

Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte
Freyung 6, Hof 1, Stiege 2
1010 Wien

Bundesministerium für Inneres
Herrengasse 7
1010 Wien
bmi-III-1@bmi.gv.at

Stellungnahme zur Verordnung der Bundesregierung zur Feststellung der Gefährdung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit

Das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte (BIM) hält seine Kritik an den **Änderungen im Asylgesetz** (idF BGBl. I Nr. 24/2016), **die die rechtliche Grundlage für den in Begutachtung befindlichen Verordnungsentwurf** bilden, aufrecht – siehe auch Stellungnahme des BIM vom 20. April 2016.¹ Damals wie heute äußert das BIM seine Bedenken, dass diese Änderungen im Asylgesetz wahrscheinlich **EU-Primärrecht, EU-Sekundärrecht und Völkerrecht verletzen**. Unter den menschen- und grundrechtlichen Standards sind insbesondere das Recht auf Asyl (Art 18 EU Grundrechtecharta (EU GRC)), das Recht auf ein effektives Rechtsmittel v.a. in Verbindung mit dem Refoulement-Verbot aber auch dem Recht auf Achtung des Privatlebens (Art 13 EMRK iVm Art 2, 3, 8 EMRK, Art 47 EU GRC) betroffen. Weiters bestehen auch heute – obwohl § 36 Abs 2 AsylG idGF nach dem äußerst kurzen Begutachtungsverfahren leicht modifiziert wurde – weiter die Bedenken, ob diese Bestimmungen dem Legalitätsprinzip (Art 18 B-VG) gerecht werden.

Die vorgeschlagene Verordnung würde daher auf einem Rechtsakt beruhen, der selbst wahrscheinlich EU-, Völker- und Verfassungsrecht verletzt. Darüber hinaus äußert das Institut Kritik im Hinblick auf eben erwähnten **Verordnungsentwurf** selbst, der – neben der Geltungsdauer – lediglich die Gefährdung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit feststellt. Da der Verordnungsentwurf nicht von der rechtlichen Grundlage im fünften Abschnitt des Asylgesetzes getrennt gesehen werden kann, bezieht sich die Stellungnahme teilweise auf beide Quellen.

1) Art 72 AEUV als EU-primärrechtliche Grundlage zweifelhaft

Die Erläuterungen zum Verordnungsentwurf führen aus, dass die Verordnungsermächtigung voraussetze, „dass **bei Vorliegen entsprechender Gründe gemäß Art. 72 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) eine Rechtfertigung zur Abweichung von sekundärrechtlichen Bestimmungen des Unionsrechts besteht.**“ Die Beurteilung des Vorliegens einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit müsse nach EU-rechtlichen Kriterien erfolgen. Eine solche Gefährdung bestehe „bei einer Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des österreichischen Staates und seiner wichtigsten öffentlichen Dienste.“²

¹ https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SN/SN_00361/imfname_527158.pdf

² Erläuterungen, Seite 1.

Wie bereits in der BIM-Stellungnahme vom 20. April 2016 ausgeführt, ist es allerdings – mangels Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und unterschiedlichen Auffassungen in der Fachliteratur – **zweifelhaft, ob Art 72 AEUV eine Befugnis der Mitgliedstaaten, von geltendem EU-Recht abzuweichen, umfasst.**

Selbst wenn dies der Fall wäre, ist davon auszugehen, dass ein Mitgliedstaat vorher versuchen müsste, von spezielleren Bestimmungen wie insbesondere **Art 78 (3) AEUV** Gebrauch zu machen. Gemäß dieser Bestimmung kann der Rat, wenn sich ein Mitgliedstaat wegen „eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in einer Notlage“ befindet, (auf Vorschlag der Kommission) vorläufige Maßnahmen zugunsten der betreffenden Mitgliedstaaten erlassen. Sprich: Österreich müsste versuchen darauf hinzuwirken, dass Schutzsuchende auf andere Mitgliedstaaten umverteilt werden (wie es derzeit im Hinblick auf Griechenland und Italien der Fall ist).

2) Völker- und EU-Rechtswidrigkeiten als Konsequenz des Inkrafttretens der Verordnung

Mit Inkrafttreten der vorgeschlagenen Verordnung würden die speziellen Bedingungen, die in §§ 38-41 AsylG idgF geregelt sind, zur Anwendung kommen und damit der Zugang zu internationalem Schutz massiv beschnitten werden. Der Regelfall wäre dann ein Schnellverfahren an der Grenze, in dem noch vor der Erstbefragung (!) geprüft wird, ob eine Hinderung an der Einreise, Zurückweisung oder -schiebung möglich sind. Der Gesetzestext geht zwar davon aus, dass eine Zurückweisung an der Grenze aus Gründen des Art 2, 3, 8 EMRK unzulässig ist. Allerdings ist fraglich, ob betroffene Personen mangels Ermittlungsverfahrens und speziell ausgebildeten Personals an der Grenze identifiziert werden können. Den Schutzsuchenden kommt auch nicht automatisch faktischer Abschiebeschutz zu. Der vorgesehene Rechtsschutz gegen eine Hinderung an der Einreise, Zurückweisung oder -schiebung (die mit keinem bekämpfbaren Bescheid einhergeht) ist dürftig, zumal die Schutzsuchenden vom Ausland aus eine Maßnahmenbeschwerde ohne rechtliche Beratung und Unterstützung stellen müssten.

Diese mit Inkrafttreten der Verordnung wirksam werdenden speziellen Bedingungen stehen im Widerspruch zu EU-Sekundärrecht wie z.B. der EU-Asylverfahrensrichtlinie, aber vor allem auch EU-Primärrecht, Völker- und Verfassungsrecht. Betroffen sind insbesondere das **Recht auf Asyl** (Art 18 EU Grundrechtecharta (EU GRC))³ oder das **Recht auf ein effektives Rechtsmittel** (Art 47 EU GRC), (Art 13 EMRK iVm Art 3 EMRK, Art 8 EMRK). Siehe dazu im Detail bereits unsere Stellungnahme vom 20. April 2016, Punkt 5. Schließlich sieht das zentrale Flüchtlingschutzinstrument, die **Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)**, für Gründe, wie in § 36 (2) AsylG oder im Verordnungsentwurf vorgesehen, keine Ausnahmen vor. Art 9 GFK, der in Ausnahmesituation vorübergehende Maßnahmen erlaubt, kommt klar nicht zur Anwendung.⁴ Generell hat der Exekutivausschuss des UNHCR klargestellt, dass der Zugang zu internationalem Schutz und die Erfüllung von Schutzverpflichtungen nicht von internationaler Solidarität und Lastenteilung abhängig gemacht werden dürfen.⁵

³ Vgl dazu den Heijer M. (2014) Article 18 – Right to Asylum, in: Peers S. et al (eds) The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, Hart Publishing, 519-542.

⁴ Die GFK spricht von „war or other grave and exceptional circumstances“, die vorübergehende Maßnahmen erlauben, um die nationale Sicherheit aufrechtzuerhalten. Siehe auch Davy U. (2011), Article 9, in: Zimmermann A. (Hrsg.) The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, Oxford University Press, Z 29-33.

⁵ EXCOM Conclusion Nr. 85 (1998) para. p.

Es bleibt abzuwarten, ob die EU Kommission, die bereits im Februar 2016 – also zu einem Zeitpunkt, als es eine politische Einigung zu den „Obergrenzen“ gab, aber noch keine rechtliche Grundlage für eine „Notverordnung“ – Bedenken hinsichtlich Grund- und Menschenrechtskonformität geäußert hatte,⁶ rechtliche Schritte gegen Österreich unternehmen, insbesondere ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten wird.

3) Definition der Gefährdung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit und konkrete Anwendung im Verordnungsentwurf

Zwar enthält die **gesetzliche Grundlage für die Verordnung** (§ 36 AsylG idgF) im Vergleich zur vorgeschlagenen Version vom April 2016 einige wenige Details mehr, allerdings lässt sie der Bundesregierung nach wie vor **sehr großen Spielraum**: Die Bundesregierung muss in ihrer schriftlichen Begründung für das Vorliegen einer Gefährdung lediglich

„besonders auf die Anzahl von Fremden, die einen Antrag auf internationalen Schutz stellen, und auf jene staatlichen Systeme [...], deren Funktionieren durch die aktuellen Migrationsbewegungen beeinträchtigt wird“ eingehen.

Fraglich ist, ob die zitierte Bestimmung in § 36 Abs 2 AsylG im Sinne von Art 18 Abs 2 B-VG **inhaltlich hinreichend bestimmt** ist. Wie auch bereits in unserer Stellungnahme vom 20. April 2016 ausgeführt (Punkt 4.2.), hilft auch ein Verweis auf **EU-rechtliche Kriterien** (wie er wieder in den Erläuterungen zum Verordnungsentwurf zu finden ist), nach denen eine Beurteilung des Vorliegens einer Gefährdung erfolgen soll, nicht. Dies führt nämlich zu keiner näheren inhaltlichen Determinierung, zumal Mitgliedstaaten einen weiten Einschätzungsspielraum genießen, was im Einzelfall für den Schutz der inneren öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit notwendig ist.

Der **Text der vorgeschlagenen Verordnung**, der in § 1 davon ausgeht, dass „[d]ie Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit [...] gefährdet [sind]“, enthält **keinerlei Begründung bzw. Details** dazu. Die Begründung findet sich ausschließlich in den neunseitigen Erläuterungen zur Verordnung, die lediglich als Auslegungshilfe herangezogen werden können, aber die notwendige verbindliche Regelung nicht ersetzen können.

Davon abgesehen ist fraglich, **ob** die in den Erläuterungen enthaltene **Begründung ausreicht**, um eine Gefährdung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit zu belegen und damit Völker-, Verfassungs- und EU-Rechtsverletzungen in Kauf zu nehmen. Hier nur ein paar Beispiele, die zeigen, dass die Begründung schwer nachvollziehbar ist:

Antragszahlen und „Migrationsdruck“: Die Erläuterungen gehen davon aus, dass die Belastungen, die durch die hohen Antragszahlen 2015 (ca. 89.000 Anträge) entstanden sind, „in Zusammenschau mit den Belastungen, die dem österreichischen Staat angesichts der aktuell weiterhin hohen Zahl an Anträgen auf internationalen Schutz und im Rahmen eines

⁶ Der für Migration zuständige Kommissar Dimitris Avramopoulos kritisierte bereits im Februar 2016 diese Höchstzahlen unter Bezugnahme auf EMRK, GFK und EU GRC („plainly incompatible with Austria’s obligations under European and international law“). Er betonte, dass Österreich rechtliche Verpflichtungen habe, jeden Antrag auf internationalen Schutz anzunehmen, der auf seinem Territorium oder an seiner Grenze gestellt werde. Vgl Euractiv, Austrian cap on asylum seekers infuriates commission, 19.2.2016, <https://www.euractiv.com/section/central-europe/news/austrian-cap-on-asylum-seekers-infuriates-commission/>

neuerlichen, starken Migrationszustroms wie dem des Jahres 2015 drohen, eine Gefährdung für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit iSd Art. 72 AEUV dar[stellen]“ (Seite 3). Allerdings wird nicht erwähnt, dass per 31. August 2016 ein Minus von ca. 30 % bei den Anträgen auf internationalen Schutz im Verhältnis zum Vergleichszeitraum 2015 zu verzeichnen war.⁷ Selbst bei sich ändernden Entwicklungen und zukünftig steigenden Anträgen ist allerdings in Frage zu stellen, welche Zahlen zu tatsächlicher Gefährdung der öffentlichen Ordnung führen würden. In diesem Zusammenhang äußert das BIM Bedenken hinsichtlich des – auch in den Erläuterungen erwähnten – „**Richtwerts**“ an zugelassenen Anträgen auf internationalen Schutz von max. 1,5 % der Bevölkerung, degressiv verteilt auf vier Jahre. Es bleibt unklar auf welchen Grundlagen diese Zahl beruht und inwiefern eine Verbindung zur Gefährdung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und des inneren Schutzes besteht.

Laut Erläuterungen ist – aufgrund einer großen Anzahl an Menschen, die sich derzeit in Herkunfts- und Transitländern befinden⁸ „nicht auszuschließen, dass in den nächsten Monaten mit der Ankunft einer weiterhin außergewöhnlich hohen Zahl an Schutzsuchenden in Österreich zu rechnen ist.“ Hier wird auf der Basis von einfachen Möglichkeiten („nicht auszuschließen“) eine direkte Gefahr für Österreich konstruiert und sollen deswegen EU-, Völker- und Verfassungsrechtverletzungen in Kauf genommen werden – ein sehr hoher Preis.

Sicherheits- und Strafvollzugsbereich: Auffallend ist hier, dass sich die Ausführungen teilweise nur auf absolute Zahlen beziehen, ohne den Kontext herzustellen (Ansteigen der Tatverdächtigen mit dem Aufenthaltsstatus „Asylwerber“ 2014 im Vergleich zu 2015 ohne zu erwähnen, dass die Anzahl an Schutzsuchenden 2015 ein Vielfaches höher war als 2014 und die Kriminalität prozentuell gesunken ist), teilweise nur auf „Fremde“ (sprich Menschen ohne österreichische Staatsbürgerschaft) beziehen und dadurch unklar bleibt, wie ein Zusammenhang zu Schutzsuchenden herzustellen ist.⁹

Grundversorgung: Nicht erwähnt wird, dass es derzeit sogar ein Überangebot an Unterbringungsmöglichkeiten gibt – das Rote Kreuz spricht von 10.000 Plätzen (siehe Stellungnahme des Roten Kreuzes vom 4. Oktober 2016).

4) Zeitpunkt der geplanten Erlassung der Verordnung

Wie eben erwähnt ist äußerst fraglich, **ob** die in den Erläuterungen enthaltene **Begründung ausreicht**, um eine Gefährdung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit zu belegen. Dennoch soll die Verordnung schon demnächst von der Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrats in Kraft gesetzt werden.

⁷ BMI, Asylstatistik August 2016, verfügbar unter

http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Asylwesen/statistik/files/2016/Asylstatistik_August_2016.pdf

⁸ Auf Seite 3 der Erläuterungen heißt es z.B.: „Nach Informationen des BMI halten sich 4,8 Millionen syrische Schutzsuchende in den Nachbarstaaten Syriens auf, davon über 2,7 Millionen alleine in der Türkei.“

⁹ Vgl. z.B. Erläuterungen Seite 7: „Auch die Zahl der fremden Tatverdächtigen stieg im Vergleich zu der Zahl der nicht fremden Tatverdächtigen in den Jahren 2014 und 2015 um 3,58% (von 89.594 im Jahr 2014 auf 92.804 im Jahr 2015).“ Weiters: „Bei den Anklageerhebungen ist ebenfalls ein Anstieg in der Gruppe der fremden Staatsangehörigen zu verzeichnen, etwa im Suchtmittelbereich, bei Diebstählen oder wegen Körperverletzung. Die gerichtlichen Verurteilungen von Fremden stiegen im Jahr 2014 um 37% und im Jahr 2015 um 40% an.“

Selbst wenn man den oben kritisierten „Richtwert“ von 37.500 zugelassenen Verfahren (2016) als Indikator für das Vorliegen einer Gefährdung heranziehen möchte, so ist nicht nachvollziehbar, warum die Verordnung bereits demnächst in Kraft treten sollte. Die Zahl der bis 31. August 2016 in diesem Jahr gestellten zugelassenen Anträge auf internationalen Schutz beträgt nach den statistischen Angaben des BMI lediglich 26.419.¹⁰ Die gesetzlichen Grundlagen der Verordnung und der Verordnungsentwurf lassen aufgrund ihres eindeutigen Wortlauts auch keine Auslegung zu, wonach die Verordnung „präventiv“ erlassen werden darf, um eine mögliche Gefährdung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit zu verhindern. Die Erläuternden Bemerkungen zum Verordnungsentwurf sprechen daher auch nur von einem „Richtwert“ und nicht von einer „Höchstzahl“ von 37.500 gestellten Asylanträgen im Jahr 2016. Erst wenn der Richtwert überschritten wird, dürfte aus Sicht dieser Überlegungen die Verordnung erlassen werden, die aber – wie bereits dargelegt – noch weitaus grundlegenden rechtlichen Bedenken begegnet.

5) Fazit

Art 72 AEUV ist sehr wahrscheinlich keine taugliche Rechtsgrundlage, um von EU-Sekundärrecht abzuweichen. Vielmehr sieht EU-Recht für die Situation, in der sich Österreich befindet, eine andere Lösung in Art 78 (3) AEUV vor. Österreich könnte bzw. sollte sich dezidiert für ein besseres Verteilungssystem in der EU einsetzen statt „Mauern“ zu bauen, die weitere Staaten dazu animieren könnten, ähnlich restriktive Maßnahmen zu treffen. Restriktionen führen dazu, dass Menschen unkoordiniert aufbrechen und Staaten so letztendlich weniger Kontrolle über Migration haben, – um wieder „Kontrolle zu gewinnen“, müssten stattdessen legale Migrationskanäle ausgebaut werden.

Klar ist, dass die Erlassung der „Not-Verordnung“ und der damit verbundene deutlich restriktivere Zugang zu Asylverfahren in Österreich das Recht auf Asyl aushöhlen und in Widerspruch zu völkerrechtlichen und EU-rechtlichen Normen stehen würde.

Das Inkrafttreten der Verordnung würde einer Mauer an der Grenze gleichkommen, die damit für die meisten Schutzsuchenden verschlossen bleibt. Wahrscheinlich ist, dass Nachbarländer Österreichs – nämlich Ungarn, Italien und Slowenien – ähnliche Maßnahmen ergreifen und letztendlich noch viel mehr Schutzsuchende als bisher innerhalb oder außerhalb der EU-Außengrenzen „stranden“. Konsequenz wäre, dass diejenigen EU-Staaten, die die EU-Außengrenze bilden und ohnehin bereits außerordentlich viele Schutzsuchende aufgenommen haben, noch mehr belastet werden.

Zur Zeit leben ca. 90 % der weltweit auf der Flucht befindlichen Personen im "globalen Süden". Diese global ungleiche Belastung wird langfristig nicht tragbar sein. Die Auslagerung internationaler Schutzverpflichtungen durch Maßnahmen wie u.a. den vorliegenden Verordnungsentwurf an Staaten, die näher den Herkunftsregionen liegen, aber viel schlechter mit Ressourcen ausgestattet sind, untergräbt das internationale Flüchtlingsregime massiv.

¹⁰ BMI, Asylstatistik August 2016.

Das zentrale Flüchtlingsschutzinstrument, die GFK, geht aber in seiner Präambel vom Prinzip der internationalen Solidarität und Teilung von Verantwortung aus.¹¹ Demnach kann es eine befriedigende Lösung nur im Rahmen von von internationaler Zusammenarbeit geben. Einzelstaatliche Antworten alleine reichen nicht aus, um eine langfristige Lösung zu erzielen. Dies wird auch in der erst vor zwei Wochen von der UN Vollversammlung verabschiedeten New Yorker Erklärung betont.¹²

Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, 5. Oktober 2016

¹¹ GFK Präambel, Erwägungsgrund 4: „dass sich aus der Gewährung des Asylrechts nicht zumutbare schwere Belastungen für einzelne Länder ergeben könnten und dass eine befriedigende Lösung des Problems, dessen internationalen Umfang und Charakter die Organisation der Vereinten Nationen anerkannt hat, ohne internationale Zusammenarbeit unter diesen Umständen nicht erreicht werden kann“.

¹² Staaten betonen in der Erklärung unter anderem, dass Schutz von Flüchtlingen und die Unterstützung von Aufnahmeländern eine gemeinsame internationale Verantwortung sind und nicht von den von Fluchtbewegungen betroffenen Staaten allein geschultert werden können.
https://refugeemigrants.un.org/sites/default/files/un_press_release_-_new_york_declaration_-_19_september_2016.pdf