGMR auch das nach einer Auslieferung in die USA zu erwartende „death row syndrome“ als relevant qualifiziert.²⁸ Dabei ist es irrelevant, ob mit den Haftbedingungen ein bestimmtes Ziel verfolgt wird oder ob sie „bloß“ eine Folge von Misswirtschaft und generellem Mangel sind.²⁹

Auf Grund der absoluten Natur des Grundrechts sind Fragen des Schutzes der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit irrelevant.³⁰ Die Ausweisung von Terrorverdächtigen, denen Folter in ihrem Herkunftsstaat droht ist, genauso unzulässig, wie die Ausweisung eines Drogendealers, dem während seiner Haft unmenschliche Bedingungen drohen.³¹ Dies hat der EGMR im Fall Saadi gg Italien in einer Grand Chamber Entscheidung einstimmig bekräftigt, wo der Betroffene auf

²⁰ Kopetzki in *Korinek/Holoubek*, Art 2 MRK; *Grabenwarter*, MRK, § 20 Rz 22.

²¹ EGMR 17.12.1996, 25964/94 Fall Ahmed, Rz 35ff; 29.4.1997, 24573/94 Fall H.L.R., Rz 30ff; 15.2.2000, 46553/99 S.C.C. (Zulässigkeitsentscheidung). Vgl auch UBAS 11.6.2007, 234.248/0/9E-XII/36/03. Vgl *Mole*, Asylum ECHR, 23ff mwN.

²² *Marx* in *Barwig*, Völkervertragsrechtliche Abschiebungshindernisse, 126f.

²³ EGMR 29.4.1997 24573/94, Fall H.L.R., Rz 40. VwGH 21.8.2001, 98/01/0526.

²⁴ *Premissl*, *migraLex* 2008, (54) 57.

²⁵ Dazu sogleich auf Seite 22.

²⁶ VwGH 5.4.2002, 2001/18/0255.

²⁷ EKMR 17.10.1986, 12364/86 Fall Kilic, Rz 289. VfSlg 11.687/1988, 12.336/1990. VwGH 8.10.1997, 96/21/1108; 6.10.1999, 98/01/0311.

²⁸ EGMR 7.7.1989, 14038/88 Fall Soering, Rz 105ff.

²⁹ VwGH 19.2.2004, 99/20/0573.

³⁰ EGMR 15.11.1996, 22414/93 Fall Chahal, Rz 79f; 17.12.1996, 25964/94 Fall Ahmed, Rz 40f; 29.4.1997, 24573/94 Fall H.L.R.; 11.1.2007, 1948/04 Fall Salah Sheekh, Rz 135.

³¹ EGMR 12.5.2005, 46221/99 Fall Öcalan, Rz 179. VwGH 19.2.2004, 99/20/0573.

Grund seiner (vermutlichen) Beteiligung an terroristischen Gruppierungen ausgewiesen wurde, obwohl ihm in Tunesien Folter und unmenschliche Behandlung drohte. Der EGMR lehnte die Argumentation Großbritanniens, dass das Risiko eines drohenden Eingriffs gegen die Gefährlichkeit des Betroffenen abgewogen werden könne, ab.³² Ebenso unzulässig ist es, einen höheren Beweisstandard für einen Terrorverdächtigen anzulegen.³³ Ausdrücklich festgehalten wurde, dass die Verpflichtungen aus Art 3 MRK auch im Falle einer Ausweisung absolute Geltung haben.³⁴

Es ist auch denkbar, dass der Betroffene erst durch seine exilpolitische Tätigkeit auf sich aufmerksam gemacht hat und ihm deshalb nach seiner Abschiebung Folter droht.³⁵ Diese Tatsache ist jedenfalls relevant, doch ist der Nachweis einer konkreten Gefahr von drohender Folter in solchen Fällen schwieriger zu erbringen.³⁶

Zur Frage des Abschiebungsschutzes bei drohender, mangelnder medizinischer Versorgung im Zielland hat der EGMR seit seiner Entscheidung im Fall D eine Kehrtwendung um 180 Grad vollzogen. Bejahte er in dieser Entscheidung noch eine drohende Verletzung von Art 3 MRK für den Fall der Abschiebung eines an AIDS im Endstadium Erkrankten, der über keine familiäre Anbindungen im Zielstaat verfügte, wies er in seiner jüngsten Rechtsprechung Beschwerden mit ähnlichem Hintergrund unter Verweis auf seine Entscheidung im Fall N sogar als unbegründet ab.³⁷ Hintergrund der Entscheidung im Fall N war die geplante Abschiebung einer an AIDS erkrankten Staatsbürgerin von Uganda, die in Großbritannien durch eine antivirale Therapie ein mehr oder weniger normales Leben führen konnte, in Uganda jedoch mit einer raschen Verschlechterung ihres Zustandes und ihrem Tod in ein bis zwei Jahren rechnen musste.

Nach der neueren Rsp des EGMR folgt im Normalfall weder aus einer auch sehr schweren Erkrankung noch aus schweren psychischen Problemen und Traumata ein Abschiebungshindernis.³⁸ Erkannte der EGMR ein niedrigeres Niveau der Gesundheitsversorgung als in Europa bzw mangelnde Kostenfreiheit oder gar hohe Kosten für die Versorgung im Zielstaat noch als Abschiebungshindernis, wenn durch die

³² EGMR 28.2.2008, 37201/06, Fall Saadi, Rz 139 (Grand Chamber).

³³ EGMR 28.2.2008, 37201/06, Fall Saadi, Rz 140 (Grand Chamber).

³⁴ EGMR 28.2.2008, 37201/06, Fall Saadi, Rz 138 (Grand Chamber); 24.04.2008, 2947/06 Fall Ismoilov ua, Rz 126. Vgl weiters den noch anhängigen Fall Ramzy gg Niederlande (*Registrar EGMR*, Press Release: Application lodged with the Court Ramzy v The Netherlands [20.10.2005]); *amnesty international*, European Court of Human Rights: ban on torture is absolute and universal (11.7.2007); Allgemein zur Absolutheit der Garantie von Art 3 MRK *Mole*, *Asylum ECHR*, 25ff.

³⁵ Vgl EKMR 14.4.1986 A, 270.

³⁶ *Villinger*, Handbuch, Rz 304; *Grabenwarter*, EMRK, § 20 Rz 24.

³⁷ EGMR 2.5.1997, 30240/96 Fall D, Rz 46ff; 24.06.2008, 25087/06 Fall M (Zulässigkeitsentscheidung).

³⁸ Vgl stellvertretend EGMR 15.2.2000, 46553/99 S.C.C. (Zulässigkeitsentscheidung); 22.06.2004, 17868/03 Fall Ndangoya (Zulässigkeitsentscheidung); 25.11.2004, 25629/04 Fall Amegnigan (Zulässigkeitsentscheidung).

Außerlanderschaffung eine lebensbedrohliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes bewirkt werden würde - wobei freilich zu bemerken ist, dass der Gerichtshof keine solche Situation festgestellt hat -, schränkte er dies in der gerade beschriebenen Entscheidung N noch weiter ein, da er auch eine beträchtliche Verkürzung der Lebensdauer der Betroffenen in Kauf nahm.³⁹ Für das Vorliegen einer besonders schweren psychischen Störung erachtet es der EGMR für notwendig, dass der Betroffene zumindest einmal zwangsweise in eine geschlossene Anstalt eingewiesen wurde. Die freiwillige Inanspruchnahme von psychotherapeutischen Leistungen auch in offenen Kliniken ist hingegen nicht ausreichend.⁴⁰ Auch eine Selbstmorddrohung, der schon entsprechende Versuche vorangegangen sind, führt nicht in jedem Fall zur Unzulässigkeit der Abschiebung, soweit der durchführende Staat für die Abschiebung entsprechende Vorkehrungen getroffen hat.⁴¹

In den Worten des EGMR können so nur sehr außergewöhnliche Fälle (very exceptional cases) im medizinischen Bereich zur Unzulässigkeit der Abschiebung im Hinblick auf Art 3 MRK führen, wobei die Schwere und der Fortschritt der Krankheit, der Zugang zu einer entsprechenden Versorgung und die mögliche Unterstützung durch Angehörige für das Vorliegen einer solchen Situation vom EGMR beachtet wurden.⁴²

Diese strenge Linie wird vom EGMR mit den sonst nicht rechtfertigbaren bzw. überspannten Anforderungen an die Mitgliedstaaten begründet. Denn angesichts der Fortschritte im medizinischen Bereich seien soziale und ökonomische Unterschiede zwischen einzelnen Ländern unvermeidbar, die Konvention verlange jedoch nicht von den Mitgliedstaaten, diese durch die Bereitstellung eines kostenlosen medizinischen Versorgungssystems für alle Fremde, die sich in ihrem Staatsgebiet aufhalten, auszugleichen.⁴³ Die Entscheidung im Fall N war jedoch nicht einstimmig. Die Richter Tulkens, Bonello und Spielmann legten in ihrer dissenting opinion dar, dass die Argumentation des EGMR, zw. den Interessen des Einzelnen und der Allgemeinheit abwägen zu müssen, im Bereich von Art 3 MRK absolut unzulässig sei, da Art 3 MRK unmenschliche oder erniedrigende Behandlung in absoluter Weise verbiete.⁴⁴ Der EGMR befindet sich hier wahrlich in einer schwierigen Position, doch

³⁹ EGMR 22.06.2004, 17868/03 Fall Ndangoya (Zulässigkeitsentscheidung); 27.09.2005, 17416/05 Fall Hukic (Zulässigkeitsentscheidung); 10.11.2005, 14492/03 Fall Paramasothy (Zulässigkeitsentscheidung); 04.07.2006, 24171/05 Fall Karim (Zulässigkeitsentscheidung); 27.5.2008, 26565/05, Fall N, Rz 50 (Grand Chamber).

⁴⁰ EGMR 10.11.2005, 35989/03, Ramadan und Ahjredini (Zulässigkeitsentscheidung); 04.07.2006, 24171/05 Fall Karim (Zulässigkeitsentscheidung); 3.5.2007, 31246/06 Fall Goncharova und Alekseytsev (Zulässigkeitsentscheidung). Vgl. auch *Premisl*, *migraLex* 2008, (54) 58.

⁴¹ EGMR 31.5.2005, 1383/04 Fall Ovdienko (Zulässigkeitsentscheidung); 3.5.2007, 31246/06 Fall Goncharova und Alekseytsev (Zulässigkeitsentscheidung); 2.9.2008, 8594/04 Fall AA, Rz 71 (Zulässigkeitsentscheidung).

⁴² EGMR 27.5.2008, 26565/05, Fall N, Rz 46-50 (Grand Chamber).

⁴³ EGMR 27.5.2008, 26565/05, Fall N, Rz 44f (Grand Chamber).

⁴⁴ Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Bonello and Spielmann zu EGMR 27.5.2008,

dürfen ökonomische Argumente nicht zur Verminderung des Schutzes fundamentaler Menschenrechte führen, sodass der kritischen Haltung in der dissenting opinion zu folgen ist.

Die österreichische Rsp orientiert sich an jener des EGMR.⁴⁵ Während in der älteren Rsp des VfGH noch tlw humanitäre Überlegungen Berücksichtigung fanden - die Situation einer Mutter und ihrem Kleinkind, denen im Zielland Unterernährung drohte, wurde beispielsweise im Hinblick auf Art 3 MRK anerkannt und auf die Situation von älteren und kranken Menschen übertragen, während mangelnde Sprachkenntnisse bzw das Fehlen jeglicher sozialer Unterstützung nach der Verstoßung aus der Familie und der Dorfgemeinschaft aber als irrelevant erachtet wurden⁴⁶ - vollzogen die österreichischen Instanzen die Wandlung der Rsp des EGMR nach.⁴⁷

Die Ausweisung in einen Staat, in dem der Betroffene kein Aufenthaltsrecht hat ist zulässig. Wird damit aber ein ständiges Hin- und Herschieben zw mehreren Staaten verursacht, würde dies eine erniedrigende Behandlung darstellen, soweit der Fremde es nicht in der Hand hat, seinen Aufenthalt in einem anderen Staat zu legalisieren.⁴⁸ Innerhalb der EU wurde die Gefahr einer derart begründeten Grundrechtsverletzung durch die Dublin-II-V und zahlreiche Rückübernahmeabkommen beschränkt, die einen Staat zur Aufnahme verpflichten.⁴⁹ Ebenso unzulässig sind Kettenabschiebungen, bei denen der Fremde in einen Staat verbracht wird, in dem ihm eine weitere Abschiebung in einen Staat droht, in welchem er gefoltert wird. Nach dem VfGH sind jedoch Abschiebungen in Staaten, die ihre Verpflichtungen aus der GFK nicht erfüllen, unbedenklich, solange diese Staaten ihren Verpflichtungen aus der MRK nachkommen.⁵⁰

3.3.2 Maßstab der konkreten Gefahr

In den meisten Fällen hat der EGMR eine bereits vorgefallene Verletzung zu beurteilen. In Ausweisungsfällen ist der Rechtsschutz jedoch zumeist präventiver

26565/05, Fall N (Grand Chamber).

⁴⁵ Vgl VfGH 6.3.2008, B 2400/07; Grundlegend VfGH 26.6.1997, 95/21/0294; weiters zB VfGH 22.3.2000, 99/01/0256; 26.2.2002, 99/20/0509. Weiterführend *Rohrböck*, Kommentar, Rz 328; *derselbe*, JRP 2001, 121; Zur Debatte in Deutschland vgl *Maaßen*, ZAR 1998, 107 sowie *Zimmer*, ZAR 1998, 115.

⁴⁶ Verletzung VfGH 9.7.2002, 2001/01/0164; 16.7.2003, 1002/01/0059. Keine Verletzung VfGH 14.4.1994, 93/18/0260; 23.7.1999, 99/20/0362.

⁴⁷ Vgl VfGH 6.3.2008, B 2400/07. Stellvertretend für viele AsylGH 11.8.2008, D3 257268-0/2008; 4.9.2008, S1 401255-1/2008.

⁴⁸ EKMR 14.12.1973, 4403/70 Fall East African Asians, Rz 116ff; EGMR 16.9.2004, 11103/03 Fall Ghiban (Zulässigkeitsentscheidung).

⁴⁹ *Lambert*, Aliens ECHR, 30.

⁵⁰ VfSlg 13.897/1994; 16.160/2001. Vgl auch das Erkenntnis des AsylGH 9.7.2008, S7 400.031-1/2008/2E, dass mit Erkenntnis des VfGH 08.10.2008, U5/08, behoben wurde, da die Russische Föderation, ohne Überprüfung der tatsächlichen Gegebenheiten nicht allein auf Grund der Tatsache, dass sie die GFK und MRK unterzeichnet habe, als sicherer Drittstaat angesehen werden könne. Weiterführend dazu *Funk*, *migraLex* 2009, 23.

Natur, sodass die Frage der Wahrscheinlichkeit der Grundrechtsverletzung besondere Bedeutung gewinnt. Verfahrensrechtliche Konsequenz daraus ist, dass der EGMR nur eine hypothetische Verletzung feststellen kann.⁵¹

Der EGMR hat in seiner Rsp das Kriterium der „konkreten Gefahr“ (real risk) entwickelt. Ein voller Nachweis einer drohenden Verletzung ist kaum zu erbringen, sodass die Glaubhaftmachung einer konkreten Gefahr ausreichend ist. Die konkrete Gefahr ist von der bloßen Möglichkeit einer Verletzung zu unterscheiden. Zum Nachweis der konkreten Gefahr sind neben der persönlichen Situation des Betroffenen auch die generelle Situation in dem Land zu beachten.⁵² Vermag der Beschwerdeführer ein real risk glaubhaft zu machen, so ist es an der Vertragspartei, die Zulässigkeit der Aufenthaltsbeendigung darzulegen.⁵³ Im Zweifel sollte nach dem EGMR jedoch dem Betroffenen Glauben geschenkt werden.⁵⁴

Bei der Beurteilung, ob eine konkrete Gefahr besteht, sind die Aussagen des Betroffenen wesentlich. Widersprüchliche oder abweichende Aussagen sowie langes Schweigen schaden der Glaubwürdigkeit des Betroffenen, lassen diese aber nicht von vornherein entfallen.⁵⁵ Im Zusammenhang mit psychischen Störungen schadet ein erst spätes Vorbringen der Störung nicht, da sich insb ein posttraumatisches Stresssymptom oft erst Jahre später äußert. Die die Belastung auslösenden Ereignisse müssen jedoch schon früh im Verfahren erwähnt werden, um glaubwürdig zu sein.⁵⁶ Ein starkes Indiz für das Bestehen einer konkreten Gefahr ist es, wenn der Betroffene bereits gefoltert wurde. Diese Tatsache allein ist aber nicht ausreichend, um eine konkrete Gefahr nachzuweisen.⁵⁷

Weit verbreitete Praktiken von Menschenrechtsverletzungen im Herkunftsstaat haben wichtige Indizfunktion.⁵⁸ In seiner jüngsten Rsp nahm der EGMR auch ausdrücklichen Bezug auf Berichte über die Situation im Zielstaat und legte diese auszugsweise zitierten Feststellungen seinen Entscheidungen zu Grunde.⁵⁹ In klarer Abkehr seiner Vilvarajah-Rsp, nach der es nicht ausreichend war, dass die Situation

⁵¹ Vgl stellvertretend die Formulierung in EGMR 15.11.1996, 22414/93 Fall Chahal, Rz 107. „Accordingly, the order for his deportation to India would, if executed, give rise to a violation of Article 3.“

⁵² EGMR 28.2.2008, 37201/06, Fall Saadi, Rz 130 (Grand Chamber). Vgl auch VwGH 25.4.2006, 2006/19/0673 mwN.

⁵³ EGMR 8.4.2008, 21878/06 Fall Nnyanzi, Rz 35.

⁵⁴ EGMR 07.11.2006, 4701/05 Fall Ayegh (Zulässigkeitsentscheidung); 27.03.2008, 37913/05 Fall M. V. Hakizimana (Zulässigkeitsentscheidung).

⁵⁵ EGMR 20.3.1991, 15576/89 Fall Cruz Varas ua, Rz 78; 24.4.1998, 23184/94 und 23185/94 Fall Selçuk und Asker, Rz 26 und 56; 2.9.2008, 8594/04 Fall AA, Rz 64ff (Zulässigkeitsentscheidung).

⁵⁶ EGMR 31.5.2005, 1383/04, Fall Ovdienko (Zulässigkeitsentscheidung); 10.11.2005, 14492/03, Fall Paramsothy.

⁵⁷ EGMR 20.3.1991, 15576/89 Fall Cruz Varas, Rz 77-81.

⁵⁸ EGMR 15.11.1996, 22414/93 Fall Chahal, Rz 87-91 und 99-100.

⁵⁹ EGMR 11.01.2007, 1948/04 Fall Salah Sheekh, Rz 48-95 (vorgelegt durch die Niederlande) und Rz 100-113 (in proprio motu); 27.03.2008, 37913/05, Fall M. V. Hakizimana (Zulässigkeitsentscheidung); 8.4.2008, 21878/06 Fall Nnyanzi, Rz 36-38.

im Gesamten für Angehörige der tamilischen Minderheit instabil erschien, sah der Gerichtshof im Fall Salah Sheekh die dem Beschwerdeführer drohenden Übergriffe auf Grund seiner Zugehörigkeit zu einer verfolgten Minderheit als ausreichend an, um eine konkrete Gefahr zu begründen.⁶⁰

Informelle Zusicherungen des Staates, in den die Abschiebung erfolgen soll, können eine konkrete Gefahr nicht ausräumen. Hier bedarf es immer einer Ermittlung der konkreten Situation und einer Abwägung mit der Zusicherung.⁶¹ So wurde die Auslieferung eines jemenitischen Terrorverdächtigen von Deutschland an die USA trotz der Bedenken über Menschenrechtsverletzungen durch die USA außerhalb ihres Territoriums (zB Guantanamo und Bagram) als zulässig erachtet, da die USA gegenüber Deutschland eine diplomatische Versicherung abgaben, den Verdächtigen nur innerhalb der USA anzuhalten und anzuklagen. Der EGMR betonte überdies, dass sich die USA bisher immer an solche Vereinbarungen mit Deutschland gehalten hatte und der Beschwerdeführer auch seit der Auslieferung nicht misshandelt wurde.⁶² Eine diplomatische Versicherung Usbekistans gegenüber Russland, einen Terrorverdächtigen, der ausgeliefert werden sollte, nicht zu misshandeln bzw zu foltern, sah der EGMR hingegen als nicht ausreichend an, um die gegenüber der Ausweisung bestehenden Bedenken auszuräumen, zumal Folter und Misshandlungen in Usbekistan geradezu systematisch eingesetzt würden.⁶³ Auch die Verweigerung des Zuganges von internationalen Beobachtern macht eine diplomatische Zusage wertlos.⁶⁴

Das Bestehen einer innerstaatlichen Fluchtalternative kann eine konkrete Gefahr der Verletzung von Art 3 MRK ausschließen. Der EGMR verlangt jedoch, dass es dem Betroffenen möglich ist, in das sichere Gebiet zu reisen, einzureisen und sich dort auch niederlassen zu können. Andernfalls bestehe nämlich das Risiko, dass der Betroffene sich wieder in dem Landesteil aufhalten müsse, in dem ihm eine Verletzung von Art 3 MRK drohe.⁶⁵ Die innerstaatliche Fluchtalternative muss also effektiven Schutz bieten können.

Ob eine konkrete Gefahr vorliegt, ist ex ante im Zeitpunkt der Entscheidung durch den Gerichtshof zu beurteilen, soweit die Betroffenen noch nicht ausgewiesen wurden.⁶⁶ Wurden die Betroffenen hingegen schon abgeschoben, ist auf die Situation in diesem Zeitpunkt abzustellen, wobei aber seit diesem Zeitpunkt hervorgekommene Tatsachen vom EGMR berücksichtigt werden, soweit sie vor der Abschiebung gesche-

⁶⁰ EGMR 30.10.1991, 13163/87 Fall Vilvarajah ua, Rz 101-116; 11.1.2007, 1948/04 Fall Salah Sheekh, Rz 148.

⁶¹ EGMR 15.11.1996, 22414/93 Fall Chahal, Rz 93-105; bekräftigt in 28.2.2008, 37201/06, Fall Saadi, Rz 147 (Grand Chamber).

⁶² EGMR 20.2.2007, 35865/03 Fall Al-Moayad, Rz 65ff.

⁶³ EGMR 24.04.2008, 2947/06 Fall Ismoilov ua, Rz 127.

⁶⁴ EGMR 19.6.2008, 8320/04 Fall Ryabikin, Rz 119.

⁶⁵ EGMR 11.1.2007, 1948/04 Fall Salah Sheekh, Rz 141.

⁶⁶ EGMR 30.10.1991, 13163/87 Fall Vilvarajah ua, Rz 109-116; EGMR 15.11.1996, 22414/93 Fall Chahal, Rz 86; 17.12.1996, 25964/94 Fall Ahmed, Rz 43.

hen sind.⁶⁷ Gab es im Zeitpunkt der Entscheidung keine konkreten Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer Folter oder unmenschlicher Behandlung ausgesetzt sein würde, war seine Abschiebung rechtmäßig. Auch die Tatsache, dass der Betroffene nach seiner Rückkehr gefoltert wurde, ändert nichts an dieser Tatsache. Dieses Ergebnis ist im Einzelfall erschütternd, doch ist dies der einzig praktisch handhabbare Standard, an dem Staaten gemessen werden können. Denn andernfalls wäre eine Abschiebung so gut wie nie zulässig, da es in wenigen Fällen gelingen wird, Folter oder eine unmenschliche Behandlung in jedem Fall auszuschließen.

3.3.3 Eingriff durch Aufenthaltsbeendigung

Die Grundrechtsverletzung liegt in Ausweisungsfällen nicht in einer Folterhandlung Österreichs, sondern in der Abschiebung in die Gefahr gefoltert bzw unmenschlich oder erniedrigend behandelt oder bestraft zu werden. Die eigene Verantwortung für die Folterhandlung folgt aus der Souveränität des Staats, der diese Handlung setzt. Österreich kann sich seiner grundrechtlichen Verantwortung nicht mit dem Argument entziehen, das Handeln eines anderen souveränen Staates nicht beeinflussen zu können. Denn nach Art 1 MRK ist jeder Staat gegenüber „everyone within their jurisdiction“ verpflichtet, ihnen Schutz zu gewähren „from the real risk of such treatment, in the light of its irremediable nature.“⁶⁸ Die Ansicht des VwGH, dass hier bloß eine fiktive Verletzung von Art 3 MRK vorläge, kann vor diesem Hintergrund nicht gefolgt werden, auch wenn der VwGH in solchen Fällen zum gleichen Ergebnis kommt - nämlich dass eine Abschiebung unzulässig ist.⁶⁹

Nach der bisherigen hRsp wurde erst mit der zwangsweisen Durchsetzung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme in die in Art 2-3 MRK garantierten Grundrechte eingegriffen.⁷⁰ Denn, so die Rsp, erst in diesem Schritt der Aufenthaltsbeendigung werde ein bestimmtes Land als Ziel der Abschiebung festgelegt und eine Prüfung von Art 2-3 MRK möglich. Davor bestehe nur die Verpflichtung, aus Österreich auszureisen, nicht aber die Verpflichtung, in ein Land auszureisen in dem eine Grundrechtsverletzung drohe. Mit VfSlg 17.586/2005 stellte der VfGH jedoch fest, dass er „in Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte davon aus [geht], dass *die Entscheidung* eines Vertragsstaates, einen Fremden auszuliefern - oder in welcher Form immer außer Landes zu schaffen -, unter dem Blickwinkel des Art 3 EMRK erheblich werden“ kann.⁷¹ Diese Wandlung in der Rsp hinsichtlich

⁶⁷ EGMR 20.3.1991, 15576/89 Fall Cruz Varas, Rz 76; 17.12.1996, 25964/94 Fall Ahmed, Rz 43; 4.2.2005, 46827/99 Fall Mamatkulov and Askarov, Rz 69.

⁶⁸ EKMR 12.3.1984, 10479/83 Fall E.M. Kirkwood, Rz 183; 15.2.2000, 46553/99, Fall S.C.C, Rz 49f.

⁶⁹ Stellvertretend für viele VwGH 19.2.2004, 99/20/0573.

⁷⁰ VfSlg 13.561/1993; 13.660/1993; 13.981/1994; 14.998/1997.

⁷¹ Hervorhebung durch die Autorin. Vgl auch jüngst VwGH 28.02.2008, 2008/21/0103.

eines potentiell mit einer asylrechtlichen Ausweisung verknüpften Grundrechtseingriffes - für fremdenrechtliche aufenthaltsbeendende Maßnahmen hält die Rsp weiterhin an der oben dargelegten Meinung fest.⁷² - ist vor dem Hintergrund der neuen Rechtslage zu sehen. Denn mit dem AsylG 2005 ist erstmals jede negative Entscheidung mit einer zielstaatsbezogenen Ausweisung zu verbinden, sodass auf Grund der verfahrensrechtlichen Verknüpfung bereits ein Grundrechtseingriff vorliegen kann.⁷³ Reist der Fremde nicht aus, kann seine Ausreise erzwungen werden, ohne dass eine weitere Prüfung des Refoulementverbots für das Ziel der Abschiebung vorgenommen wird. Aufgrund der zeitlichen Bindung in § 51 FPG hinsichtlich des Antrages auf Prüfung der Non-Refoulementsituation in einem bestimmten Land in einem Ausweisungs- oder Aufenthaltsverbotsverfahrens erscheint die Rsp der Gerichtshöfe insoweit jedoch verfehlt. Da diese Maßnahmen ohne weitere Vollstreckbarkeitserklärungen oder dergleichen durchsetzbar sind, ist davon auszugehen, dass schon diese einen Eingriff bilden. Ein Eingriff würde hingegen nur dann nicht vorliegen, wenn dieser durch einen Abschiebungsaufschub bedingt wäre. Ein weiteres Argument kann aus der Rsp des EGMR im Fall Vijayanathan gewonnen werden. Hier unterschied der Gerichtshof diesen Fall von früheren Fällen, in denen schon eine durchsetzbare Ausweisungsentscheidung ergangen war.⁷⁴

Problematisch erscheint es, dass dem Fremden im Fall der Unzulässigkeit der Abschiebung nur ein Abschiebungsaufschub gewährt wird - hat er nicht einen Asylantrag gestellt im Zuge dessen eine befristete Aufenthaltsberechtigung gewährt wurde.⁷⁵ Der Fremde kann sich zwar in Österreich aufhalten, da eine Abschiebung eben unzulässig ist, sein Aufenthalt ist jedoch nicht rechtmäßig (§ 31 FPG). Damit werden ihm die Legalisierung seines Aufenthalts und der Zugang zum Arbeitsmarkt verwehrt. Nach dem NAG besteht zwar die Möglichkeit, insb Personen, die auf Grund eines Refoulementhindernisses nicht abgeschoben werden können, eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen zu erteilen, dies jedoch bislang nur von Amts wegen.⁷⁶

3.3.4 Eingriff durch Abschiebungsvorgang

Auch der Abschiebungsvorgang selbst kann eine Abschiebung unzulässig werden lassen. Dies ist dann der Fall, wenn ein durch die Abschiebung bedingtes Trauma

⁷² VfGH 3.3.2008, B 825/07. Vgl stellvertretend in VwGH 24.10.2007, 2007/21/0306 „Die Vollstreckung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme ... kann bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände eine unmenschliche Behandlung, somit eine Verletzung des Art. 3 EMRK, darstellen.“ Hervorhebung durch die Autorin.

⁷³ Vgl schon die Rsp zu Dublin-Ausweisungen nach dem AsylG 1997 zB VwGH 22.7.2004, 2001/20/0440; 31.5.2005, 2005/20/0095; 31.5.2005, 2002/20/0582.

⁷⁴ EGMR 27.8.1992, 17550/90 und 17825/91 Fall Vijayanathan, Rz 46.

⁷⁵ *Lambert*, Aliens ECHR, 33.

⁷⁶ Siehe dazu unten im Abschnitt 5.4 auf Seite 91.

zu erwarten ist, wobei der EGMR hier aber einen hohen Beweismaßstab ansetzt.⁷⁷ Auch wenn die Abschiebung zulässig ist, muss Art 2-3 MRK während des Abschiebungsvorgangs selbst beachtet werden. Die Menschenwürde des Betroffenen ist jedenfalls zu achten.⁷⁸ Der EGMR ist im Hinblick auf den Sicherungsbedarf während einer Abschiebung aber großzügiger.⁷⁹ Ist ein unbegleiteter Minderjähriger von der Abschiebung betroffen, ist seine Situation besonders zu berücksichtigen. Der Staat hat die Betreuung des Minderjährigen während des Flugs und nach der Ankunft sicherzustellen.⁸⁰

3.3.5 Positive Verpflichtungen und Beschwerdelegitimation

Macht der Fremde eine Misshandlung durch die Polizei glaubhaft, verlangt der EGMR eine Untersuchung, die zur „identification and punishment of those responsible“ führt.⁸¹ Der Menschenrechtsbeirat kritisiert die hauptsächlich auf „strafrechtliche Gesichtspunkte determinierte“ Vorgangsweise in Österreich.⁸² Denn auch wenn ein Polizist in dubio frei zu sprechen ist, kann sein Verhalten unter veränderten Beweisvoraussetzungen von einem Menschenrechtstribunal zu verurteilen sein.⁸³ Eine aus menschenrechtlicher Perspektive dringend notwendige Aufarbeitung erfolgt zumeist nicht. Der Fall von Bakary J, der nach einer gescheiterten Abschiebung durch 4 Wega-Polizisten im April 2006 schwerst misshandelt wurde, zeigt, dass ein Polizist überdies mit einer milden Strafe rechnen darf.⁸⁴ Die Polizisten wurden im strafrechtlichen Verfahren zu sechs bzw acht Monaten bedingt verurteilt, vom VfGH wurden im disziplinarrechtlichen Verfahren jedoch schärfere Strafen gefordert.⁸⁵ Der Menschenrechtsbeirat hat nach diesem Vorfall die Schaffung eines eigenständigen Folttertatsbestands im StGB angeregt, um ein entsprechendes Mindeststrafmaß sicherzustellen.⁸⁶ Das BMJ hat bis jetzt auf diese Anregung nicht reagiert.

Seit der Entscheidung des VfGH in der Sache Omofuma ist auch für Österreich

⁷⁷ EGMR 20.3.1991, 15576/89 Fall Cruz Varas, Rz 83f; 23.2.1999, 45917/99, Fall Andric (Zulässigkeitsentscheidung); 31.05.2005, 1383/04 Fall Ovdienko (Zulässigkeitsentscheidung); 07.11.2006, 4701/05 Fall Ayegh (Zulässigkeitsentscheidung). VfGH 17.12.2003, 2000/20/0208.

⁷⁸ Vgl EGMR 15.7.2002, 47095/99 Fall Kalashnikov, Rz 95. Weiterführend *Lambert*, Aliens ECHR, 32f; *European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*, 13th General Report on the CPT activities, CPT/Inf(2003)35.

⁷⁹ *Lambert*, Aliens ECHR, 31.

⁸⁰ EGMR 28.11.1996, 23366/94 Fall Nsona, Rz 94-99 (Verletzung verneint da Dritte sich um die Minderjährige kümmerten); 12.10.2006, 13178/03 Fall Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga Rz 50ff (Verletzung festgestellt).

⁸¹ EGMR 28.10.1998, 90/1997/874/1086 Fall Assenov ua, Rz 102 mwN.

⁸² *Menschenrechtsbeirat*, Polizei Täter.

⁸³ *Menschenrechtsbeirat*, Polizei Täter, 22.

⁸⁴ Zu den Einzelheiten des Falles siehe *amnesty international Österreich*, Kurzdarstellung Fall Bakary J.

⁸⁵ *amnesty international*, amnesty international Report 2007 - Austria; *wien.orf.at*, Chronologie der Causa Bakary J. . VfGH

⁸⁶ *Menschenrechtsbeirat*, Empfehlungen aus Anlass des Falles Bakary J.

klargestellt, dass nicht nur der Betroffene, sondern auch seine nahen Angehörigen Beschwerde erheben können.⁸⁷

3.4 Recht auf Privat- und Familienleben

Die Garantien des Art 8 MRK haben in fremdenrechtlichen Verfahren besondere Bedeutung, da mit aufenthaltsbeendenden Maßnahmen wie der asylrechtlichen Ausweisung in das Recht auf „mutual enjoyment... of each other's company“ geradezu typischerweise eingegriffen wird.⁸⁸ In der Rechtsprechung des AsylGH kommt der Frage des Begriffs, insb des Familienlebens unter Erwachsenen, entscheidende Bedeutung zu.

3.4.1 Schutzzumfang

In Ausweisungsfällen ist der Schutz des Familienlebens abweichend vom Fall Marckx nach der neueren Rsp des EGMR auf die so genannte Kernfamilie beschränkt.⁸⁹ Das Recht auf Achtung von Familienleben umfasst die Beziehungen zw Eltern untereinander und zw Eltern und ihren Kindern. Wann eine Ehe vorliegt ist von den nationalen Behörden zu beurteilen wobei aber Eheschließungen nach dem lokalen Recht bzw Brauch berücksichtigt werden müssen.⁹⁰ Aber auch eheähnliche Gemeinschaften sind von Art 8 MRK geschützt. Hier sind das Zusammenleben, die Dauer der Beziehung und eventuelle gemeinsame Kinder als Nachweis für das Bestehen einer Beziehung zu berücksichtigen.⁹¹ Das Recht auf Familienleben zw Eltern und ihren Kindern ist unabhängig vom Bestehen der Beziehung zw den Eltern.⁹² Mit Volljährigkeit des Kindes besteht der Schutz in Ausweisungsfällen nur unter der Voraussetzung weiter, dass enge Beziehungen oder ein Abhängigkeitsverhältnis bestehen bleiben.⁹³

Um vom Schutzbereich erfasst zu sein, muss das Familienleben ein reales sein. Ein beabsichtigtes Familienleben ist jedoch nicht an sich vom Schutzbereich ausgenom-

⁸⁷ VfSlg 16.109/2001.

⁸⁸ EGMR 2.10.1990, 12366/86 Fall Rieme, Rz 54.

⁸⁹ EGMR 13.6.1979, 6833/74 Fall Marckx, Rz 45f; 9.10.2003, 48321/99 Fall Slivenko, Rz 97 (Großeltern nicht Familie). Kritisch dazu Richter Kovler in seiner dissenting opinion in EGMR 9.10.2003, 48321/99, Fall Slivenko und in EGMR 16.6.2005, 60654/00 Fall Sisojeva, sowie Richter Spielmann und Kovler in ihrer teilweise concurring opinion in EGMR 22.6.2006, 59643/00 Fall Kaftailova.

⁹⁰ EKMR 14.5.1980, 8378/78 Fall Kamal.

⁹¹ EGMR 26.5.1994, 16969/90 Fall Keegan, Rz 44.

⁹² EGMR 21.6.1988, 10730/84 Fall Berrehab, Rz 21; 31.1.2006, 50435/99 Fall Rodrigues da Silva und Hoogkamer, Rz 37.

⁹³ EGMR 24.4.1996, 22070/93 Fall Boughanemi, Rz 35; 10.7.2003, 53441/99 Fall Benhebbba; 16.6.2005, 60654/00 Fall Sisojeva, Rz 103; 22.6.2006, 59643/00 Fall Kaftailova, Rz 63 (kein Familienleben mit erwachsener Tochter). VfSlg 17851/2006.

men.⁹⁴ In Fällen der Aufenthaltsbeendigung, anders als in Zuzugsfragen, verlangt die Rsp jedoch bestehende Familienbande, die durch die Aufenthaltsbeendigung zerstört werden würden.⁹⁵

Die ältere Rsp des EGMR konzentrierte sich auf Fragen des Familienlebens und prüfte einen Eingriff in das Privatleben erst, wenn er das Bestehen eines Familienlebens verneinte.⁹⁶ Später ging er dazu über das Privat- und Familienleben unter einem zu prüfen.⁹⁷ Mit dem Fall Slivenko unterschied der EGMR erstmals genau zw den Begriffen Privat- und Familienleben.⁹⁸

Der Begriff des Privatlebens ist schwierig zu umreißen, da es keine einheitliche Definition gibt. Umfasst sind das Eingehen von sozialen Bindungen - Freundschaften ebenso wie geschäftlichen Beziehungen - sowie die Arbeit des Betroffenen, aber auch die sexuelle Orientierung.⁹⁹ In Slivenko spricht der EGMR von einem „Netzwerk persönlicher, sozialer und ökonomischer Beziehungen, die das Privatleben eines jeden Menschen ausmachen.“¹⁰⁰ Im Fall D gg Großbritannien machte ein an AIDS erkrankter und verurteilter Drogendealer eine Verletzung seines Privatlebens geltend, da er durch seine Ausweisung jeglichen Zugang zu medizinischer Versorgung einerseits und seinen Verwandten und Freunden andererseits verlieren würde. Die Frage eines Eingriffs blieb jedoch unbeantwortet, da EKMR und EGMR nach Bejahung eines Eingriffs in Art 3 MRK eine Überprüfung für nicht notwendig erachteten.¹⁰¹ Im Fall Bensaid hielt der EGMR fest, dass die geistige Gesundheit eine unabdingbare Voraussetzung für die Aufnahme von zwischenmenschlichen Beziehungen und somit des Privatlebens darstellt.¹⁰² Eine Ausweisung wäre daher unzulässig, wenn dadurch der Zugang zu medizinischer Versorgung unmöglich werden würde, sodass es zu neuerlichen schizophrenen Schüben kommen würde. Denn damit würde die geistige Gesundheit, welche durch Art 8 MRK geschützt ist, gefährdet. Der EGMR bejahte Eingriffe in das Privatleben, wo die moralische und physische Integrität einer Person negativ beeinflusst wurden, auch wenn diese Maßnahmen nicht die Intensität

⁹⁴ EGMR 28.5.1985, 9214/80ua Fall Abdulaziz ua, Rz 62.

⁹⁵ *Kriebaum*, JAP 2000/2001, 202.

⁹⁶ EGMR 18.2.1991, 12313/86 Fall Moustaquim, Rz 47; 26.3.1992, 12083/86 Fall Beldjoudi, Rz 80.

⁹⁷ EGMR 29.1.1997, 23078/93 Fall Bouchelkia, Rz 41; 26.9.1997, 25613/94 Fall El Boujaïdi, Rz 33; 21.10.1997, 25404/94 Fall Boujlifa, Rz 36.

⁹⁸ EGMR 9.10.2003, 48321/99, Fall Slivenko, Rz 95ff; bestätigt in EGMR 16.6.2005, 60654/00 Fall Sisojeva, Rz 103.

⁹⁹ EGMR 25.10.2007, 38258/03 Fall Van Vondel Rz 48. EGMR 22.10.1981, 7525/76 Fall Dudgeon, Rz 41; EGMR 9.1.2003, 39392/98 und 39829/98 Fall L. und V., Rz 36 (sexuelle Orientierung). VwGH 23.7.1998, 98/18/0187; 03.03.2008, 2006/18/0489 (unselbstständige Tätigkeit); 7.11.2003, 2001/18/0073 (Tätigkeit als Geschäftsführer); 13.3.2001, 98/18/0253 (keine Relevanz der Komplementärseigenschaft).

¹⁰⁰ EGMR 9.10.2003, 48321/99, Fall Slivenko, Rz 96.

¹⁰¹ EKMR 15.10.1996, 30240/96 Fall D, Rz 73. EGMR 2.5.1997, 30240/96 Fall D, Rz 64.

¹⁰² EGMR 6.2.2001, 44599/98 Fall Bensaid, Rz 46-49.

nach Art 3 MRK erreichen.¹⁰³ In der Literatur wird ein Eingriff in das Privatleben von Personen, die sich schon lange im Inland aufhalten und hier integriert haben, bejaht.¹⁰⁴ Anteile an einer Gastwirtschafts-GmbH können für sich genommen keinen Eingriff in das Privatleben bedingen.¹⁰⁵

Chvosta geht davon aus, dass schon „ab einer Verfahrensdauer von 6 Monaten jedenfalls ein Eingriff in das Privat- und Familienleben anzunehmen sein [wird], der eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nach sich zieht.“¹⁰⁶ Angesichts der soeben dargelegten Rechtsprechung scheint diese Ansicht jedenfalls zu weit gehend, zumal auch der VfGH erst bei tatsächlichem, und nicht wie nach Chvosta zu vermutendem, Vorliegen eines Privat- und Familienlebens von der Verpflichtung zu einer Verhältnismäßigkeitsabwägung ausgeht. Andererseits indiziert ein längerer Aufenthalt das Vorliegen einer Integration, sodass die Behörden jedenfalls verpflichtet sind, in diese Richtung Ermittlungen zu tätigen.¹⁰⁷ Dieser Aspekt des Schutzes von Art 8 MRK wurde durch die Bleiberechtsdiskussion für Österreich besonders aktuell.¹⁰⁸

Als entscheidungsrelevanter Moment wurde vom EGMR der Zeitpunkt, in welchem die innerstaatliche Ausweisungsentscheidung in Rechtskraft erwuchs, erkannt. Demnach ist für diesen Zeitpunkt auf die innerstaatliche Rechtsordnung abzustellen, sodass die als außerordentliches Rechtsmittel konzipierte Beschwerde vor dem VfGH und ein erst in diesem Zeitraum begründetes Familienleben vom EGMR nicht mehr zu beachten sei.¹⁰⁹ Ähnlich argumentierte der VfGH auch in einer seiner Zogaj Entscheidung, wo er unter Verweis auf den letzten in Rechtskraft erwachsenen Bescheid der SD die Notwendigkeit einer neuerlichen Prüfung von Art 8 MRK verneinte.¹¹⁰ Dieser Ansatz wurde vom EGMR jedoch in seiner Grand-Chamber Entscheidung Maslov gg Österreich relativiert, wo er ausführte, dass - wenn zwischen der Ausweisungsentscheidung und deren Durchsetzung ein signifikanter Zeitraum lag - auch danach entstandene Beziehungen zu beachten seien.¹¹¹

¹⁰³ EGMR 6.2.2001, 44599/98 Fall Bensaid, Rz 46.

¹⁰⁴ *Frowein/Peutkert*, EMRK, 356.

¹⁰⁵ VfSlg 13.723/1994.

¹⁰⁶ *Chvosta*, ÖJZ 2007 (852) 856. Dies hat er auch in seiner Rsp durchgehalten, wo er stets eine Interessenabwägung vorgenommen hat. Vgl beispielsweise AsylGH 25.8.2008, D6 319344-1/2008.

¹⁰⁷ Zur Indizwirkung der Aufenthaltsdauer vgl stellvertretend VfGH 5.9.2002, 98/21/0199.

¹⁰⁸ Siehe dazu unten Abschnitt 5.3.2.3 auf Seite 82.

¹⁰⁹ EGMR 6.12.2007, 69735/01 Fall Chair, Rz 60 mwN.

¹¹⁰ VfGH 11.12.2007, B 1263, 1264/07-10.

¹¹¹ EGMR 23.06.2008, 1638/03 Fall Maslov, Rz 92 (Grand Chamber). Im gegenständlichen Fall wurde die Berufung am 19.7.2001 durch die SD abgelehnt, am 18.9.2001 durch den VfGH und am 15.11.2002 die Entscheidung durch den VfGH bestätigt. Am 22.11.2003 - somit über zwei Jahre nach Rechtskraft des Bescheides der SD - wurde der Beschwerdeführer nach Sofia abgeschoben, am 22.03.2007 stellte der EGMR, am 23.06.2008 die Grand Chamber des EGMR eine Verletzung von Art 8 MRK fest.

3.4.2 Eingriff durch Aufenthaltsbeendigung

In das Recht auf Privat- und Familienleben wird jedenfalls schon mit der Ausweisungsentscheidung, nicht erst mit der zwangsweisen Durchsetzung, eingegriffen, zuzumal der Fremde bereits ab diesem Zeitpunkt zur Ausreise verpflichtet ist. So bejahte der EGMR einen Eingriff bei Verhängung eines Aufenthaltsverbots, der Verweigerung der Aufhebung eines Aufenthaltsverbots oder auch der Ablehnung einer Titelverlängerung.¹¹² Der VfGH bejahte einen Eingriff ua bei Verhängung eines Aufenthaltsverbots, einer Ausweisung, bei der Ungültigkeitserklärung bzw Versagung eines Sichtvermerks, bei Versagung einer Bewilligung zur Wiedereinreise während eines Aufenthaltsverbots und bei der Abweisung eines Aufhebungsantrages für ein Aufenthaltsverbot.¹¹³

Ist die gesamte Familie von einer Ausweisungsentscheidung betroffen, liegt kein Eingriff in das Familienleben vor. Hier ist aber ein Eingriff in das Privatleben der Betroffenen denkbar.¹¹⁴

3.4.3 Eingriff durch Versagung eines Aufenthaltstitels

In seiner jüngsten Rsp bejahte der EGMR einen Eingriff, sogar zu einem Zeitpunkt, in dem aktuell gar keine Ausweisung bestand bzw geplant war. In den Urteilen Sisojeva, Kaftailova, Aristiuno Mendizabal und Rodrigues da Silva und Hoogkamer leitete der EGMR aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens auch einen Anspruch auf einen Aufenthaltstitel ab.¹¹⁵ Die Entscheidungen Sisojeva und Kaftailova betrafen Angehörige der russischen Minderheit in Lettland, die noch zu Sowjetzeiten als Familienmitglieder von Angehörigen der sowjetischen Armee nach Lettland gezogen bzw schon dort geboren waren. Ihr gesamtes Privatleben bezog sich somit auf Lettland. Aufgrund der anti-russischen Einstellung in Lettland war es ihnen seit der Unabhängigkeit Lettlands aber nicht möglich, ihren Aufenthalt dort zu legalisieren.

¹¹² EGMR 26.9.1997, 25017/94 Fall Mehemi, Rz 27; 18.2.1991, 12313/86 Fall Moustaquim, Rz 36; verfehlt EGMR 26.3.1992, 12083/86 Fall Beldjoudi, Rz 67; 13.7.1995, 19465/92 Fall Nasri, Rz 34 (Aufenthaltsverbot). EGMR 19.2.1998, 26102/95 Fall Dalia, Rz 45 (Verweigerung der Aufhebung); 2.8.2001, 54273/00 Fall Boulitif, Rz 40 (Verweigerung der Titelverlängerung).

¹¹³ Erstmals VfSlg 8792/1980; 11.982/1989; 13.660/1993; 15.640/1999 (Aufenthaltsverbot). VfSlg 12.919/1991; 14.655/1996; 15.400/1999; 16.122/2001 (Ausweisung). VfSlg 14.009/1995; 11.044/1986; 13.336/1993; 14.863/1997 - aA VwGH 2.4.1990 90/19/0133 (Sichtvermerk). VfSlg 11.638/1988 (Versagung der Wiedereinreise). VfSlg 11.042/1986; 11.218/1987; 11.221/1987 (Versagung der Aufhebung).

¹¹⁴ Vgl EGMR 20.3.1991, 15576/89 Fall Cruz Varas, Rz 87ff; 9.10.2003, 48321/99 Fall Slivenko, Rz 103.

¹¹⁵ EGMR 16.6.2005, 60654/00, Fall Sisojeva, Rz 104; 17.1.2006, 51431/99 Fall Aristimuno Mendizabal, Rz 79; 31.1.2006, 50435/99 Fall Rodrigues da Silva und Hoogkamer; 22.6.2006, 59643/00 Fall Kaftailova, Rz 65. Vgl auch schon die Überlegungen zu einer Verletzung von Art 8 MRK wegen der Verweigerung einer Aufenthaltserlaubnis in EGMR 7.10.2004, 33743/03 Fall Dragan u.a. (Zulässigkeitsentscheidung).

Mit dem Fall Aristimuno Mendizabal übertrug der „Gerichtshof seine neue Rechtsprechung ausdrücklich auf den rechtlich-gesellschaftlichen Kontext der Industriestaaten Westeuropas.“¹¹⁶ Der EGMR erkannte eine Verletzung von Art 8 MRK, da einer in Frankreich lebenden Spanierin erst nach Jahren der Ungewissheit, in denen ihr Aufenthaltstitel in äußerst kurzen Abständen verlängert wurde, ein Aufenthaltstitel für EU-Bürger ausgestellt wurde.

In Rodrigues da Silva und Hoogkamer schließlich bekräftigte der EGMR seine Rechtsprechung in einem anders als die bisherigen Fälle eher typischen Migrationsfall. Die Beschwerdeführerin reiste 1994 in die Niederlande ein und ging eine in der Zwischenzeit schon wieder beendete Lebenspartnerschaft mit einem Niederländer ein. Dieser Verbindung entstammt ein Kind, das ebenso niederländische Staatsangehörige ist. Da die Ausweisung der beschwerdeführenden Mutter eine Trennung von ihrem Kind bedeutet hätte, welche für dieses traumatische Folgen gehabt hätte, wurde eine Verletzung von Art 8 MRK festgestellt und die Gewährung eines Aufenthaltstitels für notwendig erachtet, obwohl die Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt legal in den Niederlanden aufhältig war. Sie unternahm auch nie den Versuch, ihren Aufenthalt zu legalisieren. Der EGMR betonte jedoch die Ausnahmesituation dieses Falls auf Grund des geringen Alters des Kindes und der engen Bindungen zu seiner Mutter.

Mit dem Fall Rodrigues da Silva und Hoogkamer stellte der EGMR klar, dass die von ihm dargelegten Prinzipien nicht nur in Ausnahmesituationen, wie die der russischen Minderheit im Baltikum oder einer EU-Bürgerin, anwendbar sind, sondern auf klassisch immigrationsrechtliche Fälle Anwendung finden. Gleichzeitig betonte der EGMR aber, dass die Entscheidung keinesfalls so zu verstehen sei, dass Personen die den Staat mit ihrem Aufenthalt als *fait accompli* konfrontieren würden, jedenfalls Anspruch auf einen Aufenthaltstitel hätten.¹¹⁷ Hinsichtlich der Übertragbarkeit dieser Rsp von Fällen mit Migrationshintergrund auf jene mit Asylhintergrund ist zu bemerken, dass hier wohl zwei unterschiedliche Begriffe vorliegen, doch kann für abgewiesene Asylwerber nichts Anderes gelten als für Personen, die wie Frau Rodrigues da Silva überhaupt nie einen Aufenthaltstitel innehatten.¹¹⁸

Art 8 MRK verlangt vom Gesetzgeber somit im Sinne einer positiven Obligation die Gewährung eines Aufenthaltsrechts, wenn die Ausweisung unzulässig ist. Die Qualität des Aufenthaltstitels muss derart sein, dass eine ungehinderte Ausübung des Privat- und Familienlebens möglich ist.¹¹⁹ Thym's Bedenken im Fall Rodrigues da Silva und Hoogkamer, der Staat werde vor vollendete Tatsachen gestellt und ihm würde damit die Steuerungsfähigkeit des Fremdenrechts aus der Hand genommen,

¹¹⁶ Thym, EuGRZ 2006, (541) 547.

¹¹⁷ EGMR 31.1.2006, 50435/99 Fall Rodrigues da Silva und Hoogkamer, Rz 43.

¹¹⁸ Vgl. Mole, Asylum ECHR, 108.

¹¹⁹ EGMR 17.1.2006, 51431/99 Fall Aristimuno Mendizabal, Rz 66.

vermag in dieser Allgemeinheit nicht zu überzeugen.¹²⁰ Für Asylverfahren muss unterschieden werden, wer die überwiegende „Schuld“ an der langen Verfahrensdauer trägt. Ein Asylwerber, der seinen Aufenthalt durch die beständige Stellung von Folgeanträgen verlängert und in diesem Zeitraum ein Privat- und Familienleben begründet hat, wird wohl anders zu behandeln sein als ein Asylwerber, der seit Jahren auf eine Entscheidung über seine Beschwerde wartet und sich in dieser Zeit in Österreich integriert hat. Im ersten Fall wird das Verhalten des Betroffenen wohl im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausschlaggebend sein, betont der EGMR doch dass eben keine Situation eines *fait accompli* geschaffen werden soll. Nur in besonderen Ausnahmefällen kann hier von einem Überwiegen der privaten Interessen gesprochen werden. Der zweite Fall hingegen liegt im Verantwortungsbereich des Gesetzgebers. Dieser hat durch die Unterausstattung seiner Behörden (in Österreich insb der 2. Instanz) selbst die lange Verfahrensdauer verursacht. In dieser Situation wird die Interessenabwägung wohl eher zu Gunsten des Fremden erfolgen, da der Staat in seiner Sorge um ein geordnetes Fremdenwesen nicht ernsthaft erscheint. Die Gewährung eines bestimmten Aufenthaltstitels steht somit im Ermessensspielraum der Staaten.¹²¹

3.4.4 Rechtfertigung

Das Recht auf Privat- und Familienleben wird in Art 8 MRK nicht absolut geschützt. Eine Ausweisung ist möglich, solange sie nach dem Vorbehalt in Art 8 Abs 2 MRK gerechtfertigt werden kann. Hier ist zu beachten, dass durch die Ausweisung das Familienleben nicht bloß erschwert wird, sondern unmöglich gemacht wird.¹²² Die Rsp des EGMR in diesem Bereich ist stark kasuistisch, sodass die Ableitung einer Judikaturlinie schwer ist.¹²³ In der Rsp kann jedoch hinsichtlich der betroffenen Personen zwischen drei Gruppen unterschieden werden - Fremde der 2. und 3. Generation, „bloß“ sonstig integrierten Fremden und abgewiesenen Asylwerbern. Die Unterscheidung zwischen der ersten und zweiten Gruppe ist tlw sehr schwierig. Der EGMR ist sich dessen zwar bewusst, betont aber die Rechtfertigung der Differenzierung.¹²⁴

Jeder Eingriff in ein Grundrecht muss „gesetzlich vorgesehen“ sein, was ein Mindestmaß an Schutz vor Missbrauch einschließt.¹²⁵ Der VfGH verlangt nicht nur eine Determination der Ausweisungstatbestände, sondern auch die gesetzliche Veranke-

¹²⁰ *Thym*, EuGRZ 2006, (541) 549.

¹²¹ EGMR 15.1.2007, 60654/00 Fall *Sisojeva*, Rz 91.

¹²² *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Art 8 MRK, Rz 93.

¹²³ *Zeichen*, ZÖR 2002, (413) 448ff; *Lambert*, Aliens ECHR, 40.

¹²⁴ Vgl *Zeichen*, ZÖR 2002, (413) 420. EGMR 7.8.1996, 21794/93 Fall C, Rz 31; 31.10.2002, 37295/97 Fall *Yildiz* Rz 43; 6.12.2007, 69735/01 Fall *Chair*, Rz 62.

¹²⁵ Vgl EGMR 8.6.2006, 10337/04 Fall *Lupsa*, Rz 29ff; 18.1.2007, 73819/01 Fall *Estrikh*, Rz 175ff.

rung der Pflicht zur Interessenabwägung in aufenthaltsbeendenden Verfahren. Eine verfassungskonforme Interpretation sei nicht ausreichend.¹²⁶

Der Ausweisungstatbestand muss Deckung finden in der taxativen Aufzählung von legitimen Zielen, die einen Grundrechtseingriff rechtfertigen können. Für Ausweisungen, die sich auf Verbrechen stützten, sind die Rechtfertigungsgründe der Verteidigung der Ordnung und des Schutzes der Moral sowie die Verhinderung von strafbaren Handlungen relevant. Stützt sich die Ausweisung auf andere Gründe, muss sie ihre Rechtfertigung im wirtschaftlichen Wohl des Landes finden können. Gegenüber Asylwerbern wird zumeist das öffentliche Interesse an einem geordneten Fremdenwesen, welches als ein Teil des Interesses an der öffentlichen Ordnung und Ruhe verstanden wird, ins Treffen geführt.

Der wesentlichste Aspekt bei Beurteilung der Rechtfertigung ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Eine Ausweisung ist nur dann zulässig, wenn sie in einer demokratischen Gesellschaft zur Erreichung der oben genannten Ziele notwendig ist. Daraus leitet die Rsp das Erfordernis einer Interessenabwägung ab, wobei der EGMR aber das Bestehen eines Ermessensspielraumes („margin of appreciation“) als Ausfluss des Souveränitätsgedankens betont. So sind die Staaten nicht verpflichtet jedem Wunsch eines Fremden bei der Wohnortswahl nachzukommen, wobei der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten durch die neuere Rsp des EGMR aber zusehends beschränkt wird.¹²⁷

In Ausweisungsfällen verfolgt der EGMR ein dreigliedriges Prüfungsschema für die Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹²⁸ Zunächst prüft er die Bindung an den Aufenthaltsstaat und die Folgen der Ausweisung für das Familienleben.¹²⁹ Das Ausmaß der Integration durch Schulbesuch oder Arbeit ist hier ebenso relevant wie der Versuch die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates zu erlangen. Die Stärke des Familienlebens im Aufenthaltsstaat, insb die Auswirkungen auf Kinder sowie behinderte Personen, werden ebenso berücksichtigt.¹³⁰

Der bisherigen Aufenthaltsdauer kommt genauso wie den Beginn des Aufenthalts besondere Bedeutung zu. Wurde der Betroffene schon im Aufenthaltsstaat geboren oder ist er als Kleinkind eingereist ist die Ausweisung entsprechend schwieriger zu rechtfertigen. Besondere Bedeutung für Asylwerber erlangt die Signifikanz des bisherigen Aufenthaltsstatus, zumal ihr Aufenthalt wohl legal, jedoch nur durch den

¹²⁶ Hierzu instruktiv Rsp des VfGH zu § 3 FrPolG (VfSlg 10737/1985); vgl auch *Weh*, ZfV 1986, 303.

¹²⁷ stRsp des EGMR stellvertretend 18.10.2006, 46410/99 Fall *Uner* Rz 54 (Grand Chamber). Vgl *Thym*, EuGRZ 2006, (541) 550ff.

¹²⁸ Vgl instruktiv EGMR 21.10.1997, 25404/94 Fall *Boujlifa*, Rz 48; 22.3.2007, 1638/03 Fall *Maslov*, Rz 32ff. Weiterführend *Pflug*, *migraLex* 2008, 97.

¹²⁹ Prüfungsschema nach *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Art 8 MRK, Rz 99f; *Villinger*, Handbuch, Rz 576; Vgl auch *Chvosta*, ÖJZ 2007 (852) 854.

¹³⁰ Stellvertretend EGMR 21.10.1997, 25404/94 Fall *Boujlifa*, Rz 48.

letztendlich ungerechtfertigten Antrag legitimiert war.¹³¹ Der Aufenthalt auf Grund einer vorläufigen Aufenthaltsberechtigung in einem Asylverfahren ist nach Ansicht des EGMR nicht mit einem rechtmäßigen Aufenthalt auf Grund einer Niederlassungsbewilligung gleichzusetzen, da auch wenn der erstere rechtmäßig ist, die Behörden nicht explizit die Niederlassung erlaubt haben.¹³² Andererseits sind aber von der Behörde verursachte Verfahrensverzögerungen bzw eine verspätete Ausweisungsentscheidung zu Gunsten des Asylwerbers zu berücksichtigen.¹³³

Ein nach der ersten Ausweisungsentscheidung begründetes Familienleben ist überdies nur in beschränktem Ausmaß zu berücksichtigen, da sich der Betroffene seiner prekären aufenthaltsrechtlichen Situation bewusst sein musste.¹³⁴ In seiner Entscheidung *Rodrigues da Silva und Hoogkamer* betonte der EGMR, dass Personen, die den Staat mit ihrem Aufenthalt als *fait accompli* konfrontieren würden, abgesehen von Ausnahmefällen kein Aufenthaltsrecht aus Art 8 MRK ableiten könnten.¹³⁵

Für den Schutz des Privatlebens hingegen ist allein der *connections approach* entscheidend, da ein in Österreich bestehendes Privatleben in dieser Form in keinem anderen Staat geführt werden kann.¹³⁶

In einem zweiten Schritt prüft der EGMR auf welches Ziel sich die Ausweisung stützt. Strafbares Verhalten wiegt zu ungunsten des Betroffenen. Auch die Umstände etwaiger Straftaten (Dauer, Schwere, Anzahl) werden berücksichtigt, wobei aber die Dauer und das Strafausmaß schwerer wiegen als die Anzahl der Delikte. Auch das Verhalten seit der Verurteilung wird berücksichtigt.¹³⁷ Ein längerer Aufenthalt, währenddessen sich der Fremde wohlverhalten hat aber nie rechtmäßig im Land war, macht eine Ausweisung an sich aber nicht unzulässig. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände, wie zB die damit bedingte Trennung eines Kleinkindes von seiner die Obsorge zumindest teilweise ausübenden Mutter, lässt die Ausweisung unzulässig werden.¹³⁸

In einem dritten Schritt prüft der EGMR, ob und wenn ja in welchem Ausmaß Bindungen an den Staat in den die Ausweisung erfolgen soll, bestehen. Hier sind insb Sprachkenntnisse und im Zielstaat bestehende familiäre Beziehungen zu berück-

¹³¹ Vgl EGMR 16.9.2004, 11103/03 Fall *Ghiban* (Zulässigkeitsentscheidung); 7.10.2004, 33743/03 Fall *Dragan* u.a. (Zulässigkeitsentscheidung).

¹³² EGMR 11.4.2006, 61292/00 Fall *Useinov* (Zulässigkeitsentscheidung); 08.04.2008, 21878/06 Fall *Nnyanzi*, Rz 76.

¹³³ EGMR 08.04.2008, 21878/06 Fall *Nnyanzi*, Rz 76.

¹³⁴ EGMR 29.1.1997, 23078/93 Fall *Bouchelkia*, Rz 41; 26.9.1997, 25613/94 Fall *El Boujaidi*, Rz 33; 21.10.1997, 25404/94 Fall *Boujlifa*, Rz 36; 30.11.1999, 34374/97, Fall *Baghili* Rz 48; 26.4.2007, 16351/03 Fall *Konstatinov*, Rz 48.

¹³⁵ EGMR 31.1.2006, 50435/99, Fall *Rodrigues da Silva und Hoogkamer*, Rz 43.

¹³⁶ *Thym*, EuGRZ 2006, (541) 544.

¹³⁷ EGMR 2.8.2001, 54273/00 Fall *Boultif*, Rz 48; 5.7.2005 46410/99 Fall *Üner*, Rz 40.

¹³⁸ EGMR 31.1.2006, 50435/99 Fall *Rodrigues da Silva und Hoogkamer*, Rz 40ff. Vgl auch die Rechtsprechung zur besonderen historisch bedingten Situation der russischen Minderheit im Baltikum EGMR 16.6.2005, 60654/00 Fall *Sisojeva*, Rz 108; 22.6.2006, 59643/00 Fall *Kaftailova*.

sichtigen.¹³⁹ Der EGMR ging in seinen jüngeren Entscheidungen wieder von der von Storey aufgezeigten Differenzierung hinsichtlich Ausweisungsfragen auf der einen Seite („connections approach“) und Nachzugsfragen auf der anderen Seite ab („elsewhere approach“).¹⁴⁰ Im Fall Amrollahi ging er sogar soweit die Möglichkeit eines Familienlebens in dritten Staaten zu prüfen, verneinte dies jedoch mangels jeglichen Anknüpfungspunktes.¹⁴¹ Im Fall Omoregie stellte der EGMR erstmals fest, dass keine unüberwindbaren Hindernisse für den Nachzug einer Norwegerin und ihres Sohnes zu ihrem Gatten bzw Vater, einem Nigerianer, bestehen würden, zumal die Betroffene einige Zeit in Südafrika gelebt habe, Englisch ua eine Staatssprache Nigerias sei und ihr Kind sich noch in einem anpassungsfähigen Alter befinde.¹⁴² In diesem Fall folgte der EGMR somit seinem sonst aus Nachzugsfragen bekannten „elsewhere approach“.

Die österreichische Rsp folgte dem Vorbild des EMGR. In seinen Erkenntnissen vom 29.9.2007 zu B 328/07 und B 1150/07 erstellte der VfGH unter Verweis auf die Rsp des EGMR eine Art Kriterienkatalog.¹⁴³ Demnach sind bei einer Prüfung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs in das Privat- und Familienleben

- die an keine Mindestdauer geknüpfte Aufenthaltsdauer,
- das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens sowie dessen Intensität,
- das Bestehen des Privatlebens sowie dessen Intensität, wofür ua die Intensität der Beziehungen zu Verwandten und Freunden, Schul- und Berufsausbildung, Selbsterhaltungsfähigkeit und Berufstätigkeit relevant sind,
- die Frage, ob zum Zeitpunkt des Entstehens des Privat- und Familienlebens mit einem weiteren Aufenthalt gerechnet werden durfte,
- die Erfordernisse der öffentlichen Ordnung, wobei allfällige strafrechtliche Verurteilungen und Verstöße gegen die Interessen des Fremden sprechen,
- sowie die Beziehungen zum Heimatstaat zu beachten.

Inhaltlich Neues brachten diese Erkenntnisse des VfGH freilich nicht mit sich, da der VfGH nur die bisherige Rsp zu Art 8 MRK zusammenfasste. Begrüßenswert ist die klare Aufzählung der zu berücksichtigenden Kriterien (aus der Sicht

¹³⁹ EGMR 31.7.2008, 265/07 Fall Darren Omoregie ua, Rz 66.

¹⁴⁰ *Storey*, ICLQ 1990, 328 unter Bezug auf EGMR 28.5.1985, 9214/80 Fall Abdulaziz und 19.2.1996, 23218/94 Fall Gül. Abgehen: EGMR 21.10.1997, 25404/94 Fall Boujlifa; 18.6.2006, 46410/99 Fall Üner; 11.7.2002, 56811/00, Fall Amrollahi.

¹⁴¹ EGMR 11.7.2002, 56811/00, Fall Amrollahi, Rz 42.

¹⁴² EGMR 31.7.2008, 265/07 Fall Darren Omoregie ua, Rz 66.

¹⁴³ Fraglich erscheint jedoch, ob dieser Katalog mit der Rsp des EGMR tatsächlich übereinstimmt. Vgl dazu *Matt*, *migraLex* 2008, 36. Vgl auch den Kriterienkatalog des EGMR zB 28.6.2007, 31753/02, Fall Kaya, Rz 54.

eines juristischen Laien), doch darf dadurch die Bedeutung einer Einzelfallprüfung nicht vermindert werden. In der bisherigen Rsp wurde von einem beweglichen System von Kriterien ausgegangen. Durch die Festlegung eines Kriterienkatalogs, insb die geplante Aufnahme ins Gesetz, besteht die Gefahr, dass darin nicht bedachte Kriterien auch in Zukunft nicht mehr beachtet werden. Erschien zunächst fraglich, ob diese Rechtsprechungslinie auch auf (frühere) Asylwerber im asyl- oder fremdenrechtlichen Ausweisungsverfahren übertragen werden kann, wurde dies durch die Rsp des VfGH klar mit ja beantwortet.¹⁴⁴

Die vom VfGH vorgenommene Prüfung bleibt jedoch hinter dem von ihm aufgestellten Katalog teilweise zurück und berücksichtigt nicht alle Kriterien in ihrem vollen Ausmaß. In B 328/07 behob der VfGH den Bescheid auf Grund der Rechtswidrigkeit der verfüigten Ausweisung. Die Beschwerdeführerin war nach mehrmaligem rechtmäßigem Aufenthalt als Saisonarbeitskraft 2002 nach Österreich eingereist. Auf Grund ihres langen Aufenthalts in Österreich war von einer Entfremdung von ihrer ursprünglichen Heimat Kroatien auszugehen. Hinzu kam, dass obwohl der Sohn der Beschwerdeführerin eine Sonderschule besuchte, die Behörde die Beschwerdeführerin bloß auf ähnliche Möglichkeiten in Kroatien verwies, ohne Ermittlungen zu bestehenden Sprachschwierigkeiten des Kindes anzustellen. In B 1150/07 hingegen bestätigte der VfGH die Ausweisung, da die öffentlichen Interessen an der Aufenthaltsbeendigung die privaten des Beschwerdeführers übertrafen. Das Familienleben wurde während eines Zeitraums eines ungewissen weiteren Aufenthalts begründet, da sich der Beschwerdeführer mit einem Aufenthaltstitel Student in Österreich aufhielt. Hinzu kam, dass beide Ehen, auf die sich der Beschwerdeführer zur Begründung eines Familienlebens berief, Scheinehen waren und so dem öffentlichen Interesse an einem geregelten Fremdenwesen widersprachen.

Aus der Rsp des EGMR und des VfGH folgt ein starker Ausweisungsschutz für Fremde, die in jungem Alter eingereist waren. Sie wurden schon im Aufenthaltsstaat geboren, haben dort die Schule besucht und ihre sozialen Bindungen in diesem Staat. Bindungen an den Staat der Staatsangehörigkeit sind zumeist beschränkt, wenn nicht ganz abgerissen. So wurde die Ausweisung eines seit seinem 10. Lebensjahr in Österreich lebenden Serben, dessen Familie in Österreich lebt, hier die Schule besucht und eine Lehre absolviert, aber eine kleinere Straftat begangen hat, als rechtswidrig angesehen.¹⁴⁵ Die Rsp ist jedoch auch in diesem Bereich kasuistisch, sodass keine einheitliche Linie abgeleitet werden kann.¹⁴⁶ Eine strenge Linie verfolgt

¹⁴⁴ Vgl die Hinweise auf die soeben besprochenen Entscheidungen in VfGH 3.3.2008, B 825/07 (Asylwerber von 2001-2005); 5.3.2008, B 1859/07 ua; 5.3.2008, B1918/07; 5.3.2008, B16/08 (Asylwerberin von 1994-1997); 13.3.2008, B1032/07.

¹⁴⁵ EGMR 22.4.2004, 42703/98 Fall Radovanovic, Rz 38; vgl auch EGMR 23.06.2008, 1638/03 Fall Maslov (Grand Chamber).

¹⁴⁶ Weiterführend *Pflug*, *migraLex* 2008, (97) 100f.

die Rsp hingegen gegenüber (abgewiesenen) Asylwerbern, zumal sie die für ein Aufenthaltsrecht sprechenden Kriterien zumeist nur in beschränktem Ausmaß erfüllt werden, solange zumindest einer vom Staat verschuldeten Verzögerung keine große Bedeutung beigemessen wird.¹⁴⁷

3.5 Recht auf ein faires Verfahren

3.5.1 Rechtsprechung

Art 6 MRK gewährt in Verfahren um ein „civil right“ oder eine „criminal charge“ prozessuale Grundrechte. Nach der stRsp der Straßburger Instanzen handelt es sich bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen jedoch weder um einen zivilrechtlichen Anspruch noch um eine strafrechtliche Anklage.

Erstmals hielt die EKMR dies im Fall Agee fest.¹⁴⁸ Sie begründete ihre Ansicht damit, dass Ausweisungen öffentlich-rechtlicher Natur seien, welche in die „public sphere“ fallen würden und somit keine Beurteilung eines civil rights betreffen würden. Auch stelle sich bei Ausweisungen keine strafrechtliche Frage, da diese „a procedure completely separate from criminal prosecution or conviction“ darstellen würden.¹⁴⁹ Diese Judikaturlinie wurde in X gg Großbritannien fortgesetzt.¹⁵⁰ In diesem Fall wurde durch die Ausweisung ein Arbeitsvertrag beendet, sodass eine Beziehung zu einem civil right argumentierbar war. Die Kommission verneinte aber die Anwendbarkeit der König und Ringeisen Rsp und damit von Art 6 MRK, da hier bloß ein „purely indirect or incidental effect of a decision taken in relation to a completely separate matter“ vorliegen würde.¹⁵¹ Die Kommission bestätigte ihre Ansicht nochmals in Singh und Uppal und verneinte auch in diesem Fall das Bestehen eines civil right.¹⁵² Auch für Asylverfahren wurde die Anwendbarkeit von Art 6 MRK verneint, da es sich bei der Frage um den Flüchtlingsstatus um kein civil right handle.¹⁵³

Der EGMR wurde mit dieser Frage im Fall Maaouia befasst und folgte der Ansicht der Kommission.¹⁵⁴ In seiner Begründung betonte der EGMR die Notwendigkeit einer autonomen Auslegung der MRK. Zur Qualifikation als ein civil right wies er im Sinne einer systematischen Interpretation darauf hin, dass damit Art 1 7.ZPMRK überflüssig wäre. Der Gerichtshof bediente sich auch einer historischen Auslegung und zog den erläuternden Bericht zum 7.ZPMRK heran, wo klargestellt wird, dass die Parteien von der fehlenden Anwendbarkeit des Art 6 MRK ausgingen. Da Aus-

¹⁴⁷ Vgl EGMR 8.4.2008, 21878/06 Fall Nnyanzi.

¹⁴⁸ EKMR 17.12.1976, 7729/76 Fall Agee, Rz 27f.

¹⁴⁹ EKMR 17.12.1976, 7729/76 Fall Agee, Rz 29.

¹⁵⁰ EKMR 18.5.1977, 7902/77 Fall X gg Großbritannien.

¹⁵¹ EKMR 18.5.1977, 7902/77 Fall X gg Großbritannien.

¹⁵² EKMR 2.5.1979, 8244/78 Fall Singh und Uppal.

¹⁵³ EKMR 9.11.1987, 13162/87, Fall V.P.

¹⁵⁴ EGMR 5.10.2000, 39652/98 Fall Maaouia Rz 35ff.

weisungen einen präventiven Charakter haben und somit nicht als Strafe angesehen werden können, stellt sich für den EGMR auch keine Frage einer „criminal charge.“ Der EGMR folgte in seiner jüngeren Rechtsprechung der Grand Chamber Entscheidung aus dem Fall Maaouia.¹⁵⁵ Eine Anwendbarkeit des Art 6 MRK auf Ausweisungsverfahren wird in der Rsp des EGMR somit abgelehnt.

Der VfGH kommt ebenfalls zu dem Schluss, dass Art 6 MRK nicht auf Ausweisungsfragen anwendbar sei. In seinem Erkenntnis vom 18.12.1993, B2091/92, hielt er fest, dass es „kein Grundrecht auf ein faires Verfahren in Ausländeraufenthaltsbeendigungsfragen“ gebe.¹⁵⁶ Der VwGH hingegen verwies in mehreren Erkenntnissen inhaltlich auf die zu Art 6 MRK entwickelte Anscheinsjudikatur. So forderte er auch dann die Anwesenheit eines Dolmetschers, selbst für den Fall, dass der Verhandlungsleiter die Sprache des Asylwerbers spreche, da sonst eine Einflussnahme auf die Entscheidung möglich sei.¹⁵⁷ Dies würde jedoch der aus den Materialien abzuleitenden „Garantie eines fairen Asylverfahrens“ widersprechen.¹⁵⁸ Insoweit wendet der VwGH die Garantien des Art 6 MRK auf Asylverfahren an, doch scheint dies eher in einer freiwilligen Anpassung des Gesetzgebers, als in einer aus der MRK ableitbaren Verpflichtung begründet.

3.5.2 Literatur

Die hA in der Literatur hält unter Verweis auf die oben angeführte Rsp der EKMR und des EGMR fest, dass Asylverfahren ebenso wie Verfahren der Aufenthaltsbeendigung nicht unter Art 6 MRK zu subsumieren seien.¹⁵⁹ Grabenwarter sieht in diesen Verfahren klassische Bereiche des öffentlichen Rechts, die insoweit kein civil right berühren können.¹⁶⁰

Vereinzelt finden sich jedoch auch in der Literatur Stimmen für die Anwendbarkeit von Art 6 MRK auf Asyl- bzw Ausweisungsverfahren. Van Dijk und van Hoof halten die Anwendbarkeit von Art 6 MRK für denkbar, soweit über zivile Rechte abgesprochen wird.¹⁶¹ Rohrböck führt in einem Exkurs zum AsylG 1991 aus, dass einige Bestandteile des „Rechtsbündels ‚Asyl‘“ vermögenswerter Natur seien - so zB der Anspruch auf Familienbeihilfe oder auf Schülerfreifahrt und kostenlose Schulbücher. Insoweit sei der Vollzug durch ein Tribunal iSd Art 6 MRK geboten, was für das

¹⁵⁵ EGMR 8.6.2006, 10337/04 Fall Lupsa, Rz 65; 6.2.2003, 46827/99 und 46951/99 Fall Mamatkulov and Abdurasulovic, Rz 83; 16.4.2002, 65964/01 Fall Peñafiel Salgado (Zulässigkeitsentscheidung).

¹⁵⁶ Vgl auch schon VfSlg 5944/1969; 7608/1975; 13.873/1994 (Refoulementprüfung).

¹⁵⁷ VwGH 21.12.2006, 2005/20/0267; vgl auch schon VwGH 16.4.2002, 99/20/0430; 20.3.2003, 2001/20/0068.

¹⁵⁸ VwGH 21.12.2006, 2005/20/0267.

¹⁵⁹ Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 50; Berka, Grundrechte, Rz 793, 801.

¹⁶⁰ Grabenwarter, EMRK, § 24 Rz 11.

¹⁶¹ Van Dijk/Van Hoof, Theory and practice of the European Convention on Human Rights², 314.

AsylG 1991 eine weitreichende Verfassungswidrigkeit bedeutet hätte.¹⁶² Legomsky zeigt die Absurdität der Nichtanwendbarkeit von Art 6 MRK an einem Beispiel auf: Werde gegenüber einem Fremden ein auf einer Straftat beruhendes Aufenthaltsverbot verhängt, stünden ihm im Strafverfahren natürlich die Rechte nach Art 6 MRK zur Verfügung. Im nachfolgenden Aufenthaltsverbotsverfahren, das für den Fremden noch viel einschneidendere Konsequenzen habe, kämen ihm diese Rechte hingegen nicht zu.¹⁶³ Balthasar spricht ebenso von einem Wertungswiderspruch im Vergleich zwischen Art 6 MRK unterstellten Materien, zu nicht unterstellten Materien wie dem Asyl- und Ausweisungsverfahren.¹⁶⁴

Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob Verfahren, in denen über eine Ausweisung abgesprochen wird, Art 6 MRK unterstellt werden können.

3.5.3 Qualifikation als civil right?

Richter Traja vertrat in seiner dissenting opinion zum Fall Maaouia die Ansicht, dass eine Ausweisung ein civil right berühre. Aufgrund wörtlich-teleologischer Auslegung kam er im Gegensatz zur stRsp des EGMR zu dem Ergebnis, dass civil „non-criminal“ bedeute. Weiter argumentiert er, dass es unsinnig wäre, den Bürger im Rechtsstreit mit einem anderen Bürger zu schützen, ihn aber im Streit mit dem Staat, bei dem ein um ein vielfaches größeres Bedrohungspotential gegeben sei, nur in bestimmten Fällen zu schützen. Da er so zu einem eindeutigen Ergebnis kam, konnte er die Ansicht im erläuternden Bericht zu Art 1 7.ZPMRK als unbeachtlich bei Seite lassen, da die MRK als internationaler Vertrag nach den Grundsätzen der Wiener Vertragsrechtskonvention auszulegen ist.¹⁶⁵

Richter Trajas Ansicht widerspricht aber der stRsp des EGMR zur Auslegung des Begriffs civil right. Die Rsp des EGMR zu civil rights lässt sich in drei Fallgruppen untergliedern. Nach der Auswirkungsjudikatur sind Streitigkeiten um Eigentum oder vertragliche Rechtsbeziehungen unter Art 6 MRK zu subsumieren. Eine zweite Gruppe bilden Grenzfälle zwischen öffentlichem und Privatrecht, die zB Sozialversicherungsfragen oder Fragen des Beamtendienstrechts erfassen (Abwägungsjudikatur). Verfahren, in denen es um einen vermögenswerten Gegenstand geht, bilden eine dritte Gruppe.¹⁶⁶ An diese Rsp knüpft Balthasar an, wenn er davon ausgeht, dass Ausweisungsverfahren Art 6 MRK zu unterstellen sind, soweit damit auch in familienrechtliche Ansprüche, wie insb Besuchsrechte, eingegriffen wird.¹⁶⁷ Denn da-

¹⁶² Rohrböck, Asylgesetz 1991, 116ff (120).

¹⁶³ Vgl Legomsky in Hailbronner/Klein, Criminal Aliens, 164.

¹⁶⁴ Balthasar, migraLex 2007, (56) 63.

¹⁶⁵ Art 31-32 Wiener Vertragsrechtskonvention, BGBl 243/1990.

¹⁶⁶ Grabenwarter, EMRK, § 24 Rz 6-10; Rohrböck, Asylgesetz 1991, 117f.

¹⁶⁷ Balthasar, migraLex 2007, (56) 59. Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art 6 MRK in Kindschaftssachen vgl Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar², Art 6 MRK Rz 8.

mit wäre zweifelsohne eine Auswirkung auf einen zivilrechtlichen Anspruch gegeben. Eine derartige Interpretation wurde jedoch von der Kommission im oben erwähnten Fall X gg Großbritannien abgelehnt, da sie eine Ausuferung befürchtete. Im Hinblick auf die Weiterentwicklung der Rsp zu Art 8 MRK in Ausweisungsfragen, die schon so weit geht, in besonderen Fällen einen Anspruch auf einen Aufenthaltstitel zu gewähren, fällt es aber schwer, von einem bloß „purely indirect or incidental effect“ der Ausweisung auf das Privat- und Familienleben zu sprechen.¹⁶⁸ Da in jedem Ausweisungsverfahren über die Auswirkungen auf das Privat- und Familienleben abgesprochen wird, sind diese Verfahren unter Art 6 MRK zu subsumieren.

3.5.4 Qualifikation als criminal charge?

Aus der Rsp des EGMR ergeben sich für die Qualifikation einer nationalen Maßnahme als criminal charge drei Kriterien.¹⁶⁹ Ausgangspunkt ist die Klassifikation im nationalen Recht. Da die MRK aber autonom auszulegen ist, muss als zweites Kriterium die Natur des Vergehens beurteilt werden, wobei bei präventivem und repressivem Charakter von einer strafbaren Handlung im Anwendungsbereich des Art 6 MRK auszugehen ist.¹⁷⁰ Die Art und das Ausmaß der drohenden Konsequenzen, welche natürlich mit der Art und dem Ziel der Sanktion eng verbunden sind, bilden das dritte Kriterium.

Im österreichischen Recht zählen die aufenthaltsbeendenden Maßnahmen und damit auch die asylrechtliche Ausweisung zum Verwaltungsrecht, nicht zum Strafrecht. Vom VfGH werden sie als administrativ-rechtliche Maßnahmen qualifiziert.¹⁷¹ Zunächst muss bedacht werden, dass sich die Ausweisung nicht gegen die Allgemeinheit richtet, wie dies für einen strafrechtlichen Tatbestand typisch ist, sondern nur gegen Asylwerber und potentielle Asylwerber, also Fremde. Dies ist jedoch kein Argument gegen die Qualifikation der Ausweisung als strafrechtliche Anklage, da das zu Grunde liegende Verhalten ähnlich wie bei dem Tatbestand der Schwarzarbeit, bei der niemand am strafrechtlichen Charakter zweifelt, nur von einem Fremden verwirklicht werden kann.

Für die Natur des unter Sanktion gestellten Verhaltens, der Stellung eines letztlich unberechtigten Asylantrags, müssen allfällige präventive und repressive Folgen beachtet werden. Zweck der asylrechtlichen Ausweisung ist es, den von der Rechtsordnung gewünschten Zustand wiederherzustellen. Ohne den letztlich unbegründeten Asylantrag wäre dem Betroffenen nämlich gar kein Aufenthaltsrecht zugekommen.

¹⁶⁸ EKMR 18.5.1977, 7902/77 Fall X gg Großbritannien.

¹⁶⁹ EGMR 8.6.1976, 5100/71 ua Fall Engel ua, Rz 82ff; bestätigt in EGMR 21.2.1984, 8544/79 Fall Öztürk, Rz 50ff; 22.5.1990, 11034/84 Fall Weber, Rz 30ff.

¹⁷⁰ *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rz 19; Vgl auch die concurring opinion der Richter Costa, bon Hedigan und Pantiru in EGMR 5.10.2000, 39652/98 Fall Maaouia.

¹⁷¹ VfSlg 7608/1975; 5944/1969.

Da mit der Abweisung des Asylantrags das Aufenthaltsrecht endet, ist es konsequent, gleichzeitig die Ausweisung auszusprechen. Die Ausweisung verfolgt also keine repressiven oder präventiven Ziele. So kann auch in der Ausweisung nicht der Versuch gesehen werden, unbegründete Anträge zu verhindern, ebensowenig wie die Ablehnung eines unbegründeten Antrags in einem Bauverfahren und der daraus resultierenden Versagung einer Baugenehmigung ein repressiver Charakter der Verweigerung der Bewilligung abgeleitet werden kann. Die Folgen sind im Asylverfahren freilich größer, doch kann allein mit diesem Wertungswiderspruch kein repressiver oder präventiver Charakter der Ausweisung begründet werden.

Zuletzt ist die Frage nach den Konsequenzen zu stellen. Durch die Ausweisung wird der bisher auf Grund seiner asylrechtlichen Aufenthaltsbewilligung beruhende rechtmäßige Aufenthalt des Fremden beendet. Es handelt sich bei der Konsequenz also nicht um eine im Strafrecht typische Geld- oder Freiheitsstrafe. Auch kann die asylrechtliche Ausweisung nicht als Ersatz der bis zur Strafrechtsreform 1975 bestehenden Möglichkeit der Abschaffung verstanden werden. Abschaffungen galten zwar als Aufenthaltsverbote weiter, doch setzen diese anders als eine asylrechtliche Ausweisung ein zu verurteilendes Verhalten des Fremden und eine Gefahrenprognose für die Zukunft voraus. Insgesamt kann eine Ausweisung nach dem AsylG somit nicht als eine strafrechtliche Anklage iSd Art 6 MRK gewertet werden.

Balthasar stellte jüngst die These auf, dass Auslieferungsverfahren dem Schutz von Art 6 MRK zu unterstellen seien. Er sieht im Auslieferungsverfahren eine notwendige Voraussetzung und somit einen Teil des Strafverfahrens im Heimatstaat, welches eine strafrechtliche Anklage darstelle. Ein Auslieferungsverfahren wäre somit eine strafrechtliche Anklage, was die Subsumtion unter Art 6 MRK zur Folge hat. In Folge seien auch Asylverfahren, insoweit über Fragen der Auslieferung abgesprochen wird, etwa wenn der Asylwerber vor strafrechtlicher Verfolgung im Heimatstaat geflohen ist, dem Schutz des Art 6 MRK zu unterstellen.¹⁷² Dabei übersieht Balthasar aber, dass die MRK zwischen den Begriffen Auslieferung und strafrechtlicher Anklage unterscheidet. So wird in Art 5 Abs 1 MRK neben dem Haftgrund einer gerichtlich strafbaren Handlung (lit a und c leg cit) und dem einer Auslieferung (lit f leg cit) unterschieden. Auch inhaltlich stellt eine Auslieferung keine strafrechtliche Anklage dar, zumal mit ihr nicht über die Schuldfrage abgesprochen wird.¹⁷³ Auch nach den Engel-Kriterien kann eine Auslieferung nicht als criminal charge qualifiziert werden, sodass Balthasar insoweit nicht zu folgen ist.

¹⁷² Balthasar, *migraLex* 2007, (56) 61.

¹⁷³ *Van Dijk/van Hoof*, Theory and practice of the European Convention on Human Rights², 314 mit Verweis auf die nicht veröffentlichte Entscheidung EKMR 10227/85, Fall X. Vgl auch EGMR 4.5.2000, 51891/99, Fall Naletilic (Zulässigkeitsentscheidung).

3.5.5 Drohende Verletzung im Zielstaat

Vertragsstaaten sind nicht verpflichtet eine Ausweisung zu unterlassen, wenn im Zielstaat eine Verletzung der Rechte nach Art 6 MRK droht. Würde eine Ausweisung oder Auslieferung jedoch einen „flagrant denial of justice“ mit sich bringen, muss davon Abstand genommen werden.¹⁷⁴

3.6 Recht auf eine wirksame Grundrechtsbeschwerde

Grundrechte sind nur dann wirksam, wenn ihre Durchsetzung auch möglich ist. Daher gewährt die MRK in Art 13 einen Anspruch auf eine wirksame Grundrechtsbeschwerde. Wird eine Grundrechtsverletzung vertretbar behauptet (arguable claim) muss es auch eine Beschwerdemöglichkeit dafür geben, denn die tatsächliche Verletzung soll ja gerade erst im Verfahren festgestellt werden.¹⁷⁵ Art 13 MRK ist jedoch ein akzessorisches Grundrecht. Ein Fremder kann somit eine Beschwerde insb im Zusammenhang mit Art 2-3 oder 8 MRK einbringen, nicht jedoch allein auf Grund einer Ausweisung. Art 13 MRK kommt jedoch autonomer Gehalt zu, da eine Verletzung auch festgestellt werden kann, wenn das materielle Grundrecht nicht verletzt wurde.¹⁷⁶

Der EGMR räumt den Staaten einen weiten Ermessensspielraum für die Ausgestaltung der Beschwerde ein.¹⁷⁷ Gewisse Mindestkriterien müssen dabei aber erfüllt werden. Eine Beschwerde muss gegen jeden Staatsakt, der Grundrechte verletzen kann, möglich sein. Eine Beschwerdemöglichkeit gegen eine Grundrechtsverletzung durch Gesetz überschreitet jedoch die systematische Grenze.¹⁷⁸ Die Beschwerdemöglichkeit muss auch wirksam sein. Dies erfordert zwar keine Beschwerde bei einem Gericht iSd Art 6 MRK, doch darf die entscheidende Behörde nicht Richter in eigener Sache sein.¹⁷⁹ Zweitens muss der Zugang zu dem Rechtsmittel gewährleistet sein. Ein Fremder muss das Verfahren einleiten können, eine rein amtswegige Untersuchung ist nicht ausreichend. Im Rahmen des Grundsatzes eines fairen Verfahrens muss der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommen.¹⁸⁰ Drittens muss Abhilfe geschaffen werden können. Bloße Empfehlungen sind nicht ausreichend. So ist zB der Menschenrechtsbeirat keine wirksame Beschwerdeinstanz. Ausreichend ist

¹⁷⁴ EGMR 7.7.1989, 14038/88 Fall Soering, Rz 112; 26.6.1992, 12747/87, Fall Drozd and Janousek, Rz 110; 4.5.2000, 51891/99, Fall Naletilic (Zulässigkeitsentscheidung).

¹⁷⁵ EGMR 6.9.1978, 5029/71 Fall Klass, Rz 64; 25.3.1983, 5947/72 ua Fall Silver ua., Rz 108ff.

¹⁷⁶ EGMR 21.6.1988, 10126/82 Fall Plattform Ärzte für das Leben, Rz 24ff.

¹⁷⁷ EGMR 28.10.1994, 14310/88 Fall Murray 100; 15.11.1996, 22414/93 Fall Chahal, Rz 145.

¹⁷⁸ EGMR 8.7.1986, 9006/80 ua Fall Lithgow ua, Rz 206.

¹⁷⁹ EGMR 6.9.1978, 5029/71 Fall Klass, Rz 30; 15.11.1996, 15211/89 Fall Calogero Diana, Rz 41; 15.11.1996, 15943/90 Fall Domenichini, Rz 42. VfSlg 13.837/1994.

¹⁸⁰ EGMR 7.7.1989, 14038/88 Fall Soering, Rz 123; 30.10.1991, 13163/87 Fall Vilvarajah ua, Rz 117ff; 5.2.2002, 51564/99, Fall Conka, Rz 85.

jedoch die Gewährung von Schadenersatz ohne Behebung der ursprünglichen Entscheidung.¹⁸¹ Die Wahrscheinlichkeit einer für den Betroffenen positiven Erledigung der Beschwerde ist hingegen irrelevant.¹⁸²

Wird eine aufenthaltsbeendende Entscheidung oft mit Hinweisen auf die nationale Sicherheit begründet, stoßen das Geheimhaltungsinteresse des Staates und das Konzept einer wirksamen Beschwerde aufeinander. Der EGMR folgt hier dem Standard „a remedy that is as effective as can be.“¹⁸³ Gibt es Hinweise, dass eine Verletzung von Art 3 MRK droht, verlangt der EGMR eine genauere Begründung und eine unabhängige Überprüfung, da die Verletzung irreversibler Natur ist.¹⁸⁴ Keinesfalls kann mit Erwägungen der nationalen Sicherheit der vollkommene Entfall einer Beschwerdemöglichkeit iSd Art 13 MRK gerechtfertigt werden.¹⁸⁵ Wie der EGMR jüngst in seiner an die Al-Nashif Entscheidung anknüpfenden C.G. Entscheidung dargelegt hat, muss sich die nationale Beschwerdeinstanz auf Basis der Fakten mit der Behauptung, der Auszuweisende stelle ein Risiko für die nationale Sicherheit dar, konkret auseinandersetzen und der Betroffene muss eine faire Chance haben, diese Behauptungen zu bekämpfen.¹⁸⁶

Die Beschwerden zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts wurden nach diesen Kriterien als wirksame Beschwerdemöglichkeiten qualifiziert.¹⁸⁷ Der VfGH hielt ausdrücklich fest, dass das Fehlen der aufschiebenden Wirkung die Wirksamkeit der Beschwerde nicht mindert, da diese zuerkannt werden kann.¹⁸⁸

Der VfGH leitet die gleichen Anforderungen aus dem rechtsstaatlichen Prinzip ab. Die jüngere Rsp stützt sich nunmehr auch auf Art 13 MRK.¹⁸⁹

3.7 Gleichheitssatz

Der Gleichheitssatz fand für Fremde durch das BVG zum Verbot der rassistischen Diskriminierung Eingang in die österreichische Rechtsordnung. Er beschränkt sich jedoch auf die Rechtsstellung von Fremden untereinander. Verboten sind somit nur Ungleichbehandlungen von Fremden untereinander. Differenzierungen zw In- und Ausländern sind nach wie vor zulässig.¹⁹⁰ Der Gleichheitssatz enthält überdies ein

¹⁸¹ EGMR 25.3.1983, 5947/72ua Fall Silver ua, Rz 115; 30.10.1991, 13163/87 Fall Vilvarajah ua, Rz 122ff.

¹⁸² EGMR 30.10.1991, 13163/87ua Fall Vilvarajah ua, Rz 122ff; 6.3.2001, 45276/99 Fall Hilal Rz 78.

¹⁸³ EGMR 6.9.1978, 5029/71 Fall Klass, Rz 69; 26.3.1987, 9248/81 Fall Leander, Rz 84.

¹⁸⁴ EGMR 15.11.1996, 22414/93 Fall Chahal, Rz 150-151; 8.6.2006, 10337/04 Fall Lupsa Rz 33ff.

¹⁸⁵ EGMR 20.06.2002, 50963/99 Fall Al-Nashif, Rz 137.

¹⁸⁶ EGMR 24.4.2008, 1365/07 Fall C.G., Rz 60f.

¹⁸⁷ EKMR 5.4.1993, 19066/91 Fall S.S. ua. VfSlg 13.837/1994 mwN.

¹⁸⁸ VfSlg 13.837/1994.

¹⁸⁹ VfSlg 13.837/1994; 14.769/1997.

¹⁹⁰ VfSlg 8006/1977; 13314/1992.

allgemeines Sachlichkeitsgebot und ein Verbot der Willkür.¹⁹¹

Alle staatlichen Erscheinungsformen werden durch den Gleichheitssatz gebunden. Vom Gesetzgeber verlangt der Gleichheitssatz Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Wie der VfGH in seiner stRsp ausführt, muss eine Differenzierung auf Unterschiede im Tatsächlichen rückführbar sein.¹⁹² Der VfGH überlässt dem Gesetzgeber einen weiten „rechtspolitischen Gestaltungsspielraum“ bei der Wahl der Ziele, die er mit einer bestimmten Regelung verfolgt.¹⁹³ Nur wenn ein bestimmtes Ziel ausnahmsweise als gleichheitswidrig qualifiziert wird, ist eine solche Regelung verfassungswidrig. Einen ähnlichen Spielraum hat der Gesetzgeber bei der Wahl der Mittel. Unzulässig ist aber die Verwendung eines absolut untauglichen Mittels. Sie müssen erforderlich und angemessen sein.¹⁹⁴ Eine an sich gleichheitswidrige Regelung kann jedoch innerhalb der Grenze einer Gesamtänderung der Verfassung bestehen bleiben, sofern diese im Verfassungsrang erlassen wurde.

Der Gleichheitssatz hindert den Gesetzgeber nicht, unterschiedliche Verfahrensordnungen zu schaffen.¹⁹⁵ Selbst innerhalb eines Systems dürfen systemfremde Bestimmungen vorkommen, sofern dafür eine sachliche Rechtfertigung besteht.¹⁹⁶ „Übergreifende Wertungsgesichtspunkte“ können eine abweichende Regelung aber gleichheitswidrig werden lassen.¹⁹⁷ Im Hinblick auf die Verwaltungsverfahrensgesetze muss eine Abweichung jedoch unerlässlich sein (Art 11 Abs 2 B-VG), soweit es sich nicht um eine subsidiäre Regelung handelt.¹⁹⁸

Der Gleichheitssatz bindet die Vollziehung ebenso wie die Gesetzgebung. Zur Prüfung von Vollzugsakten ist auf die Grundrechtsformel des VfGH Bedacht zu nehmen.¹⁹⁹ Demnach ist ein Bescheid bzw eine Entscheidung des AsylGH gleichheitswidrig, wenn es sich auf ein gleichheitswidriges Gesetz stützt, dem Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder der Akt willkürlich gesetzt wurde.²⁰⁰ Willkür liegt auch dann vor, wenn die Behörde die Rechtslage gehäuft verkannt hat. Durch gravierende Verfahrensfehler wie das Unterlassen jeder Ermittlungstätigkeit, das Ignorieren eines Vorbringens oder dem unbegründeten Abgehen vom Akteninhalt verletzt die Behörde ebenso den Gleichheitssatz.²⁰¹ Kommt die Behörde ihrer Begründungspflicht gar nicht bzw insb bei Ermessensentscheidungen nicht ordentlich

¹⁹¹ Berka, Grundrechte, Rz 907ff.

¹⁹² VfSlg 4392/1963; 8475/1978; 11.641/1988; 13.477/1993.

¹⁹³ VfGH 21.6.2007, B978/06.

¹⁹⁴ VfSlg 11.775/1988, 13.363/1993.

¹⁹⁵ VfSlg 13.455/1993; 13.527/1993;

¹⁹⁶ VfSlg 5862/1968.

¹⁹⁷ Berka, Grundrechte, Rz 953.

¹⁹⁸ VfSlg 13.878/1994; 15.369/1998, 15.529/1999.

¹⁹⁹ Vgl stellvertretend schon VfSlg 9212/1981.

²⁰⁰ Vgl stellvertretend VfSlg 15.743/2000;

²⁰¹ Vgl VfSlg 15.743/2000; VfSlg 16.025/2000; VfGH 26.2.2007, B1802/06 ua; 27.2.2007, B223/06 ua; 20.6.2007, B223/07.

nach, kann dies zur Annahme von Willkür und damit zur Verletzung des Gleichheitssatzes führen.²⁰²

3.8 Verbot von Kollektivausweisungen

Mit Art 4 4.ZPMRK wurde, nachdem für einen Schutz vor Einzelausweisungen, wie er später in Art 1 7.ZPMRK verwirklicht wurde, keine Mehrheit gefunden wurde. Kollektivausweisungen, wie jene der Zwischenkriegszeit und nach dem 2. Weltkrieg, in absoluter Weise verboten.

Grundrechtsträger ist der Fremde unabhängig von seinem Aufenthaltsstatus. Eigene Staatsangehörige sind nicht umfasst, da sie umfassend vor Ausweisungen geschützt werden (Art 3 4.ZPMRK). Auch wenn die Ausweisung in einem Kollektiv erfolgen muss, ist unzweifelhaft, dass jedem einzelnen Betroffenen Beschwerdelegitimation zukommt.

Für den Begriff der Kollektivausweisung ist aus der MRK nur sehr wenig zu gewinnen. Aus dem systematischen Zusammenhang ist ersichtlich, dass diese von Einzelausweisungen zu unterscheiden ist. Kollektivausweisungen werden durch fehlende Bedachtnahme auf den Einzelfall qualifiziert. Pöschl spricht von einem „Verbot der pauschalen Gleichbehandlung.“²⁰³ In quantitativer Hinsicht bedarf es einer gewissen Mindestanzahl von Betroffenen. Die Ausweisung von Einzelpersonen fällt nicht in den Schutzbereich dieses Grundrechts. Aber schon eine Gruppe von 23 oder 70 Personen erfüllt die quantitativen Anforderungen.²⁰⁴ Die Anzahl der Betroffenen ist jedoch nicht allein maßgeblich. Hinzu tritt das qualitative Element der mangelnden Überprüfung des Einzelfalles, die sich in der fehlenden Ermittlung der Umstände und einer darauf basierenden Begründung der Entscheidung äußert.²⁰⁵ Unzulässig sind daher Ausweisungen, die ihre Grundlage in einem generellen Akt wie einem Gesetz oder einer Verordnung finden. Denn hier wird die Gruppe der Auszuweisenden nach Gattungsmerkmalen bestimmt, sodass schon ex definitione eine Berücksichtigung des Einzelfalles nicht vorgesehen ist.

Fraglich ist, wie die Aufhebung einer Verordnung für Vertriebene nach § 76 NAG unter diesem Gesichtspunkt zu beurteilen ist. Diese Bestimmung ermächtigt die Bundesregierung durch Verordnung den Betroffenen eines bewaffneten Konflikts ein vorübergehendes, befristetes Aufenthaltsrecht einzuräumen.²⁰⁶ Läuft die Verordnung

²⁰² VfGH 26.9.2006, B3544/05 ua; 13.10.2006, B329/06. Zur Begründungspflicht des AsylGH und zur weitgehenden Unzulässigkeit des bloßen Verweis auf die Feststellungen und Würdigung des BAA siehe VfGH 7.11.2008, U67/08.

²⁰³ Pöschl in *Korinek/Holoubek*, Art 4 4.ZPMRK, Rz 17.

²⁰⁴ EKMR 16.12.1988, 14209/88 Fall A ua. EGMR 5.5.2002, 51564/99 Fall Conka.

²⁰⁵ Vgl EKMR 4.10.1968, 3803/68 und 3804/68; 3.10.1975, Fall Becker; 11.3.1977, 7704/76; 3.3.1978, 7757/77; 12.9.1988, 14209/88 Fall A ua; 11.1.1995 25129/94 Fall Tahiri. EGMR 23.02.1999, 45917/99 Fall Andric (Zulässigkeitsentscheidung).

²⁰⁶ Vgl Verordnung über das Aufenthaltsrecht von kriegsvertriebenen Staatsangehörigen von

ab, wird der Aufenthalt der Betroffenen damit rechtswidrig und sie können ausgewiesen werden. Da die Verordnung von Anfang an nur ein befristetes Aufenthaltsrecht gewährt hat, bestehen insoweit keine Bedenken nach Art 4 4.ZPMRK. Wird hingegen die Verordnung vor Ablauf ihrer zeitlichen Befristung aufgehoben, wird in ein bestehendes Aufenthaltsrecht eingegriffen. Dieser Eingriff ist wie die Aufhebung eines Aufenthaltstitels eine Ausweisung iSd MRK, auch wenn danach noch ein Ausweisungsbescheid erlassen werden muss. Damit wird aber mit einem Schlag die Ausweisung einer ganzen Gruppe von Menschen bedingt, ohne dass eine Einzelfallprüfung stattgefunden hätte. Im Hinblick auf Art 4 4.ZPMRK ist daher eine vorzeitige Aufhebung der Verordnung unzulässig.²⁰⁷ Im Fall der Invalidation der Verordnung ergibt sich aber eine Verpflichtung der Bundesregierung zu deren Aufhebung, soweit sich die Situation im Heimatstaat der Vertriebenen gebessert hat, was jedoch in klarem Widerspruch zu Art 4 4.ZPMRK steht.²⁰⁸ Muzak schlägt vor, § 76 NAG mit Blick auf das 4.ZPMRK so zu interpretieren, dass hier nur die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Erlassung der Verordnung maßgeblich sind.²⁰⁹ Der Gesetzgeber des NAG hat sich dieses Problems nicht angenommen, sodass Muzak folgend eine verfassungskonforme Interpretation vorgenommen werden muss, um eine Grundrechtsverletzung zu verhindern.

Eine Kollektivausweisung kann aber auch durch individuelle Akte wie einen Bescheid bedingt werden.²¹⁰ Indizien für eine Kollektivausweisung sind gleichlautende Entscheidungen, die innerhalb kurzer Zeit an etliche Fremde zugestellt werden. Je größer die Anzahl der Betroffenen ist, desto länger muss das Verfahren davor gedauert haben, um nicht eine Kollektivausweisung vermuten zu lassen. Denn kaum ein Staat hat die Ressourcen unter solchen Umständen eine Einzelfallprüfung jedes Falles vorzunehmen.²¹¹ Haben die ausgewiesenen Fremden alle die gleiche Staatsangehörigkeit, ethnische Zugehörigkeit oder ähnliche sie qualifizierende Merkmale ist dies ein weiterer Hinweis. Nicht erforderlich ist jedoch, dass ihre Ausweisung allein auf Grund eines diskriminierenden Merkmals wie ihrer Hautfarbe oder Staatsangehörigkeit erfolgt ist.²¹²

Entscheidend erweist sich also die Form der Entscheidung der Aufenthaltsbeen-

Bosnien-Herzegowina, BGBl 299/1996; Verordnung über das Aufenthaltsrecht kriegsvertriebener Kosovo-Albaner, BGBl II 133/1999.

²⁰⁷ Muzak, ÖJZ 1999, (13) 18ff.

²⁰⁸ Zur Invalidation siehe Art 18 Abs 2 B-VG und VfSlg 8212/1977; 8329/1978; 12.290/1990.

²⁰⁹ Muzak, ÖJZ 1999, (13) 20.

²¹⁰ Dies trifft auf die Mehrzahl der Fälle in der Rsp der EKMR und des EGMR zu. Vgl EKMR 4.10.1968, 3803/68 und 3804/68; 3.10.1975, Fall Becker; 11.3.1977, 7704/76; 3.3.1978, 7757/77; 12.9.1988, 14209/88 Fall A ua; 11.1.1995 25129/94 Fall Tahiri. EGMR 23.02.1999, 45917/99 Fall Andric (Zulässigkeitsentscheidung); EGMR 5.5.2002, 51564/99 Fall Conka.

²¹¹ EKMR 6.5.1986, 11.618/85; vgl auch *Doehring*, ZaöRV 1985, (372) 374; *Henckaerts*, HRLJ 1994, (301) 303.

²¹² So jedoch *Frowein/Peukert*, EMRK, 850.

digung und nicht die Art deren Durchführung. So verstößt die Durchführung einer Ausweisung in der Art, dass mehrere afghanische Staatsangehörige gemeinsam mit einem Flugzeug abgeschoben werden, nicht gegen Art 4 4.ZPMRK, da der Asylantrag der Betroffenen individuell geprüft wurde.²¹³ Die Praxis von Sammelflügen ist somit insoweit mit der EKMR vereinbar. Im Fall Conka stellte der EGMR hingegen unter Berücksichtigung der Begleitumstände erstmals, wenn auch nur mit knapper Mehrheit, eine Verletzung von Art 4 4.ZPMRK fest.²¹⁴ Hier waren mehreren slowakischen Roma in einer Polizeistation gleichlautende und überdies nur mit Gesetzesstellen begründeten Ausreiseentscheidungen übergeben worden. Mangels Anwesenheit eines Dolmetschers war es den Betroffenen so gut wie unmöglich, einen Anwalt zu kontaktieren. Darüber hinaus berücksichtigte der EGMR schriftliche Nachweise über den Willen von Politikern, Asylsuchende aus der Slowakei, insb Roma abzuschieben. Für zulässig erklärt wurden auch die Beschwerden von vier Personen, die gemeinsam mit fast hundert Anderen von Lampedusa nach Libyen ausgewiesen wurden. Die inhaltliche Entscheidung steht noch aus.²¹⁵

Die Rsp verlangt eine Einzelfallprüfung, woraus Henckaerts auch ein Recht auf ein Verfahren und eine Prüfung von Einzelausweisungen ableiten will.²¹⁶ Denn es wäre nicht zu rechtfertigen, warum eine Prüfung nur stattfinden solle, wenn mehrere Personen ausgewiesen würden, nicht aber „nur“ eine Einzelperson. Wie Pöschl aufzeigt, ist diese Auslegung aber nicht zwingend.²¹⁷ Art 4 4.ZPMRK verlangt kein bestimmtes Verfahren, sondern grundsätzlich nur eine Prüfung des Einzelfalles. Eine Ausweisung aus unsachlichen Gründen ist nicht verpönt, solange ihr eine Einzelfallprüfung zu Grunde liegt.

3.9 Verfahrensrechtlicher Schutz vor Ausweisungen

Art 1 7.ZPMRK gewährt dem einzelnen Fremden verfahrensrechtlichen Schutz in Ausweisungen. Dadurch wurde eine Lücke im Grundrechtsschutz geschlossen und der Standard der MRK an den des ICCPR (Art 13 leg cit) angepasst.

Anders als Art 4 4.ZPMRK erfasst dieses Grundrecht nicht alle Fremden, sondern bloß jene mit rechtmäßigem Aufenthalt. Damit vom Aufenthalt gesprochen werden kann, muss der Fremde mit dem Vorhaben, länger in einem Mitgliedstaat zu verbleiben, eingereist sein. Transit- oder Touristenvisa erfüllen den Aufenthaltsbegriff deshalb nicht.²¹⁸ Andererseits ist aber der Wohnsitz kein Erfordernis für den

²¹³ EGMR 20.9.2007, 45.223/05 Fall Sultani, Rz 82f.

²¹⁴ EGMR 5.5.2002, 51564/99 Fall Conka Rz 59.

²¹⁵ EGMR 11.5.2006, 10171/05, 10601/05, 11593/05 und 17165/05 Fall Hussun ua (Zulässigkeitsentscheidung).

²¹⁶ Henckaerts, HRLJ 1994, (301) 303.

²¹⁷ Pöschl in Korinek/Holoubek, Art 4 4.ZPMRK, Rz 17.

²¹⁸ Erläuternder Bericht Rz 9.

Aufenthalt iSd MRK. Die Frage der Rechtmäßigkeit ist nach nationalem Recht zu beurteilen (vgl § 31 FPG). Eine unzulässige Umgehung wäre es, wenn der Gesetzgeber den Aufenthalt eines Fremden durch Gesetz als rechtswidrig erklären würde, da er so den Schutz nach Art 1 7.ZPMRK verlieren würde. Eine Verordnung für Vertriebene muss daher auch im Hinblick auf Art 1 7.ZPMRK verfassungskonform interpretiert werden.

Art 1 7.ZPMRK gewährt dem Fremden drei Rechte. Er kann Gründe gegen seine Ausweisung vorbringen (lit a), eine Prüfung seines Falles verlangen (lit b) und sich im Verfahren vertreten lassen (lit c). Trechsel sieht in dieser Bestimmung ein Verbot der „schieren Willkür.“²¹⁹ Es bedarf eines Verfahrens, in dem der Fremde Parteistellung hat und sein rechtliches Gehör gewahrt wird. Für die Ausgestaltung des Verfahrens besteht aber ein weiter gesetzgeberischer Spielraum. Anspruch auf eine mündliche Verhandlung oder auf eine Übersetzung der Akten lässt sich aus diesen Verfahrensrechten nicht ableiten. Lit a hat jedoch einen materiellrechtlichen Aspekt. Durch Art 1 Abs 1 lit a 7.ZPMRK werden die zulässigen Gründe für eine Ausweisung nicht beschränkt, verlangt wird aber, dass solche Gründe überhaupt festgelegt sind. Denn nur wenn der Gesetzgeber Gründe für die Ausweisung im Gesetz festlegt, kann es sinnvoll sein, Gründe gegen die Ausweisung vorzubringen.²²⁰ Der Anspruch auf ein Verfahren stellt die „Kehrseite“ zum Recht, Gründe gegen die Ausweisung darzulegen, dar.²²¹ Es kann nicht ausreichen, die Gründe, die ein Fremder gegen seine Ausweisung vorbringt entgegenzunehmen und sie dann einfach zu den Akten zu legen. Die vorgebrachten Gründe müssen vielmehr überprüft werden. Damit eine Nachprüfung möglich ist, muss die Entscheidung auch eine Begründung enthalten. Der Kreis der Vertreter ist durch die MRK nicht beschränkt, sodass auch Mitarbeiter von NGOs als Vertreter in Betracht kommen.²²²

Das Verfahren ist vor der nach innerstaatlichem Recht zuständigen Behörde zu führen, die ihre Entscheidung „in accordance with the law“ zu treffen hat. Die gesetzliche Basis für die Ausweisung muss „accessible and foreseeable“ sein.²²³ Des Weiteren muss sie „a measure of protection against arbitrary interferences by the public authorities with the rights secured in the Convention“ gewähren.²²⁴ Anforderungen an die Qualität der entscheidenden Behörde stellt Art 1 7.ZPMRK, im Gegensatz zu Art 6 MRK, keine. Wie der erläuternde Bericht ausführt, ist es zulässig, verschiedene Verfahren für unterschiedliche Gruppen von Personen oder Sachverhalten vorzusehen.²²⁵

²¹⁹ Trechsel in Nowak/Steuer/Tretter, Bemerkungen zum 7. ZPMRK, 199.

²²⁰ Muzak in Korinek/Holoubek, Art 1 7.ZPMRK, Rz 16.

²²¹ Muzak in Korinek/Holoubek, Art 1 7.ZPMRK, Rz 17.

²²² Muzak in Korinek/Holoubek, Art 1 7.ZPMRK, Rz 18.

²²³ EGMR 8.6.2006, 10337/04 Fall Lupsa, Rz 55.

²²⁴ EGMR 8.6.2006, 10337/04 Fall Lupsa, Rz 55.

²²⁵ Erläuternder Bericht Rz 13.3.

Aus Art 1 7.ZPMRK ergibt sich kein bestimmter Verfahrensablauf, abgesehen von dem Erfordernis der Vorinformation und der Tatsache, dass die Rechte in Normalfall vor der Ausweisung zu gewähren sind. Ob ein zweistufiges Verfahren im Sinne eines Berufungsverfahrens notwendig ist, ist strittig.²²⁶

Die im 7.ZPMRK garantierten Rechte sollten jedenfalls auch in zweiter Instanz gewährt werden, da diese sonst ohne Mitwirkung des Betroffenen einen anderen Sachverhalt annehmen und ihre Entscheidung darauf basieren könnte.²²⁷ Dies widerspricht dem grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzip des rechtlichen Gehörs und würde Art 1 Abs 1 lit a 7.ZPMRK uU wirkungslos machen.²²⁸ Angesichts des eindeutigen Ergebnisses dieser teleologischen Auslegung, muss nicht auf eine historische Interpretation zurückgegriffen werden.²²⁹

Die in Art 1 7.ZPMRK gewährten Rechte stehen unter dem Vorbehalt der „öffentlichen Ordnung“ und der „nationalen Sicherheit.“ Das Kriterium der Notwendigkeit der vorzeitigen Ausweisung in einer demokratischen Gesellschaft ergibt sich aus dem erläuternden Bericht.²³⁰ Ist die Ausreise aus einem dieser Gründe ausnahmsweise vorzeitig notwendig, kann der Fremde schon vor Gewährung der Verfahrensrechte ausgewiesen werden.²³¹ Sie sind jedoch jedenfalls im Nachhinein zu gewähren, auch wenn dies angesichts der praktischen Schwierigkeiten illusorisch erscheint.²³²

²²⁶ Verneinend: Erläuternder Bericht Rz 13.2., *Grabenwarter*, EMRK, 403. Bejahend: öst Gesetzgeber in Materialien zu § 2 FrPolG (AB 1213 BlgNR 17 GP 3.); *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen, 85-86. *Trechsel* geht erst von Anwendbarkeit im Berufungsverfahren aus (*Trechsel* in *Nowak/Steuer/Tretter*, Bemerkungen zum 7.ZPMRK, 195).

²²⁷ aA aber ohne Begründung *Villinger*, Handbuch, 453; *Grabenwarter*, EMRK, 403.

²²⁸ *Muzak* in *Korinek/Holoubek*, Art 1 7.ZPMRK, Rz 22.

²²⁹ Art 31-32 Wiener Vertragsrechtsübereinkommen, BGBl 40/1980.

²³⁰ Erläuternder Bericht, Rz 15.

²³¹ Zu der fehlerhaften, deutschen Übersetzung siehe *Rosenmayr*, ZfV 1988,1.

²³² Erläuternder Bericht, Rz 15.

4 Tatbestand der asylrechtlichen Ausweisung

4.1 Einleitung

4.1.1 Begriff der Ausweisung

Im deutschen Wörterbuch des Brockhaus wird das Verb *ausweisen* wie folgt definiert: „des Landes verweisen; jmdm nicht länger den Aufenthalt in einem bestimmten Land gestatten“, während unter dem Verb *abschieben* verstanden wird, jemanden „gerichtlich des Landes [zu] verweisen, aus[zu]weisen“.¹ Dies verdeutlicht die synonyme Verwendung der Begriffe Ausweisung und Abschiebung im allgemeinen Sprachgebrauch. Auch die Definition des UNHCR umfasst neben dem Befehl ein Land zu verlassen auch die zwangsweise Durchsetzung dieses Befehls, wenn Ausweisung als „Außerlanderschaffung einer Person, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, durch die Regierungsbehörden dieses Staates“ verstanden wird.² Demgegenüber versteht die Kommission der EU jeden „behördlichen oder gerichtlichen Akt, mit dem die Rechtmäßigkeit eines zuvor legalen Aufenthalts beendet wird, z. B. bei Vorliegen einer Straftat“ als Ausweisung.³

Die österreichische Rechtsordnung kennt den Begriff „Ausweisung“ in unterschiedlichen Bedeutungen. Im Kern des Begriffs steht die Verpflichtung des Fremden aus Österreich auszureisen, welche, sollte dies notwendig werden, auch durch Zwang durchgesetzt werden kann. Diese zwangsweise Durchsetzung wird als Abschiebung bezeichnet (vgl § 46 FPG). Gemein ist den verschiedenen Ausweisungstatbeständen der österreichischen Rechtsordnung des Weiteren, dass sie nur Fremde, dh Personen ohne österreichische Staatsbürgerschaft, erfassen. Österreichische Staatsbürger genießen absoluten Schutz vor Ausweisungen, wobei hier der Ausweisungsbegriff weit im Sinne von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen zu verstehen ist (Art 3 4.ZPMRK).⁴

Schon auf verfassungsrechtlicher Ebene wird der Begriff Ausweisung nicht einheitlich verwendet. In der Kompetenzverteilung des B-VG wird mit dem Begriff der Ausweisung auf das den Gemeinden 1920 zukommende Recht Personen den Aufenthalt im Gemeindegebiet zu versagen, abgestellt.⁵ Wie oben schon näher dar-

¹ *Brockhaus*, Band 26, Eintrag „ausweisen“, 381 und Eintrag „abschieben“, 87.

² *UNHCR*, Flüchtlingsschutz, 151.

³ *Kommission*, Grünbuch Rückkehr, 29.

⁴ Weiterführend *Pöschl in Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Art 3 4.ZPMRK.

⁵ *Wiederin in Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG, Rz 9.

gelegt wurde, umfasst die Ausweisung iSd MRK „...any measure of the competent authorities compelling aliens ... to leave the country...“.⁶ Ähnlich weit ist der Ausweisungsbegriff in Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrSchG. Der VfGH versteht darunter „alle fremdenpolizeilichen Maßnahmen, die darauf abzielen, daß der Fremde das Land verlasse“.⁷ Strittig ist, ob die Verhinderung der Einreise unter den Tatbestand der Ausweisung iSd des PersFrSchG subsumierbar ist, zumal die MRK klar zwischen Ausweisung und Hinderung an der Einreise unterscheidet und diese als Vorbild der Regelung im PersFrSchG diene.⁸ Kopetzki ist der Ansicht, dass die Verhinderung der Einreise, soweit diese Maßnahme überhaupt als Freiheitsentzug zu qualifizieren sei, unter den Tatbestand der Ausweisung iSd „Ausserlanderschaffung“ einer Person subsumierbar sei.⁹ Die hA in der Literatur geht jedoch davon aus, dass die Hinderung an der Einreise nicht vom Begriff Ausweisung umfasst wird, was angesichts des Entstehungszusammenhangs - MRK als Vorbild des PersFrSchG - zutreffend erscheint.¹⁰ Im Rahmen der Kompetenzverteilung ist der Ausweisungsbegriff jedoch enger und umfasst lediglich jene aufenthaltsbeendende Maßnahmen, die auch im FPG als Ausweisungen bezeichnet werden.

Neben dem Ausweisungsbegriff auf verfassungsrechtlicher Ebene, welcher als Ausweisung im weiteren Sinn bezeichnet werden kann, wird die Ausweisung im engeren Sinn im Fremdenrecht geregelt. Als Rechtsinstitut wurde die Ausweisung 1990 durch eine Novelle des FrPolG 1954 zunächst als neue Form der Aufenthaltsbeendigung neben dem Aufenthaltsverbot eingeführt.¹¹ Seit dem FrG 1992 gilt das „Primat der Ausweisung“.¹² Die asylrechtliche Ausweisung, welche vom VfGH als eine Aus-

⁶ EKMR 3.10.1975, 7011/75 Fall Becker; EKMR 11.3.1977, 7704/76; 3.3.1978, 7757/77; 6.5.1986, 11618/85 Fall H.A.; 11.1.1995, 25129/94 Fall Tahiri. EGMR 23.2.1999, 45917/99 Fall Andric; 5.2.2002, 51564/99 Fall Conka. Zum Begriff der Ausweisung in der MRK siehe weiterführend Pöschl in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Art 4 4.ZPMRK; Muzak in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Art 1 7.ZPMRK. Siehe dazu auch oben Abschnitt 3.2 auf Seite 17.

⁷ VfSlg 13.039/1992; 13.300/1992. Vgl auch *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, PersFrG, Art 2 Rz 77.

⁸ Praktische Bedeutung kommt dieser Frage insb zu, wenn man eine Anhaltung im Transitraum des Flughafens als Freiheitsentzug qualifiziert - was sehr umstritten ist -, der sodann an den Kriterien des PersFrSchG zu messen ist. Nach der Rsp ist die Anhaltung dort uU als Freiheitsentzug zu qualifizieren EGMR 6.11.1980, 7367/76 Fall Guzzardi; 25.6.1996, 19776/92 Fall Amuur. VfSlg 12.523/1990; 15.465/1999; 16.081/2001; 16.354/2001. Weiterführend *Kriebaum* in *Grabenwarter*, Freiheitsbeschränkungen im Transitbereich, 71; *Feßl*, ZUV 2002, 6; *Demko*, HRRS 2004, 171; *Raschauer/Wessely*, *migraLex* 2005, 88; *Menschenrechtsbeirat*, Zurückweisungszone.

⁹ *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, PersFrG, Rz 77.

¹⁰ *Netzer* in *Wiederin*, Aufenthalt im Transit 156-157; *Davy*, Flüchtlingsrecht II, 271f; *Kriebaum* in *Grabenwarter*, Freiheitsbeschränkungen im Transitbereich, 95.

¹¹ BGBl 190/1990.

¹² *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen, 56. Die praktische Bedeutung der Ausweisung für die Beendigung eines unerwünschten Aufenthalts eines Fremden wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass 2006 3.737, 2007 2.273 und (bis November) 2008 2.125 Ausweisungen verfügt wurden, wobei jedoch die Zahl der verhängten Aufenthaltsverbote bei Weitem überwiegt (2006: 5.294, 2007: 4.542, bis November 2008: 3653). *BMI*, Fremdenstatistik 2006; *dasselbe*, Fremdenstatistik 2007; *dasselbe*, Fremdenstatistik November 2008.

weisung sui generis qualifiziert wird, wurde in der Stammfassung des AsylG 1997 erstmals vorgesehen.¹³ Mit der AsylG Novelle 2003 wurde sie auf materiell negativ erledigte Anträge ausgedehnt und mit dem Fremdenrechtspaket 2005 auf sämtliche negative Entscheidungen nach dem AsylG ausgedehnt wurde.¹⁴

Im Kern der fremden- und asylrechtlichen Ausweisung steht die mit Bescheid auferlegte Verpflichtung des Fremden das österreichische Bundesgebiet zu verlassen. Im Fall der asylrechtlichen Ausweisung tritt, wie noch näher darzulegen sein wird, die Bestimmung des Ziels der Ausweisung hinzu. Ein Fremder, der bereits ausgewiesen ist, kann daher nicht mehr ausgewiesen werden.¹⁵ Dementsprechend hat auch der AsylGH nach einer bereits erfolgten Ausreise nur festzustellen, ob diese zulässig war (§ 41 Abs 6 AsylG). Ob der Fremde abgeschoben wurde oder freiwillig ausgewiesen ist, ist hierfür irrelevant.¹⁶

Während die asylrechtliche Ausweisung eine Konsequenz des zurück- oder abgewiesenen Asylantrages bzw der Aberkennung des Schutzstatus ist, wird im Rahmen der fremdenrechtlichen Ausweisung zwischen verschiedenen Ausweisungstatbeständen nach dem Aufenthaltstitel des Betroffenen unterschieden. So kennt das FPG nunmehr eine Ausweisung von sich illegal in Österreich aufhaltenden Fremden (§ 53 FPG), von Fremden, die einen Aufenthaltstitel innehaben (§ 54 FPG) und von europarechtlich Privilegierten sowie Angehörigen von nicht freizügigkeitsberechtigten Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern (§§ 86-87 FPG). Durch das Institut der Aufenthaltsverfestigung, welches nur im Rahmen der fremdenrechtlichen Ausweisung vorgesehen ist, werden die Tatbestände, auf welche sich die Behörde bei Verfügung einer Ausweisung stützen kann, bei rechtmäßiger Niederlassung mit zunehmender Aufenthaltsdauer beschränkt (§§ 55-56 FPG).

Durch die Ausweisung, sei sie fremdenrechtlicher oder asylrechtlicher Natur, wird regelmäßig in das Grundrecht auf Privat- und Familienleben eingegriffen, zumal dadurch ein Privat- oder Familienleben in Österreich unmöglich gemacht wird. Dementsprechend sehen § 66 FPG und § 10 Abs 2 Z 2 AsylG eine Überprüfung des Eingriffs

¹³ VfSlg 16.122/2001. Vgl stellvertretend VwGH 22.3.2000, 99/01/0424.

¹⁴ Vgl § 5 Abs 1 AsylG 1997 idF BGBl 76/1997 sowie §§ 5a, 8 Abs 2 AsylG 1997 idF BGBl 101/2003.

¹⁵ VwGH 24.2.2003, 2002/21/0191.

¹⁶ Die Qualifikation der Abschiebung als AuvBZ oder als bloße Vollstreckung der Ausweisung ist strittig. Der VfGH und eine Mindermeinung der Literatur qualifizieren die Abschiebung bloß als sonder-vollstreckungsrechtliche Maßnahme (beginnend mit VfSlg 9999/1984; zuletzt VfSlg 17.639/2005. *Rosenmayr*, ZfV 1988, 1; *Bezdeka*, Fremdenrecht 1997, 204; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 1022; *Raschauer/Wessely*, Besonderes Verwaltungsrecht, 84). Der VwGH und die überweigende Literaturmeinung sehen in der Abschiebung hingegen einen AuvBZ (VwGH 23.9.1994, 94/02/0139; 23.7.1999, 99/02/0021. *Davy*, ZfV 1992, 16; *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen, 132; *Davy*, Flüchtlingsrecht II, 348; *Feßl*, ZUV 2000, 10; *Kneihs*, ZfV 2004, 154; *Muzak* in *Muzak/Taucher/Pinter/Lobner*, Kommentar, § 56 Anm 1; *Riel/Schrefler-König/Szymanski/Wollner*, FPG, § 46 Anm 1).

vor.¹⁷ Durch die asylrechtliche Ausweisung kann überdies eine Verletzung von Art 2-3 MRK bedingt werden, zumal das vorangehende Asylverfahren gerade der Prüfung der Refoulementsituation dient und eine verfehlte Entscheidung nie ausgeschlossen werden kann. Im Rahmen der fremdenrechtlichen Ausweisung ist hingegen nach Ansicht der Rsp eine Verletzung der in Art 2-3 MRK gewährten Rechte nicht denkbar, da die Prüfung einer Refoulementsituation einen bestimmten Zielstaat voraussetze, der erst bei der Durchsetzung der Ausweisung definiert werde.¹⁸ Der Refoulementschutz sei auch nicht iSd § 38 AVG als Vorfrage zu beachten.¹⁹ Durch das Verfahren zur Überprüfung des Non-Refoulement ergibt sich jedoch eine zeitliche Verknüpfung (§ 51 FPG).²⁰

4.1.2 Zwingende Ausweisung

Die Verbindung mit der Ausweisung ist im AsylG zwingend vorgesehen. So ist eine asylrechtliche Ausweisung gemäß § 10 AsylG auch dann zu erlassen, wenn schon eine fremdenrechtliche Ausweisung oder ein Aufenthaltsverbot eine Pflicht zum Verlassen des Bundesgebietes begründet hat, was auf den ersten Blick überflüssig erscheinen mag.²¹

4.1.3 Zielstaatsbezogenheit

Im Gegensatz zu fremdenrechtlichen Ausweisungen beinhaltet die asylrechtliche Ausweisung neben der Anordnung, Österreich zu verlassen, eine Determinierung des Ziels der Ausweisung.²² Dies leitet der VfGH aus der Verknüpfung zwischen der Abweisung des Antrags, der eine Feststellung der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung und Abschiebung beinhaltet, mit der Ausweisung ab.²³ Da der zweite Spruchpunkt - der erste Spruchpunkt betrifft die Frage der Asylgewährung, der zweite das Refoulement, der dritte die Ausweisung - eines abweisenden Bescheids zielstaatsbezogen zu formulieren sei, sei auch der dritte Spruchpunkt derart zu formulieren, zumal der Spruch eine Einheit bilde.²⁴

Im AsylG 2005 findet sich nach wie vor keine eindeutige Anordnung, dass eine Ausweisung zielstaatsbezogen zu formulieren ist. Der Wortlaut lässt eine solche

¹⁷ Siehe dazu unten Abschnitt 5.3 auf Seite 72.

¹⁸ Vgl VwGH 98/21/0464; 23.7.1998, 98/18/0203; 15.10.1998, 98/18/0226; 28.12.1998, 14.12.2000, 99/21/0137.

¹⁹ VwGH 14.9.2000, 99/21/0228.

²⁰ Siehe dazu unten Abschnitt 7.2.2 auf Seite 116.

²¹ *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005, § 10 K7 und K13. Siehe dazu unten Abschnitt 7.2.1 auf Seite 114ff.

²² VfSlg 16.122/2001. stRsp VwGH 23.7.1998, 98/18/0203; 15.10.1998, 98/18/0226; 28.12.1998, 98/21/0464; 14.12.2000, 99/21/0137.

²³ Vgl VfSlg 17.516/2005. VwGH 3.6.2005, 2005/20/0108. *Feßl*, ZUV 2005, 137.

²⁴ VfSlg 17.516/2005.

Auslegung zu und deutet in diese Richtung. So ordnet § 10 Abs 4 AsylG an, dass die Feststellung hinsichtlich der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung für „den betreffenden Staat“ zu gelten habe. Auch § 37 Abs 1 AsylG spricht davon, dass die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen ist, wenn „eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in den Staat, *in den die Ausweisung lautet...*“, mit bestimmten Gefahren verbunden wäre.²⁵ §§ 10 Abs 4 und 37 AsylG beziehen sich zwar nur auf zurückweisende Entscheidungen, aber es wäre nicht nachvollziehbar, warum abweisende Bescheide nicht auch eine zielstaatsbezogene Ausweisung enthalten sollten. Wie Feßl ausführt, würde dies insb bei zurückweisenden Entscheidungen wegen entschiedener Sache zu absurden Ergebnissen führen, wenn eine zielstaatsbezogene Ausweisung stattzufinden hätte, während bei dem ersten abgewiesenen Antrag bloß Ausweisung aus dem Bundesgebiet verfügt worden wäre.²⁶ Auch § 51 FPG spricht davon, dass ein Antrag nur für den „bestimmten Staat“, für den bereits eine Entscheidung der Asylbehörden vorliegt, unzulässig sei.

Ein zusätzliches Argument für die Zielstaatsbezogenheit findet sich in § 8 Abs 6 AsylG, gemäß welchem mangels Feststellbarkeit des Herkunftsstaates des Asylwerbers der „Antrag“ auf subsidiären Schutz abzuweisen und mit einer *Ausweisung aus dem Bundesgebiet* zu verbinden sei.²⁷ Nach den Materialien soll dies verhindern, dass ein Asylwerber, der falsche Angaben macht, besser gestellt wird als derjenige, der seinen wahren Herkunftsstaat angibt.²⁸ Hier wird somit eine Ausnahme von der grundsätzlichen zielstaatsbezogenen Formulierung geregelt. Die Regelung ist im Zusammenhang mit der Rechtslage aus 1997 zu sehen, wo ein ansonsten nicht feststellbarer Herkunftsstaat nach den Angaben des Asylwerbers angenommen wurde, was zu dem unbilligen Ergebnis - Gewährung eines Schutzes an einen Asylwerber auf Grund seines behaupteten, jedoch offensichtlich falschen, Herkunftsstaates - führen konnte.²⁹

Daraus folgt, dass auch Ausweisungen nach dem AsylG 2005 zielstaatsbezogen zu formulieren sind. Dem Asylwerber steht es natürlich frei, auch in ein anderes Land auszureisen, zumal Österreich über die Bundesgrenzen hinaus das Verhalten des Fremden nicht regeln kann. Durch die zielstaatsbezogene Formulierung wird jedoch die Fremdenpolizei hinsichtlich des Ziels einer allfälligen Abschiebung beschränkt. Ohne weitere Prüfung des Bestehens einer Refoulementsituation kann die

²⁵ Hervorhebung durch die Autorin.

²⁶ Feßl, ZUV 2005, 137.

²⁷ Zur Anwendung der Bestimmung vgl UBAS 27.4.2006, 231.887/13-XVII/55/06; 28.11.2006, 307.296-C1/E1-IX/49/06; 15.1.2007, 308.882-C1/E1-V/15/07; 1.2.2007, 308.878-C1/2E-VII/05/07; 6.2.2007, 307.725-C1/3E-XII/05/06; 13.3.2007, 310.384-1/2E-VII/20/07; 19.4.2007, 311.274-1/4E-IX/27/07; 5.6.2007, 312.360-1/2E-XIX/63/07; 8.11.2007, 315.347-1/2E-XV/52/07; 8.11.2007, 315.346-1/2E-XV/52/07.

²⁸ RV 952 BlgNR XXII GP 38.

²⁹ Feßl, ZUV 2000, (10) 11ff.

Abschiebung nur in den im Asylbescheid bezeichneten Staat erfolgen. Will die Fremdenpolizeibehörde den abgewiesenen Asylwerber in einen anderen Staat abschieben, muss sie gemäß § 50 FPG von Amts wegen das Nonrefoulement Gebot wahrnehmen und ermöglicht dem Fremden damit die Stellung eines entsprechenden Antrags (§ 51 FPG).³⁰

Die Zielstaatsbezogenheit hat auch eine völkerrechtliche Komponente, zumal eine Rückübernahmepflicht nach Völkergewohnheitsrecht nur den Staat der Staatsangehörigkeit trifft.³¹ Da der Herkunftsstaat jener der Staatsangehörigkeit ist, wird durch die zielstaatsbezogene Ausweisung gleichzeitig zumindest sichergestellt, dass der Staat, in den die Ausweisung erfolgt, zur Übernahme des Betroffenen verpflichtet ist. Daneben können völkerrechtliche Rückübernahmepflichten auch auf Grund so genannter Rückübernahmeabkommen bestehen, die auch eine Verpflichtung zur Übernahme von Drittstaatsangehörigen auslösen können.³² Im asylrechtlichen Bereich kommt Rückübernahmeabkommen Bedeutung zu, als sie die Frage der praktischen Umstände einer Rückübernahme von Staatsangehörigen, aber auch die entscheidende Frage, wann von einer Staatsangehörigkeit ausgegangen werden darf, regeln. Drittstaatsangehörige betreffende Übernahmepflichten ergeben sich im asylrechtlichen Bereich vor allem aus der Dublin-II-V.

Gemäß § 59 Abs 1 FPG wird eine Ausweisung gegenstandslos, wenn der Betroffene seiner Ausreiseverpflichtung nachgekommen ist. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auch auf eine asylrechtliche Ausweisungen ist unstrittig, doch stellt sich die Frage, ob die Gegenstandslosigkeit der Ausweisung schon mit der einfachen Ausreise

³⁰ Siehe dazu unten Abschnitt 7.2.2.1 auf Seite 117. Vgl auch *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 259.

³¹ *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 259.

³² Österreich hat derzeit mit folgenden Staaten Rückübernahmeabkommen: Benelux-Staaten (BGBl 51/1965), Tunesien nur hinsichtlich eigener Staatsangehöriger (BGBl 255/1965), Slowenien (BGBl 623/1993), Ungarn (BGBl 315/1995 idF BGBl III 25/1998), Deutschland (BGBl III 19/1998), Italien (BGBl III 160/1998), Kroatien (BGBl III 177/1998), Bulgarien (BGBl III 189/1998), Litauen (BGBl III 12/2000), Lettland (BGBl III 144/2000), Schweiz und Liechtenstein (BGBl III 1/2001), Estland (BGBl III 202/2001), Rumänien (BGBl III 27/2002), Slowakei (BGBl III 227/2002 idF BGBl III 105/2008), Serbien und Montenegro (BGBl III 66/2004, Weitergeltung für Montenegro BGBl III 124/2007), Polen (BGBl III 56/2005), Tschechien (BGBl III 187/2005), Mazedonien (BGBl III 11/2007), Bosnien und Herzegowina (BGBl III 100/2007), Frankreich (BGBl III 117/2007).

Darüber hinaus bestehen Rückübernahmeabkommen bzw Klauseln über die Rückübernahme in Partnerschaftsabkommen zwischen der EU und den folgenden Staaten: Georgien (Art 75, ABl 1999 L 205 S 3), Usbekistan (Art 72, ABl 1999 L 229 S 1), Armenien (Art 82, ABl 1999 L 239 S 1), Aserbaidschan (Art 75, ABl 1999 L 246 1), Hongkong (ABl 2004 L 17 S 25), Macau (ABl 2004 L 143 S 99), Ägypten (Art 68, ABl 2004 L 304 S 39 und Art 84, ABl 2005 L 265 S 2), Kroatien (Art 77, ABl 2005 L 26 S 3), Albanien (ABl 2005 L 124 S 22), Sri Lanka (ABl 2005 L 124 S 43), Libanon (Art 68, ABl 2006 L 143 S 2), Russland (ABl 2007 L 129 S 40), Ukraine (ABl 2007 L 332 S 48), Mazedonien (ABl 2007 L 334 S 7), Montenegro (ABl 2007 L 334 S 26), Serbien (ABl 2007 L 334 S 46), Bosnien und Herzegowina (ABl 2007 L 334 S 66), Moldawien (ABl 2007 L 334 S 149), sowie eine Absichtserklärung im Abkommen von Cotonou mit den AKP-Staaten (Art 13 Abs 5 lit c, ABl 2000 L 317 S 10).

oder erst mit der Ausreise in den Heimatstaat erfolgt.³³ Würde man auf die Ausreise in den Heimatstaat des Betroffenen abstellen, ergäben sich für die Praxis wohl schwierige Beweisfragen, doch können diese allein nicht die Annahme rechtfertigen, dass die asylrechtliche Ausweisung in Folge einer jeden Ausreise gegenstandslos wird, verlangt der (europäische) Gesetzgeber derartige Feststellungen doch auch im Rahmen der Dublin-II-V.³⁴ Da, wie gerade dargelegt, die Bestimmung des Zielstaates jedoch nur die Fremdenpolizei hinsichtlich der möglichen Zielstaaten einer zwangsweisen Aufenthaltsbeendigung beschränkt, nicht aber den Fremden zur Ausreise in ein bestimmtes Land verpflichtet, muss davon ausgegangen werden, dass auch die asylrechtliche Ausweisung mit der Ausreise aus Österreich unabhängig vom Ziel der Reise gegenstandslos wird. Denn mit der Ausreise ist der ehemalige Asylwerber seiner Ausreiseverpflichtung, auf deren Erfüllung § 59 FPG abstellt, nachgekommen, sodass die Rechtsfolge der Gegenstandslosigkeit eintritt.

4.2 Verbindung mit der Ausweisung

§ 1 Z 2 AsylG kündigt an, dass im AsylG geregelt wird, wann „eine Entscheidung nach diesem Bundesgesetz“, das sind gemäß § 1 Z 1 AsylG Entscheidungen über die Zu- und Aberkennung des Status des Asylberechtigten bzw subsidiär Schutzberechtigten, mit einer Ausweisung zu verbinden ist. Der zur Ausweisung ermächtigende Tatbestand ist in § 10 AsylG vorgesehen, wobei eine Ausweisung nur in Verbindung mit einer Entscheidung über einen Schutzstatus zulässig ist. Eine gesonderte Entscheidung über eine Ausweisung, ohne dass ein Zusammenhang mit einer zurück- oder abweisenden Entscheidung nach dem AsylG vorliegt, ist demnach nicht zulässig.³⁵

Die programmatische Ankündigung in § 1 Z 2 AsylG, dass jede Entscheidung über den Status des Asylberechtigten bzw subsidiär Schutzberechtigten mit einer Entscheidung über die Ausweisung zu verbinden ist, wird nicht durchgehalten. Eine Ausnahme besteht für die Zurückweisung des Antrags im Flughafenverfahren (§ 31ff AsylG). Hier ist der Betroffene mangels Einreise ins Bundesgebiet im rechtlichen Sinn nicht auszuweisen (§ 33 Abs 5 AsylG), sondern nach Rechtskraft der Entscheidung zurückzuweisen (§ 41 Abs 2 AsylG).³⁶ Damit entfällt weitestgehend eine Prüfung des Privat- und Familienlebens. Ein schon vor der Einreise bestehendes Familienleben kann nur nach den Bestimmungen des Familienverfahrens Beachtung finden, wobei der praktische Anwendungsbereich dieser Bestimmung darauf

³³ Vgl VwGH 27.03.2007, 2005/18/0671.

³⁴ Art 16 Abs 3 Dublin-II-V. Weiterführend *Filzwieser/Liebmingner*, Dublin II Verordnung, Art 16 K 18-23.

³⁵ Vgl *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 264.

³⁶ Dieses Verfahren wird hier nicht näher besprochen.

beschränkt sein dürfte, dass gemeinsam einreisende Familienmitglieder auch gemeinsam zurückgewiesen werden. Hinsichtlich eines über diesen Personenkreis hinausgehenden Privat- und Familienlebens besteht keine Verpflichtung der Behörden, ein solches zu beachten und auch keine Möglichkeit, sich gegen eine behauptete Grundrechtsverletzung zur Wehr zu setzen. Zwar ist ein solcher Fall - auch angesichts des kurzen, auf den Sondertransitraum des Flughafens beschränkten Aufenthalts unwahrscheinlich - denkunmöglich ist er jedoch nicht, sodass diese Regelung im Hinblick auf Art 8 iVm Art 13 MRK bedenklich erscheint. Keine Ausweisung wird überdies in einer Sonderkonstellation des Familienverfahrens verfügt. Ein Familienangehöriger eines Fremden, der einen Status nach dem AsylG inne hat, kann auch im Ausland bei einer österreichischen Vertretungsbehörde einen Antrag auf internationalen Schutz stellen, der gleichzeitig auch einen Antrag auf Erteilung eines Einreisevisums enthält. Das Visum wird erteilt, soweit das BAA die Gewährung eines Status für wahrscheinlich hält. Wird das Einreisevisum nicht erteilt, ist das Verfahren beendet.³⁷ Die Verfügung einer Ausweisung wäre hier mangels Aufenthalt des Fremden im Bundesgebiet denkunmöglich und wurde deswegen wohl auch nicht vom Gesetzgeber in § 1 Z 2 AsylG angekündigt.

4.2.1 Zwei Kategorien der Ausweisung

Wie in den Materialien angekündigt, ist eine Ausweisung immer dann auszusprechen, wenn „eine gänzlich negative Entscheidung“ ausgesprochen wird.³⁸ Dies ist einerseits dann der Fall, wenn der Antrag auf internationalen Schutz zurückgewiesen wird (§ 10 Abs 1 Z 1 AsylG), andererseits wenn der Antrag abgewiesen wird (§ 10 Abs 1 Z 2-4 AsylG). Feßl spricht daher im Hinblick auf die grundsätzliche Unterscheidung der Zurück- oder Abweisung eines Antrags von zwei Kategorien der Ausweisung.³⁹ Diese Unterscheidung erscheint insb angesichts der abweichenden Regelungen der aufschiebenden Wirkung der Ausweisung gerechtfertigt (vgl §§ 36ff AsylG).⁴⁰

4.2.1.1 Zurückweisung des Antrags

Der Gesetzgeber hat das Asylverfahren, wie schon mit der AsylG Novelle 2003, in ein Zulassungs- und ein inhaltliches Verfahren gegliedert. Im von den Erstaufnahmestellen zu führenden Zulassungsverfahren ist zunächst abzuklären, ob Österreich

³⁷ Vgl zu in diesem Verfahren bestehenden Rechtsschutzbedenken zB *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 538f. aA hingegen Feßl/Holzschuster, die von einer Bekämpfbarkeit der Verweigerung eines Visums vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts ausgehen, *Feßl/Holzschuster*, Kommentar, 510f.

³⁸ RV 952 BlgNR XXII GP 28.

³⁹ *Feßl*, ZUV 2005, 137.

⁴⁰ Siehe dazu unten Abschnitt 9.2.3 auf Seite 168.

zur Behandlung des Antrags auf internationalen Schutz überhaupt zuständig ist bzw ob der Antrag wegen entschiedener Sache zurückzuweisen ist. In besonders klaren Fällen kann das BAA jedoch schon im Zulassungsverfahren über den inhaltlichen Asylantrag absprechen.

Eine Unzuständigkeit Österreichs ist immer dann gegeben, wenn der Betroffene schon in einem sicheren Drittstaat Schutz vor Verfolgung finden könnte bzw wenn ein anderer Staat nach der Dublin-II-V zuständig ist (§§ 4-5 AsylG).⁴¹ Hier muss bedacht werden, dass alle Nachbarstaaten Österreichs entweder Mitglieder der Dublin-II-V sind oder als sichere Drittstaaten gelten, sodass Österreich für über den Landweg einreisende Asylwerber prinzipiell nicht zuständig ist.⁴² Auch wenn der Gesetzgeber grundsätzlich von der Sicherheit dieser Staaten ausgeht, kann nach der zutreffenden Rsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts im Einzelfall die Zurückweisung und die folgende Ausweisung unzulässig sein, da ein Grundrechtseingriff droht. So führte der VfGH grundlegend in VfSlg 16.122/2001 aus, dass § 5 AsylG nicht isoliert zu sehen sei und ein drohender Grundrechtseingriff im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation mit Blick auf Art 2-3 und 8 MRK und die Rsp des EGMR im Fall T.I. zu beachten sei. Die Asylbehörden seien in einem solchen Fall zur Ausübung des Selbsteintrittsrechtes verpflichtet.⁴³ Demnach ist bei einer drohenden Verletzung von Art 2-3 oder 8 MRK die Zurückweisung des Antrags unzulässig und Österreich hat aus diesen Überlegungen den Antrag auch inhaltlich zu prüfen, was im Rahmen der Dublin-II-V durch Ausübung des Selbsteintrittsrechtes gemäß Art 3 Abs 4 Dublin-II-V geschieht. Anders als nach dem AsylG idF BGBl 101/2003 führt jedoch nicht mehr ein bloßer Verdacht auf eine Traumatisierung zur Zulassung des Verfahrens. Vielmehr bedarf es, in grundsätzlicher Übereinstimmung mit der strengen Rsp des EGMR, einer zu erwartenden lebensgefährlichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes bzw eines Fehlens jeglicher Behandlungsmöglichkeiten im Zielstaat.⁴⁴

Die Verknüpfung einer zurückweisenden Entscheidung über einen Antrag auf internationalen Schutz wegen entschiedener Sache mit einer Ausweisung ist auf den ersten Blick zu verneinen. Der Wortlaut von § 10 Abs 1 AsylG spricht nämlich nur von „einer Entscheidung *nach diesem Bundesgesetz*“, also dem AsylG, die mit Ausweisungen zu verbinden sind (vgl auch § 1 Z 1 AsylG).⁴⁵ Im Vergleich zum Wortlaut

⁴¹ Vgl weiterführend zum System der Dublin-II-V und der österreichischen Rechtslage *Filzwieser/Liebmingner*, Dublin II Verordnung; *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005, § 5; *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 447ff.

⁴² In der Praxis scheitert eine Zurückweisung des Antrags oft an der Nachweisbarkeit der Einreise über einen anderen EU-Staat bzw wird eine Zurückweisung nicht fristgerecht umgesetzt, was gemäß Art 19 Abs 4 bzw Art 20 Abs 2 Dublin-II-V zur Zuständigkeit Österreichs führt.

⁴³ Vgl seitdem VfSlg 17.340/2004; 17.586/2005; VfGH 6.3.2008, B2400/07; 6.3.2008, B2418/07 ua. VwGH stellvertretend 3.1.2003, 2000/01/0498; 08.06.2006, 2005/01/0317; 30.08.2007, 2006/19/0571. Weiterführend *Feßl*, ZUV 2001, 11; *Muzak*, JRP 2002, 87.

⁴⁴ VfGH 6.3.2008, B2400/07 B2418/07 ua.

⁴⁵ Hervorhebung durch die Autorin.

der Vorgängerregelung in § 5a AsylG 1997 ist es jedoch zumindest denkbar, dass auch Entscheidungen gemäß § 68 Abs 1 AVG umfasst sein sollten, da von einer Aufzählung der einer Zurückweisung zu Grunde liegenden Tatbestände und einer damit verbundenen Einschränkung des Rechtsgrundes der Ausweisung abgegangen wurde.⁴⁶ Ein eindeutiger Hinweis für die Anwendbarkeit findet sich im Wortlaut des § 29 Abs 3 Z 4 AsylG, der eine Mitteilung zur Wahrung des Parteiengehörs hinsichtlich einer zurückweisenden Entscheidung und der damit zu verbindenden Ausweisung vorsieht, zumal gemäß dem Klammerausdruck neben Entscheidungen gemäß §§ 4, 5 AsylG auch solche gemäß § 68 Abs 1 AVG umfasst sind. Diese Auslegung entspricht auch dem Willen des historischen Gesetzgebers, zumal dieser in den Erläuterungen zu § 37 AsylG ausführt, dass „einer Berufung gegen eine Ausweisung, die mit einer Zurückweisung, also einer Entscheidung nach §§ 4 und 5 oder § 68 Abs 1 AVG verbunden wird“ aufschiebende Wirkung nur zukomme, wenn diese zuerkannt werde.⁴⁷ Schließlich müssen auch teleologische Überlegungen zu dem Schluss führen, dass Entscheidungen gemäß § 68 AVG mit einer Ausweisung zu verknüpfen sind, da dies auch in diesem Fall die verwaltungsökonomischere Lösung darstellt.

Soweit diese Frage in der Rsp des UBAS bzw des AsylGH thematisiert wird, wird mit dem Zusammenhang der, einer Entscheidung gemäß § 68 AVG zu Grunde liegenden, bereits geklärten asylrechtlichen Fragestellung argumentiert. Demnach liege zwar keine Entscheidung nach dem AsylG, jedoch eine Entscheidung in einer Asylanlage vor, welche die Verbindung mit der Ausweisung rechtfertige.⁴⁸ Wurde jedoch im ersten Verfahren schon die Unzulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung und Abschiebung festgestellt und somit subsidiärer Schutz gewährt, ein zweiter Antrag wegen entschiedener Sache zurückgewiesen, muss nach verfassungskonformer Interpretation hier ein Ausspruch über die Ausweisung unterbleiben, da es sonst zu einer Grundrechtsverletzung kommen würde.⁴⁹

Bejaht man die Anwendbarkeit, stellt sich in Fällen, in denen die erste Entscheidung schon mit einer Ausweisung verknüpft war, jedoch die Frage, ob die Rechtskraft der ersten Ausweisung nicht der Erlassung einer weiteren entgegensteht.⁵⁰ Die mit der ersten Entscheidung ausgesprochene Ausweisung entfällt dann, wenn sie durch Ausreise des Fremden in seinen Herkunftsstaat konsumiert wurde, wobei nach neuer Rechtslage jedoch nicht mehr die Gewährung eines Aufenthaltsrechts - wofür wenn überhaupt nur eine Aufenthaltsberechtigung gemäß § 13 AsylG, nicht aber schon eine Duldung gemäß § 12 AsylG in Frage käme - zur Gegenstandslosigkeit

⁴⁶ Vgl insoweit *Feßl*, ZUV 2005, 137.

⁴⁷ RV 952 BlgNR XXII GP 55. Hervorhebung durch die Autorin.

⁴⁸ Vgl UBAS 2.3.2006, 268.208/0-XIII/66/06; 21.3.2007, 302.201-2/0-VII/43/07; 31.10.2007, 313.076-2/2E-XIII/66/07. Vgl auch *Schrefler-König/Gruber*, Asylrecht, § 10 Anm 4.

⁴⁹ *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 284.

⁵⁰ *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 283.

einer Ausweisung führt. Selbst wenn von einer Gegenstandslosigkeit auszugehen ist, wird in den allermeisten Fällen eine Entscheidung gemäß § 68 AVG jedoch schon im Zulassungsverfahren getroffen werden, sodass die ursprüngliche Ausweisung keinesfalls durch Gewährung eines Aufenthaltsrechts gegenstandslos wird. Da insoweit also noch eine rechtskräftige Ausweisung besteht, ist keine weitere Ausweisung auszusprechen, da ansonsten der Grundsatz der Rechtskraft ohne zwingenden Grund durchbrochen werden würde. Die Spruchpraxis des AsylGH ist, wie die seines Vorgängers, insoweit nicht einheitlich, wobei aber die Mehrheit, ohne Überlegungen in diese Hinsicht anzustellen, eine weitere Ausweisung ausspricht.⁵¹ Unterlässt schon das BAA auf Grund der soeben dargestellten Rsp die Verfügung einer Ausweisung, ist dies jedoch im Hinblick auf die Frage der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde problematisch. Denn einer zurückweisenden Entscheidung kommt ex lege keine aufschiebende Wirkung zu. Zwar kann der AsylGH eine solche zuerkennen, doch setzt dies nach dem Wortlaut von § 36 Abs 1 AsylG eine mit einer Ausweisung verbundene Entscheidung des BAA voraus, sodass der AsylGH in der dargestellten Konstellation eine aufschiebende Wirkung nicht zuerkennen kann. Den gänzlichen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung hat der VfGH jedoch als verfassungswidrig beurteilt.⁵² Dies scheint, neben dem Wortlaut, ein Argument für die Notwendigkeit des Ausspruchs einer Ausweisung im Zusammenhang mit einer Entscheidung gemäß § 68 AVG zu sein, wobei damit jedoch eine verfassungsrechtlich ebenso problematische Ausweisung auf Vorrat bedingt wird.⁵³ Unproblematisch ist hingegen der Fall, dass mit der ersten Entscheidung noch keine Ausweisung zu verfügen war, da insoweit noch keine rechtskräftige Ausweisung vorliegt.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass zurückweisende Entscheidungen, obwohl sie mit einer Ausweisung verbunden werden, keinen Ausspruch über die Refoulementprüfung enthalten, was verfassungsrechtlich äußerst bedenklich wäre. Dem ist jedoch bei genauerer Betrachtung nicht so. Zwar enthalten zurückweisende Bescheide nach dem AsylG keinen eigenen Spruchpunkt zur Frage des Refoulement, doch wird dieses im Verfahren berücksichtigt. Im Falle einer, in der Praxis kaum noch eine Rolle spielenden, zurückweisenden Entscheidung wegen Drittstaatssicherheit

⁵¹ Vgl die Behebung des die Ausweisung betreffenden Spruchpunktes in UBAS 10.4.2006, 268.208/0-XIII/66/06 (abweichend aber 21.12.2007, 233.363-2/3E-XIII/66/07); 21.3.2007, 302.201-2/0-VII/43/07; 05.02.2008, 302.065-3/2E-XVIII/60/2008 (später jedoch abweichend vgl zB UBAS 7.5.2008, 303.959-2/3E-XVIII/60/2008). AsylGH 31.7.2008, E7 255.761-3/2008. Siehe auch AsylGH 8.10.2008, C2 230.127-2/2008, wo die Ausweisung unter ausdrücklichem Hinweis auf deren Fehlen im Erstverfahren ausgesprochen wurde. Auch das BAA geht in manchen Fällen dazu über, keine Ausweisung auszusprechen, ohne dies jedoch in irgendeine Richtung zu begründen, vgl UBAS 30.1.2008, 306.610-2/2E-XV/53/08.

⁵² VfSlg 17340/2003.

⁵³ Vgl AsylGH 18.12.2008, D10 403219-1/2008, wo der AsylGH die Entscheidung des BAA mangels Ausspruchs über die Ausweisung behoben hat, zumal damit die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung unmöglich geworden sei.

normiert schon § 4 Abs 2 AsylG einen dem Refoulementverbot Rechnung tragenden Prüfmaßstab. Im Falle der vertraglichen Unzuständigkeit gemäß § 5 AsylG ist gemäß der oben dargelegten Rsp des VfGH ein Grundrechtseingriff zu prüfen.⁵⁴

Problematisch ist die Situation jedoch, wenn eine Zurückweisung wegen entschiedener Sache gemäß § 68 Abs 1 AVG ausgesprochen wird. Zwar wurde die Frage des Refoulementschatzes schon im zu Grunde liegenden ersten Verfahren, in dem über den Asylantrag inhaltlich abgesprochen wurde, geprüft, doch könnte sich der Sachverhalt nachträglich geändert haben. Nach der Rsp des VwGH ist jedoch nur eine Änderung im asylrechtlich relevanten Bereich zu beachten.⁵⁵ Eine neuerliche Prüfung des Refoulementschatzes ist hingegen nicht vorgesehen, was angesichts der Fiktion in § 10 Abs 4 AsylG verfassungsrechtlich bedenklich erscheint, zumal die Fremdenpolizeibehörde an diese „aktuelle“ Feststellung gebunden ist.⁵⁶ Um eine Grundrechtsverletzung zu vermeiden, müssen das BAA und der AsylGH angesichts der neuen Rechtslage hier wohl eine Prüfung gemäß § 8 AsylG vornehmen. Da die Behörde somit in dem zweiten, neuen Verfahren zu dem Schluss kam, dass keine entscheidungsrelevante geänderte Sach- oder Rechtslage vorliegt, muss auch davon ausgegangen werden, dass die Grundlagen der ersten Refoulemententscheidung unverändert ihre Gültigkeit behalten haben. Nach der bisher strengen Rsp des VwGH problematisch ist jedoch der Fall, dass ein neuer Sachverhalt erst während des Beschwerdeverfahrens eintritt, da der AsylGH bei der Frage, ob eine entschiedene Sache vorliegt, nur jene Tatsachen berücksichtigen darf, die der Entscheidung erster Instanz zu Grunde lagen.⁵⁷ Tritt danach, also im Beschwerdeverfahren, eine Neuerung ein, könnte diese nicht beachtet werden, und eine Ausweisung müsste unter Verletzung des Non-Refoulementgebots vorgenommen werden. Die Rsp des VwGH, nach der die Fremdenpolizeibehörden angesichts einer wesentlichen Änderung hinsichtlich des Refoulements ausnahmsweise über einen Antrag gemäß § 51 FPG zu entscheiden haben, kann hier nicht weiterhelfen, zumal ein solcher Antrag nur während des Verfahrens zur Erlassung einer Ausweisung bzw eines Aufenthaltsverbots zulässig ist. Der Betroffene wurde jedoch schon nach dem AsylG ausgewiesen.⁵⁸ In einem solchen Fall wird der AsylGH daher ebenso von der strengen Rsp des VwGH angesichts der ansonsten drohenden Verletzung von verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten abzugehen haben.⁵⁹

⁵⁴ Vgl VfSlg 17.340/2004; 17.586/2005; VfGH 6.3.2008, B2400/07; 6.3.2008, B2418/07 ua. VwGH stellvertretend 3.1.2003, 2000/01/0498; 08.06.2006, 2005/01/0317; 30.08.2007, 2006/19/0571. Weiterführend *Feßl*, ZUV 2001, 11; *Muzak*, JRP 2002, 87.

⁵⁵ Statt vieler VwGH 25.4.2007, 2004/20/0100. Vgl auch UBAS 13.4.2004, 200.312/20-V/14/04.

⁵⁶ Vgl UBAS 6.2.2007, 253.023/4/7E-X/28/06. *Schrefler-König/Gruber*, Asylrecht, § 10 Anm 3.

⁵⁷ VwGH 30.6.1992, 89/07/0200; 20.4.1995, 93/09/0341; 25.4.2007, 2004/20/0100.

⁵⁸ Vgl VwGH 26.9.2007, 2007, 21/0175; 13.11.2007, 2006/18/0494.

⁵⁹ *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 280f. Vgl AsylGH 16.9.2008, A3 267529-2/2008; 23.10.2008, D3 241408-2/2008, sowie Erkenntnisse des AsylGH betreffend Verfahren gemäß § 68 AVG, denen ein Dublin-Verfahren vorran ging, wo auch ein „lediglich“ Non-

Erfolgte der erste Asylantrag noch zu einem Zeitpunkt, in dem die Entscheidung nach dem AsylG nicht mit einer Refoulementprüfung zu verbinden war, kann insoweit freilich keine *res judicata* vorliegen, da über diese Frage, auch wenn der zu Grunde liegende Sachverhalt schon im Zeitpunkt der Asylentscheidung bekannt war, noch nie abgesprochen wurde. Insoweit liegt eine geänderte rechtliche Situation vor, sodass die Behörde keine Entscheidung gemäß § 68 Abs 1 AVG treffen darf, womit aber keine Gefahr einer Ausweisung ohne Prüfung des Non-Refoulement besteht.

4.2.1.2 Abweisung des Antrags

Abweisung des gesamten Antrags Gemäß § 2 Abs 1 Z 13 AsylG beinhaltet ein Antrag auf internationalen Schutz den Antrag auf Zuerkennung des Status eines Asylberechtigten und in eventualiter einen Antrag auf Zuerkennung des Status eines subsidiär Schutzberechtigten. Asyl wird auf Grund einer wohlbegründeten Furcht vor Verfolgung aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Gesinnung gewährt (§ 3 AsylG).⁶⁰ Gelangt das BAA bzw der AsylGH zur Ansicht, dass der Flüchtlingsbegriff nicht erfüllt ist, ist vor gänzlicher Abweisung des Antrags auf internationalen Schutz das Vorliegen von subsidiären Schutzgründen, die dem Refoulementgrundsatz Rechnung tragen, zu prüfen. Würde eine Ausweisung gegen das Recht auf Leben oder das Folterverbot, wie in Art 2-3 MRK und 6. und 13.ZPMRK garantiert, verstoßen oder für eine Zivilperson eine ernsthafte Gefahr des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit durch einen bewaffneten Konflikt bedeuten, ist sie unzulässig und dem Asylwerber wird eine befristete Aufenthaltsberechtigung als subsidiär Schutzberechtigter zuerkannt (§ 8 AsylG). Nur wenn beide Aspekte des Antrags auf internationalen Schutz abgewiesen werden und es damit zu keiner Zuerkennung eines Status nach dem AsylG kommt, ist eine Ausweisung zulässig. Wie schon ausgeführt, ist bei Abweisung des subsidiären Schutzes mangels feststellbaren Herkunftsstaates jedoch nur eine Ausweisung aus dem Bundesgebiet vorzunehmen.⁶¹

Aberkennung des Flüchtlingsstatus Der Tatbestand des § 10 Abs 1 Z 3 AsylG regelt die Situation, in der erst nachträglich die Asylberechtigung aberkannt wird und es nach der gemäß § 8 AsylG in einem solchen Fall vorzunehmenden Refoulementprüfung zu keiner Zuerkennung des subsidiären Schutzes kommt. Die Frage, wann der Status eines Asylberechtigten aberkannt werden kann, wird in § 7 AsylG geregelt.

Refoulementrelevantes Vorbringen geprüft wird (Sstellvertretend 11.9.2008, D3 317803-2/2008; 29.9.2008, D14 400075-2/2008; 20.10.2008, D12 400034-2/2008).

⁶⁰ Zum Inhalt und Umfang des Flüchtlingsbegriffs vgl *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005, § 3; *Feßl/Holzschuster*, AsylG 2005, 83ff; *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 47-101 mwN in der Literatur.

⁶¹ Siehe dazu oben Abschnitt 4.1.3 auf Seite 56.

Durch den dort enthaltenen Verweis auf § 6 AsylG können auch erst später bekannt werdende Umstände, die den Ausschluss von der Asylgewährung rechtfertigen würden, zur Aberkennung führen. Im Gegensatz zur alten Rechtslage, gemäß der eine Ausweisung nur vorgesehen war, soweit der Fremde eine Gefahr für die Republik darstellte oder er ein besonders schweres Verbrechen begangen hatte (§ 14 Abs 3 AsylG 1997), ist nunmehr jede Asylaberkennung mit einer Ausweisung zu verbinden. Um dem Prinzip des absoluten Schutzes vor Folter und Todesstrafe Rechnung zu tragen, sieht der Gesetzgeber jedoch auch für den Fall der Asylaberkennung die Prüfung der Zuerkennung des Status als subsidiär Schutzberechtigten vor (§ 8 Abs 1 Z 2 AsylG). Demnach ist, selbst wenn der Betroffene eine Gefahr für die Sicherheit Österreichs darstellt oder er ein besonders schwerwiegendes Verbrechen begangen hat, was zur Aberkennung des Flüchtlingsstatus führte, die Ausweisung nicht zulässig ist, soweit angesichts der drohenden Refoulementverletzung subsidiärer Schutz zuerkannt wird.⁶²

Des Weiteren kann der Eintritt eines Endigungsgrundes nach der GFK zur Aberkennung des Statuts eines Asylberechtigten führen. Schließlich kann auch die Verlagerung des Lebensmittelpunktes in einen anderen Staat gemäß § 7 Abs 1 Z 3 AsylG die Aberkennung der Asylberechtigung bedingen. Feßl/Holzschuster äußerten hinsichtlich der damit zu verbindenden Ausweisung Bedenken mit Blick auf das Non-Refoulement-Gebot.⁶³ Denn nach dem AsylG ist eine Ausweisung stets in den Herkunftsstaat des Betroffenen vorzunehmen. Nun ist es aber denkbar, dass sich der Lebensmittelpunkt aus Österreich verlagert hat, die Schutzbedürftigkeit aber weiterhin besteht. Eine Ausweisung in den Herkunftsstaat führe nach Feßl/Holzschuster in diesem Fall automatisch zu einer Verletzung des Non-Refoulement. Die Tatsache, dass es hier eventuell zur Zuerkennung des Status eines subsidiär Schutzberechtigten kommen wird müssen, vermag die Ausweisung jedoch nicht zu verhindern, zumal in § 9 Abs 1 Z 2 AsylG die gleiche Regelung für die Aberkennung des subsidiären Schutzes vorgesehen ist. Eine Verletzung des Non-Refoulement iSd Art 33 Z 1 GFK könnte zwar durch eine Ausweisung in den Staat, in den sich der Lebensmittelpunkt verlagert hat, hintangehalten werden, doch ist eine solche Ausweisung nach dem AsylG im Normalfall nicht zulässig. Denkbar wäre eine solche Ausweisung nur im Fall eines Staatenlosen, da für diesen der Staat seines bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts als Herkunftsstaat gilt. Der Staat, in den sich der Lebensmittelpunkt des Betroffenen verlagert hat, wird mit dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts gleichzusetzen sein. In allen anderen Fällen ist hingegen der Staat der Staatsangehörigkeit als Herkunftsstaat zu bezeichnen, was zu den soeben dargelegten Problemen führt.⁶⁴

⁶² Vgl UBAS 22.05.2007. 302.672-C1/3E-XVI/48/06; 09.07.2007, 309.699-1/3E-VII/20/07.

⁶³ Feßl/Holzschuster, Kommentar 2005, 338.

⁶⁴ Soweit der Autorin ersichtlich ist, fanden diese Bestimmungen jedoch noch nie Anwendung (1.12.2008).

Aberkennung des Status eines subsidiär Schutzberechtigten Gemäß Ziffer 4 ist schließlich eine Ausweisung zu verfügen, wenn die subsidiäre Schutzberechtigung aberkannt wird. Zu einer Aberkennung kommt es, soweit die subsidiäre Schutzberechtigung nicht neuerlich verlängert wird (§ 9 Abs 1 Z 1 AsylG). Des Weiteren bedingt die Verlagerung des Lebensmittelpunktes in einen anderen Staat die Aberkennung und in weiterer Folge die Ausweisung, wogegen die gleichen Bedenken wie nach Z 3 *leg cit* bestehen. Schließlich führt der Erwerb einer anderen Staatsangehörigkeit zur Aberkennung des Status als subsidiär Schutzberechtigter. Eine Ausweisung hat in diesem Fall, gemäß der Definition des Herkunftsstaats, in den Staat der neuen Staatsangehörigkeit zu erfolgen. Dabei ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung, im Gegensatz zur Verlagerung des Lebensmittelpunktes, das Vorliegen einer Non-Refoulementsituation im Hinblick auf den neuen Herkunftsstaat zu überprüfen (§ 9 Abs 1 Z 3 AsylG). Diese Unterscheidung ist jedoch in sachlicher Hinsicht nicht gerechtfertigt, wobei insb zu bedenken ist, dass mangels einer anderen Regelung die Ausweisung, welche mit einer Aberkennung wegen Verlegung des Lebensmittelpunktes zu verbinden war, in den Herkunftsstaat des Betroffenen, nicht in den Staat, in den sich sein Lebensmittelpunkt verlagert hat, zu lauten hat, wobei es durchaus denkbar ist, dass eine solche Ausweisung weiterhin zu einer Verletzung von Art 3 MRK führt.

4.3 Feststellung der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung

4.3.1 Zurückweisung

Wird ein Antrag zurückgewiesen und die Entscheidung mit einer Ausweisung verbunden, so gilt dies *ex lege* als Feststellung der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung in den betreffenden Staat (§ 10 Abs 4 AsylG). Da diese unwiderlegbare Vermutung schon *ex lege* gilt, ist ein entsprechender Ausspruch im Bescheid überflüssig. Vielmehr bleibt für einen anders lautenden bescheidmäßigen Ausspruch kein Raum.⁶⁵

4.3.2 Abweisung

Nach dem eindeutigen Wortlaut von § 10 Abs 4 AsylG - es wird auf Abs 1 Z 1 *leg cit* verwiesen - wird mit der Ausweisung nach einer abweisenden Entscheidung nicht schon *ex lege* die Zulässigkeit einer Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung festgestellt. Demnach wäre bei strenger Interpretation nach dem Wortlaut in einem fremdenrechtlichen Ausweisungs- bzw bei einem Aufenthaltsverbotsverfahren

⁶⁵ Putzer/Rohrböck, Leitfaden Asylrecht, Rz 269.

ein neuer Antrag nach § 51 FPG zulässig. Bedenkt man den verfahrensökonomischen Hintergrund der Regelung, der damit ad absurdum geführt wäre, wird man auch hier von der Möglichkeit der Feststellung der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung auszugehen haben. Zwar schweigen die Materialien zu dieser Problematik, doch kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber durch die Regelung in § 10 Abs 4 AsylG für zurückweisende Entscheidungen nur dass deutlich zum Ausdruck bringen wollte, was sich für abweisende Entscheidungen ohnehin aus dem Spruch - ob dieser einfach auf § 8 AsylG Bezug nimmt oder ausformuliert, dass eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung unzulässig ist, ist insoweit ohne Bedeutung - ergibt. Bei zurückweisenden Entscheidungen ist diese Zulässigkeit nämlich aus dem Spruch nicht auf den ersten Blick ersichtlich. Aus der Rsp ergibt sich jedoch (zumindest im Hinblick auf Entscheidungen gemäß §§ 4 und 5 AsylG), dass grundrechtliche Aspekte (Art 2 und 3 MRK und das Verbot der Todesstrafe) zu berücksichtigen sind, was nichts anderes als eine Prüfung und Bejahung der Frage der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung bedeutet.

5 Ausnahmen

5.1 Einleitung

Die insgesamt negative Erledigung des Asylantrages ist nicht jedenfalls mit einer Ausweisung zu verbinden, wenn dies freilich auch den Normalfall darstellen wird. Der Gesetzgeber hat aus grundrechtlichen Überlegungen zwei negative Tatbestandsvoraussetzungen vorgesehen, bei deren Vorliegen keine Ausweisung auszusprechen ist. Kommt dem Fremden ein Aufenthaltsrecht zu, dass sich nicht auf das AsylG stützt, oder würde seine Ausweisung in sein gemäß Art 8 MRK geschütztes Recht auf Privat- und Familienleben verletzen, hat eine Ausweisung zu unterbleiben. Nach dem eindeutigen Wortlaut besteht hier kein Ermessen der erkennenden Behörde, was auch dem grundrechtlichen Hintergrund der Regelung Rechnung trägt.¹

Fraglich ist, wie das Absehen von der Ausweisung im Spruch des Bescheides zum Ausdruck kommen soll. Frank/Anerinhof/Filzwieser wollen „überhaupt von der Formulierung eines Ausweisungsausspruches“ absehen und die Nicht-Ausweisung lediglich im Begründungsteil behandeln.² Dies wird jedenfalls dann nicht möglich sein, wenn das BAA eine Ausweisung verfügt hat. Insoweit muss zumindest der entsprechende Spruchpunkt des erstinstanzlichen Bescheides ersatzlos behoben werden, zumal es dem Fremden sonst zugemutet werden müsste, trotz eventuell beschränkten Sprachkenntnissen anderen Behörden, so auch der Fremdenpolizei, den entsprechenden Inhalt des Bescheides zu verdeutlichen.³ Darüber hinaus ist aus dem Gesetzeswortlaut nicht ersichtlich, ob der AsylGH die bestehende Unzulässigkeit im positiven Sinne festzuhalten hat - „Die Ausweisung von N.N. nach X ist unzulässig.“ - oder ob er lediglich eine vom BAA ausgesprochene Ausweisung gemäß § 66 Abs 4 AVG ersatzlos zu beheben hat - „Der X Spruchpunkt wird ersatzlos behoben“. Der AsylGH tendiert wie sein Vorgänger zu der zweiten Variante.⁴ Mit der Novellierung im Zuge der Schaffung einer Bleiberechtsregelung werden die Asylinstanzen jedoch verpflich-

¹ Vgl auch die stRsp des VwGH zu § 66 FPG, wonach das Ergebnis der Prüfung nach § 66 FPG endgültig über die Zulässigkeit der Aufenthaltsbeendigung entscheidet. Stellvertretend VwGH 24.2.2003, 2003/21/0012.

² Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 10 K 23.

³ Vgl VwGH 26.01.2006, 2004/01/0611. UBAS 27.02.2008, 242.986-2/2E-VIII/23/08.

⁴ Vgl zB UBAS 28.2.2007, 215.347/10/14E-XII/36/07; 11.12.2007, 315.630-1/2E-VIII/40/07. AsylGH 12.8.2008, B1 253.097-0/2008; 2.10.2008, D9 312417-1/2008. Abweichend aber AsylGH 14.10.2008, D6 258564-0/2008, wo die Unzulässigkeit der Ausweisung festgestellt wird.

tet die Unzulässigkeit der Ausweisung positiv festzuhalten (§ 10 Abs 5 AsylG nF).⁵

Hat das BAA einen Ausspruch über die Ausweisung auf Grund eines bestehenden Aufenthaltsrechts bzw einer Verletzung von Art 8 MRK unterlassen, darf der AsylGH, auch wenn dieses zwischenzeitig entfallen ist, eine Ausweisung nicht verfügen, da dies seinem Charakter als Kontrollinstanz widersprechen würde und der Asylwerber um eine Instanz verkürzt werden würde.⁶ Mit der Novellierung wurde das BAA verpflichtet auch über die Unzulässigkeit der Ausweisung abzusprechen, womit jedenfalls eine Beurteilung der Ausweisung durch die zu kontrollierende Behörde, das BAA, vorliegt. Man könnte somit argumentieren, dass der AsylGH die Frage der Zulässigkeit der Ausweisung im Beschwerdeverfahren anders beurteilen kann. Der Umfang des Verfahrens vor dem AsylGH wird jedoch durch die Beschwerde abgesteckt. Da es kaum vorstellbar erscheint, dass ein Asylwerber gegen die Unzulässigkeit seiner Ausweisung, die ihm nach Abschluss des Asylverfahrens eine Niederlassungsbewilligung garantiert, eine Beschwerde erhebt, wird man somit, freilich mit anderem Hintergrund, zum gleichen Ergebnis wie vor der Novelle kommen.

5.2 Bestehendes Aufenthaltsrecht

Eine Ausweisung ist nunmehr im Gegensatz zum AsylG 1997 nicht mehr bloß aufgeschoben, sondern unzulässig, wenn dem Fremden ein Aufenthaltsrecht zukommt, das sich nicht auf das AsylG stützt (§ 10 Abs 2 Z 1 AsylG).⁷ Diese Bestimmung stellt somit für die Dauer des Aufenthaltstitels eine Ausnahme vom grundsätzlichen Ausschluss eines Asylwerbers vom Regime des NAG dar (§ 1 Abs 2 NAG). Putzer/Rohrböck sprechen davon, dass mit dieser Bestimmung das Verhältnis „der asylrechtlichen Ausweisung zu fremdenrechtlichen Bestimmungen“ geklärt wurde.⁸ Eine Klärung ist freilich nur im Verhältnis zu den aufenthaltsrechtlichen, nicht den aufenthaltsbeendenden Bestimmungen eingetreten.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte mit dieser Bestimmung die Ungleichbehandlung von Fremden, die im Besitz eines Aufenthaltstitels sind und einen unbegründeten Asylantrag stellen, im Gegensatz zu Fremden, die keinen Asylantrag stellen, verhindert werden.⁹ Insbesondere sei hier an Situationen zu denken, bei denen der Betroffene irrtümlich einen Nachfluchtgrund angenommen und deswegen einen Asylantrag gestellt habe. Er soll nicht allein deswegen vor Ablauf seines un-

⁵ Vgl dazu unten Abschnitt 5.4.2.3 auf Seite 93.

⁶ Vgl zur unzulässigen Verfügung einer Ausweisung durch den UBAS in Anwendung von § 44 Abs 3 iVm § 8 Abs 2 AsylG 1997 idF BGBl 101/2003, VwGH 29.3.2007, 2006/20/0500. Vgl auch *Feßl/Holzschuster*, Kommentar 1997, 392.

⁷ Vgl VfSlg 17.516/2005, in dem der VfGH aus § 20 AsylG einen Aufschub der Ausweisung ableitete, solange ein anders Aufenthaltsrecht bestand.

⁸ *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 295.

⁹ RV 952 BlgNR XXII GP 39.

abhängig vom AsylG bestehenden Aufenthaltsrechts ausgewiesen werden können. Durch diese Regelung wird dem Fremden auch eine weitere Verlängerung seines Aufenthaltstitels ermöglicht, da durch die unterlassene Verfügung der Ausweisung der Versagungsgrund iSd § 11 Abs 1 Z 3 NAG nicht erfüllt wird.

Als Aufenthaltsrechte kommen sowohl Aufenthaltstitel als auch Niederlassungsbewilligungen nach dem NAG, aber auch aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsende Aufenthaltstitel - §§ 84-85 FPG, §§ 51ff NAG und der Assoziationsrats-Beschluss 1/80 - in Frage. Unklar ist jedoch, ob der Ausschluss gemäß § 1 NAG auch solche Aufenthaltsberechtigungen umfasst, was wohl zu verneinen ist, zumal diese dem Betroffenen ex lege zustehen und die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte bloß dessen Dokumentation dient. Insoweit besteht das Aufenthaltsrecht somit schon während des Asylverfahrens, sodass der Tatbestand des § 10 Abs 2 Z 1 AsylG erfüllt ist. Ähnlich argumentierte der UBAS, wo er ausführte, dass ein Asylwerber „gleichsam eine logische Sekunde vorher durch die rechtskräftige Abweisung der Berufung ... jeglichen Aufenthaltsrechts nach dem AsylG verlustig geht“ und somit der Ausschluss gemäß § 1 NAG nicht anzuwenden sei.

Ob auch Visa unter diese Bestimmung fallen, ist unklar. Gemäß § 27 FPG werden diese nämlich ungültig, wenn eine Ausweisung durchsetzbar ist. Der Wortlaut beschränkt die Rechtsfolge nicht bloß auf eine Ausweisungen nach dem FPG, sodass es zumindest denkbar erscheint, dass eine asylrechtliche Ausweisung zur Ungültigkeit eines Visums führt. Frank/Anerinhof/Filzwieser schließen aus dem Vergleich zu § 67 FPG, der explizit auf Ausweisungen nach dem FPG abstellt, dass auch eine Ausweisung gemäß § 10 AsylG zur Ungültigkeit eines Visums führen muss.¹⁰ Damit verkennen die Autoren jedoch die eigentliche Frage. Denn würde ein Visum einen Aufenthaltstitel iSd § 10 Abs 2 Z 1 AsylG darstellen, wäre eine Ausweisung unzulässig, sodass die somit unzulässige Ausweisung auch nicht zur Ungültigkeit des Visums führen könnte. Die praktische Bedeutung dieser Frage wird jedoch eher gering bleiben, da ein Visum für maximal drei Monate ausgestellt werden kann, Asylverfahren jedoch insb vor der 2. Instanz länger dauern, sodass das Visum zwischenzeitig ohnehin durch Zeitablauf ungültig werden wird. Die Bedeutung eines Visums im Asylverfahren liegt vielmehr darin, dass damit gemäß Art 9 Dublin-II-V die Zuständigkeit Österreichs zur Prüfung des Asylantrags begründet wird.

Durch die rechtskräftige Verhängung eines Rückkehrverbots geht der Asylwerber nach der neuesten Rsp des VwGH nicht nur seines asylrechtlichen Aufenthalts, sondern auch einer sonstigen Aufenthaltsberechtigung verlustig.¹¹ Er kommt bloß noch in den Genuss des faktischen Abschiebeschutzes gemäß § 12 AsylG. Damit ist eine Ausweisung gemäß § 10 Abs 2 Z 1 AsylG nach Verhängung eines rechtskräftigen

¹⁰ Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 10 K 19.

¹¹ VwGH 20.6.2008, 2008/01/0060-7.

Rückkehrverbots, sollte dem Antragsteller davor eine andere Aufenthaltsberechtigung zugekommen sein, jedenfalls zulässig.

Praktische Bedeutung hat das Verbot der Ausweisung bei bestehendem Aufenthaltsrecht zumeist im Verfahren erster Instanz, da Beschwerdeverfahren oft Jahre dauern. Die damit notwendig werdende Verlängerung eines Aufenthaltstitels ist jedoch durch § 1 Abs 2 Z 1 NAG ausgeschlossen, was nach der Rsp des VfGH auch nicht verfassungsrechtlich bedenklich erscheine.¹² In der Literatur wurde diese Entscheidung zu Recht kritisch aufgenommen, zumal der VfGH keinerlei Überlegungen zu einer aus grundrechtlicher Sicht wohl kaum zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung und auch keinerlei Erwägungen zu einer verfassungskonformen Interpretation angestellt hat.¹³ Insoweit wird zumindest in diesem Zusammenhang von der Verfassungswidrigkeit der Regelung auszugehen sein, da genauso wie bei der (nicht auszusprechenden) Ausweisung keine sachliche Rechtfertigung dafür ersichtlich ist, dass der Antragsteller durch diesen benachteiligt wird, wobei hier noch das Element der langen Verfahrensdauer hinzutritt.

Hinzu tritt, dass wenn der AsylGH auch nach Ablauf des Aufenthaltstitels mangels Ausspruchs einer Ausweisung durch das BAA auf Grund von § 10 Abs 2 Z 1 AsylG, wodurch die Ausweisung keinen Verfahrensgegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet, zwar keine Ausweisung aussprechen darf, dem Asylwerber jedoch die Wiedererlangung eines Aufenthaltstitels in den allermeisten Fällen durch das Prinzip der Auslandsantragsstellung versagt sein wird.¹⁴

5.3 Recht auf Privat- und Familienleben

Angesichts des oft langen Aufenthalts im Inland, sei dies auf Grund einer unverschuldet langen Dauer des Asylverfahrens, sei dies durch wiederholte Antragsstellung, sind Fälle, die zu einem Eingriff in das Privat- und Familienleben des abgelehnten Asylwerbers führen, in der Praxis nicht selten.¹⁵ Im AsylG 1997 musste die drohende Verletzung von Art 8 MRK im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation wahrgenommen werden.¹⁶ Mit § 10 Abs 2 Z 2 AsylG sieht der Gesetzgeber nun ausdrücklich ein Unterbleiben der Ausweisung vor, wenn sie eine Verletzung von Art 8 MRK bedeuten würde.

Durch die Rsp des VfGH und die nunmehrige gesetzliche Regelung wurden Ermittlungen hinsichtlich des Rechts auf Privat- und Familienleben somit Teil des

¹² VfGH 3.3.2007, B 1019/06-7

¹³ *Muzak*, *migraLex* 2007, 75; weiterführend *Szymanski*, *migraLex* 2007, 103.

¹⁴ Vgl dazu weiter unten Abschnitt 5.4 auf Seite 87.

¹⁵ Zu der von Korinek in Gang gebrachten Diskussion um ein „Bleiberecht“, *Die Presse.com*, Korinek: Bleiberecht bei zu langem Asylverfahren (24.6.2007). Siehe dazu unten *Exkurs*: Politische Debatte um eine Bleiberechtsregelung auf Seite 82.

¹⁶ VfSlg 17.516/2005.

Asylverfahrens, auch wenn ein solches erst nach der Ablehnung des Antrags, quasi als letzte Stufe vor der Ausweisung, zu prüfen ist. Die Interessenabwägung setzt freilich eine ausreichende Feststellung des Sachverhalts voraus. Diese kann auch eine Verhandlungspflicht des AsylGH auslösen kann, soweit Feststellungen, wenn auch nur hinsichtlich Art 8 MRK, notwendig sind, was insb bei länger zurückliegenden Einvernahmen der Fall ist.¹⁷ Angesichts der Tatsache, dass sich das zu erhebende Privat- und Familienleben in Österreich abspielt, finden sich die Asylbehörden in der ungewohnten Situation, auch Zeugen, wie zB die zum dauernden Aufenthalt berechtigten Angehörigen, einvernehmen zu können. Die erhebenden Referenten und Richter sind insoweit gefordert, durchaus weitere Feststellungen - über einen Auszug aus dem Zentralen Melderegister hinaus - zu treffen, was in der Praxis der Asylbehörden ein Umdenken erfordert.¹⁸

5.3.1 Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip

Da durch die Ausweisung ein Grundrechtseingriff bedingt sein kann, ist, wie schon in Art 8 Abs 2 MRK vorgesehen, eine gesetzliche Determinierung der Zulässigkeitsvoraussetzungen notwendig. Neben dieser aus der MRK erwachsenden Verpflichtung muss § 10 Abs 2 Z 2 AsylG auch an dem in Art 18 B-VG verankerten speziellen Legalitätsprinzip gemessen werden. Der bis 1.4.2009 bloß generelle Verweis auf Art 8 MRK erscheint im Hinblick auf die Eingriffsnähe der Bestimmung bedenklich. In Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung, in der der VfGH zunächst die Bildung von Fallgruppen zur Zulässigkeit eines Aufenthaltsverbots angesichts eines Eingriffs in Art 8 MRK forderte, dann aber die bis heute in § 66 FPG bestehende Regelung als verfassungskonform erachtete, sah der VfGH sogar die bloß verfassungskonforme Auslegung des AsylG 1997 als Art 18 B-VG genügend an, da als Maßstab die Regelungen des FrG 1997 heranzuziehen seien.¹⁹

Die Kriterien für die Zulässigkeit der Ausweisung ergaben sich somit aus der Rsp zu Art 8 MRK und § 66 FPG, gemäß welcher bei mit Bescheid zu verhängenden aufenthaltsbeendenden Maßnahmen eine Prüfung des Privat- und Familienlebens zu erfolgen hat. Handelt es sich bei dem auszuweisenden Asylwerber um einen begünstigten Drittstaatsangehörigen bzw um einen Angehörigen eines nicht freizü-

¹⁷ VwGH 25.4.2003, 2000/21/0051; 4.11.2004, 2001/20/0583. Unzulässigkeit keiner neuen Ermittlungen bei länger zurückliegender Einvernahme: VwGH 26.3.2007, 2006/01/0595; 5.10.2007, 2007/20/1043; 19.12.2007, 2006/20/0425.

¹⁸ So wurden tlw Feststellungen über das Privat- und Familienleben bzw eine entsprechende Interessenabwägung unterlassen. Vgl VfGH 26.2.2007, B 1802/06; 22.09.2008, B642/08. VwGH 12.6.2005, 2001/20/0520; 5.10.2007, 2007/20/1043; 19.12.2007, 2006/20/0425. UBAS 12.02.2008, 252.194/8E-XI/34/04 (ZMR Auszug als einziger Schritt zur Ermittlung des tatsächlichen Bestehens eines Familienlebens).

¹⁹ VfSlg 10.737/1985; 11.455/1987; 17.516/2005. Der VfGH sah schließlich § 3 FrPolG idF BGBl 1987/575 als verfassungskonform an. Siehe dazu *Fefbler*, Fremdenrecht und Verfassung, 83ff.

gigkeitsberechtigten EWR-Bürgers, Schweizers oder Österreichers, müssen auch die Bestimmungen in §§ 86-87 FPG Beachtung finden, soweit die Ausweisung nicht schon gemäß § 10 Abs 1 Z 1 AsylG unzulässig ist.²⁰ Die Bestimmungen des FPG über Aufenthaltsverfestigung, mit denen die anwendbaren Ausweisungs- und Aufenthaltsverbotstatbestände beschränkt werden (§§ 55-56 und 61 FPG) sind hingegen im asylrechtlichen Bereich nicht zu beachten. Neben einer bestimmten Aufenthaltsdauer setzen diese Tatbestände nämlich eine ununterbrochene und rechtmäßige Niederlassung iSd NAG in Österreich voraus. Ein Aufenthalt auf Grund einer vorläufigen Aufenthaltsberechtigung nach dem AsylG ist dennoch ebenso wenig ausreichend wie eine Aufenthaltsbewilligung oder der Aufenthalt auf Grund einer Verordnung für de-facto Flüchtlinge.²¹

Mit der Novellierung 2009 im Zuge der Schaffung einer Bleiberechtsregelung wurde in § 10 Abs 2 Z 2 AsylG ein Katalog von jedenfalls zu beachtenden Gesichtspunkten aufgenommen. Inhaltlich entspricht die Bestimmung den vom VfGH in seinen Entscheidungen vom 29.9.2007 zu B 328/07 und B 1150/07 aufgestellten Kriterien, weshalb an dieser Stelle auf meine Ausführungen oben verwiesen sei.²² Mit der Novellierung wurde Art 18 B-VG entsprochen, doch birgt sie auch die Gefahr in sich, dass die Prüfung der Ausweisung gemäß Art 8 MRK starr an Hand dieser Bestimmung erfolgt und die Beweglichkeit des Systems verloren geht.

5.3.2 Inhalt der Prüfung

Die Prüfung eines Eingriffs in das Privat- und Familienleben erfolgt in zwei Schritten. Zunächst muss das Vorliegen eines nach der MRK relevanten Privat- und Familienleben bejaht werden, bevor überhaupt die Frage nach der Rechtfertigung des Eingriffs gestellt werden kann. Diese Stadien unterscheidet der VfGH streng.²³ Die Prüfung der Rechtfertigungsvoraussetzungen wird hingegen oft vermischt, zumal eine Trennung auch unnatürlich wäre.²⁴ Die Asylbehörden folgen diesem Ansatz. Soweit das Vorliegen eines Privat- und Familienlebens bejaht wird, wird in einem zweiten Schritt die Rechtfertigung des Eingriffs geprüft, wobei der Frage der Verhältnismäßigkeit der meiste Platz gewidmet wird.

5.3.2.1 Begriff

Bei der Prüfung der Zulässigkeit der Ausweisung im Hinblick auf das Privat- und Familienleben des Betroffenen erlangt die autonome Interpretation dieses Begriffs

²⁰ Vgl. *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005, § 10 K 52 und E 79-82.

²¹ Offen VfGH 20.4.2006, 2006/18/0074.

²² Vgl. insb. oben im Abschnitt 3.4.4 auf Seite 38.

²³ VfGH 17.12.2003, 2002/20/0318.

²⁴ VfGH 23.1.2003, 2002/01/0498; 17.12.2003, 2002/20/0318. Vgl. auch UBAS 15.11.2007, 351.614-1/2E-XVI/48/07. *Riel/Schrefler-König/Szymanski/Wollner*, FPG, § 66 Anm 1.

in der MRK Bedeutung, zumal die Begriffe weiter sind, als die auf die Kernfamilie beschränkte Definition der Familie in § 2 Abs 1 Z 22 AsylG.²⁵

In erster Linie ist hier an Fälle zu denken, in denen der Asylwerber Familienangehörige mit österreichischer Staatsbürgerschaft oder sonst auf Dauer zur Niederlassung berechnigte Angehörige in Österreich hat. Eine besondere Konstellation ergibt sich in jenen Fällen, in denen Angehörige einer Familie zu unterschiedlichen Zeitpunkten Asylanträge gestellt haben, sodass nicht für alle Familienmitglieder eine asylrechtliche Ausweisung auszusprechen ist. Nach der stRsp des VwGH haben die Asylbehörden hier im Hinblick auf Art 8 MRK keine Ausweisung auszusprechen, zumal es der Gesetzgeber unterlassen habe, eine Koordination zwischen den asylrechtlichen und fremdenrechtlichen Ausweisungsverfahren vorzusehen und so die Gefahr von abweichenden Entscheidungen bestehe.²⁶ Daher hat der AsylGH über die Ausweisung nicht abzusprechen und eine etwaige Entscheidung des BAA ersatzlos zu beheben.²⁷ Eine Argumentation mit dem Bestehen eines Familienverfahrens gemäß § 34 AsylG ist hier, auch wenn dies zum gleichen Ergebnis führen würde, verfehlt, zumal die Ausweisung keinen bestimmten Schutzstatus, sondern „lediglich“ die Folge der negativen Erledigung des Antrags auf internationalen Schutz darstellt.²⁸ In seiner neuesten Rsp hat der VwGH dies jedoch dahingehend eingeschränkt, dass zwar immer vom Vorliegen eines Eingriffs in das Familienleben auszugehen sei, dieser jedoch unter besonderen Umständen bei einem Überwiegen der öffentlichen Interessen an einer sofortigen Ausweisung gerechtfertigt sein könne.²⁹

Unklar ist, wie die Asylbehörden vorzugehen haben, wenn die Verfahren der Familienangehörigen, die Ausweisungsentscheidungen enthalten, in jeweils unterschiedlichen Instanzen anhängig sind. So wird der AsylGH ein nachgeborenes Kind oder einen später eingereisten Ehepartner, dessen Familienmitglied beim VwGH anhängig ist und in dem Verfahren eine aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, nicht ausweisen dürfen, da sonst angesichts der möglichen Ausweisung (mangelnde Beschwerdemöglichkeit an den VwGH oder verspätete Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung im Verfahren vor dem VfGH) ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff droht. Soweit ersichtlich, bestehen am AsylGH zwei Ansätze zur Lösung dieser Problematik. Einerseits erscheint ein rein faktisches Abwarten mit der Entscheidung des später geborenen bzw eingereisten Angehörigen möglich. Nicht denkbar ist hin-

²⁵ Siehe dazu oben Abschnitt 3.4.1 auf Seite 30.

²⁶ VwGH 12.12.2007, 2007/19/1054; 16.1.2008, 2007/19/0851; 24.1.2008, 2006/19/0785. So auch *Schrefler-König/Gruber*, Asylrecht, § 10 Anm 12f.

²⁷ Nach dem schon erwähnten Ministerialentwurf haben das BAA bzw der AsylGH in Zukunft die Unzulässigkeit der Ausweisung festzustellen und dabei festzuhalten, ob die Unzulässigkeit von Dauer sein wird. § 10 AsylG idF ME 12 BlgNR XXIV. GP.

²⁸ Vgl jedoch UBAS 25.10.2007, 315.174-1/2E-V/13/07; 11.12.2007, 315.630-1/2E-VIII/40/07; 27.02.2008, 242.986-2/1-VIII/23/08.

²⁹ VwGH 11.06.2008, 2006/19/1276.

gegen eine Aussetzung gemäß § 38 AVG, da die Vorfrage des Aufenthaltsrechts des Familienangehörigen durch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den VwGH geklärt ist.³⁰ Andererseits gibt es den Ansatz lediglich einen mit der Entscheidung im Verfahren des VwGH befristeten Abschiebungsaufschub gemäß § 10 Abs 3 AsylG zu erteilen. Diese Lösung erscheint jedoch wenig zielführend, da wohl nur bei Kleinkindern eine Verletzung von Art 3 MRK durch die Trennung von ihren Eltern argumentierbar ist, wobei die Problematik der Altersgrenze hinzukommt. Überdies würde damit der Zweck des § 10 Abs 3 AsylG umgangen werden. Schließlich würde dies zu einem verfahrensrechtlich problematischen Ergebnis führen, wenn der VwGH die Spruchpunkte betreffend Asyl und bzw oder subsidäre Schutzbeziehung behebt und der AsylGH in Folge einen Schutzstatus zuerkennt, da im Verfahren, in dem nur ein Aufschub gewährt wurde, eine in vielen Fällen durch das Familienverfahren geforderte Gewährung des gleichen Schutzes ausgeschlossen wäre. Auch wenn dies aus verfahrensökonomischen Gründen unbefriedigend erscheint, wird der AsylGH hier wohl die Entscheidung des VwGH hinsichtlich der Ausweisung abzuwarten haben, um den ansonsten möglicherweise drohenden Eingriff in Art 8 MRK hintanzuhalten. Ähnlich problematisch ist der Ansatz über die Beschwerde hinsichtlich der Asyl und Refoulement betreffenden Spruchpunkte abzusprechen und lediglich den die Ausweisung betreffenden Spruchpunkt offen zu lassen.

In der Praxis sehen sich die Instanzen mit Unterschriftenlisten von Gemeinden bzw Schreiben von Vereinen udgl konfrontiert, die eine positive Entscheidung bzw zumindest ein „Bleiberecht für ihre Familien“ fordern. Derartige Schreiben sind zwar im Rahmen einer Interessenabwägung zu berücksichtigen und können insb ein Privatleben in Österreich belegen, doch dürfen sie von BAA und AsylGH nicht derart überbewertet werden, dass deren Vorliegen jedenfalls zum Unterbleiben eines Anspruchs über die Ausweisung führt.³¹

5.3.2.2 Eingriff

Ein Eingriff in Art 8 MRK ist bei einer abweisenden Entscheidung bzw einer Entscheidung wegen entschiedener Sache denkbar. Im Fall einer Zurückweisung wegen Drittstaatssicherheit bzw vertraglicher Zuständigkeit eines anderen Staates muss ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in Art 8 MRK hingegen nicht bloß zur Unzulässigkeit der Ausweisung, sondern zur Prüfung des Asylantrags in Österreich führen, zumal sonst dem Fremden der Zugang zum Asylverfahren verwehrt werden würde. Im Fall der Zurückweisung wegen Drittstaatssicherheit hat dies der Gesetzgeber sogar ausdrücklich vorgesehen (§ 4 Abs 4 AsylG). Im Fall der vertraglichen Unzu-

³⁰ Vgl aber UBAS 24.9.2007, 253.163/0/3E-XX/25/04; 8.10.2007, 257.941/0/3Z-XX/25/05; 9.10.2007, 262.493/8E-XVIII/60/05.

³¹ Schrefler-König/Gruber, Asylrecht, § 10 Anm 36.

ständigkeit ergibt sich aus der Rsp des VfGH zum Selbsteintrittsrecht gemäß Art 3 Abs 2 Dublin-II-V, dass nicht nur eine drohende Verletzung von Art 3 sondern auch von Art 8 MRK zu berücksichtigen ist.³² Auch wenn in diesen Fällen angesichts der kurzen Aufenthaltsdauer die öffentlichen Interessen zu überwiegen scheinen, führt das Vorliegen eines beachtlichen Familienlebens hier eher zur Zulassung des Verfahrens, als dass es in vergleichbaren Fällen zur Unzulässigkeit der Ausweisung führen würde, zumal es sich hier zunächst nur um die Frage des zur Führung eines Asylverfahren zuständigen Staats, nicht hingegen der Gewährung eines dauernden „Aufenthaltsrechts“ geht. Zuzustimmen ist Chvosta, insoweit er ausführt, dass während des kurzen Aufenthalts die Entwicklung eines zu beachtenden Privatlebens eher unwahrscheinlich scheint.³³

5.3.2.3 Rechtfertigung

Die gesetzliche Normierung des Eingriffs, gemäß Art 8 Abs 2 MRK das erste Kriterium der Rechtfertigung, kann angesichts der Regelung in § 10 AsylG immer als gegeben vorausgesetzt werden. Sodann muss der Eingriff unter eines der öffentlichen Interessen iSd Art 8 Abs 2 MRK, nämlich die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, subsumierbar sein. Der VfGH unterscheidet hier, anders als der EGMR, nicht streng zwischen den einzelnen Regelungszielen und prüft den Eingriff vor dem Hintergrund eines geordneten Fremdenwesens.³⁴ Da das Interesse an einem geordneten Fremdenwesen eine Teilmenge der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung bildet, bleibt die insoweit mangelnde Differenzierung des VfGH ohne besondere Auswirkungen. Im Einzelfall können auch andere Gründe hinzutreten, wie zB die Verhinderung von strafbaren Handlungen. In einem dritten Schritt ist die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zu prüfen, worin die soeben zitierten öffentlichen Interessen gegen das Interesse des Asylwerbers an seinem weiteren Verbleib in Österreich abgewogen werden müssen. Der Interessenabwägung muss immer der konkrete Einzelfall zu Grunde gelegt werden und sämtliche sowohl für als auch gegen den Fremden sprechende Kriterien Beachtung finden.

Im Folgenden wird versucht werden, die von der österreichischen Rsp als relevant erachteten Kriterien darzustellen, wobei auch auf die schon im Grundrechtsteil dieser Arbeit dargelegten Rsp des EGMR und VfGH verwiesen wird.³⁵ Anders als in

³² VfSlg 16.122/2000; 17.340/2003.

³³ Vgl aA Chvosta, ÖJZ (852) 857.

³⁴ Heißl, ZUV 2008, (616) 618.

³⁵ Siehe dazu oben Abschnitt 3.4.4 auf Seite 35.

der Rsp des EGMR, der zumindest Ansätze einer systematischen Vorgehensweise bei der Prüfung der Rechtfertigung eines Eingriffs in Art 8 MRK erkennen lässt, ist eine solche in der Rsp der österreichischen Höchstgerichte kaum erkennbar. Zwar hat der VfGH jüngst Bleiberechtskriterien aufgestellt, doch hält er dieses Prüfungsschema in den nachfolgenden Entscheidungen nicht durch.³⁶ Dennoch sollen hier die von der Rsp beachteten Kriterien nach dieser Aufteilung untersucht werden und entsprechend dem Gedanken der Interessenabwägung zunächst die für ein Interesse des Asylwerbers an einem Verbleib in Österreich relevanten Aspekte, sodann die dagegen abzuwägenden öffentlichen Interessen dargestellt werden, um einen systematischen Zugang zu ermöglichen.³⁷

Als Interessen des Fremden am Verbleib in Österreich findet zunächst ein in Österreich bestehendes Familienleben sowie dessen Intensität Beachtung. Nach der Rsp ist ein rechtmäßiger Aufenthalt von Familienangehörigen des von einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme Betroffenen nicht als ein Interesse des Fremden zu berücksichtigen, da die Angehörigen mit dem von der Ausweisung Betroffenen mitziehen können.³⁸ Diese Möglichkeit wird auch vom Gesetzgeber des AsylG betont.³⁹ In der Praxis wird der Zumutbarkeit eines Umzugs besondere Bedeutung zu schenken sein.

Im Hinblick auf Asylverfahren muss überdies zwischen zwei Gruppen von Familienangehörigen unterschieden werden. Denn wäre es einem österreichischen Angehörigen bzw einem Fremden, der in Österreich nach dem NAG zur Niederlassung berechtigt ist, uU zumutbar dem Betroffenen nachzuziehen, kann dieses Argument nicht gelten, wenn der Familienangehörige selbst anerkannter Flüchtling bzw subsidiär Schutzberechtigter ist. Das Familienverfahren vermag diese Problematik nicht ganz aufzulösen, da der Begriff des Familienangehörigen nach dem AsylG wesentlich enger als der der MRK ist und nur die Kernfamilie erfasst. Gehören die in Österreich niedergelassenen Familienmitglieder der zweiten Gruppe an, darf dies nicht jedenfalls dazu führen, dass der Asylwerber nicht ausgewiesen wird, da ansonsten die Regelungen des NAG umgangen werden könnten. Diese Tatsache muss aber in der Interessenabwägung Berücksichtigung finden.

Bei Prüfung des vom Asylwerber gegründeten Privatlebens finden eine Integration des Betroffenen am Arbeitsmarkt durch Ausübung einer legalen Beschäftigung ebenso Berücksichtigung wie der Schulbesuch von Kindern.⁴⁰ Damit eng verknüpft ist auch der Erwerb von Sprachkenntnissen, die für eine tiefere Integration des Betroffenen sprechen. Freiwillige Mitarbeit bei Hilfseinrichtungen (Feuerwehr, Rettung),

³⁶ VfGH 29.9.2007, B 328/07; 29.9.2007, B 1160/07-9; 05.03.2008, B16/08; 05.03.2008, B61/08; 05.03.2008, B1032/07; 05.03.2008, B1895/07; 05.03.2008, B 1918/07.

³⁷ Vgl auch *Kucsko-Stadlmayer/Waitz/Wallnöfer*, JAP 2007/08, 220.

³⁸ EGMR 11.7.2002, 65811/00 Fall Amrollahi Rz 35ff. VwGH 17.9.1998, 98/18/0268; 20.12.1999, 98/18/0230.

³⁹ RV 952 BlgNR XXII GP 39.

⁴⁰ VwGH 17.12.2007, 2006/01/0216. UBAS 21.12.207, 233.363-2/3E-XIII/66/07.

aber auch Mitwirkung in Vereinen oder religiösen Einrichtungen sprechen ebenso für eine tiefer gehende Bindung des Asylwerbers an Österreich, was seinen Interessen am Verbleib ein schweres Gewicht verleiht.⁴¹ Nach der neueren Rsp kann auch eine notwendige medizinische Behandlung, die nur in Österreich nicht jedoch im Zielstaat durchgeführt werden kann, zur Verstärkung des Interesses an einem Verbleib in Österreich beitragen.⁴² Wenn auch der VwGH die Begehung von Straftaten in der Interessenabwägung aus Sicht des Asylwerbers in negativer Hinsicht berücksichtigt, ist Gesetzestreue nicht eigens zu berücksichtigen, da diese Tatsache für das Vorliegen eines Familienlebens nicht relevant sei.⁴³ Jedenfalls nicht in dieser Härte scheint die Überlegung für das Vorliegen eines Privatlebens haltbar, zumal sich dieses insb in einer gelungenen Integration äußert und die Rsp Straftaten als ein Indiz für eine gescheiterte Integration wertet.⁴⁴ Ähnlich wirkt sich zwar Mittellosigkeit negativ auf die Interessenabwägung aus, ein gesicherter Unterhalt verstärkt jedoch die Interessen des Betroffenen nicht.⁴⁵ Auch wenn diese Tatsachen somit nach der Rsp nicht eigens zu beachten sind, führen sie doch dazu, dass eine Rechtfertigung entsprechend schwieriger wird, da gegen den Fremden „lediglich“ das Interesse an einem geordneten Fremdenwesen als Teil des Interesses der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit spricht.

Da die Aufenthaltsberechtigung nach dem AsylG bloß vorläufig ist, durfte der Betroffene auch nicht mit seinem weiteren Verbleib in Österreich rechnen, sodass einem während diesem Zeitraum begründeten Privat- und Familienleben von der Rsp geringere Bedeutung beigemessen wird.⁴⁶ Dabei differenziert der VwGH jedoch, ob der Antrag schon im Zeitpunkt der Antragstellung unbegründet war oder ob der Asylwerber bei der Antragstellung tatsächlich Flüchtling iSd GFK war und nur in der Zwischenzeit durch die lange Verfahrensdauer der Antrag seine Begründung verlor.⁴⁷ Sind die Betroffenen noch minderjährig kann ihnen jedenfalls eine allenfalls auch verfahrensverschleppende Taktik ihrer Eltern, nicht zum Vorwurf gemacht werden.⁴⁸

Das Kriterium der Aufenthaltsdauer kann eindeutig weder den Interessen des Asylwerbers noch den öffentlichen Interessen zugeordnet werden. Klar ist jedoch, dass mit fortschreitender Aufenthaltsdauer eine Verfestigung der Interessen des Frem-

⁴¹ VwGH 31.3.2008, 2008/21/0154. UBAS 30.11.2007, 237.791-3/2E-XIII/66/07.

⁴² Heißl, ZUV 2008, (616) 620 mwN.

⁴³ VwGH 23.7.1998, 98/18/0424; 23.7.1998, 98/18/0203; 24.3.2000, 98/21/0444.

⁴⁴ stRsp VwGH 7.5.1999, 99/18/0056; 26.11.1999, 99/21/0321; 30.01.2007, 2006/18/0416.

⁴⁵ VwGH 27.2.2003, 2003/18/0020; 26.2.2004, 2004/21/0027.

⁴⁶ EGMR 29.1.1997, 23078/93 Fall Bouchelkia; 19.2.1998, 26102/95 Fall Dalia. VfGH 3.3.2008, B 825/07. stRsp VwGH 27.05.1999, 97/19/1032; 19.10.1999, 99/18/0342; 14.12.2006, 2006/18/0387; 30.01.2007, 2006/18/0422; 14.6.2007, 2007/18/0278; 25.09.2007, 2007/18/0372. Vgl zu noch relativ jungen familiären Bindungen UBAS 12.12.2006, 260.594/0-X/47/05.

⁴⁷ VwGH 27.4.2001, 99/18/0223; 20.4.2006, 2005/18/0560; 8.11.2006, 2006/18/0316.

⁴⁸ EGMR 12.10.2006, 13178/03 Fall Mayeka und Mitunga, Rz 84.

den eintritt. Dabei muss aber auch berücksichtigt werden, ob der Asylwerber die lange Verfahrensdauer durch verzögernde Vorlage von Beweisen bzw Stellung von Anträgen, insb aber auch durch Stellung von Folgeanträgen, zumindest mitverschuldet hat, oder ob „die Verfahrensdauer primär von den Behörden zu verantworten ist.“⁴⁹ Während der VfGH in Anlehnung an die Rsp des EGMR betont, dass es keine zeitliche Untergrenzen für die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gibt, tendiert der VwGH dazu, erst nach einem mehrjährigen - 5-10 jährigen - Aufenthalt von einem Überwiegen der privaten Interessen gegenüber dem Interesse an einem ordentlichen Fremdenwesen auszugehen.⁵⁰ Frank/Anerinhof/Filzwieser setzen die Grenze ab einem cirka siebebjährigen Aufenthalt an, räumen jedoch ein das mitunter schon eine kürzere ausreichend ist.⁵¹ Bei einem mehr als zehnjährigen Aufenthalt bedarf es jedenfalls besonderer Gründe, warum die durch die Dauer des Aufenthalts bedingte Integration gemindert ist.⁵²

Im Rahmen der öffentlichen Interessen ist zunächst das Interesse des Staates an einem geordneten Fremdenrecht, insb der Beachtung der Einreise- und Aufenthaltsregelung zu beachten. Dementsprechend wird der geordneten Einreise von der Rsp ein hoher Stellenwert für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit beigemessen. Damit soll schließlich auch verhindert werden, dass das Asylwesen benutzt wird, um die Regelungen des Familiennachzugs im Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht zu umgehen.⁵³ Eine illegale Einreise wirkt sich dadurch zu Lasten des Asylwerbers aus, was in der Regelung, dass ein Verwaltungsstrafverfahren wegen unrechtmäßiger Einreise bzw unrechtmäßigen Aufenthalts für die Dauer eines Asylverfahrens nur unterbrochen ist (§ 120 FPG), eine Entsprechung im Gesetzestext des Fremdenrechtspakets findet. Erfolgte die Einreise mit Schlepperunterstützung, darf dies jedoch nicht zu Ungunsten des Asylwerbers berücksichtigt werden, da der Gesetzgeber davon abgesehen hat, den Geschleppten als Beteiligten an der Schlepperei zu bestrafen (§ 114 Abs 6 FPG).⁵⁴

Die Frage nach der Rechtmäßigkeit des bisherigen Aufenthalts ist ebenso bedeutend.⁵⁵ Die Rsp misst der Tatsache, dass der Aufenthalt eines Asylwerbers zwar zunächst auf Grund der vorläufigen Aufenthaltsberechtigung rechtmäßig war, sich der Asylantrag letztlich jedoch als unbegründet herausgestellt hat, entscheidende

⁴⁹ VfGH 13.3.2008, B1023/07.

⁵⁰ Vgl zB VfGH 29. 9. 2007, B 328/075. *Heißl*, ZUV 2008, (616) 618 mwN.

⁵¹ *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005, § 10 K 53 mwN. Vgl auch VwGH 20.3.2001, 98/21/0448; 9.5.2003, 2002/18/0293; 17.11.2005, 2005/21/0370; 27.2.2007, 2005/21/0374; 3.7.2007, 2007/18/0361; 4.11.2008, 2008/22/0044.

⁵² *Heißl*, ZUV 2008, (616) 618 mwN.

⁵³ Vgl schon zu AufenthaltsG 1992 VwGH 31.10.1997, 96/19/2553; und zu FrG 1997 25.2.2004, 2003/09/0115.

⁵⁴ VwGH 27.03.2007, 2006/21/0277.

⁵⁵ VwGH 19.10.1999, 99/18/0109; 19.10.1999, 99/18/0222.

Bedeutung zu.⁵⁶ Im Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts wird auch die bisherige Ausreisewilligkeit berücksichtigt, sodass bei einem später begründeten Privat- und Familienleben eine frühere Missachtung eines Ausreisebefehls zu seinen Lasten geht.⁵⁷

Die neuere Rsp misst der Tatsache, dass der Behörde ein unrechtmäßiger Aufenthalt bewusst war, sie diesen jedoch lange Zeit geduldet hat, zu Recht Bedeutung zu.⁵⁸ Denn in dieser Situation ist es absurd, von einem nunmehr geradezu plötzlich aufgetretenen dringenden öffentlichen Bedürfnis an der Ausweisung des Betroffenen zu sprechen.

Der Möglichkeit einer Legalisierung des Aufenthalts vom Inland aus wurde von der Rsp in fremdenrechtlichen Verfahren zugunsten des Fremden berücksichtigt.⁵⁹ Angesichts der strengen Regelungen des NAG sinkt daher die Bedeutung eines während eines Asylverfahren begründeten Privat- und Familienlebens weiter, sodass nur außerordentliche Umstände zum Absehen von der Ausweisung führen werden.⁶⁰

Ein weiteres, im Rahmen des öffentlichen Interesses an einer Ausweisung zu berücksichtigendes Kriterium ist, ob der Asylwerber während seines bisherigen Aufenthalts straffällig geworden ist. Die Rsp geht davon aus, dass eine Straftat ein Zeichen fehlender bzw. misslungener Integration darstellt, sodass nicht nur die Bedeutung eines bestehenden Familien- bzw. Privatlebens gemindert wird, sondern auch ein öffentliches Interesse an der Aufenthaltsbeendigung zur Verhinderung weiterer Straftaten besteht.⁶¹ Die Umstände der Straftat, wie die Art und Schwere und das daraus resultierende Persönlichkeitsbild, sind bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.⁶² Die Rsp schließt daraus auf das Ausmaß der zu erwartenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, welche eine Ausweisung eher zu tragen vermag. So wirkt sich eine schon länger zurückliegende Straftat seit der sich der Fremde, der im Begehungszeitpunkt minderjährig war, wohlverhalten hat, nicht negativ auf die Abwägung aus.⁶³

Der VwGH verfolgt eine strenge Linie insb gegenüber Suchtmitteldelikten, zumal diese eine besonders große Sozialschädlichkeit aufweisen.⁶⁴ Neben dem Interesse

⁵⁶ VwGH 20.12.1999, 98/18/0230; 10.6.1999, 99/21/0124; 26.2.2004, 2004/21/0027; 17.12.2007, 2006/01/0216. Vgl auch EGMR 16.9.2004, 11103/03 Fall Ghiban (Zulässigkeitsentscheidung); 7.10.2004, 33743/03 Fall Dragan u.a. (Zulässigkeitsentscheidung); 11.4.2006, 61292/00 Fall Usainov (Zulässigkeitsentscheidung).

⁵⁷ VwGH 9.2.1999, 96/18/0275. UBAS 11.7.2007, 225.794-3/2E-IV/11/07.

⁵⁸ VfGH 25.06.2008, B2369/07. VwGH 19.1.2006, 2005/21/0297; 19.06.2008, 2007/18/0058.

⁵⁹ VwGH 17.9.1998, 98/18/0268; 19.10.1999, 99/18/0342. Vgl aber auch UBAS 12.9.2006, 300.952-C2/E1-XVIII/58/06.

⁶⁰ VwGH 25.9.2007, 200/18/0348. *Heißl*, ZUV 2008, (616) 622.

⁶¹ EGMR 2.8.2001, 54273/00 Fall Boultif, Rz 48; 18.10.2006 46410/99 Fall Üner, Rz 63 (Grand Chamber). VfSlg 17.851/2006. stRsp VwGH 7.5.1999, 99/18/0056; 26.11.1999, 99/21/0321; 30.01.2007, 2006/18/0416.

⁶² VwGH 20.2.2001, 98/18/0265; 30.1.2003, 2000/21/0221; 10.4.2003, 99/18/0379. Vgl auch den Kriterienkatalog des EGMR zB in 11.7.2002, 56811/00, Fall Amrollahi, Rz 35.

⁶³ VwGH 31.3.2000, 99/18/0354; 30.1.2003, 2000/21/0107; 28.6.2007, 2004/21/006.

⁶⁴ Stellvertretend für viele VwGH 7.4.2005, 2005/18/0101; 15.11.2005, 2005/18/0534; 25.9.2007,

an der Verhinderung von Straftaten besteht hier auch ein öffentliches Interesse am Gesundheitsschutz, das gegen die Interessen des Fremden abgewogen werden muss. Ähnlich streng beurteilt der VwGH die Schlepperei, da eine Umgehung der Einreisevorschriften für die öffentliche Ordnung äußerst schädigend sei.⁶⁵ Sexualdelikte oder Gewaltdelikte in der Familie mindern darüber hinaus auch das Gewicht des Familienlebens.⁶⁶

War der Asylwerber einmal straffällig, führt dies nicht in jedem Fall dazu, dass eine Interessenabwägung zu seinen Ungunsten ausgeht. Der VwGH verlangt jedoch hier einen längeren Zeitraum des gesetzestreuen Verhaltens in Freiheit. Gute Führung oder vorzeitige Haftentlassung werden nicht berücksichtigt, da Wohlverhalten erst durch das Verhalten des Fremden in Freiheit beurteilt werden könne.⁶⁷ Die Wiedergutmachung des Schadens ist jedoch ebenso wenig zu Gunsten des Fremden zu beachten.⁶⁸

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass es besonderer Umstände bedarf, warum die Ausweisung im Einzelfall nicht zu rechtfertigen ist. Deutlich wird dies, wenn man sich die Rsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts vor Augen führt. So haben sie mehrfach ausgesprochen, dass die Ausweisung von in Österreich gut integrierten Familien zulässig sei, während die Ausweisung einer alleinstehenden Frau mit ihrem behinderten Sohn als potentielle Verletzung des Rechts auf Privatleben erachtet wurde.⁶⁹ Besteht ein Familienleben zu dauerhaft in Österreich aufenthaltsberechtigten Personen, führt eine Ausweisung eher zu einer Verletzung von Art 8 MRK, als das Bestehen eines „bloßen“ Privatlebens.

Kommt das BAA oder der AsylGH zu dem Ergebnis, dass eine Ausweisung auf Dauer unzulässig ist - zu dem unklaren Begriff vgl unten - sind die nach dem NAG zuständigen Behörden unter Anschluss des Verwaltungsakts davon gemäß § 22 Abs 9 AsylG nF zu informieren. Diese werden dann im Verfahren nach § 44a NAG nF einen entsprechenden Aufenthaltstitel zu erteilen haben.

Exkurs: Politische Debatte um eine Bleiberechtsregelung

Durch die Personalaufstockung am UBAS im Rahmen des Fremdenrechtspakets und die weitere Aufstockung in Folge der Errichtung des AsylGH gelang es erstmals den Rückstau an anhängigen Asylverfahren abzubauen. Dies führte auch dazu, dass bereits lang anhängige Verfahren, in denen die Betroffenen in Österreich gut inte-

2007/18/0360.

⁶⁵ VwGH 17.9.1998, 98/18/0142; 3.12.1998, 98/18/0347; 16.01.2007, 2006/18/0397.

⁶⁶ VfSlg 16.845/2003. VwGH 16.1.2007, 2006/18/0488 (Sexualdelikt); 30.1.2007, 2006/18/0474 (Gewalt in der Familie).

⁶⁷ VwGH 5.9.2006, 2006/18/0174; 16.1.2007, 2006/18/0504.

⁶⁸ VwGH 14.3.2000, 99/18/0451; 13.12.2001, 1999/21/0160; 31.3.2004, 200/18/0224.

⁶⁹ VwH 31.3.2008, 2008/21/0081; 31.3.2008, 2007/21/0477.

griert waren, zur Entscheidung gelangen und im Falle einer Ablehnung ihres Antrags auch eine Ausweisung zu verfügen war.⁷⁰ Dies stieß auf unterschiedliche Reaktionen in der Bevölkerung, wobei insb in den Gemeinden, in denen die Betroffenen lebten, die Forderung nach einer humanitären Lösung für „ihre Fremden“ laut wurde.⁷¹ Ein schon von Korinek angedachtes „Bleiberecht“ für Asylwerber, die auf Grund der langen Verfahrensdauer und der damit einhergehenden Integration nicht mehr ausgewiesen werden können, wurde von NGOs wie der Caritas, Diakonie und SOS Mitmensch, aber auch der Landtage des Burgenlands, Oberösterreichs, Salzburgs, Niederösterreichs, der Steiermark und Wiens sowie vom Bundesrat aufgegriffen.⁷² Innerhalb der SPÖ wurden Stimmen für eine Einmallösung laut.⁷³ Die Grünen starteten die Initiative „daham is daham“ für ein Bleiberecht.⁷⁴ Auch der Kommissar des Europarats für Menschenrechte, Thomas Hammarberg, sprach sich anlässlich seines Besuchs im Mai 2007 in Österreich für eine klare gesetzliche Regelung aus.⁷⁵

Mit der Debatte um die Familie Zogaj wurde die Diskussion weiter angeheizt. Nach zwei erfolglosen Asylanträgen sowie mehreren erfolglosen Anträgen auf Niederlassungsbewilligungen aus humanitären Gründen wurden schließlich der Vater und seine vier Söhne nach mehr als sechsjährigem Aufenthalt in den Kosovo abgeschoben.⁷⁶ Arigona Zogaj, eine Tochter, verhinderte zumindest vorläufig ihre Ab-

⁷⁰ Am Stichtag 31.7.2007 waren 11.802 Asylverfahren länger als drei Jahre anhängig. *Bundesministerium für Inneres*, Anfragebeantwortung Zahl 2360/AB-BR/2007.

⁷¹ Vgl zB *Der Standard.at*, „1.500 integrierte Familien“ vor Ausweisung (6.8.2007).

⁷² *Auslöser der Debatte: Die Presse.com*, Korinek: Bleiberecht bei zu langem Asylverfahren (26.4.2007).

Landtage und Bundesrat: Entschließung des Burgenländischen Landtages vom 31. Mai 2007 betreffend Vermeidung von menschlichen Härtefällen durch raschere und straffere Asylverfahren sowie die Schaffung der Möglichkeit zum Verbleib für besonders gut integrierte und von Abschiebung bedrohte Personen und Familien, 19 - 300; Resolutionsantrag des Niederösterreichischen Landtags betreffend Bleiberecht für Menschen, die bereits integriert sind vom 12. Juni 2007, LtG.-887/V-5/44-2007; Initiativantrag der Abgeordneten des Oberösterreichischen Landtags betreffend eine Möglichkeit zum Verbleib für besonders gut integrierte und von Abschiebung bedrohte Personen und Familien vom 16.4.2007, Blg 1155/2007 Oberösterreichischen Landtags GP XXVI; Beschluss des Salzburger Landtages betreffend eine Möglichkeit zum Verbleib für besonders gut integrierte und von Abschiebung bedrohte Personen und Familien vom 4. Juli 2007, Nr 616 Blg Salzburger Landtags GP XIII; Steirischer Landtag, Bleiberecht für Menschen, die bereits integriert sind, GP XV Einl.Zahl 1232/3; Wiener Landtag Bleiberecht für integrierte und von Abschiebung bedrohte Personen, PGL - 03259-2007/0001/LAT. Petition des Bundesrats zum Bleiberecht für gut integrierte Asylwerber/-innen, die von Abschiebung bedroht sind, 20/PET-BR/2007, angenommen in der 748. Sitzung des Bundesrats vom 11.10.2007, sowie die Petition des Bundesrats zum Bleiberecht für Asylsuchende, 21/PET-BR/2007, angenommen in der 748. Sitzung des Bundesrats vom 11.10.2007.

NGO's: *Caritas*, Bleiberecht für gut integrierte Fremde; *Diakonie*, Diakonie fordert bei Bleiberecht guten europäischen Beispielen zu folgen; *SOS Mitmensch*, Bleiberecht verankern.

⁷³ *Klingensbrunner/Raptis*, Stellungnahme BSA.

⁷⁴ Vgl weiterführend die Homepage der Initiative www.dahamisdaham.at (3.1.2008).

⁷⁵ *Hammarberg*, Bericht des Menschenrechtskommissars über seinen Besuch in Österreich (21. - 25. Mai 2007), Rz 70.

⁷⁶ *Die Presse.com*, Platter bremst Hoffnungen: „Eine Rückholaktion wird es nicht geben“ (03.10.2007). Zum Verfahrensablauf siehe die datenschutzrechtlich äußert bedenkliche Präsentation des BMI. *Bundesministerium für Inneres (BMI)*, Präsentation zu dem Fall Zogaj.

schiebung, indem sie sich versteckt hielt und per Video mit Selbstmord drohte. Die Abschiebung ihrer Mutter wurde ebenso ausgesetzt, nachdem diese zusammengebrochen war und in psychiatrischer Behandlung stand.⁷⁷

Die Lösung solcher und ähnlicher Fälle, insb die Frage, ob es eine Art Generalamnestie für Asylwerber, deren Verfahren über drei, fünf oder acht Jahre andauerten, geben sollte, oder ob doch eine am Einzelfall orientierte humanitäre Lösung gefunden werden sollte, wurde heftig diskutiert. Da das BMI lediglich die aus der Fremdenstatistik entnehmbaren Daten erfasst, kann insb das weitere rechtliche Schicksal von Asylwerbern mit besonders langer Verfahrensdauer nach deren Ablehnung nicht abstrakt nachvollzogen werden. Während bekannt ist, dass 2006 bundesweit 403 humanitäre Aufenthaltstitel erteilt wurden, ist nicht bekannt, wie viele Anträge - es bestand kein Antragsrecht - abgelehnt wurden, da darüber keine statistischen Daten gesammelt werden.⁷⁸

Gesetzesvorschlag der Grünen und Entschließungsantrag des BZÖ

Nach einem am 5.7.2007 im Parlament eingebrachten Initiativvorschlag der Grünen soll ein humanitärer Aufenthaltstitel in all jenen Fällen gewährt werden, in denen die Versagung eines Aufenthaltstitels oder die Aufenthaltsbeendigung zu einem Grundrechtseingriff führen würde.⁷⁹ Insoweit sieht der Gesetzesvorschlag keine Neuerung gegenüber § 10 AsylG und § 66 FPG vor. Darüberhinaus wird jedoch vorgeschlagen, dass in Österreich integrierten Fremden nach 5 Jahren eine „Niederlassungsbewilligung unbeschränkt“ erteilt wird. Nach 8 Jahren wird das Vorliegen von humanitären Gründen widerlegbar vermutet. Dem Fremden soll ein Antragsrecht und damit ein subjektives Recht auf ein humanitäres Aufenthaltsrecht eingeräumt werden. Bis zur Entscheidung über diesen Antrag soll eine Abschiebung unzulässig sein, es sei denn der Antrag erfolgte innerhalb eines Jahres nach einem Asylverfahren bzw einem Antrag auf humanitäres Aufenthaltsrecht. Im Sinne einer Einmallösung soll Asylwerbern, die ihren Antrag vor dem 1.7.2004 gestellt haben, über welchen noch nicht rechtskräftig entschieden wurde und sie wegen keiner Vorsatztat rechtskräftig verurteilt wurden, eine „unbeschränkte Niederlassungsbewilligung“ erteilt werden. Damit soll die aufenthaltsrechtliche Situation von Asylwerbern mit

⁷⁷ *Die Presse.com*, Fall Arigona Z.: Mädchen versteckt sich (02.10.2007); *Die Presse.com*, Neue Chance für Arigona und ihre Mutter (11.10.2007).

⁷⁸ *Bundesministerium für Inneres*, Anfragebeantwortung Zahl 747/AB; *dasselbe*, Anfragebeantwortung Zahl 769/J.

⁷⁹ Entwurf zu einem Bleiberechtsgesetz 2007, 273/A XXIII GP. Die Behandlung des Antrags im Ausschuss für innere Angelegenheiten wurde am 24.1.2008 vertagt und ist auf Grund des Prinzips der Diskontinuität durch die Wahlen im September 2008 verfallen. Am 28.10.2008 wurde aber zu Zahl 32/A XXIV GP ein im Wortlaut identer Entwurf zu einem Bleiberechtsgesetz 2008 eingebracht. Dieser wurde am 12.3.2009 im Plenum des Nationalrats debattiert, fand jedoch keine Mehrheit. Vgl zum Stand des parlamentarischen Verfahrens http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/I/I_00117/pmh.shtml (14.3.2009).

überlanger Verfahrensdauer stabilisiert und gleichzeitig der AsylGH entlastet werden. Der Gesetzesvorschlag wurde im neuzusammengetretenen Nationalrat neuerlich eingebracht.⁸⁰

Das BZÖ brachte einen Entschließungsantrag ein, in dem die Bundesregierung zur Vorlage eines gesetzlichen Lösungsvorschlages aufgefordert wurde. Dabei sollten „herausragende Integrationsleistungen“ honoriert und damit ein Zeichen gegen die „vom Verfassungsgerichtshof angedrohte Legalisierung zehntausender Asylwerber nur auf Grund überlanger Verfahren“ gesetzt werden.⁸¹ Demnach soll Fremden nur nach vollkommen unbescholtenem Aufenthalt von mindestens 5 Jahren, Nachweis der Kenntnis der deutschen Sprache und Bestätigung ihrer Integration durch ihre Wohnsitzgemeinde ein Aufenthaltsrecht erteilt werden. Die geforderte Integration ist „z.B. durch Mitarbeit und Mitgliedschaft in gemeinnützigen Vereinen, in denen überwiegend Österreicher Mitglieder sind“ nachzuweisen. Ein Anspruch auf einen Aufenthaltstitel soll unter allen Umständen vermieden werden. Die Vereinbarkeit dieses Vorschlages mit der Verfassung - die vollkommene strafrechtliche Unbescholtenheit kann im Hinblick auf die Rsp zu Art 8 MRK nicht verlangt werden, die Bestätigung der Wohnsitzgemeinde ermöglicht eine willkürliche und missbräuchliche Ausübung - erscheint mehr als fraglich. Durch die Neuwahlen und das dadurch bedingte Neuzusammentreten des Nationalrats verfiel der Antrag jedoch und wurde, soweit ersichtlich, auch nicht neuerlich eingebracht.⁸² Durch den Freiheitlichen Parlamentsclub wurde jedoch ein Entschließungsantrag, mit dem weitere Verschärfungen im Asylverfahren wie zB ein „striktes Neuerungsverbot“, von der Bundesregierung eingefordert werden sollen.⁸³

(Vorläufige) „Lösung“ des BMI

In der folgenden Debatte sprach sich der damalige Bundeskanzler Gusenbauer ebenso für ein Bleiberecht für „gut integrierte“ Ausländer, die länger als 10 Jahre in Österreich leben, aus.⁸⁴ Für den Koalitionspartner ÖVP war dies jedoch undenkbar.⁸⁵

In Reaktion auf die Forderungen nach einem Bleiberecht legte Innenminister Platzer gemeinsam mit Landeshauptmann Pühringer (ÖÖ) einen Kriterienkatalog und

⁸⁰ Entwurf für ein Bleiberechtsgesetz 2008, 32/A XXIV GP.

⁸¹ BZÖ, Entschließungsantrag Legalisierung voll integrierter, langjährig in Österreich lebender unbescholtener Ausländer bei gleichzeitiger Beibehaltung des strengen Asyl- und Fremdenrechts, Zahl 222/A(E) XXIII. GP. Der Antrag war zuletzt dem Ausschuss für innere Angelegenheiten zur Behandlung zugewiesen, bevor er auf Grund des Prinzips der Diskontinuität verfiel.

⁸² Vgl zum Prinzip der Diskontinuität *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁶, Rz 399.

⁸³ FPÖ, Entschließungsantrag hinsichtlich notwendiger Verschärfungen des Asylwesens, Zahl 251/A(E) XXIV. GP. Der Antrag wurde dem Ausschuss für innere Angelegenheiten zur Behandlung zugewiesen (15.2.2009).

⁸⁴ *Ö1 Morgenjournal*, Bundeskanzler Gusenbauer für Bleiberecht (18.07.2007).

⁸⁵ *Der Standard.at*, Gusenbauer fordert Bleiberecht für gut Integrierte (7.8.2007).

einen Fragebogen vor, um Divergenzen zw Vorschlag und Entscheidung des BMI im Hinblick auf ein humanitäres Aufenthaltsrecht nach §§ 72-73 NAG zu vermeiden. Demnach soll neben der Aufenthaltsdauer die Integration sowie die individuelle Situation - Notlage, Opfer von Menschenhandel oder familiärer Gewalt - der Person beachtet werden. Die Bedeutung von Art 8 MRK wurde ebenso betont.⁸⁶ In Zukunft soll die Behörde auch den Bürgermeister der Gemeinde, in dem die Betroffenen leben, befragen. Eine Verpflichtung zu Ermittlungsschritten in diese Richtung soll aber nicht bestehen.⁸⁷ Damit wird die bestehende Regelung des NAG nicht wesentlich verändert, eine Entscheidung aber an nachvollziehbare Kriterien gebunden. Das Potential für eine willkürliche Ausübung des Ermessenspielraums wird damit zwar vermindert, doch erscheint die Lösung mangels eines subjektiven Recht auf Entscheidung aus rechtsstaatlicher Sicht suboptimal macht. Eine Veröffentlichung des Fragen- und Kriterienkatalogs scheint ebenso wenig geplant zu sein.

Parlamentsdebatte

Vorläufiger Endpunkt der politischen Debatte stellten die Sondersitzung des Nationalrats vom 10.10.2007 zum Thema Bleiberecht und die von den Grünen beantragte Aktuelle Stunde vom 7.11.2007 zum Thema „Schluss mit Fremdenrechtspfusch - Bleiberecht für Integrierte“ dar.⁸⁸ In der Sondersitzung wurde über die Entschließungsanträge, deren Inhalt schon näher dargelegt wurde, debattiert und die von den Regierungsparteien eingebrachten Entschließungsanträge, im Gegensatz zu den Anträgen der Oppositionsparteien, angenommen.⁸⁹ Der Gesetzesvorschlag der Grünen zu einem Bleiberechtsgesetz 2007 wurde dem Ausschuss für innere Angelegenheiten zwar zugewiesen, eine Debatte hat jedoch bis zur Neuwahl und seit der neuerlichen Einbringung nach Zusammentreten des neuen Nationalrats noch nicht stattgefunden.⁹⁰

Dabei muss jedenfalls bedacht werden, dass die Diskussion, wie Korinek zu Bedenken gab, einen auf den ersten Blick „einfachen“ grundrechtlichen Hintergrund hat.⁹¹

⁸⁶ *Der Standard.at*, Bleiberecht: Platter und Länder versuchen Vereinheitlichung (26.9.2007).

⁸⁷ *Die Presse.com*, Kein generelles Recht auf Aufenthalt (26.09.2007).

⁸⁸ *Pressedienst des Parlaments*, Fremdenrecht zwischen Zuwanderung und Asyl, Rechtsstaat und Gnade - Sondersitzung des Nationalrats auf Verlangen der Grünen; *Pressedienst des Parlaments*, Grüne: Schluss mit Fremdenrechtspfusch - Bleiberecht für Integrierte.

⁸⁹ Angenommen: *Abgeordnete Einem/Parnigoni/Hagenhofer*, Entschließungsantrag betreffend Maßnahmenpaket zur Beschleunigung der Asylverfahren, 405/A(E) XXIII GP; *Abgeordnete Hagenhofer*, Entschließungsantrag betreffend Art 8 EMRK im Zusammenhang mit der Vollziehung des Fremdenpolizeigesetzes und des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes, 406/A(E) XXIII GP.

Abgelehnt: *Abgeordneter Van der Bellen/Weinzinger*, Dringlicher Antrag betreffend Bleiberecht für Integrierte, 393/A(E) XXIII GP; *Abgeordnete Strache/Rosenkranz*, Entschließungsantrag betreffend notwendiger Verschärfungen des Asylwesens, 404/A(E) XXIII GP.

⁹⁰ Entwurf zu einem Bleiberechtsgesetz 2007, 273/A XXIII GP.

⁹¹ *Die Presse.com*, Korinek: Bleiberecht bei zu langem Asylverfahren (26.4.2007).

Die letzte Bundesregierung hatte sich gegen eine Generalamnestie entschlossen und wollte im jeweiligen konkreten Einzelfall eine sachgerechte Lösung finden.⁹²

5.4 Aufenthaltsstatus bei Unterbleiben der Ausweisung

Unterbleibt eine Ausweisung im Hinblick auf ein bestehendes Aufenthaltsrecht, ergibt sich die aufenthaltsrechtliche Stellung des Betroffenen aus diesem Titel. Fraglich ist aber, welchen aufenthaltsrechtlichen Status ein Fremder genießt, dessen Antrag auf internationalen Schutz mit Bescheid bzw Entscheidung des AsylGH abgelehnt wurde, dessen Ausweisung aber wegen seines Privat- und Familienlebens unzulässig ist, wobei der grundrechtliche Hintergrund - nach der Rsp des EGMR haben Fremde auch einen Anspruch auf Gewährung eines Aufenthaltstitels - Beachtung finden muss.

5.4.1 Kein Aufenthaltstitel nach AsylG

Zumal mit der vom AsylGH favorisierten ersatzlosen Behebung der Ausweisung über diese Frage keine rechtskräftige Entscheidung vorliegt, sodass auch nicht vom rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens gesprochen werden kann, erscheint es zunächst denkbar, dass dem Fremden weiterhin der Status eines Asylwerbers zukommt, demgemäß sein Aufenthalt geduldet bzw rechtmäßig wäre, soweit auch das Vorliegen einer durchsetzbaren Entscheidung zu verneinen wäre (§§ 12, 13 AsylG). Aus der Rsp zu § 66 Abs 4 AVG ergibt sich jedoch, dass insoweit schon vom Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung gesprochen werden kann. War die Erlassung des Bescheids, insoweit auch eines Spruchteils, durch die erste Instanz unzulässig bzw wurde sie während des Berufungsverfahrens unzulässig, hat die Berufungsbehörde insoweit den Spruchteil zu beheben, um den von der Rechtsordnung gewünschten Zustand herzustellen.⁹³ Einem Fremden, dessen Asylantrag zurück- bzw abgewiesen wurde, die Ausweisung jedoch ersatzlos behoben wurde, kommt daher nicht mehr der Status eines Asylwerbers zu.

5.4.2 Humanitärer Aufenthaltstitel nach NAG

Da das Verfahren durch Bescheid beendet wurde, dem Fremden jedoch weder eine Aufenthaltsberechtigung als Asylwerber zukommt, noch ihm eine Aufenthaltsberechtigung, sei dies unbefristet als Asylberechtigter, sei dies befristet als subsi-

⁹² *Bundesregierung*, Stellungnahme zum Bericht des Menschenrechtskommissars über seinen Besuch in Österreich (21. - 25. Mai 2007) Anhang 2, ad Recommendation 19. Zur Aufhebung der amtswegigen Erteilung eines humanitären Aufenthaltsrechts und zur Neuregelung siehe den folgenden Abschnitt auf Seite 91ff.

⁹³ VwGH 3.7.1984, 82/07, 0020; 12.9.1985, 85/07/0186; 22.5.1986, 86/07/0035. Vgl *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahren⁸, Rz 538; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahren I, 1282ff mwN.

diär Schutzberechtigter, zuerkannt wurde, kann sich ein Aufenthaltsrecht nur aus dem NAG ergeben. Ein Abschiebungsaufschub gemäß § 46 Abs 3 FPG würde das Bestehen einer Ausweisung voraussetzen, sodass darauf kein Aufenthalt gestützt werden kann. Der vom VfGH als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestufte Ausschluss der Anwendbarkeit des NAG auf Asylwerber greift hier nicht, da der Fremde mit Ende des Asylverfahrens seine Stellung als Asylwerber verloren hat.⁹⁴ Sowohl die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung als auch einer Niederlassungsbewilligung wird wohl ausreichend sein, um die Ausübung des Privat- und Familienlebens zu ermöglichen, vorausgesetzt dem Fremden ist es - hatte er im Asylverfahren eine Arbeitsbewilligung inne - weiterhin möglich seiner Arbeit nachzugehen.

Die grundsätzlich in § 19 NAG vorgesehene Auslandsantragstellung stellt für den Fremden ein erstes Hindernis dar.⁹⁵ Nur ausnahmsweise kann die Behörde die Inlandsantragstellung „in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen aus humanitären Gründen von Amts wegen“ gestatten (§§ 74 iVm 72 NAG). Ob die Verwehrung der Inlandsantragstellung rechtmäßig war, kann vom VwGH auch nicht überprüft werden.⁹⁶ Gegen die bloß amtswegige Erteilung bestehen im Normalfall nach Ansicht des VfGH jedoch keine Bedenken.⁹⁷ Im Einzelfall sei die Bestimmung jedoch dahingehend verfassungskonform zu interpretieren, dass dem Betroffenen ein Antragsrecht zukomme.⁹⁸

Auch wenn dem Fremden die Inlandsantragstellung ausnahmsweise erlaubt wird, wird er in vielen Fällen nicht die Voraussetzungen zur Erlangung eines Aufenthaltstitels nach dem NAG erfüllen. Mangelt es an einer allgemeinen Erteilungsvoraussetzung gemäß § 11 Abs 1 NAG, kann die Niederlassungsbehörde aber eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen, mit Zustimmung des BMI erteilen (§ 74 NAG). Vogl/Taucher/Bruckner/Marth/Doskozil sind der Ansicht, dass auch bei Fehlen einer Erteilungsvoraussetzung gemäß § 11 Abs 2-3 NAG die Behörde auf Grund einer „Zusammenschau“ eine humanitäre Bewilligung erteilen könne.⁹⁹ Die Aufenthaltsbewilligung wird dann zu dem Zweck „humanitärer Aufenthalt“ erteilt (§ 2 Abs 2 Z 11 NAG-DV), wohingegen eine Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen, welche jedoch die Erfüllung der Integrationsvereinbarung voraussetzt, als quotenfreie „Niederlassungsbewilligung - beschränkt“ oder „Niederlassungsbewilligung - ausgenommen Erwerbstätigkeit“ (§ 2 Abs 1 Z 2 und Z 4 NAG-DV) erteilt wird.¹⁰⁰

⁹⁴ VfGH 3.3.2007, B 1090/06. Vgl dazu oben Abschnitt 5.2 auf Seite 70.

⁹⁵ VwGH 22.05.2007, 2006/21/0073; 22.06.2006, 2006/21/0108 mwN auch zur bisherigen stRspr des VwGH zu § 28 Abs 5 2. Satz und § 14 Abs 2 2. Satz FrG. Vgl auch *Klingenbrunner/Raptis*, Stellungnahme BSA.

⁹⁶ VwGH 27.06.2006, 2006/18/0153; 05.09.2006, 2006/18/0219; 05.09.2006, 2006/18/0243; 13.09.2006, 2006/18/0255 und 0256; 04.10.2006, 2006/18/0236.

⁹⁷ Vgl VwGH 27.3.2007, 2007/18/0015; 16.10.2007, 2007/18/0641; 13.11.2007, 2007/18/0474.

⁹⁸ VwGH 27.6.2008, G246/07ua.

⁹⁹ Vogl/Taucher/Bruckner/Marth/Doskozil, *Fremdenrechtspaket*², § 72 NAG Anm 8.

¹⁰⁰ Vogl/Taucher/Bruckner/Marth/Doskozil, *Fremdenrechtspaket*², § 73 NAG Anm 4.

Demonstrativ sieht das Gesetz die Erteilung eines humanitären Titels bei drohender Verletzung des Non-Refoulementverbots bzw an Opfer von Menschenhandel vor, was auf den ersten Blick eine Erteilung an einen abgewiesenen Asylwerber ausschließt. Die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts nehmen hier jedoch im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation an, dass eine drohende Verletzung des Rechts auf Privat- und Familienleben die Gewährung eines humanitären Aufenthaltsrechts bedingen kann.¹⁰¹ Verfehlt erscheint die Entscheidung des VfGH über den Antrag der Familie Zogaj auf Erteilung einer humanitären Aufenthaltsberechtigung, zumal eine Verletzung von Art 8 MRK angesichts der vorliegenden Entscheidung aus 2004 nicht geprüft wurde.¹⁰² Die durch Zeitablauf veränderte Situation wurde nämlich vom VfGH nicht gewürdigt, was hinsichtlich des Rechts auf Privatleben der minderjährigen Kinder bedenklich erscheint, da diesen nämlich die Handlungen ihrer Eltern nicht zum Vorwurf gemacht werden können.

5.4.2.1 VfGH Erkenntnis zum humanitären Titel

Der Fremde konnte die Erteilung jedoch nur anregen, womit das humanitäre Aufenthaltsrecht zu einem Gnadenakt des BMI degradiert wurde.¹⁰³ Lediglich auf eine Familienzusammenführung aus humanitären Gründen bestand ein Rechtsanspruch bei Vorliegen der Voraussetzungen, soweit gleichzeitig ein Antrag auf „normale“ Familienzusammenführung eingebracht wurde (§ 73 Abs 4 NAG). Die lediglich amtswegig mögliche Erteilung, ohne einen Rechtsanspruch auf eine humanitäre Aufenthaltsberechtigung, wurde vom VfGH in seinem Erkenntnis vom 27.06.2008, G246/07 ua, als verfassungswidrig erkannt.¹⁰⁴ Diesem liegen die Beschwerden von zwei, zwischenzeitig staatenlosen, Brüdern zu Grunde, die 1984 im Alter von 5 bzw 13 Jahren mit ihren Eltern nach Österreich eingereist waren, seitdem hier ihre schulische Ausbildung absolviert und Familien in Österreich begründet haben.¹⁰⁵ Nach einem erfolglosen Asylantrag regten die Beiden die Erteilung einer humanitären Niederlassungsbewilligung gemäß § 19 Abs 2 Z 6 iVm Abs 3 FrG 1997 (nunmehr § §§ 72, 73 und 81 NAG) an, die mit der Begründung, die Erteilung erfolge nur von Amts wegen und erfordere die Zustimmung des BMI, abgelehnt wurden. Der Antrag einer Dominikanerin, die seit 2004 bis 2006 im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung war und gegenüber welcher noch nie eine aufenthaltsbeendende Maßnahme verhängt worden war, auf Erteilung einer humanitären Aufenthaltsberechtigung, welcher in

¹⁰¹ VfSlg 17.734/2005. VwGH 25.4.2006, 2006/21/0060; 27.6.2006, 2006/18/0153; 15.5.2007, 2006/18/0149. Vgl kritisch *Schrefler-König/Gruber*, Asylrecht, § 10 Anm 44ff.

¹⁰² VfGH 11.12.2007, B 1263,1264/07-10.

¹⁰³ Vgl zum Nichtvorliegen eines Antragsrechts schon VwGH 30.4.1980, 98/18/0129; zuletzt 26.9.2007, 2007/21/0247. Vgl auch *Muzak* in *Die Presse* vom 16.10.2007, Was der Rechtsstaat erlaubt Bleiberecht.

¹⁰⁴ VfGH 27.06.2008, G246/07 ua. Vgl auch *Muzak*, *migraLex* 2007, (79) 80.

¹⁰⁵ VfGH 27.6.2008, B 215/07-9 und B 216/07-9.

Folge durch die Kärntner Landesregierung und das BMI unter Verweis auf die Amtswegigkeit des Verfahrens zurückgewiesen wurde, bildete einen weiteren Anlassfall.¹⁰⁶

Grundsätzlich, so der VfGH in seinem Prüfbeschluss, würden gegen die bloß amtswegige Erteilung keine Bedenken bestehen, „wenn davon nicht auch Fälle erfasst sind, bei denen ausnahmsweise ein aus Art 8 iVm 13 EMRK abzuleitender Rechtsanspruch auf Durchführung eines Verfahrens zur Erteilung einer Niederlassungsbewilligung besteht.“¹⁰⁷ Zwar würden Fälle der Familienzusammenführung nunmehr in § 73 Abs 4 NAG Beachtung finden, doch sei der Begriff des Familienangehörigen iSd NAG wesentlich enger als jener der MRK, sodass Fälle denkbar seien in denen sich aus der Rsp des EGMR und des VfGH in VfSlg 17.013/2003 ein Anspruch auf einen Aufenthaltstitel ableiten lasse. Nach der Regelung in § 73 NAG ergebe sich jedoch kein Anspruch auf einen Aufenthaltstitel, was eine massive Beschränkung der Rechte der Betroffenen nach sich ziehe, zumal dann jegliche Möglichkeit im Verfahren mitzuwirken, fehlen würde. Dies erscheine im Hinblick auf Art 13 MRK und das Rechtsstaatsprinzip bedenklich.¹⁰⁸ Der VwGH schloss sich den Bedenken des VfGH an und beantragte gemäß Art 140 B-VG im Hinblick auf ein bei ihm anhängiges Verfahren hinsichtlich der „Zurückweisung eines Antrages gemäß § 73 Abs 2 NAG“ die Aufhebung der Wortfolge „von Amts wegen“ in § 73 Abs 2 NAG.¹⁰⁹ Schließlich beantragte die oberösterreichische Landesregierung die Aufhebung der Wortfolge „von Amts wegen“ in den §§ 72 Abs 1 1. Satz, 73 Abs 2 und 3, 74 und 75 NAG sowie die Behebung des § 72 Abs 1 2. Satz NAG. Begründend führte sie zur Amtswegigkeit die schon vom VfGH aufgezeigten Bedenken im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip und das Bestehen eines faktisch effizienten Rechtsschutzes ins Treffen. Überdies würde die Regelung gegen das Sachlichkeitsgebot verstoßen, zumal die Officialmaxime nur dort geboten sei, wo es um überwiegend öffentliche Interessen handeln würde und nicht wie hier um das überwiegende Interesse des Betroffenen. Den Antrag hinsichtlich § 72 Abs 1 2. Satz NAG begründete die oö Lreg unter Verweis auf VfSlg 10.737/1985 mit der mangelnden Bedachtnahme des Gesetzeswortlauts auf Art 8 MRK und der mangelnden Determination des auszuübenden Interesses. Die scheinbar mögliche „Ausübung schrankenlosen Ermessens“ durch den BMI führte sie auch im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz gegen § 75 NAG ins Treffen.¹¹⁰ Darüber hinaus könne durch die Regelung kein einheitlicher Vollzug des humanitären Aufenthaltsrechts gewährleistet werden, was ihre Rechtfertigung im Hinblick auf das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes fraglich erscheinen lasse, da dem BMI nur jene Fälle vorgelegt werden würden, in denen die Behörde die Erteilung eines

¹⁰⁶ VfGH 27.6.2008, B 375/07.

¹⁰⁷ VfGH 11.10.2007, B 215/07-9 und B 216/07-9, sowie 13.12.2007, B 375/07-6.

¹⁰⁸ Vgl aber die insoweit verfassungskonforme Auslegung des VwGH 26.09.2007, 2007/21/0247.

¹⁰⁹ VfGH 27.6.2008, G246/07 ua.

¹¹⁰ VfGH 27.6.2008, G246/07 ua.

Aufenthaltstitels befürworte.

Die Bundesregierung betonte in ihrer Stellungnahme insb, dass das gesamte System des Fremdenrechtspakets zur Berücksichtigung von Art 8 MRK (§§ 11, 25 Abs 1 NAG, § 66 FPG, § 10 AsylG) beachtet werden müsse. Aus dieser Zusammenschau ergebe sich, dass schon im fremdenpolizeilichen Verfahren ein wirksamer Rechtsschutz bestehe. Da somit eine Ausweisung ohnehin zu unterbleiben habe, sei ein Eingriff in Art 8 MRK nicht zu befürchten. Art 13 MRK werde durch die Parteilstellung des Betroffenen und das Berufungsrecht Rechnung getragen. Die Bundesregierung stützte ihre Argumentation darauf, dass eine Ausweisung bei drohendem Eingriff ohnehin zu unterbleiben habe. Die eigentliche Problematik, die Frage nach einem Aufenthaltstitel, wurde von der Bundesregierung nicht erfasst.¹¹¹ Schließlich wurden von der Bundesregierung die praktischen Auswirkungen, die eine Aufhebung der geprüften Wortfolge nach sich ziehen würde, betont.

In seinem Erkenntnis vom 27.6.2008 behob der VfGH die Wortfolge „von Amts wegen“ in §§ 72 Abs 1, 73 Abs 2 und 73 Abs 3 NAG im Hinblick auf das Rechtsstaatsgebot.¹¹² Im Einzelfall sei es nämlich denkbar, dass den Staat eine positive Verpflichtung aus Art 8 MRK zur Gewährung eines Aufenthaltstitels treffe. In einer solchen Situation sei es weiter erforderlich, dass der Betroffene seinen Anspruch darauf auch durchsetzen könne. Eine vom VfGH angedachte Ableitung eines Antragsrechts aus § 11 Abs 3 NAG sei nicht möglich, da diese Bestimmung nur auf die Erteilungsvoraussetzungen des § 11 Abs 2 NAG Bezug nehme. Die Bestimmung sei daher als verfassungswidrig aufzuheben gewesen, wobei der VfGH jedoch angesichts der wohl notwendigen legislatischen Anpassungen eine Frist zur Reparatur der Regelung bis zum 31.03.2009 setzte.¹¹³ Zu § 74 NAG verwies der VfGH auf sein früheres Erkenntnis vom 11.12.2007, B1263, 1264/07, wo er keine Verfassungswidrigkeit der ausnahmsweise von Amts wegen zu gewährenden Inlandsantragstellung erkennen konnte, die Bestimmung jedoch dahingehend verfassungskonform interpretierte, dass dem Einzelnen ein durchsetzbarer Rechtsanspruch auf die Inlandsan-

¹¹¹ So führt die Bundesregierung aus: „Der allfällige Eingriff in das Recht auf Privat- und Familienleben besteht hingegen nicht primär in der Nichterteilung eines humanitären Aufenthaltstitels sondern in der Verhängung und Durchsetzung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme, insb einer Ausweisung aus dem Bundesgebiet wegen illegalen Aufenthalts (in Einhaltung der Verfahrensgarantien des Art 1 7.ZPEMRK). Bevor eine Ausweisung angeordnet werden darf, hat die Behörde eine Abwägung mit den Interessen des Fremden hinsichtlich seines Privat- und Familienlebens vorzunehmen (siehe § 66 FPG und § 10 Abs 2 Z 2 AsylG 2005). ... Erst dann, wenn eine aufenthaltsbeendende Maßnahme auf Grund des Art. 8 EMRK jedenfalls nicht zulässig ist, stellt sich die Frage über die rechtliche Ausgestaltung des weiteren Aufenthalts des betroffenen Fremden, insb ob ihm ein Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen erteilt werden soll oder nicht.“ *Bundesregierung*, Stellungnahme im Prüfungsverfahren zu § 72 Abs 1 NAG, GZ BKA-604.301/0006-V/5/2008.

¹¹² VfGH 27.6.2008, G246/07 ua. Weiterführend *Klingenbrunner*, *migraLex* 2008, 104.

¹¹³ Äußerst kritisch zur Dauer der Reparaturfrist *Pochieser*, *Gloriose Entscheidung?* - Thema: Fremdenrecht - Verfassungsgerichtsbarkeit. Kritisch auch *Klingenbrunner*, *migraLex* 2008, (104) 105.

tragstellung aus humanitären Gründen zukomme. Ebenso verfuhr er mit dem auf die Aufhebung von § 75 NAG gerichteten Antrag. Unter Hinweis auf die Entscheidung VfSlg 15.687/99 führte er aus, dass dem BMI kein schrankenloses Ermessen zukomme, da er hinsichtlich der Erteilung einer humanitären Aufenthaltsberechtigung an die gleichen Kriterien hinsichtlich der Ermessensausübung wie die Behörde, bei der die Erteilung angeregt wurde, gebunden sei. Der Antrag der oberösterreichischen Landesregierung zu § 72 Abs 1 2. Satz NAG wurde hingegen zurückgewiesen, da die Behebung der lediglich auf Art 2-3 MRK bezugnehmenden Stelle die Bedenken hinsichtlich Art 8 MRK nicht beseitigen könne.

5.4.2.2 Vorläufiges Ergebnis

Insgesamt muss man somit bis zum 31.3.2009 zu dem unbefriedigenden Schluss kommen, dass der Fremde je nach den Umständen des Einzelfalls eine Niederlassungsbewilligung, eine Aufenthaltsbewilligung oder gar keinen Titel erhalten konnte. Nunmehr kann eine humanitäre Aufenthaltsberechtigung nur auf Antrag des Betroffenen, nicht mehr jedoch von Amts wegen erteilt werden, womit das Antragsprinzip im NAG durchgehalten wird.¹¹⁴ Wird dem Fremden die Erlangung eines Aufenthaltstitels unmöglich gemacht, verletzt der Gesetzgeber damit seine positiven Verpflichtungen aus Art 8 MRK. Eine klare, gesetzliche Regelung über den aufenthaltsrechtlichen Status eines Fremden, dessen Ausweisung nach § 10 Abs 2 Z 2 AsylG unzulässig ist, erscheint daher dringend geboten. Sie läge jedenfalls im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.¹¹⁵

Diese Lösung könnte die Form einer einmaligen Generalamnestie oder aber die Schaffung eines Aufenthaltstitels, welcher dem Betroffenen bei Entscheidung des AsylGH gemäß § 10 Abs 2 Z 2 AsylG zu gewähren wäre, annehmen.¹¹⁶ Angesichts des Erkenntnisses des VfGH und den Äußerungen der Bundesregierung wird die Entscheidung über den Aufenthaltstitel eines Asylwerbers, dessen Antrag negativ beschieden wurde, der jedoch nicht ausgewiesen werden kann, weiterhin eine Einzelfallentscheidung bleiben. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde diese rechtspolitische Frage bisher wenig diskutiert. Schrefler-König/Gruber sprechen sich jedenfalls gegen eine Generalamnestie aus.¹¹⁷ Wer das Verschulden an der langen Verfahrensdauer trägt soll bei einer Einzelfalllösung berücksichtigt werden, wobei auch auf die Möglichkeit eines Devolutionsantrags verwiesen wird. Dieser Hinweis erscheint jedoch überschießend, zumal sich der Asylwerber angesichts der Überlastung des AsylGH auch bei Stellung eines Devolutionsantrags keine schnellere

¹¹⁴ *Klingenbrunner*, *migraLex* 2008, (104) 105.

¹¹⁵ Vgl auch *Muzak* in *Die Presse* vom 16.10.2007, Was der Rechtsstaat erlaubt Bleiberecht.

¹¹⁶ Vgl *Muzak*, *migraLex* 2007, (79) 80.

¹¹⁷ *Schrefler-König/Gruber*, *Asylrecht*, § 10 Anm 46.

Entscheidung erhoffen kann, sich aber damit eine Instanz nimmt, sodass ihm das Absehen von einem solchen Antrag nicht als mangelnde Mitwirkung am Verfahren ausgelegt werden darf. Hinsichtlich der zeitlichen Ausgestaltung einer am Einzelfall orientierten Lösung schlagen die Autoren vor, sich am Regime des FPG anzulehnen, wobei freilich beachtet werden müsse, dass den Tatbeständen des FPG eine mehrjährige rechtmäßige Niederlassung zu Grunde liege.¹¹⁸

5.4.2.3 Novelle des humanitären Aufenthaltsrechts

In Reaktion auf das Erkenntnis des VfGH hat das BMI die Neuregelung des Aufenthaltsrechts aus humanitären Gründen in Aussicht genommen und dazu eine Novellierung des AsylG, FPG und NAG sowie einen Vorschlag zur Schaffung eines Bundesgesetzes über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses in Begutachtung geschickt.¹¹⁹ Nach tlw heftiger Kritik im Rahmen des über die Weihnachtsfeiertage laufenden Begutachtungsverfahrens, wurde der Vorschlag in leicht adaptierter Form ins Parlament geschickt und dort am 12.3.2009 beschlossen.¹²⁰

Die Frage nach einem Bleiberecht wird in das Asylverfahren bzw das Verfahren zur Beendigung des Aufenthalts integriert, wobei aber die Zuerkennung eines Aufenthaltstitels letztlich auf einem eigenen Verfahren basiert, was dem Prinzip der Verfahrensökonomie und dem Ziel Doppelgleisigkeiten zu vermeiden, zu wieder läuft. Mit der Novellierung werden tlw auch über die Neuregelung des humanitären Aufenthalts hinausgehende Bestimmungen geschaffen, die jedoch im Rahmen dieser Arbeit keine Erörterung finden werden.¹²¹

Hinsichtlich der zu erteilenden Aufenthaltstitel muss zwischen zwei Formen unterschieden werden. Zukünftig wird dem Fremden auf seinen Antrag oder von Amts wegen eine Niederlassungsbewilligung-beschränkt (§ 43 Abs 2 NAG nF) bzw, soweit er ausreichende Deutschkenntnisse nachweisen kann, eine Niederlassungsbewilligung-unbeschränkt (§ 43 Abs 3 NAG) erteilt, soweit kein Erteilungshindernis gemäß § 11 Abs 1 Z 1, 2 und 4 NAG nF - dass sind Bestehen eines Aufenthalts- oder Rückkehr-

¹¹⁸ Schrefler-König/Gruber, Asylrecht, § 10 Anm 46.

¹¹⁹ ME 12 BlgNR XXIV. GP.

¹²⁰ Insgesamt sind 48 Stellungnahmen eingelangt (vgl unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012/pmh.shtml 14.2.2009). Der Gang des parlamentarischen Verfahrens ist im Internet unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/I/I_00088/pmh.shtml (11.3.2009) abrufbar.

¹²¹ Hier sind insb die Schaffung der Möglichkeit der Verlängerung eines Visums im Inland in besonderen Fällen (§ 21 Abs 9 FPG nF), die Schaffung einer erweiteren Möglichkeit des BMI Bescheide des LH im Verfahren nach dem NAG zu beheben (§ 3 Abs 2 NAG nF), Änderung der Regelungen über die Antragstellung im Verlängerungsverfahren (§ 24 NAG nF), sowie die Neuregelung der Erteilung eines Aufenthaltstitel für Personen denen bereits einmal ein Abschiebungsaufschub erteilt wurde und für Betroffene von Menschenhandel oder familärer Gewalt (§ 69a NAG nF) zu nennen. Vgl insb auch *Verfassungsdienst des BKA*, Stellungnahme Bleiberecht.

verbots (auch eines anderen EWR-Staats) und das Vorliegen einer Aufenthaltsehe bzw -adoption - vorliegt und der weitere Aufenthalt im Hinblick auf Art 8 MRK (§ 11 Abs 3 NAG) zu ermöglichen ist. In dieser Hinsicht problematisch ist die bis zur Einführung des FPG bestehende Praxis gegenüber zumeist mittellosen Asylwerber ein Aufenthaltsverbot zu verhängen, welches nach Antragstellung als Rückkehrverbot weitergilt, zumal der Betroffene damit von der Erlangung eines humanitären Aufenthaltstitels ausgeschlossen wird.¹²²

Bei der Heranziehung von Sprachkenntnissen als Kriterium für den Zugang zum Arbeitsmarkt - ein Fremder dem lediglich eine Niederlassungsbewilligung-beschränkt zukommt, bedarf einer Bewilligung nach dem AuslBG - erscheint die sachliche Rechtfertigung fraglich.¹²³ Rechtspolitisch ist jedenfalls zu bemerken, dass damit eine weitere Integration des Fremden durch Erwerb von Kenntnissen der deutschen Sprache durch Ausübung eines Berufs erschwert wird.

Mit der zweiten Form des zu erteilenden Aufenthaltstitels in § 44 Abs 4 NAG nF erfüllt das BMI zumindest tlw die politische Forderung auf Gewährung eines Bleiberechts an Personen, die sich schon länger in Österreich aufhalten. Es wird die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung-beschränkt ermöglicht, soweit die Erteilung eines Aufenthaltstitels im Hinblick auf die Integration des Betroffenen im Inland geboten erscheint. Die Materialien betonen hier, dass nur die Integration und nicht alle Aspekte des Art 8 MRK im Rahmen dieser Entscheidung zu berücksichtigen sind, was eine fragwürdige Differenzierung bedingt.¹²⁴ Zur Erlangung eines solchen Titels muss sich der Betroffene zumindest seit dem 1.5.2004 durchgängig in Österreich aufhalten und es muss zumindest die Hälfte dieses Aufenthalts rechtmäßig gewesen sein (§ 44 Abs 4 NAG nF).¹²⁵

Anders als nach den gemäß §§ 43 und 44 Abs 3 NAG nF zu erteilenden Aufenthaltstiteln ist die Feststellung der Unzulässigkeit der Ausweisung in § 44 Abs 4 NAG nF kein Erfordernis, sodass der Aufenthaltstitel insb auch schon an jene abgewiesenen Asylwerber erteilt werden kann, in deren Verfahren noch keine Ausweisung auszusprechen war. Dies betrifft all jene Fremden, die ihren Asylantrag vor dem 1.5.2004 gestellt haben und über deren Antrag vom BAA vor diesem Zeitpunkt entschieden wurde. Die im neuen Vorschlag erfolgte Anpassung des Stichtages an dieses Datum, an Stelle des ursprünglich vorgesehenen Stichtag 1.1.2003, ist daher

¹²² *Asylkoordination/SOS-Menschenrechte Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 4.

¹²³ *Beratungszentrum für Migranten und Migrantinnen*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 4; *Boltzmann Institut für Menschenrechte*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 4; *BMWFJ*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 2; *Industriellenvereinigung*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 2.

¹²⁴ Wörtlich heißt es: „Dabei ist aber jedenfalls zu beachten, dass die Beurteilung des Integrationsgrades gemäß Abs. 4 nicht in einer gesamtheitlichen Prüfung der Kriterien zu Art. 8 EMRK besteht, sondern lediglich in einer ‚isolierten‘ Bewertung des zitierten Integrationsgrades“. RV 88 BlgNR XXIV. GP 11.

¹²⁵ RV 88 BlgNR XXIV. GP 11.

zu begrüßen.¹²⁶ Wenn auch abgewiesene Langzeitasylwerber die Hauptproponenten für einen derartigen Aufenthaltstitel bilden, kann grundsätzlich jeder Fremde, der die genannten Voraussetzungen erfüllt, einen Titel erhalten. Personen, denen aber im Antragszeitpunkt der Status eines Asylwerbers zukommt, können hingegen auf Grund des Ausschlusses vom NAG einen derartigen Titel nicht beantragen. Gerade hier wäre ein möglicher Wechsel des aufenthaltsrechtlichen Regimes jedoch sinnvoll gewesen, zumal dies (bei positiver Erledigung) neben der Stabilisierung für die Betroffenen, eine Entlastung des AsylGH und die finanzielle Entlastung der Gebietskörperschaften durch Ausscheiden des Betroffenen aus der Grundversorgung bedingt hätte.

Für die Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 44 Abs 4 NAG nF müssen freilich auch die allgemeinen Voraussetzungen des § 11 NAG erfüllt sein. Im gegenständlichen Fall können jedoch die meisten Voraussetzungen nachgesehen bzw deren Fehlen durch Vorliegen einer Patenschaft saniert werden. § 44 Abs 4 NAG nF sieht vor, dass der Titel trotz eines Versagungsgrundes gemäß § 11 Abs 1 Z 3, 5 und 6 NAG erteilt werden kann. War in der ersten Fassung des Vorschlags noch zwingend das Vorliegen einer Patenschaft - dh eine Haftungserklärung für alle der Republik im Zusammenhang mit dem Aufenthalt und der allfälligen Rückführung entstehenden Kosten innerhalb von drei Jahren (§ 2 Abs 1 Z 18 NAG nF) - vorausgesetzt, soll diese nunmehr nur den Zugang zum humanitären Bleiberecht wahren, wenn der Fremde nicht aus eigenen Mitteln einen ausreichenden Unterhalt nachweisen kann.¹²⁷ Somit führt nur das Bestehen eines nationalen bzw EWR-Aufenthalts- oder Rückkehrverbots oder das Vorliegen einer Aufenthaltsehe- bzw adoption zum Ausschluss vom humanitären Aufenthaltsrecht.

Die vorgeschlagene Regelung birgt allerdings die Gefahr in sich, dass Fremde durch die, die Verpflichtungserklärung abgebende, Person ausgenützt werden, zumal der Fremde mit dem Aufenthaltsrecht keinen Zugang zum Arbeitsmarkt erhält. Diesen Bedenken will das BMI mit der Einführung von Straftatbeständen und der absoluten Nichtigkeit von Nebenabreden entgegen treten.¹²⁸ Dies kann wohl die Schaffung „rechtlicher Abhängigkeiten“ verhindern, doch können damit die Bedenken hinsichtlich tatsächlich bestehender Abhängigkeitsverhältnisse nicht ausgeräumt werden.¹²⁹

Ungeregt ist, ob eine derartige Erklärung widerrufen werden kann und was die Auswirkungen auf das Aufenthaltsrecht sind, wenn der Pate seine Verpflichtungen

¹²⁶ *Asylkoordination/SOS-Menschenrechte Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 5; *Diakonie*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 7. *Integrationhaus*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 8; *Volkshilfe*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 12.

¹²⁷ BMI, Pressekonferenz zum Start der Umsetzung der Rot-Weiss-Rot Card und zur Weiteren Vorgangsweise bei der Neuregelung des humanitären Aufenthaltes (26.1.2009).

¹²⁸ BMI, Pressekonferenz zum Start der Umsetzung der Rot-Weiss-Rot Card und zur Weiteren Vorgangsweise bei der Neuregelung des humanitären Aufenthaltes (26.1.2009).

¹²⁹ RV 88 BlgNR XXIV. GP 7.

nicht erfüllen kann.¹³⁰ Nach Vorstellung des Gesetzgebers soll die Patenschaft analog zur in § 2 Abs 1 Z 15 NAG geregelten Haftungserklärung verstanden werden.¹³¹

Verfahrensrechtlich werden sowohl eine Erteilung von Amts wegen als auch ein Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen vorgesehen. Die Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels soll zukünftig von Amts wegen erfolgen (§ 44a NAG nF), soweit das BAA oder der AsylGH bzw die Fremdenpolizei in einem Verfahren gemäß dem AsylG 2005 oder dem FPG die in Art 8 MRK begründete Unzulässigkeit der Ausweisung auf Dauer festgestellt haben. Dazu werden im AsylG und FPG entsprechende Mitteilungsverpflichtungen an den LH, der im NAG als Behörde 1. Instanz zuständig ist, vorgesehen (vgl § 22 Abs 9 AsylG nF und § 105 Abs 7 FPG nF). Die Kriterien für die Abgrenzung einer bloß vorübergehenden Unzulässigkeit zu jener auf Dauer wird in den Materialien in einer Zirkeldefinition umschrieben. Eine Ausweisung sei nämlich nur dann auf Dauer unzulässig, wenn sie „auf Umständen beruht, die ihrem Wesen nach nicht bloß vorübergehend sind.“¹³² Im Rahmen der asylrechtlichen Ausweisung wird eine nicht auf Dauer unzulässig Ausweisung vor allem in jenen Fällen zu sehen sein, wo die Ausweisung nicht ausgesprochen wurde, da ein Familienangehöriger im Verfahren nach dem AsylG 1997 idF BGBl 126/2002 nicht nach asylrechtlichen Bestimmungen ausgewiesen werden konnte.¹³³ Kann eine zunächst bloß vorübergehend unzulässige Ausweisung auf Dauer nicht durchgesetzt werden, wird darin eine wesentliche Änderung des Sachverhalts zu sehen sein, die den Fremden zur Stellung eines sodann inhaltlich zu behandelnden Antrags gemäß § 43 NAG berechtigt.

Dem Betroffenen kommt auch ein Antragsrecht zu, wobei jedoch zur Verhinderung von Folgeanträgen weitreichende Zurückweisungsrechte vorgesehen werden (§ 44b NAG nF). Nur eine maßgebliche Änderung des Sachverhaltes nach Feststellung der Zulässigkeit der Ausweisung bzw der bloß vorübergehenden Unzulässigkeit der Ausweisung kann ein Aufenthaltsrecht begründen. Insoweit wird also eine Zurückweisung wegen entschiedener Sache auf Grund der Entscheidung gemäß

¹³⁰ Vgl kritisch *Asylkoordination/SOS-Menschenrechte Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 5; *Beratungszentrum für Migranten und Migrantinnen*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 4; *Boltzmann Institut für Menschenrechte*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 6; *Caritas Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 8; *Diakonie*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 11; *Helping Hands Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 11; *Industriellenvereinigung*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 1; *Kinder- und Jugendanwaltschaft Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 1-2; *Menschenrechtsbeirat*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 3; *Rechtsanwaltskammertag*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 6; *Rotes Kreuz*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 4; *Städtebund*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 2-3; *Steiermärkische Landesregierung*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 5-6; *Volkshilfe*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 17ff; *Wirtschaftskammer Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 3.

¹³¹ RV 88 BlgNR XXIV. GP 6 und 16. Vgl weiterführend *Szymanski* in *Bichl/Schmid/Szymanski*, Kommentar zum NAG, 343.

¹³² RV 88 BlgNR XXIV. GP 3.

¹³³ Vgl dazu oben im Abschnitt 5.3.2 auf Seite 75.

§ 10 AsylG ermöglicht. Liegt hingegen noch keine Ausweisung vor, ist die zuständige SD von der Antragsstellung zu informieren und eine fremdenpolizeiliche Stellungnahme einzuholen (§ 44b Abs 2 NAG nF), womit die Setzung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ermöglicht wird.¹³⁴

Durch die Übergangsbestimmung in § 75 Abs 8 AsylG nF gemäß welcher, dass BAA unabhängig von der anzuwendenden Rechtslage jedenfalls eine Ausweisung gemäß § 10 AsylG 2005 zu verfügen hat, soweit es nach dem 1.4.2009 zur Entscheidung zuständig wird, können die Bedenken gegen die Anknüpfung an diese Bestimmung nur tlw ausräumen. Die Erlangung eines humanitären Titels wird dadurch nämlich an ein aufenthaltsbeendendes Verfahren unter dem Regime des Fremdenrechtspaket geknüpft, doch treffen Überlegungen im Hinblick auf Art 8 MRK zumeist in älteren am AsylGH anhängigen Verfahren zu. Die in den Materialien geäußerten Bedenken hinsichtlich des Gleichheitssatzes bestehen weiter, zumal ein Asylwerber dessen „Nicht-Ausweisung“ in Anwendung von § 8 Abs 2 AsylG 1997 idF BGBl 101/2003 durch den AsylGH verfügt wird, nur einen Aufenthaltstitel gemäß § 44 NAG nF erlangen kann, während dies bei Unterbleiben der Ausweisungsentscheidung durch Entscheidung des AsylGH gemäß § 10 AsylG 2005 quasi automatisch aus dieser Entscheidung folgt.¹³⁵ Unklar war nach dem ersten Vorschlag auch wie ein Asylwerber, dessen Ausweisung wegen einer Verletzung von Art 8 MRK nicht ausgesprochen wurde, dies jedoch nicht positiv iSd Unzulässigkeit ausgesprochen wurde, unter dem neuen Regime einen Aufenthaltstitel erlangen können sollte.¹³⁶ Nach Vorstellung des Gesetzgebers soll in diesen Fällen eine Stellungnahme der Fremdenpolizei eingeholt werden, die sodann zu beurteilen haben wird, ob die Ausweisung nur vorübergehend oder dauernd unzulässig ist.¹³⁷ Diese Aufgabenverteilung ist freilich erst durch einen Blick in die Materialien erfassbar.

Die Bestimmungen des 7. Hauptstücks betreffend die Erteilung von Aufenthaltstiteln aus humanitären Gründen entfallen weitgehend (§§ 72-74 NAG), da diese Bestimmungen, wie gerade ausgeführt, ins normale Regime des NAG übernommen werden. Durch die Neuregelung bleibt das Zustimmungsgesetz des BMI in § 73 NAG nF jedoch in modifizierter Form erhalten. Künftig soll das BMI nämlich von der bereits erfolgten Erteilung eines Titels gemäß §§ 43 Abs 2 und 44 Abs 3 sowie § 69a NAG nF informiert werden. Da in § 3 Abs 2 NAG nF eine erweiterte Möglichkeit zur Behebung von Entscheidungen des LH geschaffen wurde, kommt dies einem Zustimmungsgesetz des BMI gleich.

Nach starker Kritik der Länder verbleibt die Entscheidung über die Gewährung eines humanitären Bleiberechts gemäß § 44 Abs 4 NAG nF im BMI (§ 74 NAG

¹³⁴ RV 88 BlgNR XXIV. GP 12-13.

¹³⁵ RV 88 BlgNR XXIV. GP 4.

¹³⁶ Vgl *Caritas Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 5ff.

¹³⁷ RV 88 BlgNR XXIV. GP 6.

nF).¹³⁸ Die Entscheidung obliegt zwar letztendlich dem LH, doch ist er dabei an die vom BMI zu erteilende Zustimmung bzw Ablehnung des Antrags gebunden. Im Hinblick auf den durch die Schaffung eines Antragsrechts ermöglichten Zugangs zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts - eine Berufung gegen den Bescheid des LH gemäß § 44 Abs 4 NAG nF ist gemäß § 3 Abs 2 NAG nF ausgeschlossen - wird die Entscheidung des BMI künftig auch zu begründen sein, da ansonsten eine Überprüfbarkeit nicht gegeben ist.¹³⁹

Zur Unterstützung bei der Entscheidungsfindung soll beim BMI ein Beirat eingerichtet werden, der eine unverbindliche Empfehlung hinsichtlich der Erteilung eines humanitären Aufenthaltsrechts abgeben soll.¹⁴⁰

Durch die Einrichtung des Beirats beim BMI und das Verbleiben der Entscheidung dort, werden die Bedenken über eine abweichende Entscheidungspraxis der LH ausgeräumt und ein willkürlicher Ausschluss vom Bleiberecht durch Nichteinrichtung des Beirats durch einzelne LH verhindert.¹⁴¹ Positiv ist, dass nunmehr eine jede Entscheidung des LH dem BMI vorzulegen ist, womit iVm der Antragsmöglichkeit beim LH ein einheitlicher Vollzug möglich wird.¹⁴²

Abschließend ist zu bemerken, dass mit der Neuregelung das ohnehin schwer verständliche und vollziehbare Fremdenrecht nicht vereinfacht, sondern vielmehr durch weitere unklare Gesetzesbegriffe, wie zB die bloß vorübergehende Unzulässigkeit der Ausweisung, komplizierter wurde. Die extrem kurze Legislavakanz erschwert die Umsetzung weiter, doch ist diese im Hinblick auf den Ablauf der Frist des VfGH, die freilich ohnehin lang bemessen war, zu begrüßen. Durch die Regelung wird das Erkenntnis des VfGH im Großen und Ganzen im Hinblick auf Ausweisungen umgesetzt, wird doch, wenn auch über Umwege, dem Fremden ein Antragsrecht auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Hinblick auf Art 8 MRK gewährt. Im Hinblick auf das Sachlichkeitsgebot iVm Art 8 MRK bedenklich erscheint allerdings das Kriterium der Deutschkenntnisse für die zu erteilende Niederlassungsbewilligung, die über den

¹³⁸ BMI, Pressekonferenz zum Start der Umsetzung der Rot-Weiss-Rot Card und zur Weiteren Vorgangsweise bei der Neuregelung des humanitären Aufenthaltes (26.1.2009).

¹³⁹ RV 88 BlgNR XXIV. GP 15.

¹⁴⁰ Vgl auch die Kritik zum ursprünglichen Vorschlag wonach unklar war, ob die Stellungnahme des ursprünglich beim LH einzurichtenden Beirats diesen binden sollte *Niederösterreichische Landesregierung*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 11; *Tiroler Landesregierung*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 3. Vgl auch *Menschenrechtsbeirat*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 2.

¹⁴¹ *Asylkoordination/SOS-Menschenrechte Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 5; *Boltzmann Institut für Menschenrechte*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 6; *Diakonie*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 7; *Helping Hands Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 11; *Industriellenvereinigung*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 1; *Kinder- und Jugendanwaltschaft Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle 2; *Menschenrechtsbeirat*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 2; *Rotes Kreuz*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 3; *Volkshilfe*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 16f; *Wirtschaftskammer Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle, 2.

¹⁴² RV 88 BlgNR XXIV. GP 11.

Zugang zum Arbeitsmarkt entscheidet.

Problematisch ist auch der weiterhin bestehende, bedingungslose Ausschluss von Asylwerbern vom NAG. Denn damit wird ein freiwilliger Antrag auf Wechsel einer Person, deren Asylverfahren bereits lange Zeit beim nunmehrigen AsylGH anhängig ist, unmöglich gemacht. Dies wäre jedoch im Hinblick auf eine dadurch zu erreichende Entlastung des AsylGH, Senkung der Ausgaben für die Grundversorgung und endgültigen Lösung des Status von in Österreich gut integrierten Personen wünschenswert gewesen. Freilich besteht hier zumindest die Möglichkeit nach Abschluss des Asylverfahrens einen humanitären Titel zu erlangen, soweit über die Ausweisung nicht abzusprechen war bzw deren Unzulässigkeit festgestellt wurde. Stärker wiegen diese Bedenken gegenüber jenen Asylwerbern, wo schon das BAA die Unzulässigkeit der Ausweisung auf Grund ihrer Integration feststellt hat, sie jedoch durch den Ausschluss in § 1 Abs 2 NAG gezwungen sind zwischen dem weiteren Betreiben des Asylverfahrens und damit der möglichen Erlangung des besseren Titels eines Asylberechtigten oder dem, ausreichende Deutschkenntnisse vorausgesetzt, mit einem Zugang zum Arbeitsmarkt verbundenen Aufenthaltstitel zu wählen. Von Bedeutung ist hier die Rsp des EGMR, wonach durch Art 8 MRK uU nicht erst durch die Ausweisung, sondern schon durch die Verweigerung der Erteilung eines Aufenthaltstitels bedingt wird.¹⁴³ Zwar kommt dem Asylwerber gemäß § 13 AsylG ein Aufenthaltsrecht zu, doch hat er damit keinen Zugang zum Arbeitsmarkt, der uU im Hinblick auf Art 8 MRK geboten sein kann. Dies ist insb dann der Fall, wenn der Eingriff ua im Privatleben begründet ist, da die in der Arbeitswelt eingegangenen Beziehungen Teil desselben sind und somit deren weitere Ausübung gewährleistet sein muss.

Aus rechtspolitischen Überlegungen wurden wohl Fälle, in denen von der Verhängung eines Aufenthaltsverbots auf Grund des Ergebnisses der Prüfung von § 66 FPG Abstand genommen werden musste, nicht erfasst. Dem Fremden wird somit der Zugang von einem uU auf Grund von Art 8 MRK zu gewährenden Aufenthaltsrechts ausgeschlossen, was dem Erkenntnis des VfGH nicht Rechnung trägt. Da die Behörde jedoch nicht verpflichtet ist ein Aufenthaltsverbot zu erlassen (arg „kann“ § 60 Abs 1 FPG), könnte diese durch Ausspruch einer Ausweisung bzw im gegebenen Fall Ausspruch der Unzulässigkeit der Ausweisung der Zugang zum Bleiberecht gewahrt bleiben.

Zu den zukünftigen Beiratsfällen (§ 43 Abs 3-4 NAG nF) ist zu bemerken, dass dadurch die politische Forderung nach einem Bleiberecht, zumindest in einer stark eingeschränkten Form - vgl den Vorschlag der Grünen zu einer Stichtagslösung -, erfüllt wird. Durch die Entscheidung des BMI bleiben zwar Bedenken über eine politische Entscheidung und der Gedanke an ein Gnadenrecht, doch wird durch den zwingend bescheidmäßigen Abspruch in diesen Fällen dem Fremden der Zugang zu

¹⁴³ Vgl dazu oben Abschnitt 3.4.3 auf Seite 33.

VfGH und VwGH eröffnet, wodurch eine rechtstaatliche Kontrolle bedingt wird. In diesem Zusammenhang bedenklich sind jedoch die vorgesehen Patenschaftserklärungen, zumal den Fremden benachteiligende Nebenabreden angesichts ihrer ex-lege bedingten Nichtigkeit zwar nicht einklagbar sind, doch faktische Abhängigkeitsverhältnisse gerade außerhalb dieses Raums bestehen.

6 Ausreiseverpflichtung und Aufschub

Ist eine Ausweisung durchsetzbar „hat der Fremde unverzüglich auszureisen“ (§ 10 Abs 4 AsylG). Dieser Zeitraum wird jedoch weder im AsylG noch in den Materialien näher definiert. Zumal der weitere Aufenthalt zur Organisation der Ausreise zulässig sein muss, für die darüber hinaus benötigte Zeit zur Regelung der persönlichen Angelegenheiten jedoch bei einer fremdenrechtlichen Ausweisung ein Durchsetzungsaufschub beantragt werden muss, kann angesichts der wortgleichen Regelung der Ausreiseverpflichtung in § 67 Abs 2 FPG auch für das AsylG davon ausgegangen werden, dass dem Fremden einige Tage, im Einzelfall jedoch auch ein längerer Zeitraum, bis zur Ausreise zu gewähren ist.¹ Die Materialien schränken dies jedoch dahingehend ein, dass ein Abwarten mit dem Vollzug der Ausweisung jedenfalls zulässig sei, um die Verbüßung einer Haftstrafe und wohl auch einer Anhaltung in einer vorbeugenden Maßnahme zu ermöglichen.² Damit soll auch verhindert werden, dass die Fremdenpolizeibehörde über die tatsächliche Durchführung eines Freiheitsentzuges entscheidet.³

Reist der Fremde nicht unverzüglich aus, kann die Aufenthaltsbeendigung durch eine Abschiebung durchgesetzt werden (§ 46 Abs 1 Z 2 FPG). Zu deren Sicherung ist die Schubhaft zulässig. Überdies macht sich der Fremde nach § 120 Abs 1 Z 2 FPG strafbar. Droht aber durch die Ausweisung eine bloß vorübergehende Grundrechtsverletzung, so kann ein Ausweisungsaufschub gemäß § 10 Abs 3 AsylG gewährt werden.

6.1 Gründe

Ein Ausweisungsaufschub muss gewährt werden, wenn durch in der Person liegende, vorübergehende Gründe die Durchführung der Ausweisung eine Verletzung von Art 3 MRK bedeuten würde. Der erkennenden Behörde kommt insoweit kein Ermessen zu, da der Aufschub der Verhinderung einer Grundrechtsverletzung dient.

Die während der Begutachtung geäußerten Bedenken, dass eine bloß vorüber-

¹ VwGH 4.9.1996, 95/21/0815.

² RV 952 BlgNR XXII GP 39. Zur Anhaltung in vorbeugenden Maßnahmen vgl VwGH 31.3.2000, 99/18/0419.

³ Vgl dazu auch den im Rahmen des Reformpakets zur bedingten Haftentlassung vorgeschlagenen § 4a Strafvollzugsgesetz, der ein vorläufiges Absehen vom Strafvollzug auf Grund eines Aufenthaltsverbots vorsieht. *Bundesministerium für Justiz*, Gesetzesentwürfe Reformpaket zur bedingten Haftentlassung.

gehende Verletzung von Art 3 MRK in der Praxis schwer feststellbar sein werde, haben sich als zutreffend herausgestellt.⁴ In der Rechtsprechung des UBAS und des AsylGH wurde bisher nur dann ein Aufschub gewährt, wo dies schon in der beispielhaften Aufzählung in den Materialien, wonach vor allem bei fortgeschrittener Schwangerschaft, einem Krankenhausaufenthalt oder einem vorübergehend sehr schlechten Gesundheitszustand ein Aufschub zu gewähren sei, Erwähnung fand.⁵ In der Rsp des AsylGH kommt dem Aufschub gemäß § 10 Abs 3 AsylG bis dato überhaupt nur eine geringe Bedeutung zu.⁶ Der UBAS gewährte bzw bestätigte im Fall von Schwangeren bzw Frauen, die gerade erst entbunden hatten, einen Aufschub.⁷ Die Mehrheit der Mitglieder des UBAS ging davon aus, dass ein Abschiebungshindernis zumindest für eine gewisse Zeit nach der Geburt weiter besteht, wobei der Aufschub zumeist für circa zwei Monate nach der Geburt gewährt wird, was den Regelungen des Mutterschutzes entspricht.⁸ In einem anderen Fall führte die Kombination einer fortgeschrittenen Schwangerschaft und der Erkrankung an latenter TBC zum Aufschub bis zum Abschluss der TBC Therapie.⁹ Im Hinblick auf den Gesundheitszustand führten bisher hauptsächlich schwere psychische Störungen, bei denen aber eine Besserung und spätere Abschiebungsfähigkeit zu erwarten war, zu einem Aufschub.¹⁰ Einen weiteren Aufschubsgrund stellt nach der Rsp des UBAS eine drohende Verletzung von Art 8 MRK dar.¹¹ Nach dem Wortlaut kann zwar nur eine drohende Verletzung von Art 3 MRK zur Gewährung eines Aufschubs führen, doch muss diese Bestimmung, wie schon die Ausweisungsbestimmungen nach der Rechtsprechung zum AsylG 1997, verfassungskonform interpretiert werden.¹² In den Entscheidungen finden sich jedoch gar keine Begründung für die Gewährung des

⁴ *Rechtsberater*, Stellungnahme.

⁵ RV 952 BlgNR XXII GP 39.

⁶ Bis zum 1.12.2008 wurde nur in einem Familienverfahren ein Aufschub gewährt.

⁷ UBAS 1.6.2006, 301.732-C1/E1-VIII/40/06; 12.12.2006, 307.966-C1/E1-VIII/23/06; 5.3.2007, 309.813-1/3E-VI/17/07 (Ob die Betroffene noch hochschwanger war oder schon entbunden hatte, ist aus dem Bescheid nicht klar ersichtlich, da zwar der Geburtstermin mit Mitte bis Ende Februar 2007 angegeben war und der Bescheid vom 5.3.2007 stammt, aber eine Feststellung über die erfolgte Geburt fehlt); 09.08.2007, 313.816-1/2E-VII/43/07; 4.9.2007, 313.312-1/6E-XV/54/07.

⁸ Siehe dazu unten Abschnitt 6.2.2 auf Seite 106. aA UBAS 4.9.2007, 313.312-1/6E-XV/54/07.

⁹ UBAS 28.6.2006, 304.540-C1/E1-IX/27/06.

¹⁰ UBAS 29.6.2006, 302.604-C1/E1-III/67/06; 2.10.2006, 305.488-C1/E1-XI/34/06; 6.10.2006, 305.657-C1/E1-IX/27/06; 19.12.2006, 308.152-C1/E1-IV/11/06; 15.02.2007, 309.600-1/3E-XI/38/07 (Aufschub, da eine Abschiebung mit dem Flugzeug bis zum dritten Lebensmonat für den Berufungswerber gefährlich wäre).

¹¹ Vgl zB UBAS 28.6.2006, 304.537-C1/E1-IX/27/06; 28.6.2006, 304.542-C1/E1-IX/27/06; 2.10.2006, 305.485-C1/E1-XI/34/06; 02.10.2006, 305.486-C1/E1-XI/34/06; 02.10.2006, 305.487-C1/E1-XI/34/06; 15.02.2007, 309.599-1/3E-XI/38/07; 15.02.2007, 309.598-1/3E-XI/38/07; 5.3.2007, 309.813-1/3E-VI/17/07; 09.08.2007, 313.820-1/2E-VII/43/07.

¹² Vgl UBAS 16.11.2006, 303.791-C2/E1-IV/44/06; 16.11.2006, 303.791-C2/E1-IV/44/06. Vgl zur ähnlichen Problematik bei den Bestimmungen zur aufschiebenden Wirkung *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005, § 37 K 7 und § 38 K 7.

Aufschubs bzw nur Ausführungen zum Bestehen eines Familienverfahrens.¹³ Dieser Hinweis ist jedoch verfehlt, zumal auch einem Ausweisungsaufschub nicht die Verleihung, sondern eben gerade die Verweigerung eines bestimmten Schutzstatus nach dem AsylG zu Grunde liegt. Im Ergebnis ist die Rsp jedoch zutreffend.

UNHCR übte Kritik an der mangelnden Bedachtnahme auf unbegleitete Minderjährige. Das Wohl des Kindes verlange es, dass eine Ausweisung erst vollzogen werde, wenn eine geeignete Betreuung im Zielland sichergestellt sei.¹⁴ Auch wenn sich im Gesetz keine entsprechende Anleitung der Behörden findet, ergibt sich aus der Rsp des EGMR, dass eine Ausweisung bzw die Durchsetzung dieser Entscheidung gegen Art 3 MRK verstoße, wenn die Betreuung nicht sichergestellt und somit ein Aufschub zu gewähren ist.

Gründe, die von anderen Personen ausgehen oder im Herkunftsstaat liegen, wie zB Naturkatastrophen, begründen die Voraussetzung für einen Aufschub nicht. Nach Feßl/Holzschuster wäre in einer solchen Situation subsidiärer Schutz zu gewähren.¹⁵ Dem ist zuzustimmen, da es ansonsten zu einer Verletzung des Non-Refoulementverbots kommen könnte. Dieses Ergebnis ist jedoch mit Blick auf den Gleichheitssatz zu überprüfen. Um dieses Ergebnis zu rechtfertigen, muss in der Frage, woraus die drohende Grundrechtsverletzung resultiert - dem schlechten Gesundheitszustand des Betroffenen einerseits, oder der im Allgemeinen nur vorübergehend schlechten Situation im Herkunftsstaat andererseits - eine sachliche Rechtfertigung erblickt werden können, was nicht schlüssig erscheint. Der Gesetzgeber müsste hier also den Aufschub auch auf solche Fälle erweitern, wenn er am Instrument des Aufschubes festhalten will.

Auffallend ist, dass, soweit für die Autorin ersichtlich, bisher nur in einem Fall ein Aufschub nach der inhaltlichen Behandlung des Asylantrags gewährt wurde. Alle anderen soeben zitierten Entscheidungen betreffen Ausweisungen nach einer Entscheidung im Zulassungsverfahren. Die Ansicht von Feßl/Holzschuster, die in Dublin-Verfahren einen geringeren Anwendungsbereich des Aufschubs erkennen wollen, zumal „die Erteilung des Durchsetzungsaufschubs ... demnach im Ergebnis der Ausübung des Selbsteintrittsrechtes nach Art 3 Abs 2 der Dublin-II-V gleichkom-

¹³ Vgl keine Ausführungen in UBAS 1.6.2006, 301.734-C1/E1-VIII/40/06; 1.6.2006, 301.733-C1/E1-VIII/40/06; 28.6.2006, 304.542-C1/E1-IX/27/06; 28.6.2006, 304.537-C1/E1-IX/27/06; 2.10.2006, 305.485-C1/E1-XI/34/06; 2.10.2006, 305.486-C1/E1-XI/34/06; 2.10.2006, 305.487-C1/E1-XI/34/06; 12.12.2006, 207.963-C1/E1-VIII/23/06; 19.12.2006, 308.151-C1/E1-IV/11/06; 19.12.2006, 308.153-C1/E1-IV/11/06; 19.12.2006, 308.154-C1/E1-IV/11/06; 15.2.2007, 309.599-1/3E-XI/38/07; 15.2.2007, 309.598-1/3E-XI/38/07; 5.3.2007, 309.813-1/3E-VI/17/07.

Ausführungen zum Bestehen eines Familienverfahrens in UBAS 09.08.2007, 313.815-1/2E-VII/43/07; 9.8.2007, 313.817-1/2E-VII/43/07; 9.8.2007, 313.818-1/2E-VII/43/07; 9.8.2007, 313.819-1/2E-VII/43/07; 9.8.2007, 313.820-1/2E-VII/43/07. AsylGH 11.9.2008, D3 317.802, 317.804, 317.806 und 317.890-2/2008.

¹⁴ UNHCR, AsylG Analyse, 11.

¹⁵ Feßl/Holzschuster, Kommentar, 349.

men“ kann, hat sich somit nicht bewahrheitet.¹⁶ Begründend führen die Autoren aus, dass mit dem nach § 10 Abs 3 AsylG gewährten Durchsetzungsaufschub ein Aufenthaltstitel iSd Art 2 lit j Dublin-II-V gewährt werde, was dazu führe, dass die Zuständigkeit zur Prüfung des Asylantrags übergehe.¹⁷ Der Durchsetzungsaufschub wird jedoch im Regelfall keinen nach der Dublin-II-V relevanten Aufenthaltstitel darstellen, da „Aufenthaltstitel, die während der zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats entsprechend dieser Verordnung erforderlichen First“ erteilt werden, von der Definition ausgenommen sind und nicht zu einem Übergang der Zuständigkeit führen. Ein Aufschub gemäß § 10 Abs 3 AsylG stellt somit dann keinen Aufenthaltstitel iSd Dublin-II-V dar, wenn er nicht über die Überstellungsfrist der Dublin-II-V hinaus aufrecht bleibt. Wäre dies der Fall darf die erkennende Behörde, wie Feßl/Holzschuster zutreffend ausführen, jedoch gar keinen Aufschub auszusprechen, sondern hat sogleich einen Selbsteintritt zu erklären.¹⁸

6.2 Dauer

Die Frage der zeitlichen Spanne des Aufschubes wird im AsylG nur sehr vage geregelt. Der Gesetzestext spricht lediglich von einem „nicht von Dauer“ seienden Grund und einem Aufschub für die „notwendige Zeit“. Die Frage der Dauer stellt sich somit in zweifacher Hinsicht, zunächst nach der maximalen Dauer des Aufschubs und nach der Dauer im konkreten Einzelfall.

6.2.1 Abstrakte Höchstdauer

Kein bloß vorübergehendes Hindernis besteht, wenn dieses eine Ausweisung für einen Zeitraum nahe an der Jahresgrenze unzulässig erscheinen lässt, da in diesem Fall subsidiärer Schutz zu gewähren wäre. Denn der Aufschub nach § 10 Abs 3 AsylG soll diesen nicht ersetzen, sondern zu diesem hinzutreten. Die Befürchtung, dass die Möglichkeit eines Aufschubs dazu führen würde, dass Personen, denen eine subsidiäre Schutzberechtigung zu gewähren wäre, bloß einen Aufschub erhalten, hat sich angesichts der zurückhaltenden Anwendung des Aufschubs durch den UBAS sowie den AsylGH nicht bewahrheitet. Nur in einem Fall wurde die Gewährung eines zwölfmonatigen Aufschubs durch das BAA vom UBAS bestätigt, wobei im Zeitpunkt der Bestätigung die Vollstreckung der Ausweisung für weitere sechs Monate aufgeschoben wurde.¹⁹ Da der UBAS, nunmehr der AsylGH, den Sachverhalt immer im Zeitpunkt seiner Entscheidung zu beurteilen hat, kann hierin auch keine

¹⁶ Feßl/Holzschuster, Kommentar, 350.

¹⁷ Feßl/Holzschuster, Kommentar 2005, 350-351 unter Verweis auf Schmid/Filzwieser, Dublin II Verordnung, Art 2 K 43 sowie Art 4 K 23 und Art 6 K 18.

¹⁸ Feßl/Holzschuster, Kommentar, 350f.

¹⁹ UBAS 31.7.2007, 309.949-1/4E-XVIII/59/07.

Umgehung des subsidiären Schutzes erblickt werden, auch wenn die Entscheidung des BAA als rechtswidrig zu beheben war.

Die Bundesregierung und ihr folgend der VfGH verweisen für die Dauer auf die sechsmonatigen Überstellungsfristen der Dublin-II-V (Art 19 bzw 20).²⁰ Der Hinweis ist berechtigt, da es gerade hier häufig zur Gewährung eines Aufschubs kommt, um eine Dublin-Ausweisung weiter aufrecht erhalten zu können. Müsste der Aufschub jedoch für länger als sechs Monate gewährt werden, wäre eine Dublin-Ausweisung ohnehin nicht mehr durchführbar. Daher kann bei voraussichtlich länger als sechs Monate dauernden Abschiebungshindernissen jedenfalls nicht mehr von einem bloß vorübergehenden Hindernis gesprochen werden, zumal dann vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen ist.²¹

Fekl/Holzschuster sprechen sich für eine maximale Dauer von circa drei Monaten aus, darüber hinaus sei subsidiärer Schutz zu gewähren.²² Dies würde den Bestimmungen über den Durchsetzungsaufschub im FPG entsprechen. Auch das AsylG deute in diese Richtung, da für die Frage des Familiennachzugs eines subsidiär Schutzberechtigten zu überprüfen sei, ob die Voraussetzungen in drei Monaten noch vorliegen werden (§ 35 Abs 2 AsylG).

Der Ansatz des VfGH ist der insb mit Blick auf die Praxis überzeugendere, zumal der Hauptanwendungsfall des Aufschubs gemäß § 10 Abs 3 AsylG Dublin-Verfahren sind. Dabei muss aber berücksichtigt werden, dass die sechsmonatige Frist für den Aufschub nicht vom Entscheidungsdatum, sondern vom Datum der Zustimmung zum Ersuchen nach der Dublin-II-V berechnet werden muss, da ansonsten die Ausweisung ohnehin nicht durchsetzbar wäre.²³ Diese Überlegung wurde in der Rechtsprechung des UBAS, die sich an der sechs Monatsgrenze zu orientieren schien, aber nicht angestellt, sodass teilweise in der Praxis nie durchsetzbare Entscheidungen erlassen wurden.²⁴ Ob diese Problematik am AsylGH fortbestehen wird, kann angesichts der wenigen Fälle in denen bisher ein Aufschub gemäß § 10 Abs 3 AsylG gewährt wurde, noch nicht beurteilt werden.

²⁰ VfGH 1.10.2007, G 179, 180/07-6.

²¹ Vgl UBAS 19.10.2006, 305.260-C1/E1-XIX/62/06; 19.10.2006, 305.262-C1/E1-XIX/62/06; 19.10.2006, 305.265-C1/E1-XIX/62/06; 06.11.2007, 313.548-1/5E-VII/19/07.

²² Fekl/Holzschuster, Kommentar 2005, 350.

²³ Vgl derart verfehlt UBAS 6.10.2006, 305.657-C1/E1-IX/27/06. Vgl dazu weiters die, insoweit richtig, zulassende Entscheidung im Verfahren der Familienangehörigen UBAS 19.10.2006, 305.265-C1/E1-XIX/62/06; 19.10.2006, 305.262-C1/E1-XIX/62/06. Vgl endlich UBAS 6.11.2007, 313.548-1/5E-VII/19/07, Verfahrenszulassung, zumal die Dublin-Rücküberstellungsfrist vor dem Ende des Aufschubs geendet hätte.

²⁴ Vgl zB UBAS 28.8.2006, 304.540-C1/E1-IX/27/06; 6.10.2006, 305.657-C1/E1-IX/27/06.

6.2.2 Konkrete Dauer

Der konkrete Zeitraum des Aufschubs ist je nach den Umständen des Einzelfalls festzulegen. Jedenfalls notwendig erscheint eine datumsmäßig bestimmte Festlegung des Endes des Aufschubs, zumal es sonst der Fremdenpolizeibehörde obliegen würde, die Durchführbarkeit der Ausweisung zu bestimmen. Dies würde aber entsprechende Ermittlungen voraussetzen, womit der Grundsatz der Verfahrensökonomie ad absurdum geführt werden würde und die Fremdenpolizeibehörden so eine Entscheidung der Asylinstanzen umgehen könnte.

Aus der Rsp lassen sich die folgenden Grundsätze hinsichtlich der Dauer ableiten. War der Aufschub im schlechten, vor allem psychischen Gesundheitszustand des Betroffenen begründet, folgten die Asylbehörden dem Vorschlag des diagnostizierenden bzw behandelnden Arztes.²⁵ Im Fall eines Aufschubs wegen fortgeschrittener Schwangerschaft ist eine Rechtsprechung in Entwicklung, die sich am absoluten Mutterschutz orientiert. Demnach wird ein Aufschub ab Beginn der 32. Schwangerschaftswoche bis zu zwei Monate nach dem errechneten Geburtstermin des Kindes gewährt.²⁶ Soweit schon das BAA einen Aufschub zuerkannt hatte, wurden die Entscheidungen in einem Großteil der Fälle vom UBAS bestätigt.²⁷ Dabei ist aus den Entscheidungen jedoch nicht ersichtlich, ob der UBAS die Notwendigkeit einer Verlängerung des Aufschubs erwogen hat.

6.3 Zeitpunkt des Ausspruchs

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte der Aufschub gleichzeitig mit dem die Ausweisung verfügenden Bescheid ausgesprochen werden. Eine spätere Verfügung war ausgeschlossen, da in diesem Fall die Durchsetzbarkeit schon eingetreten wäre.²⁸

Der VfGH hatte jedoch Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung, zumal Fälle denkbar waren, in denen die Ausweisung gemäß § 10 AsylG zulässig werden, diese jedoch weiterhin eine Verletzung von Art 3 MRK bedeuten würde. Die in den Materialien zur Verhinderung eines Grundrechtseingriffes angedachte Gewährung eines humanitären Aufenthaltsrechts konnte die Bedenken des VfGH zu Recht nicht mildern, zumal auf diesen Aufenthaltstitel kein Rechtsanspruch bestand.

²⁵ UBAS 29.6.2006, 302.604-C1/E1-III/67/06; 28.8.2006, 304.540-C1/E1-IX/27/06; 2.10.2006, 305.488-C1/E1-XI/34/06; 6.10.2006, 305.657-C1/E1-IX/27/06; 31.7.2007, 309.949-1/4E-XVIII/59/07;

²⁶ UBAS 6.3.2007, 309.813-1/3E-VI/17/2007; 14.11.2007, 315.579-1/2E-XIII/65/07. AsylGH 11.9.2008, D3 317.803-2/2008. Abweichend UBAS 9.8.2007, 313.816-1/2E-VII/43/07; 4.9.2007, 313.312-1/6E-XV/54/07 (1 Monat).

²⁷ UBAS 29.6.2006, 302.604-C1/E1-III/67/06 (BAA ursprünglich 30 Tage, bei UBAS noch 2 Tage); 2.10.2006, 305.488-C1/E1-XI/34/06 (BAA ursprünglich 26 Tage, bei UBAS noch 8 Tage); 9.8.2007, 313.816-1/2E-VII/43/07 (BAA ursprünglich 2 Monate und 18 Tage, bei UBAS noch 1 Monat und 6 Tage).

²⁸ Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 10 K 18.

In dem dem Gesetzesprüfungsverfahren zu Grunde liegenden Fall wurde die Dublin-Ausweisung eines Tschetschenen auf Grund von Hinweisen auf eine schwere Traumatisierung aufgeschoben. Die Behörde nahm ohne eine fachärztliche Untersuchung anzuordnen ein vorübergehendes Abschiebungshindernis an. Die Ausweisung wurde bis zum 2.10.2007 aufgeschoben, wobei vor diesem Zeitpunkt eine weitere ärztliche Untersuchung erfolgen sollte.²⁹

Die Bundesregierung argumentierte, dass es mehrere verfahrensrechtliche Möglichkeiten gebe, die eine Verlängerung des Durchsetzungsaufschubs ermöglichen und damit eine verfassungswidrige Ausweisung verhindern würden. Erstens sei eine Wiederaufnahme eines Verfahrens nach § 69 AVG möglich. Das rechtskräftig abgeschlossene Verfahren könnte auf Antrag oder von Amts wegen wieder aufgenommen werden, soweit neue Beweismittel, wie zB ein neues ärztliches Gutachten, vorlägen. Jedoch gestand die Regierung selbst ein, dass diese Voraussetzungen nicht immer erfüllt sein würden, wie sie auch im Anlassfall nicht vorgelegen wären. Zweitens sah die Bundesregierung in der Stellung eines neuen Antrags bzw eines „Verlängerungsantrags“, der als neuer Antrag zu werten sei, eine Möglichkeit, eine neue Prüfung des Falles zu begehren. Läge auch keine neue Sache vor, da weiterhin nicht von einem andauernden Abschiebungshindernis auszugehen sei, wäre der Antrag zwar zurückzuweisen, doch könnte in der, mit der Zurückweisung verbundenen Ausweisung wieder ein Aufschub erteilt werden. Allenfalls könnte diese Entscheidung in einem Berufungsverfahren überprüft werden, wobei die Bundesregierung „keinen für den Fremden nachteiligen Unterschied zu einem ‚Verfahren zur Verlängerung eines Durchführungsaufschubs‘“ im Gegensatz zu einem „gesonderten ‚Verlängerungsverfahren‘“ erkennen konnte.³⁰ Drittens führte die Bundesregierung die Möglichkeit einer amtswegigen Anpassung nach § 68 Abs 2 AVG an. Viertens könnte der Fremde schließlich einen Antrag auf Abschiebungsaufschub nach § 46 Abs 3 FPG stellen, der nötigenfalls auch verlängerbar sei.

Diese Argumente waren jedoch nicht überzeugend, zumal keine dieser Möglichkeiten Gewähr dafür geboten hätte, dass der Asylwerber nicht schon vor neuerlicher Überprüfung abgeschoben werden würde, da ihnen, abgesehen von der Stellung eines weiteren Asylantrags, keine aufschiebende Wirkung zukomme. Hinsichtlich der Wiedereinsetzung ist zu bemerken, dass die Voraussetzungen, wie die Bundesregierung selbst zu bedenken gab, nicht immer vorliegen werden. Für eine amtswegige Änderung fehlt es sowohl an einem Antragsrecht des Betroffenen als auch an jeglichem Rechtsschutz, was angesichts der drohenden Grundrechtsverletzung untragbar wäre. Die Argumentation hinsichtlich eines weiteren Antrags hielt der VfGH ange-

²⁹ In der Zwischenzeit hat Österreich von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch gemacht. VfGH 1.10.2007, G 179, 180/07.

³⁰ VfGH 1.10.2007, G 179, 180/07.

sichts der Unerwünschtheit solcher Anträge für schlicht „nicht nachvollziehbar.“³¹ Hier muss auch bedacht werden, dass der Rechtsschutz gegen eine solche zurückweisende Entscheidung relativ dünn ist. Überdies müsste der Asylwerber bei Stellung eines weiteren Antrags riskieren, in Schubhaft genommen zu werden (§ 76 Abs 2 Z 1 FPG), nur um seine rechtswidrige Ausweisung zu verhindern.

Daher hob der Gerichtshof die Wortfolge „gleichzeitig mit der Ausweisung auszusprechen, dass“ sowie das Wort „ist“ in § 10 Abs 3 AsylG ohne Setzung einer Verbesserungsfrist auf.³² Die ebenfalls geprüfte Wortfolge „und diese nicht von Dauer sind“ blieb hingegen aufrecht, da sie der verfassungsrechtlich zulässigen Abgrenzung zwischen einem bloßen Aufschub der Ausweisung und der Unzulässigkeit eines Ausspruchs einer solchen dient.

Die neue Fassung von § 10 Abs 3 AsylG lautet somit:

„Wenn die Durchführung der Ausweisung aus Gründen, die in der Person des Asylwerbers liegen, eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen würde und diese nicht von Dauer sind, ist die Durchführung für die notwendige Zeit aufzuschieben.“³³

Der Aufschub kann demnach auch noch nach dem Ausspruch über die Ausweisung erfolgen, was insb eine Verlängerung ermöglicht.

6.4 Verlängerbarkeit

Die Frage der Verlängerbarkeit stellt sich in Fällen, wo der ursprünglich gewährte Aufschub nicht lang genug bemessen wurde, eine Ausweisung nach wie vor eine Verletzung von Art 3 MRK verursachen würde, die Gründe für die Unzulässigkeit jedoch von Dauer sind.

Fraglich erscheint zunächst, ob ein Aufschub gemäß § 10 Abs 3 AsylG überhaupt verlängerbar ist. Feßl/Holzschuster gingen für die ursprüngliche Fassung dieser Bestimmung davon aus, dass ein Aufschub nicht verlängerbar sei.³⁴ Sie argumentierten dafür erstens mit dem Wortlaut der Bestimmung, die einen Ausspruch über den Aufschub zeitgleich mit der Ausweisung erforderte, und zweitens mit der von § 46 Abs 3 FPG abweichenden Formulierung. Die Autoren wollen das Problem eines weiter bestehenden Grundrechtseingriffs über einen Antrag auf Abschiebungsaufschub gemäß § 46 Abs 3 FPG lösen.³⁵ Dies ist jedoch mangels einer einem solchen Antrag zukommenden aufschiebenden Wirkung und der Tatsache, dass diese auch nicht zuerkannt werden kann, sowie der mangelnden Beschwerdemöglichkeit im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung

³¹ VfGH 1.10.2007, G 179, 180/07.

³² VfGH 27.6.2007, B 1655, 1656/06-22.

³³ BGBl I 75/2007.

³⁴ Feßl/Holzschuster, Kommentar 2005, 350.

³⁵ Bejahend Feßl/Holzschuster, Kommentar 2005, 351. Verneinend VfGH 27.6.2007, B 1655, 1656/06.

durch den VfGH angesichts der von Art 13 MRK geforderten Effektivität nicht überzeugend. Die Grundrechtsverletzung kann durch diesen Antrag somit nicht in jedem Fall hintangehalten werden.³⁶ Selbst wenn dieser Antrag zur Gewährung eines Aufschubs führt, ist damit nicht die Fortsetzung des Asylverfahrens oder eine Einräumung irgendeines Status verbunden, sodass der Fremde zwar nicht abgeschoben werden kann, in Österreich aber keine Möglichkeit hat, ohne Zustimmung des BMI einen Aufenthaltstitel und die damit verbundenen Rechte zu erlangen.³⁷

Die Ansicht von Feßl/Holzschuster ist jedoch nicht nur aus grundrechtlicher Sicht untragbar, sondern scheint auch nach dem Erkenntnis des VfGH nicht mehr haltbar. Zunächst entfiel nämlich mit dem Erkenntnis das Erfordernis, den Aufschub zeitgleich mit der Ausweisung auszusprechen. Ein früherer oder späterer Ausspruch ist, wie oben ausgeführt, möglich, sodass auch ein weiterer Aufschub grundsätzlich möglich ist. Ein weiteres Argument für die Verlängerbarkeit findet sich in der Überlegung des VfGH, dass der Aufschub gemäß § 10 Abs 3 AsylG zum subsidiären Schutz gemäß § 8 AsylG hinzutritt.³⁸ Da der subsidiäre Schutz verlängerbar ist, muss das Gleiche auch für den Aufschub gelten. Schließlich erfordern auch grundrechtliche Überlegungen eine Verlängerbarkeit des Aufschubs, da ansonsten eine Ausweisung, die das Non-Refoulementverbot verletzt, möglich wäre.

Fraglich ist jedoch, wie der Betroffene die weitere vorübergehende Unzulässigkeit der Ausweisung geltend machen kann. Das Asylverfahren, in welchem der Aufschub erteilt wurde, ist abgeschlossen. Wie schon im Gesetzesprüfungsverfahren aufgezeigt wurde, liegen die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht immer vor. Eine verfehlte Schlussfolgerung des Sachverständigen kann nämlich keine Wiederaufnahme begründen, was auch für die Frage eines weiteren Aufschubs eine Wiederaufnahme ausschließt, zumal nach der Rsp des VwGH die Prognose eines weiteren Krankheitsverlaufs eine Schlussfolgerung darstellt.³⁹ Angesichts der Rsp des VfGH wird davon auszugehen sein, dass der Betroffene einen Antrag auf Verlängerung des Abschiebungsaufschubes, ähnlich dem Verlängerungsantrag gemäß § 8 Abs 4 AsylG, stellen kann. Zur Entscheidung über diesen Antrag wäre dann das BAA berufen, auch wenn der Aufschub erstmalig durch den AsylGH erteilt wurde. Dies ergibt sich daraus, dass § 10 Abs 3 AsylG der Regelung in § 8 AsylG hinsichtlich des subsidiären Schutzes nachempfunden wurde, die in § 8 Abs 4 AsylG die Zuständigkeit des BAA vorsieht. Eine Rechtsprechungspraxis zu dieser Frage besteht derzeit nicht, zumal der Durchsetzungsaufschub in der Praxis keine besondere Rolle spielt.⁴⁰

³⁶ VfGH 1.10.2007, G 179, 180/07.

³⁷ Vgl. *Lambert*, Aliens and ECHR, 33.

³⁸ VfGH 27.6.2007, B 1655, 1656/06.

³⁹ VwGH 27.10.1986, 85/12/0163.

⁴⁰ Nach Auskunft des Leiters der EAST-Ost und dessen Stellvertreter wurde bislang noch nicht um

6.5 Aufenthaltsstatus während des Aufschubs

Auf den ersten Blick nicht ganz klar ist, welchen aufenthaltsrechtlichen Status ein Fremder mit Abschiebungsaufschub gemäß § 10 Abs 3 AsylG hat. Asylwerber ist der Betroffene jedenfalls nicht mehr, da sein Verfahren rechtskräftig abgeschlossen wurde, wenn auch die Entscheidung noch nicht durchsetzbar ist (§ 2 Abs 1 Z 14 AsylG). Dies führt aber nicht dazu, dass ihm kein Aufenthaltsstatus nach dem AsylG mehr zukommt, da sowohl § 12 als auch § 13 AsylG von der Erlassung einer durchsetzbaren Ausweisung sprechen.

Putzer/Rohrböck differenzieren, unter Berufung auf die Materialien, zwischen einer durchsetzbaren und einer durchführbaren Entscheidung.⁴¹ Sie kommen zu dem Ergebnis, dass die Ausweisung auf Grund des Aufschubs zwar nicht durchführbar, allerdings durchsetzbar ist, was nach den Autoren dazu führt, dass dem Fremden bloß ein faktischer Abschiebungsschutz gemäß § 12 AsylG zukommt. Dabei übersehen sie aber, dass die aufgeschobene Ausweisung wie eine Ausweisung, der die aufschiebende Wirkung zukommt, nicht durchsetzbar ist und dem Fremden somit ein Aufenthaltsstatus gemäß §§ 12 oder 13 AsylG zukommt, auch wenn er kein Asylwerber mehr ist.

6.6 Nachträglich eintretende Unzulässigkeit

Die Frage nach einer nachträglich eintretenden Unzulässigkeit der Ausweisung kann sich jedenfalls nur auf jene Fälle beziehen, in denen sich die Situation nach der Entscheidung nicht vorhersehbar verschlechtert hat. Andernfalls wäre es nämlich rechtsmissbräuchlich von Gründen, die nicht von Dauer sind, zu sprechen und es wäre der Betroffene zum Verfahren zuzulassen bzw dem Betroffenen eine subsidiäre Schutzberechtigung zuzuerkennen gewesen.

Wird die Ausweisung auf Dauer unzulässig, da sich zB der Gesundheitszustand des Fremden gravierend verschlechtert hat, ist nach Vorstellung des Gesetzgebers eine Lösung im Einzelfall im humanitären Aufenthaltsrecht gemäß § 72 NAG zu finden.⁴² Dieser Ansatz ist jedoch aus schon oben ausgeführten grundrechtlichen Aspekten zumindest bis zum Bestehen eines Antragsrechts (31.5.2009) nicht überzeugend. Feßl/Holzschuster sind der Ansicht, dass in einem solchen Fall nur ein Abschiebungsaufschub gemäß § 46 Abs 3 FPG gewährt werden kann.⁴³

In einer solchen Situation müsste der Fremde daher einen neuen Asylantrag stellen, in dem ihm dann subsidiärer Schutz zu gewähren wäre, da eine nicht bloß

eine derartige Verlängerung angesucht (Auskunft vom 4.11.2008 im Rahmen einer Exkursion des AsylGH nach Traiskirchen).

⁴¹ Putzer/Rohrböck, Leitfaden Asylrecht, Rz 304 und Rz 240.

⁴² RV 952 BlgNR XXII GP 39.

⁴³ Feßl/Holzschuster, Kommentar 2005, 351.

vorübergehende Verletzung von Art 3 MRK droht. Dieser würde jedoch einen unerwünschten Folgeantrag bedeuten, was dazu führen kann, dass der Fremde wegen Stellung eines Folgeantrags in Schubhaft genommen werden kann. Eine Regelung durch den Gesetzgeber wäre daher wünschenswert. De lege ferenda wäre hier eine an § 50 Abs 7 FPG orientierte Regelung denkbar. Demnach haben die Fremdenpolizeibehörden die Asylbehörden zu informieren, wenn eine aufenthaltsbeendende Maßnahme mit dem Ziel eines Drittstaats aus anderen Gründen als der mangelnden Mitwirkung des Betroffenen nicht durchführbar ist, soweit der Antrag wegen Unzuständigkeit Österreichs zurückgewiesen wurde, was gemäß § 4 Abs 5 AsylG zum Außerkrafttreten des zurückweisenden Bescheides führt.

6.7 Vergleich zu Instrumenten des FPG

6.7.1 Abschiebungsaufschub

Der nach § 10 Abs 3 AsylG zu gewährende Aufschub ist dem Abschiebungsaufschub gemäß § 46 Abs 3 FPG nachempfunden. Demnach kann ein Aufschub der Abschiebung auf Antrag oder von Amts wegen erteilt werden, wenn dieser aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen notwendig erscheint. Das Bestehen eines Refoulementhindernisses stellt einen rechtlichen Grund dar. Tatsächliche Gründe sind nach der Rsp zB eine plötzliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder eine fortgeschrittene Schwangerschaft.⁴⁴ Liegt es hingegen in der Sphäre des Fremden, die tatsächliche Undurchführbarkeit zu beenden, zB durch Mitwirkung an der Erlangung eines Heimreisezertifikats, kann dies nicht zur Gewährung eines Aufschubes führen.⁴⁵

Im Gegensatz zu § 10 Abs 3 AsylG ist ein Abschiebungsaufschub somit gerade auch dann zu gewähren, wenn das Hindernis auf Dauer besteht, was auch die Möglichkeit der Verlängerung erforderlich macht, welche jeweils für maximal ein Jahr zulässig ist. Auffallend ist, dass nach der Rsp zum FPG als im Tatsächlichen einzuordnende Sachverhalte im AsylG der rechtlichen Sphäre zugeordnet werden, was aber praktisch keine Auswirkung hat. Da nach der Rsp des EGMR eine Ausweisung trotz drohender Verschlechterung des Gesundheitszustands am Maßstab von Art 3 MRK zu messen ist, ist die Einordnung im AsylG als rechtliche Unmöglichkeit richtig. Um eine Grundrechtsverletzung zu vermeiden, ist dies auch die einzig mögliche Zuordnung, da im AsylG, anders als im FPG, jedenfalls nur rechtliche Gründe, die natürlich im faktischen Zustand ihren Ausgangspunkt finden, relevant

⁴⁴ VwGH 8.11.2001, 99/21/0330 (Gesundheit); 15.10.1999, 96/21/0502; 3.3.2004, 2004/18/0027 (Schwangerschaft).

⁴⁵ VwGH 23.3.1999, 98/21/0491 (Verweigerung an der Mitwirkung der Erlangung eines Heimreisezertifikats).

sind. Anders als ein Aufschub nach dem AsylG kann ein Abschiebungsaufschub nach dem FPG auch widerrufen werden (vgl § 69 FPG).

6.7.2 Durchsetzungsaufschub

Nicht nachvollziehbar ist hingegen die Ansicht von Feßl/Holzschuster, dass mit dem Aufschub nach dem AsylG „ein Äquivalent zur fremdenpolizeilichen Bestimmung (§ 67 Abs 3 dritter Satz FPG) geschaffen“ wurde.⁴⁶ Die Autoren wollten damit wohl auf den in § 67 Abs 1 FPG geregelten Durchsetzungsaufschub anspielen, der jedoch völlig andere Voraussetzungen hat als ein Aufschub gemäß § 10 AsylG. Der Durchsetzbarkeitsaufschub soll es dem Fremden ermöglichen, seine persönlichen Angelegenheiten zu ordnen und derart eine Verletzung von Art 8 MRK hintanhaltend. Daher kann eine fremdenrechtliche Ausweisung bzw ein Aufenthaltsverbot - für ein Rückkehrverbot ist ein Durchsetzungsaufschub denkunmöglich, da diese Maßnahme nie durchsetzbar wird - auf Antrag des Betroffenen für maximal drei Monate aufgeschoben werden. Die Gewährung eines Durchsetzungsaufschubs steht im Ermessen der Behörde, wobei sie das öffentliche Interesse an einer Aufenthaltsbeendigung gegenüber den persönlichen Interessen des Fremden, seine Angelegenheiten regeln zu können, abzuwägen hat. Ein dem Durchsetzbarkeitsaufschub vergleichbares Instrument kennt das AsylG somit nicht.

⁴⁶ Feßl/Holzschuster, Kommentar 2005, 349.

7 Verhältnis zu fremdenpolizeilichen Maßnahmen

Personen, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt, sodann eingebracht und damit die Stellung als Asylwerber erworben haben, unterliegen zumindest teilweise zwei fremdenrechtlichen Regimen mit jeweils abweichenden Regelungen zur Aufenthaltsbeendigung, einerseits dem AsylG, andererseits dem FPG. Somit stellt sich die Frage des Verhältnisses einer den Aufenthalt beendenden Maßnahme nach dem einem Regime zu der Ausweisung nach dem anderen.

7.1 Zurückweisung und Zurückschiebung

Die Zurückweisung ermöglicht es, einen Fremden schon an der Grenze aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit - gemäß den Tatbeständen des § 41 Abs 2 FPG sind darunter eine unrechtmäßige Einreise, eine Einreise trotz aufrechten Aufenthaltsverbot bzw Ausschreibung im SIS, eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit bzw der Verdacht auf Schwarzarbeit oder Schlepperei trotz rechtmäßiger Einreise, mangelnde Unterhaltsmittel und der Verdacht auf die (beabsichtigte) Begehung von Finanzvergehen zu verstehen - die Einreise und den Aufenthalt in Österreich in Form eines AuvBZ zu versagen (§ 41 FPG).¹ Die Zurückschiebung erlaubt eine verfahrensfreie Aufenthaltsbeendigung darüber hinaus innerhalb der ersten Woche eines rechtswidrigen Aufenthaltes bzw eines Aufenthaltes auf Grund einer Rückübernahme gemäß internationalen Gepflogenheiten, sprich eines Aufenthaltes auf Grund von Rückübernahmeabkommen (§ 45 FPG).²

Das Verhältnis dieser Maßnahmen zum Asylrecht wird durch § 1 Abs 2 FPG geregelt. Demnach ist eine Zurückweisung oder Zurückschiebung unzulässig, wenn der Fremde ein Asylwerber ist (§ 1 Abs 2 FPG). Dieser Status wird aber erst mit der Einbringung des Asylantrages erworben, sodass an der Grenze eine Zurückweisung bzw eine spätere Zurückschiebung auf den ersten Blick denkbar erscheint. Dieses Ergebnis wäre aber im Hinblick auf das in Art 33 GFK gewährte Recht auf Zugang zum Verfahren untragbar. Daher gewährt der Gesetzgeber faktischen Abschiebeschutz, der auch eine Zurückweisung oder Zurückschiebung unzulässig macht, schon mit der Stellung des Asylantrages.

¹ stRsp VwGH 18.5.2001, 98/02/0319. Zum FrG 1997 aA *Raschauer/Wessely*, Besonderes Verwaltungsrecht, 81.

² VfSlG 13.044/1992. *Muzak* in *Muzak/Taucher/Pinter/Lobner*, Kommentar, 210; *Riel/Schrefler-König/Szymanski/Wollner*, Kommentar, § 45 Rz 1. Zum FrG 1997 aA *Raschauer/Wessely*, Besonderes Verwaltungsrecht, 81.

Nach Beendigung des Asylverfahrens können diese Maßnahmen wieder gesetzt werden, wobei ihnen jedoch schon auf Grund der Dauer eines auch lediglich verwaltungsbehördlichen Asylverfahrens nur im Flughafenverfahren, in dem keine Ausweisung, sondern die Zurückweisung auszusprechen ist, praktische Bedeutung zukommt.

7.2 Fremdenrechtliche Ausweisung

Das Verhältnis der beiden Ausweisungsregime zueinander wirft hingegen viele Fragen auf. Im Folgenden sollen die wechselseitigen Auswirkungen einer fremdenrechtlichen bzw asylrechtlichen Ausweisung und eines Antrags auf internationalen Schutz untersucht werden.

7.2.1 Asylantrag nach Ausweisung

Zunächst ist der Fall denkbar, in dem ein Fremder nach Erhalt des Ausweisungsbescheides einen Antrag auf internationalen Schutz stellt. Auch wenn dies in vielen Fällen in missbräuchlicher Absicht geschehen wird, stellt sich die Frage nach dem rechtlichen Schicksal der fremdenrechtlichen Ausweisung und in weiterer Folge nach der Notwendigkeit einer „zusätzlichen“ asylrechtlichen Ausweisung.

Für die Dauer des Asylverfahrens sind diese Maßnahmen jedenfalls nicht durchsetzbar, da der Aufenthalt des Betroffenen zunächst geduldet ist (§ 12 AsylG) und ihm nach Zulassung des Verfahrens ein echtes Aufenthaltsrecht zukommt (§ 13 AsylG). Gemäß der in § 59 Abs 2 FPG tlw übernommenen Regelung des § 40 Abs 3 FrG 1997 wurden fremdenrechtliche Ausweisungen gegenstandslos, wenn der Fremde nach seiner Ausweisung ein Aufenthaltsrecht und somit eine Legalisierung seines Aufenthaltes erreichte. „Wodurch die nachträgliche Legalisierung bewirkt wird“, spielte nach der Rsp des VwGH „keine Rolle“, sodass auch ein vorläufiger Aufenthalt auf Grund des AsylG zur Gegenstandslosigkeit der Ausweisung führte, sodass die asylrechtliche Ausweisung zur Aufenthaltsbeendigung notwendig war.³ Frank/Anerinhof/Filzwieser schließen aus dem mangelnden Hinweis in § 59 Abs 2 FPG auf vorläufige Aufenthaltsberechtigungen nach dem AsylG, dass eine Ausweisung bei der Erlangung irgendeines Aufenthaltsrechtes gegenstandslos wird.⁴

In § 59 Abs 2 FPG wurde die Regelung jedoch dahingehend eingeschränkt, dass nur dann eine Gegenstandslosigkeit eintreten solle, wenn der Fremde einen Aufenthaltstitel nach dem NAG erlangt. Da dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden darf Sinnloses, anzuordnen, ist mA nach davon auszugehen, dass er mit dieser Einschränkung hinsichtlich der Legalisierung des Aufenthaltes Asylwerber von der Ge-

³ Vgl statt vieler VwGH 20.09.1999, 97/21/0766; 24.07.2001, 99/21/0019.

⁴ Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 10 K13. Vgl auch Feßl/Holzschuster, die insoweit vollkommen undifferenziert die Rsp zur Rechtslage 1997 übertragen (Feßl/Holzschuster, Kommentar, 380.)

gegenstandslosigkeit ausnehmen wollte. Auch wenn die Regierungsvorlage keine Überlegungen in dieser Hinsicht enthält, ist die Regelung in § 1 Abs 2 4. Satz FPG, gemäß derer eine fremdenrechtliche Ausweisung erst mit Durchsetzbarkeit der Ausweisung gemäß § 10 AsylG durchgesetzt werden kann, ein eindeutiges Indiz gegen die Gegenstandslosigkeit der fremdenrechtlichen Ausweisung mit Erlangung eines asylrechtlichen Aufenthaltsrechtes, zumal diese Regelung sonst ohne Anwendungsbereich wäre.⁵ Schließlich lässt sich mit dieser Auslegung auch das Verhältnis zwischen asyl- und fremdenrechtlicher Ausweisung im Zulassungsverfahren eindeutig klären. Die fremdenrechtliche Ausweisung besteht weiter, ist jedoch nicht durchsetzbar, so lange eine asylrechtliche Ausweisung nicht erlassen wurde. Nach Ansicht von Frank/Anerinhof/Filzwieser würde hingegen das weitere Bestehen der fremdenrechtlichen Ausweisung ein ungewolltes Nebeneinander zweier Ausweisungen bedingen, da die von ihnen argumentierte Gegenstandslosigkeit erst mit Erlangung eines Aufenthaltsrechts iSd § 13 AsylG eintreten kann.

Der dargelegte auf § 1 Abs 2 4. Satz FPG aufbauender Ansatz muss sich freilich entgegen halten lassen, dass auf den ersten Blick nicht einmal die Asylgewährung zum Entfall der fremdenrechtlichen Ausweisung, sondern lediglich deren Undurchsetzbarkeit mangels durchsetzbarer asylrechtlicher Ausweisung führt. Unter sinngemäßer Anwendung der lex posterior Regel ist jedoch eine Derogation des fremdenrechtlichen Bescheides anzunehmen, zumal die Frage des Aufenthaltsrechtes des Betroffenen durch die spätere Entscheidung abweichend geregelt wird und nichts gegen die Annahme einer Derogation spricht.⁶ Im Hinblick auf die Einrichtung des AsylGH als Gericht ist es jedoch in diesem Zusammenhang fraglich, ob eine Entscheidung dieser Instanz einem fremdenpolizeilichen Bescheid derogieren kann.

Die mA nach somit weiter bestehende fremdenrechtliche Ausweisung beinhaltet schon die Verpflichtung des Fremden Österreich zu verlassen. Auf den ersten Blick erscheint eine asylrechtliche Ausweisung daher überflüssig. Das zwingendste Argument für die Notwendigkeit einer asylrechtlichen Ausweisung ergibt sich, wie gerade dargelegt, aus § 1 Abs 2 4. Satz FPG.

Im Gegensatz zu den aufenthaltsbeendenden Maßnahmen des FPG wird mit der asylrechtlichen Ausweisung jedoch auch der Zielstaat einer Ausweisung bestimmt. Diese Einschränkung führt dazu, dass insoweit nicht vom Vorliegen einer bereits entschiedenen Sache, nämlich einer bereits verfükten Aufenthaltsbeendigung, gesprochen werden kann. Die „doppelte“ Verfügung der Ausweisung ist auch insoweit sinnvoll, als dass es denkbar erscheint, dass beide Ausweisungsbescheide im Rechtsmittelweg oder bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes bekämpft werden

⁵ RV 952 BlgNR XXII GP 99.

⁶ Weiterführend zur Derogation bei Bescheiden *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht², Rz 970; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 75f und 202 ff.

und eine davon aufgehoben wird.⁷ Überdies darf nicht außer Acht gelassen werden, dass diese Maßnahmen tlw unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Während nämlich eine fremdenrechtliche Ausweisung gegenüber Fremden, die zur sichtvermerksfreien Einreise und Aufenthalt berechtigt sind, jedenfalls die Notwendigkeit einer besonderen Bewilligung nach sich zieht (§ 73 FPG), löst die asylrechtliche Ausweisung hingegen ebenso wie eine fremdenrechtliche Ausweisung trotz bestehenden Aufenthaltstitels einen zwölf-monatigen Versagungsgrund für einen Aufenthaltstitel aus (§ 11 Abs 1 Z 3 NAG).

7.2.2 Ausweisung während des Asylverfahrens

Das Fremdenrecht enthielt bis zur seiner insoweit grundlegenden Änderung 2005 keine Bestimmung, die die Verfügung einer Ausweisung oder eines Aufenthaltsverbotes gegenüber einem Asylwerber während eines laufenden Asylverfahrens explizit untersagte. Freilich war die zwangsweise Beendigung des Aufenthaltes durch Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung unzulässig, doch war es zumindest denkmöglich, dass der Asylwerber während eines laufenden Asylverfahrens ausgewiesen wurde, bzw mit einem Aufenthaltsverbot belegt wurde, was - wie gleich zu zeigen sein wird - beim Refoulement zu schwierigen Abgrenzungsfragen führte.

§ 1 FPG untersagt nunmehr die Ausweisung eines Asylwerbers iSd AsylG 2005 gemäß § 53 FPG, wodurch eine Ausweisung mangels Aufenthaltsrechtes im Zulassungsverfahren - danach besteht ein Aufenthaltsrecht gemäß § 13 AsylG, womit gemäß § 31 Abs 1 Z 4 FPG ein rechtmäßiger Aufenthalt gegeben ist, unzulässig geworden ist. Die Ausweisung eines Asylwerbers, dessen Verfahren nach dem AsylG 1997 zu führen ist - ist hingegen weiterhin zulässig.⁸

Lediglich eine Ausweisung gemäß § 54 FPG ist während eines Asylverfahrens zulässig. Dieser Ausweisungstatbestand setzt voraus, dass der Fremde einen Aufenthaltstitel innehat und zB ein Versagungsgrund nachträglich bekannt geworden bzw eingetreten ist (§ 54 Abs 1 FPG). Dass diese Ausweisung weiterhin zulässig ist, ist innerhalb des Fremdenrechtspaketes systematisch, da die Asylbehörden keine Ausweisung bei bestehendem Aufenthaltsrecht zu verfügen haben (§ 10 Abs 2 Z 1 AsylG). Eine fremdenrechtliche Ausweisung ist somit während des Asylverfahrens zulässig, kann jedoch nur zum Verlust einer allfälligen Aufenthaltsberechtigung nach dem NAG führen, während das für die Dauer eines Asylverfahrens gewährte Aufenthaltsrecht nach § 13 AsylG davon unberührt bleibt. Durch die Ausweisung gemäß § 54 FPG ist jedoch wiederum die Asylbehörde für die Ausweisung zuständig. Der AsylGH kann eine solche freilich nur verfügen, wenn schon das BAA mangels Bestehen eines Aufenthaltsrechtes zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung zur Verfügung berechtigt war

⁷ VfSlg 17.516/2005.

⁸ Vgl VwGH 25.9.2007, 2006/18/0195.

und die Ausweisung dementsprechend auch verfügt hat, andernfalls wird die Fremdenpolizei den Betroffenen nach Beendigung des Asylverfahrens gemäß § 53 FPG auszuweisen haben.

7.2.2.1 Abgrenzungsproblematik beim Refoulement

Mit FrG 1992 wurde erstmals ein in einen Bescheid mündendes Verfahren für die Überprüfung des Refoulementgebotes im Ausweisungs- und Aufenthaltsverbotsverfahren vorgesehen. Damit wurde eine Beschwerdemöglichkeit geschaffen, die im Hinblick auf eine potentielle Grundrechtsverletzung durch die Ausweisung mit Blick auf Art 13 MRK notwendig ist. Gemäß § 51 FPG kann der Betroffene demnach während des Ausweisungs- bzw Aufenthaltsverbotsverfahrens einen Antrag auf Überprüfung der Refoulementsituation im Hinblick auf einen bestimmten Staat stellen, wie dies schon § 54 FrG 1992 und § 75 FrG 1997 vorsahen. Eine Antragsstellung entbindet die Behörde aber nicht von der Pflicht, selbst Feststellungen zu treffen.⁹

Nachdem durch die Novellierung des Fremdenrechts 1997 die Refoulementprüfung tlw in das Asylverfahren ausgelagert wurde, stellen sich seitdem mehrere Abgrenzungsfragen, insb die Frage, welche Behörde zur Prüfung zuständig ist, wenn während des laufenden Asylverfahrens eine Ausweisung erlassen wird. Wie dargelegt, hat das Fremdenrechtspaket diese Problematik weitgehend gelöst, doch bestehen die Abgrenzungsprobleme im Hinblick auf auf § 54 FPG gestützte Ausweisungen weiter.

Funktionelle Zuständigkeit Angesichts der sowohl im fremdenpolizeilichen als auch asylrechtlichen Ausweisungsverfahren zu prüfenden Refoulementsituation stellt sich die Frage nach der funktionellen Zuständigkeit, welche der Gesetzgeber in § 51 FPG zu beantworten versuchte.

Will die Fremdenpolizei einen Fremden ausweisen und stellt dieser in seinem Ausweisungsverfahren einen Antrag gemäß § 51 FPG, ist grundsätzlich auch die Fremdenpolizei zur Entscheidung über diesen Antrag berufen. Liegt jedoch eine Entscheidung der Asylbehörde über die Zulässigkeit der Abschiebung in einen bestimmten Staat bzw eine Entscheidung über Schutz in einem sicheren Drittstaat (§ 4 AsylG) vor, entfaltet diese Entscheidung Tatbestandswirkungen, was den Leitgedanken der Verfahrensbeschleunigung- und konzentration sowie der Kostenersparnis, die mit ein Grund dafür waren, die Refoulementprüfung in das Asylverfahren zu übernehmen, entspricht.¹⁰ Eine nochmalige Überprüfung des Non-Refoulement im Ausweisungsverfahren nach dem FPG wäre unzulässig. Der VwGH spricht hier von einem be-

⁹ VfSlg 15.451/1999.

¹⁰ RV 952 BlgNR XXII GP 96.

sonders durch Gesetz angeordneten Prozesshindernis der entschiedenen Sache.¹¹ Ein Antrag ist dementsprechend zurückzuweisen (§ 51 Abs 4 FPG).

Zumal die Asylbehörden die Refoulementsituation nur im Hinblick auf den Herkunftsstaat bzw einen nach der Dublin-II-V zuständigen Staat oder einen sicheren Drittstaat zu prüfen haben, haben die Fremdenpolizeibehörden einen Antrag gemäß § 51 FPG, der sich nicht auf den im Asylverfahren behandelten Staat bezieht, jedenfalls inhaltlich zu behandeln. Dies ergibt sich auch aus dem eindeutigen Wortlaut (arg: „bestimmten Staat“).¹²

Nach wie vor nicht eindeutig geregelt ist aber, ab wann vom Vorliegen einer Entscheidung durch die Asylbehörde gesprochen werden kann. In Frage kommt der Zeitpunkt der Erlassung einer Entscheidung durch die Asylbehörde oder aber der Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit. Die Materialien deuten in die Richtung der Erlassung einer Entscheidung durch das BAA, unabhängig davon, ob diese Entscheidung in Rechtskraft erwächst oder beim AsylGH angefochten wird.¹³ Die Rsp des VwGH ging bisher jedoch davon aus, dass erst eine rechtskräftige und damit vollstreckbare Entscheidung Tatbestandswirkung für eine Entscheidung gemäß § 51 FPG entfalte.¹⁴

Damit kann es jedoch zu einer Überschneidung der Zuständigkeit kommen, wenn die Fremdenpolizeibehörde den Asylwerber während eines laufenden Asylverfahrens ausweist und dieser einen Antrag gemäß § 51 FPG für seinen Herkunftsstaat stellt. Ein Zuwarten der Fremdenpolizeibehörde bis zur Rechtskraft einer Entscheidung gemäß § 8 AsylG scheint auf den ersten Blick eine Lösung des Problems zu bieten. Ein derartiges Vorgehen würde jedoch das Recht auf den gesetzlichen Richter des Betroffenen verletzen, zumal das Asylverfahren keine Hemmung der Entscheidungsfrist im fremdenpolizeilichen Verfahren bedingt.¹⁵ Doch schon die gesetzliche Regelung an sich, die eine tlw konkurrierende Zuständigkeit mit sich bringt, ist im Hinblick auf Art 83 Abs 2 B-VG bedenklich. Der VfGH leitet aus dieser Bestimmung nämlich ein Gebot einer klaren Abgrenzung von Zuständigkeiten nach objektiven Kriterien ab, was im vorliegenden Fall zumindest zweifelhaft ist.¹⁶

Aus Sicht des Betroffenen bringen die abweichenden Entscheidungsinstanzen einschneidende Unterschiede mit sich. Wird dem Asylwerber subsidiärer Schutz zuerkannt, ist insoweit eine Abschiebung auf Grundlage der fremdenpolizeilichen Ausweisung gemäß § 1 Abs 2 4. Satz FPG unzulässig. Wird hingegen kein subsidiärer Schutz zuerkannt, jedoch eine positive § 51 FPG Entscheidung getroffen, erhält der Fremde nur einen Abschiebungsaufschub, womit sein Aufenthalt lediglich geduldet

¹¹ Vgl VwGH 22.12.1999, 99/01/0428.

¹² Vgl schon *Feßl*, ZUV 2000, (10) 16.

¹³ RV 952 BlgNR XXII GP 96.

¹⁴ Vgl zB VwGH 1.6.1999, 99/18/0072; 26.04.2005, 2004/21/0252. Vgl auch *Feßl/Holzschuster*, Kommentar, 337f. aA VwGH 26.5.2003, 2003/18/0013.

¹⁵ Vgl ansatzweise *Feßl*, ZUV 2000, (10) 14.

¹⁶ VfSlg 13.886/1994.

ist. All dies verschärft die auf Grund von Art 83 Abs 2 B-VG bestehenden Bedenken.

Nachträgliche Änderung des Sachverhalts Die Tatbestandswirkungen einer Entscheidung gemäß § 8 AsylG können freilich nur andauern, so lange keine entscheidende Änderung in dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt eingetreten ist. Um eine Veränderung der Refoulementsituation in seinem Herkunftsstaat seit der Entscheidung der Asylbehörden geltend zu machen, hat der Fremde zwei Möglichkeiten.

Zunächst steht es ihm offen, einen neuen Asylantrag zu stellen, wobei jedoch nach der bisherigen Rechtsprechung des VwGH eine auf die Refoulementsituation beschränkte Veränderung nicht zu beachten sei.¹⁷ Diese Ansicht erscheint jedoch nicht mehr haltbar, zumal nunmehr die Asylbehörden jedenfalls eine Ausweisung zu verfügen haben und so die Vernachlässigung der Veränderung eine Grundrechtsverletzung nach sich ziehen würde. Stellt der Fremde daher einen weiteren Antrag auf internationalen Schutz, haben die Asylbehörden auch eine derartige Sachverhaltsveränderung zu beachten.

Der Fremde kann jedoch auch einen Feststellungsantrag gemäß § 51 Abs 5 FPG stellen, soweit „sich der maßgebliche Sachverhalt wesentlich geändert hat, so dass die Entscheidung hinsichtlich dieses Landes anders zu lauten hätte.“¹⁸

Im Gegensatz zu der nach dem AsylG 1997 in seiner Stammfassung zunächst ungeklärten Frage der Abänderung einer positiven Refoulemententscheidung wurde die Befugnis der Fremdenpolizeibehörde von Amts wegen oder auf Grund eines Antrages gemäß § 51 Abs 5 FPG eine negative Entscheidung angesichts eines neuen Sachverhalts abzuändern, von der hM nicht in Frage gestellt, obwohl § 51 Abs 5 FPG, wie seine Vorgänger, nur auf Entscheidungen gemäß § 51 FPG verweist.¹⁹ Diese Auslegung wird auch durch systematische Überlegungen getragen. Ein Antrag gemäß § 51 Abs 1 FPG behandelt nämlich den gleichen Verfahrensgegenstand wie ein Asylantrag, sodass es nicht darauf ankommen kann, ob dieser Sachverhalt gemäß §§ 3, 8 AsylG oder gemäß § 50 Abs 1-2 FPG geprüft wurde. Eine neuerliche Entscheidung der Asylbehörden erscheint auch ausgeschlossen, da ein Asylverfahren ein antragsbedürftiges Verfahren darstellt, der Fremde jedoch nur einen Antrag gemäß § 51 FPG gestellt hat. Eine neuerliche Entscheidung der Asylbehörden im Rahmen der Prüfung der Verlängerung des subsidiären Schutzes kommt nicht in Frage, zumal hier eine negative Refoulemententscheidung vorausgesetzt ist, der Fall also, in dem die Asylbehörden schon ursprünglich keinen subsidiären Schutz gewährt haben. Muzak

¹⁷ VwGH 22.10.2002, 2001/01/0256; 9.11.2004, 2004/01/0280; 09.06.2005, 2005/21/0073.

¹⁸ § 51 Abs 5 FPG BGBl 100/2005 idgF.

¹⁹ VwGH 22.10.2002, 2001/01/0256; 15.12.2004, 2001/18/0165; 30.6.2005, 2005/18/0197; 15.03.2006, 2004/18/0406; 20.04.2006, 2005/18/0622; 13.02.2007, 2006/18/0377; 26.09.2007, 2007/21/0175. Vgl auch *Rohrböck*, Gewährung von Asyl, Rz 337; *Feßl*, ZUV 2000, (10) 14.

äußerte jüngst jedoch Bedenken gegenüber dem Zuständigkeitssystem in § 51 FPG in Hinblick auf Art 83 Abs 2 B-VG.²⁰

Strittig erschien, welche Behörde in welchem Verfahren eine Änderung des Refoulementsachverhaltes nach einer positiven Refoulementscheidung gemäß § 8 AsylG wahrzunehmen hatte. Feßl schlug vor, dass die Asylbehörden nur über die Frage einer weiteren Verlängerung der Aufenthaltsberechtigung gemäß § 15 AsylG 1997 zu entscheiden hätten, die Frage der Refoulemententscheidung jedoch durch die Fremdenpolizeibehörden beurteilt werden solle, zumal die Asylbehörde nur bei der Nichtzuerkennung des Status eines Asylberechtigten über die Refoulementfrage zu entscheiden hätte. Aus verfahrensökonomischen Überlegungen sei daher in analoger Anwendung des § 57 FrG (nunmehr § 51 FPG) eine Zuständigkeit der Fremdenpolizeibehörde zur Änderung einer positiven Refoulemententscheidung gemäß § 8 AsylG anzunehmen.²¹

Die hA in der Literatur und schließlich auch der VwGH nahmen jedoch eine Zuständigkeit der Asylbehörden an. Schmid/Frank verlangten einen *contrarius actus* zu § 8 AsylG durch die Asylbehörden.²² Muzak argumentierte, dass das weitere Vorliegen von Refoulementgründen jedenfalls für die Frage der Zumutbarkeit der Rückkehr in den Herkunftsstaat, die Voraussetzung für eine weitere Verlängerung der Aufenthaltsberechtigung gemäß § 15 AsylG 1997 darstellte, relevant sei. Somit sei die Frage der Refoulementsituation jedenfalls als Vorfrage bei einer Entscheidung über die befristete Aufenthaltsberechtigung gemäß § 8 iVm § 15 AsylG 1997 zu beachten.²³ Die positive Entscheidung gemäß § 8 AsylG müsse jedenfalls so lange gelten bis ein anderslautender Bescheid erlassen worden sei, zumal auch im FrG die Entscheidung nach Änderung des Sachverhaltes so lange ihre Gültigkeit behalte, bis diese abgeändert werde.²⁴ § 15 AsylG sei jedoch unvollziehbar, da eine Regelung über den Widerruf einer Entscheidung gemäß § 8 AsylG fehle. Zur Lösung dieses Problemes schlug Muzak vor, § 8 AsylG 1997 an Stelle von § 57 FrG 1997 analog anzuwenden, womit die Asylbehörden für den Widerruf des Ausspruches über die Unzulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung zuständig seien. Diese Lösung, so argumentiere Muzak weiter, sei auch innerhalb des gesamten Verwaltungsrechtes systematischer, zumal immer die Bescheid erlassende Behörde selbst bzw deren sachlich in Betracht kommende Oberbehörde, jedoch niemals eine andere Behörde, zur Abänderung einer Entscheidung zuständig sei. Muzak bezeichnete Feßls „verfahrensökonomische Sicht“ zu Recht als zu eng.²⁵ Diese Auslegung

²⁰ Muzak, *migraLex* 2008, 74.

²¹ Feßl, ZUV 2000, (10) 15 auch unter Verweis auf UBAS 2.3.2001, 212.301/1-XI/38/99.

²² Schmid/Frank, Asylgesetz 1997, § 15 K16-17.

²³ Muzak, ZUV 2001, (11) 14.

²⁴ Muzak, ZUV 2001, (11) 15.

²⁵ Muzak, ZUV 2001, (11) 16.

verhindert schließlich auch die ansonsten aus verfassungsrechtlicher Sicht problematische Situation, dass die dem BMI weisungsgebundene SD eine Entscheidung des unabhängigen AsylGH zum Nachteil des Fremden abändern könnte.²⁶

Der VwGH kam im Ergebnis zur gleichen Lösung wie Muzak, dies jedoch mit einer abweichenden Begründung.²⁷ Nach Ansicht des VwGH habe sich aus § 21 AsylG 1997, gemäß welchem die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung erst zulässig wäre, soweit die Asylbehörden dies gemäß § 57 FrG festgestellt hätten, ergeben, dass eine positive Entscheidung gemäß § 8 AsylG abänderbar sein müsse, zumal man ansonsten zu dem „paradoxen Resultat, dass eine einmal im Rahmen eines Asylverfahrens ergangene Feststellung über die Unzulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung in den Herkunftsstaat ein für allemal die Ergreifung dieser Maßnahmen ausschliesse“ kommen hätte müssen.²⁸ Somit ergebe sich aus § 21 Abs 3 AsylG die Befugnis der Asylbehörden, ihre vorhergehende positive Entscheidung gemäß § 8 AsylG 1997 abzuändern, was auch systematisch erscheine, da somit ausschließlich die Fremdenpolizei oder die Asylbehörden zur Gewährung und zum Widerruf einer Aufenthaltsberechtigung im Zusammenhang mit dem Refoulementschutz zuständig wären.

Mit der AsylG Novelle 2003 wurde in § 8 AsylG ein vierter Absatz eingefügt, der eine Verpflichtung der Asylbehörden zur bescheidmäßigen Feststellung der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden vorsah, womit das dargelegte Problem auch eine Regelung durch den Gesetzgeber erfuhr.²⁹ Gleichzeitig wurde jedoch der Prüfungsmaßstab für die Verlängerung einer befristeten Aufenthaltsberechtigung verkleinert. Das Zumutbarkeitskriterium entfiel, sodass es nunmehr nur noch auf die Refoulementssituation im Herkunftsstaat, nicht jedoch auf eine Integration des Betroffenen in Österreich ankommen soll.³⁰

Für die Frage, wann von einer relevanten Sachverhaltsänderung gesprochen werden kann, kann an die Rsp des VwGH zum glaubwürdigen Kern in Verfahren gemäß § 68 Abs 1 AVG angeknüpft werden, zumal § 51 Abs 5 FPG eine besondere Anordnung des *res iudicata* Grundsatzes darstellt. Um einen neuen Sachverhalt behaupten zu können, verlangt der VwGH in Asylverfahren, neben der bekannten Voraussetzung, eines neu entstanden und nicht bloß neu hervorgekommen Sachverhaltes, auch das Vorliegen eines zumindest glaubwürdigen Kerns des Vorbringens.³¹ So erkannte der VwGH eine relevante Sachverhaltsänderung in der Vorlage einer Ladung eines iranischen Gerichtes, in welchem dem Betroffenen ein Abwesenheitsurteil wegen sei-

²⁶ Muzak, *migraLex* 2008, 74.

²⁷ VwGH 22.10.2002, 2001/01/0555; 22.10.2002, 2001/01/0256.

²⁸ VwGH 22.10.2002, 2001/01/0556.

²⁹ Vgl dazu *Schmid/Frank/Anerinhof*, AsylG 1997², § 8 K53, § 15 K2.

³⁰ *Schmid/Frank/Anerinhof*, AsylG 1997², § 15 K4.

³¹ VwGH 15.03.2006, 2004/18/0406.

ner Teilnahme an einer durch Monarchisten organisierten Demonstration für den Fall seines Nichterscheines angedroht wurde, wobei schon auf Grund des zeitlichen Zusammenhanges vom Vorliegen dieses Urteiles auszugehen war.³² Während auch ausführliche Verweise auf die verschlechterte wirtschaftliche Situation nicht ausreichend waren, einen neuen Sachverhalt zu begründen, erachtete der VwGH einen solchen als gegeben, wo die veränderte Situation im Kosovo zwischen 1999 und 2003 geltend gemacht wurde.³³

Abweichungen und verfassungsrechtliche Bedenken Der Prüfungsmaßstab ist im AsylG und im FPG im Wesentlichen gleich, wobei dieser in § 8 AsylG positiv, in § 50 FPG hingegen negativ formuliert ist. Dennoch bestehen einige Unterschiede zwischen den Regelungen.

Eine wesentliche Abweichung besteht hinsichtlich des Umfanges der Prüfung. Der Staat gegenüber welchem die Refoulementstituation geprüft wird, wird im FPG durch den Antrag des Fremden bestimmt. Nach der Rsp des VwGH müsse der Fremde selbst wissen, in welchem Staat er bedroht sei und einen dementsprechenden Antrag stellen.³⁴ Im AsylG wird hingegen nur die Refoulementssituation im Herkunftsstaat des Asylwerbers - der Staat seiner Staatsangehörigkeit bzw bei Staatenlosen der Staat des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes - bzw im Dublinstaat oder im sicheren Drittstaat überprüft. Kann der Herkunftsstaat nicht festgestellt werden, sieht der Gesetzgeber vor, dass der Antrag auf subsidiären Schutz abgewiesen wird (§ 8 Abs 6 AsylG). Dies stellt eine Reaktion auf die Rechtslage nach dem AsylG 1997 dar, nach welcher auch bei offenkundiger Unrichtigkeit die Refoulementssituation in dem Staat, den der Asylwerber als seinen Herkunftsstaat bezeichnete, zu prüfen war.³⁵

Im Gegensatz zum FPG, sieht das AsylG eine Refoulementprüfung, die in einem Bescheid endet, auch für die Zurückweisung und Zurückschiebung vor, was für den Betroffenen auch einen vorteilhafteren Rechtsschutz mit sich bringt. Das FPG kennt gegenüber diesen Maßnahmen nur ein stark vereinfachtes Verfahren, in dem die Fremdepolizeibehörde formlos über das Vorliegen eines Refoulementhindernisses zu entscheiden und gegebenenfalls keine Aufenthaltsbeendigung zu verfügen hat (§ 50 Abs 3 FPG).

Wenn auch das Recht auf Familienleben für den Refoulementschutz keine unmittelbare Bedeutung hat, verlangt es doch gleichlautende Refoulemententscheidungen für alle Mitglieder einer Familie. Dies wird im Asylverfahren durch das Familienverfahren, zumindest für die Kernfamilie, gewährleistet. Im fremdenpolizeilichen Ver-

³² VwGH 26.09.2007, 2007/21/0175.

³³ Keine relevante Änderung: VwGH 13.02.2007, 2006/18/0377; 13.11.2007, 2006/18/0494. Relevante Änderung: VwGH 09.06.2005, 2005/21/0073.

³⁴ VwGH 27.1.1995, 94/02/0334.

³⁵ Vgl zu dieser Problematik ausführlich *Feßl*, ZUV 2000, 10.

fahren fehlt jedoch eine solche Regelung zur Beachtung des Non-refoulement. Feßls Ansicht, dass § 37 FrG 1997, nunmehr § 66 FPG, hier Schutz bietet, ist verfehlt.³⁶ Denn die Frage des Privat- und Familienlebens ist im fremdenpolizeilichen Verfahren schon im Rahmen der Zulässigkeit der Ausweisung zu berücksichtigen, der Refoulementschutz hingegen erst bei der Frage der Zulässigkeit der Abschiebung.³⁷

Auch hinsichtlich des Rechtsschutzes ergeben sich Unterschiede. Dem Fremden, der einen Antrag gemäß § 51 Abs 5 FPG stellt, steht zunächst das Rechtsmittel der Berufung an die weisungsgebundene Sicherheitsdirektion, sodann noch der Weg zum VwGH und VfGH offen. Ein Asylwerber, der einen weiteren Antrag auf internationalen Schutz einbringt, kann hingegen nur beim weisungsfreien AsylGH und in weiterer Folge beim VfGH Beschwerde erheben, nicht jedoch zum VwGH.

Zumal sich hinsichtlich des Prüfungsumfanges und des Rechtsschutzes zumindest Divergenzen ergeben, scheint eine verfassungsrechtliche Prüfung der Zulässigkeit dieser Ungleichbehandlungen geboten, wobei sich diese Frage freilich erst stellt, wenn man davon ausgeht, dass der Gleichheitssatz iVm dem BVG zum Verbot von rassistischer Diskriminierung einen Teil der verfassungsrechtlichen Grundordnung darstellt. Gemäß der Rsp des EGMR sind alle dem Fremden zur Verfügung stehenden Beschwerdemöglichkeiten zur Hintanhaltung bzw Geltendmachung einer Grundrechtsverletzung zu beachten. Zumal es einem Fremden jederzeit frei steht einen (weiteren) Asylantrag einzubringen und sich damit Zugang zum AsylGH zu verschaffen, ist insoweit keine Ungleichbehandlung ersichtlich, die der Betroffene nicht verhindern könnte, sodass Art 8 und 13 iVm Art 14 MRK Rechnung getragen wird. Ob im Asylantrag eine sachliche Rechtfertigung erblickt werden kann, erscheint zwar fraglich, doch treffen hier ähnliche Überlegungen wie in der Rsp des EGMR zu, sodass die Regelung verfassungskonform ist.

Rechtspolitisch ist Muzaks Ansatz, jede eine Refoulemententscheidung betreffende Frage einer unabhängigen Behörde, die auch über das notwendige Spezialwissen verfügt, zu überantworten, begrüßenswert.³⁸ Ob diese Forderung auch für den AsylGH aufrecht erhalten werden sollte, scheint jedoch angesichts der gegenüber dieser Instanz bestehenden rechtsstaatlichen Bedenken fraglich.

7.2.3 Ausweisung nach beendetem Asylverfahren

Lediglich auf den ersten Blick unproblematisch erscheint die Situation nach Beendigung des Asylverfahrens. Mit (negativer) Beendigung des Asylverfahrens verliert der Asylwerber eben diesen Status, sodass das FPG wieder in vollem Umfang auf

³⁶ Feßl, ZUV 2000, (10) 15.

³⁷ VfSlg 12.919/1991; 14.655/1996; 15.400/1999; 16.122/2001 (Familienleben). VfSlg 13.561/1993; 13.660/1993; 13.981/1994 (Refoulementschutz).

³⁸ Muzak, ZUV 2001, (11) 17.

ihn anzuwenden ist. Die Fremdenpolizeibehörden sind daher befugt, den Fremden nach den Bestimmungen der §§ 53 ff FPG auszuweisen. Für eine Zuständigkeit der Fremdenpolizeibehörden bleibt jedoch praktisch kein Raum, zumal mangels Zuerkennung von Asyl bzw subsidiärem Schutz der Asylwerber schon nach dem AsylG auszuweisen ist.

Nicht unproblematisch erscheinen jedoch jene Fälle, in denen gemäß § 10 Abs 2 AsylG keine asylrechtliche Ausweisung verfügt wurde. Wird lediglich keine Ausweisung verfügt, weil dem Betroffenen ein nicht auf das AsylG gestütztes Aufenthaltsrecht zukommt, ist die Fremdenpolizeibehörde nach den entsprechenden Bestimmungen (§ 54 FPG) zur Verfügung einer allfälligen Ausweisung berufen. Der Aufenthaltsstatus ist jedoch klar.

Problematisch ist jedoch die Situation, in der eine Ausweisung wegen eines nicht zu rechtfertigenden Eingriffes in Artikel 8 MRK unterbleibt. Grundsätzlich ist eine spätere fremdenrechtliche Ausweisung, auch wenn das BAA bzw der AsylGH gemäß § 10 Abs 2 Z 2 AsylG von einer solchen abgesehen hat, zulässig, zumal ansonsten die Rsp des VwGH zur Ausweisung von Familienmitgliedern, deren Asylantrag nach unterschiedlichen Rechtslagen zu beurteilen ist, ad absurdum geführt werden würde. Denn allein durch den Ausspruch der Unzulässigkeit der Ausweisung bzw den Nichtausspruch der Ausweisung, wie es der Spruchpraxis der Asylbehörden entspricht, wird der Aufenthalt des Fremden nicht rechtmäßig.³⁹ Es steht der Fremdenpolizeibehörde somit scheinbar jederzeit offen, die privaten Interessen über einen Verbleib im Inland im Gegensatz zum öffentlichen Interesse an der Aufenthaltsbeendigung anders als die Asylbehörden zu gewichten und den Betroffenen gemäß § 53 FPG auszuweisen.

Das aus dem Gleichheitssatz iVm dem BVG zum Verbot rassistischer Diskriminierungen abgeleitete Verbot eines willkürlichen Vorgehens der Behörden beschränkt den Handlungsspielraum der Behörden. Unzulässig wäre es jedenfalls, dass die Fremdenpolizeibehörden den gleichen Sachverhalt anders bewerten. Die Rsp wird jedoch erst zu klären haben, ab wann von einer relevanten Sachverhaltsänderung gesprochen werden kann, wobei auch in diesem Fall eine gesetzliche Regelung, abseits von einem Bleiberecht, durch ihre inhärente Unbestimmtheit wenig hilfreich sein wird.

7.3 Aufenthalts- und Rückkehrverbot

Mit Verhängung eines Aufenthaltsverbotes wird der Fremde nicht nur verpflichtet, Österreich zu verlassen, wie dies bei der Ausweisung der Fall ist, sondern es wird ihm auch die Rückkehr für eine bestimmte Zeit verboten (§ 60 FPG). Das

³⁹ Siehe zur Notwendigkeit des Ausspruchs der Unzulässigkeit der Ausweisung oben Abschnitt 5.4 auf Seite 87.

im Aufenthaltsverbot umfasste Verbot der Rückkehr nach Österreich dient der Abwehr einer vom zukünftigen Aufenthalt des Fremden ausgehenden Gefahr.⁴⁰ Wann vom Vorliegen einer dementsprechenden Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit auszugehen ist, wird durch die Tatbestände in § 60 Abs 2 FPG - rechtskräftige Verurteilung (Z 1), Verwaltungsübertretungen (Z 2), Finanzvergehen (Z 3), Prostitution (Z 4), Schlepperei (Z 5), unrichtige Angaben (Z 6), mangelnde Unterhaltsmittel (Z 7), Schwarzarbeit (Z 8), Scheinehe (Z 9), Scheinadoption (Z 10), mangelnde Rückkehrbewilligung (Z 11), kriminelle Organisation oder Terrorismus (Z 12), nationale Sicherheit (Z 13), Billigung von Kriegsverbrechen (Z 14) - näher definiert, wobei ein Aufenthaltsverbot gemäß § 60 Abs 1 FPG darüber hinaus auf Grund der Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit verhängt werden kann.

Die Verfügung eines Aufenthaltsverbotes gegenüber einem Asylwerber ist mit dem Fremdenrechtspaket unzulässig geworden. An dessen Stelle ist das Rückkehrverbot getreten, welches zwar weitestgehend die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen hat (§ 62 Abs 1-2 iVm § 60 Abs 2 Z 1 bis 5, 8 bis 10 und 12 bis 14 FPG), sich in der Rechtsfolge jedoch in einem entscheidenden Punkt unterscheidet. Während das Aufenthaltsverbot neben dem Verbot der Rückkehr für einen bestimmten Zeitraum auch den Befehl, Österreich zu verlassen enthält, entfaltet das Rückkehrverbot erst nach der Ausreise des Betroffenen seine wesentlichste Rechtswirkung, nämlich das Verbot, für einen bestimmten Zeitraum nach Österreich wiedereinzureisen (§ 62 Abs 4 FPG).

7.3.1 Asylantrag nach Aufenthaltsverbot

Der VfGH leitete aus § 44 FrG 1997, nunmehr § 65 FPG, ab, dass eine asylrechtliche Ausweisung auch trotz eines bestehenden Aufenthaltsverbotes zu verhängen sei, zumal ein Aufenthaltsverbot auch nach seiner Rechtskraft wieder aufgehoben werden könne, sodass einer asylrechtlichen Ausweisung insoweit eigenständige Bedeutung zukomme.⁴¹ Diese Überlegungen lassen sich auch auf die Rechtslage nach dem Fremdenrechtspaket 2005 übertragen, wobei hier in § 1 Abs 2 4. Satz FPG iVm dem zwingenden Wortlaut in § 10 AsylG der Wille des Gesetzgebers hinsichtlich des Ausspruches einer asylrechtlichen Ausweisung klar zum Ausdruck kommt. Gemäß § 1 Abs 2 4. Satz FPG kann nämlich ein bereits vor dem Asylverfahren rechtskräftig verhängtes Aufenthaltsverbot erst mit der Durchsetzbarkeit einer asylrechtlichen Ausweisung vollstreckt werden.

Stellt der Fremde hingegen während eines laufenden Aufenthaltsverbotsverfahrens einen Antrag auf internationalen Schutz, ist dieses Verfahren als ein solches zur

⁴⁰ Riel/Schrefler-König/Szymanski/Wollner, Kommentar, § 60 Anm 1.

⁴¹ VfSlg 17.516/2005.

Verhängung eines Rückkehrverbotes fortzusetzen (§ 1 Abs 2 2. Satz FPG).

7.3.2 Rückkehrverbot während des Asylverfahrens

Der in den Materialien geäußerte Gedanke, dass ein Aufenthaltsverbot „dem Grundsatz, während eines Asylverfahrens keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen zu setzen“ widerspreche und daher das sogenannte Rückkehrverbot einzuführen sei, wurde im Fremdenrechtspaket nicht in dieser gesamten Form durchgehalten. Zwar verpflichtet das Rückkehrverbot den Asylwerber nicht unmittelbar zur Ausreise, doch wird sein Aufenthalt bloß noch geduldet und ist nicht mehr rechtmäßig (§ 62 Abs 1 letzter Satz FPG).⁴² Wohl eher zufällig wurde mit dem Rückkehrverbot die Problematik einer abweichenden Beurteilung der Refoulementsituation weitestgehend gelöst. Denn ein Antrag gemäß § 51 FPG ist nur während eines Ausweisungs- oder Aufenthaltsverbotsverfahrens zulässig, nicht hingegen während eines Verfahrens zur Erlassung eines Rückkehrverbotes. Eine Refoulementprüfung erfolgt in diesem Fall nur im Asylverfahren, sodass eine abweichende Beurteilung durch die Fremdenpolizeibehörden nicht mehr möglich ist.

7.3.3 Aufenthaltsverbot nach beendetem Asylverfahren

Im Verhältnis einer gemäß § 10 Abs 2 AsylG nicht ausgesprochenen asylrechtlichen Ausweisung und einem danach verfügten Aufenthaltsverbots, stellen sich die gleichen Fragen wie bei der fremdenrechtlichen Ausweisung, sodass auf die dortigen Ausführungen verwiesen wird. Die nachträgliche Erfüllung eines Aufenthaltsverbotstatbestandes wird jedoch zumeist - eine Gegen Ausnahme wird wohl das Aufenthaltsverbot wegen Mittellosigkeit bilden - eine Sachverhaltsveränderung darstellen, die eine abweichende Beurteilung der Situation nach Art 8 MRK rechtfertigt.

⁴² RV 952 BlgNR XXII GP 100.

8 Ausweisungsverfahren

8.1 Begriff des Ausweisungsverfahrens

Im Gegensatz zur fremdenrechtlichen Ausweisung verfolgt das der asylrechtlichen Ausweisung vorangehende Verfahren primär nicht den Zweck, die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Aufenthaltsbeendigung zu überprüfen, sondern zielt auf die Erlangung einer (befristeten) Aufenthaltsberechtigung ab. Das asylrechtliche Ausweisungsverfahren dient nicht der Beachtung des Art 8 MRK oder eines bestehenden Aufenthaltstitels, sondern soll vielmehr eine Verfahrensbeschleunigung und Sanktionierung von unerwünschten Anträgen sowie eine verbesserte Handhabe gegen straffällige Asylwerber ermöglichen.¹

Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Asylverfahren die Voraussetzungen einer Ausweisung nicht eigens geprüft werden würde und es dem Asylwerber nicht gestattet wird, gegen seine Ausweisung sprechende Gründe vorzubringen. Hierfür ist nur kein gesondertes Verfahren vorgesehen, was im Hinblick auf Art 1 7.ZPMRK - anders als das völlige Fehlen eines Verfahrens - nicht problematisch ist.

Je nach Fall geht nicht jeder asylrechtlichen Ausweisung ein Ausweisungsverfahren iSd § 27 AsylG voran.² Im erstinstanzlichen Verfahren kommt ein solches nur im Fall einer zurück- oder abweisenden Entscheidung im Zulassungsverfahren oder bei Straffälligkeit des Asylwerbers in Betracht. Im Verfahren vor dem AsylGH geht ein Ausweisungsverfahren der Ausweisung nur insoweit voran, als dass in einem einzustellenden Verfahren schon durch das BAA eine Ausweisung verfügt wurde, bzw insoweit der Asylwerber straffällig geworden ist.

8.2 Zwei Arten des Ausweisungsverfahrens

Die Einleitung des Ausweisungsverfahrens erfolgt gemäß § 27 Abs 1 AsylG - Zurück- oder Abweisung im Zulassungsverfahren, Einstellung im Beschwerdeverfahren - ex lege. Bei den Tatbeständen des § 27 Abs 2 AsylG - Straffälligkeit - ist

¹ Vgl auch *Bundesregierung*, Regierungsprogramm für die XXIV. Gesetzgebungsperiode, 108f, hinsichtlich der Vorhaben zur Verhinderung von „Asylmissbrauch“.

² So kommt es beispielsweise nicht zur Einleitung eines Ausweisungsverfahrens, wenn das BAA keine Anhaltspunkte für eine Unzuständigkeit Österreichs findet, im Beschwerdeverfahren keine Einstellung erfolgt und der Antragsteller nicht straffällig wird, in anderen Worten, wenn sich der Antragsteller stets gesetzeskonform verhält und keine Hinweise auf einen Dublin-Sachverhalt vorliegen.

hingegen eine Einleitung durch die Behörden vorgesehen, sodass von zwei Arten des Ausweisungsverfahrens gesprochen werden kann. Anders als bei der Ausweisung wird aber nicht nach Zurückweisung oder Abweisung des Antrages, sondern nach der Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Ausweisung unterschieden. Somit ist noch während des Asylverfahrens eine Prognose über die bevorstehende Ausweisung abzugeben, was einen Vorgriff auf die Entscheidung befürchten lässt.

8.2.1 Ex lege Einleitung

Das AsylG sieht in § 27 Abs 1 AsylG die ex lege Einleitung des Ausweisungsverfahrens in zwei Situationen vor. Dem Tatbestand in § 27 Abs 1 Z 1 AsylG kommt im erstinstanzlichen Verfahren Bedeutung zu, zumal die Mitteilungen gemäß § 29 Abs 3 AsylG im Verfahren der Erstaufnahmestelle zu ergehen haben, während der Tatbestand in § 27 Abs 1 Z 2 AsylG schon auf Grund seiner Voraussetzungen nur im Beschwerdeverfahren Anwendung finden kann. Die Verbindung dieser zwei Tatbestände mit dem Wort „und“ ist auf ein Versehen zurückzuführen. Die Tatbestände sind schon in ihren Voraussetzungen alternativ, was auch durch systematische Überlegungen - Abs 4 leg cit sieht unterschiedliche Voraussetzungen für die Einstellung des Ausweisungsverfahrens vor - bekräftigt wird.³

Formerfordernisse für die Einleitung gibt es auf Grund der Einleitung ex lege keine. Eines Aktenvermerkes zur Einleitung bedarf es schon nach dem eindeutigen Wortlaut nicht, was auch durch eine historische Interpretation gestützt wird. Aus einem Blick in die Regierungsvorlage ergibt sich nämlich, dass dort noch ein Aktenvermerk für die Einleitung vorgesehen war - „... hat die Behörde mit Aktenvermerk dieses Ausweisungsverfahrens einzuleiten...“ - während nunmehr in den Tatbeständen von § 27 Abs 1 AsylG ein Ausweisungsverfahren ohne Weiteres als eingeleitet gilt.⁴

8.2.1.1 Im Zulassungsverfahren

Gemäß § 27 Abs 1 Z 1 AsylG gilt das Ausweisungsverfahren als eingeleitet, wenn der Asylwerber im Zulassungsverfahren eine Mitteilung über die geplante Zurück- oder Abweisung seines Antrages auf internationalen Schutz nach § 29 Abs 3 Z 4 oder 5 AsylG erhalten hat. Die sogenannten § 29-Mitteilungen dienen in erster Linie der Information des Asylwerbers über das geplante weitere Vorgehen der Erstaufnahmestelle. § 29-Mitteilungen gemäß der Z 1-3 leg cit sehen eine Zulassung des Verfahrens bzw die zumindest tlw Stattgebung des Antrages vor, während bei einer Mitteilung gemäß Z 4-5 leg cit eine negative, mit einer Ausweisung verknüpfte Entscheidung vom BAA in Betracht gezogen wird. Die Beschränkung auf die letzten beiden Ziffern

³ Vgl VwGH 30.8.2007, 2006/21/0101.

⁴ Vgl § 27 Abs 1 AsylG idF 259/ME XXII GP, 16.

ist somit konsequent, zumal bei einer Mitteilung gemäß § 29 Abs 3 Z 1-3 AsylG gar keine Ausweisung geplant ist. Plant das BAA, den Antrag zurück- oder abzuweisen und den Asylwerber auszuweisen, dient die Mitteilung in Kombination mit der nach Erhalt dieser durchzuführenden Einvernahme auch der Wahrung des in Art 1 7.ZPMRK gewährten Rechtes auf Parteigehör des Betroffenen.⁵

8.2.1.2 Im Beschwerdeverfahren

Eine ex lege Einleitung ist des Weiteren vorgesehen, wenn das Verfahren vom AsylGH „einzustellen war“ und die Entscheidung des BAA mit einer Ausweisung gemäß § 10 AsylG verknüpft war (§ 27 Abs 1 Z 2 AsylG).

Zunächst ist zu klären, ob bzw warum es der Einleitung des Ausweisungsverfahrens bedarf, zumal uU schon ein Ausweisungsverfahren durch die erste Instanz eingeleitet wurde. Wie oben schon angedeutet wurde, geht nicht jeder Ausweisung auch ein Ausweisungsverfahren voran. Selbst wenn ein Ausweisungsverfahren im Zulassungsverfahren eingeleitet wurde, war dieses mit Zulassung des Antrages jedenfalls ex lege wieder als eingestellt anzusehen, sodass es einer neuerlichen Einleitung bedarf. Wurde das Verfahren hingegen im Zulassungsverfahren negativ erledigt, ist davon auszugehen, dass das Ausweisungsverfahren noch anhängig ist. Dies zunächst, da die Annahme, dass das Ausweisungsverfahren mit der Ausweisung durch das Bundesasylamt abgeschlossen wurde, nicht haltbar erscheint, zumal diese Ausweisung nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Würde man annehmen, dass mit Bescheid des BAA das Ausweisungsverfahren abgeschlossen ist, müsste der Asylwerber auch aus der Schubhaft entlassen werden, da § 76 Abs 2 Z 2 FPG auf ein akutell bestehendes Ausweisungsverfahren abstellt.⁶ Eine derartige Auslegung würde die Intention des Gesetzgebers unterlaufen. Vielmehr ist daher davon auszugehen, dass das Ausweisungsverfahren, welches von der ersten Instanz eingeleitet wurde, durch die Einstellung des Verfahrens vor dem AsylGH umfasst war.⁷ Dies führt freilich zu der etwas absurd erscheinenden Situation, dass das Ausweisungsverfahren durch die Verfahrenseinstellung beendet wird und gleichzeitig durch die Einstellung, soweit das Bundesasylamt eine Ausweisung ausgesprochen hat, wiederum ex lege als eingeleitet gilt. Würde man hingegen die Regelungen zur Einstellung des Ausweisungsverfahrens in § 27 Abs 4 AsylG als lex specialis zu den allgemeinen Einstellungstatbeständen in § 24 AsylG verstehen, wäre die erneute Einleitung des Ausweisungsverfahrens tatsächlich überflüssig. Damit würde dem Gesetzgeber die Anordnung von Sinnlosem unterstellt werden, sodass eine derartige Auslegung im Zweifel zu vermeiden ist.

⁵ Vgl weiterführend zu § 29 AsylG *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, Kommentar, § 29; *Feßl/Holzschuster*, Kommentar, 464; *Schrefler-König/Gruber*, Asylrecht, § 29.

⁶ *Muzak*, *migraLex* 2007, (81) 83.

⁷ *Rohrböck*, § 27 AsylG 2005.

Wann vom Vorliegen der Gründe für eine Einstellung des Verfahrens auszugehen ist, wird in § 24 AsylG näher dargelegt. Zunächst setzt diese voraus, dass sich der Asylwerber dem Verfahren entzogen hat. Von einer Entziehung des Verfahrens ist gemäß § 24 Abs 1 AsylG dann auszugehen, wenn der Asylwerber der Behörde seinen Aufenthaltsort nicht mitgeteilt hat und damit seine Meldepflicht gemäß § 15 AsylG verletzt und der Aufenthalt auch nicht leicht feststellbar ist (Z 1). Amtswegig ist der Aufenthalt des Asylwerbers dann nicht leicht festzustellen, wenn eine Abfrage des zentralen Melderegisters und des Grundversorgungssystems sowie eine Anfrage hinsichtlich des Aufenthaltsortes bei einem allfälligen Vertreter ergebnislos verläuft.⁸ Des Weiteren gilt ein Verfahren als eingestellt, wenn der Antragssteller freiwillig ausgereist ist und die in § 25 AsylG dargelegten Voraussetzungen einer Behandlung als gegenstandslos nicht vorliegen (Z 2).

Damit eine Einstellung zulässig ist, bedarf es neben einem dieser alternativen Tatbestandsmerkmale kumulativ der Notwendigkeit einer weiteren Verhandlung. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis eines noch nicht entscheidungsreifen Sachverhaltes. Wann der AsylGH ohne eine (weitere) mündliche Verhandlung entscheiden darf, ergibt sich aus § 41 Abs 7 AsylG iVm § 67d AVG. Demnach besteht keine Verhandlungspflicht, soweit dem Bescheid erster Instanz ein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren und eine schlüssige Beweiswürdigung zu Grunde liegt und in der Beschwerde kein zulässiger, neuer Sachverhalt behauptet wird.⁹ Darüber hinaus erfordert eine inhaltsleere Beschwerde keine Verhandlung.¹⁰ Die endgültige Erledigung eines Antrages wird der Einstellung des Verfahrens, welche eine Fortsetzung innerhalb von zwei Jahren ermöglicht (§ 24 Abs 2 AsylG), vom Gesetzgeber somit vorgezogen, zumal damit auch, eine negative Erledigung des Antrages vorausgesetzt, bei einem späteren Zugriff des Betroffenen bereits eine durchsetzbare Ausweisung besteht.

Anders als im Verfahren vor dem BAA, das nach der Einstellung eines Verfahrens gemäß § 26 AsylG einen Festnahmeauftrag zu erlassen hat, besteht mit der Einstellung durch den AsylGH schon ex lege die Möglichkeit, den Fremden in Schubhaft zu nehmen. Da die Einstellung insb im Hinblick auf die erste Voraussetzung eine Verletzung der Mitwirkungspflicht des Asylwerbers voraussetzt, ist Rohrböck zuzustimmen, wenn er in der Einleitung des Ausweisungsverfahrens einen „gewissen Sanktionscharakter“ erkennt.¹¹

Ohne ersichtliche praktische Konsequenz bleibt hingegen die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens bei Einstellung des Verfahrens angesichts der freiwilligen Ausreise des Beschwerdeführers (§ 24 Abs 1 Z 2 AsylG), wobei in der Praxis derartige Verfahren, wie primär vom Gesetzgeber vorgesehen, als gegenstandslos abgelegt wer-

⁸ Vgl. *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 389. Vgl. AsylGH 3.10.2008, 401705-1/2008.

⁹ VwGH 11.11.1998, 98/01/0308; 8.6.2000, 98/20/0510; 24.6.2003, 2002/01/0579.

¹⁰ VwGH 21.10.1999, 98/20/0455.

¹¹ *Rohrböck*, § 27 AsylG 2005.

den. Selbst wenn das Verfahren „bloß“ eingestellt werden würde, ist es, zumal der Asylwerber Österreich verlassen hat, nicht denkbar, dass dieser aus Österreich ausgewiesen wird, da dies nach der Rsp des VwGH seine Anwesenheit in Österreich erfordert.¹²

Unklar ist, ob nur eine bereits erfolgte Einstellung durch den AsylGH tatbestandsmäßig ist, oder ob das bloße Vorliegen der Einstellungsvoraussetzungen für die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens ausreichend ist.¹³ Der Wortlaut - „einzustellen war“ - sowie die Intention des Gesetzgebers, wonach es schon ex lege zu einer Einleitung kommt und es demnach nicht eines weiteren Handelns der Behörde bedürfen soll, deuten darauf hin, dass es nicht auf die tatsächliche Einstellung des Verfahrens durch Aktenvermerk ankommen soll.¹⁴ Um jedoch ein Mindestmaß an Rechtsicherheit zu gewährleisten, wird man die tatsächliche Einstellung des Verfahrens durch den AsylGH fordern müssen, zumal neben dem unbekannten Aufenthalt auch die Entscheidungsreife der Sache zu beurteilen ist, was insoweit ein Handeln eines Organwalters erfordert. Die Materialien können auch durchaus in die Richtung verstanden werden, dass bloß die Einleitung des Ausweisungsverfahrens nach der Verfügung der Einstellung ex lege folgen soll. Schrefler-König/Gruber kommen unter Verweis auf das mangelnde Ermessen in § 24 AsylG zu dem gleichen Ergebnis.¹⁵

Die zweite Tatbestandsvoraussetzung, dass das BAA eine Ausweisung gemäß § 10 AsylG in dem einzustellenden Verfahren verfügt hat, verhindert, dass ein Ausweisungsverfahren auch in Fällen einzuleiten ist, in denen eine Ausweisung nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet. Dies ist denkbar, wenn dem Asylwerber vom BAA eine befristete Aufenthaltsberechtigung erteilt wurde und er nur gegen die Verweigerung des Status als Asylberechtigten Beschwerde erhoben hat oder wenn ein Ausspruch über die Ausweisung gemäß § 10 Abs 2 AsylG unterblieben ist. Zumal in diesem Verfahren vom AsylGH nie eine Ausweisung zu verfügen wäre, ist es konsequent, dass hier auch keine ex lege Einleitung eines Ausweisungsverfahrens angeordnet wird.¹⁶

8.2.2 Einleitung durch die Behörde

Gemäß § 27 Abs 2 AsylG sollen die Asylbehörden ein Ausweisungsverfahren einleiten, wenn kumulativ eine Prognose über die zu erwartende Zurück- oder Abweisung des Antrages sowie ein „besonderes öffentliches Interesse an der beschleunigten

¹² VwGH 30.1.2003, 2002/21/0168; 24.2.2003, 2002/21/0191; 20.12.2007, 2007/21/0484.

¹³ Vgl bejahend *Feßl/Holzschuster*, Kommentar, 455.

¹⁴ RV 952 BlgNR XXII GP 49.

¹⁵ *Schrefler-König/Gruber*, Asylrecht, § 27 Anm 4.

¹⁶ Zur Frage der Anwendung dieser Bestimmung auf Altverfahren siehe unten Abschnitt 8.3 auf Seite 137.

Durchführung eines Verfahrens“ vorliegen.¹⁷ Aus der gesetzlichen Umschreibung des besonderen öffentlichen Interesses ist ersichtlich, dass dieser Tatbestand eine Sanktion gegen zumindest vermeintlich straffällige Asylwerber darstellt.

8.2.2.1 Qualifikation des einleitenden Akts

Die Einleitung des Ausweisungsverfahrens wird gemäß § 27 Abs 2 letzter Satz AsylG durch Aktenvermerk dokumentiert. Nach dem geltenden Gesetz soll der Aktenvermerk bloß der Dokumentation dienen, womit, so Frank/Anerinhof/Filzwieser, eine Einleitung auch ohne diesen rechtmäßig sei.¹⁸ Bedenkt man, dass durch das Ausweisungsverfahren, somit durch den Aktenvermerk, ein Schubhafttatbestand erfüllt ist (§ 76 Abs 2 Z 2 FPG), wird man zumindest einen Aktenvermerk zur Einleitung verlangen müssen. Denn eine schriftliche Dokumentation des Willens der Behörde, der überdies ohnehin nur insoweit nach außen dringt, als dass die Fremdenpolizeibehörden von der Einleitung zu informieren sind, stellt eine Mindestanforderung dar, um überhaupt von einem schwebenden Ausweisungsverfahren iSd PersFrBVG und Art 5 MRK sprechen zu können. Um einen Asylwerber sodann tatsächlich in Schubhaft nehmen zu können, bedarf es freilich noch eines Schubhaftbescheides, doch ist der dadurch bedingte Rechtsschutz, wie noch zu zeigen sein wird, stark beschränkt.¹⁹

Ein weiteres Argument für die Notwendigkeit eines Aktenvermerks ist, dass für eine Einleitung gemäß § 27 Abs 2 AsylG auch eine Prognose über den zu erwartenden Ausgang des Asylverfahrens notwendig ist. Dies macht eine Bewertung eines Organes notwendig, sodass eine Einleitung mit Vorliegen der Voraussetzungen, womit dem Aktenvermerk bloß zur Dokumentation des vorliegenden Sachverhaltes Bedeutung zukäme, nicht denkbar erscheint. Überdies würde dies zu einer Negierung der Unterscheidung zwischen ex lege und durch die Behörde einzuleitenden Ausweisungsverfahren führen, was dem Gesetzgeber eine sinnlose Anordnung unterstellen würde und daher im Zweifel zu vermeiden ist.²⁰

Die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens erfolgt somit dem Gesetz nach mittels Aktenvermerk, welcher keiner unmittelbaren Überprüfung durch den Asylgerichtshof unterliegt, zumal dieser bloß der Dokumentation von „amtlichen Wahrnehmungen“ dient (§ 16 AVG). Die Ansicht, dass ein Ausweisungsverfahren durch eine, wenn auch erst mit dem Bescheid, anfechtbare Verfahrensanordnung erfolgt, ist, auch wenn sie aus rechtsstaatlicher Sicht begrüßenswerter erscheint, verfehlt.²¹ Dies ergibt sich aus

¹⁷ BGBl I 100/2005.

¹⁸ Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 27 K5.

¹⁹ Siehe dazu unten Abschnitt 8.4 auf Seite 141.

²⁰ Feßl/Holzschuster, Kommentar, 452.

²¹ Vgl Feßl, ZfV 2005, 137, der daraus einen verfehlten Schluss für die geltende Rechtslage zieht, welchen er jedoch in seiner Kommentierung nicht mehr aufrecht erhält (Feßl/Holzschuster,

einem Vergleich des den Materialien zu Grunde liegenden Wortlautes des Ministerialentwurfes und dem nunmehr geltenden Gesetzestext. Sah der Entwurf nämlich noch eine Einleitung und nicht die bloße Dokumentation der Einleitung durch Aktenvermerk vor, wurde in den Erläuterungen dazu klargestellt, dass es sich dabei um eine Verfahrensordnung iSd § 63 Abs 2 AVG handeln soll.

Vor dem Hintergrund der Rsp des VfGH zum Rechtsstaatlichkeitsprinzip erscheint es jedoch überhaupt fraglich, ob die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens angesichts der Folgen für den Asylwerber - Weitergabe von personenbezogenen Daten zu Zwecken der Sicherheitspolizei und Strafrechtspflege (§ 57 Abs 11 Z 2 AsylG) sowie Erfüllung eines Schubhaftatbestandes - nicht eines Bescheides bedarf.²² So führte der VfGH in VfSlG 13.699/1994 zum Rechtsstaatsprinzip aus, dass „wiewohl sich der Prüfungsbeschluss in diesem Zusammenhang (entgegen der Behauptung der Bundesregierung) auf keine Lehrmeinung beruft, ... in der Sache von einem Verständnis des Rechtsstaatsprinzips aus[geht], dem die These ... entspricht, dass Verwaltungsakte, die erhebliche Rechtswirkungen haben, rechtlich nicht als unbekämpfbare Verwaltungsakte konstruiert werden dürfen, weil das verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechtsschutzsystem sonst leer laufen würde.“²³ In der Praxis geschieht jedoch genau das, zumal das BAA und der AsylGH ein Ausweisungsverfahren nur durch Aktenvermerk einleiten.²⁴ Eine verfassungskonforme Interpretation erscheint mA nach nicht möglich, zumal dieser der eindeutige Wortlaut entgegensteht. Die Bestimmung ist daher in ihrer derzeitigen Form verfassungsrechtlich höchst bedenklich, zumal der Vollzug den Rechtsschutzanspruch des Einzelnen insb im Hinblick auf einen Freiheitsentzug durch die Schubhaft nicht erfüllt.

8.2.2.2 Prognose hinsichtlich der Entscheidung

Im Gegensatz zur zweiten Tatbestandsvoraussetzung eines Ausweisungsverfahrens gemäß § 27 Abs 2 AsylG wird vom Gesetz nicht klar geregelt, wann das Vorliegen einer Prognose über die zu erwartende, negative Erledigung anzunehmen ist.²⁵ Im erstinstanzlichen Verfahren ist davon auszugehen, dass die Prognose schon vor einer Mitteilung nach § 29 Abs 3 AsylG erfolgen kann, zumal § 27 Abs 2 AsylG an-

Kommentar, S 452).

²² Feßl/Holzschuster, Kommentar, 454.

²³ Vgl dazu alle mwN Öhlinger, Verfassungsrecht⁶ Rz 81; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht², Rz 853; Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht³, 49ff; Walter/Mayer/Kusko-Stadelmayr, Bundesverfassungsrecht¹⁰, Rz 167.

²⁴ Vgl einzig die Entscheidung des UBAS vom 6.6.2006, 301.639-C1/E2-X/47/06. Ausführungen über die Rechtsgrundlage einer Einleitung durch Bescheid finden sich darin keine. Überdies erscheint die Entscheidung inhaltlich nicht haltbar, zumal zunächst die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde - was eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines Grundrechtseingriff (Art 2-3 MRK) voraussetzt - im nächsten Schritt jedoch das Ausweisungsverfahren eingeleitet wurde - was eben gerade die gänzliche Abweisung des Antrages auf internationalen Schutz voraussetzt.

²⁵ Rohrböck, § 27 AsylG 2005.

sonsten keinen eigenständigen Anwendungsbereich hätte. Wann dies aber der Fall ist, wird freilich nicht bestimmt, was im Hinblick auf Art 18 B-VG und die Eingriffsnähe der Bestimmung, die in Zusammenschau mit § 76 FPG immerhin einen Freiheitsentzug ermöglicht, verfassungsrechtlich zumindest bedenklich erscheint. Im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen scheint eine solche Prognose nur in zeitlicher Nähe zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung, zumal dies eine Prognose über einen drohenden Grundrechtseingriff im Fall einer Ausweisung voraussetzt. Erst nach weiteren Ermittlungsschritten ist es denkbar, dass wiederum von der Zurück- bzw Abweisung des Antrages auch im Hinblick auf den subsidiären Schutz ausgegangen werden kann. Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass die Behörden in der Praxis das Hauptaugenmerk auf die zweite Tatbestandsvoraussetzung des besonderen öffentlichen Interesses legen.

8.2.2.3 Öffentliches Interesse (Straffälligkeit)

Die Sachverhalte, die das Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses bedingen können, werden in § 27 Abs 3 AsylG in drei Ziffern durch eine demonstrative Aufzählung näher definiert. Dabei wird einerseits auf „die Wahrscheinlichkeit der Begehung einer gerichtlichen Straftat und andererseits, indirekt proportional auf die tatsächliche Schwere dieser“ abgestellt.²⁶ Der Unwertsgehalt der Straftat wird dabei abstrakt über die Höhe der Strafdrohung, sowie tlw konkret über die Form ihrer Begehung erfasst. Die tatsächlich verhängte Strafe ist dabei nicht relevant, zumal einzig der Tatbestand der Z 1 leg cit eine rechtskräftige Verurteilung verlangt und hier die Strafdrohung bzw die ausgesprochene Strafhöhe irrelevant ist.

Gemäß Ziffer 1 führt eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines gerichtlich strafbaren Officialdeliktes, welches vorsätzlich begangen wurde, zum Bestehen eines besonderen öffentlichen Interesses. Anders als ein bei Vorliegen eines solchen Sachverhalts von der Fremdenpolizeibehörde zu verhängendes Rückkehrverbot (vgl insb § 62 Abs 2 iVm § 60 Abs 2 Z 1 und 3-5 FPG), können also fahrlässige Handlungen oder Privatanklagedelikte dieses Tatbestandsmerkmal erfüllen. Der Ausschluss von Privatanklagedelikten ist konsequent, zumal hier kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht, sodass auch nicht von einem besonderen öffentlichen Interesse an einer beschleunigten Verfahrensführung im Asylverfahren ausgegangen werden kann. Dass nur vorsätzlich begangene Straftaten die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens bedingen können, zeugt vom Sanktionscharakter dieser Norm, welche bei einer „bloßen“ Sorgfaltswidrigkeit, die einer fahrlässigen Handlung zu Grunde liegt, überschießend wäre. Da die Verurteilung rechtskräftig sein muss, kann ein Sachverhalt, indem gegen ein erstinstanzliches Urteil Berufung erhoben wurde, nur unter

²⁶ RV 952 BlgNR XXII GP 49.

den Voraussetzungen der Ziffer 2 die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens tragen, wobei hier jedoch höhere Anforderungen an die Strafhöhe bestehen.

Anders als der Tatbestand der Ziffer 1 setzt Ziffer 2 nicht nur keine im konkreten Fall vorsätzliche Begehung, sondern auch ein abstrakt nur vorsätzlich strafbares Verhalten voraus. Hinzu kommt, dass nur Straftaten mit zumindest einjähriger Strafdrohung bzw die der Zuständigkeit des Bezirksgerichtes bewusst entzogenen Delikte, wie zB Nötigung, gefährliche Drohung oder der Besitz bzw die Verschaffung von pornographischen Darstellungen mündiger Minderjähriger, den Tatbestand erfüllen, da diese in die Zuständigkeit der Landesgerichte, welche durch die StPO-Reform 2008 an die Stelle der Gerichtshöfe 1. Instanz getreten sind, fallen (§§ 30f iVm 515 Abs 1 StPO). Daraus ergibt sich jedoch, dass zB eine Anzeige wegen vorsätzlicher, schwerer Körperverletzung anders als eine Verurteilung wegen dieser Straftat, nicht den Tatbestand von § 27 Abs 2 AsylG zu erfüllen vermag, zumal dieser Tatbestand auch fahrlässig erfüllt werden kann. Auch wenn die Aufzählung demonstrativ ist, darf die Bestimmung angesichts des eindeutigen Wortlautes und ihrer Systematik nicht dahingehend ausgelegt werden, dass wegen eines im Einzelfall vergleichbaren Unwertgehaltes auch in diesem besonderen Fall die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens gerechtfertigt sein kann. Ob diese Bevorzugung der Schutzgüter des Eigentums vor jenem der körperlichen Integrität tatsächlich beabsichtigt war - die Anzeige wegen Begehung eines schweren Diebstahles bzw eines Einbruchsdiebstahles, kann die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens rechtfertigen - erscheint fraglich, zumal dies auch im Hinblick auf das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes bedenklich erscheint. Eine sachliche Rechtfertigung der strengeren Bestrafung von Vermögensdelikten ist zumindest auf den ersten Blick nicht ersichtlich, doch der österreichischen Rechtsordnung im Gesamten inhärent.

Die geringsten formellen Anforderungen für die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens stellt Ziffer 3, zumal schon die Betretung auf frischer Tat ausreichend ist. Von der Betretung auf frischer Tat ist immer dann auszugehen, wenn der Asylwerber bei der Tatbegehung überrascht wurde oder unmittelbar danach verdächtigt wurde.²⁷ Fabrizio fordert die Abwesenheit jeden Zweifels an der Täterschaft.²⁸ Auf Seiten der Strafdrohung ist zur Einleitung des Ausweisungsverfahrens jedoch eine mindestens dreijährige Freiheitsstrafe, was sich aus der Tatbestandsvoraussetzung eines Verbrechens iSd § 17 StGB ergibt, erforderlich.

In den Materialien wird die Beispielhaftigkeit der Aufzählung betont. So sollen zB ein glaubwürdiges Geständnis eines Verbrechens vor einem Polizisten oder aber auch mehrfach strafbare Handlungen, die aber als Einzelne nicht das Ausmaß von

²⁷ Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁸, Rz 384.

²⁸ Fabrizio, StPO Kurzkommentar⁹, § 278 Anm 1.

Z 3 erreichen, für die Einleitung des Ausweisungsverfahrens genügen.²⁹ Der Gesetzgeber geht hier davon aus, dass durch die mehrfache Begehung von minder strafbaren Delikten ein der einmaligen Begehung eines Verbrechens gleichzuhaltender Unwertgehalt erreicht wird, der die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens rechtfertigt. Ob dies der Fall ist, hat die Behörde im Einzelfall zu prüfen. Jedenfalls kann aber nur eine gerichtlich, nicht jedoch eine verwaltungsrechtlich strafbare Handlung die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens rechtfertigen, zumal alle drei genannten Tatbestände von einer solchen Handlung ausgehen.

Kenntnis von dem zur Einleitung relevanten Sachverhalt erhalten die Behörden durch die in § 105 Abs 1-2 FPG vorgesehenen Meldepflichten der Sicherheitsbehörden sowie der Gerichte an die Fremdenpolizeibehörden, welche ihrerseits die Daten an die zuständige Instanz im Asylverfahren weiterzuleiten haben. Im Falle einer Mitteilung über eine Verurteilung ist ausdrücklich eine Weitergabe dieser Information an das BAA vorgesehen, soweit der Betroffene Asylwerber ist. Das BAA hat dann seinerseits diese Tatsache dem AsylGH mitzuteilen.

Darüber hinaus werden die Asylbehörden jedoch aus Eigenem, in periodischen Abständen Ermittlungen zu treffen haben, ob die Betretung auf frischer Tat bzw die Anzeige auch zu einer Verurteilung geführt haben bzw ob die Verurteilung in Rechtskraft erwachsen ist. Vielfach wird hier schon ein Strafregisterauszug ausreichend sein.³⁰ Doch da dort nicht alle Verurteilungen einzutragen sind, zwischen Verurteilung und Eintragung auch eine gewisse Zeit liegen kann und insb auch nicht ersichtlich ist, ob eine Anzeige in einem Freispruch geendet hat, werden die Asylbehörden insoweit weitergehende Ermittlungen zu treffen haben, um sicher zu gehen, dass die Voraussetzungen im Zeitpunkt der Einleitung vorliegen. Da ein Ausweisungsverfahren mit Wegfall seiner Voraussetzungen zu beenden ist, werden die Behörden darüber hinaus auch nach Einleitung in periodischen Zeiträumen zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen noch vorliegen.

Diese weitergehenden Ermittlungspflichten sind vor dem Hintergrund der möglichen Verhängung der Schubhaft zu sehen. Denn den Fremdenpolizeibehörden ist es bei Verhängung der Schubhaft, ebenso wie den UVS bei Überprüfung der Rechtmäßigkeit, verwehrt, Ermittlungen über das bloße Aufrechterhalten des asylrechtlichen Ausweisungsverfahrens hinaus zu treffen, zumal eine materielle Prüfung der Schubhaftgründe nur in sehr beschränktem Ausmaß vorgesehen ist.³¹ Daher müssen die Asylbehörden gefordert sein, die Ergebnisse einer Betretung bzw einer Anzeige zu

²⁹ RV 952 BlgNR XXII GP 49. Vgl UBAS 3.4.2008, 310.362-1/17E-VIII/22/07.

³⁰ In der Praxis kann zumindest der AsylGH selbst Strafregisteranfragen durchführen, wofür es jedoch keine gesetzliche Grundlage gibt (§ 57 Abs 6 AsylG sieht nur eine Meldeverpflichtung der Sicherheitsbehörden vor). Abfrageberechtigungen der Asylbehörden bestehen nur für das AIS und das ZMR (§ 56 Abs 7 AsylG).

³¹ Siehe dazu sogleich den *Exkurs*: Rechtsschutz im Ausweisungsverfahren auf Seite 141.

ermitteln, da ansonsten ein Freiheitsentzug ohne Vorliegen der dafür geforderten Voraussetzungen möglich wäre, was dem Willkürverbot widersprechen würde.

8.3 Anwendung auf Altverfahren

Grundsätzlich sind Asylverfahren, die vor dem 31.12.2005 anhängig waren, nach den Bestimmungen des AsylG 1997 idF BGBl 101/2003 zu Ende zu führen, wobei die Übergangsbestimmungen des § 44 AsylG 1997 anwendbar sind, sodass Verfahren, die bis zum 30.04.2004 anhängig waren, nach den Bestimmungen des AsylG 1997 idF BGBl 126/2002 zu Ende zu führen sind.

Für Ausweisungsverfahren ist jedoch insoweit eine Ausnahme vorgesehen, als dass § 27 AsylG 2005 idgF auch auf diese Verfahren anzuwenden ist, soweit zwei Bedingungen erfüllt sind. Zunächst muss die Ausweisung verfahrensgegenständlich in dem Asylverfahren sein, was sich, entgegen der Ansicht von Feßl/Holzschuster, klar aus dem Gesetzestext ergibt.³² § 75 Abs 1 2. Satz AsylG 2005 ordnet an, dass „§ 27 ... auf diese Verfahren *mit der Maßgabe* anzuwenden [ist], *dass die Behörde zur Erlassung einer Ausweisung zuständig ist* und der Sachverhalt, der zur Einleitung des Ausweisungsverfahrens führen würde, nach dem 31. Dezember 2005 verwirklicht wurde.“³³ In Verfahren um Asylanträge, die vor dem 1.5.2004 gestellt und entschieden wurden, kommt die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens daher keinesfalls in Frage.

Zweite Voraussetzung der Anwendbarkeit der Bestimmungen über das Ausweisungsverfahren ist, dass der relevante Sachverhalt erst nach In-Kraft-Treten des Fremdenrechtspaketes verwirklicht wurde. Angesichts des Verweises auf Bestimmungen des AsylG 2005 in Ausweisungsverfahren gemäß § 27 Abs 1 AsylG - Z 1 verweist auf § 29 AsylG, Z 2 auf § 10 AsylG - beschränkt sich die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Ausweisungsverfahrens auf Altverfahren, daher auf Ausweisungsverfahren gemäß § 27 Abs 2 AsylG.

Im Hinblick auf den Tatbestand des § 27 Abs 1 Z 2 AsylG führte der VwGH jedoch in einem obiter dictum in einer Entscheidung über die Zulässigkeit der Schubhaft in einem Altverfahren, in dem die Ausweisungsentscheidung gemäß § 8 Abs 2 AsylG 1997 idF BGBl 101/2003 erging, wie folgt aus: „In solchen Fällen, in denen § 27 AsylG 2005 zur Anwendung kommt, ist davon auszugehen, dass die Asylbehörden auch zur Erlassung einer Ausweisung nach § 10 AsylG 2005 berufen sind. Wenn auch die asylrechtliche Ausweisungsentscheidung diesfalls in der Praxis häufig zwar formell auf § 8 Abs 2 Asylgesetz 1997 gestützt wird, so handelt es sich in den genannten Fällen - wie klarzustellen ist - der Sache nach doch um eine Ausweisung im Sinne des § 10 AsylG und demnach kann das Verfahren zu deren Erlassung unter

³² Feßl/Holzschuster, Kommentar, 450. Die Autoren kommen jedoch durch Heranziehung einer systematischen Interpretation zum gleichen Ergebnis.

³³ Hervorhebung durch die Autorin.

den Voraussetzungen des § 76 Abs 2 Z 2 FPG mit Schubhaft gesichert werden.“³⁴ Diese Ansicht steht jedoch im Widerspruch zur sonst vom VwGH vertretenen Ansicht, dass, soweit eindeutig auf das AsylG 2005 verwiesen wird, auch nur dessen Bestimmungen tatbestandsmäßig sein sollen.³⁵ Auch Feßl/Holzschuster folgern aus dem Verweis auf § 10 AsylG, dass insoweit nur ein Ausweisungsverfahren zulässig ist, wenn das Verfahren nach dem AsylG 2005 geführt wird.³⁶ Eine ebenso am Wortlaut orientierte Auslegung stellt Muzak an, der aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 10 AsylG in § 76 Abs 2 FPG schließt, dass die Schubhaftatbestände des § 76 Abs 2 FPG auf Übergangsfälle nicht anwendbar sind.³⁷ Weitere Überlegungen in diese Hinsicht finden sich in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht.³⁸

Der Ansicht des VwGH kann daher nicht gefolgt werden, wobei auch fraglich erscheint, ob der VwGH diese Rechtsansicht weiter aufrecht erhalten wird, wenn sie tatsächlich einen Freiheitsentzug rechtfertigen soll. Bisher behandelte er diese Frage nur im Rahmen eines obiter dictum. Doch selbst wenn man der Argumentation des VwGH entgegen den berechtigten Einwänden von Muzak folgen wollte, könnte dies nur dazu führen, dass ein Ausweisungsverfahren in jenen Altverfahren eingeleitet werden kann, in welchen die Ausweisung nach dem 1.1.2006 gemäß § 8 Abs 2 AsylG 1997 idF 101/2003 ausgesprochen wurde, zumal das Bestehen einer Ausweisung Teil des maßgeblichen Sachverhaltes bildet.³⁹ Damit hätte es das BAA jedoch in der Hand gehabt, durch Abwarten mit der Bescheiderlassung die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens zu ermöglichen, was im Hinblick auf den Gleichheitssatz bedenklich erscheint.⁴⁰

³⁴ VwGH 7.2.2008, 2007/21/0446, unter Verweis auf VwGH 28.6.2007, 2006/21/0382.

³⁵ Vgl. VwGH 28.6.2007, 2006/21/0382; 28.6.2007, 2006/21/0360; 25.09.2007, 2006/18/0195; 26.9.2007, 2006/21/0078; 24.10.2007, 2006/21/0043; 22.11.2007, 2006/21/0328, wo ausgeführt wird, dass der Begriff Asylwerber in § 76 Abs 2 FPG schon vom Klammerausdruck her nur Asylwerber, auf die das AsylG 2005 anzuwenden sei, erfasse.

³⁶ Feßl/Holzschuster, Kommentar, 455.

³⁷ Muzak, *migraLex* 2007, (81) 84.

³⁸ In *Frank/Anerhinhof/Filzwieser*, § 27 K4; *Vogl/Taucher/Bruckner/Marth/Doskozil*, *Fremdenrecht*, § 27 Anm 4-5 keine dahingehenden Überlegungen.

³⁹ Muzak, *migraLex* 2007, (81) 84.

⁴⁰ Eine ähnliche Problematik stellte sich beim Übergang vom UBAS zum AsylGH, bei der es den einzelnen Senatsmitgliedern möglich war, durch Verzögerung der Bescheidausfertigung eine Einzelrichterzuständigkeit zu sichern und darüber hinaus den Zugang des Asylwerbers zum VwGH zu beenden. Gegenüber der in § 75 Abs 7 Z 1 AsylG vorgesehenen Einzelrichterzuständigkeit teilte der VfGH die, vom Beschwerdeführer im Hinblick auf den Gleichheitssatz iVm dem BVG über das Verbot rassistischer Diskriminierung, das Rechtsstaatsprinzip und das Recht auf den gesetzlichen Richter im Verfahren U 97/08 geäußerten, Bedenken nicht. Die Übergangsbestimmung sei angesichts des fortgeschrittenen Verfahrensstadiums - eine Verhandlung habe bereits stattgefunden, sodass eine entscheidungsreife Sache vorliege - und der „Identität des zur Entscheidung berufenen Organwalters“ nicht bedenklich. Ein Anspruch auf einen bestimmten Instanzenzug sei aus dem Recht auf den gesetzlichen Richter nicht ableitbar, sodass auch in dieser Hinsicht keine Bedenken bestehen würden (VfGH 6.11.2008, U 97/08).

Wie Muzak zutreffend ausführt, bestehen gegenüber der Einzelrichterzuständigkeit im Hinblick auf Art 129e B-VG verfassungsrechtlich keine Bedenken, zumal diese Bestimmung die Entscheidungsfindung des AsylGH neben Senaten auch durch Einzelrichter ermöglicht und in-

8.4 Rechtsfolgen

Die wesentlichste Folge der Einleitung eines Ausweisungsverfahrens aus Sicht des Asylwerbers ist, dass damit, wie oben schon angedeutet wurde, der Schubhafttatbestand von § 76 Abs 2 Z 2 FPG erfüllt wird. Eine Ausnahme bildet insoweit ein gemäß § 27 Abs 1 Z 2 AsylG eingeleitetes Ausweisungsverfahren, zumal die Schubhaft nur auf § 76 Abs 1 FPG gestützt werden kann, da der Betroffene mit der Einstellung seines Verfahrens die Stellung als Asylwerber verliert (§ 2 Abs 2 Z 14 AsylG). Praktisch macht dies freilich kaum einen Unterschied, da die Fremdenpolizeibehörde nach einem Aufgriff des Fremden zumeist ein Ausweisungsverfahren einleiten wird, womit die Schubhaft gemäß § 76 Abs 1 FPG möglich ist. Wird danach das Asylverfahren fortgesetzt, das Ausweisungsverfahren jedoch nicht eingestellt, kann die Schubhaft gemäß § 76 Abs 2 Z 2 FPG aufrecht erhalten werden.

§ 27 AsylG stellt somit einen weiteren Anknüpfungspunkt zum FPG dar. Damit die Fremdenpolizeibehörde, die für die Verhängung der Schubhaft zuständig ist, auch von der Verwirklichung des Schubhafttatbestandes erfährt, sieht § 27 Abs 7 AsylG eine dahingehende Verständigungspflicht der Asylbehörden vor.

Die Einleitung des Ausweisungsverfahrens bewirkt daneben eine Verkürzung der Entscheidungsfrist auf drei Monate für die jeweilige Instanz (§ 27 Abs 8 AsylG). Damit wird eine prioritäre Behandlung von Anträgen, die ab- oder zurückzuweisen sind, bedingt. In Verfahren vor dem AsylGH, denen keine aufschiebende Wirkung zukommt, gilt jedoch die entsprechend kürzere, Sieben-Tägige-Entscheidungsfrist (§ 36 Abs 4 AsylG).

Wird die Freiheit des Asylwerbers beschränkt, ist die kurze Entscheidungsfrist auch verfassungsrechtlich geboten, zumal die Dauer eines Freiheitsentzuges stets so kurz wie möglich sein sollte. Dies wird auch in § 22 Abs 3 AsylG zum Ausdruck gebracht, wonach die verkürzte Entscheidungsfrist, unabhängig von der Einleitung eines Ausweisungsverfahrens, gilt, solange sich der Betroffene in Schubhaft befindet.

soweit den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nicht beschränkt. Höchst problematisch ist es jedoch, dass es einem Senatsmitglied durch Anverhandlung eines Geschäftsfalls möglich war, den Zugang des Asylwerbers zum VfGH abzuschneiden. Die Annahme des VfGH, dass nach der (ersten) mündlichen Verhandlung nämlich bereits eine entscheidungsreife Sache vorliege, wird nicht in allen Fällen zutreffen (Praxis des Anverhandelns). Die Bedenken hinsichtlich des Ausschlusses des Zugangs zum VfGH betrifft insoweit zwar alle zum 30.6.2008 beim UBAS anhängigen Fälle (Art 151 Abs 39 B-VG), doch war in der dem VfGH-Erkenntnis zu Grunde liegenden Konstellation gerade der Ausschluss der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der *eigenen* Entscheidung möglich, was wie Muzak darlegt, im Hinblick auf Art 144a B-VG bedenklich ist. Muzaks Ansatz für eine verfassungskonforme Interpretation der Übergangsbestimmung in § 75 AsylG dahingehend, dass nur tatsächlich entscheidungsreife Verfahren in die Zuständigkeit des Einzelrichters fallen sollen, mag die Bedenken mildern. Fraglich erscheint jedoch, ob der VfGH nochmals eine Möglichkeit haben wird, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Der VfGH bleibt letztlich auch die Antwort auf die Frage schuldig, ab wann von einer Verfassungswidrigkeit - arg „... ist verfassungsrechtlich noch unbedenklich“ - auszugehen ist. Weiterführend Muzak, migraLex 2009, 31.

Damit wurde auch für die anderen Schubhafttatbestände des § 76 Abs 2 FPG eine dreimonatige Entscheidungsfrist der Asylbehörden eingeführt. Das Verhältnis von § 22 Abs 2 zu § 27 AsylG, in anderen Worten, ob die verkürzte Entscheidungsfrist auch bei bloßer Einleitung eines Ausweisungsverfahrens unabhängig von der Verhängung der Schubhaft gilt, ist strittig. Vogl/Taucher/Bruckner/Marth/Doskozil gehen auf Grund analoger Anwendung von § 22 Abs 3 vorletzter Satz AsylG, welcher eine Verkürzung der Entscheidungsfrist nur für die Dauer der Schubhaft, nicht jedoch darüber hinaus, vorsieht, davon aus, dass nur, solange ein Ausweisungsverfahren eingeleitet ist, die verkürzte Entscheidungsfrist gilt.⁴¹ Da § 22 Abs 3 AsylG jedoch klar anordnet, dass die Regelungen des § 27 AsylG unberührt bleiben, muss die dreimonatige Entscheidungsfrist unabhängig von der tatsächlichen Verhängung der Schubhaft gelten.

Auf den ersten Blick erscheint es dem BAA damit möglich, die Entscheidungsfrist des AsylGH zu verkürzen.⁴² Der AsylGH wurde jedoch, wie schon sein Vorgänger in Art 129c Abs 1 Z 2 B-VG als Berufungsbehörde eingerichtet war, als Kontrollinstanz geschaffen, sodass es im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Gerichtshofes bedenklich erschiene, würde es dem Bundesasylamt freistehen, dessen Entscheidungsfrist zu verkürzen. Eine ähnlich problematische Bestimmung fand sich schon im FrG 1997. Dort sah der Gesetzgeber in § 115 Abs 2 Z 4 leg cit vor, dass der Verwaltungsgerichtshof einen Beschluss über die Gegenstandslosigkeit einer seit dem 1. Halbjahr 1997 anhängigen Beschwerden grundsätzlich erst nach dem 1. Juli 1999 fällen durfte, um eine Überlastung der ersten Instanz, bei der das Verfahren nach dem System des FrG 1997 wieder anhängig wurde, zu verhindern.⁴³ Eine frühere Gegenstandsloserklärung der Beschwerde war jedoch möglich, wenn die Behörde erster Instanz dem Verwaltungsgerichtshof mitteilte, dass gewichtige öffentliche Interessen an einer unverzüglichen Aufenthaltsbeendigung bzw Erteilung eines Aufenthaltstitels bestehen würden. Damit wurde letztlich die Zulässigkeit der Entscheidung eines Höchstgerichts an die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde geknüpft, was verfassungsrechtlich höchst bedenklich erschien.⁴⁴

Im AsylG scheint jedenfalls eine verfassungskonforme Auslegung möglich. Feßl schlug vor, dass der AsylGH im Falle eines Devolutionsantrages zu prüfen habe, ob die Einleitung des Ausweisungsverfahrens und damit die Verkürzung der Entscheidungsfrist zu Recht erfolgt seien.⁴⁵ Er ging offensichtlich davon aus, dass der AsylGH die Einleitung des Ausweisungsverfahrens im Beschwerdeverfahren jedenfalls zu prüfen habe, zumal er den einleitenden Akt als Verfahrensanordnung qualifizierte, was

⁴¹ Vogl/Taucher/Bruckner/Marth/Doskozil, *Fremdenrecht*, § 27 Anm 5 und § 22 Anm 3.1.

⁴² Rohrböck, § 27 AsylG 2005.

⁴³ Weiterführend Muzak in Muzak/Taucher/Pinter/Lobner, *Kommentar*, 329.

⁴⁴ Muzak in Muzak/Taucher/Pinter/Lobner, *Kommentar*, 330.

⁴⁵ Feßl, ZUV 2005, 137.

jedoch, wie oben dargelegt, verfehlt ist. Dem AsylGH muss es jedoch angesichts seiner Position als Kontrollinstanz freistehen, die Voraussetzungen der Einleitung eines Ausweisungsverfahrens auch durch Aktenvermerk - ähnlich der Überprüfung der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde, welche gesetzlich vorgesehen ist - zu überprüfen und gegebenenfalls das Ausweisungsverfahren einzustellen. Anders als die Gewährung der aufschiebenden Wirkung, welche mit Bescheid zu erfolgen hat, wodurch die Kontrolle für Außenstehende, insb auch durch den Asylwerber, nachvollziehbar ist, erfolgt eine Rechtmäßigkeitskontrolle hinsichtlich der Einleitung des Ausweisungsverfahrens rein intern. Damit werden die verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Einrichtung des AsylGH als einer Kontrollinstanz ausgeräumt.

Wurde ein Ausweisungsverfahren nach § 27 Abs 2 iVm Abs 3 Z 2-3 AsylG eingeleitet, können die personenbezogenen Daten des Asylwerbers aus sicherheitspolizeilichen Zwecken sowie zur Strafrechtspflege an den Herkunftsstaat übermittelt werden (§ 57 Abs 11 Z 2 AsylG). Die Regelung erscheint im Hinblick auf das Sachlichkeitsgebot bedenklich. Für die genannten Zwecke wäre es bei Weitem ausreichend, wenn die Mitteilung nach einer erfolgten Verurteilung, nicht schon davor, erfolgen würde. Hinzu treten Bedenken angesichts der potentiellen Folgen einer solchen Mitteilung nach erfolgter Ausweisung für den Betroffenen.

Exkurs: Rechtsschutz und Ausweisungsverfahren

Wie soeben dargelegt wurde, gilt ein Ausweisungsverfahren ex lege als eingeleitet bzw wird es durch Aktenvermerk eingeleitet. Ein gesondertes Rechtsmittel gegen die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens besteht somit, insb trotz der potentiellen Folgen der Schubhaft, nicht, was im Hinblick auf Art 5 iVm Art 13 MRK bedenklich erscheint. Aus den Materialien ist in dieser Hinsicht nichts zu gewinnen.⁴⁶ Es findet sich dort nur der Hinweis, dass die Rechtmäßigkeit der Schubhaft für die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens irrelevant ist, da diese nach dem FPG zu prüfen sei.⁴⁷

Die Literatur geht davon aus, dass der Asylwerber daher in der Schubhaftbeschwerde geltend machen können muss, dass das Ausweisungsverfahren zu Unrecht eingeleitet wurde.⁴⁸ Dabei darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass Art 5 Abs 1 lit f MRK bzw Art 2 Z 7 PersFrBVG als formelle Haftgründe qualifiziert werden.⁴⁹ So haben die UVS zwar sowohl die formellen - zB Vorliegen eines Schubhaftbescheides -, als auch die materiellen Voraussetzungen der Schubhaft - zB Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit - zu prüfen, doch dürfen die materiellen Vor-

⁴⁶ *Fefl*, ZUV 2005, 137; *Khakzadeh*, ZUV 2005, 80.

⁴⁷ RV 952 BlgNR XXII GP 49.

⁴⁸ *Fefl*, ZUV 2005, (137); *Muzak*, *migraLex* 2007, (81) 83, FN 15.

⁴⁹ Vgl zB EGMR 24.04.2008, 2947/06 Fall *Ismoilov* ua, Rz 135.

aussetzungen nicht überstrapaziert werden.⁵⁰ Daraus folgt jedoch, dass die UVS nur das Vorliegen eines Ausweisungsverfahrens gemäß § 76 Abs 2 Z 2 FPG zu prüfen haben, nicht aber, ob eine Ausweisung durchführbar sein wird oder ob ein Ausweisungsverfahren zu Recht eingeleitet wurde.⁵¹ UNHCR bezweifelt zu Recht überdies, dass eine dahingehende Geltendmachung möglich ist, da die UVS nicht befugt seien, die rechtliche Würdigung der Asylbehörden zu überprüfen.⁵² In der Praxis wird diese Frage so gut wie nicht in den Entscheidungen der UVS und der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts thematisiert. In seinem Erkenntnis vom 28.6.2007, 2006/21/0382, führte der VwGH aus, dass „soweit die belangte Behörde die Grundlage für ein Vorgehen nach § 27 Abs 2 AsylG 2005 in Zweifel gezogen hat, ihr zu entgegen [ist], dass sie jedenfalls von der stattgefundenen Einleitung eines Ausweisungsverfahrens durch das Bundesasylamt auszugehen hatte.“ In seinem Erkenntnis vom 18.09.2008, 2006/21/0181, hielt der VwGH hingegen fest, dass die Fremdenpolizeibehörde nicht ohne Weiteres von der, durch den UBAS durch Aktenvermerk dokumentierten, Beschwerdezurückziehung, worauf letztendlich die Zulässigkeit der Schubhaft auf Grund des Verlustes der Stellung als Asylwerber gestützt wurde, ausgehen könne, sondern den Sachverhalt vielmehr zu prüfen habe. Der Aktenvermerk hinsichtlich der Beschwerdezurückziehung binde die Fremdenpolizeibehörde nämlich gerade nicht. Wie dies mit dem zuvor zitierten Erkenntnis in Einklang zu bringen ist, ist nicht ersichtlich, doch ist die neuere Rechtsprechungslinie, zumal sie eine Überprüfung der auf einem Ausweisungsverfahren basierenden Schubhaft ermöglicht, zu begrüßen.

Erst mit der Erhebung einer Beschwerde kann der AsylGH aus Eigenem im Zuge des Beschwerdeverfahrens die Rechtmäßigkeit der Einleitung eines Ausweisungsverfahrens überprüfen und dies gegebenenfalls einstellen. Auch auf diese minimale Überprüfung kommt dem Asylwerber kein Antragsrecht zu, sodass er hier auf den guten Willen des zuständigen Richters angewiesen ist. De facto mangelt es somit an einem Rechtsschutz gegenüber der Einleitung des Ausweisungsverfahrens, was verfassungsrechtlich äußerst bedenklich erscheint, zumal ein bloß de iure bestehendes Recht auf Schubhaftprüfung dem Rechtsstaatsprinzip nicht Rechnung trägt.⁵³

8.5 Einstellung des Ausweisungsverfahrens

Im Gegensatz zur Einleitung erfordert die Einstellung des Ausweisungsverfahrens immer einen konstitutiven Akt der Behörde. Dies ergibt sich schon aus dem für Ein-

⁵⁰ Vgl weiterführend zum Schubhaftprüfungsverfahren *Muzak*, UVSaktuell 2007, 140.

⁵¹ Vgl *Khakzadeh*, *migraLex* 2003, 49.

⁵² *UNHCR*, FPG Analyse, 6.

⁵³ *Boltzmann Institut für Menschenrechte*, Stellungnahme, zu § 27 und zu § 79; *Menschenrechtsbeirat*, Stellungnahme, 13.

stellungen von Ausweisungsverfahren nach § 27 Abs 1 Z und Z 2 sowie Abs 2 AsylG verwendeten Wortlaut - „...ist einzustellen, wenn...“.⁵⁴ Aufgrund des einheitlichen Wortlautes ist eine Auslegung, die für manche Fälle eine Einstellung ex lege, für andere wiederum eine Einstellung durch Aktenvermerk als *contrarius actus* zur Einleitung vorsieht, nicht denkbar.⁵⁵ Die Materialien sind in dieser Frage nicht hilfreich. Einerseits findet sich dort die Ausführung, ex lege eingeleitete Ausweisungsverfahren würden durch die Zulassung enden, andere Ausweisungsverfahren seien mit einem *contrarius actus* zu beenden, andererseits sprechen die Materialien von einer Einstellung durch die Behörde, sobald die Voraussetzungen der Einleitung nicht mehr vorliegen.⁵⁶ Angesichts der Tatsache, dass ein ex lege eingeleitetes Ausweisungsverfahren gemäß § 27 Abs 1 Z 2 AsylG bei der Einstellung eine Prognose erfordert, die eine Beurteilung durch die Behörde voraussetzt, sodass eine ex lege Einstellung nicht denkbar ist, ist der Einstellung durch Aktenvermerk unabhängig von der Art der Einleitung der Vorzug zu geben.⁵⁷ Diese Auslegung verhindert auch, dass dem identen Wortlaut in § 27 Abs 4 und 5 AsylG unterschiedliche Bedeutung beigemessen wird.

8.5.1 Zulassungsverfahren

Ein nach § 27 Abs 1 Z 1 AsylG eingeleitetes Verfahren ist einzustellen, wenn das Verfahren zugelassen wird. Fraglich ist, ob der Akt der Zulassung, der durch Ausfolgung der Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 AsylG - in der Praxis auch als weiße Karte bekannt - erfolgt, als Bescheid qualifiziert werden kann. In der Lit wird dies verneint.⁵⁸ Eine Urkunde wie die Verfahrenskarte kann jedoch für den Fall, dass sie nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens nach dem AVG als Ergebnis dieses Verfahrens ausgestellt wird, ohne dass daneben ein diesbezüglicher Bescheid ergeht, rechtlichen Doppelcharakter besitzen und zugleich auch als Trägerin des dahinterstehenden Verwaltungsaktes fungieren.⁵⁹ Diese Hilfskonstruktion wird von der Rsp beispielsweise für Führerscheine, Waffenscheine oder Gewerbescheine nach der alten Rechtslage angenommen.⁶⁰

Ein Bescheid ist ein individueller, hoheitlicher, im Außenverhältnis ergehender,

⁵⁴ § 27 AsylG idgF.

⁵⁵ Vgl offensichtlich aA *Feßl/Holzschuster*, Kommentar, 456.

⁵⁶ RV 952 BlgNR XXII GP 49.

⁵⁷ Vgl auch VwGH 20.12.2007, 2007/21/0261 „Weiters hat die Zulassung des Verfahrens gemäß § 27 Abs. 4 leg. cit. zur Folge, dass ein (allenfalls bereits) nach § 27 Abs. 1 Z 1 leg. cit. eingeleitetes Ausweisungsverfahren einzustellen ist.“

⁵⁸ Vgl auch *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005⁴, § 51 K5; *Schrefler-König/Gruber*, Asylrecht, § 28 Anm 10.

⁵⁹ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 503; Ringhofer erkennt hingegen schon in der Urkunde einen Bescheid, sodass es keiner Fiktion bedarf. *Ringhofer*, ZfV 1987, (109) 114.

⁶⁰ VwSlg 7900 A/1970 (Führerschein), 6806 A/1965 (Waffenschein), 5361 A/1960 und 7707 A/1970 (Gewerbeschein nach alter Rechtslage).

normativer (rechtsgestaltend oder rechtfeststellender) Verwaltungsakt.⁶¹ Die erstgenannten Voraussetzungen sind, angesichts der Ausfolgung der Verfahrenskarte an einen bestimmten Asylwerber, zweifelsfrei erfüllt.⁶² Im vorliegenden Fall ist somit entscheidend, ob von einem autoritativen Willen der Behörde ein Bescheid zu erlassen ausgegangen werden kann. Im Gegensatz zu einer bloßen Beurkundung mit der die Behörde einen bestimmten Wissenstand dokumentiert, wird nämlich durch einen Bescheid ein Willensakt gesetzt und ein normativer Zustand geregelt bzw festgestellt.⁶³

Der Zulassung kommt im Hinblick auf das Aufenthaltsrecht und die weitere Versorgung des Asylwerbers entscheidende, rechtsgestaltende Bedeutung zu, sodass insoweit eine normative Bedeutung nicht verneint werden kann. Der Wortlaut des Gesetzes, nachdem es eines Bescheides nicht bedarf, kann durchaus so verstanden werden, dass dies nur für den Fall der Zulassung gelten soll, zumal dann bereits eine Verfahrenskarte ausgefolgt wird, welche als Trägerin des Bescheides eine weitere schriftliche Ausfertigung auch im Hinblick auf die Verfahrensökonomie überflüssig machen würde (arg „eines Bescheides bedarf es *dann* nicht.“).⁶⁴ Die Annahme, dass die Behörde mit der Zulassung einen Bescheid erlassen will, steht jedoch im Spannungsverhältnis zur Intention des Gesetzgebers. Denn das Zulassungsverfahren sollte gerade nicht mehr durch Bescheid abgeschlossen werden, um eine spätere Fortsetzung dieses Verfahrens auch in jenen Fällen zu ermöglichen, in denen die Voraussetzungen der amtswegigen Wiederaufnahme gemäß § 69 AVG nicht erfüllt sind, was in § 28 Abs 1 letzter Satz AsylG zum Ausdruck kommt.⁶⁵ Demnach ist die Verfahrenszulassung nicht endgültig, sodass es der Behörde bei der Ausfolgung der Verfahrenskarte am Willen eine normative Regelung herbeizuführen mangelt. Zwar ist die durch die Rechtskraft eintretende Unveränderbarkeit eines Bescheides kein Kriterium zur Qualifikation eines Verwaltungsaktes als Bescheid, ist die Rechtskraft doch vielmehr Konsequenz einer solchen Qualifikation.⁶⁶ Ringhofer hat jedoch aufgezeigt, dass die Rechtskraft zwar kein Erkenntnismerkmal eines Bescheides ist, jedoch ein Wesensmerkmal.⁶⁷ Da es dem Akt der Zulassung iSd § 28 AsylG an eben dieser mangelt, kann dieser Akt nicht als Bescheid qualifiziert werden.

Getrennt von der tatsächlichen Qualifikation ist die Frage nach einer verfassungsrechtlichen Notwendigkeit der Verfügung der Zulassung durch Bescheid zu sehen.

⁶¹ Vgl. *Walter/Mayer*, Verwaltungsrecht, Rz 379.

⁶² Vgl. *Rohrböck*, § 28 AsylG 2005. Vgl. zum allgemeinen Bescheidbegriff weiterführend *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 500ff.

⁶³ Vgl. *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht⁸, Rz 379; *Walter/Mayer/Kusko-Stadelmayr*, Bundesverfassungsrecht¹⁰, Rz 606.

⁶⁴ § 28 Abs 1 2. Halbsatz AsylG. Hervorhebung durch die Autorin.

⁶⁵ RV 952 BlgNR XXII GP 50.

⁶⁶ Vgl. VwSlg 9458A. *Mayer*, Fachwörterbuch zum öffentlichen Recht, 67.

⁶⁷ *Ringhofer*, ZfV 1987, (109) 110f.

Dies könnte nämlich im Hinblick auf das Rechstaatsgebot, welches einen wirkungsvollen Rechtsschutz garantiert, erforderlich sein, zumal das österreichische Rechtsschutzsystem auf dem Bestehen eines Becheides aufbaut. Wie Rohrböck aufgezeigt hat, kann die - nach den soeben dargelegten Überlegungen somit als Nichterlassung eines Bescheids verstandene - Nichtausfolgung einer Verfahrenskarte erst mit der zurückweisenden Entscheidung angefochten werden, wodurch es im Hinblick auf die tlw ausgeschlossene aufschiebende Wirkung der Berufung zu Rechtsschutzdefiziten kommen kann.⁶⁸

Ein Ausweisungsverfahren ist auch gemäß § 27 Abs 1 Z 1 AsylG einzustellen, wenn der Beschwerde gegenüber dem abweisenden Bescheid aufschiebende Wirkung zukommt, zumal damit das Verfahren als zugelassen gilt (§ 28 Abs 3 AsylG). Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gegenüber einer zurückweisenden Entscheidung bedingt hingegen noch keine Zulassung. Diese wird erst durch eine Entscheidung gemäß § 41 Abs 3 AsylG veranlasst, soweit der Beschwerde gegenüber einer Entscheidung im Zulassungsverfahren stattgegeben wird. Eine weitere Dokumentation der Einstellung des Ausweisungsverfahrens durch Aktenvermerk mag überflüssig erscheinen, ist aber auf Grund des Wortlautes erforderlich (arg „*ist einzustellen*, wenn das Verfahren zugelassen wird.“)⁶⁹ In der Praxis des UBAS wurde das Ende eines Ausweisungsverfahrens in diesem Fall jedoch nicht durch Aktenvermerk protokolliert. Vielmehr erfolgte ein Verweis auf die (mA nach nicht erfolgte) ex lege bedingte Zulassung durch eine Entscheidung gemäß § 41 Abs 3 AsylG.⁷⁰ Da jedoch die Rsp-Praxis davon ausgeht, dass mit der Entscheidung gemäß § 41 Abs 3 AsylG das Verfahren zugelassen und eine weitere Anhaltung in Schubhaft damit unzulässig sei, ist dies nicht weiter problematisch.⁷¹

8.5.2 Beschwerdeverfahren

Für Verfahren, die nach § 27 Abs 1 Z 2 AsylG eingeleitet wurden, ist in § 27 Abs 4 AsylG eine Einstellung in den folgenden zwei Situationen vorgesehen.⁷² Ergeben die Ermittlungen, dass der Antrag nicht zurück- oder abzuweisen ist, muss das Ausweisungsverfahren eingestellt werden. Wann dies praktisch eine Rolle spielen soll, ist nicht ganz klar, zumal Tatbestandsvoraussetzung der Einleitung eine Einstellung des Verfahrens war, womit keine weiteren Ermittlungsschritte zu setzen sind. Wann und vor allem warum der Richter seine Einschätzung über die negative

⁶⁸ Rohrböck, § 28 AsylG 2005.

⁶⁹ § 27 Abs 4 1. Satz AsylG 2005 idGF. Hervorhebung durch die Autorin.

⁷⁰ Vgl zB UBAS 16.8.2006, 304.152-C1/E1-I/01/06; 12.3.2007, 310.345-1/2E-I/03/07; 6.11.2007, 313.548-1/5E-VII/19/07.

⁷¹ Zur Zulassung gemäß § 41 Abs 3 AsylG UVS Burgenland 28.11.2006, 166/10/06053. Zur Zulassung im Allgemeinen VwGH 24.10.2007, 2006/21/0267; 20.12.2007, 2007/21/0261.

⁷² RV 952 BlgNR XXII GP 49.

Prognose somit ändern sollte, ist nicht nachvollziehbar, es sei denn, dieser Tatbestand regelt den Abschluss eines über die Fortführung des Asylverfahrens hinaus bestehenden Ausweisungsverfahrens.

Da nur eine Bekanntgabe des Aufenthaltsortes aus Eigenem und die Abwesenheit eines Verdachtes einer neuerlichen Entziehung aus dem Verfahren zur Einstellung des Ausweisungsverfahrens führen soll, muss das Ausweisungsverfahren im Sinne des soeben Ausgeführten über die Fortsetzung des Asylverfahrens hinaus aufrecht erhalten werden können, wobei auch die Tatsache, dass die Einstellung des Ausweisungsverfahrens eine positive Prognose über den Verfahrensausgang erfordert, zu berücksichtigen ist. Angesichts des strengen Wortlautes ist fraglich, ob es der Bekanntgabe des Aufenthaltsortes des Asylwerbers bedarf, oder ob die Bekanntgabe einer Adresse, an welche eine Ladung bzw ein Bescheid zugestellt werden kann, oder eines nunmehrigen Vertretungsverhältnisses ausreichend ist, um das Erfordernis der Bekanntgabe des Aufenthaltsortes zu erfüllen.⁷³ Da diese Tatsachen ausreichend wären, um die Fortsetzung eines eingestellten Verfahrens zu ermöglichen, zumal damit die Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes möglich wäre (§ 24 Abs 2 2. Satz AsylG), rechtfertigen sie auch die Einstellung eines Ausweisungsverfahrens, eine positive Prognose über die weitere Erreichbarkeit des Asylwerbers vorausgesetzt. Bestimmte Tatsachen, die eine negative Prognose rechtfertigen, stellen insb eine frühere Entziehung vom Asylverfahren dar, auf Grund welcher eine Einstellung des Verfahrens erfolgte. Wird ein Asylwerber, dessen Verfahren eingestellt worden war, von der Polizei aufgegriffen und angehalten und wird derart sein Aufenthaltsort bekannt, erfolgt die Bekanntgabe nicht „aus eigenem“, sodass eine weitere Aufrechterhaltung des Ausweisungsverfahrens möglich ist.

Dadurch wird auch der Sanktionscharakter des Ausweisungsverfahrens deutlich, zumal die Aufrechterhaltung demnach auch nach der Fortsetzung des Verfahrens - zumindest bis neue Ermittlungsergebnisse vorliegen - möglich ist. Damit steht es jedoch der Behörde in vielen Fällen frei, durch Zuwarten mit einer mündlichen Verhandlung das Vorliegen entsprechender Ermittlungsergebnisse zu verzögern, da die Aussage des Asylwerbers zumeist das einzige Beweismittel im Verfahren darstellt. Eine derartige (willkürliche) Verzögerung haben die Fremdenpolizeibehörde und der UVS jedenfalls hinsichtlich der Verlängerung der Schubhaft zu berücksichtigen.

⁷³ In der Praxis ist hier insb an eine Obdachlosmeldung beim Verein Ute Bock zu denken. Der Verein stellt dem Asylwerber oftmals nämlich keine Wohnung, jedoch eine Abgabestelle zur Verfügung. Siehe dazu <http://www.fraubock.at/postmeldeservice.html> (22.10.2008).

8.5.3 Öffentliches Interesse

Ein Ausweisungsverfahren nach § 27 Abs 2 AsylG ist einzustellen, wenn die Voraussetzungen der Einleitung nicht mehr vorliegen.⁷⁴ Kommt es also nach einer Betretung auf frischer Tat, bzw einer Anzeige, zu keiner Verurteilung, ist das Ausweisungsverfahren einzustellen.

Fraglich ist, ob ein auf Grund einer Verurteilung eingeleitetes Ausweisungsverfahren über die Tilgungsfrist hinaus aufrecht erhalten werden kann, zumal die Unbeachtlichkeit einer getilgten Verurteilung anders als im FPG nicht ausdrücklich angeordnet ist (vgl §§ 55 Abs 3 Z 2, 56 Abs 2 Z 2, 60 Abs 3 FPG). Dass eine ausdrückliche Regelung unterblieben ist, ist wohl eher ein Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen, da dieser auch davon ausgegangen sein dürfte, dass die durch Einleitung eines Ausweisungsverfahrens prioritär zu behandelnden Asylverfahren vor Eintritt der Tilgung abgeschlossen sein werden. In Zusammenschau der inhaltlich insoweit vergleichbaren Regelungen des FPG, als dass darauf eine Aufenthaltsbeendigung gestützt wird, und mit den Bestimmungen des TilgG, wonach „alle nachteiligen Folgen, die kraft Gesetzes mit der Verurteilung verbunden sind, soweit sie nicht in dem Verlust besonderer auf Wahl, Verleihung oder Ernennung beruhender Rechte bestehen“, erlöschen, ist davon auszugehen, dass mit der Tilgung das Ausweisungsverfahren einzustellen ist, soweit es nicht auf Grund anderer Umstände aufrecht erhalten werden kann.⁷⁵ Angesichts der beschränkten Auskunftspflicht gegenüber den Asylbehörden, die sich aus der eng gefassten Ausnahme in § 6 Abs 1 Z 7 TilgG ergibt, werden die Asylbehörden freilich tlw schon vor der Tilgung einer Straftat mangels Ersichtlichkeit einer Verurteilung aus dem Strafregistrauszug ein Ausweisungsverfahren einzustellen haben.

⁷⁴ Vgl hinsichtlich der Ermittlungspflichten oben Abschnitt 8.2.2.3 auf Seite 136.

⁷⁵ § 1 Abs 2 TilgG idgF.

9 Rechtsschutz

9.1 AsylGH als Beschwerdeinstanz

An die Stelle des UBAS ist mit 1.7.2008 der AsylGH getreten, der nunmehr als oberste Beschwerdeinstanz in Asylsachen fungiert. Die Errichtung des AsylGH war rechtspolitisch nicht unumstritten, insb zumal der Entwurf ohne vorrangingendes Begutachtungsverfahren durch das Parlament ging.¹

Der AsylGH entscheidet, soweit nichts anderes bestimmt ist, in Zweier-Senaten, was ein höheres Maß an Rechtssicherheit garantieren und damit letztlich auch den Entfall des VwGH rechtfertigen soll. Die Zuständigkeit eines Einzelrichters lässt der Gesetzgeber jedoch hinsichtlich der Entscheidung über die Zurückweisung eines Antrags gemäß §§ 4-5 AsylG oder nach § 68 Abs 1 AVG und der damit verbundenen Ausweisung sowie über die Frage der aufschiebenden Wirkung genügen (§ 61 Abs 3-4 AsylG). Kann innerhalb eines Zweier-Senats keine Einigkeit erzielt werden, muss der vorsitzende Richter die Sache einem Kammersenat von fünf Richtern vorlegen (§ 11 Abs 4 AsylGHG). In diesem Fall ist eine Wiederholung der mündlichen Verhandlung jedoch nur auf Verlangen des Asylwerbers notwendig (§ 11 Abs 4 3. Satz AsylGHG), was zum Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens in einem Spannungsverhältnis steht (vgl § 10 Abs 1 AsylGHG).

Zur Lösung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung wurde als ein weiteres Mittel zur Beschleunigung des Verfahrens die Grundsatzentscheidung geschaffen. Gemäß Art 129e B-VG hat der AsylGH auf Antrag eines Einzelrichters bzw eines Senats eine Grundsatzentscheidung zu treffen, „weil von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen werden würde, eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird, sowie [bei Vorliegen von] Rechtsfragen, die sich in einer erheblichen Anzahl von Verfahren stellen“. Die vom AsylGH getroffene Grundsatzentscheidung ist sodann von Amts wegen dem VwGH vorzulegen. Dieser kann die Grundsatzentscheidung inner-

¹ Vgl zur Diskussion um den AsylGH insb *amnesty international Österreich/Asylkoordination/Diakonie/Integrationshaus/Volkshilfe/SOS Mitmensch*, Stellungnahme zum „Asylgerichtshof“; *Balthasar*, *migraLex* 2007, 56; *Benn-Ibler*, *AnwBl* 2007, 539; *DerStandard.at*, Kritik an neuem Asylgerichtshof nimmt zu; *Jabloner*, *migraLex* 2008, 2; *Jabloner*, *JRP* 2008, (4) 7; *Muzak*, *migraLex* 2008, 13; *ÖJZ aktuell*, *ÖJZ* 2007, 79; *Muzak/Rohrböck*, *Asylgerichtshof*; *UNHCR*, Analyse des Entwurfs zur Einrichtung eines Asylgerichtshofs (verfassungsrechtlicher Teil); *Wiederin*, *migraLex* 2008, 6.

halb von sechs Monaten bestätigen bzw aufheben, im Fall der Untätigkeit gilt die Grundsatzentscheidung jedenfalls als bestätigt (Art 132a B-VG). Die so im Zusammenwirken von AsylGH und VwGH erzeugte Grundsatzentscheidung ist in allen künftig zu entscheidenden Fällen verbindlich.²

Eine ausführliche Erörterung des AsylGH würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, sodass hier, abgesehen von der Beantwortung einiger allgemeiner Fragen, denen insb für die Einbringung eines Rechtsmittels Bedeutung zukommt, auf die Literatur verwiesen sei.³

9.1.1 Rechtsnachfolger des UBAS

Der Wortlaut von Art 151 Abs 39 Z 1 B-VG spricht ebenso wie der Übernahmean-spruch der bisherigen Mitglieder des UBAS in den AsylGH für eine Umwandlung des UBAS in den AsylGH, womit dieser auch als Rechtsnachfolger des UBAS zu sehen ist.⁴ War dies innerhalb des AsylGH anfänglich noch umstritten, vertreten die Mehrheit der Mitglieder nunmehr die Ansicht, der AsylGH sei der Gesamtrechtsnachfolger des UBAS.⁵ In der Literatur wurde auch völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass die Unterschiede zwischen UBAS und AsylGH gering ausfallen.⁶

9.1.2 Kontrollinstanz der Verwaltung

Mit der Errichtung des AsylGH als Gerichtshof stellt sich die im Hinblick auf Art 94 B-VG bedeutende Frage der Zuordnung des AsylGH zur Verwaltung einerseits oder zur Gerichtsbarkeit andererseits, zumal ein wechselseitiger Instanzenzug untersagt ist.⁷ Im vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass ein Instanzenzug vom BAA zum AsylGH uU als verfassungsrechtlich bedenklich zu qualifizieren wäre, zumal der Gesetzgeber auch nicht das Außer-Kraft-Treten eines Bescheides des BAA durch Beschwerdeerhebung an den AsylGH iSd sukzessiven Kompetenz vorgesehen hat.⁸

Der AsylGH ist ebenso wie die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts als Gericht zu qualifizieren, da seine Mitglieder unabhängig und nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen gegen ihren Willen versetzbar und absetzbar sind, was sich aus einem

² Vgl weiterführend *Kolonovits in Hilpold/Perathoner (Hrsg)*, Neuer Asylgerichtshof mwN. Zur Frage der Bindungswirkung gegenüber dem VfGH siehe unten Abschnitt 9.4.2 auf Seite 187.

³ *Muzak/Rohrböck*, AsylGH. Weiterführend siehe auch den in Entstehung begriffenen Kommentar zum AsylGHG auf www.asylum-online.at von Rohrböck.

⁴ *Muzak in Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 107.

⁵ Vgl zB AsylGH 30.7.2008, B11 214.510-0/2008; 27.8.2008, C5 314023-2/2008; 9.9.2008, D3 254.370-2/2008.

⁶ *Wiederin*, *migraLex* 2008, 8.

⁷ Vgl VfSlg 3236, 4359, 4836, 9590/1982.

⁸ Vgl VfSlg 10.452/1985.

Verweis in Art 129e Abs 3-4 B-VG auf Art 87-88 B-VG ergibt.⁹ Im Gegensatz zu den Richtern am VwGH und VfGH ist auf die Richter des AsylGH auch das RDG anwendbar, was für eine Qualifikation als Gericht im Gegensatz zu einem Verwaltungsgericht, spricht. Aus der Systematik des B-VG ergibt sich jedoch, dass der AsylGH, wie der VfGH und der VwGH, zur organisatorisch getrennten, gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung berufen sind und nicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuzuordnen sind. Dies ergibt sich zunächst schon aus der Regelung jener im 6. Hauptstück (Art 129-148 B-VG), dieser im 3. Hauptstück (Art 82-94 B-VG). In Art 138 Abs 2 B-VG wird sodann ausdrücklich zwischen den ordentlichen Gerichten einerseits und dem AsylGH andererseits unterschieden. Wie der VfGH in VfSlg 10.542/1985 zur sukzessiven Kompetenz ausgeführt hat „gestattet es Art 94 B-VG nicht, die *ordentlichen Gerichte* durch einfaches (Bundes- oder Landes-) Gesetz als Kontrollinstanzen zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Bescheide der Verwaltungsbehörde zu berufen.“¹⁰ Da der AsylGH, wie soeben dargelegt, zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung geschaffen wurde (Art 129 B-VG), kann in seiner Kognition über Bescheide des BAA keine Verletzung des in Art 94 B-VG normierten gewaltenteilenden Prinzips erkannt werden. Zu dem gleichen Ergebnis, nämlich der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit, kommt man, wenn man Art 129c B-VG, wie Art 130ff und Art 138ff B-VG, als eine Ausnahme des Prinzips der Gewaltenteilung versteht.¹¹ Wie Antonioli/Koja ausführen, bestehen in dieser Hinsicht auch keine grundlegenden Bedenken, zumal die Kompetenzen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts auf einer verfassungsrechtlichen Grundlage beruhen und „auch von ihrer Zielsetzung her nicht das hinter der Gewaltentrennung stehende rechtsstaatliche Prinzip [verletzen]; vielmehr sollen sie seiner Verwirklichung dienen.“¹²

9.1.3 Verfahrensrecht

Diese Frage des anzuwendenden Verfahrensrechts wurde vom Gesetzgeber in § 23 AsylGHG wie folgt „geregelt“:

§ 23. Soweit sich aus dem Bundes-Verfassungsgesetz B-VG, BGBl. Nr. 1/1930, dem Asylgesetz 2005 - AsylG 2005, BGBl. I Nr. 100, und dem Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 - VwGG, BGBl. Nr. 10, nicht anderes ergibt, sind auf das Verfahren vor dem AsylGH die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 - AVG, BGBl. Nr. 51, mit der Maßgabe sinngemäß anzuwenden, dass an die

⁹ Für den VwGH vgl Art 134 Abs 6 B-VG, für den VfGH vgl Art 147 Abs 6 B-VG. Öhlinger, Verfassungsrecht⁶, Rz 605. Zur Qualifikation des AsylGH als Gerichtshof iSd B-VG siehe mwN Muzak, migraLex, 2008, 86.

¹⁰ Hervorhebung durch die Autorin.

¹¹ Vgl hinsichtlich Art 130ff und Art 138ff B-VG Klecatsky/Morscher, Die österreichische Bundesverfassung¹⁰, 172f.

¹² Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 70.

*Stelle des Begriffs „Berufung“ der Begriff „Beschwerde“ tritt.*¹³

Aus dem Wortlaut ergibt sich somit ein Rangsystem innerhalb der anzuwendenden Verfahrensvorschriften: B-VG, subsidiär AsylG 2005, subsidiär VwGG und letztendlich subsidiär das AVG.¹⁴ Daraus ergibt sich jedoch ein in wesentlichen Punkten vom Verfahren vor dem UBAS abweichendes Verfahrensrecht, zumal das AVG nach dem Wortlaut nur dann Vorrang vor dem VwGG genießt, wenn direkt im AsylG 2005 darauf verwiesen wird. Für eine subsidiäre Geltung des AVG wäre eine entsprechende Anordnung nicht notwendig gewesen, zumal der VwGH dies gemäß § 62 Abs 1 VwGG und damit auch der AsylGH, mangels eigenständiger Regelung im VwGG, ohnehin anzuwenden hat. Aus diesem Grund und der Tatsache, dass eine Anwendung des VwGG kaum gewollt sein konnte, ist unklar, in welchem Zusammenhang die Regelungen des VwGG und des AVG auf das Verfahren vor dem AsylGH anzuwenden sind.

Wie Rohrböck aufgezeigt hat, ist der Verweis des Gesetzgebers auf das AVG nicht dahingehend zu verstehen, dass das VwGG nur insoweit anwendbar sein sollte, als dass es spezielle Normen für das Verfahren des AsylGH enthält, zumal diese den Regelungen des AVG als *leges speciales* ohnehin vorgehen würden.¹⁵ Auch wenn die Materialien zunächst auf die nunmehrige Position des AsylGH als Höchstgericht, was die Anwendung des VwGG nahe legt, und auf die in § 23 AsylGHG festgelegte „Verfahrensrechtshierarchie“ verweisen, wird dann ausgeführt, dass die sich auf das AVG beziehenden Zitate im AsylG nur der Klarstellung dienen, was nur dann sinnvoll ist, wenn das AVG auch schon ohne diesen Verweis Geltung besitzt.¹⁶ Der Verweis auf die beispielhafte Wirkung des § 72 Abs 1 VwGG könnte in die Richtung verstanden werden, dass das VwGG nur insoweit anzuwenden ist, als dass der AsylGH Normadressat ist. Doch dazu bedürfte es nicht eines Hinweises in § 23 AsylGHG auf das VwGG.¹⁷

Aus der Tatsache, dass das AVG mit der Maßgabe gilt, dass das Wort Beschwerde an die Stelle der Berufung tritt, lässt sich für einen Vorrang des VwGG oder des AVG nichts ableiten.¹⁸ Denn auch bei einem Vorrang des VwGG verbleibt, wie Rohrböck aufgezeigt hat, eine Restmenge von anwendbaren AVG Bestimmungen.¹⁹ Auch aus dem nur im Zusammenhang mit dem AVG gebrauchten Wort „sinngemäß“ lässt

¹³ BGBl 4/2008. Nur am Rande sei angemerkt, dass sich ein zur berufsmäßigen Parteienvertretung Befugter damit auf die Vollmacht gemäß § 10 AVG beschwert und nicht beruft.

¹⁴ Rohrböck in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 148; Siehe dort auch für eine Auflistung der sich daraus jeweils ergebenden Regelungen, 148ff.

¹⁵ Rohrböck in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 151.

¹⁶ AB 371 XXIII.GP, 7. Rohrböck in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 151f.

¹⁷ Rohrböck in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 151.

¹⁸ Der Gesetzgeber hatte wohl auch eine sinngemäße Anwendung des AVG im Hinblick auf die den Bescheid betreffenden Regelungen vor Augen, zumal der AsylGH gerade keine Bescheide zu erlassen hat.

¹⁹ Rohrböck in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 152.

sich nichts für den Vorrang des AVG ableiten, da auch das VwGG, sollte man von dessen Anwendbarkeit ausgehen, nur insoweit sinngemäß anwendbar sein kann, da der AsylGH nicht Normadressat des VwGG ist. Die Bedeutung des Wortes liegt für das AVG darin, dass diese Regelungen für Verwaltungsbehörden erlassen wurden, es sich beim AsylGH jedoch um ein Verwaltungsgericht handelt.²⁰

Nach Rohrböck müsse im Zweifel eine am Wortlaut und Systematik orientierte Auslegung den Vorrang genießen, welche für eine Anwendbarkeit des VwGG sprechen würde, doch ergeben sich aus einer historisch-teleologischen Auslegung, die das Ziel einer Verfahrensverkürzung in den Mittelpunkt rückt, große Zweifel an der Anwendbarkeit des VwGG, das ua eine sechswöchige Beschwerdefrist mit sich bringt.²¹

Aus der Aufhebung von Art II Abs 2 Z 43a EGVG - diese Bestimmung war die Grundlage für die Anwendung des AVG durch den UBAS - durch das AsylGH-EinrichtungsG lässt sich kein Vorang des VwGG ableiten.²² Zwar unterstreicht dies auf der einen Seite die Stellung des AsylGH als Gericht, zumal auch der VfGH und der VwGH das AVG subsidiär lediglich auf Grund ihres Verfahrensrechts und nicht auf Grund der EGVG anwenden. Auf der anderen Seite war der Entfall der zitierten Bestimmung in der EGVG systemkonform, da der AsylGH eben gerade keine Verwaltungsbehörde, sondern ein Verwaltungsgericht darstellt.

Die Frage des anzuwendenden Verfahrensrechts lässt sich angesichts der widersprechenden Ergebnisse durch Interpretation nicht mehr lösen.²³ Der Gesetzgeber ist hier - auch im Hinblick auf Art 18 B-VG - berufen, seine Absichten durch eine Neuregelung von § 23 AsylGHG zu klären.²⁴

In der Literatur finden sich jedoch Stimmen, die von einer eindeutigen Auslegung des § 23 AsylGHG ausgehen. So führt Hauer aus, dass das Verfahrensrecht vor allem in §§ 36ff, 40ff und 61 AsylG geregelt sei und subsidiär das AVG Anwendung finde.²⁵ Eine tiefergehende Auseinandersetzung mit dieser Frage unterlässt er und begründet seine Ansicht mit einem Verweis auf § 23 AsylGHG. Schrefler-König/Gruber dürften ebenso von der Anwendbarkeit des AVG ausgehen, da sie bemerken, dass hinsichtlich der Beschwerdefrist und des Anwaltszwangs gegenüber der Situation am UBAS keine Änderung eingetreten sei.²⁶ Pepelnik geht hingegen ohne nähere Begründung seiner Ansicht hinsichtlich der Frage des Anwaltszwanges von der Anwendbarkeit des VwGG und damit dessen Vorrang gegenüber dem AVG aus.²⁷

Am AsylGH herrscht, soweit überhaupt ein diesbezügliches Problembewusstsein

²⁰ Rohrböck in Muzak/Rohrböck, Asylgerichtshof, 153.

²¹ Rohrböck in Muzak/Rohrböck, Asylgerichtshof, 153f.

²² BGBl I 4/2008. Siehe auch die wiederverlautbare Fassung der EGVG, BGBl 87/2008.

²³ Rohrböck in Muzak/Rohrböck, Asylgerichtshof, 154.

²⁴ Siehe zur Novellierung durch die Dienstrechtsnovelle 2008 sogleich auf Seite 154.

²⁵ Hauer, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, 226.

²⁶ Schrefler-König/Gruber, Asylrecht, § 36 Anm 4.

²⁷ Pepelnik, anwbl 2008, (443) 444.

besteht, eine klare Präferenz zum AVG.²⁸ In der Entscheidung D3 308.737-2/2008 vom 16.9.2008 begründete der AsylGH - soweit ersichtlich - erstmals, warum er von der Anwendbarkeit des AVG ausgehe. Die Anwendung anderer Bestimmungen als jener des AVG bedürfe der unmissverständlichen Klarstellung im jeweiligen Wortlaut der anzuwendenden Bestimmung, zumal nur für das AVG eine sinngemäße Anwendung vorgesehen sei. Entsprechende Bestimmungen seien im 3. Unterabschnitt des VwGG vorgesehen, in welchen Regelungen für das Verfahren in Grundsatzentscheidungen (§§ 71 - 78 VwGG) enthalten seien. Auf diese verweise auch der Gesetzgeber, wo er den Anwendungsbereich des VwGG in Asylsachen abstecke. Eine klare gesetzliche Regelung hinsichtlich des anzuwendenden Verfahrensrechtes sei auch im Hinblick auf Art 18 B-VG und das Rechtsstaatsprinzip erforderlich. Weiters führte der AsylGH aus, dass es Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, ein gemeinsames Verfahrensrecht für beide Instanzen des Asylverfahrens zu schaffen, was ebenso für eine Anwendung des AVG spreche. Hinzutreten würden historisch-teleologische Überlegungen, nämlich dass der Gesetzgeber mit der Einrichtung des AsylGH die Dauer der Asylverfahren verkürzen wolle. Dieses Ziel würde jedoch durch die Geltung einer sechs-wöchigen Beschwerdefrist, wie sie im VwGG vorgesehen sei, unterlaufen werden. Schließlich sei zu bemerken, dass der AsylGH im Gegensatz zum VwGH zu einer reformatorischen und nicht bloß kassatorischen Entscheidung berufen sei, wofür das VwGG keine entsprechenden Regelungen bereithalten würde. Diese Interpretation vermag jedoch nicht vollends zu überzeugen, auch wenn sie gute Argumente für eine Anwendbarkeit des AVG enthält. Wie oben aufgezeigt sprechen nämlich ebenso gute Gründe für die Anwendbarkeit des VwGG, mit denen sich der AsylGH freilich nicht auseinandergesetzt hat. Vielmehr hat er nur die für eine Anwendbarkeit des AVG sprechenden Argumente vorgebracht. Dass hinsichtlich dieser Frage im AsylGH letztlich noch keine eindgültige Entscheidung vorliegt, zeigt der Berichtigungsbeschluss vom 6.10.2008, B12 304.308-1/2008, in welchem sowohl das AVG als auch das VwGG als Rechtsgrundlage zitiert werden.

Mit der Dienstrechts-Novelle 2008 hat der Gesetzgeber, neben der Beseitigung einiger Redaktionsversehen im AsylGHG, § 23 AsylGHG novelliert.²⁹ Der Verweis

²⁸ Vgl die Entscheidungen zur Verspätung von Beschwerden AsylGH 18.7.2008, B10 319.231-2/2008; 21.7.2008, A5 201.528-2/2008; 31.7.2008, D9 206.086-9/2008; 8.8.2008, A4 308.061-1/2008; 11.8.2008, D7 257526-2/2008, in denen in Übergangsfällen - Einbringung der Beschwerde und Ablaufen der Beschwerdefrist noch im Juni 2008 - ohne weiters von der Anwendbarkeit des AVG abgeleitet aus § 23 AsylGHG ausgegangen wird. Vgl nunmehr auch AsylGH 27.8.2008, C10 311.544-2/2008, wo der Bescheid erst im Juli zugestellt wurde. Auch in AsylGH 12.8.2008, C5 251.212-0/2008/11E, ging der AsylGH von der Anwendbarkeit des AVG aus, wobei das Erkenntnis eher verwirrende Ausführungen zur Anwendbarkeit der auf den AsylGH abzielenden Verfahrensbestimmungen des AsylG 2005 auf Altverfahren enthält.

²⁹ Dienstrechts-Novelle 2008. Der Nationalrat hat dem Vorschlag am 10.12.2008 zugestimmt, der Bundesrat beschloß am 19.12.2008 keinen Einspruch zu erheben. Eine Veröffentlichung im BGBl ist jedoch noch nicht erfolgt, sodass die Novellierung formell noch nicht als erlassen gilt.

auf das B-VG und VwGG sind entfallen - was freilich, wie in den Materialien eigens betont wird, nichts an der Anwendbarkeit jener Bestimmungen ändert, die sich direkt an den AsylGH richten -, sodass die Regelung idnF wie folgt lautet:

§ 23. Soweit sich aus dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, nicht anderes ergibt, sind auf das Verfahren vor dem Asylgerichtshof die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51, mit der Maßgabe sinngemäß anzuwenden, dass an die Stelle des Begriffs „Berufung“ der Begriff „Beschwerde“ tritt.³⁰

Gemäß § 28 Abs 5 AsylGHG tritt die Regelung rückwirkend zum 1.7.2008 in Kraft, womit klargestellt wird, dass sich das Verfahrensrecht des AsylGH seit seiner Erschaffung aus dem AsylG und dem AVG, sowie aus den nicht eigens genannten B-VG und AsylGHG, ergibt. Zwar bedingt die Rückwirkung eine eindeutige Regelung, doch ist sie insoweit bedenklich, als dass damit eine zwischen 1.7.2008 und In-Geltung-Setzen der Novellierung innerhalb von sechs Wochen eingebrachte Beschwerde, was im Zeitpunkt der Einbringung durchaus eine mögliche Auslegung des AsylGHG darstellte, jedenfalls als verspätet zurückzuweisen sein wird. Praktisch wird es jedoch kaum Fälle geben, in denen eine derart möglicherweise verspätete Beschwerde, was schon im Einbringungszeitpunkt klar war, nicht ohnehin in Verbindung mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verknüpft wurde.

Letztlich ungeklärt blieb die Frage, ob die Problematik des anzuwendenden Verfahrensrechts Inhalt einer Grundsatzentscheidung sein hätte können, zumal gemäß Art 129f B-VG die Regelung des Verfahrensrechts dem Gesetzgeber vorbehalten ist.³¹ Ob der AsylGH diese Frage durch eine Grundsatzentscheidung, die bei allen Streitigkeiten um ihren genauen Rechtscharakter jedenfalls als generelle Norm zu qualifizieren sein wird, hätte klären dürfen, scheint jedenfalls fraglich, wobei dieser Problematik angesichts der schon vor der Dienstrechtsnovelle bestehenden klaren Präferenz zum AVG eher bloß theoretische Bedeutung zukam.

9.2 Beschwerde beim AsylGH

Gegenüber einem ablehnenden Bescheid des Bundesasylamtes und der damit verknüpften Ausweisung steht seit 1.7.2008 das Rechtsmittel der Beschwerde zum AsylGH offen, was sich verfassungsrechtlich aus Art 129c B-VG, einfachgesetzlich aus § 61 AsylG ergibt. Davor konnte dagegen Berufung beim UBAS erhoben werden. Die Ansicht der Landesregierungen von Wien und des Burgenlandes, welche ein Rechtsmittel gegen die asylrechtliche Ausweisung im Entwurf zum AsylG 2005

³⁰ BGBl 147/2008. Ein Anwalt beschwert sich damit nach wie vor auf seine Vollmacht gemäß § 10 AVG.

³¹ Muzak, migraLex 2008, (86) 89.

vermissten, ist somit nicht nachvollziehbar.³²

Hinsichtlich der Ausformung der Beschwerde - insb in welcher Frist sie einzubringen ist, ob sie der Unterschrift eines Anwaltes bedarf oder ob in diesem Verfahren Verfahrenshilfe möglich ist - war, wie gerade angedeutet, Vieles (bis zur Novellierung) unklar, zumal alle diese Fragen durch das anzuwendende Verfahrensrecht geregelt werden. Die beiden in Frage kommenden Verfahrensrechtssysteme - VwGG und AVG - werden im Folgenden parallel dargestellt, um einen Vergleich zu erleichtern und die (zwischenzeitlich gelöste) Problematik zu verdeutlichen.

9.2.1 Formale Beschwerde Voraussetzungen

9.2.1.1 Parteistellung und Beschwerdelegitimation

Beschwerdelegitimation kommt sowohl nach dem VwGG wie auch dem AVG nur einer Partei des Verfahrens, somit dem betroffenen Asylwerber zu.

Problematisch ist dies, wenn ein Elternteil oder ein Ehegatte ausgewiesen wird, da damit nicht nur in sein Recht auf Familienleben, sondern auch in das seiner Angehörigen eingegriffen wird. Nach der Rsp des EGMR kommt daher nicht nur dem Asylwerber selbst, sondern auch seinen Familienangehörigen ein Beschwerderecht zu.³³ Nach der Rsp des VfGH soll, wo die Rechtsordnung subjektive Rechte einräumt, den Betroffenen Parteistellung zukommen.³⁴ In der vorliegenden Konstellation verneinen VfGH und VwGH aber eine Parteistellung der Angehörigen.³⁵ Eine Parteistellung könnte aus § 8 AVG abgeleitet werden, denn die Betroffenen haben ein in Art 8 MRK manifestiertes rechtliches Interesse an dem Verfahren. Mit dieser Möglichkeit argumentierte die Bundesregierung auch im Fall Inan, in dem eine Ehefrau und Kinder Beschwerde beim EGMR einlegten, da ihnen keine Parteistellung im Ausweisungsverfahren ihres Mannes bzw Vaters zuerkannt worden war.³⁶ Die Beschwerde wurde letztlich mangels Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs abgelehnt. Angesichts der Rsp des VfGH ist die Regelung bzw die Rsp verfassungsrechtlich in Zweifel zu ziehen, da der Gesetzgeber seine Gewährleistungspflicht verletzt. Wiederin kommt somit zu Recht zu dem Schluss, dass die fehlende Beschwerdemöglichkeit verfassungswidrig sei (Art 8 iVm Art 13 MRK).³⁷

³² *Wiener Lreg*, Stellungnahme, § 10 AsylG; *Burgenländische Lreg*, Stellungnahme, § 10 AsylG.

³³ EGMR 28.5.1985, 9214/80ua Fall Abdulaziz (Verletzung des Rechts der Ehefrauen bei Versagung eines Einreise- und Aufenthaltstitels an ihre Gatten); 21.6.1988, 10730/84 Fall Berrehab (Verletzung des Rechts des Kindes bei Ausweisung des Vaters); 26.3.1992, 12083/86 Fall Beldjoudi (Verletzung des Rechts der Ehefrau bei Ausweisung des Gatten).

³⁴ VfSlg 13.646/1993; 15.123/1998.

³⁵ VfSlg 12.128/1989; 14.335/1995; 14.337/1995; 14.863/1997; 15.744/2000 mwN. Stellvertretend VwGH 23.4.1990, 90/19/0232.

³⁶ EKMR 9.7.1984, 10266/83 Fall Inan.

³⁷ *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen, 113; vgl auch *Weichselbaum*, JAP 2000/01, (202) 207.

Beschwerde kann ab dem Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides erhoben werden, was im Einparteienverfahren vor dem Bundesasylamt die Zustellung des Bescheides an den Beschwerdeführer voraussetzt. Die Rsp geht jedoch in verfahrensökonomischer Weise davon aus, dass eine verfrühte Beschwerde durch nachträgliche Erlassung - in der Praxis des BAA durch Zustellung an die Partei - des bereits angefochtenen Bescheides heilt.³⁸ Wird der Bescheid jedoch auch nachträglich nicht erlassen, ist die Beschwerde mangels eines tauglichen Anfechtungsgegenstandes zurückzuweisen.³⁹

Im Anwendungsbereich des AsylG 2005 ist es denkbar, dass eine Beschwerde auch schon vor Beginn des Laufes der Beschwerdefrist erhoben wird, sofern die Entscheidung dem Asylwerber zugestellt wurde.⁴⁰ Dieser Fall tritt dann ein, wenn ein tretener Asylwerber nach Zustellung eines zurück/abweisenden Bescheides, der auch eine Ausweisung enthält, selbst Beschwerde erhebt, bevor die Zustellung an seinen Vertreter, mit welcher die Rechtsmittelfrist zu laufen beginnt (§ 23 Abs 4 AsylG), erfolgt ist.⁴¹ Im umgekehrten, vom Gesetzgeber freilich nicht intendierten Fall, wo die Zustellung zunächst an den Vertreter und erst danach an den Asylwerber selbst erfolgt, wird der Bescheid freilich erst mit Zustellung an den Asylwerber rechtlich existent, womit aber der Mangel eines bekämpfbaren Bescheides hinsichtlich der zuvor eingebrachten Beschwerde durch den Vertreter heilt.⁴² Feßl hingegen geht davon aus, dass auch schon die bloße Zustellung des Bescheides an den Zustellbevollmächtigten alleine Rechtswirkungen, insb den Lauf der Rechtsmittelfrist, auslöst, zumal die Zustellung an den Asylwerber die fremdenrechtlichen Auswirkungen des Bescheides sichern solle.⁴³

9.2.1.2 Erschöpfung des Instanzenzuges

Die Notwendigkeit der Erschöpfung des Instanzenzuges für Beschwerden zum AsylGH ergibt sich schon aus Art 129c B-VG. Wie Muzak aufgezeigt hat, fehlt in Art 129c B-VG die, in vergleichbaren Regelungen des B-VG vorgesehene, Einschränkung auf das in Betracht kommen eines Instanzenzuges, sodass eine systematische Interpretation den Schluss zulässt, dass ein Instanzenzug unterhalb des AsylGH verfassungsrechtlich zwingend ist.⁴⁴ Aus der Entstehungsgeschichte des Art 129c B-VG und den Materialien ist jedoch erkennbar, dass der Gesetzgeber die Asylverfahren

³⁸ VwGH 4.6.1987, 86/02/0198; 4.7.1989, 88/05/0225.

³⁹ VwGH 27.4.1995, 93/17/0267; 14.2.1997, 96/19/2385; 30.8.2007, 2006/19/0480.

⁴⁰ 17.9.2003, 2003/20/0073.

⁴¹ Vgl die Entscheidungen des UBAS vom 06.02.2008, respektive vom 07.02.2008 zur Zahl 214.121/3-VIII/22/2008, zu den Berufungen des Antragstellers selbst und des Rechtsanwaltes. So auch Feßl, UVSaktuell 2006, 56.

⁴² UBAS 30.5.2007, 312.147-1/5E-XIII/66/07.

⁴³ Feßl, UVSaktuell 2006, 56. Zur Frage der Auswirkungen auf Beschwerden, denen keine aufschiebende Wirkung zukommt siehe unten 9.2.3.3 auf Seite 175.

⁴⁴ Muzak in Muzak/Rohrböck, Asylgerichtshof, 27.

beschleunigen wollte und von der Einrichtung des BAA als einzige Verwaltungsinstanz unterhalb des AsylGH ausging, sodass nicht von einer Verfassungswidrigkeit der Organisation von Asylverfahren auszugehen ist.⁴⁵ Zulässig wäre freilich die spätere Einrichtung einer weiteren Instanz zwischen dem BAA und dem AsylGH.

9.2.1.3 Anwaltpflicht, Verfahrenshilfe und Beschwerdegebühr

Nach dem AVG kann sich der Beschwerdeführer von jeder eigenberechtigten natürlichen Person, juristischen Person oder eingetragenen Personengesellschaft vertreten lassen, soweit seine persönliche Anwesenheit nicht erforderlich ist (§ 10 AVG). Ausgeschlossen sind Winkelschreiber. Nach dem VwGG hingegen besteht zur Einbringung von Schriftsätzen betreffend Beschwerden Anwaltszwang (§ 24 Abs 2 VwGG). Der Anwalt bedarf keines Vertretungsverhältnisses zum Beschwerdeführer, wobei die Beschwerde in diesem Fall jedoch auch vom Beschwerdeführer zu unterzeichnen ist. Im Verfahren kann sich der Beschwerdeführer sodann auch selbst vertreten, wählt er jedoch einen Vertreter, so muss dieser Anwalt sein.⁴⁶

Um auch Parteien, die sich einen Rechtsanwalt nicht leisten können, den Zugang zum VwGH, respektive zum AsylGH zu ermöglichen, kennt das VwGG das Institut der Verfahrenshilfe (§ 61 VwGG), während dem AVG eine solche Konstruktion völlig fremd ist. Der Antrag muss neben einem aktuellen, dh nicht älter als vierwöchigen Vermögensverzeichnis, eine Kopie des angefochtenen Bescheides enthalten. Die Voraussetzung der weitgehenden Mittellosigkeit - eine Rechtsverfolgung muss den notwendigen Unterhalt beeinträchtigen (§ 63 letzter Satz ZPO) - werden Asylwerber, denen faktisch auch die Ausübung einer Beschäftigung untersagt ist, zumeist erfüllen. Der Verfahrenshilfeantrag ist innerhalb der Beschwerdefrist zu stellen und bewirkt eine Unterbrechung derselben. Nach Genehmigung bzw Abweisung des Antrags beginnt die Frist daher neu zu laufen, soweit der Antrag nicht wegen eines unverbessert gebliebenen Formgebrechens oder eines Antrags auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Stellung eines Verfahrenshilfeantrages, was gemäß § 45 Abs 5 VwGG unzulässig ist, zurückgewiesen wird (§ 26 Abs 3 VwGG). Abzuweisen ist ein Antrag nur, wenn die Beschwerde mutwillig oder aussichtslos wäre. Wird dem Antrag stattgegeben, wird der Beschwerdeführer einstweilig von allfälligen Gebühren und Barauslagen befreit und es wird ihm ein durch die Rechtsanwaltskammer zu bestellender Anwalt zur Seite gestellt, wobei übereinstimmende Wünsche hinsichtlich des Rechtsanwalts zu beachten sind (§ 61 Abs 2 VwGG).⁴⁷

Eine Vertretung durch die meisten im Asylwesen tätigen NGOs wäre somit im Anwendungsbereich des VwGG ausgeschlossen, da diese zwar Juristen, jedoch kei-

⁴⁵ Muzak in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 28.

⁴⁶ Müller in *Machacek* (Hrsg), Verfahren VwGH⁵, 206.

⁴⁷ Vgl weiterführend Müller in *Machacek* (Hrsg), Verfahren VwGH⁵, 206ff.

ne Rechtsanwälte beschäftigen.⁴⁸ Dies ist im Hinblick auf Art 1 7.ZPMRK, soweit man den Geltungsbereich auf das Beschwerdeverfahren erstreckt, bedenklich, zumal darin ein Recht auf Vertretung garantiert wird.⁴⁹ Die MRK kennt hinsichtlich des Personenkreises potentieller Vertreter keine Beschränkungen, sodass es fraglich ist, ob der innerstaatliche Gesetzgeber unter gleichzeitiger Institutionalisierung eines Verfahrenshilfesystems, zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes, den Kreis der Vertreter auf Rechtsanwälte beschränken darf. Aus einer systematischen Interpretation im Hinblick auf Art 6 MRK, der die Gewährung von Verfahrenshilfe ausdrücklich vorsieht, kann man schließen, dass im Anwendungsbereich von Art 1 7.ZPMRK eine Beschränkung auf Rechtsanwälte bei gleichzeitiger Gewährung von Verfahrenshilfe nicht zulässig sein soll, da ein solches System in Art 1 7.ZPMRK gerade nicht vorgesehen wurde. Muzak führt aus, dass „gewisse Einschränkungen“ im Rahmen des Ermessensspielraums der Staaten zulässig sein müssen, wobei natürlich ein Mindestmaß an faktischer Effektivität erhalten bleiben muss.⁵⁰ Zumal man dem Gesetzgeber des VwGG die Anordnung von Verfassungswidrigem unterstellen würde, da für Ausweisungsverfahren vor dem VwGH Anwaltpflicht besteht und der EGMR Zugangsbeschränkungen zu Höchstgerichten bisher als mit den Grundsätzen der MRK als vereinbar erachtet hat, ist dem Ansatz von Muzak zu folgen und eine Beschränkung im Hinblick auf Art 1 7.ZPMRK als zulässig zu erachten.

Die in § 24 Abs 3 VwGG vorgesehene Gebühr von 220 Euro ist im Beschwerdeverfahren an den AsylGH jedenfalls nicht zu entrichten, da § 70 AsylG eine Befreiung von derartigen Gebühren im Verfahren nach dem AsylG vorsieht. Insoweit besteht somit auf Grund des Vorranges des AsylG keine Abweichung zwischen den beiden Verfahrensrechtsregimen.

9.2.1.4 Beschwerdefrist

Ein weiterer aus Sicht des Asylwerbers wesentlicher Unterschied liegt in der Dauer der Beschwerdefrist. Ist die Einbringung einer Beschwerde nach dem VwGG nämlich innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung des Bescheides möglich, sieht das AVG nur eine zweiwöchige Beschwerdefrist vor. Einheitlich werden die Tage des Postlaufs nicht in die Fristberechnung miteinbezogen.

In der Praxis wurden Beschwerden, wohl schon aus Vorsicht, innerhalb von zwei Wochen eingebracht, wie dies auch der Rechtsmittelbelehrung des BAA entspricht.⁵¹

⁴⁸ Siehe auch den unzutreffenden Aufsatz von *Pepelnik*, anwbl 2008, 443, der davon ausgeht, dass auf Grund des - nicht näher begründeten - Vorangs des VwGG jedenfalls Anwaltszwang vor dem AsylGH herrscht.

⁴⁹ Siehe dazu oben Abschnitt 3.9 auf Seite 50.

⁵⁰ *Muzak* in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Art 1 7.ZPMRK, Rz 18.

⁵¹ Vor der Novellierung von § 23 AsylGHG konnte man, unter Annahme einer vorrangigen Anwendbarkeit des VwGG, eine mögliche, nachträgliche Heilung einer vor dem 1.7.2008 verspätet, jedoch innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung eingebrachten Berufung überlegen. (Keinerlei

9.2.1.5 Einbringungsstelle

Zwar fehlt es im AsylG an einer ausdrücklichen Regelung, wo eine Bescheidbeschwerde einzubringen ist, doch gibt es gute Gründe, das BAA als Einbringungsstelle anzunehmen. Aus § 22 Abs 3 AsylG, der den Wortlaut der durch das BAA zu erteilenden Rechtsmittelbelehrung regelt, ergibt sich, dass die Beschwerde beim BAA einzubringen ist.⁵² Dies ergibt sich des Weiteren auch e-contrario aus § 61 Abs 2 1. Satz AsylG, der ausdrücklich vorsieht, dass Säumnisbeschwerden beim AsylGH direkt einzubringen sind. Würde dies ohnehin schon für alle Beschwerden gelten, wäre die eigenständige Anordnung sinnlos. Eine Auslegung, die dem Gesetzgeber die Anordnung von Sinnlosem unterstellt, ist im Zweifel zu vermeiden.

Auf den ersten Blick fraglich ist, ob § 24 Abs 1 2. Satz VwGG, der die Einbringung von so vielen Beschwerdeausfertigungen vorsieht, sodass jeder vom AsylGH zu verständigenden Partei (oder Behörde) eine Ausfertigung zugestellt werden und überdies eine für die Akten des Gerichtshofes zurückbehalten werden kann, anzuwenden ist. Diese Bestimmung ist in untrennbarem Zusammenhang mit § 24 Abs 1 1. Satz VwGG zu sehen, wonach der VwGH als Einbringungsstelle für Bescheidbeschwerden vorgesehen ist. Da das BAA durch Einbringung der Beschwerde bei demselben von dieser Kenntnis erlangt und auch zu einer Beschwerdeverentscheidung befähigt ist (§ 22 Abs 3 letzter Satz AsylG iVm § 64a AVG), wäre es sinnlos, eine weitere Übermittlung der Beschwerde vom AsylGH an das BAA zu verlangen.

Geht man hingegen, wie Muzak/Rohrböck, davon aus, dass die Frage der Einbringungsstelle durch das VwGG bzw das AVG zu beantworten ist, ist der Asylwerber gut beraten, diese beim AsylGH einzubringen. Denn das AVG erachtet die Einbringung bei der Berufungsbehörde selbst, in sinngemäßer Anwendung somit dem AsylGH, als rechtzeitig (§ 63 Abs 5 AVG), welche nach dem VwGG verpflichtend ist. Gemäß § 6 AVG wäre das BAA zwar verpflichtet, die bei Anwendung des VwGG fälschlicherweise bei ihm eingebrachte Beschwerde an den AsylGH weiterzuleiten, das Risiko einer verspäteten Weiterleitung läge jedoch beim Beschwerdeführer.

In der Praxis werden Beschwerden - der Rechtsmittelbelehrung des BAA entsprechend - nach wie vor beim BAA eingebracht, was die Richter des AsylGH, die von der Anwendbarkeit des AVG auszugehen scheinen, nicht weiter problematisieren.

dahingehende Überlegungen in AsylGH 18.7.2008, B10 319.231-2/2008; 21.7.2008, A5 201.528-2/2008; 31.7.2008, D9 206.086-9/2008; 8.8.2008, A4 308.061-1/2008; 11.8.2008, D7 257526-2/2008, die allesamt ohne weiters von der Anwendbarkeit des AVG ausgehen.) Dies wäre wohl nicht zutreffend gewesen, da die Voraussetzungen für eine Beschwerde im Zeitpunkt der Zustellung des anzufechtenden Rechtsaktes zu beurteilen sind. Andernfalls müsste man nämlich davon ausgehen, dass die Beschwerdelegitimation für eine Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof mit 1. Juli 2008 nachträglich weggefallen wäre, was eine sachlich nicht rechtfertigbare Ungleichbehandlung - die Bewertung nach dem Gleichheitssatz setzt freilich voraus, dass dieser als Grundprinzip der Verfassung gesehen wird - darstellen würde.

⁵² aa Rohrböck in Muzak/Rohrböck, Asylgerichtshof, 161, der immer den AsylGH als Einbringungsstelle ansieht.

9.2.1.6 Sprache

Anträge und Beschwerden sind grundsätzlich, jedoch unter Wahrung der Minderheitenrechte, in deutscher Sprache einzubringen (Art 8 Abs 1 B-VG). Die Verwaltungsvorschriften können aber vorsehen, dass die Einbringung eines Rechtsmittels auch in anderen Sprachen zulässig ist.⁵³ Eine derartige Bestimmung enthielt § 24 Abs 2 AsylG 1997 idF Novelle 2003, woraus der VwGH eine Verpflichtung zur amtswegigen Übersetzung einer in nicht deutscher Sprache verfassten Berufung ableitete.⁵⁴ Eine entsprechende Regelung fehlt jedoch im AsylG 2005, sodass die Einbringung einer Beschwerde in einer anderen als der deutschen Sprache streng genommen nicht (mehr) zulässig ist.

Die oftmals unzureichenden Deutschkenntnisse von Asylwerbern, die ihnen ein tiefergehendes Verständnis des zurück- bzw abweisenden Bescheids versagen, finden abgesehen von der eben dargelegten Möglichkeit, die Beschwerde auch in einer anderen Sprache einzubringen, keine Berücksichtigung. Insbesondere sind mangelnde Sprachkenntnisse alleine, ohne das Hinzutreten weiterer Umstände, nicht ausreichend einen Wiedereinsetzungsgrund zu begründen.⁵⁵ Die Anhaltung in Schubhaft und die damit verbundene Schwierigkeit bei der Erhebung eines Rechtsmittels kann auch nur dann einen Wiedereinsetzungsgrund bilden, wenn der Asylwerber zumindest versucht hat Hilfestellung durch einen Dolmetscher oder einen Rechtsbeistand zu erlangen.⁵⁶

9.2.2 Inhaltliche Beschwerde Voraussetzungen

Die inhaltlichen Anforderungen an eine Beschwerde werden im VwGG in § 28 leg cit umfangreich geregelt. Demnach hat die Beschwerde den angefochtenen Bescheid sowie die belangte Behörde - im Asylverfahren stets das BAA - zu bezeichnen, den Sachverhalt zu schildern, die Beschwerdepunkte - darunter ist die genaue Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Beschwerdeführer als verletzt erachtet - und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, auszuführen, ein bestimmtes Begehren sowie schließlich Angaben hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung zu enthalten.⁵⁷ Darüber hinaus hat der Beschwerdeführer auch eine Kopie des angefochtenen Bescheids beizulegen (§ 28 Abs 5 VwGG). Ein Mangel in dieser Hinsicht führt nicht zur sofortigen Zurückweisung. Die Beschwerde ist unter Einräumung einer kurzen Frist zur Mängelbehebung zurückzustellen, wobei jedoch eine unvollständige oder nicht fristgerechte Mängelbehebung eine ge-

⁵³ Vgl. *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*³, 238.

⁵⁴ VwGH 09.01.2004, 2003/01/0447.

⁵⁵ VwGH 19.12.1995, 95/20/0409; 16.10.1996, 96/01/0195; 17.2.2005, 2005/18/0029. *Frank/Annerinhof/Filzwieser*, *AsylG 2005*, § 17 K11; *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahren I*², 1572f.

⁵⁶ VwGH 7.9.2004, 2001/18/0037; 13.12.2001, 99/21/0110.

⁵⁷ Weiterführend *Müller in Machacek* (Hrsg), *Verfahren VwGH*⁵, 225.

seztliche Vermutung hinsichtlich der Zurückziehung der Beschwerde auslöst (§ 34 Abs 2 letzter Halbsatz VwGG).

Im Gegensatz dazu fordert § 63 Abs 3 AVG lediglich die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides sowie einen Beschwerdeantrag und eine Begründung dafür. Die Rsp ist dabei großzügig und lehnt einen formalistischen Ansatz ab. So ist es ausreichend, wenn „die Eingabe erkennen läßt, welchen Erfolg der Einschreiter anstrebt und womit er seinen Standpunkt vertreten zu können glaubt, selbst wenn die Begründung nicht als stichhältig anzusehen ist.“⁵⁸ Die Rsp fordert jedoch eine Individualisierung des Beschwerdeführers, um dessen Legitimation überprüfen zu können.⁵⁹ Leidet die Beschwerde hinsichtlich einer dieser Punkte an einem Mangel, so haben die Instanzen dem Beschwerdeführer gemäß § 13 Abs 3 AVG eine angemessene Frist zur Verbesserung zu setzen.⁶⁰ Im Gegensatz zum VwGG gilt die Beschwerde bei ungenutztem Verstreichen dieser Frist jedoch nicht als zurückgezogen, sondern bedarf es einer zurückzuweisenden Entscheidung durch die Beschwerdeinstanz.

9.2.2.1 Antrag während Beschwerdefrist

Den jeweiligen Verfahren zur Mängelbehebung kommt insbesondere Bedeutung zu, wenn der Asylwerber während der Rechtsmittelfrist bzw während des laufenden Beschwerdeverfahrens einen weiteren Antrag auf internationalen Schutz stellt. Dieser gilt Kraft gesetzlicher Fiktion als Beschwerde bzw Beschwerdergänzung, je nach Zeitpunkt der neuerlichen Antragstellung (§ 17 Abs 7 und 8 AsylG). Auf den konkreten Inhalt der „Beschwerde“ kommt es somit nicht an.⁶¹ Der Gesetzgeber wollte damit dem rechtlich unerfahrenen Beschwerdeführer den Zugang zum AsylGH erleichtern, was ein lobenswertes Ziel ist.⁶² Die ungenügende Ausgestaltung der Regelung ermöglicht es dem AsylGH jedoch zumeist, ohne Verhandlung über die inhaltlich wohl eher dürftige Beschwerde zu entscheiden, womit das Mehr an Rechtsschutz gering ausfällt. Ein zweites und vom Gesetzgeber wohl vordergründig verfolgtes Ziel war es, dem AsylGH eine Handhabe gegenüber unbegründeten Folgeanträgen in die Hand geben zu wollen, was in bestimmten Fällen, insb in Dublin-Verfahren, durchaus notwendig erscheint. Die Regelung ist im Vergleich zum AsylG 1997 idF 2003 inhaltlich nicht neu (vgl § 32 Abs 5 AsylG 1997), aber nach wie vor untauglich, zumal es dem Beschwerdeführer nach Zustellung der Entscheidung des AsylGH frei steht, einen weiteren Folgeantrag zu stellen, der sodann auch als solcher zu behandeln ist.⁶³ Die

⁵⁸ VwGH 30.4.1999; vgl weiters 29.6.2005, 2003/04/0080; 25.4.2008, 2008/02/0012.

⁵⁹ VwGH 25.1.1994, 93/04/0172.

⁶⁰ Stellvertretend VwGH 19.11.2002, 2002/12/0155; 17.10.2002, 2002/07/0079; Weiterführend *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*³, 238ff.

⁶¹ *Putzer/Rohrböck*, *Leitfaden Asylrecht*, Rz 545.

⁶² RV 952 BlgNR XXII GP, 44.

⁶³ RV 952 BlgNR XXII GP, 44.

Bestimmung bewirkt lediglich eine gewisse Verringerung des Verwaltungsaufwandes, da über den „neuen Antrag“ nicht eigens mit einem Bescheid abzusprechen ist, sondern dieser von der Erledigung der Beschwerde mitumfasst wird.⁶⁴ Auch der Aufwand des BAA wurde durch die Regelung verringert, zumal nach der Rechtslage im AsylG 1997 vor der Novelle 2003 der Asylwerber hinsichtlich der Unzulässigkeit seines neuen Antrages zu manuduzieren war und ihm sodann die Wahl offen stand, den Antrag in das Berufungsverfahren einzubeziehen oder weiter aufrecht zu erhalten, worauf das BAA einen Zurückweisungsbescheid zu erlassen hatte.⁶⁵

9.2.2.2 Neuerungsverbot

Begriff und Verfassungskonformität Im Asylverfahren wurde mit der Novelle 2003 ein Neuerungsverbot eingeführt, womit es dem Asylwerber grundsätzlich versagt wurde, im Berufungs-, nunmehr im Beschwerdeverfahren, neue Tatsachen oder Beweismittel vorzubringen (§ 32 AsylG 1997 idF BGBl 101/2003, nunmehr § 40 AsylG). Das Aufgreifen solcher Umstände durch den Gerichtshof selbst ist hingegen weiter möglich, uU sogar verfassungsrechtlich geboten (Refoulement).⁶⁶

Im Zivilprozess dient das Neuerungsverbot der Verfahrensbeschleunigung, da die Parteien angehalten werden alle Tatsachen schon in erster Instanz vorzubringen und so die Aufgabe der zweiten Instanz auf die Überprüfung der Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz beschränkt werden kann, was eine Verfahrenskonzentration in der ersten Instanz mit sich bringt.⁶⁷ Dort findet es angesichts des Schwerpunkts in der ersten Instanz auch seine Rechtfertigung.⁶⁸ Dementsprechend sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers mit dem Neuerungsverbot „die Kompetenz des BAA als Tatsacheninstanz erweitert werden.“⁶⁹ Mit dem Neuerungsverbot wollte er auch ein Mittel schaffen, um den UBAS, nunmehr den AsylGH nicht missbräuchlich zur Verfahrensverlängerung erstatteten Vorbringen zu belasten. Da im Verwaltungungsverfahren jedoch die Officialmaxime und das Gebot der materiellen Wahrheit Geltung haben, erscheint das Neuerungsverbot unpassend und auch wenig zielführend.⁷⁰ So plädierte auch UNHCR für eine Aufhebung des Neuerungsverbots, da die Zweckmäßigkeit der Bestimmung mehr als fraglich erscheine.⁷¹

Die Einführung des Neuerungsverbotes mitsamt weitgehenden Ausnahmen hielt

⁶⁴ Feßl/Holzschuster, Kommentar, 398.

⁶⁵ Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 17 K9.

⁶⁶ Vgl zu § 32 AsylG 1997 Feßl, ZUV 2003, (139); Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005², § 40, K1; Piska, *migraLex* 2004, (9) 14; Rohrböck, § 32 AsylG 1997.

⁶⁷ Fasching in Fasching/Konecny (Hrsg), IV/1², Einleitung Rz 112; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶, Rz 286f.

⁶⁸ Thallinger, ZfV 2004, 161.

⁶⁹ RV 952 XXII GP, 66.

⁷⁰ Vgl Thallinger, ZfV 2004, (161) FN 80ff.

⁷¹ UNHCR, Stellungnahme, 20.

der verfassungsgerichtlichen Kontrolle größtenteils Stand. Schon in VfSlg 13.838 verneinte der VfGH eine Verletzung von Art 11 Abs 2 B-VG unter Verweis auf die Notwendigkeit einer raschen Erledigung der Asylverfahren.⁷² Daran knüpfte der VfGH inhaltlich in VfSlg 17.340 an und verneint ebenso eine unzulässige Abweichung von Art 11 Abs 2 B-VG. Allerdings sei das Neuerungsverbot an den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips und Art 13 MRK zu messen, welches eine solche Gestaltung eines Verfahrens verlange, die ein letztlich rechtlich richtiges Ergebnis gewährleiste. Dieses werde jedoch durch beschleunigte Verfahren und/oder die besondere Situation, in der sich ein Asylwerber bei seiner Einvernahme in der ersten Instanz befinde, insb auch durch sprachliche Probleme, beeinträchtigt. Im Hinblick auf das Rechtsstaatsgebot müssten auch die potentiellen Folgen einer Fehlentscheidung beachtet werden. Diesen Umständen sei durch die Ausnahmen vom Neuerungsverbot größtenteils Rechnung getragen. Dass jedoch nur eine medizinisch belegbare Traumatisierung der mangelnden Fähigkeit des Asylwerbers, Tatsachen oder Beweismittel vorzubringen, erachtete der VfGH jedoch als verfassungswidrig, da damit nicht in ausreichender Weise auf die „physische und psychische Ausnahmesituation“ Bedacht genommen werde. Daher hob er die Wortfolge „auf Grund einer medizinisch belegbaren Traumatisierung“ auf.⁷³ Der Argumentation Feßls, der eine Verletzung von Art 13 MRK unter Hinweis auf die Ausnahmen des Neuerungsverbots und der Möglichkeit eines Abschiebungsaufschubs zur Verhinderung einer Grundrechtsverletzung verneinte, folgte der VfGH ohne weitergehende Begründung nicht.⁷⁴ Im Ergebnis ist dem VfGH zuzustimmen.

Beschränkungen Wie bereits angedeutet, kennt das Neuerungsverbot jedoch weite Ausnahmen. So ist die Behauptung neuer Tatsachen bzw die Vorlage neuer Beweismittel weiterhin zulässig, wenn nach der Entscheidung durch das BAA eine maßgebliche Sachverhaltsänderung eingetreten ist (Z 1), das Verfahren vor dem BAA mangelhaft war (Z 2), Tatsachen oder Beweismittel dem Asylwerber bis zur Entscheidung durch das BAA nicht zugänglich waren (Z 3) oder der Asylwerber nicht in der Lage war, diese vorzubringen (Z 4).

Auf Grund des leicht abgewandelten Wortlauts ist von einer Beschränkung des Umfangs von Z 1 auszugehen, da der Gesetzgeber nunmehr an Stelle von „entscheidungsrelevanten“ Veränderungen lediglich von „maßgeblichen“ spricht.⁷⁵ Von einer maßgeblichen Sachverhaltsänderung ist dann auszugehen, wenn der AsylGH auf Grund der neu vorgebrachten Tatsache bzw des Beweismittels alleine oder in Verbindung des neuen Vorbringens mit dem bisherigen zu einem anders lautenden

⁷² Vgl Feßl, ZUV 2003, 139.

⁷³ VfSlg 17.340/2004. Vgl Feßl, ZUV 2005, 61.

⁷⁴ Vgl Feßl, ZUV 2003, 139.

⁷⁵ Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005², § 40, K4.

Ergebnis kommen kann.⁷⁶ Im Rahmen dieses Tatbestandes sind also all jene Sachverhaltsänderungen zu berücksichtigen, die erst nach der Entscheidung des Bundesasylamtes eingetreten sind. Feßl geht davon aus, dass auch schon bei einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorliegens eines geänderten Sachverhaltes, insb durch Zeitablauf und dem Vorliegen anders lautender Länderinformationen, die Ausnahme erfüllt ist.⁷⁷

Bei der Ausnahme der Mangelhaftigkeit des Verfahrens kommt es nach Rohrböck hingegen nicht darauf an, ob dieser Mangel eine potentiell anders lautende Entscheidung herbeigeführt hat oder nicht.⁷⁸ Frank/Anerinhof/Filzwieser sprechen sich hingegen mit guten Gründen dafür aus, dass es auch hier auf die potentielle Relevanz des Verfahrensfehlers ankommen sollte.⁷⁹ Denn wenn schon ein unbedeutender Fehler zum Entfall des Neuerungsverbotes führen würde, würde damit der Sinn und Zweck des Neuerungsverbotes völlig unterlaufen werden. Mangelhaft ist das Verfahren dann, wenn Beweismittel oder wesentliche Verfahrensgrundsätze außer Acht gelassen, der Sachverhalt unvollständig festgestellt wurde oder die Beweiswürdigung unzutreffend ist.⁸⁰ Auch die Heranziehung eines ungeeigneten Dolmetschers bzw eine schlechte Übersetzungsleistung kann eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens begründen. Dieser Neuerungsgrund steht jedoch in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Beweiskraft der Niederschrift über die Einvernahmen (§ 14 AVG). Hier ist jedoch zu beachten, dass auch wenn der Asylwerber mit seiner Unterschrift die Vollständigkeit und Richtigkeit des Protokolls bestätigt, er auf die Hilfe des Dolmetschers angewiesen ist und dem Antragsteller oftmals die Folgen seiner Unterschrift auf dem Protokoll nicht bewusst sein dürfte. Angesichts dieser Faktoren wird man nur in Ausnahmefällen davon ausgehen können, dass eine erst in der Beschwerde behauptete schlechte Dolmetschleistung, die eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens bedingt hat, ein missbräuchliches Vorbringen darstellt. Hat das BAA somit auch nur in einem Punkt schlecht oder unzureichend ermittelt, hat der AsylGH das Verfahren unter Beachtung eines jeden neuen Vorbringens zu führen, auch wenn hinsichtlich dieses Vorbringens kein mangelhaftes Verfahren vorliegt. Hier wird die stark beschränkte praktische Bedeutung dieser Bestimmung besonders deutlich.

Hinsichtlich des Ausnahmetatbestandes in Z 3 fällt auf, dass der Gesetzgeber den Klammerausdruck *nova reperta* gestrichen hat. Aus dem systematischen Zusammenhang zu Z 1 ergibt sich jedoch, dass inhaltlich nichts anders gemeint sein kann. Bereits bestehende Tatsachen bzw Beweismittel, die dem Asylwerber aber erst zu einem späteren Zeitpunkt - einem Zeitpunkt nach Abschluss des Verfahrens vor

⁷⁶ Rohrböck, § 32 AsylG 1997.

⁷⁷ Feßl, ZUV 2003, 139.

⁷⁸ Rohrböck, § 32 AsylG 1997.

⁷⁹ Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005², § 40, K6.

⁸⁰ Rohrböck, § 32 AsylG 1997.

dem BAA - zugänglich wurden, können somit eine Durchbrechung des Neuerungsverbot bedingen. Im AsylG wird freilich der Begriff nova reperta dahingehend beschränkt, dass es auf die Zugänglichkeit der neuen Beweismittel für den Asylwerber ankommt und nicht um das bloße Wissen von deren Existenz, sodass die Streichung des Ausdrucks nova reperta konsequent ist. Anders als im Rahmen der Wiederaufnahme gemäß § 69 AVG kennt § 40 Abs 1 Z 3 AsylG kein Verschuldensprinzip.⁸¹ Lediglich grob missbräuchliche Vorbringen sind nach dem Sinn und Zweck des Neuerungsverbots ausgeschlossen, was wohl eine, wenn auch eher grobmaschige, Verschuldensprüfung umfasst.

Schließlich ist die Vorlage eines neuen Vorbringens bzw Beweismittels zulässig, wenn der Antragsteller bis zur Beschwerde nicht in der Lage war dieses zu erstatten. Wie Feßl aufgezeigt hat, handelt es sich hier ebenso um schon bestehende Tatsachen, somit um eine abgewandelte Spielart des nova reperta.⁸² Hinsichtlich des Grundes dieser Unfähigkeit kennt das Gesetz, anders als in der ursprünglichen Fassung BGBl 101/2003, wo nur auf Grund einer medizinisch belegbaren Traumatisierung neue Umstände vorgebracht werden durften, in Folge der Entscheidung VfSlg 17.340 keine Einschränkungen.

Sobald eine dieser Bedingungen erfüllt ist, kann der Beschwerdeführer ein neues Vorbringen bzw neue Beweismittel in jeder Hinsicht vorlegen, auch wenn nur eine dieser Voraussetzungen im Hinblick auf einen Teil des Verfahrens gegeben ist. Gemäß § 40 Abs 2 AsylG besteht eine Entscheidungspflicht des AsylGH hinsichtlich der Zulässigkeit des neuen Vorbringens jedoch nicht, wenn dieses für die Entscheidung nicht (mehr) maßgeblich ist. Damit bewirkt der Gesetzgeber keine Änderung der Rechtslage, sondern normiert vielmehr Selbstverständliches.⁸³

Das Neuerungsverbot ist im Lichte der Rsp restriktiv auszulegen.⁸⁴ Die Rsp verlangt, um ein Vorbringen nach dem Neuerungsverbot beurteilen zu können, eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Asylwerber mit dem neuen Vorbringen versucht, das Verfahren missbräuchlich zu verlängern.⁸⁵ Der VwGH qualifiziert eine derartige Missbrauchsabsicht als Voraussetzung der Anwendbarkeit des Neuerungsverbots.⁸⁶

Nach Feßl erfährt das Neuerungsverbot eine weitere Einschränkung dadurch, dass es nur für Vorbringen in der Beschwerde gilt. Bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch den AsylGH stehe es dem Beschwerdeführer demnach jedenfalls frei, in dieser einen neuen Sachverhalt bzw neue Beweismittel vorzulegen. Dies ergebe

⁸¹ Rohrböck, § 32 AsylG 1997.

⁸² Feßl, ZUV 2003, 139.

⁸³ Vgl Feßl/Holzschuster, Kommentar, 546.

⁸⁴ VfSlg 17.340/2004. VwGH 27.9.2005, 2005/01/0313.

⁸⁵ Vgl beispielsweise VwGH 27.9.2005, 2005/01/0313.

⁸⁶ VwGH 27.2.2007, 2006/01/0919; 26.3.2007, 2007/01/0074.

sich einerseits aus dem Wortlaut von § 40 AsylG, in dem nur auf die Beschwerde abgestellt werde, andererseits aus einer zusammenschauenden Auslegung im Hinblick auf § 482 Abs 2 ZPO. Dort sei ein neues Vorbringen nämlich im Gegensatz zum AsylG nur zulässig, wenn das Berufungsgericht eine neue Beweisaufnahme und nicht bloß eine Beweiswiederholung anordne, was auch im Wortlaut seinen Niederschlag finde.⁸⁷ Rohrböck geht hingegen von einer weiteren Geltung des Neuerungsverbots auch für den Fall der Durchführung einer mündlichen Verhandlung aus, da dieses sonst aus Sicht des Gesetzgebers inhaltlich wertlos sei.⁸⁸

Anwendbarkeit gegenüber Vorbringen hinsichtlich §§ 8, 10 AsylG Fraglich ist, ob das Neuerungsverbot auch im Bereich des subsidiären Schutzes und der Ausweisung Anwendung finden kann, zumal hier über drohende Grundrechtseingriffe abgesprochen wird, die im Rahmen des Refoulement jedenfalls von Amts wegen zu beachten sind. Da mit der Zurück- bzw Abweisung des Antrages auf internationalen Schutz auch über die Ausweisung des Betroffenen und damit über grundrechtliche Fragen abzusprechen ist, kann das Neuerungsverbot nicht gegenüber einem Vorbringen im Bereich von § 8 AsylG - Implikationen hinsichtlich Art 2-3 MRK und 6. sowie 13.ZPMRK - und § 10 Abs 2 AsylG - Implikationen mit Art 8 MRK - Anwendung finden. Die Rsp scheint anderer Ansicht zu sein, hat sich jedoch mit der grundrechtlichen Problematik dieser Frage nicht auseinandergesetzt.⁸⁹ Tlw hat der UBAS das unter das Neuerungsverbot subsumierte Vorbringen jedoch auch hinsichtlich seiner Glaubwürdigkeit gewürdigt, was die Bedenken gegenüber dieser Rechtsprechungslinie nur bedingt zu mindern vermag, da diese Würdigung in Form einer Eventualbegründung in der Erfahrung der Autorin zumeist nur dann erfolgt, wenn sie unproblematisch ist.⁹⁰ Würde es hingegen zu einem anderen Ergebnis führen, entfällt eine derartige Begründungslinie oftmals. Angesichts des engen Anwendungsbereiches des Neuerungsverbots in Missbrauchsfällen kommt dieser Frage freilich eher theoretische Bedeutung zu. Für Ausweisungen kommt hinzu, dass es

⁸⁷ Feßl, ZUV 2003, (139); Feßl/Holzschuster, Kommentar, 544.

⁸⁸ Rohrböck, § 32 AsylG 1997.

⁸⁹ VwGH 3.5.2005, 2002/18/0053 (Keine Geltung des verwaltungsgerichtlichen Neuerungsverbots, da das Parteiengehör verletzt wurde, woraus sich e-contrario die grundsätzliche Anwendbarkeit ergibt.) UBAS 11.2.2008, 315.890-1/XVII/55/2007 (drohende lebenslängliche Haftstrafe in Ägypten); 7.2.2008, 303.852-C1/VII/20/2006 (mangelnde Lebensgrundlage iVm ethnischer Zugehörigkeit), 28.1.2008, 302.725-3/XVIII/58/2007 (ebenso).

Vgl auch die ähnliche Problematik bei Entscheidungen gemäß § 68 AVG. Nach einer mA nach veralteten Rsp-Linie des VwGH war nur ein asylrelevantes Vorbringen zu beachten (VwGH 21.11.2002, 2002/20/0315; 25.04.2007, 2004/20/0100), was im Hinblick auf die mit einer Entscheidung nach § 68 AVG verbundenen Ausweisung und dem damit möglichen Grundrechtseingriff bedenklich erscheint. Siehe aber AsylGH 23.10.2008, D3 241408-2/2008, sowie Erkenntnisse des AsylGH betreffend Verfahren gemäß § 68 AVG, denen ein Dublin-Verfahren vorran ging, wo auch ein „lediglich“ Non-Refoulementrelevantes Vorbringen geprüft wird. Dazu oben im Abschnitt 4.2.1.1 auf Seite 61f.

⁹⁰ Vgl beispielsweise UBAS 28.1.2008, 267.549/0-XVIII/60/06; 7.2.2008, 303.852-C1/VII/20/2006.

sich bei dafür relevanten Tatsachen zumeist um erst während des Beschwerdeverfahrens entstandene handelt, sodass diese ohnehin nicht unter das Neuerungsverbot fallen.

Anwendbarkeit gegenüber § 17 Abs 7-8 AsylG Gegenüber einem Vorbringen in einem gemäß § 17 Abs 7-8 AsylG als Beschwerde geltenden Antrags ist hingegen von der Anwendbarkeit des Neuerungsverbotes auszugehen, zumal es das Ziel dieser Bestimmung darstellt, Asylverfahren zu beschleunigen. Überdies käme es zu der ansonsten nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung des gleichen Vorbringens im Beschwerdeverfahren.⁹¹

9.2.3 Aufschiebende Wirkung der Beschwerde

Da der VfGH den gänzlichen Ausschluß der aufschiebenden Wirkung gegenüber Berufungen im Asylverfahren als verfassungswidrig erkannte, zumal es jedenfalls einer Interessenabwägung im Einzelfall bedürfe, schuf der Gesetzgeber im AsylG 2005 ein im Endeffekt verwirrendes System der Zu- und Aberkennung der Suspensivwirkung einer Beschwerde.⁹² Aufschiebende Wirkung kommt gemäß § 36 AsylG grundsätzlich nur abweisenden Bescheiden zu, während Bescheiden, die den Antrag auf internationalen Schutz zurückweisen, ex lege keine derartige Wirkung zukommt.

Mit der neuen Regelung sollten die verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das rechtsstaatliche Prinzip und Art 13 MRK, aber auch Art 11 Abs 2 B-VG - mit den im AsylG enthaltenen Regelungen wird von der nach dem AVG prinzipiell gewährten aufschiebenden Wirkung abgegangen - ausgeräumt werden. Rechtspolitisch muss angemerkt werden, dass gerade in dem grundrechtlich sensiblen Bereich des Asylverfahrens eine derartige Vorgehensweise nach wie vor unpassend erscheint.

Entscheidungen im Asylverfahren stellen Rechtsgestaltungsbescheide dar, welchen nach der älteren Literatur und Rsp keine aufschiebende Wirkung zukommen konnte, zumal nur Leistungen vollstreckbar seien und dementsprechend nur die Wirkungen (die Vollstreckbarkeit) eines Leistungsbescheides aufgeschoben werden könnten.⁹³ Nach der neueren Lehre und Rsp, die sich auf den historischen Wortsinn des Begriffs Vollstreckung und das rechtsstaatliche Prinzip stützen, sind jedoch auch Rechtsgestaltungsbescheide der aufschiebenden Wirkung zugänglich, da Vollstreckung mit „in Vollzug setzen“ bzw „Umsetzung des Bescheides in die Wirklichkeit“ gleichgesetzt wird.⁹⁴ Es bestehen somit keine grundlegenden dogmatischen Bedenken gegenüber

⁹¹ Muzak, *migraLex* 2004, 9; Scheffler-König/Gruber, *Asylrecht*, § 17 Anm 9 und 11.

⁹² Putzer/Rohrböck, *Leitfaden Asylrecht*, Rz 568.

⁹³ Antonioli/Koja, *Allgemeines Verwaltungsrecht*³, 546 und 623; Hengstschläger, § 64 AVG Rz 10ff. Vgl jedoch noch in diese Richtung Walter/Mayer, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Rz 403 und 472.

⁹⁴ Hengstschläger, *Kommentar zum allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 64 AVG Rz 16;

der Verwendung des Begriffs aufschiebende Wirkung im Asylverfahren. Schließlich spricht auch der Gesetzgeber in § 24 AsylGHG von der Vollstreckung der Entscheidungen des AsylGH. Insoweit wurde der Wortlaut von § 36 AsylG aber schlampig formuliert, zumal in § 36 Abs 4 AsylG von der aufschiebenden Wirkung gegenüber der Ausweisung, nicht der Entscheidung, wie in Abs 1-2 leg cit, die Rede ist. Dies ist jedoch im Zusammenhang mit dem Regelungsziel von Abs 4 leg cit - die Frage des Zeitpunktes der Umsetzung der Ausweisung - zu sehen, sodass daraus nicht abzuleiten ist, dass die Gewährung der aufschiebenden Wirkung bloß die Ausweisung betrifft.⁹⁵

9.2.3.1 Zuerkennung bei Zurückweisungsentscheidungen

Der AsylGH hat zurückweisenden Bescheiden eine aufschiebende Wirkung zuerkennen, soweit eine Verletzung jener Bestimmungen zu befürchten ist, die im Rahmen des subsidiären Schutzes - dh Art 2-3 MRK oder des 6. und 13.ZPMRK oder das Bestehen einer ernsthaften Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes - zu prüfen sind (§ 37 Abs 1 AsylG). Der Maßstab ist niedriger als ein „reales Risiko“ des Eingriffes anzusetzen, nämlich auf Höhe der „vertretbaren Behauptung“, zumal ansonsten die Vorläufigkeit der Maßnahme ad absurdum geführt werden würde.⁹⁶ Ein entsprechender Sachverhalt wäre freilich schon im Rahmen des Verfahrens vor dem BAA zu beachten, sodass gegebenenfalls gar keine zurückweisende Entscheidung und eine damit verbundene Ausweisung ausgesprochen werden dürfte.⁹⁷ Angesichts der drohenden Grundrechtsverletzung besteht insoweit kein Ermessen des AsylGH bei der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung.

Ein drohender unverhältnismäßiger Eingriff in Art 8 MRK ist (lediglich) im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation zu berücksichtigen.⁹⁸ Bloß für Familienmitglieder iSd § 2 Z 22 AsylG gilt, soweit die aufschiebende Wirkung einem Angehörigen der Familie zuerkannt wurde, dies auch für die anderen Mitglieder (§ 36 Abs 3 AsylG).

Die Problematik der faktischen Schwierigkeiten, mit denen ein Asylwerber konfrontiert wird, der gezwungen ist sein Asylverfahren vom Ausland aus zu führen, wurden vom Gesetzgeber ebenso wenig aufgegriffen. Er scheint jedoch davon auszugehen, mit § 37 AsylG ein den vom VfGH dargelegten Anforderungen entsprechendes

vgl auch schon *Röhrböck*, Gewährung von Asyl, Rz 693ff.

⁹⁵ *Scheffler-König/Gruber*, Asylrecht, § 36 Anm 13; vgl auch *Putzer/Röhrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 568.

⁹⁶ Vgl *Putzer/Röhrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 577.

⁹⁷ Vgl *Putzer/Röhrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 574.

⁹⁸ Vgl VfSlg 17.340/2004.

System geschaffen zu haben.⁹⁹ Im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation wird der AsylGH daher auch diese Interessen des Asylwerbers zu beachten haben.¹⁰⁰ Angesichts der Tatsache, dass die Aussage des Betroffenen oftmals das einzige Beweismittel im Asylverfahren darstellt und eine Feststellung des relevanten Sachverhalts ohne diese kaum möglich ist, hat der AsylGH die aufschiebende Wirkung jedenfalls dann zuzuerkennen, wenn eine mündliche Verhandlung notwendig erscheint.¹⁰¹

Diese Bestimmung ist im Hinblick auf die vom AsylGH vorzunehmende vorgreifende Beweiswürdigung verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Feßl schlägt zur Lösung dieses Problems vor, die aufschiebende Wirkung jedenfalls dann zu gewähren, wenn die Durchführung einer mündlichen Verhandlung notwendig erscheint, um dann zu klären, ob ein Eingriff in die genannten Rechte zu befürchten ist.

In weiterer Folge ist dann jedoch das Verfahren gemäß § 41 Abs 3 AsylG an das BAA zur Durchführung der Einvernahme zurückzuverweisen, soweit die Sache nicht entscheidungsreif ist. In praxi erfolgt die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung daher zumeist nur, wenn eine (stattgebende) Entscheidung über die Beschwerde nicht innerhalb der Sieben-Tägigen-Frist, in welcher die Fremdenpolizeibehörde mit einer Aufenthaltsbeendigung noch zuzuwarten hat, möglich ist.¹⁰² Unzulässig wäre es jedenfalls, keine aufschiebende Wirkung zu gewähren und sodann das Verfahren gemäß § 24 AsylG mangels feststellbaren Sachverhaltes einzustellen, da der Aufenthaltsort des Beschwerdeführers nicht erruierbar sei.¹⁰³

In Verfahren nach der Dublin-II-V hat der AsylGH bei der Entscheidung über die aufschiebende Wirkung auch die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze in Art 19 Abs 2 und 20 Abs 1 lit e Dublin-II-V, sowie den *effet utile* des Gemeinschaftsrechtes zu beachten, was der Gesetzgeber ausdrücklich in § 37 Abs 2 AsylG verankert hat. Gemäß diesen Bestimmungen soll Beschwerden im Dublin-Verfahren grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommen, wobei eine Zuerkennung im Einzelfall nach der Verordnung grundsätzlich immer dann zulässig ist, wenn dies das nationale Recht vorsieht - nach der Verordnung wäre somit auch der gänzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung zulässig.¹⁰⁴ Insoweit wird also für die Frage der aufschiebenden Wirkung in Dublin-Verfahren in das innerstaatliche Recht zurückverwiesen, sodass der AsylGH nach dem Grundsatz der doppelten Bindung neben den europa-

⁹⁹ Vgl RV 952 BlgNR XXII GP 6 und 55f. *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 575.

¹⁰⁰ Vgl bisher UBAS 7.3.2006, 268.445/0-X/47/06.

¹⁰¹ *Feßl*, ZUV 2005, 98.

¹⁰² In der Übergangsphase vom UBAS zum AsylGH ist es jedoch vermehrt zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gekommen.

¹⁰³ *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 576.

¹⁰⁴ Vgl zu den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen weiterführend *Filzwieser/Liebming*, Dublin II Verordnung, Art 19 K14ff und Art 20 K8ff; *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005, § 37 K8-9.

rechtlichen Anforderungen zwingende verfassungsrechtliche Überlegungen in Form der Grundrechte zu beachten hat.¹⁰⁵ Rohrböck/Putzer sehen darin die Auflösung des Spannungsverhältnisses zur MRK.¹⁰⁶ Die in § 37 Abs 2 AsylG genannten Bestimmungen wären auf Grund des Anwendungsvorranges des Europarechtes jedoch jedenfalls zu berücksichtigen, sodass sich daraus keine zusätzlichen Kriterien für die Frage der aufschiebenden Wirkung ergeben.¹⁰⁷ Wie Rohrböck/Putzer zu Recht bemerken, gehört dem Gemeinschaftsrecht auch das in Art 3 Abs 2 Dublin-II-V vorgesehene Selbsteintrittsrecht an, sodass grundrechtliche Überlegungen auch im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht für die Frage der aufschiebenden Wirkung zu beachten sind.¹⁰⁸

In welcher Form die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen ist, wird im AsylG für diesen Fall nicht geregelt. Aus einer systematischen Interpretation im Hinblick auf § 38 Abs 2 AsylG ist jedoch ersichtlich, dass diese ebenso durch Beschluss zu erfolgen hat. Da für zurückweisende Entscheidungen mit Ausnahme des Flughafenverfahrens eine Einzelrichterzuständigkeit vorgesehen ist, hat dieser auch über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden (§ 61 Abs 3 AsylG).

9.2.3.2 Ab- und Zuerkennung bei abweisenden Entscheidungen

Die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung gegenüber der Beschwerde hinsichtlich eines abweisenden Bescheides durch das BAA wird in § 38 Abs 1 AsylG abweichend von § 64 Abs 2 AVG geregelt. Die taxative Aufzählung jener Tatbestände, die eine Aberkennung der aufschiebenden Wirkung durch das BAA ermöglichen, entsprechen den aus dem AsylG 1997 bekannten Tatbeständen eines offensichtlich unbegründeten Asylantrages (§ 38 Abs 1 Z 1 und 3-5 AsylG 2005 entsprechen § 6 Abs 1 AsylG 1997 idF BGBl 101/2003), wurden jedoch erweitert. Nach Vorstellung des Gesetzgebers handelt es sich hier regelmäßig um Fälle, in denen nicht von einer Verfolgung im Herkunftsstaat auszugehen sei, sodass das Rechtsschutzinteresse sehr gering sei.¹⁰⁹

Im Vergleich zur Rechtslage nach dem AsylG 1997 ermöglicht die nunmehrige Aberkennung der aufschiebenden Wirkung eher die Erzielung der vom Gesetzgeber gewünschten Folge, nämlich der Beschleunigung des Asylverfahrens, zumal damit der Antrag nicht neuerlich durch das BAA geprüft werden muss, sollte der AsylGH davon ausgehen, dass der Antrag nicht unbegründet sei. In diesem Fall wird der AsylGH je nach Sachlage nämlich nur den Spruchpunkt bezüglich der aufschiebenden Wirkung ersatzlos beheben bzw die aufschiebende Wirkung zuerkennen. Eine

¹⁰⁵ Vgl weiterführend *Filzwieser*, *migraLex* 2007, 18.

¹⁰⁶ *Putzer/Rohrböck*, *Leitfaden Asylrecht*, Rz 578.

¹⁰⁷ *Putzer/Rohrböck*, *Leitfaden Asylrecht*, Rz 578.

¹⁰⁸ *Putzer/Rohrböck*, *Leitfaden Asylrecht*, Rz 578.

¹⁰⁹ RV 952 BlgNR XXII GP 56.

neuerliche Befassung des BAA mit dem Antrag wird jedoch in der Regel entfallen. Aus Sicht des Asylwerbers bedeutet die Regelung jedoch eine wesentliche Einschränkung seines Rechtsschutzes, da er auf eine rasche Entscheidung des AsylGH vertrauen muss.¹¹⁰

Hinsichtlich der in § 39 AsylG definierten sicheren Herkunftsstaaten hat der Gesetzgeber zw solchen Herkunftsstaaten, die ex lege die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung ermöglichen - das sind gemäß Abs 1 leg cit alle EU Staaten außer Rumänien und Bulgarien, was wohl eher auf einem Versehen angesichts des EU-Beitritts dieser Staaten nach Erlassung des Fremdenrechtspakets beruhen dürfte - und sonstigen sicheren Herkunftstaaten, bei denen es einer Verordnung der Bundesregierung bedürfte, um auch in diesem Fall die aufschiebende Wirkung aberkennen zu können, unterschieden. Die grundsätzliche Vermutung der Sicherheit, welche auch (zumindest nach Vorstellung des Gesetzgebers) die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigt, entfällt jedoch, solange ein Verfahren gemäß Art 7 Abs 1 EU-Vertrag im Laufen ist, sodass die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung dann nicht zulässig ist. Hinsichtlich der in § 39 Abs 4 AsylG aufgezählten Staaten ist eine Verordnungsermächtigung in Abs 5 leg cit enthalten, von der die Bundesregierung bis dato jedoch keinen Gebrauch gemacht hat, sodass die Zahl der sicheren Herkunftsstaaten, die die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung ermöglichen, im Vergleich zum AsylG 1997 de facto beschränkt wurde.

§ 38 Abs 1 Z 2 AsylG bewirkt indirekt eine Verpflichtung zur Antragstellung innerhalb von drei Monaten ab der Einreise. Denn stellt der Asylwerber den Antrag später als zu diesem Zeitpunkt, kann ihm die aufschiebende Wirkung aberkannt werden. Die Verpflichtung entfällt bei dem Vorliegen besonderer, nicht vom Asylwerber zu vertretender Gründe. Ist dem Asylwerber die Stellung des Antrages auf Grund seiner gesundheitlichen Situation unmöglich, darf dies daher ebensowenig wie eine verfolgungsrelevante Veränderung im Heimatstaat zu seinen Lasten gehen. Aber auch eine erst in Österreich gesetzte Handlung, die einen Nachfluchtgrund begründet, darf nicht mit dem Argument, der Asylwerber habe die Verfolgungsgefahr selbst verursacht zur Aberkennung der aufschiebenden Wirkung führen.

Die Aberkennung ist überdies möglich, wenn der Asylwerber das BAA über seine wahre Identität, seine Staatsangehörigkeit oder die Echtheit seiner Dokumente trotz Belehrung über die Folgen zu täuschen versucht hat (Z 3). Ein Erfolg der Täuschung ist somit nicht vorausgesetzt, die Absicht dazu hingegen schon. Eine versuchte Täuschung gegenüber anderen Behörden kann jedoch, im Gegensatz zum Wortlaut des Entwurfes, nicht die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen, was

¹¹⁰ Der AsylGH ist jedoch bemüht, die entsprechenden Fristen einzuhalten und dies gelingt zu meist auch. Freilich kann durch ein absichtliches Zuwarten eine Abschiebung des Antragstellers bedingt werden und diesem so die Möglichkeit einer weiteren Antragstellung zu nehmen.

praktisch insb hinsichtlich der Angabe einer falschen Identität gegenüber Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes von Bedeutung ist. Jedoch muss grundsätzlich hinterfragt werden, ob diese Bestimmung nicht über ihr Ziel hinausschießt, zumal es in der Praxis durchaus denkbar ist, dass ein Flüchtling iSd GFK seine wahre Identität aus - vielleicht auch unbegründeter, jedoch nachvollziehbarer - Angst vor weiterer Verfolgung oder Abschiebung in seinen Herkunftsstaat verschleiert.

Der Tatbestand der Z 4 leg cit erlaubt die Aberkennung für den Fall, dass der Asylwerber keine Verfolgungsgründe vorgebracht hat. Für die Prüfung der Glaubwürdigkeit des Vorbringens bleibt hier kein Raum, da sonst die als Ausnahme vorgesehene Aberkennung der aufschiebenden Wirkung zum Regelfall und damit jeder Antrag im beschleunigten Verfahren zu behandeln wäre.¹¹¹ Auf den ersten Blick fraglich ist jedoch, ob ein Vorbringen im Rahmen des subsidiären Schutzes relevant ist, zumal § 2 Abs 1 Z 11 AsylG Verfolgung unter Verweis auf Art 9 StatusRL und dieser wiederum unter Verweis auf Art 1 Abschn A GFK definiert. Zutreffend haben Putzer/Rohrböck ausgeführt, dass aus systematischen Gründen in diesem Fall die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung nicht zulässig sei, da diese sogleich vom AsylGH zuzuerkennen wäre.¹¹²

Die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung ist gemäß Z 5 leg cit dann zulässig, wenn das Vorbringen offensichtlich nicht den Tatsachen entspricht. Der sachliche Anwendungsbereich wurde gegenüber dem AsylG 1997 in der letztgültigen Fassung erweitert, da die Beschränkung auf eine Einreise über einen Flughafen entfallen ist. Hinsichtlich der offensichtlichen Unbegründetheit fordert der VwGH, dass die Tatsachenwidrigkeit sich geradezu aufdrängen und die dazu führenden Gesichtspunkte auf der Hand liegen müssten.¹¹³ Ob das Vorgebrachte jedoch nach der GFK relevant ist bzw ob es die Zuerkennung eines Status als subsidär Schutzberechtigter rechtfertigen kann, ist insoweit irrelevant, da es nicht zu Lasten des Asylwerbers gehen darf, wenn das BAA in Verkennung der Rechtslage ihm einen solchen Status nicht gewährt.¹¹⁴

Frank/Anerinhof/Filzwieser sprechen beim Tatbestand der Z 6 leg cit vom Vorliegen eines „taktischen Asylantrages“. Dieser ermöglicht die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung in jenen Fällen, in denen gegenüber dem Asylwerber bereits vor der Antragstellung eine durchsetzbare Ausweisung oder ein Aufenthaltsverbot bestanden hat. Die Rechtskraft der Maßnahme spielt somit keine Rolle. Da gemäß § 71 FPG, welcher in Umsetzung der RL 2001/40 ergangen ist, bestimmte Rückführungsentscheidungen eines anderen EWR-Staats als eine Ausweisung iSd § 53 FPG gelten, können unter näher geregelten Umständen auch von Mitgliedstaa-

¹¹¹ Vgl auch schon *Feßl/Holzschuster*, Kommentar 1997, 93.

¹¹² *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 586.

¹¹³ VwGH 21.8.2001, 2000/01/0124.

¹¹⁴ Vgl *Rohrböck*, § 6 AsylG 1997.

ten des EWR verhängte Ausweisungen und Aufenthaltsverbote die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen.¹¹⁵ Das BAA wird hier jedoch über einen Datenabgleich gemäß Art 96 SDÜ hinaus zu ermitteln haben, aus welchem Grund die aufenthaltsbeendende Maßnahme im EWR-Staat gesetzt wurde.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass der Gesetzgeber hier versucht hat, der Behörde eine Handhabe für missbräuchliche Anträge zur Verfügung zu stellen. UNHCR bemerkt zu Recht kritisch, dass diese Absicht im Wortlaut nur tlw zum Ausdruck gebracht wird.¹¹⁶ Das BAA, dem bei der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung ein Ermessensspielraum zukommt, wird diesen jedoch im Hinblick auf ein verfassungskonformes Ergebnis, sprich unter Beachtung etwaiger Grundrechtsverletzungen, auszuüben haben.¹¹⁷ Damit ist insbesondere die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung trotz des Vorliegens von Non-Refoulementgründen ausgeschlossen.

Für den Fall der Aberkennung sah der Gesetzgeber, letztlich um Grundrechtsverletzungen insb im Hinblick auf Art 13 MRK zu vermeiden, die Möglichkeit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den AsylGH vor. Dies erfolgt unter den gleichen Voraussetzungen wie in § 37 Abs 1 AsylG, wobei hier jedoch ausdrücklich normiert ist, dass die Zuerkennung durch Beschluss zu erfolgen hat. Zum gleichen Ergebnis gelangt der AsylGH, wenn er den Spruchpunkt des erstinstanzlichen Bescheides, mit welchem die aufschiebende Wirkung aberkannt wurde, aufhebt, was geboten erscheint, wenn das BAA eine fehlerhafte Subsumtion vorgenommen hat.¹¹⁸

Im Gegensatz zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gegenüber zurückweisenden Entscheidungen ist für Verfahren in abweisenden Bescheiden des BAA eine Senatszuständigkeit vorgesehen (§ 61 Abs 1 AsylG), wobei gemäß Abs 4 leg cit der Vorsitzende des Senats über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden hat.¹¹⁹ Schrefler-König/Gruber kommen zwar zu dem gleichen Ergebnis, veweisen dafür aber auf § 11 AsylGHG, gemäß welchem der Vorsitzende eines Senats die notwendigen Verfahrenshandlungen zu verfügen hat.¹²⁰ Eine Qualifikation der aufschiebenden Wirkung als solche erscheint jedoch fragwürdig. Angesichts der eindeutigen Regelung in § 61 Abs 4 AsylG ist ein solcher Umweg auch überflüssig. Fragwürdig ist in diesem Zusammenhang aber die gängige Praxis der Formulierung des Einleitungssatzes des Spruches durch den AsylGH, der von einer Einzelrichterzuständigkeit, nicht vom Tätigwerden des betreffenden Richters als Vorsitzenden des Senats ausgeht. Auch in der Begründung geht der AsylGH von einer Einzelrich-

¹¹⁵ Näher zu dieser Bestimmung vgl *Riel/Schrefler-König/Szymanski/Wollner*, Kommentar, § 71 FPG.

¹¹⁶ *UNHCR*, AsylG Analyse, 21.

¹¹⁷ *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 583.

¹¹⁸ *Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht, Rz 590. Vgl UBAS 30.5.2008, 319.470-1/X-47/2008; AsylGH 1.8.2008, B3 400.740-1/2008; 23.10.2008, B3 402006-1/2008.

¹¹⁹ Verfehlt daher die Senatsentscheidung des AsylGH 1.8.2008, B3 400.740-1/2008.

¹²⁰ *Schrefler-König/Gruber*, Asylrecht, § 38 Anm 5.

terzuständigkeit an Stelle einer Entscheidung des Senatsvorsitzenden aus.¹²¹

9.2.3.3 Zeitlicher Rahmen

Im Hinblick auf die drohende Grundrechtsverletzung hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Durchführbarkeit einer Ausweisungsentscheidung, der keine aufschiebende Wirkung zukommt, ein „abgestuftes System“ geschaffen.¹²²

Zunächst besteht für die Dauer der Rechtsmittelfrist eine „Durchführungshemmung“. ¹²³ Wird eine Beschwerde erhoben, verlängert sich diese Frist um weitere sieben Tage (§ 36 Abs 4 AsylG), innerhalb derer der AsylGH über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden hat. Die Sieben-Tages-Frist beginnt erst mit der Beschwerdevorlage durch das BAA an den AsylGH zu laufen, da ansonsten eine Rechtsschutzlücke hinsichtlich einer (absichtlich) verspätet vorgelegten Beschwerde bzw für die Dauer einer Beschwerdevorentscheidung bestehen würde.¹²⁴ Da diese Frist ein bloße Ordnungsvorschrift darstellt, führt ihr Verstreichen zu keinen Sanktionen.¹²⁵ Die spätere Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ist weiter zulässig (§ 37 Abs 4, § 38 Abs 3 AsylG). Ist der Asylwerber angesichts des Bescheides des BAA schon ausgeweist bzw wurde sein Aufenthalt durch Zwangsmaßnahmen beendet, ist ihm in diesem Fall gemäß § 14 AsylG die Wiedereinreise zu gestatten.

Ist der Beschwerdeführer rechtsfreundlich vertreten, kann es hinsichtlich des Beginns und Endes der Sieben-Tages-Frist zu schwierigen Fragen kommen, dass gemäß § 23 AsylG eine mit einer Ausweisung verbundene zurück- oder abweisende Entscheidung jedenfalls dem Asylwerber selbst zuzustellen ist, es sei denn es kommt ihm ein nicht auf das AsylG gestütztes Aufenthaltsrecht zu. Diese Zustellung löst jedoch nur dann den Beginn der Rechtsmittelfrist aus, wenn der Asylwerber unvertreten ist (§ 23 Abs 4 AsylG). Da der Bescheid gegenüber der Partei des Asylverfahrens jedoch schon mit Zustellung an den Asylwerber als erlassen gilt, ist ab diesem Zeitpunkt die Erhebung eines Rechtsmittels jedenfalls zulässig.¹²⁶ Die Frist endet jedoch erst nach zwei bzw sechs Wochen ab Zustellung an den Vertreter. Fraglich ist damit, welche Wirkungen einer durch den Antragsteller selbst erhobenen Beschwerde zukommen. Denn sollte sie bereits die Sieben-Tages-Frist iSd § 36 Abs 4 AsylG auslösen, könnte damit das Recht auf Vertretung, welches nicht nur einfachgesetzlich in § 10 AVG,

¹²¹ Vgl abstrakt: Der Asylgerichtshof hat durch den Richter NN als Einzelrichter über die Beschwerde des NN, geb. am DD, StA LL, gegen den Bescheid des Bundesasylamtes vom DD, Zahl, beschlossen. So in AsylGH 9.7.2008, C14 400.047-1/2008; D8 400.157-1/2008; 12.8.2008, E9 400.872-1/2008; 12.8.2008, B13 400.911-1/2008.

¹²² Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 36 K6.

¹²³ Putzer/Rohrböck, Leitfaden Asylrecht, Rz 565.

¹²⁴ Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 37 K5.

¹²⁵ Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 37 K12 und § 38 K9; Scheffler-König/Gruber, Asylrecht, § 37 Anm 4.

¹²⁶ Vgl Feßl, UVSaktuell 2006, 56.

sondern auch verfassungsrechtlich in Art 1 7. ZPMRK verankert ist, umgangen werden. Insoweit wird der AsylGH der Beschwerde eines rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführers jedenfalls die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen haben, um ein Abwarten hinsichtlich einer Beschwerde des Vertreters zu ermöglichen, zumal es diesem im Vergleich zum Asylwerber auch eher möglich sein wird, die Würdigung des BAA zu entkräften.

Taucht der Beschwerdeführer während der Sieben-Tages-Frist unter, so hat der AsylGH das Verfahren einzustellen, wenn die Sache nicht entscheidungsreif ist. Diesfalls ist die Ausweisungsentscheidung mit dem Wiederauftauchen und einem Fortsetzungsantrag jedoch nicht sofort durchsetzbar, da die Frist durch die Einstellung ebenso in ihrem Weiterlaufen gehindert wurde. Die Durchsetzbarkeit der Ausweisungsentscheidung tritt somit erst mit Ablauf der Sieben-Tages-Frist nach Fortsetzung des Asylverfahrens ein.¹²⁷

Erkennt der AsylGH einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu, so hat dies nur bei einer Beschwerde gegenüber einer zurückweisenden Entscheidung Auswirkungen auf die Entscheidungsfrist des AsylGH (§ 37 Abs 3 AsylG). Diesfalls hat der AsylGH nämlich innerhalb von zwei Wochen ab Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung über die Beschwerde zu entscheiden.¹²⁸ Putzer/Rorhböck bemerken kritisch, dass es in diesen Fällen gerade kein erhöhtes Bedürfnis an einer raschen Entscheidung gebe, da dem Asylwerber ohnehin die aufschiebende Wirkung zu Gute komme.¹²⁹ Aus Sicht des Asylwerbers ist diesem Argument auch zuzustimmen. Nicht außer Acht gelassen werden darf jedoch, dass zurückweisende Entscheidungen in den allermeisten Fällen Verfahren nach der Dublin-II-V betreffen, in denen ein besonderes Interesse an der raschen Klärung der Zuständigkeit besteht. Insoweit erscheint es auch im Hinblick auf Art 11 Abs 2 B-VG sachlich eine abweichende kürzere Entscheidungsfrist vorzusehen.

9.2.4 Rechtsmittelverfahren nach erfolgter Ausweisung

Reist der Asylwerber während seines laufenden Asylverfahrens aus, führt dies zur Ablegung des Antrages als gegenstandslos, da seine Anwesenheit in Österreich eine Voraussetzung für die Gewährung von Asyl darstellt. Dies kann jedoch nur für eine freiwillige Ausreise des Betroffenen gelten. Wird er abgeschoben oder reist der Antragsteller aus, da eine durchsetzbare Ausweisungsentscheidung bestand, mangelt es an der in § 25 Abs 3 Z 1 AsylG vorgesehenen Freiwilligkeit der Ausreise, sodass eine Ablegung als gegenstandslos nicht zulässig sein kann.¹³⁰ Dementsprechend sieht

¹²⁷ Scheffler-König/Gruber, Asylrecht, § 36 Anm 19.

¹²⁸ Scheffler-König/Gruber, Asylrecht, § 37 Anm 3.

¹²⁹ Putzer/Rorhböck, Leitfaden Asylrecht, Rz 579.

¹³⁰ Vgl. Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005, § 25 K3.

§ 41 Abs 6 AsylG vor, dass der UBAS - gemeint wohl der AsylGH - wenn sich der Asylwerber nachweislich nicht mehr in Österreich aufhält, verpflichtet ist, zu prüfen, ob die Ausweisung rechtmäßig war.¹³¹ Der praktische Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist vor allem darin zu sehen, dass ein Asylwerber zur Ausreise gezwungen wurde, da seiner Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukam.

Wie Putzer/Rohrböck aufgezeigt haben, soll mit dieser „’vergangenheitsbezogenen’ Beurteilung“ sicher gestellt werden, dass keine später vollstreckbare Ausweisung, in der Terminologie des VwGH eine „Ausweisung auf Vorrat“, geschaffen wird, zumal diese einen unzulässigen Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellen würde.¹³² Diesem Gedanken folgte auch der UBAS in seiner Entscheidung vom 24.01.2007, 306.499-C1/E2-XVIII/58/08, in welcher er § 61 Abs 4 AsylG analog auf den folgenden Sachverhalt anwandte. Der Betroffene war nach Ablauf der Sieben-Tägigen-Frist in die Slowakei überstellt, reiste jedoch noch vor Ergehen der Berufungsentscheidung wieder nach Österreich ein. Wie die erkennende Behörde richtig ausführt, hätte eine bloße Bestätigung der Ausweisung zu einer Ausweisung auf Vorrat geführt, da die durch das BAA verfügte Ausweisung durch die Ausreise des Betroffenen gegenstandslos geworden sei. Eine derartige Konstellation wäre vom Gesetzgeber nicht vorausgesehen worden, sodass eine analoge Anwendung berechtigt und sachgemäß gewesen sei.

9.2.4.1 Zustellung im Ausland

Um eine Zustellung im Ausland zu ermöglichen, ist der Betroffene bei Durchsetzung der Ausweisung darüber zu belehren, dass er der Behörde so schnell wie möglich seine Adresse im Ausland bekannt zu geben hat - dazu ist ihm die Adresse des BAA und des AsylGH auszuhändigen - und dass er einen Zustellbevollmächtigten benennen kann. Dieser Vorgang ist zwar schriftlich aber nur „soweit möglich“ in einer verständlichen Sprache durchzuführen. Wieso der Gesetzgeber die Behörde hier nicht einfach verpflichtet, Formularblätter in den entsprechenden Sprachen zu erstellen und damit zumindest eine schriftliche Information sicherstellt, ist nicht ersichtlich. Mit einem zu großen Aufwand ist dies wohl nicht zu begründen. Nach entsprechender Mitteilung wird im Gesetz fingiert, dass die Entscheidung als zugestellt gilt, sobald sie an der Adresse im Ausland eingelangt ist. Die Materialien begründen diese Fiktion mit praktischen Schwierigkeiten, „da der Nachweis einer rechtsgültigen Zustellung im Ausland“ quasi unmöglich sei.¹³³ Eine „für das Asylverfahren untrag-

¹³¹ Vgl zum AsylG 1997 die Rsp des VfGH VfSlg 17.419 und 17.578/2004. Der Gesetzeswortlaut des AsylG idF BGBl 4/2008 spricht von einer Berufungsentscheidung und einer Entscheidung durch den UBAS, was wohl auf einem Redaktionsversehen beruht.

¹³² Putzer/Rohrböck, Leitfaden, Rz 603; vgl auch Feßl/Holzschuster, Kommentar, 554. VwGH 30.1.2003, 2002/21/0168.

¹³³ RV 952 BlgNR XXII GP 41.

bare Rechtsunsicherheit“ solle dadurch verhindert werden.¹³⁴ Im NAG hingegen wird für die Regelung der Zustellung zwischen Bescheiden und sonstigen Erledigungsn der Behörde, wie zB Ladungen, unterschieden. Während Ladungen udgl dem Fremden im Ausland „persönlich“ zuzustellen sind (§ 19 Abs 6 letzter Satz NAG), kann ein Aufenthaltstitel gemäß § 23 NAG nur durch Übernahme bei der Behörde zugestellt werden - die Alternative des § 24 ZustellG wird damit zur einzigen Möglichkeit.¹³⁵ Was unter der „persönlichen Zustellung“ in § 19 NAG zu verstehen ist und wie sich dies zu den Regelungen des ZustellG verhält, ist fraglich. Szymanski geht auf Grund des systematischen Zusammenhangs davon aus, dass es sich um eine „persönlich adressierte Sendung an eine Zustelladresse im Ausland“ handelt.¹³⁶ Diese wird jedoch unter Beachtung der Regelungen des ZustellG zu erfolgen haben. Warum der Gesetzgeber diesen Ansatz nicht auch im AsylG verfolgt hat, ist nicht ersichtlich.

Durch die Zustellregelung im AsylG wird das Parteiengehör aufs Gröbste gefährdet, da bei dieser Fiktion in keiner Weise sicher gestellt ist, dass die Entscheidung den Betroffenen je erreicht. Geht man davon aus, dass die in Art 1 7.ZPMRK gewährten Rechte auch auf das Beschwerdeverfahren Anwendung finden, ist fraglich, ob diesem Grundrecht Genüge getan wird, zumal die MRK effektive Rechte gewähren will. Zumindest im EU-Ausland - die praktische Bedeutung dieser Regelung in Dublin-Fällen darf nicht unterschätzt werden - und in Staaten, mit denen Zustellabkommen bestehen, wäre es jedenfalls möglich, eine ordnungsgemäße Zustellung samt rechtsgültigem Nachweis zu veranlassen.¹³⁷ Beim Zustellvorgang wird § 11 ZustellG zu beachten sein, der für Zustellungen im Ausland die Einhaltung bestehender Verträge bzw die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften jenes Staates, in dem die Zustellung erfolgen soll, oder internationaler Übungen vorsieht. Denn der Gesetzgeber kann wohl auf Grund von Art 11 Abs 2 B-VG im AsylG vom ZustellG abweichende Regelungen schaffen, doch hat er dabei die Regeln des Völkerrechtes zu beachten. Viele Staaten, so auch Österreich, sehen es als Eingriff in ihre Souveränität, wenn ein behördliches Schriftstück auf ihrem Territorium ohne ihre vorhergehende Information bzw Zustimmung zugestellt werden soll.¹³⁸ Die praktische Unmöglichkeit der Erlangung eines Zustellnachweises im Ausland ist somit kaum nachvollziehbar. In Asylverfahren kann die Information des Staates, in dem zugestellt werden soll, jedoch problematisch werden, insbesondere wenn dieser der behauptete Verfolgerstaat ist. Denn damit werden die Behörden über die Asylantragstellung in Kenntnis gesetzt werden und damit uU auf den Betroffenen (erstmal) aufmerksam gemacht. Insoweit wird also der AsylGH eine durch die Notwendigkeit der Zustellung einer Entschei-

¹³⁴ RV 952 BlgNR XXII GP 41.

¹³⁵ Vgl weiterführend *Abermann*, Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis, 73.

¹³⁶ *Szymanski* in *Bichl/Schmid/Szymanski*, Kommentar zum NAG, § 19 K11.

¹³⁷ Vgl Ansätze in diese Richtung in *Feßl/Holzschuster*, Kommentar, 383.

¹³⁸ Vgl *Verfassungsdienst des BKA*, Stellungnahme, 11.

dung im Ausland bedingte Verfolgungsgefahr - auch die potentielle Strafbarkeit der Asylantragstellung bzw die Verfolgung auf Grund einer solchen ist hier zu bedenken - schon bei der Prüfung der Notwendigkeit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zu beachten haben.

Unklar ist überdies, welche Folgen eine unterlassene Mitteilung über die Meldepflichtung hat. Die Annahme Feßl/Holzschusters, die in dieser Bestimmung eine „bloße Ordnungsvorschrift“ erkennen wollen, ist angesichts der schwerwiegenden Folgen für die Zustellung und damit die weitere Teilnahme am Verfahren - mangels Bekanntgabe eines Aufenthaltsortes wird die Zustellung durch Hinterlegung im Akt erfolgen - nicht haltbar.¹³⁹

Szymanski urteilt angesichts des soeben Ausgeführten zu Recht, dass schon aus der völlig ungenügenden Regelung über die Zustellung von Entscheidungen im Ausland und das völlige Fehlen jeglicher Regelung über im Asylverfahren wesentlichen Einvernahmen die Erwartungshaltung des Gesetzgebers, nämlich dass keine große „praktische Relevanz“ vorliegen werde, klar zum Ausdruck kommt.¹⁴⁰

9.2.4.2 Stattgebung und Wiedereinreise

Gibt der AsylGH der Beschwerde Folge, was aus Gründen des Rechtsschutzes sowie der Rechtssicherheit im Spruch deutlich zu machen ist, ist dem Asylwerber nach § 14 AsylG die Wiedereinreise zu gestatten, soweit er seine Verfahrensidentität nachweisen kann.¹⁴¹ Zum Nachweis der Verfahrensidentität des Betroffenen führt der Gesetzgeber lediglich aus, dass ein positiver Abgleich mit vorhandenen, erkennungsdienstlichen Daten, sprich in der Praxis übereinstimmenden Fingerabdrücken, ausreichend sei (§ 14 Abs 3 AsylG). Frank/Anerinhof/Filzwieser bemerken hier lediglich, dass ein derartiger Abgleich den „sichersten Nachweis“ darstellen werde, ohne auf grundrechtliche Implikationen Bedacht zu nehmen.¹⁴² Denn die Abnahme eines Fingerabdruckes stellt eine Verwendung von Daten iSd DSG dar und ist daher auf seine Zulässigkeit zu prüfen.¹⁴³ Eine gesetzliche Befugnis zur Datenverwendung ist aus § 14 Abs 3 AsylG ableitbar, sodass im zweiten Schritt das Bestehen schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen zu prüfen ist. Gemäß § 8 Abs 1 Z 2 DSG liegen solche ua dann nicht vor, wenn der Betroffene zu dem Eingriff seine Zustimmung erteilt. Auf diese Ausnahme zielt der Gesetzgeber ab, wenn er einen Antrag für den Abgleich von erkennungsdienstlichen Daten in § 14 AsylG

¹³⁹ Feßl/Holzschuster, Kommentar, 383.

¹⁴⁰ Szymanski, *migraLex* 2005, 69.

¹⁴¹ Frank/Anerinhof/Filzwieser, *AsylG* 2005, § 41 K7. Bis dato fand § 41 Abs 6 AsylG nur in wenigen Fällen Anwendung, wobei in jedem dieser Fälle die Entscheidung des BAA bestätigt wurde.

¹⁴² Frank/Anerinhof/Filzwieser, *AsylG* 2005, § 14 K6.

¹⁴³ Graf, *Datenschutzrecht im Überblick*, 38.

voraussetzt. Die Verwendung von Daten muss schließlich verhältnismäßig sein, dh das gelindeste zum Ziel führende Mittel darstellen.¹⁴⁴ Daraus ergibt sich, dass die Vorlage eines unbedenklichen Identitätsdokumentes zum Nachweis der Verfahrensidetitität jedenfalls genügen muss, wenn auch der Gesetzgeber exemplarisch nur einen Datenabgleich nennt.

Zumal der Gesetzgeber nicht hinsichtlich des Rechtsgrundes der Beschwerdestattung unterscheidet, wird auch eine nur tlw Stattebung ausreichend sein.¹⁴⁵ Demnach ist es schon ausreichend, wenn der AsylGH dem Antrag auf aufschiebende Wirkung stattgibt. Schrefler-König/Gruber nehmen an, dass dies nicht direkt aus dem Wortlaut ableitbar sei. Da eine „verfahrensrechtliche Schlechterstellung des Betroffenen, unabhängig von seinem Aufenthaltsort nicht zulässig ist“, müsse jedoch davon ausgegangen werden, dass auch ein Asylwerber dem die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, gemäß § 14 AsylG zur Wiedereinreise berechtigt sei.¹⁴⁶

Wird nur die Ausweisung behoben, die anderen Spruchpunkte aber bestätigt, führt dies zu der Feststellung, dass die Ausweisung nicht zulässig war. Konsequenter Weise sieht der Gesetzgeber dann vor, dass die Wiedereinreise zu gestatten ist (§ 41 Abs 6 letzter Satz AsylG), was im Hinblick auf die durch die Ausweisung zumeist bedingte Grundrechtsverletzung (Art 8 MRK) folgerichtig ist.¹⁴⁷ Eine Zurückweisung oder Zurückschiebung des Betroffenen, zumal er keinen rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich hat, wäre in dieser Situation unzulässig, zumal ansonsten die Anordnung des Gesetzgebers ad absurdum geführt werden würde. Freilich ist es absurd, wenn der Gesetzgeber dem Fremden die Einreise erlaubt, diesem jedoch nach seiner Einreise kein rechtmäßiger Aufenthalt zukommt. In der Praxis wird der Fremde, insb angesichts des Prinzips der Auslandsantragstellung im NAG, auf die Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels angewiesen sein.

9.3 Beschwerdevoentscheidung

Aus § 22 Abs 3 letzter Satz AsylG ergibt sich, dass das BAA unter sinngemäßer Anwendung des § 64a AVG nach Einbringung der Beschwerde eine Beschwerdevoentscheidung treffen kann.¹⁴⁸ Wie oben dargelegt wurde, bestehen gegen die Beschwerdevoentscheidung durch das BAA auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken, zumal der AsylGH nicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuzuordnen ist

¹⁴⁴ Vgl auch *Verfassungsdienst des BKA*, Stellungnahme, 10f.

¹⁴⁵ Vgl *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005, § 14 K6.

¹⁴⁶ *Schrefler-König/Gruber*, Asylrecht, § 37 Anm 8.

¹⁴⁷ Ob der Gesetzgeber bei Erlassung des AsylG gerade solche Fälle vor Augen hat, kann dahingestellt bleiben.

¹⁴⁸ Dies hat *Rohrböck* in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 157, wohl übersehen, wenn er argumentiert, dass eine Beschwerdevoentscheidung im Wege des Vorranges des VwGG auszuschließen sei.

und Art 94 B-VG, auch im Hinblick auf den *lex specialis* Grundsatz, im Verhältnis BAA-AsylGH nicht anzuwenden ist.¹⁴⁹ Im Hinblick auf die Kontrollfunktion des AsylGH mutet es aber doch eigenartig an, dass das BAA ohne Befassung des AsylGH neuerlich entscheiden darf. Im insoweit vergleichbaren Säumnisbeschwerdeverfahren vor dem VwGH wird dessen Kontrollfunktion insoweit Rechnung getragen, als dass dieser nach Einbringung der Beschwerde der belangten Behörde eine weitere Frist zur Erlassung des Bescheides zu setzen hat und die Behörde somit nicht sozusagen über den Kopf der Beschwerdeinstanz hinweg handeln kann. Die Beschwerdeverentscheidung kann durchaus ein adäquates Mittel zu der vom Gesetzgeber angestrebten Verfahrensbeschleunigung darstellen, doch wäre hier eine an der Säumnisbeschwerde orientierte Regelung angesichts der verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die mit dieser Regelung verbundene Beschränkung der Kontrollfunktion des AsylGH wünschenswerter gewesen. Letztlich wird die Ausübung der Kontrolle jedoch nicht unmöglich gemacht, zumal die Beschwerdeverentscheidung schon durch Einbringung des Vorlageantrages außer Kraft tritt, sodass insoweit von einer verfassungskonformen Regelung auszugehen ist.

Der Beschwerdeführer hat auf Erlassung einer Beschwerdeverentscheidung keinen Anspruch. Vielmehr liegt die Erlassung einer Beschwerdeverentscheidung im Ermessen der Behörden, welches unter Beachtung des Leitgedankens der Verfahrensökonomie auszuüben ist.¹⁵⁰ Eine Beschwerdeverentscheidung ist somit dann zulässig, wenn nicht mit einem weiteren Rechtsmittel des Beschwerdeführers gegen die Beschwerdeverentscheidung zu rechnen ist - was sie für das Asylverfahren abgesehen von der Stattgebung praktisch wertlos macht.

Macht das BAA von der Möglichkeit einer Beschwerdeverentscheidung Gebrauch, tritt diese an die Stelle des davor erlassenen Bescheides. Die erste Entscheidung kann in jeder Hinsicht abgeändert werden, aber auch die Zurückweisung der Beschwerde als unzulässig oder verspätet ist zulässig.¹⁵¹

Eine Beschwerdeverentscheidung durch das BAA ist binnen zwei Monaten ab der Einbringung der Beschwerde beim BAA möglich (§ 64a Abs 2 AVG). Wird die Beschwerde direkt beim AsylGH eingebracht, beginnt die Frist zur Beschwerdeverentscheidung mit Vorlage der Beschwerde an das BAA durch den AsylGH zu laufen.¹⁵² Die Entscheidungspflicht des BAA endet spätestens nach Ablauf von zwei Monaten, davor jedoch, sobald das BAA die Beschwerde dem AsylGH vorlegt, ohne diese nach § 64a AVG zu erledigen. Erlässt das BAA somit nach Ablauf der zweimonatigen Frist eine Beschwerdeverentscheidung, war es dazu nicht mehr zuständig, was eine Ver-

¹⁴⁹ Siehe dazu Abschnitt 9.1.2 auf Seite 150.

¹⁵⁰ Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*³, 247.

¹⁵¹ Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*³, 248. VwGH 17.9.1996, 95/05/0126.

¹⁵² Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*³, 248. Vgl zur Frage der Einbringungsstelle oben Abschnitt 9.2.1.5 auf Seite 160.

letzung des Rechtes auf den gesetzlichen Richter bedingt. Der AsylGH kann diese jedoch nur wahrnehmen, wenn der Asylwerber gegen die unzulässige Beschwerde- vorentscheidung ein Rechtsmittel ergreift.¹⁵³

Das Rechtsmittel gegen die Beschwerde vorentscheidung bildet gemäß § 64a Abs 2- 3 AVG der Vorlageantrag. Innerhalb von zwei Wochen nach der Zustellung der Beschwerde vorentscheidung kann der Beschwerdeführer, ohne nähere Begründung, die Vorlage seiner Beschwerde an den AsylGH beantragen.¹⁵⁴ Hat der AsylGH das VwGG anzuwenden, bedingt dies eine für den Asylwerber nicht gerade leicht zu durchschauende Unterscheidung hinsichtlich der Rechtsmittelfristen, wobei ihm jedoch in der Beschwerde vorentscheidung eine Rechtsmittelbelehrung in einer ihm verständlichen Sprache zu erteilen ist. Dies ergibt sich aus analoger Anwendung des § 22 Abs 3 AsylG, in dem angeordnet wird, dass die Rechtsmittelbelehrung einen Hinweis auf die Beschwerdemöglichkeit zum AsylGH zu beinhalten hat. Denn für den Vorlageantrag gegenüber einer Beschwerde vorentscheidung kann der Gesetzge- ber nichts anderes gewollt haben, zumal er die Zulässigkeit der Beschwerde vorentscheidung im gleichen Absatz regelt. Soweit der Vorlageantrag zulässig und recht- zeitig eingebracht wurde, tritt die Beschwerde vorentscheidung ex lege außer Kraft (§ 64a Abs 2 3. Satz AVG), sodass eine Zurückziehung im Gegensatz zum Verzicht auf den Vorlageantrag nicht in Betracht kommt.¹⁵⁵ Der AsylGH ist sodann verpflich- tet, über die Beschwerde zu entscheiden, da die Beschwerde vorentscheidung durch Einbringung des Vorlageantrages entfallen ist.¹⁵⁶

9.4 Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts

9.4.1 Kein Zugang zum VwGH

Das System des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen ist ein grundsätzlich duales, da zunächst ein ordentliches Rechtsmittel an eine weitere Verwaltungsbehörde und sodann die als außerordentliches Rechtsmittel konzipierte Bescheidbeschwerde an den VwGH und VfGH vorgesehen ist, wobei dem VwGH die Rolle eines Garanten für ein rechtsstaatliches Verfahren zukommt.¹⁵⁷

Wie bereits erwähnt wurde, steht gegen Entscheidungen des AsylGH der Weg zum VwGH nicht mehr offen. Dies ergibt sich e-contrario aus Art 132 B-VG, der eine Entscheidungsbefugnis des VwGH nur für Bescheidbeschwerden kennt und der vom Gesetzgeber unterlassenen Schaffung einer anderen Prüfungskompetenz für den

¹⁵³ Thienel, *Verwaltungsverfahrensrecht*³, 248. VwGH 17.11.1994, 92/06/0243.

¹⁵⁴ Thienel, *Verwaltungsverfahrensrecht*³, 248.

¹⁵⁵ Thienel, *Verwaltungsverfahrensrecht*³, 249.

¹⁵⁶ VwGH 17.11.1994, 92/06/0234; 1.4.2004, 2003/20/0438.

¹⁵⁷ Vgl. Jabloner, *migraLex* 2008, (2) 3.

VwGH.¹⁵⁸ Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll der AsylGH einen dem VwGH qualitativ vergleichbaren Rechtsschutz bieten, sodass dessen Entfall gerechtfertigt sei.¹⁵⁹ Die Gestaltung des AsylGH bleibt jedoch in entscheidenden Punkten hinter den Garantien des VwGH zurück.¹⁶⁰

Der Ausschluss einer Beschwerdemöglichkeit an den VwGH auf verfassungsrechtlicher Ebene kann nur dann mit Blick auf den Gleichheitssatz überprüft werden, soweit man den Gleichheitssatz als Ausdruck der verfassungsrechtlichen Grundordnung versteht.¹⁶¹ Folgt man dieser Ansicht, stellt sich die Frage, ob die Differenzierung zwischen Fremden, die nach dem FPG ausgewiesen werden und denen damit der Rechtsmittelweg zum VwGH weiter offen steht, und Asylwerbern, die nach § 10 AsylG ausgewiesen wurden und denen damit eine Anrufung des VwGH verwehrt ist, sachlich rechtfertigbar ist. Unter der Prämisse einer vergleichbaren Rechtsschutzposition nach Entscheidung des AsylGH mit jener nach Entscheidung des VwGH wäre eine sachliche Rechtfertigung denkbar. Doch diese ist, wie soeben dargelegt, nicht gegeben.

Die Ungleichbehandlung ist auch im Hinblick auf das in Art 3 und 7 Z 1 GFK enthaltene Diskriminierungsverbot, welches die Schlechterstellung von Flüchtlingen gegenüber anderen Fremden verbietet, zu überprüfen.¹⁶² Gegen die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots der GFK spricht auf den ersten Blick, dass dies an die Rechtsposition des Flüchtlings geknüpft ist. Der Flüchtlingsbegriff der GFK ist jedoch, anders als jener des AsylG, nicht konstitutiv, sodass eine Person, die in ihrem Heimatstaat iSd GFK verfolgt wird, schon mit ihrer Ausreise den Flüchtlingsbegriff der GFK erfüllt. Da eine verfehlte Entscheidung des AsylGH jedoch nie zur Gänze ausgeschlossen werden kann, ist es denkbar, dass einem Flüchtling iSd GFK der Zugang zum VwGH verweigert wird, was im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot bedenklich ist. Letztlich kann aus der, nur im Rang eines einfachen Bundesgesetzes transformierten, GFK jedoch kein Argument für die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses des Zugangs zum VwGH gewonnen werden.

In seinem Erkenntnis vom 7.11.2008, U 48/08, stellte der VfGH fest, dass im

¹⁵⁸ Es hat einen recht schalen Beigeschmack, wenn man bedenkt, dass es dem UBAS offen stand, in anhängigen Verfahren durch eine um wenige Tage verzögerte Ausfertigung einer Entscheidung den Zugang des Beschwerdeführers zum VwGH zu beenden.

¹⁵⁹ Hesse, *migraLex* 2008, 4. Vgl die Situation bei Art 133 Z 4 Behörden. Siehe dazu *Grabenwarter/Holoubek*, *ZfV* 2000, 194.

¹⁶⁰ Vgl *Jabloner*, *migraLex* 2008, 2; *Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner (Hrsg)*, *Neuer Asylgerichtshof*. Die Ernennungsvoraussetzungen für Richter am AsylGH bleiben hinter denen des VwGH zurück. Dem AsylGH kommt auch kein Vorschlagsrecht hinsichtlich neuer Mitglieder zu, womit das Prinzip der Selbsterneuerung eines Gerichtshofs verletzt wird. Dem VwGH vergleichbare Unvereinbarkeitsbestimmungen finden sich erst auf einfachgesetzlicher Ebene im § 3 AsylGHG. Die Unabhängigkeit der Richter am AsylGH und die damit verbundene Qualität des Rechtsschutzes sind zumindest fraglich, jedenfalls aber geringer als die des VwGH.

¹⁶¹ VfSlg 11.892/1988; 15.373/1998. Vgl auch *Novak*, *JB1* 2003, 894.

¹⁶² Siehe dazu die Materialien 136 BlgNR VII GP, 37. *Rohrböck*, *Gewährung von Asyl*, Rz 64.

Ausschluss des VwGH keine Gesamtänderung gesehen werden könne, zumal dem VwGH nie eine umfassende Kontrollkompetenz über die gesamte Verwaltung zugekommen sei (Art 133 Z 4-Behörden). Selbst wenn der Gesetzgeber die Grenze zur verfassungskonformen Errichtung einer solchen Behörde überschreite, stelle dies nicht automatisch eine Gesamtänderung dar. Dies müsse umso mehr gelten, wenn ein kollegiales Verwaltungsgericht eingerichtet werde. Auch in Übergangsfällen würden sich keine Bedenken ergeben, da der Gesetzgeber diese in Art 151 Abs 39 B-VG geregelt habe. Mit der Argumentation der Beschwerde, dass durch die willkürlich verspätete Ausfertigung einer Entscheidung der Zugang zum VwGH abgeschnitten werden konnte, setzte sich der VfGH nicht auseinander.¹⁶³

Der Gesetzgeber erhofft sich durch den Ausschluss einer Beschwerde an den VwGH eine Beschleunigung der Asylverfahren, was auch mit einer Reduktion von Kosten, insb im Rahmen der Grundversorgung, verbunden sein soll.¹⁶⁴ Nach Einschätzung von Müller und Jabloner wäre es dem VwGH jedoch durch zusätzliche Richter auch am VwGH und nicht nur am AsylGH möglich gewesen den Verfahrensrückstand abzubauen, zumal neu einlangende Beschwerden zeitnahe erledigt werden können.¹⁶⁵ Durch die mangelnde personelle Ausstattung des VfGH zur Behandlung der höheren Beschwerdezahlen wurde die Problematik jedoch bloß auf eine andere Ebene verschoben.¹⁶⁶

Unklar ist, ob gegen Entscheidungen, die vom UBAS mündlich verkündet wurden, jedoch erst durch den AsylGH schriftlich ausgefertigt werden - die Zuständigkeit dafür ergibt sich aus der Rechtsnachfolge des AsylGH zum UBAS -, ein Zugang zum VwGH offen steht. Die sechswöchige Frist zur Erhebung einer Beschwerde gemäß Art 132 B-VG beginnt erst mit Zustellung der schriftlichen Ausfertigung zu laufen, welche in den gegebenen Fällen erst nach Errichtung des AsylGH erfolgt ist bzw erfolgen wird.¹⁶⁷ Somit stellt sich die Frage, ob ein mündlich verkündeter Bescheid des UBAS als solcher auszufertigen ist oder ob dieser in ein Erkenntnis umzuwandeln ist, womit ein Zugang zum VwGH verwehrt wäre. Nach stRsp des VwGH gilt ein Bescheid mit seiner mündlichen Verkündung, entsprechende Protokollierung vorausgesetzt, als rechtlich existent und ist für die erlassende Behörde grundsätzlich unabänderbar.¹⁶⁸ Eine Umdeutung in ein Erkenntnis ist somit unmöglich, zumal die Ausfertigung eines rechtlich existenten Bescheides jedenfalls von der Erlassung eines bisher nicht dem Rechtstatbestand angehörenden Erkenntnisses in Übergangs-

¹⁶³ Vgl Kolonovits in *Hilpold/Perathoner (Hrsg)*, Neuer Asylgerichtshof.

¹⁶⁴ 314 BlgNR XXIII GP 3ff.

¹⁶⁵ Kolonovits in *Hilpold/Perathoner (Hrsg)*, Neuer Asylgerichtshof.

¹⁶⁶ Vgl *DerStandard.at*, Verfassungsgerichtshof schiebt zusätzliche Sessionen für Asylfragen ein (30.10.2008).

¹⁶⁷ VwGH 7.9.1990. 86/18/0207; 29.9.1992, 92/08/0122; 24.04.2001, 2001/11/0031 mwN. Siehe dazu auch *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahren I*², 1117 und 1201ff mwN.

¹⁶⁸ VwGH 18.11.1998, 98/03/0207; 21.2.2002, 2001/07/0124.

fällen zu trennen ist. Die Ausfertigung vermag an der Qualifikation als Bescheid nichts (mehr) zu ändern.¹⁶⁹ Dementsprechend muss innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung der als Bescheid zu qualifizierenden Entscheidung eine Beschwerde an den VfGH möglich sein, was insb bei negativen Bescheiden praktische Bedeutung erlangen wird.

9.4.2 Beschwerde beim VfGH

Anders als für den VwGH wurde für den VfGH in Art 144a B-VG eine Kompetenz zur Überprüfung von Entscheidungen des AsylGH geschaffen.¹⁷⁰ Demnach kann gegen eine Entscheidung des AsylGH Beschwerde wegen Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, einer gesetzwidrigen Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages erhoben werden. Dies entspricht insoweit Art 144 B-VG.

Im Rahmen des Asylverfahrens kommt damit, wie im Grundrechtskapitel dieser Arbeit schon aufgezeigt, insb dem Recht auf Leben, dem Folterverbot, dem Recht auf Privat- und Familienleben, dem Gleichheitssatz iVm dem BVG zum Verbot der rassischen Diskriminierung und dem Recht auf den gesetzlichen Richter als verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte Bedeutung zu.¹⁷¹ Kaum Beachtung schenkte der VfGH bisher den beiden in der MRK vorgesehenen verfahrensrechtlichen Grundrechten in Ausweisungsfragen - dem Verbot der Kollektivausweisung Fremder und den Verfahrensgarantien in Art 1 7.ZPMRK. Wiederins Befund, dass es an unmittelbar anwendbaren Rechten mangle, kann somit nicht zugestimmt werden, wenn es auch in der österreichischen Rechtsordnung kein Grundrecht auf Asyl gibt.¹⁷²

Während der Rechtsbehelf, der den Zugang zum VfGH ermöglicht, und der Prüfungsmaßstab, wie gerade gezeigt, mit Art 144 B-VG ident sind, bestehen Unterschiede hinsichtlich des Beschwerdegegenstandes und der belangten Instanz. Praktisch bedeutend wird die Ablehnungsermächtigung des VfGH weiter gefasst als bei Bescheidbeschwerden. Zwar sind die Ablehnungstatbestände ident - nämlich keine hinreichende Aussicht auf Erfolg der Beschwerde oder keine zu erwartende Klä-

¹⁶⁹ Vgl auch die dahingehende Praxis des AsylGH hinsichtlich der Ausfertigung von Bescheiden zB AsylGH 30.7.2008, B11 241.510-0/2008. In dieser Hinsicht besteht auch Einigkeit die mündlich negativ verkündeten Bescheide jener Mitglieder, die nicht zu Richter des AsylGH ernannt wurden, als solche mit entsprechender Rechtsmittelbelehrung auszufertigen. Vgl zB 9.9.2008, C10 243553-0/2008.

¹⁷⁰ Weiterführend zum Verfahren gemäß Art 144a B-VG *Faber/Frank*, JBl 2008, 477; *Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner* (Hrsg), Neuer Asylgerichtshof.

¹⁷¹ Zur Rsp des VfGH in diesen Bereichen vgl oben Kapitel 3 insb Seiten 20ff, 30ff und 46ff. Siehe auch *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 97ff.

¹⁷² *Wiederin*, *migraLex* 2008, (6) 11; *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 97.

nung einer verfassungsrechtlichen Frage - doch ist die Ermächtigung nicht an eine Zuständigkeit des VfGH gebunden.¹⁷³ Wie Wiederin ausgeführt hat, ist dies nur konsequent, da ansonsten die Ablehnungsermächtigung leerlaufen würde.¹⁷⁴ Damit ist eine Ablehnung jedoch auch dann möglich, wenn ein dem AsylGH „unterlaufener Fehler *bloß* in einer qualifiziert fehlerhaften Gesetzesanwendung besteht,“ womit die Überprüfung asylrechtlicher Entscheidungen wesentlich eingeschränkt wurde.¹⁷⁵ Kritisch wurde in der Literatur weiters zu Recht bemerkt, dass selbst die Ablehnung im Fall von Willkür oder denkmöglicher Gesetzesanwendung möglich erscheint.¹⁷⁶ Die neueste Rsp des VfGH lässt jedoch hoffen, dass dieser die Entscheidungen des AsylGH einer genauen Prüfung unterziehen wird.¹⁷⁷

Qualifiziert man Art 144 B-VG als Ausdruck des rechtsstaatlichen Grundprinzips des B-VG, so ist Art 144a B-VG im Hinblick auf eine damit vorgenommene Gesamtänderung des B-VG kritisch zu betrachten.¹⁷⁸ Durch die weitere Ablehnungsbefugnis ist eine Kontrolle der Entscheidungen des AsylGH durch den VfGH, wobei auch die Rechtswirkungen einer Grundsatzentscheidung nicht unbeachtet bleiben dürfen, nicht mehr sicher gestellt, was ein Abgehen vom rechtsstaatlichen Prinzip iSd Rechtsschutzstaates bedeutet. Freilich waren schon in der Stammfassung des B-VG derartige Ausnahmen im Hinblick auf Art 133 Z 4-Behörden denkbar. Doch ist hier anzumerken, dass dort kein Ausschluß hinsichtlich eines gesamten Rechtsbereiches bedingt wird.¹⁷⁹ Fraglich ist nunmehr, ob damit schon die Grenze zu einer Gesamtänderung überschritten wurde, oder ob damit vielmehr nur eine Teiländerung des B-VG, welche auch ohne Volksabstimmung zulässig ist, vorgenommen wurde.¹⁸⁰ Die Tatsache, dass die Möglichkeit der Prüfung durch den VfGH weiterhin besteht und damit „bloß“ inhaltlich beschränkt wurde, sowie dass der AsylGH gegenüber seinem Vorgänger, wenn auch nicht in dem letztlich vollends wünschenswerten Ausmaß,

¹⁷³ Vgl *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 96. Der Autor geht zwar von der vollinhaltlichen Entsprechung aus, bemerkt jedoch kritisch, dass hier das Fehlen einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle besonders deutlich wird. Vgl auch *Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner (Hrsg)*, Neuer Asylgerichtshof.

¹⁷⁴ *Wiederin*, *migraLex* 2008, (6) 11.

¹⁷⁵ *Wiederin*, *migraLex* 2008, (6) 11. Hervorhebung durch die Autorin.

¹⁷⁶ *Greimel* in *Die Presse* vom 18.12.2007, *Fein- statt Grobprüfung durch den VfGH?*; *Jabloner*, *migraLex* 2008, 2; *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 97; *Wiederin*, *migraLex* 2008, (6) 11.

¹⁷⁷ Vgl VfGH 9.6.2008, B 2029/07; 16.6.2008, B33/08-11; 16.6.2008, B257/08-12.

¹⁷⁸ Die ältere Literatur sah „nur“ das Legalitätsprinzip als Ausdruck des rechtsstaatlichen Prinzips (zB *Ermacora*, *Österreichische Verfassungslehre*, 321ff; aber auch *Wiederin*, *migraLex* 2008, [6] 12), während die neuere Lehre auch die Kontrolle von Entscheidungen durch VfGH und VfGH als Teil des rechtsstaatlichen Prinzips ansieht (vgl eher kritisch *Jabloner*, JRP 2001, 34. Bejahend: *Öhlinger*, *Bundesverfassungsrecht*⁵, Rz 74 und 81; *Walter/Mayer/Kusko-Stadlmayer*, *Bundesverfassungsrecht*¹⁰, Rz 166; *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 72f). Vgl auch *Öhlinger*, *ÖJZ* 1990, 2 zur strittigen Frage der Gesetzesprüfung durch den VfGH als Teil des rechtsstaatlichen Grundprinzips.

¹⁷⁹ *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 101.

¹⁸⁰ Vgl offen *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, Asylgerichtshof, 101f mwN.

aufgewertet wurde, sprechen jedoch gegen das Vorliegen einer Gesamtänderung. So erkannte auch der VfGH unter Verweis auf den schon bisher bestehenden Ausschluss des Zugangs zum VwGH durch Art 133 Z 4 B-VG in der Schaffung des AsylGH keine Gesamtänderung der Verfassung.¹⁸¹

Sieht man Art 144 B-VG hingegen gar nicht als der verfassungsrechtlichen Grundordnung zugehörig an, ist auf verfassungspolitischer Ebene Wiederin zuzustimmen, wenn er bemerkt, dass die damit ermöglichte Justizverweigerung ein Armutszeugnis für den österreichischen Rechtsstaat bedeute.¹⁸²

In welcher Weise die Qualität der nachprüfenden Kontrolle des VfGH auch durch die Wirkungen einer vom VwGH bestätigten oder als bestätigt geltenden Grundsatzentscheidung eingeschränkt wird, ist - wie einige andere Fragen im Hinblick auf diese neue Rechtsform - noch unklar. Eine Bindung des VfGH an eine vom VwGH bestätigte oder als bestätigt geltende Grundsatzentscheidung wäre in rechtsstaatlicher Hinsicht jedenfalls bedenklich, zumal sie den Rechtsschutz stark beschränken würde.¹⁸³ Die Materialien deuten jedoch genau in die Richtung einer Bindung auch des VfGH.¹⁸⁴ Faber/Frank nehmen unter Verweis auf die Materialien an, dass auch der VfGH durch eine einmal erlassene Grundsatzentscheidung in der Lösung dieser Rechtsfrage gebunden ist.¹⁸⁵ Wiederin, der diese Ansicht teilt, löst die verfassungsrechtliche Problematik, indem er davon ausgeht, dass es für den VfGH möglich sei mit Aufhebung der, die Grundsatzentscheidung tragenden, Rechtsnorm zu reagieren, womit iSd Herzog-Mantel-Theorie auch die Grundsatzentscheidung entfallen müsse.¹⁸⁶ Kolonovits bemerkt jedoch zu Recht, dass die Frage, worin die Verfassungswidrigkeit der Rechtsnorm, auf die sich die Grundsatzentscheidung stützt, liegen soll, offen bleibt.¹⁸⁷ Die verfassungswidrige Auslegung einer Norm führt ja nicht zur Behebung dieser Norm, sondern nur zur Behebung des, den verfassungswidrigen Inhalt unterstellenden, Vollzugsaktes.

Kolonovits kommt im Sinne einer systematischen und baugesetzkonformen Auslegung dazu, dass an eine (unter Mitwirkung des VwGH) erzeugte Grundsatzentscheidung nur der AsylGH und das BAA, dessen Entscheidungen der AsylGH ja überprüfen soll, gebunden sind, andernfalls nämlich eine verfassungswidrige Bindung des VfGH vorliegen würde. Der VfGH kann somit im Einzelfall eine bei ihm angefochtene Entscheidung des AsylGH, auch wenn sich diese auf eine Grundsatzent-

¹⁸¹ VfGH 7.11.2008, U 48/08. Vgl auch *Kolonovits*, *migraLex* 1/2009, 2.

¹⁸² *Wiederin*, *migraLex* 2008, (6) 12.

¹⁸³ *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, *Asylgerichtshof*, 67ff; *Müller*, *ÖJZ* 2008, 13; *Kolonovits*, *migraLex* 1/2009, 2.

¹⁸⁴ 314 BlgNR XXIII GP 3ff. Vgl *Kolonovits*, *migraLex* 1/2009, 2.

¹⁸⁵ *Faber/Frank*, *JB1* 2008, (477) 487-488.

¹⁸⁶ *Wiederin*, *migraLex* 2008, 11.

¹⁸⁷ *Kolonovits*, *migraLex* 1/2009, 2.

scheidung stützt, beheben.¹⁸⁸ Auch der VfGH ging in einem obiter dicta davon aus, dass er eine Entscheidung des AsylGH, wenn dieser „ - unabhängig davon, ob eine Grundsatzentscheidung vorliegt oder nicht - mit seiner Entscheidung gehäuft die Rechtslage verkannt hat“ einen Verstoß gegen das Willkürverbot feststellen und die Entscheidung aus diesem Grund beheben kann.¹⁸⁹

Hauer geht hingegen davon aus, dass die Bindung des VfGH an Grundsatzentscheidungen unbedenklich sei, zumal der VwGH, ein dem VfGH gleichgeordnetes Gericht, an der Erzeugung der Grundsatzentscheidung beteiligt sei.¹⁹⁰ Müller und in der Folge Kolonovits haben jedoch zutreffender Weise aufgezeigt, dass es an einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle der erzeugten Grundsatzentscheidung mangle, zumal diese erst mit Bestätigung durch den VwGH bzw der Fiktion der Bestätigung erzeugt ist.¹⁹¹

9.5 Beschwerde beim EGMR

Nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges - dh nach erfolgloser Anrufung des VfGH - besteht für den Asylwerber noch die Möglichkeit einer Individualbeschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg. Damit kann die Verletzung eines der in der MRK gewährten Rechte durch die Republik sterreich geltend gemacht werden (Art 34 MRK).

Die Beschwerdefrist beträgt sechs Monate, die mit Einlangen des ersten Schreibens, welche den Grund der Beschwerde darlegt, gewahrt ist.¹⁹² Die Beschwerde ist schriftlich und postalisch einzubringen. Eine Beschwerde kann in jeder offiziellen Sprache eines der Mitgliedstaaten erhoben werden (Rule 34). Während im Verfahren vor dem EGMR grundsätzlich Anwaltpflicht, mit entsprechender Möglichkeit der Verfahrenshilfe bei finanzieller Bedürftigkeit besteht, kann die Beschwerde auch direkt vom Betroffenen erhoben werden (Rule 36).

Die inhaltlichen Anforderungen an die Beschwerde ergeben sich aus Regel 47 des Verfahrens vor dem Gerichtshof. Demnach hat die Beschwerde neben Angaben über die Parteien den Sachverhalt zu schildern, die Rechte zu bezeichnen, in denen sich der Beschwerdeführer als verletzt erachtet, Angaben zur Zulässigkeit der Beschwerde zu machen und das Ziel der Beschwerde zu bezeichnen. Daneben sind der Beschwerde alle relevanten Dokumente in Kopie beizugeben. Das Verfahren zur Einbringung der Beschwerde kann somit als weitestgehend formfrei bezeichnet werden.¹⁹³

¹⁸⁸ Kolonovits, *migraLex* 1/2009, 2.

¹⁸⁹ VfGH 7.11.2008, U48/08.

¹⁹⁰ Hauer, *Gerichtbarkeit des öffentlichen Rechts*, 231.

¹⁹¹ Müller, *ÖJZ* 2008, 13; Kolonovits, *migraLex* 1/2009, 2.

¹⁹² *President of the ECHR*, *Pratice Direction Institution of Proceedings*, I. 7.

¹⁹³ Vgl Grabenwarter, *EMRK*, § 9 Rz 4 (S 47). Um die Angabe aller relevanten Informationen sicherzustellen und die Arbeit des Gerichtshofes zu erleichtern, steht auf der Home-

Der inhaltlichen Prüfung der Beschwerde ist ein Zulässigkeitsverfahren vorangestellt, in welcher die Prozessvoraussetzungen, aber auch die Vereinbarkeit der Beschwerde mit der MRK und die offensichtliche Unbegründetheit einer Beschwerde geprüft werden. Ist die Beschwerde zulässig, befindet der EGMR über eine (potentielle) Verletzung eines in der MRK gewährten Rechtes.¹⁹⁴

Besondere Bedeutung kommt den gemäß Regel 39 möglichen vorläufigen Maßnahmen in Ausweisungsverfahren zu. Dadurch soll sicher gestellt werden, dass der Beschwerdeführer nicht vor Entscheidung seines Falles ausgewiesen wird und dadurch einen nicht wieder gut zu machenden gravierenden Schaden erleidet. Vorausgesetzt ist weiters, dass die Beschwerde eine prima facie vertretbare Verletzung behauptet.¹⁹⁵ Auch wenn der EGMR vorläufige Maßnahmen nur unter diesen besonderen Bedingungen gewährt, sind sie in Ausweisungsverfahren relativ häufig. Mit der Entscheidung Mamatukulov und Abdurasulvic ging der EGMR von seiner Rsp in Cruz Varas ab und sprach den vorläufigen Maßnahmen rechtlich verbindliche Wirkung zu.¹⁹⁶ Kommt der Vertragsstaat der vorläufigen Maßnahme nicht nach, verletzt er damit Art 34 MRK, da er die effektive Ausübung des Beschwerderechtes verhindert.¹⁹⁷ Wird eine vorläufige Maßnahme vom EGMR nicht gewährt, kann der Beschwerdeführer noch eine schnellere Erledigung des Verfahrens nach den Regeln 39-40 des Verfahrens des EGMR beantragen.

Stellt der Gerichtshof eine Verletzung fest, wird dadurch die Rechtsgültigkeit der Entscheidung des VfGH bzw - bei Ablehnung der Behandlung der Beschwerde durch den VfGH - des AsylGH nicht berührt.¹⁹⁸ Österreich ist jedoch verpflichtet, die vom EGMR festgestellte Verletzung zu beenden bzw eine Abschiebung, die eine Verletzung bedingen würde, zu unterlassen. Der EGMR kann auch eine angemessene Entschädigung zuerkennen (Art 41 MRK), wobei er im Verfahren um Ausweisungen zumeist erkennt, dass die Feststellung der Verletzung in sich eine angemessene Entschädigung darstellt.¹⁹⁹

page des Gerichtshofes ein entsprechendes Beschwerdeformular zum download zur Verfügung. Beschwerdeformular in deutscher Sprache http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/9D52AE6A-1538-4868-AC63-1FEA0640ECE3/0/GER_Formulaire.pdf (27.7.2008).

¹⁹⁴ Zum Verfahren vor dem Gerichtshof siehe weiterführend *Grabenwarter*, EMRK, 2. Kapitel (S 46ff); *Karl* in *Karl/Czech* (Hrsg), Der Vollzug von EGMR-Urteilen in Österreich.

¹⁹⁵ *Mole*, Asylum ECHR, 124.

¹⁹⁶ EGMR 6.2.2003, 46827/99 und 46951/99 Fall Mamatukulov und Abdurasulvic, Rz 110; bestätigt in EGMR 4.2.2005, 46827/99 und 46951/99 Fall Mamatuklov und Askarov, Rz 129 (Grand Chamber). Überholt EGMR 20.3.1991, 15576/89 Fall Cruz Varas ua.

¹⁹⁷ Vgl EGMR 17.1.2006, 50278/99 Fall Aoulmi, Rz 112.

¹⁹⁸ *Grabenwarter*, MRK, § 16 Rz 3 (S 94).

¹⁹⁹ *Lambert*, Aliens and ECHR, 33. Allgemein weiterführend siehe dazu *Karl* in *Karl/Czech* (Hrsg), Der Vollzug von EGMR-Urteilen in Österreich (2007).

10 Schlussworte

Das Asyl- und Fremdenrecht ist Ausdruck der Souveränität des Staates, wird damit doch letztlich die Frage, wem in Österreich ein Aufenthalt gestattet wird, beantwortet. Als ein Gebiet, in dem legitime Sicherheitsinteressen des Staates und teilweise unbegründete Ängste der Bevölkerung mit vermeintlich gegenlaufenden menschen- und verfassungsrechtlichen Voraussetzungen kollidieren, erfordert die Regelung dieser Materie besondere Sorgfalt. Der Gesetzgeber findet sich unter starkem öffentlichen Druck Asylverfahren zu beschleunigen, muss aber gleichzeitig ein rechtsstaatliches Verfahren, dass den Grundrechten Rechnung trägt und sicher stellt, dass jene, die Schutz benötigen, diesen auch erhalten, garantieren.

Mit dem Fremdenrechtspaket 2005 wurde das Asyl- und Fremdenrecht auf neue gesetzliche Grundlagen gestellt, wobei die bestehenden Regelungen wesentlich verschärft wurden, was schon in der Entwurfphase zu beträchtlicher Kritik führte.¹ UNHCR ortete in dem Entwurf zum AsylG 2005 den Ausdruck eines „pauschalen Misstrauen[s] gegenüber Asylwerbern.“² Nach der Begutachtung wurde die Regierungsvorlage in einigen Punkten angepasst und verbessert, was schließlich zur Zustimmung der SPÖ zum Fremdenrechtspaket führte.³ Das Fremdenrechtspaket 2005 stellt jedoch ohne Zweifel eine Verschärfung der Regelungen gegenüber Asylwerbern und Fremden dar. So beschrieb Nowak die neue Rechtslage als die „schärfste und restriktivste Regelung innerhalb Europas.“⁴

Die Behörden und Anwender hatten nur sehr wenig Zeit, sich mit dem neuem Gesetz vertraut zu machen, zumal dieses nach Veröffentlichung im BGBl am 16.8.2005 schon mit 1.1.2006 in Kraft trat. Diese wurde zusätzlich durch die Vorbereitungen auf die EU-Präsidentschaft beschränkt.⁵ Die suboptimale Vorbereitung zeigte sich auch im Vollzug. So sah der Menschenrechtsbeirat im Juli 2007 die „Erstbehörden im Vollzugsbereich der Fremdengesetze [als] tendenziell überlastet und mit der

¹ Unterschiedlich ausführliche Stellungnahmen wurden abgegeben von der Asylkoordination und dem Integrationshaus, dem Boltzmann Institut für Menschenrechte, Helping Hands, dem Menschenrechtsbeirat, Neustart, dem österreichischen Städtebund, dem Institut für Strafrecht der Universität Linz, den Rechtsberatern EAST-OST, dem UBAS, UNHCR, dem UVS Burgenland, dem UVS Niederösterreich, dem Verfassungsdienst des BKA, dem Völkerrechtsbüro des BMAA sowie von der Burgenländischen, Steirischen, Vorarlbergischen und Wiener Landesregierung.

² UNHCR, Stellungnahme, 8.

³ *Die Presse.com*, Gusenbauer zur Asyl-Einigung: „Vernünftiges Gesetz“ (4.7.2005); vgl aber die nunmehrige Kritik des BSA (*Klingenbrunner/Raptis*, Stellungnahme BSA).

⁴ *Die Presse.com*, Asylrecht: „Schärfste und restriktivste Regelung“ Europas (20.4.2006).

⁵ *Szymanski*, *migraLex* 2005, 68

Komplexität grundrechtlicher Fragestellungen vielfach überfordert“.⁶

Die burgenländische Landesregierung bemerkte in ihrer Stellungnahme, dass sich angesichts des dem Entwurf innewohnenden Gedanken „der Verschärfung des Asylrechts und der Ausweitung der Befugnisse der Sicherheitsbehörden, ... die Frage erhebt, ob der rechtspolitisch verfolgte Zweck nicht überschritten wurde.“⁷

Um dies beurteilen zu können, muss zunächst die Frage nach den vom Gesetzgeber mit dem AsylG verfolgten Zielen beantwortet werden. Als Schwerpunkte des Entwurfs zum AsylG 2005 wurden in den Materialien die folgenden Punkte genannt.

- systematisches (lesbares) Asylrecht;
- Schaffung der Grundlagen für eine personelle Aufstockung, sowie für eine einheitliche Länderdokumentation;
- Ermöglichung der Führung von Musterverfahren am UBAS (Leitentscheidungen);
- Sicherung der Dublin-Verfahren für eine effiziente Umsetzung;
- Neufassung der Regelungen über Traumatisierung, sodass nicht mehr die bloße Behauptung einer solchen zur Zuständigkeit Österreichs führt;
- Beschreibung und notwendigenfalls Durchsetzung der Mitwirkungspflichten;
- Abschaffung der Sonderverfahren soweit möglich;
- effizientere Gestaltung des Flughafenverfahrens und
- Schaffung von „Lösungen“ für straffällige Asylwerber.⁸

Ein großes Ziel des Fremdenrechtspakets war die Schaffung klarer Strukturen und die Verfahrensvereinfachung.⁹ Nach Vorstellung des Gesetzgebers sollte nunmehr „das materielle Asylrecht und das Asylverfahrensrecht - also die Normen, die bis zur Erlangung eines Bescheides durch die Asylbehörden gelten - im AsylG 2005 abgebildet sein, während die Normen, die zur fremdenpolizeilichen Durchsetzung dieser Entscheidungen - die nur bei ab- oder zurückweisenden Entscheidungen, die mit einer Ausweisung (§ 10 AsylG 2005) verbunden wurden, in Betracht kommen - im FPG ihren Niederschlag finden sollten.“¹⁰

⁶ *Menschenrechtsbeirat*, Stellungnahme Juli 2007.

⁷ *Burgenländische Landesregierung*, Stellungnahme.

⁸ RV 952 BlgNR XXII GP 4-5.

⁹ Angemerkt sei hier dass im Entwurf die Aufhebung des FrG 1997 nicht vorgesehen war. Erst nach einem Hinweis des Verfassungsdiensts des BKA wurde Art 5 Fremdenrechtspaket über die Aufhebung des Fremdengesetzes 1997 eingefügt (*Verfassungsdienst des BKA*, Stellungnahme, 38).

¹⁰ RV 952 BlgNR XXII GP 91.

Im Hinblick auf das Verhältnis zwischen FPG und AsylG wurden durch das Fremdenrechtspaket auch tatsächlich Abgrenzungsproblematiken in Verbindung mit der asylrechtlichen Ausweisung gelöst. Letztlich bestehen diese jedoch bei Ausweisungen von Fremden, die über einen Aufenthaltstitel verfügen (§ 54 FPG), bei der Prüfung des Refoulements weiter. In anderen Fragen ist die Abgrenzung jedoch misslungen. Schon durch § 27 AsylG (Ausweisungsverfahren) kommt es zu einer Vermischung, da schon bei der Absicht, einen negativen Bescheid zu erlassen, ein Ausweisungsverfahren eingeleitet wird, welches letztendlich tlw durch die Fremdenpolizei in Form der Schubhaft gemäß § 76 Abs 2 Z 2 FPG umzusetzen ist, auch wenn die Entscheidung bei den Asylbehörden bleibt. Auch wurden nicht alle fremdenpolizeilichen Bestimmungen, die Asylwerber betreffen, im FPG geregelt. Fragen des Aufenthaltes sind unzweifelhaft fremdenrechtliche Fragen, welche für Asylwerber aber in §§ 12-13 AsylG geregelt werden.¹¹ Es besteht prinzipiell auch die Möglichkeit, gegen einen Asylwerber einen Festnahmeauftrag nach § 74 FPG zu erlassen, obwohl dieser für Asylwerber in § 26 AsylG eigens geregelt ist.

Zur Beschleunigung der Dublin-Verfahren erwies sich, wenig überraschend, der Ansatz, die Traumabestimmung des AsylG 1997, wonach schon der medizinisch belegbare Verdacht für eine Traumatisierung die Verfahrenszulassung bedingte, zu streichen und der völlige Entfall der 20-Tages-Frist nach Mitteilung über die Einleitung der Konsultationen - im Gegensatz zur bisherigen bloßen Hemmung - als wirksam. Die nunmehrige strenge Linie findet auch in der Rsp des EGMR Deckung. Überschießend erscheint aber die Möglichkeit der Erlassung eines weiteren zurückweisenden Bescheides nach erfolgter Zulassung des Verfahrens, zumal der Behörde damit die spätere Zurückweisung in willkürlicher Art und Weise ermöglicht wird. Um für eine schnellere Durchsetzbarkeit der Entscheidungen zu sorgen, sah der Gesetzgeber auch vor, dass Beschwerden gegen Bescheide gemäß § 5 AsylG 2005 generell keine aufschiebende Wirkung mehr zukommt. Es mangelt somit an einem Rechtsschutz gegenüber einer verspäteten Entscheidung des AsylGH, auch wenn dieser in der Praxis bemüht ist, alle Entscheidungen innerhalb jener sieben Tage zu treffen, in der die Entscheidung des BAA zwar durchführbar, aber nicht durchsetzbar ist. Schließlich ist auch zu bemerken, dass zwar mehr zurückweisende Entscheidungen getroffen werden, die Fremdenpolizei aber bei der Durchsetzung dieser Entscheidungen völlig überfordert ist, sodass das vom Gesetzgeber gesetzte Ziel nicht erreicht wird.

Die Normierung von Mitwirkungspflichten des Asylwerbers brachte inhaltlich keine beachtenswerte Neuerung, zumal mangelndes Interesse des Betroffenen am Verfahren schon davor im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden konnte und die Mitwirkungspflichten eben gerade nicht durchsetzbar sind. Ihre Aufnahme

¹¹ *Szymanski*, *migraLex* 2005, (68) 69.

in den Gesetzeswortlaut vermochte zwar das AsylG 2005 als eine strengere Regelung erscheinen lassen, doch ist deren Nutzen - abgesehen von der schon nach dem AsylG 1997 gegebenen Verwertbarkeit des Verhaltens im Rahmen der Beweiswürdigung - nicht ersichtlich.

Begrüßenswert ist die Abschaffung des Sonderverfahrens über unbegründete Anträge. Tatsächlich wurde die Problematik von unbegründeten Anträgen jedoch nur verschoben, zumal die Tatbestände nunmehr die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen. Damit wurde zwar eine Beschleunigung des Verfahrens bedingt, doch ging diese zumindest teilweise zu Gunsten des Rechtsschutzes.

Die Problematik von Fremden, die während eines laufenden Asylverfahrens straffällig werden und daher nicht - wie oftmals in der Öffentlichkeit gefordert - sofort ohne wenn und aber abgeschoben werden können, versuchte der Gesetzgeber durch Einführung des Ausweisungsverfahrens zu begegnen. Die Behörde kann, ein gewisses Strafausmaß vorausgesetzt, mit der Einleitung des Ausweisungsverfahrens nämlich einen Schubhafttatbestand schaffen, womit der Asylwerber auch über das Strafverfahren hinaus inhaftiert werden kann. Das Ausweisungsverfahren verlangt jedoch keine rechtskräftige Verurteilung, sondern kann uU sogar schon bei Betretung auf frischer Tat eingeleitet werden. Bedenkt man weiters, dass es de facto keinen effektiven Rechtsschutz gegen die Verhängung der Schubhaft gibt, ist die Frage der Burgenländischen Landesregierung nach der Überschreitung des Gestaltungsspielraums hier zu bejahen.

Insgesamt zeigt sich, dass die effizientere Ausgestaltung und Beschleunigung der Asylverfahren das wesentliche Ziel des Gesetzgebers waren. Wie Muzak jüngst darlegte, darf eine Beschleunigung der Asylverfahrens aber nicht zum Selbstzweck werden, vielmehr muss die Frage nach notwendigem Schutz vor Verfolgung im Mittelpunkt der Asylverfahren stehen. Letztendlich kann nur eine entsprechende personelle Ausstattung, auch der ersten Instanz, eine Verkürzung der Verfahren mit sich bringen und gleichzeitig ein rechtsstaatliches Verfahren garantieren. Zwar verursacht dies zunächst höhere Kosten, andererseits lassen sich nur dadurch die durch lange Asylverfahren entstehenden Kosten - hier ist insb auch an die Grundversorgung zu denken - minimieren, sodass die Kosten langfristig niedriger wären.¹² Diese Tatsache hat der Gesetzgeber bislang nur zögerlich akzeptiert, doch findet derzeit, nach Aufstockung des Personalstandes des AsylGH, auch eine Erhöhung des Personalstandes des Bundesasylamtes statt.

Die bislang vielfach mangelnde Geschwindigkeit bei der Erledigung von Asylanträgen und die dadurch begünstigte Begründung eines Privat- und Familienlebens

¹² Muzak, *migraLex* 2008, 13f.

durch Asylwerber bildet den Hintergrund einer der größten Herausforderungen für die Asylinstanzen. Es gilt, die Interessen des Betroffenen gegen die staatlichen Interessen abzuwägen und eine gerechte Lösung zu finden. Die dabei zu beachtende Rsp des EGMR und VfGH ist nicht wenig kasusistisch und tlw sogar widersprüchlich. Gegenüber der früheren Rsp des BAA und des UBAS ist in der Praxis jedoch eine erhöhte Sensibilisierung der Entscheidenden im Hinblick auf die Bedeutung von Art 8 MRK zu bemerken, was sich auch bei der Befragung zu dem relevanten Sachverhalt äußert.

Eine wesentliche rechtspolitische Frage ist der Aufenthaltsstatus von Personen, denen kein Schutzstatus nach dem AsylG verliehen wurde, die jedoch im Hinblick auf Art 8 MRK nicht ausgewiesen werden dürfen. Der VfGH hat in seinem Erkenntnis vom 27.06.2008, G 246/07 ua, klargestellt, dass dem Betroffenen zumindest ein Antragsrecht zur Erlangung eines Aufenthaltstitels zukommen muss. Die vom VfGH gesetzte Reperaturfrist läuft noch bis zum 31.03.2009. Derzeit wird die Schaffung eines Antragsrechts auf Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels geplant wird. Gegenüber Asylwerbern wäre es jedoch auch denkbar, dass das BAA und der AsylGH bei Feststellung der Unzulässigkeit der Ausweisung dem Betroffenen einen humanitären Aufenthaltstitel in einem weiteren Spruchpunkt zuerkennen und nicht bloß, wie im derzeitigen Entwurf vorgesehen, die Unzulässigkeit einer Ausweisung auf Grund von Art 8 MRK auf Dauer auszusprechen.

Hinsichtlich der Reformierung des Instanzenzuges im Asylverfahren drängt sich der Eindruck auf, Ziel des Gesetzgebers sei es gewesen, die Asylverfahren um jeden Preis zu beschleunigen. Dies zeigt sich in dem in wesentlichen Punkten von dem im Österreich Konvent ausgearbeiteten Vorschlag abweichenden Gesetzestext zur Errichtung des AsylGH, der innerhalb weniger Wochen durch das Parlament geschickt wurde.¹³ Der Bericht des Verfassungsausschusses des Parlaments lässt eine Auseinandersetzung mit rechtsstaatlichen Prinzipien vermissen.¹⁴ Mangels eines Begutachtungsverfahrens fanden auch kritische Äußerungen durch unabhängige Experten und von Seiten der NGOs keine Berücksichtigung, sodass die geltende Regelung als suboptimal bezeichnet werden muss.¹⁵ Funk ging so weit, den AsylGH als

¹³ Vgl *Österreich Konvent*, Bericht Textvorschläge Teil 4 A. Angesichts des Geständnisses von Justizministerin Berger den Entwurf nicht einmal gelesen zu haben, muss auch bezweifelt werden, dass alle Abgeordneten den Entwurf gelesen haben. *DerStandard.at*, „Das ist einmal so hinzunehmen“ (5.12.2007).

¹⁴ *Verfassungsausschuss des Parlaments*, Bericht zu 314 BlgNR XXIII GP.

¹⁵ Vgl die Kritik von *amnesty international Österreich/Asylkoordination/Diakonie/Integrationshaus/Volkshilfe/SOS Mitmensch*, Stellungnahme zum „Asylgerichtshof“; *Richtervereinigung*, Stellungnahme der richterlichen Standesvertretung zum Ersten Bundesverfassungsbereinigungsgesetz; *UNHCR*, Analyse des Entwurfs zur Einrichtung eines Asylgerichtshofs (verfassungsrechtlicher Teil). Weiterführend siehe die *migraLex*, Ausgabe 1/2008, in der ein Schwerpunkt auf den

eine „am Rande des rechtsstaatlichen Systems“ stehende Regelung zu bezeichnen.¹⁶

Ein wesentlicher Aspekt zur Beschleunigung der Verfahren stellte die Aufwertung des AsylGH zu einer Art Höchstgericht und der daran anküpfenden Entfall des VwGH als Rechtsschutzinstanz dar. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll der AsylGH einen dem VwGH vergleichbaren Rechtsschutz bieten und so dessen Entfall rechtfertigen. Der AsylGH bleibt jedoch in entscheidenden Punkten - beispielsweise hinsichtlich der Qualifikation der Richter, der Regelungen hinsichtlich der Senatsbesetzung, aber auch Nachfolger - hinter dem VwGH zurück, sodass der gänzliche Entfall fragwürdig erscheint. Die Bedenken über den Wegfall der Anrufungsmöglichkeit des VwGH können auch nicht durch die weiter bestehende Anrufungsmöglichkeit des VfGH aufgelöst werden, da noch unklar ist, ob bzw in welchem Ausmaß dieser im Rahmen seiner Grobprüfungsrechtsprechung verfahrensrechtliche Fehler aufgreifen wird. Anders wäre dies nur, wenn der VfGH von seiner bisherigen Rsp abgehen würde, was höchst unwahrscheinlich ist. Bei diesem haben jedoch die anfallenden Asylverfahren erwartungsgemäß eine hohe zusätzliche Belastung bedingt. Der VfGH konnte bis zum 27.11.2008 181 von 848 seit dem 1.7.2008 anhängigen Beschwerden erledigen - es wurden jedoch nur vier Fälle inhaltlich behandelt.¹⁷ Der VfGH ist damit zu einem neuen Nadelöhr im Asylverfahren geworden, auch wenn dieser zusätzliche Sessionen zur Bewältigung des Aktenanfalls einschieben wird.¹⁸

Ob die Einführung von Grundsatzentscheidungen eine zu befürchtende Zersplitterung der Rechtsprechung verhindern wird können, erscheint ebenso fraglich wie die rechtsstaatlich höchst bedenkliche mögliche Bindungswirkung solcher Entscheidungen gegenüber dem VfGH.

Insgesamt lässt sich ein anhaltender Trend zur Verschärfung des Asylrechts feststellen, mit der der Gedanke der Rechtsstaatlichkeit an den Rand gedrängt wird.¹⁹ Im Themenkreis der asylrechtlichen Ausweisung ist hier beispielsweise die auf Grund eines asylrechtlichen Ausweisungsverfahrens bedingte Schubhaft zu nennen, wo es an einem faktisch effizienten Rechtsschutz mangelt. Aber auch § 14 AsylG, der eine Zustellung im Ausland fingiert, untergräbt das für ein rechtsstaatliches Verfahren wesentliche Recht auf Parteigehör. Im Hinblick auf Art 8 MRK und dessen Bedeutung für die Ausweisung ist jedoch zu bemerken, dass das BAA und der AsylGH

AsylGH gelegt wurde.

¹⁶ *DerStandard.at*, Kritik an neuem Asylgerichtshof nimmt zu (5.12.2007); *DiePresse.at*, Funk: Asylgerichtshof am Rande des Rechtsstaats (8.11.2007); *Muzak*, *migraLex* 2008, (13) 14.

¹⁷ *VfGH*, Verfassungsgerichtshof hebt erste Asylgerichtshof-Entscheidungen auf (Presseinformation), 27.11.2008.

¹⁸ *DerStandard.at*, Verfassungsgerichtshof schiebt zusätzliche Sessionen für Asylfragen ein (30.10.2008).

¹⁹ Vgl auch zu den Plänen der Regierung das Regierungsprogramm 2008-2013, Abschnitt Asyl und Fremdenpolizei, 108ff.

für die grundrechtlichen Aspekte zusehends vielfach auch durch die Rsp von VwGH und VfGH, sensibilisiert wurden.

Ziel eines Asylverfahrens muss es jedenfalls bleiben, denjenigen, die Schutz benötigen, diesen auch zu gewähren. Um dieses Ziel bestmöglich zu verwirklichen, bedarf es eines möglichst fairen und rechtstaatlichen Verfahrens, da dies letztlich die beste Garantie für ein richtiges Ergebnis darstellt.

Rechtsquellenverzeichnis

Geordnet nach Datum des In-Kraft-Tretens bzw des Datums der Vorlage

Österreich

Geltendes Recht

Europäische Menschenrechtskonvention (MRK) BGBl 210/1958

4. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention (4. ZPMRK) BGBl 434/1969

7. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention (7. ZPMRK) BGBl 628/1988

Bundesgesetz, mit dem das Fremdenengesetz geändert wird (FrG-Novelle 1996) BGBl 436/1996

Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert wird, ein Asylgesetz 2005, ein Fremdenpolizeigesetz 2005 und ein Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz erlassen, das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat, das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991, das Sicherheitspolizeigesetz, das Gebührengesetz 1957, das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das Kinderbetreuungsgeldgesetz und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden sowie das Fremdenengesetz 1997 aufgehoben wird (Fremdenrechtspaket 2005) BGBl I 100/2005 idF BGBl I 99/2006

Verordnung der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des Fremdenpolizeigesetzes 2005 (DV-FPG) BGBl II 450/2005

Bundesgesetz, mit dem ein Asylgerichtshofgesetz erlassen wird und das Asylgesetz 2005, das Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, das Bundesministeriengesetz 1986, das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991, das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Grundversorgungsgesetz-Bund 2005, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985, das Sicherheitspolizeigesetz und das Waffengesetz 1996 geändert werden (Asylgerichtshof-Einrichtungsgesetz) BGBl I 4/2008

Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird BGBl I 2/2008

Geschäftsverteilung der Volksanwaltschaft 2008 BGBl II 266/2008

Bundesgesetz, mit dem das Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, das Gehaltsgesetz 1956, das Vertragsbedienstetengesetz 1948, das Pensionsgesetz 1965, das Bundesbahn-Pensionsgesetz, das Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz, das Bundes-Personalvertretungsgesetz, das Asylgerichtshofgesetz, das Ausschreibungsgesetz 1989,

das Bundeslehrer-Lehrverpflichtungsgesetz, das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, das Landesvertragslehrgesetz 1966, das Land- und forstwirtschaftliche Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, das Land- und forstwirtschaftliche Landesvertragslehrgesetz, das Wachebediensteten-Hilfeleistungsgesetz, die Reisegebührenvorschrift, das Rechtspflegergesetz und das Bundestheaterpensionsgesetz geändert werden (Dienstrechts-Novelle 2008) BGBl I 147/2008

Regierungsvorlagen und Gesetzesentwürfe

Regierungsvorlage betreffend das Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert wird, ein Asylgesetz 2005, ein Fremdenpolizeigesetz 2005 und ein Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz erlassen sowie das Fremdengesetz 1997, das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat, das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991, das Sicherheitspolizeigesetz, das Gebührengesetz 1957, das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das Kinderbetreuungsgeldgesetz und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden (Fremdenrechtspaket 2005), RV 952 d.B. XXII GP, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXII/I/I_00952/pmh.shtml (1.11.2008)

Regierungsvorlage betreffend das Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz, RV 314 BlgNR XXIII GP, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/portal/page?_pageid=908,7952640&SUCHE=J&_dad=portal&_schema=PORTAL# (2.12.2007)

Bericht und Antrag des Verfassungsausschusses über den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Asylgerichtshofgesetz erlassen wird und das Asylgesetz 2005, das Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, das Bundesministeriengesetz 1986, das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991, das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Grundversorgungsgesetz-Bund 2005, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985, das Sicherheitspolizeigesetz und das Waffengesetz 1996 geändert werden (Asylgerichtshof-Einrichtungsgesetz), 371 BlgNR XXIII GP, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIII/I/I_00371/pmh.shtml (2.12.2007)

Entwurf zu einem Bleiberechtsgesetz 2007, 273/A XXIII GP, im Internet unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIII/A/A_00273/pmh.shtml?SUCHE=J (15.3.2008)

Entwurf zu einem Bleiberechtsgesetz 2008, Zahl 32/A XXIV GP, im Internet unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/A/A_00032/pmh.shtml (11.11.2008)

Regierungsvorlage betreffend Bundesgesetz, mit dem das Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, das Gehaltsgesetz 1956, das Vertragsbedienstetengesetz 1948, das Pensionsgesetz 1965, das Bundesbahn-Pensionsgesetz, das Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz, das Bundes-Personalvertretungsgesetz, das Asylgerichtshofgesetz, das Ausschreibungsgesetz 1989, das Bundeslehrer-Lehrverpflichtungsgesetz, das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, das Landesvertragslehrgesetz 1966, das Land- und forstwirtschaftliche Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, das Land- und forstwirtschaftliche Landesvertragslehrgesetz, das Wachebediensteten-Hilfeleistungsgesetz, die Reisegebührenvorschrift, das Rechtspflegergesetz und das Bundestheaterpensionsgesetz geändert werden (Dienstrechts-Novelle 2008), RV 1 BglNR XXIV. GP

Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, ME 12 BlgNR XXIV. GP

Regierungsvorlage betreffend Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden, RV 88 BlgNR XXIV. GP

Bundesministerium für Justiz (BMJ), Gesetzesentwurf Reformpaket zur bedingten Haftentlassung, im Internet abrufbar unter <http://www.bmj.gv.at/gesetzesentwuerfe/index.php?nav=13&id=103> (5.10.2008)

Entschließungen und Petitionen des Nationalrates, Bundesrates und der Landtage

Entschließung des Parlaments zu 370 BlgNR XIII GP

Initiativantrag der Abgeordneten des Oberösterreichischen Landtags betreffend eine Möglichkeit zum Verbleib für besonders gut integrierte und von Abschiebung bedrohte Personen und Familien vom 16.4.2007, Blg 1155/2007 Oberösterreichischen Landtags GP XXVI

Nationalratsabgeordneter Ablinger, Anfrage betreffend Bleiberecht vom 3.5.2007, 771/J XXIII GP

Bündnis Zukunft Österreich (BZ), Entschließungsantrag betreffend Legalisierung voll integrierter, langjährig in Österreich lebender unbescholtener Ausländer bei gleichzeitiger Beibehaltung des strengen Asyl- und Fremdenrechts vom 3.5.2007, Zahl 222/A(E) XXIII GP

Steirischer Landtag, Beschluss betreffend ein Bleiberecht für Menschen, die bereits integriert sind vom 22.5.2007, Beschluss Nr 608 GP XV

Entschließung des Burgenländischen Landtages betreffend Vermeidung von menschlichen Härtefällen durch raschere und straffere Asylverfahren sowie die Schaffung der Möglichkeit zum Verbleib für besonders gut integrierte und von Abschiebung bedrohte Personen und Familien vom 31.5.2007, 19 - 300

Resolutionsantrag des Niederösterreichischen Landtags betreffend Bleiberecht für Menschen, die bereits integriert sind vom 12.6.2007, Ltg.-887/V-5/44-2007

Wiener Landtag, Beschluss betreffend ein Bleiberecht für integrierte und von Abschiebung bedrohte Personen vom 28.6.2007, PGL - 03259-2007/0001/LAT

Beschluss des Salzburger Landtages betreffend eine Möglichkeit zum Verbleib für besonders gut integrierte und von Abschiebung bedrohte Personen und Familien vom 4.7.2007, Nr 616 Blg Salzburger Landtags XIII GP

Nationalratsabgeordnete Van der Bellen/Weinzinger, Dringlicher Antrag betreffend Bleiberecht für Integrierte vom 10.10.2007, 393/A(E) XXIII GP

Nationalratsabgeordnete Strache/Rosenkranz, Entschließungsantrag betreffend notwendiger Verschärfungen des Asylwesens vom 10.10.2007, 404/A(E) XXIII GP

Nationalratsabgeordnete Einem/Parnigoni/Hagenhofer, Entschließungsantrag betreffend Maßnahmenpaket zur Beschleunigung der Asylverfahren vom 10.10.2007, 405/A(E) XXIII GP

Nationalratsabgeordneter Hagenhofer, Entschließungsantrag betreffend Art 8 EMRK im Zusammenhang mit der Vollziehung des Fremdenpolizeigesetzes und des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes vom 10.10.2007, 406/A(E) XXIII

Petition des Bundesrats zum Bleiberecht für gut integrierte Asylwerber/-innen, die von Abschiebung bedroht sind, 20/PET-BR/2007, angenommen in der 748. Sitzung des Bundesrates vom 11.10.2007

Petition des Bundesrats zum Bleiberecht für Asylsuchende, 21/PET-BR/2007, angenommen in der 748. Sitzung des Bundesrates vom 11.10.2007

FPÖ, Entschließungsantrag hinsichtlich notwendiger Verschärfungen des Asylwesens, Zahl 251/A(E) XXIV. GP

Internationales

Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, BGBl 1993 II 1010 (Schengener Durchführungsübereinkommen)

Übereinkommen über die Bestimmung des Zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags vom 15.6.1990, Abl 1997 C 254 S 1 (Dubliner Übereinkommen)

Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union, Abl 1997 C 340 S 93

Verordnung 2725/2000 des Rates vom 11. Dezember 2000 über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens, Abl 2000 L 316 S 1

Richtlinie 9/2003 des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, Abl 2003 L 31 S 18 (AufnahmeRL)

Verordnung 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, Abl 2003 L 50 S 1 (Dublin-II-V)

Richtlinie 83/2004 des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl 2004 L 304 S 12 idF ABl 2005 L 204 S 24 (StatusRL)

Richtlinie 85/2005 des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl 2005 L 326 S 13 (VerfahrensRL)

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Rules of Court, im Internet abrufbar unter <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D1EB31A8-4194-436E-987E-65AC8864BE4F/0/RulesOfCourt.pdf> (27.7.2008)

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Practice Directions - Institution of Proceedings, im Internet abrufbar unter <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/9F0B9646-3806-4814-A7CF-345304DCCDB2/0/PracticeDirectionsInstitutionOfProceedingsMarch2005.pdf> (27.7.2008)

Literaturverzeichnis

Abermann, Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis (2007)

Aichreiter, Art 129a B-VG, in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Kommentar (Loseblatt 2001, 4. Ergänzungslieferung)

Aichreiter, Art 129c B-VG, in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Kommentar (Loseblatt 2001, 4. Ergänzungslieferung)

Ammer, Schubhaft und Asyl, juridikum 2007, 72

amnesty international, amnesty international Report 2007 - Austria, im Internet abrufbar unter <http://thereport.amnesty.org/eng/Regions/Europe-and-Central-Asia/Austria> (1.10.2007)

amnesty international, European Court of Human Rights: ban on torture is absolute and universal (11.7.2007), im Internet abrufbar unter <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGIOR300162007> (13.10.2007)

amnesty international Österreich, Kurzdarstellung Fall Bakary J., im Internet abrufbar unter http://www.amnesty.at/fokus/oesterreich/docs/falldarstellung_bakary.pdf (1.10.2007)

amnesty international Österreich/Asylkoordination/Diakonie/Integrationshaus/Volkshilfe/SOS Mitmensch, Stellungnahme zum „Asylgerichtshof“, 25. November 2007, im Internet abrufbar unter <http://www.amnesty.at/fokus/oesterreich/asylgerichtshof/StellungnahmeAsylgerichtshof251107.pdf> (28.11.2007)

Amt der Burgenländischen Landesregierung, Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_44/FNAMEORIG_039001.HTML# (6.4.2007) (*Burgenländische Landesregierung*, Stellungnahme)

Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_40/imfname_147056.pdf (14.02.2009) (*Niederösterreichische Landesregierung*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_33/FNAMEORIG_038936.HTML# (6.4.2007) (*Steiermärkische Landesregierung*, Stellungnahme)

Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_45/fname_147575.pdf (14.02.2009) (*Steiermärkische Landesregierung*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Amt der Tiroler Landesregierung, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_18/fname_146909.pdf (14.02.2009) (*Tiroler Landesregierung*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Amt der Vorarlberger Landesregierung, Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_48/FNAMEORIG_039013.HTML# (6.4.2007) (*Vorarlberger Landesregierung*, Stellungnahme)

Amt der Wiener Landesregierung, Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_47/FNAMEORIG_039007.HTML# (6.4.2007) (*Wiener Landesregierung*, Stellungnahme)

Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996)

Asylkoordination/Integrationshaus, Stellungnahme zum Entwurf des Fremdenrechtspakets, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_19/FNAMEORIG_038836.HTML# (11.4.2007)

Asylkoordination/SOS-Menschenrechte Österreich, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_33/fname_146934.pdf (14.02.2009) (*asylkoordination und SOS-Menschenrechte Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Balthasar, Die Bedeutung des Art 129c Abs 1 B-VG idF BGBl I 2005/100, UVS aktuell 2006, 8

Balthasar, Vom UBAS zum „Bundesverwaltungsrecht“ Ein Pyrrhussieg für den Rechtsstaat?, *migraLex* 2007, 56

Barwig/Brinkmann/Huber/Lörcher/Schumacher (Hrsg), Ausweisung im demokratischen Rechtsstaat (1996)

Beratungszentrum für Migranten und Migrantinnen, Stellungnahme zu dem Mi-

nisterialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_19/fname_146908.pdf (14.02.2009) (*Beratungszentrum für Migranten und Migrantinnen*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Berka, Die Grundrechte (1999) (*Berka*, Grundrechte)

Bertel/Venier, Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts⁸ (2004)

Bezdeka, Fremdengesetz 1997 (1998) (*Bezdeka*, Fremdengesetz)

Blume, Aufenthaltsbeendigung und Art 8 EMRK, in *Wiederin (Hrsg)*, Neue Perspektiven im Ausländerrecht (1996) 111 (*Blume in Wiederin (Hrsg)*, Aufenthaltsbeendigung Art 8 EMRK)

Boltzmann Institut für Menschenrechte, Stellungnahme zur Regierungsvorlage des Asylgesetzes 2005 und Fremdenpolizeigesetzes 2005, im Internet abrufbar unter <http://www.univie.ac.at/bim/php/bim/get.php?id=39> (3.8.2006) (*Boltzmann Institut für Menschenrechte*, Stellungnahme)

Boltzmann Institut für Menschenrechte, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_32/imfname_146932.pdf (14.02.2009) (*Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Brockhaus, Enzyklopädie Band 26 Deutsches Wörterbuch (A-Gulb)¹⁹ (1995) (*Brockhaus*, Band 26)

Bundeskanzleramt, Regierungsprogramm 2007-2010, im Internet abrufbar unter www.austria.gv.at/DocView.axd?CobId=19542 (10.09.2008)

Bundesministerium für Inneres (BMI), Anfragebeantwortung Zahl 749/AB XXIII GP, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXIII/AB/AB_00749/FNAMEORIG_082054.HTML (26.9.2007)

Bundesministerium für Inneres (BMI), Anfragebeantwortung Zahl 769/J, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXIII/AB/AB_00747/FNAMEORIG_082053.HTML (26.9.2007)

Bundesministerium für Inneres (BMI), Anfragebeantwortung Zahl 2360/AB-BR/2007, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/BR/AB-BR/AB-BR_02360/imfname_086763.pdf (26.7.2007)

Bundesministerium für Inneres (BMI), Anfragebeantwortung, Zahl 4012/AB XXII GP,

im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/AB/AB_04012/fname_063953.pdf (13.10.2007)

Bundesministerium für Inneres (BMI), Fremdenstatistik 2006, im Internet abrufbar unter http://www.bmi.gv.at/downloadarea/asyl_fremdenwesen_statistik/FremdeJahr2006_1.pdf (24.4.2007) (*BMI*, Fremdenstatistik 2006)

Bundesministerium für Inneres (BMI), Fremdenstatistik 2007, im Internet abrufbar unter http://www.bmi.gv.at/downloadarea/asyl_fremdenwesen_statistik/2008/Fremde%20-%20Jahresstatistik%202007.pdf (10.5.2008) (*BMI*, Fremdenstatistik 2007)

Bundesministerium für Inneres (BMI), Fremdenstatistik November 2008, im Internet abrufbar unter http://www.bmi.gv.at/downloadarea/asyl_fremdenwesen_statistik/2008/11/FremdeMonatsstatistik112008.pdf (10.5.2008) (*BMI*, Fremdenstatistik November 2008)

Bundesministerium für Inneres (BMI), Präsentation zu dem Fall Zogaji, im Internet abrufbar unter <http://www.bmi.gv.at/bmireader/documents/465.pdf> (3.1.2008)

Bundesministerium für Inneres (BMI), Pressekonferenz zum Start der Umsetzung der Rot-Weiss-Rot Card und zur Weitere Vorgangsweise bei der Neuregelung des humanitären Aufenthaltes(26.1.2009), im Internet abrufbar unter <http://www.bmi.gv.at/bmireader/documents/636.pdf> (20.2.2009)

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (BMWFJ) ; Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_38/imfname_147057.pdf (14.02.2009) (*BM Wirtschaft und Arbeit*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Bundesregierung Stellungnahme zum Bericht des Menschenrechtskommissars über seinen Besuch in Österreich (21. - 25. Mai 2007) Anhang 2, im Internet abrufbar unter https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1225283&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679#P118_17593 (27.12.2007)

Bundesregierung, Stellungnahme im Prüfungsverfahren zu § 72 Abs 1 NAG, GZ BKA-604.301/0006-V/5/2008, im Internet abrufbar unter <http://www.gruene.at/uploads/media/Pruefbeschluss.pdf> (15.3.2008)

Bundesregierung, Regierungsprogramm für die XXIV. Gesetzgebungsperiode (2008-2013), im Internet abrufbar unter <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=32965> (14.12.2008)

Caritas, Bleiberecht für gut integrierte Fremde, im Internet abrufbar unter http://www.caritas.at/aktuell/news/news/artikel/21/386/?tx_ttnews%5BpS%5D=1183240800&tx_ttnews%5BpL%5D=2678399&tx_ttnews%5Barc%5D=1&cHash=ab6c1cb32c (26.9.2007)

Caritas Österreich, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_13/imfname_147287.pdf (14.02.2009) (*Caritas Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Chvosta, Die Ausweisung von Asylwerbern und Art 8 MRK, ÖJZ 2007, 852

Datenschutzkommission, Tätigkeitsbericht 2007, im Internet abrufbar unter <http://www.dsk.gv.at/> (13.10.2007)

Davy, Persönliche Freiheit und verfassungsgerichtliche Kontrolle, ZfV 1992, 14

Davy, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht II (1996) (*Davy*, Flüchtlingsrecht II)

Davy, Die Asylrechtsreform 1997 Teil 1, ecolex 1997, 708

Demko, Zum Begriff der „Freiheitsentziehung“ des Art 5 Abs 1 EMRK im Fall Amuur gegen Frankreich (Anwendung auf sog Transitzone), HRRS 2004, 171

DerStandard.at, „1.500 integrierte Familien“ vor Ausweisung (6.8.2007), im Internet abrufbar unter <http://derstandard.at/?url=?id=2987884> (27.9.2007)

DerStandard.at, Gusenbauer fordert Bleiberecht für gut Integrierte (7.8.2007), im Internet abrufbar unter <http://derstandard.at/?url=?id=2963544> (26.9.2007)

DerStandard.at, Bleiberecht: Platter und Länder versuchen Vereinheitlichung (26.9.2007), im Internet abrufbar unter <http://derstandard.at/?url=?id=3050515> (26.9.2007)

DerStandard.at, Funk warnt vor „Missbrauch der Rechtsprechung“ (23.11.2007), im Internet abrufbar unter <http://derstandard.at/?url=?id=3123475> (25.11.2007)

DerStandard.at, Kritik an neuem Asylgerichtshof nimmt zu (5.12.2007), im Internet abrufbar unter <http://derstandard.at/?url=?id=3103237> (25.11.2007)

DerStandard.at, „Das ist einmal so hinzunehmen“ (5.12.2007), im Internet abrufbar unter www.derstandard.at/id=317750 (23.12.2007)

DerStandard.at, Verfassungsgerichtshof schiebt zusätzliche Sessionen für Asylfragen ein (30.10.2008), im Internet abrufbar unter <http://derstandard.at/?url=?id=1225358642165> (1.11.2008)

DerStandard.at, Harsche Kritik an Fekters Entwurf für Bleiberecht (10.12.2008), im Internet abrufbar unter <http://derstandard.at/?url=?id=1227288381691> (23.12.2008)

Diakonie, Diakonie fordert bei Bleiberecht guten europäischen Beispielen zu folgen, im Internet abrufbar unter <http://fluechtlingsdienst.diakonie.at/goto/de/aktuelles/presse/diakonie-fordert-bei-bleiberecht-guten-europaeischen-beispielen-zu-folgen> (26.9.2007)

Diakonie, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_01/imfname_146691.pdf (14.02.2009) (*Diakonie*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Die Grünen, Protokoll des Experten-Hearings zu den Entwürfen eines Asyl- und eines Fremdenpolizeigesetzes veranstaltet vom Grünen Parlamentsklub am 8.4.2005, im Internet abrufbar unter http://www.grune.at/uploads/media/dokument_33754.pdf (12.05.2006)

DiePresse.com, Gusenbauer zur Asyl-Einigung: „Vernünftiges Gesetz“ (4.7.2005), im Internet abrufbar unter <http://www.diepresse.at/home/politik/innenpolitik/136179/index.do> (10.3.2007)

DiePresse.com, Asylrecht: „Schärfste und restriktivste Regelung“ Europas (20.4.2006), im Internet abrufbar unter <http://www.diepresse.at/home/politik/innenpolitik/83878/index.do> (10.3.2007)

DiePresse.com, Fremdenrecht: „Polizei-Polizei“ gefordert (21.4.2006), im Internet abrufbar unter <http://www.diepresse.at/home/politik/innenpolitik/83015/index.do> (10.3.2007)

DiePresse.com, Korinek: Bleiberecht bei zu langem Asylverfahren (26.4.2007), im Internet abrufbar unter <http://www.diepresse.at/home/politik/innenpolitik/300043/index.do> (24.6.2007)

DiePresse.com, Kein generelles Recht auf Aufenthalt (26.09.2007), im Internet abrufbar unter http://www.diepresse.at/home/politik/innenpolitik/332798/index.do?v1_backlink=/home/politik/innenpolitik/index.do (27.9.2007)

DiePresse.com, Fall Arigona Z.: Mädchen versteckt sich (02.10.2007), im Internet abrufbar unter http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/333717/index.do?direct=333937&_v1_backlink=/home/politik/innenpolitik/333937/index.do&selChannel= (14.12.2008)

DiePresse.com, Platter bremst Hoffnungen: „Eine Rückholaktion wird es nicht geben“ (03.10.2007), im Internet abrufbar unter <http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/334273/index.do?from=suche.intern.portal> 14.12.2008

DiePresse.com, Funk: Asylgerichtshof am Rande des Rechtsstaats (8.11.2007), im Internet abrufbar unter <http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/341850/index.do?from=suche.intern.portal> (8.12.2008)

Die Presse.com, Neue Chance für Arigona und ihre Mutter (11.10.2007), im Internet abrufbar unter <http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/336128/index.do?from=suche.intern.portal> (14.12.2008)

DiePresse.com, Humanitäres Bleiberecht: Fekter präsentiert Entwurf (10.12.2008), im Internet abrufbar unter <http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/436565/>

index.do?parentid=362728&act=0&isanonym=0&id=362728 (23.12.2008)

Die Presse.com, Bleiberecht entschärft: Paten als letzter Ausweg (20.2.2009), im Internet abrufbar unter <http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/454441/index.do?from=suche.intern.portal> (22.2.2009)

Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, Commentary on the Refugee Convention 1951 Articles 2-11, 13-37 (1997), im Internet abrufbar unter <http://www.unhcr.org/publ/PUBL/3d4ab5fb9.pdf> (24. 6.2007) (*Division of International Protection of the UNHCR*, Refugee Convention Commentary)

Doehring, Die Rechtsnatur der Massenausweisung - unter besonderer Berücksichtigung der indirekten Ausweisung, *ZaöRV* 1985, 372

Dohr/Weiss/Pollirer (Hrsg), Datenschutzrecht² (Loseblatt 2002, 5. Ergänzungslieferung) (*Dohr/Weiss/Pollirer (Hrsg)*, Datenschutzrecht)

Embacher/Lepschi, Fremden-gesetz 1997 (Kommentar) (2003)

Ermacora, Asylwerber und gesetzlicher Richter, *JBL* 1965, 601

Ermacora, Österreichische Verfassungslehre (1998)

Ermacora/Nowak/Tretter (Hrsg), Die EMRK in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983)

Erläuternder Bericht zum Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, im Internet abrufbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/117.htm> (17.08.2006) (Erläuternder Bericht)

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), 13th General Report on the CPT activities (10.9. 2003), CPT/Inf(2003)35, im Internet abrufbar unter http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-13.htm#_Toc48097945 (29.12.2007)

Faber/Frank, Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes - das Beschwerdeverfahren nach Art 144a B-VG, *JBl* 2008, 477

Fabrizy, StPO Kurzkomentar⁹ (2004)

Feik, Fremdenrecht, in *Bachmann/Baumgartner/Feik/Giese/Jahnel/Kostal/Lienbacher*, Besonderes Verwaltungsrecht⁶ (2007) 77 (*Feik* in *Bachmann*, Fremdenrecht⁶)

Fasching, Einleitung, in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV/1² (2005)

Fefßl, Die Non-Refoulement-Entscheidung gemäß § 8 AsylG iVm § 57 Abs 1 und Abs 2 FremdenG, *ZUV* 2000, 10

Fefßl, Zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 8. 3. 2001, *G* 117/00, 146/00,

147/00 betreffend verfassungskonforme Interpretation von § 5 AsylG und des Dubliner Übereinkommens BGBl III 1997/165, ZUV 2001, 11

Feßl, Zum Aufenthalt von Asylwerbern im Transitbereich des Flughafens, ZUV 2002, 6

Feßl, Das Neuerungsverbot in der Berufungsinstanz gemäß § 32 Abs 1 AsylG in der Fassung der AsylG-Novelle 2003, ZUV 2003, 139

Feßl, Die Ausweisung Fremder durch die Asylbehörden ist nicht verfassungswidrig - Anmerkungen zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 17.3.2005, G 78/04, G 88/04, G 182/04 und G 183/04, ZUV 2005, 61

Feßl, Asylgesetz 2005 - Eine kurze Übersicht über die wesentlichen Änderungen der Rechtslage, ZUV 2005, 98

Feßl, Anmerkungen zur Ausweisung nach dem AsylG 2005 und zum sogenannten Ausweisungsverfahren, ZUV 2005, 137

Feßl, Besondere Verfahrensbestimmungen über Zustellungen im Asylverfahren (§ 23 AsylG 2005), UVSaktuell 2006, 56

Feßl, Asylgerichtshof jetzt! - Podiumsdiskussion, UVS aktuell 2006, 60

Feßl, Aktuelles zur Betreuung von Asylwerbern, UVSaktuell 2007, 29

Feßl/Holzschuster, Asylgesetz 1997 Kommentar (Loseblatt, 2004 3. Ergänzungslieferung) (*Feßl/Holzschuster*, Kommentar 1997)

Feßl/Holzschuster, Asylgesetz 2005 Kommentar (2006) (*Feßl/Holzschuster*, Kommentar)

Fessler, Fremdenrecht und Verfassung in Österreich, in FS Rosenzweig - Dimensionen und Perspektiven des Rechts (1988) 75 (*Fessler* in FS Rosenzweig, Fremdenrecht und Verfassung)

Filzwieser, Subjektiver Rechtsschutz und Vollziehung der Dublin-II-VO - Gemeinschaftsrecht und Menschenrechte, migraLex 2007, 18

Filzwieser/Liebming, Dublin II Verordnung² (2007) (*Filzwieser/Liebming*, Dublin II Verordnung)

Frank/Anerinhof/Filzwieser Asylgesetz 2005³ (2006) (*Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005)

Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention² (1996) (*Frowein/Peukert*, EMRK)

Fruhmam, Das Mandatsverfahren nach dem Asylgesetz 1991, ZfV 1993, 566

Funk, Entscheidungsbesprechung zu VfGH 8.10.2008, U 5/08, migraLex 2009, 23

Gomien/Harris/Zwaak, Law and practice of the European convention on human rights

and the European social charter (1996)

Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997)

Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention (2003) (*Grabenwarter*, EMRK)

Grabenwarter/Holoubek, Demokratie, Rechtsstaat und Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Einrichtung von Kollegialbehörden nach Art 20 Abs 2 und Art 133 Z 4 B-VG, ZfV 2000, 194

Graf, Datenschutzrecht im Überblick (2004)

Greimel in *Die Presse*, Fein- statt Grobprüfung durch den VfGH? (18.12.2007)

Grussmann, Fremdenrecht, in *Bachmann (Hrsg)*, Besonders Verwaltungsrecht² (1998) 79 (*Grussmann* in *Bachmann*, Fremdenrecht²)

Hammarberg, Bericht des Menschenrechtskommissars über seinen Besuch in Österreich (21. - 25. Mai 2007), im Internet abrufbar unter https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1225283&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679#P118_17593 (27.12.2007)

Hauer, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts (2008)

Helping Hands, Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00266_37/FNAMEORIG_041729.HTML# (6.9.2007) (*Helping Hands*, Stellungnahme)

Helping Hands Österreich, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_31/imfname_146933.pdf (14.02.2009) (*Helping Hands Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Henckaerts, The current status and content of the prohibition of mass expulsion of aliens, HRLJ 1994, 301

Henckaerts, Mass expulsion in modern international law and practice (1995) (*Henckaerts*, Mass expulsion)

Hengstschläger, Kommentar zum allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (2007)

Hesse, Anmerkungen zum Asylgerichtshof aus der Sicht des Kabinetts des Bundeskanzleramtes, *migraLex* 2008, 4

Hofbauer, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Schubhaftprüfung, in *Wiederin*, Neue Perspektiven im Ausländerrecht (1996) 129 (*Hofbauer* in *Wiederin*, Schubhaftprüfung)

Hofbauer/Netzer/Süntinger, Internationale menschenrechtliche Normen und österreichi-

sche Schubhaft (1995) (*Hofbauer/Netzer/Süntinger*, Schubhaft)

Hofreiter, Aufenthaltsverbot und „Familienleben“ - wirklich eine Judikaturdivergenz?, ZfV 1983, 125

Holoubek, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz Zur Bedeutung des Art 13 EMRK, JBl 1992, 137

Industriellenvereinigung, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_21/imfname_146931.pdf (14.02.2009) (*Industriellenvereinigung*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Initiative Flucht ist kein Verbrechen, Forderungskatalog, im Internet abrufbar unter <http://www.fluchtistkeinverbrechen.at/downloads/forderungskatalog.pdf> (27.9.2007)

Integrationshaus, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_39/fname_147052.pdf (14.02.2009) (*Integrationhaus*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), The implications of the Hague Programme for European asylum and migration policies (2005)

Jabloner, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historische erste Verfassung, JRP 2001, 34

Jabloner, Vom unabhängigen Bundesasylsenat zum Verwaltungsgericht des Bundes, in *Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter*, Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat (2006) 55

Jabloner, Kritisches zur neuen Asylgerichtsbarkeit, migraLex 2008, 2

Karl, Der Vollzug von EGMR-Urteilen in Österreich, in *Karl/Czech* (Hrsg), Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vor neuen Herausforderungen (2007) 39

Ketelsen, Einreise, Aufenthalt und Ausweisung von Ausländern aus Drittstaaten, ZfRV 1991/2, 115

Khakzadeh, Die Schubhaft - Rechtsfragen des Vollzugs und des Rechtsschutzes, migraLex 2003, 43

Khakzadeh, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur AsylG-Nov 2003, migraLex 2004, 59

Khakzadeh, Das AsylG 2005 - Neuerungen und verfassungsrechtliche Fragen, migraLex

2005, 74

Kinder- und Jugendanwaltschaft Österreich, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_24/fname_146915.pdf (14.02.2009) (*Kinder- und Jugendanwaltschaft Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Klaushofer, Kontrolle der ordentlichen Gerichtsbarkeit zwischen Scylla und Charybdis - eine Nachlese, JRP 2008, 33

Klecatsky/Morscher, Die österreichische Bundesverfassung¹⁰ (2002)

Klingenbrunner, Gesetzesprüfung § 73 Abs 2 NAG, migraLex 2008, 37

Klingenbrunner, Besprechung zu VfGH 27.6.2008, G 246/07, migraLex 2008, 104

Klingenbrunner/Raptis, Stellungnahme des Bund Sozialistischer AkademikerInnen zu den Auswirkungen des Fremdenrechtspakets, im Internet abrufbar unter <http://www.bsa.at/new/bsa/> (19.10.2007) (*Klingenbrunner/Raptis*, Stellungnahme BSA)

Kneihs, Altes und Neues zum Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, ZfV 2004, 150

Köhler, Art 129c B-VG, in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II/2 (Loseblatt 1999, 5. Grundlieferung) (*Köhler* in *Korinek/Holoubek*, Art 129c B-VG)

Kokott, Zur Rechtsstellung von Asylwerbern in Transitzonen, EuGRZ 1996, 569

Kolonovits, VfGH zum FPG: Anfechtung der „Inländerdiskriminierung“, Zuständigkeit der UVS für assoziationsintegrierte türkische Staatsangehörige Besprechung von VfGH 13. 10. 2006, G 26/06 ua und VfGH 13. 10. 2006, B 236/06, migraLex 2007, 25

Kolonovits, Neuer Asylgerichtshof in Österreich - Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Aspekte der Neuregelung des Rechtsschutzes in Asylsachen, in *Hilpold/Perathoner (Hrsg)*, Immigration und Integration, 2008, im Druck (*Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner (Hrsg)*, Neuer Asylgerichtshof)

Kolonovits, Der neue Rechtsakt der Grundsatzentscheidung (Art 129e, 132a B-VG) - Verbindlichkeit auch für den VfGH?, migraLex 1/2009, 2

Kommission, Grünbuch über eine Gemeinschaftspolitik zur Rückkehr illegal aufhältiger Personen, KOM (2002) 175 endgültig (*Kommission*, Grünbuch Rückkehr)

Kopetzky, Das Bundesgesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit, in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht III (Loseblatt 1999, 5. Grundlieferung)

(*Kopetzky* in *Korinek/Holoubek*, PersFrG)

Kopetzky, Art 2 MRK, in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht III (Loseblatt 1999, 5. Grundlieferung) (*Kopetzky* in *Korinek/Holoubek*, Art 2 MRK)

Kriebaum, Freiheitsbeschränkungen im Transitbereich, in *Grabenwarter (Hrsg)*, Kontinuität und Wandel der EMRK (1998) 71 (*Kriebaum* in *Grabenwarter*, Freiheitsbeschränkungen im Transitbereich)

Kucsko-Stadlmayer, Der Verzicht auf öffentliche Rechte, in FS Koja, Staat - Verfassung - Verwaltung (1998) 569

Kucsko-Stadlmayer/Waitz/Wallnöfer, VfGH erstellt Kriterienkatalog für Bleiberecht in Österreich, JAP, 2007/08, 220

Kutscher/Poschalko/Schmalzl, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht - Leitfaden zum neuen NAG samt Durchführungsverordnungen (2006) (*Kutscher/Poschalko/ Schmalzl*, Leitfaden NAG)

Lambert, The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights (2006) (*Lambert*, Aliens and ECHR)

Legomsky, The expulsion of Criminal Aliens, in *Hailbronner/Klein (Hrsg)*, Einwanderungskontrolle und Menschenrechte (1999) 163 (*Legomsky* in *Hailbronner/Klein*, Criminal Aliens)

Loos/Zlatojevic, Familienangehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern im FPG und NAG - verfassungswidrige Inländerdiskriminierung?, migraLex 2006, 91

Maaßen, Abschiebungsschutz aus Art 3 EMRK auch bei nicht vom Staat ausgehenden Menschenrechtsverletzungen und allgemeinen dem Ausländer im Herkunftsstaat drohenden Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit?, ZAR 1998, 107

Mader, Amtshaftungsgesetz, in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar³ (2005) (*Mader* in *Schwimann*, Amtshaftungsgesetz)

Mair, Fremdenrechtliche Aspekte von Ehescheidungen - Teil I, iFamZ 2006, 234

Mair, Fremdenrechtliche Aspekte von Ehescheidungen - Teil II, iFamZ 2007, 54

Mallmann, Neuere Rechtsprechung zum assoziationsrechtlichen Aufenthaltsrecht türkischer Familienangehöriger, ZAR 2006, 50

Marx, Völkervertragsrechtliche Abschiebungshindernisse für Flüchtlinge, in *Barwig (Hrsg)*, Aktuelle asylrechtliche Probleme der gerichtlichen Entscheidungspraxis in Deutschland, Österreich und der Schweiz (1996) 103 (*Marx* in *Barwig (Hrsg)*, Völkervertragsrechtliche Abschiebungshindernisse)

Matt, Besprechung zu VfGH 29. 9. 2007, B 328/075, migraLex 2008, 36

Mayer, B-VG³ (2002) (*Mayer*, B-VG)

Mayer, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Fremdenrechts in Österreich, in *Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Rechtsstaat - Solidarität und Sicherheit* (1997) 87 (Mayer in *Österreichische Juristenkommission, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen*)

Mayer, Verfassungsrechtliche Grenzen verwaltungsstrafrechtlicher Haftung, *ecolex* 1996, 803

Mayer, Fachwörterbuch zum öffentlichen Recht (2003)

Menschenrechtsbeirat, Erwägungen zum Dringlichkeitsbericht der Kommission OLG Wien 3 zur Zurückweisungszone am Flughafen Wien Schwechat, im Internet abrufbar unter http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms/mrb_pdf/stellungnahmen/Zurueckweisungszone_Schwechat_Erwaegungen.pdf (5.9.2006) (*Menschenrechtsbeirat, Zurückweisungszone*)

Menschenrechtsbeirat, Stellungnahme des Menschenrechtsbeirates zum Begutachtungsentwurf des BMI zum Asyl- und Fremdenpolizeigesetz 2005, im Internet abrufbar unter http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms/mrb_pdf/stellungnahmen/2005_stellungnahme_asylg_fpg.pdf (25.5.2007) (*Menschenrechtsbeirat, Stellungnahme*)

Menschenrechtsbeirat, Empfehlungen zu den Auswirkungen des Fremdenrechtspaket 2005, im Internet abrufbar unter http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms/index.php?option=com_content&task=view&id=237&Itemid=91 (6.6.2007) (*Menschenrechtsbeirat, Auswirkungen Fremdenrechtspaket*)

Menschenrechtsbeirat, Empfehlungen aus Anlass des Falles Bakary J. (September 2006), im Internet abrufbar unter http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms/index.php?option=com_content&task=view&id=261&Itemid=196 (1.10.2007)

Menschenrechtsbeirat, Stellungnahme zum Fremden- und Asylrecht (Juli 2007), im Internet abrufbar unter http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms/index.php?option=com_content&task=view&id=289&Itemid=196 (6.8.2007) (*Menschenrechtsbeirat, Stellungnahme Juli 2007*)

Menschenrechtsbeirat, Die Polizei als Täter? Eine Analyse des Umgangs staatlicher Institutionen mit Misshandlungsvorwürfen (2007) (*Menschenrechtsbeirat, Polizei Täter*)

Menschenrechtsbeirat, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_37/fname_147051.pdf (14.02.2009) (*Menschenrechtsbeirat, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle*)

Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927)

Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar² (2006)

Mole, Asylum and the European Convention on Human Rights (2007) (*Mole, Asylum*)

ECHR)

Morscher, Absolute Nichtigkeit von Staatsakten, in *FS Winkler*, Staat und Recht (1997) 645

Morscher, Die Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs zum Fremden-gesetz, EuGRZ 1997, 133

Müller, Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof, in *Machacek* (Hrsg), Verfahren vor dem VwGH und VfGH⁵ (2004) 177 (*Müller* in *Machacek* (Hrsg) Verfahren VwGH⁵)

Müller, Das neue Fremdenrecht (2005)

Müller, Das Verfahren über Grundsatzentscheidungen im Asylrecht, ÖJZ 2008, 13

Muzak, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht (1995)

Muzak, Die Aufenthaltsberechtigung für „De-facto-Flüchtlinge“ durch Verordnung der Bundesregierung, ÖJZ 1999, 13

Muzak, Art 1 7.ZPMRK, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfas-sungsrecht III (Loseblatt 1999, 5. Grundleistung) (*Muzak* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Art 1 7.ZPMRK)

Muzak, Rechtsfragen befristeter Aufenthaltsberechtigungen im Asylrecht, ZUV 2001, 11

Muzak, Die „Dublin-Entscheidung“ des VfGH und deren Konsequenzen, JRP 2002, 87

Muzak, Verfahrensrechtliche Fragen der AsylG-Nov 2003 (Teil II), migraLex 2004, 15

Muzak, Aktuelle Entscheidung des VfGH: Kein Aufenthaltsrecht gem NAG für Asylwer-ber?, migraLex 2007, 75

Muzak, „Bleiberecht“ für integrierte Fremde nach negativer Asylentscheidung?, migraLex 2007, 79

Muzak, Die Schubhaft nach dem FPG 2005, migraLex 2007, 81

Muzak, in *Die Presse*, Was der Rechtsstaat erlaubt - Bleiberecht (16.10.2007)

Muzak, Die Zukunft des Asylverfahrens, migraLex 2008, 13

Muzak, Die Schubhaftprüfung durch die UVS nach dem FPG 2005, UVSaktuell 2007, 140

Muzak, Entscheidungsbesprechung zu VfGH 3.3.2008, B 825/07, migraLex 2008, 74

Muzak, Das Verfahren vor dem Asylgerichtshof, migraLex 2008, 86

Muzak, Entscheidungsbesprechung zu VfGH 6. 11. 2008, U97/08, migraLex 2009, 31

Muzak, Fremdengesetz (Kommentar), in *Muzak/Taucher/Pinter/ Lobner*, Fremden-

und Asylrecht³ (Loseblatt, 2004 3. Ergänzungslieferung) (*Muzak* in *Muzak/Taucher/Pinter/Lobner*, Kommentar)

Netzer, Zum Aufenthalt Fremder im Transit, in *Wiederin* (Hrsg), Neue Perspektiven im Ausländerrecht (1996) 149 (*Netzer* in *Wiederin*, Aufenthalt im Transit)

Neuhold/Hummer/Schreuer (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band 1 (2004) (*Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Völkerrecht)

Neustart, Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_38/FNAMEORIG_039000.HTML# (20.9.2007) (*Neustart*, Stellungnahme)

Ö1 Morgenjournal, Bundeskanzler Gusenbauer für Bleiberecht (18.07.2007), im Internet abrufbar unter <http://oe1.orf.at/inforadio/78620.html> (26.9.2007)

Öhlinger, Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1990, 2

Öhlinger, Verfassungsrecht⁶ (2005)

Österreich Konvent, Bericht des Ausschusses 9 Rechtsschutz und Gerichtsbarkeit (26.3.2004), im Internet abrufbar unter http://www.konvent.gv.at/pls/portal/docs/page/K/DE/AUB-K/AUB-K_00007/fname_018772.pdf (9.12.2007)

Österreich Konvent, Protokoll über die 2. Sitzung der „kleinen Arbeitsgruppe“ des Ausschusses 9 (15.12.2003), im Internet abrufbar unter http://www.konvent.gv.at/pls/portal/docs/page/K/DE/P-REG-K/P-REG-K_00003/FNAME_015655.PDF# (9.12.2007)

Österreich Konvent, Bericht des Österreich Konvents Teil 3 Beratungsergebnisse (Endbericht), im Internet abrufbar unter http://www.konvent.gv.at/pls/portal/docs/page/K/DE/ENDB-K/ENDB-K_00001/imfname_036112.pdf (9.12.2007)

Österreich Konvent, Bericht Textvorschläge Teil 4 A (Endbericht), im Internet abrufbar unter http://www.konvent.gv.at/pls/portal/docs/page/K/DE/ENDB-K/ENDB-K_00001/imfname_036113.pdf (23.12.2007)

Österreichischer Städtebund, Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_42/FNAMEORIG_038965.HTML# (6.4.2007) (*Österreichischer Städtebund*, Stellungnahme)

Österreichische Volkspartei (ÖVP), Positionen zur Integration, im Internet abrufbar unter <http://www.oevp.at/inhalte/index.aspx?pageid=5868> (27.9.2007)

Pahr, Das 4. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention, JBl 1964, 187

Parlament, Geschichte der 314 BlgNR XXIII GP, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/portal/page?_pageid=908,7952640&_dad=portal&_schema=PORTAL (8.1.2008)

Pepelnik, Anwaltszwang vor dem neu geschaffenen Asylgerichtshof?, anwbl 2008, 443

- Pfeifer*, Das neue österreichische Asylgesetz, JBl 1969, 57
- Pflug*, Verletzung des Art 8 MRK durch ein Aufenthaltsverbot (Entscheidungsbesprechung Maslov), *migraLex* 2008, 97
- Piska*, Verfahrensrechtliche Fragen der AsylG-Nov 2003 (Teil I), *migraLex* 2004, 9
- Piska/Raptis*, Besprechung zu VwGH 3.12.2003, 2001/01/0402, *migraLex* 2007, 107
- Premissl*, Schutz vor Abschiebung von Traumatisierten in „Dublin-Verfahren“, *migraLex* 2008, 54
- Pressedienst des Parlaments*, Fremdenrecht zwischen Zuwanderung und Asyl, Rechtsstaat und Gnade - Sondersitzung des Nationalrats auf Verlangen der Grünen (10.10.2007), im Internet abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PG/PR/JAHR_2007/PK0720/PK0720.shtml (15.3.2008)
- Pressedienst des Parlaments*, Fremdenrecht zwischen Zuwanderung und Asyl, Rechtsstaat und Gnade - Sondersitzung des Nationalrats auf Verlangen der Grünen (10.10.2007), im Internet abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/portal/page?_pageid=908,7586655&_dad=portal&_schema=PORTAL (18.10.2007)
- Pressedienst des Parlaments*, Grüne: Schluss mit Fremdenrechtspfusch - Bleiberecht für Integrierte (7.11.2007), im Internet abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PG/PR/JAHR_2007/PK0829/PK0829.shtml# (15.3.2008)
- Pressedienst des Parlaments*, Asylgerichtshof soll wie geplant im Juli 2008 seine Arbeit aufnehmen (28.11.2007), im Internet abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/portal/page?_pageid=908,8262650&_dad=portal&_schema=PORTAL (2.12.2007)
- Pochieser*, Gloriose Entscheidung? - Thema: Gastbeitrag - Fremdenrecht - Verfassungsgerichtsbarkeit, im Internet abrufbar unter <http://www.dereanwalt.at/show.asp?id=706&kapitel=Wissenswertes> (20.10.2008)
- Pöschl*, Art 3 4.ZPMRK, in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht III (Loseblatt 1999, 5. Grundlieferung) (*Pöschl* in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Art 3 4.ZPMRK)
- Pöschl* Art 4 4.ZPMRK, in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht III (Loseblatt 1999, 5. Grundlieferung) (*Pöschl* in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Art 4 4.ZPMRK)
- Putzer/Rohrböck*, Leitfaden Asylrecht (2007)
- Ramin*, Die Rechtsstellung der Unionsbürger nach dem Fremdenrechtspaket 2005, *migraLex* 2006, 13
- Raschauer*, Art 102 B-VG, in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II/2 (Loseblatt 1999, 5. Grundlieferung) (*Korinek/Holoubek (Hrsg)* in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Art 102 B-VG)

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003)

Raschauer/Wessely, Besonderes Verwaltungsrecht⁴ (2001)

Raschauer/Wessely, Anhaltung von Fremden im Transitbereich, *migraLex* 2005, 88

Rath-Kathrein, Fragen der Aufenthaltssicherheit im FremdenG 1997, *ecolex* 1997, 713

Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶ (2003)

Rechtsanwaltskammertag, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_10/imfname_146923.pdf (14.02.2009) (*Rechtsanwaltskammertag*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Rechtsberater EAST-Ost, Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_49/FNAMEORIG_039015.HTML# (6.4.2007) (*Rechtsberater*, Stellungnahme)

Registar EGMR, Press Release: Application lodged with the Court Ramzy v The Netherlands (20.10.2005), im Internet abrufbar unter <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1\&portal=hbkm\&action=html\&highlight=Ramzy\&sessionid=2472926\&skin=hudoc-pr-en> (13.10.2007)

Registar EGMR, Press Release: Grand Chamber Hearing Saadi v Italy (11.7.2007), im Internet abrufbar unter <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1\&portal=hbkm\&action=html\&highlight=Saadi\&sessionid=2472926\&skin=hudoc-pr-en> (13.10.2007)

Richtervereinigung, Stellungnahme der richterlichen Standesvertretung zum Ersten Bundesverfassungsvereinigungsgesetz, im Internet abrufbar unter <http://www.richtervereinigung.at/content/view/244/41/> (25.11.2007)

Riel/Schrefler-König/Szymanski/Wollner, Fremdenpolizeigesetz Kommentar (2006) (*Riel/Schrefler-König/Szymanski/Wollner*, FPG)

Ringhofer, Was ist ein Bescheid und woran erkennt man ihn?, *ZfV* 1987, 109

Rohrböck, Asylpolitik und Asylgesetz in Österreich, in *Hohenwarter/Althaler (Hrsg)*, Torschluß Wanderungsbewegungen und Politik in Europa (1992), 84 (*Rohrböck* in *Hohenwarter/Althaler (Hrsg)*, Asylpolitik Asylgesetz)

Rohrböck, Das Asylgesetz 1991 Völkerrechtliche, verfassungs- und verfahrensrechtliche Probleme (1994) (*Rohrböck*, Asylgesetz 1991)

Rohrböck, Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Kommentar) (1999) (*Rohrböck*, Gewährung von Asyl)

Rohrböck, Die Verfolgungsgefahr im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention und deren Staatlichkeitsmomente (Teil I), JRP 2001, 121

Rohrböck, § 6 AsylG 1997, im Internet abrufbar unter www.asylum-online.at/ (15.08.2008)

Rohrböck, § 32 AsylG 1997, im Internet abrufbar unter www.asylum-online.at/ (26.7.2008)

Rohrböck, § 1 AsylG 2005, im Internet abrufbar unter www.asylum-online.at/ (5.4.2007)

Rohrböck, § 27 AsylG 2005, im Internet abrufbar unter www.asylum-online.at/ (5.4.2007)

Rohrböck, § 28 AsylG 2005, im Internet abrufbar unter www.asylum-online.at/ (5.4.2007)

Rotes Kreuz, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_07/imfname_146771.pdf (14.02.2009) (*Rotes Kreuz*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Rosenmayr, Aufenthaltsverbot, Schubhaft und Abschiebung, ZfV 1988, 1

Rosenmayr, Das Recht auf persönliche Freiheit und Freizügigkeit bei der Einreise von Ausländern, EuGRZ 1988, 153

Runggaldier, Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG, in *Rill/Schäffer (Hrsg)*, Bundesverfassungsrecht Kommentar (Loseblatt, 2001 X. Ergänzungslieferung)

Schily, Die Europäisierung der Innenpolitik, NVwZ 2000, 883

Schmid/Frank, Asylgesetz 1997 (2001)

Schmid/Frank/Anerinhof, Asylgesetz 1997 idF Nov 2003² (2004) (*Schmid/Frank/Anerinhof*, Asylgesetz 1997²)

Schmid, Erster Erfahrungsbericht über den Vollzug des FPG 2005 durch die UVS, migraLex 2007, 70

Schnizer-Blaschka, Aktuelle Probleme im Verfahren über „faktische Amtshandlungen“ und über Beschwerden nach dem Sicherheitspolizei- und Fremdenengesetz, ZUV 1995, 10

Schnizer-Blaschka, „Maßnahmenbeschwerdenverfahren“ - Bringt neue Judikatur der Höchstgerichte praxisingerechte Problemlösungen?, ZUV 1997, 21

Schragel, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (AHG)³ (2003) (*Schragel*, Amtshaftungsgesetz)

Schrefler-König/Gruber, Asylrecht (Loseblatt, 2008 Grundlieferung)

Schröder, Die Förderungsmöglichkeiten bei der Rückkehr von Ausländern mit Finanzinstrumenten der EU, ZAR 2006, 8

Schumacher, Erweiterter Ausweisungsschutz für die Angehörigen der 2. Generation nach der EMRK, in *Barwig*, Ausweisung im demokratischen Rechtsstaat (1996) 243 (*Schumacher* in *Barwig*, Erweiterter Ausweisungsschutz)

Schumacher/Peyrl, Ratgeber Fremdenrecht² (2006) (*Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht)

SOS Mitmensch, Bleiberecht verankern, im Internet abrufbar unter <http://www.sosmitmensch.at/stories/1504/> (27.9.2007)

Spehar (Hrsg), Richterdienstgesetz (RDG) und Gerichtsorganisationsgesetz (GOG)³ (1999)

Städtebund, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_17/imfname_146928.pdf (14.02.2009) (*Städtebund*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Stolzlechner, Aufenthaltsverbot und „Familienleben“ - eine Judikaturdivergenz?, ZfV 1982, 227

Streinz, Einreise, Aufenthalt und Ausweisung von EG-Ausländern, ZfRV 1991, 98

Strejcek, Zur Auskunft- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665

Storey, The Right to family life and Immigration Case Law at Strasbourg, ICLQ 39 (1990) 328

Szymanski, Fremdenrechtspaket 2005, migraLex 2005, 68

Szymanski, Kommentar zum NAG, in *Bichl/Schmid/Szymanski*, Das neue Recht der Arbeitsmigration (2006) 343

Szymanski, Anwendbarkeit des NAG auf Asylwerber?, migraLex 2007, 103

Thallinger, Das neue Asylgesetz - ein verfassungsrechtlicher Grenzgänger, ZfV 2004, 161

Thanner/Vogl, Polizeirecht I (2006)

Thienel, Das Verfahren der Verwaltungssenate² (1992)

Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht³ (2004)

Thym, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts?, EuGRZ 2006, 541

Trechsel, Das verfluchte Siebente? Bemerkungen zum 7.ZP zur EMRK, in *Nowak/Steuer/Tretter (Hrsg)*, Fortschritt im Bewußtsein der Grund- und Menschenrechte, Festschrift Ermacora (1988) 195 (*Trechsel* in *Nowak/Steuer/Tretter*, Bemerkungen zum 7.ZPMRK)

Trechsel, Artikel 3 EMRK als Schranke der Ausweisung, in *Barwig/Brill (Hrsg)*, Aktuelle asylrechtliche Probleme der gerichtlichen Entscheidungspraxis in Deutschland, Österreich und der Schweiz (1996) 83 (*Trechsel* in *Barwig/Brill (Hrsg)*, Art 3 EMRK Ausweisung)

Tretter, Art 1-4 4.ZP - Das Verbot der Kollektivausweisung Fremder, in *Ermacora/Nowak/Tretter*, EMRK und Rsp der öst Höchstgerichte (1983) 682 (*Tretter* in *Ermacora/Nowak/Tretter*, Verbot der Kollektivausweisung)

UNHCR, Flüchtlingsschutz - Handbuch für Parlamentarier (2/2001), im Internet abrufbar unter http://www.unhcr.de/fileadmin/unhcr_data/pdfs/publikationen/360.pdf (18.5.2008) (*UNHCR*, Flüchtlingsschutz)

UNHCR, Recommendation No. 96 (LIV) - 2003 - Conclusion on the return of persons found not to be in need of international protection, <http://www.unhcr.org/publ/PUBL/3d4ab3ff2.pdf> (24.6.2007)

UNHCR, Kommentar des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) zur Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (OJ L 304/12 vom 30.9.2004), im Internet abrufbar unter <http://www.unhcr.at/rechtsinformationen/europaeisches-asyl-und-fluechtlingsrecht/asyl/qualifikations-bzw-statusrichtlinie.html> (24.3.2007) (*UNHCR*, Kommentar zur RL 2004/83/EG)

UNHCR, Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_05/imfname_038455.pdf (3.5.2006) (*UNHCR*, Stellungnahme)

UNHCR, Kurzanalyse der Regierungsvorlage für das Fremdenrechtspaket 2005, im Internet abrufbar unter http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/A-UNHCR/UNHCR-Kurzanalyse_-_Fremdenrechtsp2005_-_1181.pdf (11.4.2007) (*UNHCR*, Fremdenrechtspaket)

UNHCR, Analyse der Regierungsvorlage für das Asylgesetz 2005, im Internet abrufbar unter http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/A-UNHCR/UNHCR-Analyse_-_Asylg2005_-_1182.pdf (11.4.2007) (*UNHCR*, AsylG Analyse)

UNHCR, Analyse der Regierungsvorlage für das Fremdenpolizeigesetz 2005, im Internet abrufbar unter http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/A-UNHCR/UNHCR-Analyse_-_Asylg2005_-_1182.pdf (11.4.2007) (*UNHCR*, FPG Analyse)

UNHCR, Analyse des Entwurfs zur Einrichtung eines Asylgerichtshofs (verfassungsrechtlicher Teil), im Internet abrufbar unter http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/5.2._A-Stellungnahmen/047_UNHCR_

B-VG-Novelle-AsylGH_23nov07.pdf (25.11.2007)

UVS Burgenland, Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_03/FNAMEORIG_038099.HTML (6.4.2007)

UVS Niederösterreich, Stellungnahme zum Fremdenrechtspaket, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_01/FNAMEORIG_037993.HTML# (9.4.2007) (*UVS Niederösterreich*, Stellungnahme)

Van Dijk/Van Hoof, Theory and practice of the European Convention on Human Rights² (1990)

Verfassungsausschuss des Parlaments, Bericht zu 314 BlgNR XXIII GP, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXIII/I/I_00370/fname_093300.pdf (2.12.2007)

Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes, Stellungnahme zum Entwurf des Fremdenrechtspakets, BKA-600.938/0006-V/A/5/2005, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00259_51/imfname_039064.pdf (9.4.2007) (*Verfassungsdienst des BKA*, Stellungnahme)

Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_28/fname_146917.pdf (14.12.2009) (*Verfassungsdienst des BKA*, Stellungnahme Bleiberecht)

VfGH, Rolle des VfGH in Asylverfahren rasch überprüfen und Konsequenzen ziehen (Presseinformation), 1.10.2008, im Internet abrufbar unter <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/7/3/8/CH0003/CMS1222854594555/verfassungstag2008presseinformation.pdf> (31.10.2008)

VfGH, Verfassungsgerichtshof hebt erste Asylgerichtshof-Entscheidungen auf (Presseinformation), 27.11.2008, im Internet abrufbar unter http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/7/3/6/CH0003/CMS122775357670/pk_erste_entscheidungen_asylgerichtshof.pdf (14.12.2008)

Villinger, Handbuch der MRK² (1999) (*Villinger*, Handbuch)

Vogl/Taucher/Bruckner/Marth/Doskozil, Fremdenrecht (2008), (*Vogl/Taucher/Bruckner/Marth/Doskozil*, Fremdenrecht)

Volksanwaltschaft, Bericht über die Tätigkeit der Volksanwaltschaft im Jahr 2006 an den Nationalrat und den Bundesrat (März 2007), im Internet abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXIII/III/III_00021/imfname_074803.pdf (17.9.2007) (*Volksanwaltschaft*, Tätigkeitsbericht 2006)

Volkshilfe, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem

das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_22/fname_146913.pdf (14.02.2009) (*Volkshilfe*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000)

Walter/Mayer/Kusko-Stadelmayr, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007)

Walter/Mayer, Verwaltungsverfahren⁸ (2003)

Walter/Thienel, Vewaltungsverfahren I² (1998) (*Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahren I²)

Walter/Thienel, Vewaltungsverfahren II² (2000) (*Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahren II²)

Weber, Das Fremdenpolizeigesetz 2005, in *Rath-Kathrein/Weber (Hrsg)*, Besonderes Verwaltungsrecht⁵ (2005) 178

Weber, Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger COD 2005/0167, im Internet abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPART+PE-374.321+02+DOC+PDF+V0//DE&language=DE> (26.9.2007)

Weh, Aufenthaltsverbot und „Familienleben“ - Ein Problem der gesetzlichen Regelung, ZfV 1984, 374

Weh, Aufenthaltsverbot und „Familienleben“ - Ein Rechtsbereich konkreter Grundrechtsumsetzung, ZfV 1986, 303

Wessely, Zum Grundversorgungsgesetz-Bund (GVG-B) Anmerkungen zum Erkenntniss des VfGH vom 3.10.2006, G 33/06 ua, UVSaktuell 2007, 16

Weichselbaum, Familiennachzug im grundrechtlichen Kontext, JAP 2000/01, 202

Wiederin, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht (1993) (*Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen)

Wiederin, Art 10 Abs 1 Z 3 4. Tatbestand B-VG, in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II/1 (Loseblatt 1999, 5. Grundleistung) (*Wiederin* in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG)

Wiederin, Der gerichtliche Rechtsschutz in Asylsachen, migraLex 2008, 6

Wiederin, Entscheidungsbesprechung zu VfGH 7. 11. 2008, U48/08, migraLex 2009, 27

wien.orf.at, Chronologie der Causa Bakary J., im Internet abrufbar unter <http://oesterreich.orf.at/wien/stories/124354/> (23.12.2008)

Winkelhofer, Säumnis von Verwaltungsbehörden (1991) (*Winkelhofer*, Säumnis)

Winkler, Der Bescheid (1989)

Wirtschaftskammer Österreich, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird, im Internet abrufbar unter http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012_14/imfname_146926.pdf (14.02.2009) (*Wirtschaftskammer Österreich*, Stellungnahme Bleiberechtsnovelle)

Zeichen, Ausweisungsschutz für integrierte Fremde, ZÖR 2002, 413

Zimmer, Abschiebungsschutz durch Art 3 EMRK im Fall nichtstaatlicher Verfolgung, ZAR 1998, 115

Zusammenfassung

Die Begriffe *Asyl* und *Ausweisung* stehen einander konträr gegenüber, bedeuten sie doch etwa so viel wie Schutzgewährung einerseits und Außerlanderschaffung andererseits. Mit diesem Spannungsverhältnis, welches im Rahmen des Fremdenrechtspakets mit der Schaffung einer stets durch die Asylbehörden auszusprechenden Ausweisung zwar nicht neu geschaffen - schon das AsylG 1997 kannte unter bestimmten Umständen eine Ausweisung - jedoch nunmehr systemkonform auf alle negativen Entscheidungen nach dem AsylG ausgedehnt wurde, beschäftigt sich die vorliegende Arbeit.

Zunächst werden die verfassungsrechtlichen Grundlagen zur Regelung des Asylwesens insgesamt und zur Ausweisung im Besonderen dargestellt. Dabei wird die Rechtslage seit der B-VG Novelle 2008 (Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz) mit Blick auf die dadurch teils beendeten, teils neu geschaffenen Fragestellungen im Rahmen der Kompetenzverteilung untersucht. Ein besonderes Augenmerk lege ich dabei auf den neu geschaffenen Asylgerichtshof, der im Juli 2008 seine Arbeit aufgenommen hat. Dessen Rechtsprechung soll, wie auch die reichhaltige Rechtsprechung des Vorgängers, des Unabhängigen Bundesasylsenats, besondere Berücksichtigung finden.

Den Grundrechten wird auf Grund ihrer immensen Bedeutung ein eigenes Kapitel gewidmet. Neben den materiellen Rechten - Recht auf Leben, Folterverbot und Recht auf Achtung des Privat- und Familienleben - sollen dabei die verfahrensrechtlichen Grundrechte einen Schwerpunkt bilden, da gerade diese durch die ständige Beschleunigung des Asylverfahrens unter die Räder zu kommen drohen. Neben den spezifischen Rechten in Art 4 4.ZPMRK und Art 1 7.ZPMRK beschäftige ich mich eingehend mit der Frage, ob Asyl- und/oder Ausweisungsverfahren unter den Tatbestand des Art 6 MRK subsumiert werden können, wobei man, wenn überhaupt, einen Bezug zu einem civil right über den Konnex zum Privat- und Familienleben herstellen kann.

Der Frage, wann eine Entscheidung nach dem AsylG 2005 mit einer Ausweisung zu verbinden ist, wird ebenso Raum gewidmet wie der aus Sicht des Asylwerbers noch wichtigeren Frage, wann von dieser abzusehen ist. Während die in § 10 Abs 2 Z 1 AsylG vorgesehene Ausnahme hinsichtlich des Bestehens eines Aufenthaltsrechts außerhalb des AsylG relativ klar ist, bietet die in Z 2 leg cit zu Gunsten des Privat- und Familienleben bestehende Ausnahme ein breites Beschäftigungsfeld für Inter-

pretationen. Im Rahmen dieser Arbeit wird hier zumindest versucht, die teils sehr kasuistische Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und des EGMR zu analysieren, wobei die unterschiedlichen Ansätze zwischen niedergelassenen Fremden und Asylwerbern aufgezeigt werden sollen. Im Rahmen eines Exkurses wird der vor allem durch die Familie Zogaj ins Rollen gebrachten Debatte um ein Bleiberecht Platz gewidmet. Im Zuge dieser Überlegungen soll auch die problematische Position eines Fremden untersucht werden, dessen Asylantrag zurück- bzw abgewiesen wurde, gegenüber dem jedoch wegen Art 8 MRK keine Ausweisung verhängt wurde. Dabei wird die Rechtsprechung des EGMR, der in solchen Fällen uU einen Aufenthaltstitel verlangt, sowie das jüngste Erkenntnis des VfGH zur Amtswegigkeit bei der Erteilung von humanitären Aufenthaltstiteln untersucht.

Mit dem Fremdenrechtspaket 2005 wurde das Verhältnis auch zwischen den einzelnen Gesetzen grundlegend geregelt. Der Abgrenzung zwischen asyl- und fremdenrechtlicher Ausweisung werde ich mich im 7. Kapitel zuwenden. So können Fremde, die ein Aufenthaltsrecht gemäß dem AsylG innehaben, keinen Aufenthaltstitel nach dem NAG erlangen, jedoch auch nicht nach dem FPG ausgewiesen werden. Im Einzelfall ist dem Gesetzgeber die Abgrenzung jedoch nicht gelungen bzw hat er sie teils auch systemkonform nicht durchgehalten (weiterhin mögliche Ausweisung gemäß § 54 FPG). Dies führt jedoch zum Weiterbestehen der Abgrenzungsproblematik beim Refoulementschutz.

Sodann soll das neu geschaffene Instrumentarium des Ausweisungsverfahrens besprochen werden. Der Gesetzgeber verfolgt hier vor allem das Ziel, bestimmte Verfahren, auch solche gegenüber (zumindest vermeintlich) straffälligen Asylwerbern, zu beschleunigen, ohne eine adäquaten Rechtsschutz bereit zu stellen.

Dem Rechtsschutz gegen die Ausweisungsentscheidung werde ich ein eigenes Kapitel widmen. Hier wird erkundet, ob angesichts der stark abweichenden Regelungen im Bereich der aufschiebenden Wirkung im Asylverfahren ein faktisch effizienter Rechtsschutz besteht. Auch die Frage des durch den AsylGH anzuwendenden Verfahrensrechtes wird Erörterung finden, zumal dieser für die Anforderungen an die Beschwerde und das Beschwerdeverfahren an sich wesentliche Bedeutung zukommt.

In meinen abschließenden Bemerkungen werde ich das Fremdenrechtspaket und insb das AsylG 2005 nicht nur aus der Perspektive der Wissenschaft, sondern auch aus Sicht der Praxis sowohl von Seiten der NGOs als auch des AsylGH rechtspolitisch beleuchten.²⁰

²⁰ Ich war für 1,5 Jahre ehrenamtlich in der rechtlichen Beratung von Flüchtlingen tätig. Von Dezember 2007 bis Jänner 2009 war ich als juristische Mitarbeiterin am UBAS/AsylGH tätig.

Abstract

I will focus on the conflicting interests between a request for refugee status and an expulsion order, how they stand for protection on the one side and the deportation from a country on the other. These issues were not created, but definitely increased by the Aliens Law Package of 2005 (Fremdenrechtspaket 2005), through which the basic regulations concerning aliens - the Asylum Act (AsylG 2005), the Foreigners Police Act (FPG) and the Act concerning residence permits (NAG) - were given a new legal basis.

First I will discuss the constitutional framework for the law making in the area of asylum and expulsion acts. In doing so the norms introduced through the constitutional reform of 2008 (Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz) will be discussed, where I will show the partly solved, partly newly created problematic aspects in the constitution. An emphasis will be placed on the rules concerning the newly created Asylum Court, which started working in July 2008. Its case-law as well as the decisions of its predecessor, the Independent Federal Asylum Tribunal, shall be taken into special consideration.

In recognition of their great importance, I will dedicate a separate chapter to the human rights applicable in this context. Next to the material rights - right to life, prohibition of torture and right to respect for private and family life - the procedural rights shall form a focal point since it is those rights which are threatened by the continuing trend towards faster asylum procedures. Along with the expulsion-specific rights of Art 4 4th AP ECHR and Art 1 7th AP ECHR I will discuss the question of whether cases of asylum and/or expulsion decisions can be found to be covered by Art 6 ECHR. I will contend that if an argument can be made at all, it should be based on the protection of private and family life, which is a civil right within the meaning of Art 6.

In the main part of my thesis, I will discuss the question of when a decision is to be connected with an expulsion according to the Asylum Act 2005, as well as the question of when no expulsion is to be ordered (even more important from the viewpoint of the asylum seeker). While the exception for the consideration of an existing residence permit in § 10 Abs 2 Z 1 Asylum Act is relatively clear, the exception in Z 2 concerning the respect to private and family life gives rise to a great number of legal questions. I will attempt to analyze the, in parts very casuistic, case-law of the Austrian courts, as well as the ECHR where I will try to show the existence

of a distinction between asylum seekers and settled migrants. In an excursus I will explain the discussion around a right of continued residence (*Bleiberecht*) which started with the case of the family Zogaj. In connection with these thoughts the problematic position of an alien whose asylum claim was rejected, but who wasn't expelled because of a possible violation of Art 8 ECHR, will be discussed. Here I will analyze the case law of the ECHR, from which a right to a residence permit can be deduced in certain cases, as well as the recent judgment of the constitutional court concerning the granting of humanitarian residence permits only *ex officio*.

With the *Fremdenrechtspaket* 2005, the relationship between the individual laws concerning refugees (*AsylG*), visas for aliens as well as their expulsion (*FGP*) and residence permits of aliens (*NAG*) was newly defined. Aliens, whose stay is legal under the *AsylG*, are now prohibited from gaining a residence permit under the scheme of the *NAG*, but are protected from expulsion measures included in the *FPG*. However, there are certain cases where the lawmaker failed to distinguish or rather didn't allow for an expulsion, considering that it would have been countervailing to the system he had set up. This however caused the continuation of previously known distinction problems in the area of non-refoulement.

Furthermore, a new legal possibility - the so called expulsion-procedure - shall be discussed. The lawmaker attempted to speed up specific procedures, including those against asylum seekers who (allegedly) committed a criminal offense. I will show that the law maker, however, neglected to provide an adequate appeals procedure.

The legal remedies against an expulsion decision will be the focus of a separate chapter. Against the background of strongly divergent rules, especially concerning the suspensive effect of appeals, I will explore whether there is an efficient legal remedy in praxis. The question of which system of procedural rules the Asylum Court has to follow will also play a big role, as the answer to this question is of fundamental importance for the formal and content requirements of an appeal.

In my concluding remarks I will analyze the *Fremdenrechtspaket*, with a special focus on the Asylum Act 2005, not only from the perspective of legal science, but also from a practical, policymaking viewpoint of NGO's and the Asylum Court.²¹

²¹ For 1.5 years I worked as a volunteer providing free legal advice for refugees. From December 2007 till January 2009 I worked as a judicial aid at the former Independent Federal Asylum Tribunal, now the Asylum Court.

Lebenslauf

Angaben zur Person

Nachname / Vornamen	Mag. iur. Pfleger, Eva Caroline
E-mail	eva@pfleger.eu
Geburtsdatum	24.8.1983

Berufserfahrung

1.1.2008 -	Juristische Referentin im BMI, Abteilung für Grenzkontrollwesen und Fremdenpolizei
Wichtigste Tätigkeiten	Erledigung von Anträgen im Devolutionsweg, Tätigkeit in Grundsatzfragen, Beantwortung parlamentarischer Anfragen sowie Anfragen der Volksanwaltschaft, Vertretung Österreichs in den Ratsarbeitsgruppen
1.7.2008 - 31.12.2008	Juristische Mitarbeiterin am Asylgerichtshof
Dezember 2007 - 30.6.2008	Juristische Mitarbeiterin am Unabhängigen Bundesasylsenat
Wichtigste Tätigkeiten	Verfassen von inhaltlichen und verfahrensrechtlichen Entscheidungen, Vorbereitung von Verhandlungen und Länderverhalten
November 2007 - Dezember 2007	Gerichtspraktikum - Zuteilung im Außerstreit Recht
Wichtigste Tätigkeiten	Verfassung von Beschlüssen sowie Urteilen, Erledigung des laufenden Posteingangs, Unterstützung der Richterinnen am Amtstag
Februar 2006 - Oktober 2007	Ehrenamtliche rechtliche Beratung von Flüchtlingen beim Verein Asyl in Not
Wichtigste Tätigkeiten	Verfassen von Berufungen sowie Schubhaftbeschwerden, Auskunft zu Verfahren und weiteren Abläufen, fallweise Einvernahmenbegleitung
Jänner - Februar 2007	Internship bei Rosensteel & Beckmann LLP, Elisabeth M. Kovac, 90 Park Avenue, New York
Wichtigste Tätigkeiten	Recherchearbeit im Bereich des Unternehmens-, Steuer- und Arbeitsrechts, Verfassen von Schriftsätzen im Bereich des Liegenschaftsrechts
April - Juni 2005	Ehrenamtliche soziale Betreuung von Flüchtlingen bei der tschechischen Caritas
Wichtigste Tätigkeiten	Betreuung von Asylsuchenden im Anhaltezentrum Praha-Ruzyne (Flughafen)
Juli - August 2001	Angestellte im Green Valley Lake General Store
Juli - August 2003	

Wichtigste Tätigkeiten	Verantwortlich für die Kasse sowie die Befüllung der Regale
2002 - 2005	Nachhilfelehrerin für Englisch

Wissenschaftlicher Werdegang

März 2006 - April 2009	Doktoratsstudentin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Universität Wien Dissertationsthema: „Asylrechtliche Ausweisung“, vormals „Aufenthaltsbeendigung im Fremdenrechtspaket“, WFK Grund- und Menschenrechte und WFK Europarecht
16. - 17.5.2008	4 th International Constitutional Law Workshop - Constitutional Limits to Security
11. - 12.5.2007	3 rd International Constitutional Law Workshop - Limits and Perspectives of Democracy
5.1. - 23.2.2007	Seminar zum Amerikanischen Recht bei Alston & Bird LLP
19. - 20.5.2006	2 nd International Constitutional Law Workshop - Transitional Constitutions
16.3.2006	Abschluss des Studiums mit dem Titel eines Mag. iur. Zusatzausbildung im Recht der Internationalen Beziehungen
2001 - März 2006	Magisterstudium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Universität Wien Seminararbeiten zu den Themen „Frauenrechte in der Türkei“ und „Europäische Insolvenzverordnung“
Oktober 2004 - Juni 2005	Studium an der Právnická Fakulta, Univerzita Karlova v Praze (Rechtswissenschaftliche Fakultät Karlsuniversität Prag) Ablegung der Diplomprüfungen aus Völker- und Europarecht sowie Wahlfächer aus dem tschechischen Recht in englischer Sprache
2001	Matura an der Biondegasse Baden mit ausgezeichnetem Erfolg
August 1999 - Juni 2000	Austauschjahr an der Rim-of-the-World High School, Lake Arrowhead, Kalifornien, USA - Abschluss mit Honorary High School Diploma
1993-2001	Gymnasium Biondegasse Baden
1989-1993	Volksschule Bad Vöslau

Persönliche Fähigkeiten und Kompetenzen

Muttersprache	Deutsch
Weitere Sprachen	Ausgezeichnetes Englisch in Wort und Schrift Rudimentäres Tschechisch in Wort und Schrift

Soziale Kompetenzen	Interkulturelle Erfahrungen durch Austauschjahre und Flüchtlingsbetreuung; Teamkompetenzen erworben im Jahrbuch- sowie Skiteam der Rim-of-the-World High School
Technische Kompetenzen	Microsoft Office sowie Microsoft Windows; LaTeX; sehr gute Kenntnis von RIS, RDB, Eurlex sowie HUDOC; Kenntnisse auch in lexisnexus; Maschinenschreiben
Künstlerische Fähigkeiten	Fotographie durch Mitarbeit im Jahrbuch-Team der Rim-of-the-World High School, Anwenderkenntnisse in Adobe Photoshop