

Allgemeiner Teil:

Im allgemeinen ist am vorgelegten Entwurf die mangelhafte Umsetzung beschlossener Richtlinien sowie die der teilweise vehemente Eingriff in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte zu kritisieren.

Dazu sind folgende Beispiele zu bringen:

Explizite Regelungen für langfristig aufhältige Drittstaatsangehörige fehlen, v.a. die Umsetzung von Art. 22 der Richtlinie 2003/109/EG, in der die Verfahren bezüglich weitergewanderter langfristig aufhältiger Drittstaatsangehöriger geregelt sind.

Aufenthaltsrecht ex lege für Unionsbürger und Angehörige, die mögliche Verpflichtung zur Ersichtlichmachung ändert daran nichts - auch für Angehörige österr. Staatsbürger, da ein formaler Wohnsitzwechsel ins EU-Ausland eine sinnleere Beeinträchtigung ist und der VfGH zur Inländerdiskriminierung bereits abgesprochen hat.

Das in den Änderungen zum Personenstandsgesetz vorgesehene faktische Eheverbot zwischen österreichischen Staatsangehörigen und bestimmten Fremden ist aufgrund Art.12 MRK nicht haltbar.

Die vorgesehenen Gebietsbeschränkungen für Geduldete sind in Hinblick auf das Recht auf Freizügigkeit fragwürdig.

Die Regelungen, dass wenn "bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen" Aufenthaltsverbote zu erteilen bzw. Einreisetitel zu versagen sind, sind keine adäquate Lösung für Fragen des Terrorismusverdachts, mit der eine "habeas corpus"-Tradition und von wem auch immer für notwendig erachtete Sicherheitsmaßnahmen vereinbart werden können.

Wenn bloße Verdachtsmomenten ausreichen sollen, müssen - außer wenn dadurch ausgelöste Maßnahmen zur unmittelbaren Gefahrenabwehr dienen - diese eine außerordentliche "Dichte" oder "Qualität" besitzen, um mit den Grundrechten vereinbar zu werden.

Besonderer Teil:

Handlungsfähigkeit § 12 FPG:

§ 12 des vorgelegten Entwurfes setzt den Beginn der Handlungsfähigkeit nach diesem Bundesgesetz mit der Vollendung des 14. Lebensjahres fest.

Dies ist insoferne problematisch, als dass etwa eine nicht rechtzeitige Vornahme von Verfahrenshandlungen nach diesem Bundesgesetz weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen kann und diese nach dem vorgestellten Entwurf dem Fremden schon ab Vollendung des 14. Lebensjahres zurechenbar wären.

Es ist fraglich, ob Personen mit Vollendung des genannten Alters stets schon in der Lage sein werden, ihre Interessen im notwendigen Ausmaß wahrzunehmen, so wie dies die erläuternden Bemerkungen unterstellen.

Jedenfalls handelt es sich bei dieser Regelung um einen Systembruch zur allgemeinen Bestimmung nach § 9 AVG. Es ist fraglich, wie die abweichende Bestimmung sachlich zu rechtfertigen ist. Die Erläuternden Bemerkungen dazu weisen jedenfalls lediglich daraufhin, dass sich in Österreich viele Fremde der genannten Altersgruppe alleine aufhalten würden bzw. diese angeblich in der Lage wären ihre Interessen alleine wahrzunehmen.

Festzustellen ist, dass für das Abgehen von den Bestimmungen zur allgemeinen verwaltungsrechtlichen Handlungsfähigkeit keinerlei sachliche Begründung vorliegt.

Visaerteilung §§ 20-30 FPG 2005

§ 21 FPG:

Insgesamt ist festzustellen, dass nach dem neuen FPG die Voraussetzungen für die Erlangung eines Visas erweitert wurden und die Möglichkeit der Behörde, Ermessensentscheidungen zu treffen, eingeschränkt wurde.

In § 21 Abs. 1 wurden die Ermessensbestimmungen, dass die Erteilung eines Visums versagt werden kann, wenn ein Fremder falsche Angaben macht bzw. die Wiederausreise erscheint nicht gesichert ist, zu zwingenden Versagungsgründen.

Die derzeitige Möglichkeit, dass ein Visum in Bescheidform §14 Abs 5 FrG 1997 in allen ausgestellt werden kann, wenn ein Fremder kein gültiges Reisedokument besitzt, wurde auf „besonders berücksichtigungswürdigen Fällen aus humanitären Gründen“ eingeschränkt.

Die Gültigkeit des Reisedokuments muß lt. SDÜ Art. 13 die des Sichtvermerks überschreiten. Weshalb die Gültigkeit des Reisedokuments jene des Visums um drei Monate überschreiten soll, ist nicht nachvollziehbar und wohl verzichtbar.

Daß es gem. § 21 (5) Z. 9 & 10 hinreichend sein soll, Visa nicht zu erteilen oder (später) fremdenrechtliche Maßnahmen zu setzen, wenn "bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen" ist keine adäquate Lösung für Fragen des Terrorismusverdachts, mit der eine "habeas corpus"-Tradition und von wem auch immer für notwendig erachtete Sicherheitsmaßnahmen vereinbart werden können.

Wenn bloße Verdachtsmomenten ausreichen sollen, müssen - außer wenn dadurch ausgelöste Maßnahmen zur unmittelbaren Gefahrenabwehr dienen - diese eine außerordentliche "Dichte" oder "Qualität" besitzen, um mit den Grundrechten vereinbar zu werden.

Für Delikte oder Vorbereitungen, deren Beweis bloß aufgrund des Quellenschutzes nicht möglich scheint, sind spezifische - ev. temporäre - Regulative zu schaffen, die eine Beschränkung der Offenlegung zulassen.

§ 28 FPG:

Es ist als Verschärfung zu sehen, dass mit § 28 Abs2 Z 8-10 neue Versagungsgründe zur Visaerteilung hinzugefügt wurden.

Diese Bestimmungen eröffnen der Behörde die weitgehende Möglichkeit, nach freiem Ermessen die Erteilung von Einreisetiteln zu versagen.

Die Bestimmung zum Visum zu Erwerbszwecken des § 24 FPG ist zwar grundsätzlich positiv zu beurteilen, allerdings ist festzustellen, dass solche Möglichkeiten einer kurzfristigen Erwerbstätigkeit nur Ergänzung zu einer längerfristigen Zuwanderung und Integration sein können.

Auch die Berufungsmöglichkeit für begünstigte Drittstaatsangehörige (bestimmte Verwandte von Österreichern, EWR- und Schweizer Bürgern)

ist prinzipiell positiv zu beurteilen, allerdings wäre eine Ausweitung dieser Regelung auf sämtliche Visaanträge wünschenswert.

Verfahrensfreie Maßnahmen §§ 34 ff. FPG

§ 34 FPG:

§ 34 ermächtigt die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes von Dritten Auskunft zu verlangen. Diese Bestimmung ist viel zu weit gefasst und zielt darauf ab Beratungsorganisationen und Rechtsanwälte in ihrer Arbeit zu behindern indem die betroffenen Personen regelmäßig befragt werden.

§ 34 ist in Verbindung mit § 13 Abs 1 anzuwenden.

In den erläuternden Bemerkungen zu § 34 wird auf die erläuternden Bemerkungen zu § 13 verwiesen. § 13 Abs 1 enthält eine umfassende Ermächtigung zu nicht eingreifendem Handeln der Sicherheitsbehörden. Mittel die nicht in subjektive Rechte eingreifen, dürfen demnach zur Aufgabenerfüllung unbeschränkt eingesetzt werden. Die Frage, ob eine Zustimmung des Betroffenen vorliegt hat daher besondere Bedeutung. Wenn sich jemand lediglich in Unvermeidliches fügt, liegt keine Zustimmung vor. Empörend ist allerdings die Bemerkung: „Andererseits schließt aber auch nicht jede Motivationshilfe eine freiwillige Gestattung aus.“

Der Begriff Motivationshilfe löst unangenehme Vorahnungen aus.

Abs 2 erklärt die Ausübung von Zwangsgewalt für unzulässig. Aufgrund des Begriffes der Motivationshilfe und der erläuternden Bemerkung, dass es dem Betroffenen nicht möglich sein soll sich eine Befragung durch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu verbieten, sind trotzdem in der Praxis rechtswidrige Methoden der Befragung mittels Motivationshilfen zu befürchten.

In diesem Licht scheinen die Ziffern 1-3 des § 34 Abs 1 gegen das Sachlichkeitsgebot zu verstoßen.

§ 35 FPG:

Erweiterung der Befugnisse gegenüber § 35 SPG.

Legistisch bedenklich ist die Formulierung: „wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist...“

§ 37 FPG:

§ 37 Z 2 ermächtigt die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zum Betreten oder Durchsuchen von z.B. Räumen soweit auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist, dass darin mindestens fünf Fremde aufhältig sind und sich darunter Fremde befinden, die nicht rechtmäßig in das Bundesgebiet eingereist sind oder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten.

Ob als bestimmte Tatsache das Vernehmen einer Konversation in einer Fremdsprache zu werten ist, ist nicht auszuschliessen und zeigt dass, diese Bestimmung insgesamt viel zu weit gefasst ist.

Die Befugnisweiterung auf Durchsuchung von Räumlichkeiten im Rahmen der Verwaltungspolizei ist insbesondere aufgrund der exzessiven Tatbestände im Rahmen dieses Gesetzes abzulehnen.

Es ist eine gleichheitswidrige Regelung wenn aufgrund des HausrechtsG Eingriffe in das Hausrecht nur aufgrund eines richterlichen Befehls oder durch Anordnung von Sicherheitsbehörden bei Gefahr im Verzug zulässig sind, hier aber im Rahmen der Verwaltungspolizei die selben Eingriffe, bei exzessiven verwaltungsrechtlichen Tatbeständen möglich sein sollen.

Damit wäre das HausrechtsG in seinem restriktiven Anwendungsbereich ausgehöhlt.

Auch aus der Sicht des Art 8 EMRK erscheint diese Regelung problematisch.

§ 38 FPG:

§ 38 ermächtigt zur Durchsuchung von Kleidung. Wünschenswert wäre eine Regelung gewesen, welche die Einschränkungen dieser Ermächtigung aufgrund von Art 3 EMRK und der dazu ergangenen Judikatur aufzeigt. Es sind in der Praxis Rechtswidrigkeiten in diesem sensiblen Bereich zu befürchten.

§ 40 FPG:

§ 40 Abs 1 Z 1 normiert die Ermächtigung zur Festnahme eines Fremden wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sich dieser nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält.

Legistisch und im Lichte von Art 5 EMRK ist die Formulierung „wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sich der nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält“ bedenklich.

Die bestimmten Tatsachen sind nicht taxativ oder demonstrativ aufgezählt.

Es ist zu befürchten dass es zu vielen rechtswidrigen Festnahmen kommen wird, und die bereits überbeanspruchten UVS durch diese Regelung noch weiter belastet werden.

Aus der im Art. 18 Abs 1 und 2 B-VG angeordneten Bindung der Vollziehung an das Gesetz ist das an den Gesetzgeber gerichtete Gebot abzuleiten, inhaltlich ausreichend bestimmte Regelungen zu schaffen. Das Erfordernis besonders genauer Determinierung wird auch für Gesetze bejaht, die nicht bloß zufällig und ausnahmsweise, sondern geradezu in der Regel in Grundrechte eingreifen („eingriffsnahes Gesetz“).

Diese Bestimmung greift in das durch Art 5 EMRK garantierte Recht auf Freiheit und Sicherheit ein, die mangelnde Determinierung gibt der Vollziehung zu weitreichende Möglichkeiten.

§ 40 Abs 3 Z 4 ermöglicht auch die Festnahme von Asylwerbern während des erstinstanzlichen Verfahrens wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass der Asylantrag mangels Zuständigkeit Österreichs zur Prüfung zurückgewiesen werden wird. Diese Regelung ist wiederum legistisch fragwürdig und stellt einen Eingriff in das durch Art 5 EMRK garantierte Recht auf Freiheit und Sicherheit dar, der in diesem Zusammenhang nicht gerechtfertigt ist.

Aus der im Art. 18 Abs 1 und 2 B-VG angeordneten Bindung der Vollziehung an das Gesetz ist das an den Gesetzgeber gerichtete Gebot abzuleiten, inhaltlich ausreichend bestimmte Regelungen zu schaffen. Das Erfordernis besonders genauer Determinierung wird auch für Gesetze bejaht, die nicht bloß zufällig und ausnahmsweise, sondern geradezu in der Regel in Grundrechte eingreifen („eingriffsnahes Gesetz“).

Diese Bestimmung greift in das durch Art 5 EMRK garantierte Recht auf Freiheit und Sicherheit ein, die mangelnde Determinierung gibt der Vollziehung zu weitreichende Möglichkeiten.

§ 42 FPG:

§ 42 Abs 2 Z 4 b ermöglicht es Fremde an der Einreise zu hindern, wenn sie ohne die hierfür erforderlichen Bewilligungen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet beabsichtigen. In Verbindung mit der

problematischen Bewislastumkehr des § 42 Abs 3 stellt diese Bestimmung die Grundlage dar bei pauschalem Verdacht gegen Einreisende aus bestimmten Nationen deren Einreise zu verhindern. Zusätzlich wird durch die Ersichtlichmachung der Zurückweisung im Reisedokument eine Stigmatisierung geschaffen.

Duldung § 48 FPG:

§ 48 des Entwurfs zum neuen FPG regelt die „Duldung“ als Nachfolgeregelung zu § 56 Abs 2 FrG 1997 (Abschiebeaufschub).

Grundsätzlich fällt an der Regelung zur Duldung zunächst auf, dass das geforderte Beweismaß in Bezug auf faktisch nicht abschiebbare Fremde im Verhältnis zur derzeitigen Regelung verschärft wurde. Während als Voraussetzung zur Erteilung eines Abschiebeaufschubs noch gefordert war, dass die Abschiebung „aus tatsächlichen Gründen unmöglich scheint“, ist nun gefordert, dass die Abschiebung tatsächlich „aus faktischen Gründen unmöglich ist“.

Zu befürchten ist aufgrund dieser Regelung jedenfalls, dass der Status als „Geduldeter“ wohl erst nach mehrmaligen, langandauernden Schubhaftnahmen gewährt werden wird. (Überprüfung der faktischen Abschiebbarkeit)

Weiters entfällt gem. § 48 Abs 2 im Verfahren zur Zuerkennung der Duldung das behördliche Ermittlungsverfahren. (Mandatsbescheid i S v § 57 AVG)

Dazu ist zu hinterfragen, wie bei „faktisch nicht abschiebbaren Personen“ ohne behördliches Ermittlungsverfahren festgestellt werden soll, dass jemand tatsächlich nicht abschiebbar ist.

Abgesehen davon normiert der Tatbestand des § 57 AVG, auf den im Begutachtungsentwurf verwiesen wurde, ausdrücklich, dass nur im Falle von Gefahr im Verzug Bescheide ohne Ermittlungsverfahren erlassen werden können. Da eine solche Gefahrensituation im Rahmen der Duldung wohl nicht anzunehmen sein wird, bleibt fraglich, warum die Erlassung mittels Mandatsbescheid vorgesehen ist.

Aufgrund der Tatsache, dass in § 48 FPG normiert ist, dass im Falle des Eintritts der faktischen / rechtlichen Abschiebbarkeit eines Fremden kein gegensätzlicher Bescheid nötig ist, muss eine bislang faktisch nicht abschiebbare Person weiters damit rechnen, ohne irgendeinen förmlichen Akt jederzeit abgeschoben zu werden. Die Duldung bietet demnach

keinerlei geschützte Rechtsposition in Bezug auf den Aufenthalt des Fremden im Bundesgebiet.

Ähnliches gilt auch in Bezug auf den „Schutz“ des Fremden vor Schubhaftnahmen:

Der Vorteil der bisherigen Regelung, dass Fremde mit Abschiebeaufschub zumindest befristet damit rechnen konnten, nicht in Schubhaft genommen zu werden, fällt durch die Neuregelung weg.

Künftig wird es wohl trotz Duldung und entsprechendem Ausweis keinen Schutz vor jederzeitiger Schubhaftnahme geben, da sich die Behörde ja nicht verpflichtet, von einer Abschiebung für bestimmte Zeit abzusehen.

Mögliche Begründung für Schubhaftnahmen wären die Verfahrenssicherung oder die Überprüfung der Voraussetzungen zur Duldung...

Weiters ist zu kritisieren, dass es - wie auch bisher zum Abschiebeaufschub- in Bezug auf die Duldung keine Möglichkeit zu Berufung/ Vorstellung gibt.

§ 48 Abs 3 bestimmt, dass die „Duldung“ des Fremden auf einen bestimmten Bereich, mindestens eine Bezirksverwaltungsbehörde, beschränkt werden kann. Weiters wird die Möglichkeit von Aufträgen, insbesondere der Meldung bei Sicherheitsdienststellen, normiert.

Festzustellen ist dabei, dass solche Gebietseinschränkungen wohl nicht verfassungskonform sein können, da diese dem Recht auf Freizügigkeit; Art. 2 Abs 1 4. ZP MRK, widersprechen. Der Kunstgriff, dass der Aufenthalt nur im geduldeten Bereich rechtmäßig sein soll, vermag die Regelung wohl nicht verfassungskonform machen, da jedem im Bundesgebiet rechtmäßig Aufhältigen (was ein Geduldeter somit wäre) das Recht auf Freizügigkeit zukommt. Durch den rechtmäßigen Aufenthalt in einem Teil des Bundesgebiets kann der Geduldete also schon sein Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen.

Von solchen Erwägungen abgesehen, kann die Einschränkung des Aufenthaltsbereichs auf eine Bezirksverwaltungsbehörde auch im alltäglichen Leben des Fremden unerträgliche Konsequenzen mit sich bringen. Zu denken ist dabei zB an Krankenhausbesuche, falls sich im Duldungsbereich kein entsprechendes Krankenhaus befindet

Zuletzt ist festzustellen, dass die Regelung zur Duldung auch eine eklatante Ungleichbehandlung zwischen subsidiär Schutzberechtigten gem. AsylG swie Personen, die sich vor der Sicherheitsbehörde auf das Refoulementverbot berufen.

Gem. § 67 FPG tritt ein Aufenthaltsverbot außer Kraft, wenn dem Fremden ein Status als subsidiär Schutzberechtigter zuerkannt wird.

Die Bestimmungen zum Refoulementverbot des § 52 FPG entsprechen inhaltlich jenen der subsidiären Schutzberechtigung im AsylG.

Daher ist zu hinterfragen, warum in sachlich weitgehend ident gelagerten Fällen durch die Geltendmachung vor verschiedenen Behörden in einem Fall ein Aufenthaltsverbot außer Kraft tritt, im anderen Fall der jeweilige Fremde nur geduldet wird.

Die Strafbestimmung des § 123 FPG zum unbefugten Aufenthalt enthält für Geduldete, die ihren Duldungsbereich verlassen, Sanktionsandrohungen, die im Verhältnis zum „Vergehen“ der Überschreitung von Bezirksgrenzen wohl nicht sachlich gerechtfertigt sein können.

Eine Geldstrafe von 2180 Euro, im Wiederholungsfalle von 4360 Euro wird überdies bei Geduldeten, die keiner legalen Erwerbstätigkeit nachgehen dürfen, wohl immer uneinbringlich sein. Daher wird für den Fall, dass ein Geduldeter außerhalb seines Duldungsbereiches betreten wird, wohl im Endeffekt immer eine Freiheitsstrafe verhängt werden.

Schubhaft und gelinderes Mittel § 79 ff FPG:

§ 79 FPG:

Der neu geschaffene § 79 Abs 2 regelt die Anordnung von Schubhaft über Asylwerber.

§ 79 Abs 2 Z 1 ermächtigt die zuständige Sicherheitsbehörde zur Anordnung von Schubhaft, wenn gegen den Asylwerber eine durchsetzbare, wenn auch nicht rechtskräftige Ausweisung nach § 10 AsylG erlassen wurde. Diese Bestimmung dürfte durch Art 5 Abs 1 lit. f EMRK und Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG gedeckt sein.

Legistisch und im Lichte von Art 5 EMRK bedenklich erscheint Z 4 wonach Schubhaft verhängt werden kann, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass der Antrag des Fremden mangels Zuständigkeit Österreichs zur Prüfung zurückgewiesen werden wird. Die bestimmten Tatsachen sind nicht taxativ oder demonstrativ aufgezählt. Den erläuternden Bemerkungen ist auch nichts zu entnehmen.

Aus der im Art. 18 Abs 1 und 2 B-VG angeordneten Bindung der Vollziehung an das Gesetz ist das an den Gesetzgeber gerichtete Gebot

abzuleiten , inhaltlich ausreichend bestimmte Regelungen zu schaffen. Das Erfordernis besonders genauer Determinierung wird auch für Gesetze bejaht, die nicht bloß zufällig und ausnahmsweise, sondern geradezu in der Regel in Grundrechte eingreifen („eingriffsnahes Gesetz“).

Diese Bestimmung greift in das durch Art 5 EMRK garantierte Recht auf Freiheit und Sicherheit ein, die mangelnde Determinierung gibt der Vollziehung zu weitreichende Möglichkeiten.

§ 80 FPG:

Geändert hat sich in § 80 Abs 5 FPG im Vergleich zur Vorgängerregelung des § 66 Abs 5 FrG die Bestimmung, dass Fremden aufgetragen werden kann, sich zur Durchsetzung der Abschiebung, für insgesamt 72 Stunden nicht übersteigende Zeiträume an bestimmten Orten aufzuhalten (bisher 24 Stunden).

Gemäß § 8 AVG wird Parteistellung anzunehmen sein. Der Auftrag sich an bestimmten Orten aufzuhalten (§ 80 Abs 5 FPG) wird wohl als Bescheid zu deuten sein.

§ 82 FPG:

§ 82 regelt die Durchführung der Schubhaft

Neu ist in Abs 1 letzter Satz, dass für den Vollzug der Schubhaft § 69 des Strafvollzugsgesetzes mit Ausnahme des letzten Satzes des Abs. 1, sinngemäß anzuwenden ist.

Die in § 69 FPG beabsichtigte Zwangsbehandlung und Zwangsernährung von in Schubhaft befindlichen Personen stellt einen schweren Eingriff in deren Menschenrechte dar.

Art 3 EMRK besagt: Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

Als Verletzung von Art. 3 EMRK wurde eine zwangsweise erfolgte ärztliche Behandlung angesehen (VfSlg 10.051).

Gemäß Art 1 Abs PersFrG sind festgenommene Menschen unter Achtung der Menschenwürde und mit möglichster Schonung der Person zu behandeln.

Fraglich ist weiters, ob es dem Sachlichkeitsgebot entspricht eine Regelung die den Strafvollzug regelt auch auf die Schubhaft anzuwenden.

Man muss sich vor Augen halten, dass Personen, über die die Schubhaft verhängt worden ist, vielfach keinen Straftatbestand, sondern einen verwaltungsrechtlichen Sachverhalt verwirklicht haben, der zu einer Ausweisung oder einem Aufenthaltsverbot führt. Selbst Personen gegen die ein Aufenthaltsverbot aufgrund einer strafgerichtlichen Verurteilung erlassen worden ist, haben in der Regel ihre Strafe zu Beginn der Schubhaft bereits verbüßt, und sind daher nicht von unbescholtenen Schubhäftlingen zu differenzieren.

Es ist festzuhalten, dass eine Zwangsernährung im Rahmen der Schubhaft als Verletzung des Art 3 EMRK zu werten ist, da aus den oben genannten Gründen die Verhältnismäßigkeit des Eingriffes zu verneinen ist.

§ 83 FPG:

Neu ist im § 83 Abs 4 dass die Schubhaft im Falle der Z 1-3 unbegrenzt aufrecht erhalten werden kann. (Alte Regelung § 69 Abs 4 FrG: nicht länger als 6 Monate)

Dies ist hinsichtlich Art 1 Abs 3 und 4 PersFrG zu hinterfragen.

Art 1 legt den Schutzzumfang des PersFrG fest. Geschützt ist die körperliche Bewegungsfreiheit natürlicher Personen vor willkürlichen Eingriffen der staatlichen Gewalt.

Abs 3 legt das Gebot der Verhältnismäßigkeit als Determinante für den Gesetzgeber und die Vollziehung fest; die Bestimmung bezieht sich auf die Zulässigkeit der Anwendung der freiheitsbeschränkender Maßnahmen. Abs 4 ordnet das Gebot der Verhältnismäßigkeit für die Durchführung freiheitsentziehender Maßnahmen an.

Es ist davon auszugehen dass mit ansteigender Dauer der Schubhaft die weitere Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme einer immer stärker werdenden Begründung ihres Zweckes bedarf.

In Anlehnung an Art 1 Abs 3 PersFrG obliegt es dem Gesetzgeber eine Regelung zu erlassen, die klar determiniert in welchen Fällen die Verhältnismäßigkeit der Schubhaft weiterhin vorliegt. Die zeitlich unbegrenzte Zulässigkeit der Schubhaft in den Fällen des § 83 Abs 4 Z 1-3 ohne weitere gesetzliche Determinierung erscheint verfassungsrechtlich auch in bezug auf das Sachlichkeitsgebot problematisch.

Bei bloß unrechtmäßigem Aufenthalt ist die Möglichkeit unbegrenzter Schubhaft, auch bei Erfüllung eines Tatbestandes des § 83 Abs 4 Z 1-3 auf jeden Fall abzulehnen.

§ 83 Abs 6 normiert die amtswegige Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der Schubhaft durch den UVS ab einer sechs Monate übersteigenden Schubhaftdauer, alle sechs Wochen. Dies soll eine Kompensation der mangelnden gesetzlichen Determinierung des § 83 Abs 4 Z 1-3 bewirken.

Aus dem Satz: „die Verwaltungsakten haben von der Behörde so rechtzeitig vorgelegt zu werden, dass dem Unabhängigen Verwaltungssenaten eine Woche zur Entscheidung vor den gegenständlichen Terminen bleibt.“ lässt sich ableiten, dass es eine einwöchige Entscheidungsfrist gibt. Damit wird Art 6 Abs 1 PersFrG entsprochen, jedoch stellt sich das Problem bezüglich der Wahrung des Parteiengehörs, insbesondere da es regelmässig eine Sprachbarriere geben dürfte. Es wäre eine zusätzliche Regelung wünschenswert, die das Parteiengehör in dieser Konstellation absichert.

Aus rechtspolitischer Perspektive ist zu sagen, dass der Gleichheitssatz einen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum nicht ausschliesst. Innerhalb dieses Spielraumes steht es dem Gesetzgeber frei, verschiedene rechtspolitische Zielvorstellungen zu verfolgen (VfSlg 11.369). Unzulässig sind aber exzessive Regelungen (VfSlg 9583, 9641, 10.926)

Wenn mit diesem Gesetz eine sehr restriktive Politik verfolgt werden soll, ist dies politisch sicherlich zulässig, die Verfassung im Sinne des Sachlichkeitsgebotes darf aber dabei nicht ignoriert werden.

Ausweisung, Aufenthaltsverbot §§ 56 bis 76 sowie 89 FPG:

§ 56 FPG:

Gemäß § 56 Abs 2 Z 1 wurden die Gründe, die zu Ausweisung führen, verschärft:

Fremde (nicht EU Bürger, nicht Schweizer, nicht bestimmte Angehörige von Österreichern, EU-Bürgern und Schweizern), die sich mit einem Visum (aber ohne Aufenthaltstitel wie NB, AE) in Österreich aufhalten, können nun ausgewiesen werden, wenn sie innerhalb von 3 Monaten nach ihrer Einreise bei Verwirklichung bestimmter Sachverhalte, bestimmter Vergehen, Straftaten, nicht vorhandener Unterhaltsmittel etc betreten werden oder verdächtigt werden.

Nach altem Gesetz konnten sie nur ausgewiesen werden wenn sie binnen 1 Monats nach Einreise betreten wurden. Die Regelung des Entwurfes stellt somit eine Verschärfung dar.

Aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist weiters zu kritisieren, dass gem. Abs 2 Z 2 es nach wie vor möglich ist, eine Ausweisung nur aufgrund einer Beschuldigung ohne entsprechende Verurteilung zu verhängen.

§ 58 FPG:

Lt. Richtlinie 2003/109/EG treffen die Regelungen des § 58 Abs 2 FPG bereits nach fünfjährigem Aufenthalt zu, weiters wird eine Gefährdungsprognose und die Einschaltung eines Gerichts gefordert. Die unrichtige od. unvollständige Umsetzung der Richtlinie wird bestenfalls zu einer erneuten Verurteilung der Republik vor dem EuGH führen. Abs 1 der betrachteten Regelung ist somit als richtlinienwidrig zu streichen, die Frist gem. Abs 2 auf fünf Jahre zu verkürzen.

§ 60 FPG:

Ob die Ausweisung "zum Zeitpunkt der Erlassung" rechtmäßig war, ist das Kriterium der Gerichtshöfe öffentlichen rechts, damit würde bloß die Aufhebung wegen Sachverhaltsänderung für den Fremden unmöglich gemacht, der - vermeintlich besonders gesetzeskonform - ausreist und das verfahren vom Ausland aus führen will.

Zur Sicherung der Zuständigkeit eines Gerichts wie in Art 12. der Richtlinie 2003/109/EG gefordert (s. dazu auch die Anmerkungen zu § 89 (3) mit Analyse der sprachlichen Fassungen) ist der UVS als Berufungsinstanz erforderlich, sofern nicht ordentliche Gerichte eingeschaltet werde (s. StG 1852 §19 – Landesverweis nur für Verbrechen als Zusatzstrafe, bei Vergehen gem. § 240 iVm § 249 nur anstatt anderer Sanktionen).

§ 63 FPG:

Die Sanktionen bei Geschwindigkeitsübertretungen (§ 20 StVO) und Alkoholisierung (§ 99 StVO) gem. § 63 Abs 2 Z 2 sind mit Geld- und Freiheitsstrafen, ggf. Führerscheinentzug sachlich zu ahnden; die Verhängung eines Aufenthaltsverbots ist unsachlich und überschießend. Richtigerweise wird in Folge der § 37 FSG angesprochen: Wenn die sachliche Sanktion des Führerscheinentzugs nicht greift, sind aufenthaltsbeendende Maßnahmen angebracht und nicht vorher.

Desgleichen ist eine summarische Ahndung bei Verstößen gegen das Geweberecht genauso unangemessen wie unbestimmte Übertretungen des

SPG oder des Versammlungsgesetzes. Diese Vergehen werden verwaltungsrechtlich in sachlichem Umfang nach den Bestimmungen dieser Bundesgesetze oder des VStG geahndet; Verbrechenstatbestände sind gerichtlich zu beurteilen, womit (2) Z.1 ausreichende Bestimmungen enthält.

Zusammengefasst kann zur Wahrung der sachlichen Rechtfertigung Z.2 auf den Tatbestand des § 37 FSG reduziert werden.

Eine Verschärfung stellt § 63 Abs 2 Z 9 FPG dar. Während in der bisherigen Regelung ein Aufenthaltsverbot nur erlassen werden konnte, wenn ein Vermögensvorteil geleistet wurde, ist diese Voraussetzung nun weggefallen.

Aus rechtsstaatlichem Gesichtspunkt sind § 63 Abs 2 Z 12 bis 15 bedenklich. In allen diesen Regelungen ist die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes nur aufgrund behördlicher Annahmen vorgesehen, es wird nicht auf rechtskräftige Verurteilungen abgestellt. Z 12 ist dabei so undeutlich gefasst, dass unklar ist ob eine Verurteilung Voraussetzung für ein Aufenthaltsverbot ist oder nicht.

§ 64 FPG:

Es fehlt hier die verfahrensrechtliche Bestimmung über den gerichtlichen Schutz langfristig aufhältiger Drittstaatsangehöriger, EWR-Bürger und deren Familienangehöriger.

Betreffend der Unzulässigkeit des Aufenthaltsverbots - § 64 FPG-Entwurf- ist im Vergleich zur jetzigen Rechtslage (§ 38 FrG) zu bemerken, dass Unzulässigkeitsbestimmungen beim Vorliegen bereits geringerer Verurteilungen nicht mehr gelten sollen.

Neu ist außerdem, dass trotz einer möglichen Staatsbürgerschaftsverleihung ein Aufenthaltsverbot verhängt werden kann, wenn vermutet wird, dass der Fremde die innere oder äußere Sicherheit der Republik Österreich als Mitglied einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung oder kriminellen Organisation (§§ 278,278 a oder b StGB) gefährden könnte.

Ob eine Verurteilung nach den §§ 278, 278 a oder b StGB für die Verhängung eines Aufenthaltsverbotes vorliegen muß oder ein anhängiges Gerichtsverfahren „ausreichen“ würde, geht weder aus dem Gesetz noch aus den Erläuterungen hervor. Es wird davon auszugehen sein, dass die Behörde selbst die Beurteilung vornehmen wird.

Diese Bestimmung des §64 Z 4 bezieht sich auf langjährig niedergelassene aufenthaltsverfestigte Fremde, wobei ein krasser Unterschied zwischen jetziger Gesetzeslage und Entwurf zu ersehen ist.

Über einen Fremden kann nun – wie § 64 Z 4 lautet – auch dann, wenn er seinen Wohnsitz vor Vollendung seines 3. Lebensjahres in Österreich begründet hat und hier langjährig niedergelassen war, ein Aufenthaltverbot verhängt werden, wenn er zu einer gerichtlichen unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist oder durch die Mitgliedschaft zu einer terroristischen oder kriminellen Organisation die innere oder äußere Sicherheit Österreichs gefährden könnte.

Bisher war „Aufenthaltsverbot-Verbot“ (§38 Abs.2 FrG) „absolut“ und unabhängig von Art oder Höhe eines Strafurteils. Eine Person, die von klein auf im Inland aufgewachsen und hier langjährig rechtmäßig niedergelassen war, war, sowohl was die Verhängung des Aufenthaltsverbotes als auch eine Ausweisung anbelangt (korrespondierende Bestimmungen §§ 35 Abs. 4 und 38 Abs. 1 Z 4 bzw. 38 Abs. 1 Z4 bzw. 38 Abs. 2 FrG) geschützt.

Wie bisher können Aufenthaltsverbote grundsätzlich auch dann verhängt werden, wenn man sein ganzes Leben hier verbracht hat, aber erst mit 3 Jahren oder später ins Land gekommen ist.

Die neue Regelung stellt einen gewaltigen Rückschritt in fremdenpolizeiliche Zeiten vor 1998 dar, wo fremde, die hier geboren wurden und oft ihr „Heimatland“ nicht kennen, abgeschoben werden konnten. Sie steht in vollem Widerspruch zu Art. 8 EMRK – Schutz des Rechts auf Privat – und Familienleben.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass wenn der Gesetzgeber schon die Möglichkeit der Beibehaltung einer weitergehenden Regelung gem Art. 13 der RL 2003/109/EG nicht nutzt, die korrekte Umsetzung des gerichtlichen Rechtsschutzes umso wichtiger wäre.

§ 65 FPG:

Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen ist nach drei Jahren das Recht einzuräumen, einen Antrag auf Aufhebung des Aufenthaltsverbotes zu stellen und das diebezügliche Verfahren effektiv zu führen, was mit der Berechtigung zur Einreise verbunden sein kann, um etwa eine Aussage in diesem Verfahren zu machen.

§ 67 FPG:

Die Regelung gem. Abs. 1 ist auch auf Aufenthaltsverbote anzuwenden, wenn ein Jahr Wartefrist für die Wiedereinreise gefordert wird.

§ 70 FPG:

Wenn Vergehenstatbeständen eine Ausreiseverpflichtung nach sich ziehen, dann soll diese anstatt der Freiheitsstrafe eintreten.

§ 74 FPG:

Hier sollte das Zusammenwirken von den Behörden zweier Unionsstaaten in Verfahren bezüglich langfristig aufhältiger Drittstaatsangehöriger geregelt werden (Art. 22 der Richtlinie 2003/109/EG).

§ 75 FPG:

Diese Bestimmung ist im Lichte der Art. 31 (4) RL 2004/38/EG, wohl auch der RL 2003/109/EG bei mehr als 5 Jahren Aufenthalt zu prüfen: Zur Erfüllung der Forderung nach einem wirksamen Rechtsschutzverfahren sind entsprechende Vorkehrungen erforderlich.

§ 89 FPG:

Hier ist eine unzureichende RL-Umsetzung zu bemängeln:

Grundsätzlich ist auf "schwerwiegende" Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gem. RL 2004/38/EG abzustellen, die "erhebliche" Gefahr (leichterer, ev. wiederholbarer? Gefährdungen) reicht nicht aus.

Nach 5 Jahren sind diese "schwerwiegenden Gründe" auch für die Ausweisung begünstigter Drittstaatsangehöriger zu fordern - s. RL 2003/109/EG, Art. 12 (1)

Unionsbürger nach 10 Jahren Aufenthalt und Minderjährige dürfen nur ausgewiesen werden, wenn gem. Art. 28 (3) der RL 2004/38/EG "zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit, die von den Mitgliedstaaten festgelegt wurden" vorliegen. It. Diese Liste ist noch nicht erstellt, ein Verweis auf § 63 (2) Z. 12 oder 15 scheint temporär zulässig.

Ad § 89 (3)

Die Bestimmungen von Art. 30 und 31 der RL 2004/38/EG fordern Verfahrensabläufe, die es in Österreich nicht gibt. Hierbei sind zwei Problemkreise festzumachen:

1. Die Frage der Qualifikation der Berufungsbehörde als Gericht

Die Richtlinie 2004/38/EG scheint in Art. 30 (3) - Benennung der Berufungsinstanz - zwar die Alternative zu erlauben, als Berufungsbehörde für die materielle Entscheidung über aufenthaltsbeendende Maßnahmen entweder ein Gericht oder eine administrative Instanz vorzusehen: *"In der Mitteilung ist anzugeben, bei welchem Gericht oder bei welcher Verwaltungsbehörde der Betroffene einen Rechtsbehelf einlegen kann, ..."*

In den Ausführungen des Art 31 zu den Verfahrensgarantien mangelt es der deutschen Fassung der Richtlinie an Präzision, wenn von *"...Rechtsbehelf bei einem Gericht und gegebenenfalls bei einer Behörde des Aufnahmemitgliedstaats..."* die Rede ist. In der englischen Fassung wird - treffsicherer - auf *"...access to judicial and, where appropriate, administrative redress procedures in the host Member State..."* abgestellt; analog auch die französische Fassung *"...voies de recours juridictionnelles et, le cas échéant, administratives dans l'État membre d'accueil..."*.

Damit ist die Frage zu beantworten: Wann ist eine Verwaltungsbehörde geeignet?

Die Richtlinie 2004/38/EG gibt keine nähere Antwort; aus den Gründen und anderen Bestimmungen läßt sich annehmen, daß der Grad der Verbundenheit, der Aufenthaltsdauer, familiärer Beziehungen, etc. wohl Kriterien darstellen, und bezüglich der Aufenthaltsdauer findet sich tatsächlich in der Richtlinie 2003/109/EG über die Rechtsstellung langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger eine analoge Regelung. Dort begründet ein fünfjähriger dauernder Aufenthalt (Art. 4) den Status des "langfristig Aufenthaltsberechtigten", und sowohl dieser Status als auch das Aufenthaltsrecht derartiger Personen unterliegt expliziten Rechtsschutzbedingungen. Zur Aberkennung des geschützten Status ist in Art. 10 (2) diese Richtlinie in der deutschen Fassung wieder nur unscharf *"...so kann die betreffende Person in dem betreffenden Mitgliedstaat Rechtsbehelfe einlegen."* Die englische Version spricht bereits von *"...shall have the right to mount a legal challenge..."*, und die französische Fassung ist völlig klar: *"...a le droit d'exercer un recours juridictionnel..."* im Gegensatz zum oben zitierten in bestimmten Fällen zulässigen "recours administratif".

Keine Diskussion gibt es bei der Aufenthaltsbeendigung selbst, hier steht lt. Art. 12 (4) der Richtlinie *"...der Rechtsweg offen"* und wird im Bedarfsfall *"Prozesskostenhilfe zu bewilligt"* (Art. 5). Um Spitzfindigkeiten zuvorzukommen: *"...a judicial redress procedure..."* bzw. *"...un recours juridictionnel..."* mit nichtdiskriminierendem Zugang zu *"Legal aid..."* bzw. *"L'aide judiciaire..."* ist eindeutig.

2. Die Frage der Entscheidung über vorläufigen Rechtsschutz

Zuerst gilt es, den "vorläufigen Rechtsschutz" abzubilden. Dieser ist nur im regulären Verwaltungsverfahren zumindest mit gleicher Wirkung gegeben, nicht aber bei Ausschluß der aufschiebenden Wirkung und auch nicht nach rechtskräftiger Entscheidung in der Sache und noch offener Entscheidung über den Rechtsschutz - Art. 31 der Richtlinie 2004/38/EG sieht hier offensichtlich zwei Verfahren vor. Der einmonatige Durchsetzungsaufschub deckt bei üblicher Verfahrensdauer dies nicht ab. Ausgeschlossen ist dieser Rechtsschutz nur bei einer Entscheidung auf Basis eines Gerichtsurteils, bei vorheriger Befassung eines Gerichts (!) oder bei Vorliegen der bereits diskutierten "zwingenden Gründe".

Damit bietet sich als übersichtliches Verfahren, daß die Vorgaben des Unionsrechts in beiden Problembereichen vollumfänglich erfüllt (die Umsetzung "im Wesentlichen" lt. erläuternden Bemerkungen ist unzureichend und eröffnet wohl nur den Rechtszug zur Amtshaftung), etwa folgendes an:

§ 89 (3b) Berufungsbehörde gegen Entscheidungen über aufenthaltsbeendende Maßnahmen nach diesem Bundesgesetz ist für EWR-Bürger und begünstigte Drittstaatsangehörige der örtlich zuständige UVS als Tribunal iSd Art. 131 (4) B-VG. Der UVS ist weiters für Entscheidungen über den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung zuständig, sofern nicht ein ordentliches Gericht im Rahmen eines Verfahrens über die Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (Gefährdungsprognose) abgesprochen hat oder zwingenden Gründe gem. Art. 28 (3) vorliegen.

Als restriktivere, aber auch aufwendiger zu administrierende Variante kann die UVS-Zuständigkeit im materiellen Verfahren auf Personen beschränkt werden, die zumindest 5 Jahre ordnungsgemäß im Bundesgebiet aufhältig sind (analog Richtlinie 3003/109/EG), die Zuständigkeit über die Entscheidung zur Aberkennung der aufschiebenden Wirkung gilt aber sofort.

Ad § 89 (4) Z.1

EWR-Bürgern reicht jedenfalls ein Personalausweis, s. §17, eine ergänzte Formulierung könnte Zweifel an der Rechtmäßigkeit von Z. 1 ausschließen.

Bei Sichtvermerkspflicht von - wohl nur begünstigten Drittstaatsangehörigen - ist in Umsetzung von Richtlinie 2004/38/EG Art. 5 (4) jedenfalls ein Verfahren vorzusehen, nach dem begünstigte Drittstaatsangehörige bei Nachweis dieser Eigenschaft entweder ohne Sichtvermerk einreisen dürfen und in angemessener Frist diesen im Inland erteilt bekommen oder der Sichtvermerk an der Grenzkontrollstelle erteilt wird. Diese Forderung läßt sich unmittelbar aus der Rechtsprechung des EuGH Rs. C-459/99 Rn 62 ableiten.

Ad § 89 (4) Z. 3 & 4

Diese sind zu streichen, da gem. Art. 15 der Richtlinie 2004/38/EG die Verfahrensgarantien gem. Art. 30 und 31 dieser Richtlinie zu gewährleisten sind, was bei einer Zurückweisung nicht möglich ist. Überdies können ohne Kunst des Hellsehens diese Tatbestände nicht vorab festgestellt werden und ersetzt die Prognose auch nicht das ordentliche Verfahren. Somit stellen ZZ 3&4 eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.

Ad § 89 (4) Z. 5

Wenn eine Terrorismusregelung erwünscht ist: § 63 (2) Z. 12 und 15 bieten eine klare Definition. Auch in diesen Fällen gilt die Verfahrensgarantie der Richtlinie 2004/38/EG und ist die verfahrensfreie Maßnahme der Zurückweisung nur als Maßnahme bei Gefahr in Verzug denkbar, sofern mit unmittelbarer Anleitung dazu ein ordentliches Verfahren eingeleitet wird. Die Notwendigkeit einer derartigen Bestimmung bleibt allerdings fragwürdig, da ein "zur Tat schreitender" Krimineller jedenfalls festzunehmen wäre.

Ad § 89 (5)

Nur nach rechtskräftiger Entscheidung unter o.g. Verfahrensgarantien, dieses ist vom Vertragsstaat nachzuweisen.

§ 90 FPG:

Die Beschränkung auf das 18. Lebensjahr ist eine Inländerdiskriminierung gegenüber begünstigten Drittstaatsangehörigen und wurde in der Vergangenheit schon vom VfGH aufgehoben. Deshalb ist die Altersgrenze analog mit 21 Jahren festzusetzen.

Erkennungs- und Ermittlungsdienst §§ 102 FPG:

§ 102 FPG:

Die Anwendbarkeit des § 102 (1) Z.6 auf EWR-Bürger und begünstigte Drittstaatsangehörige ist zu bezweifeln. Gemäß dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 der Richtlinie 2004/38/EG ist die Gleichbehandlung mit österr. Staatsbürgern - die nur im Ermittlungsverfahren erkennungsdienstlich behandelt werden - herzustellen. Sofern der Einreise- und Aufenthaltswunsch nicht per se den Verdacht einer strafbaren Handlung darstellt, stellt eine systematische erkennungsdienstliche Behandlung eine Ungleichbehandlung zu österr. Staatsbürgern dar.

Es ist in diesem Zusammenhang besonders darauf hinzuweisen, daß wegen der Erteilung eines Einreisetitels erhobene erkennungsdienstliche Daten gem. (5) offensichtlich nur in den Fällen der Z. 1, 2 oder 8 zu löschen sind, wohingegen z.B. die Verordnung 2725/2000 des Rates (Eurodac-Einrichtung) die Daten jedenfalls nach 10 Jahren zu löschen sind, bei illegal eingereisten Personen gem. Art. 8 dieser Verordnung ein Löschen bei Erteilung eines Aufenthaltsgenehmigung oder nach zwei Jahren vorgesehen ist.

§ 107 FPG:

"Erhebung von Anklagen": Hier wird ein Grundrechtsproblem offensichtlich und die ausschließliche Zuständigkeit der Strafgerichte für die Ahndung von Straftaten unterlaufen. Die Unschuldsvermutung des Strafrechts ist mit der Beweiswürdigung des AVG nicht vereinbar, die Übermittlung von Verdachtsfällen somit sinnlos. Wenn eine Berechtigung des Gerichts geschaffen werden soll, die Behörde gegebenenfalls direkt mit Ermittlungen zu beauftragen, so ist die Formulierung verunglückt.

Normierung behördlicher Mitteilungspflichten/ Novelle des Personenstandsgesetzes

§ 108 FPG:

Zu § 108 Abs 3, der die Mitteilungspflicht von Zivilgerichten und Personenstandsbehörden an die Sicherheitsbehörden bzgl. Anträgen auf Namensänderung, Adoption und Verehelichung von Fremden normiert, ist darauf hinzuweisen, dass diese Regelung zu weit gefasst scheint. Eine Datenweitergabe würde in diesem Falle auch EWR-Bürger betreffen und somit eine Ungleichbehandlung von Österreichern und EWR-Bürgern bedeuten. Weiters würde eine solche Regelung die Behörden auch verpflichten, die Daten von Touristen, die in Österreich heiraten möchten, an die fremdenpolizeiliche Behörde weiterzuleiten.

Von solchen Überlegungen abgesehen, weist eine solche Regelung rechtspolitisch in eine bedenkliche Richtung. Falls seitens der befassten Behörde ein Verdacht bestehen sollte, dass eine im Sinne des FPG strafbare Handlung vorliegt, hätte die Behörde ohnehin die zuständige Staatsanwaltschaft zu befragen.

Jedenfalls ist festzustellen, dass eine solche Weitergabe von Daten ohne spezielle anlassbezogene Relevanz auch einen schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz in Hinblick auf § 1 DSG darstellt, der auch durch die vorgesehenen Gesetzesvorbehalte nicht gerechtfertigt werden kann.

§ 114 FPG, §§ 43, 45 PStG:

§ 114 FPG bildet zusammen mit §§ 43, 45 PStG einen Regelungskomplex, der nicht dazu dient, Scheinehen zu verhindern sondern darauf abzielt, Eheschließungen mit bestimmten Fremden überhaupt unmöglich zu machen, unabhängig davon, ob ein tatsächliches Privat- und Familienleben zu führen geplant ist.

Dies soll dadurch gewährleistet werden, dass gem. § 114 FPG die Personenstandsbehörden, sofern eine Ehe mit zumindest einem drittstaatsangehörigen Ehegatten geschlossen werden soll, in einer Anfrage an die Sicherheitsbehörden ermitteln sollen, ob gegen den betreffenden Fremden bestimmte vollstreckbare Aufenthaltsverbote (§ 63 Abs 2 Z 1, Z 5, Z 12-15) oder Ermittlungen i S eines strafbaren Delikts nach dem FPG vorliegen. Sollte eine solche Anfrage positiv verlaufen, hat die Personenstandsbehörde sowohl die Trauung als auch die Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses zu verweigern.

Rechtlich ist dazu festzustellen, dass eine solche Regelung einem Eheverbot gleichkommt, von der auch zahlreiche österreichische Staatsbürger betroffen wären. Vor allem in Hinblick auf Art. 12 EMRK ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines solchen Verbotes nicht gegeben, da die entsprechende Regelung ein Heiratsverbot darstellt.

Nach der Rechtsprechung der EMRK-Organe verstößt ein derartiges Verbot klar gegen das Grundrecht auf Eheschließung. Etwa hat die Kommission eine Verletzung von Art. 12 EMRK bei der Verweigerung der Eheschließung für (lebenslängliche !) Strafgefangene erkannt und die Kommission und der Gerichtshof ein dreijähriges Eheverbot nach der dritten Scheidung als Verstoß gegen das Recht auf Eheschließung gewertet.

Rechtspolitisch ist zu kritisieren, dass ein solches Eheverbot eine Verlagerung der fremdenpolizeilichen Überprüfung vom Verfahren zur Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Eheschließung selbst bedeutet. Dies hat zur Folge, dass eine fremdenpolizeiliche Überprüfung verbunden mit einem daraufhin ausgesprochenen Eheverbot unabhängig davon stattfindet, ob jemals überhaupt die Führung eines gemeinsamen Privat- und Familienlebens im österreichischen Bundesgebiet geplant ist. Zu

denken wäre etwa an ein gemeinsames Privat- und Familienleben im Heimatstaat des Drittstaatsangehörigen.

In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass die Intention dieser Regelung insofern unklar ist, als ohnehin schon bislang auch im Falle von Angehörigen eines Österreichers bzw. EWR-Bürgers die Möglichkeit bestand, in den umfassten Fällen die Erteilung eines Aufenthaltstitels an den Drittstaatsangehörigen zu versagen. Welches fremdenrechtliche Interesse nun darin gelegen ist, dass darüber hinaus letztendlich auch verhindert werden soll, dass ein gemeinsames Familienleben auch außerhalb des österreichischen Bundesgebiet geführt werden kann, bleibt fraglich.

Mit der Intention der Aufrechterhaltung eines geordneten Fremdenwesens lässt sich ein solch fundamentaler Eingriff wohl nicht mehr rechtfertigen.

Zu bedenken ist auch, dass nicht sämtliche Rechtsordnungen die Vorlage eines Ehefähigkeitszeugnisses verlangen, insofern zumindest theoretisch auch daran zu denken ist, dass eine solche Regelung auch eine Form des „Heiratstourismus“ nach sich ziehen könnte.

Zuletzt ist darauf zu verweisen, dass ein solches Eheverbot nicht nur Fremde, die in Österreich rechtmäßig gerichtlich verurteilt wurden und deren österreichische Verlobte trifft sondern auch auf Fälle anwendbar ist, in denen ein Aufenthaltsverbot gem. § 63 Abs 2 Z 12 bis 15 verhängt wurde.

Wie im Abschnitt zu den Aufenthaltverboten bereits festgestellt wurde, enthalten diese Bestimmungen einen weitgehenden Freibrief der Behörde, den Aufenthalt von Fremden nur aufgrund von Verdachtsmomenten zu verbieten.

STRAFBESTIMMUNGEN NEU §§118-125 FPG

§ 118 FPG:

§ 118 Abs 1 FPG bestimmt, dass die Förderung der Ein- als auch der Durchreise in bzw durch einen Mitgliedstaat des EWR oder einen Nachbarstaat Österreichs mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe gerichtlich zu bestrafen ist. Bislang war dieses Verhalten nicht strafbar.

Dazu ist festzustellen, dass diese Regelung inhaltlich unbestimmt formuliert ist und für die Behörden wohl eine Möglichkeit bieten könnte, zahlreiche „unerwünschte“ Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen. Eine

korrekte Umsetzung der Richtlinie 2002/90/EG iVm Rahmenbeschluß 2002/946/JI muß auf den Vorsatz bei Hilfe zur Ein- oder Durchreise abstellen (Art. 1 (1) a der Richtlinie), bezüglich des Aufenthalts auf Gewinnabsicht abstellen (Art. 1 (1) b der Richtlinie).

Zu differenzieren wären weiters die Strafbestimmungen des Abs. 5. Die Bandenbildung hat hier wohl eine andere Qualität als das bewußte Inkaufnehmen des Todes von ev. Mehreren Geschleppten.

§ 119 FPG:

§119 Abs.1 FPG bestimmt, dass, wer einem Fremden den unbefugtem Aufenthalt mit dem Vorsatz erleichtert, sich dadurch einen Vermögensvorteil zu schaffen oder eine Aufenthaltsbeendigung hintanzuhalten, mit gerichtlicher Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr (od. Geldstrafe) bedroht ist.

Nach § 107 a FrG ist diese Tat bislang nur eine Verwaltungsübertretung.

Laut Erläuterungen muß man bei Tatbegehung Bereicherungsvorsatz haben. Der Bereicherungsvorsatz ist laut Wortlaut von §119 Abs. 1 aber nur eines von zwei Motiven einem Fremden den unbefugten Aufenthalt zu ermöglichen. Nach grammatikalischer Interpretation müsste auch der bloße Vorsatz eine Aufenthaltsbeendigung zu verhindern zu wollen, für eine Bestrafung genügen.

Es ist also festzustellen, dass nach Interpretation des Gesetzeswortlauts diese Norm einen sehr weitreichenden Anwendungsbereich hätte und eine krasse Verschärfung der bestehenden Gesetzeslage bedeutet.

Sollte diese Bestimmung tatsächlich in dieser Form umgesetzt werden , bedeutet sie auch eine nachhaltige Kriminalisierung der Rechtsbeistandstätigkeit. Es liegt dabei der Verdacht nahe, dass die Zielrichtung der Regelung auch dahin geht, Nicht-regierungs-Organisationen, die im Asyl- und Fremdenbereich tätig sind, sowie in diesem Bereich engagierte Anwälte zu sanktionieren.

§ 121 FPG:

Gem. §121 Abs.1 FPG des Entwurfs ist der Österreicher oder bereits niedergelassene Fremde ist bei Eingehen einer Ehe mit einem Fremden strafbar (vom Gericht mit bis zu 360 Tagsätzen Geldstrafe), wenn ein

gemeinsames Familienleben im Sinn von Art. 8 EMRK nicht geführt wird, wobei er weiß oder wissen musste, dass sich der Fremde für die Erhaltung oder Beibehaltung von Aufenthaltstiteln, für die Erlangung der Staatsbürgerschaft oder zur Verhinderung aufenthaltsbeendigender Maßnahmen auf diese Ehe beruft.

Durch diese Regelung soll also das Eingehen sogenannter Scheinehen – unabhängig von finanziellen Zuwendungen- unter Strafe gestellt werden.

Österreicher oder niedergelassene Fremde, die etwa aus Mitleid oder Gefälligkeit heiraten, wären durch eine solche Regelung mit einer gerichtlichen Strafe erfasst.

Dies wird in den erläuternden Bemerkungen mit der generalpräventiven Wirkung begründet, um der Aushebelung der Aufenthaltsbestimmungen entgegen zu wirken.

§ 121 Abs 2 bestimmt, dass ein Österreicher der eine Scheinehe einget und dafür Entgelt entgegennimmt ist mit Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr zu bestrafen.

Zu kritisieren ist, dass in § 121 Abs 1 ebenso wie in § 121 Abs 2 darauf abgestellt wird, ob die Ehegatten ein gemeinsames Eheleben tatsächlich führen und nicht etwa darauf, ob die Führung eines gemeinsamen Ehelebens beabsichtigt ist. Das würde in einer extensiven Auslegung dazu führen, dass stets, sofern die Ehegatten einen Aufenthaltstitel beantragen während sich ein Ehegatte noch im Ausland befindet, dies ein strafbares Verhalten darstellt.

Unzumutbar ist auch die Formulierung des „Wissenmüssens“ in der genannten Regelung. Diese Formulierung stellt damit auf eine Form der groben Fahrlässigkeit ab, die im Strafrecht so nicht bekannt ist. Weiters führt eine solche Regelung zu einer möglichen Auslegung, in der wohl jede Eheschließung zwischen einem Österreicher und einem Fremden, der – aus welchen Gründen immer- im Anschluß nicht die Führung eines tatsächlichen Ehelebens folgt, erfasst werden könnte.

§ 121 Abs 5 enthält einen Strafausschließungsgrund. Wer freiwillig, bevor die Strafverfolgungsbehörden von seinem Verschulden erfährt, an der Aufklärung der Sache mitwirkt, ist nicht zu bestrafen, sofern die „Scheinehe“ nicht gegen Entgelt eingegangen wurde.

Eventuell hat die Fremdenpolizei durch die Drohung mit einer Anzeige an die Strafbehörden die Möglichkeit mehrere Scheinehen aufzudecken.

Letztlich ist zu befürchten, dass durch eine solche Bestimmung einerseits das Denunziantentum gefördert werden könnte, andererseits

österreichischen Ehegatten dazu dienen könnte, ausländische Ehegatten, die ihnen lästig geworden sind, im fremdenpolizeilichen Verfahren loszuwerden.

§ 122 FPG:

Gem. § 122 FPG ist nun auch hier derjenige zu bestrafen der einen Fremden adoptiert, der sich in der Folge im aufenthaltsrechtlichen Verfahren auf diese Adoption beruft, obwohl die Betroffenen keine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern entsprechende Beziehung führen wollen. (Geldstrafe bis zu 360 Tagsätzen), wer gegen Entgelt zum Schein adoptiert mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr.

Dabei ist festzustellen, dass jeder Adoption ein gerichtliches Verfahren vorgeht, in dem die Voraussetzungen der Annahme, darunter ein bestehendes oder beabsichtigtes Eltern – Kind - Verhältnis, überprüfen. Es erscheint einerseits sinnlos, warum diese Überprüfung nun im fremdenpolizeilichen Verfahren wiederholt werden soll. Andererseits ist es auch im Sinne der Rechtssicherheit bedenklich, wenn ein durch die Gerichtsbehörde bereits festgestelltes Eltern –Kind - Verhältnis im nachhinein durch eine Verwaltungsbehörde verneint wird.

§123 FPG:

Ein Geduldeter kann mit bis zu 2180 € Geldstrafe, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von bis zu 3 Wochen (Verwaltungsübertretung) bestraft werden, wenn er einen Teil des Bundesgebiets betritt, in dem er nicht geduldet wird.

Das stellt eine grobe Einschränkung der Rechts auf Freizügigkeit und Recht auf Privat und Familienleben dar. Verwandtenbesuche etc in ein anderes Bundesland ua. werden nicht mehr möglich sein.

Nach § 123 Abs 3 Z 3 werden begünstigte Drittstaatsangehörige nicht wegen Aufenthalts ohne Visum bestraft. An dieser Regelung ist zu kritisieren, dass Familienangehörige von Österreichern davon nicht erfasst sind.