

Bundesministerium für Inneres
Sektion III – Recht

per Mail
bmi-III-1@bmi.gv.at

Wien, 4. Oktober 2016

Betrifft:

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

Sehr geehrter Herr Sektionschef,

die **Vereinigung Sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen** im BSA nehmen im Rahmen des Begutachtungsverfahrens wie folgt Stellung:

I. Rechtswidriger Zeitpunkt der geplanten Inkraftsetzung der Verordnung

Wie sich aus den nachstehenden Ausführungen ergibt, stellen die „Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen“ des 5. Abschnitts des Asylgesetzes einen Verstoß gegen das Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG, EU-rechtliche Bestimmungen und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) dar, sodass eine auf § 36 Asylgesetz beruhende Verordnung als gesetzwidrig zu qualifizieren ist.

Hinzu kommt, dass die Verordnung, wird sie, wie geplant, demnächst vom Bundesminister für Inneres im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrats in Kraft gesetzt, zu Unrecht – dabei auch unter Verletzung der Notstandsklausel des Art. 15 EMRK – vom Vorliegen eines Notstands (im Sinne einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und der inneren Sicherheit Österreichs) ausgeht, wie in der Folge näher ausgeführt wird. Dies auch angesichts des Umstands, dass derzeit noch keineswegs der im Rahmen des Asylgipfels vom 20. Jänner 2016 festgelegte „Richtwert“ (nicht „Höchstwert“) für 2016 in Höhe von 37.500 zugelassenen Anträgen auf internationalen Schutz erreicht worden ist – die Zahl der bis 31. August 2016 gestellten zugelassenen Asylanträge beträgt vielmehr lediglich 17.919 (BMI, Vorläufige Asylstatistik, Stand August 2016). Es kann daher keine Rede davon sein, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung der Verordnung gegeben sind. Der klare Wortlaut lässt auch keine – zuletzt vom Bundesminister für Inneres geäußerte – Auslegung zu, wonach die Verordnung „präventiv“ zu erlassen ist bzw. erlassen werden darf, um rechtzeitig auf eine eintretende Gefährdungslage bei Erreichen des Richtwerts reagieren zu können. Da die Erläuternden Bemerkungen zum Verordnungsentwurf (die zur Auslegung der Bestimmungen heranzuziehen sind) von einem „Richtwert“ und nicht von einer „Höchstzahl“ von 37.500 gestellten Asylanträgen sprechen, ist völlig klar davon auszugehen, dass das **Verfahren zur Inkraftsetzung der Verordnung erst dann eingeleitet werden darf, wenn der Richtwert überschritten wurde.**

II. § 36 Abs.1 des Asylgesetzes 2005, BGBl. I Nr.100/2005, idF BGBl. I Nr. 24/2016

1. § 36 Abs.1 des Asylgesetzes 2005, BGBl. I Nr.100/2005, idF BGBl. I Nr. 24/2016, ist zwar nicht Gegenstand des Begutachtungsverfahrens, wohl aber Rechtsgrundlage für den in Begutachtung stehenden Verordnungs-Entwurf. Ob und inwieweit diese gesetzliche Regelung verfassungsrechtskonform und europarechtskonform ist, ist zwar nicht Gegenstand des Begutachtungsverfahrens, muss aber bis zu einer allfälligen höchstgerichtlichen Entscheidung des VfGH oder des EuGH für den gegenständlichen Entwurf zumindest mitbedacht werden.

2. Wenngleich die vom Gesetzgeber im Frühjahr d.J. neuen gesetzlichen Regelungen zum Asylgesetz, wie in den Erläuterungen zum Gesetzentwurf ausgeführt, u.a. unter Berufung auf Gutachten zweier prominenter österreichischer Juristen-Professoren begründet werden, so gibt es aber auch sehr viele Gegenstimmen anerkannt ausgewiesener JuristInnen des Verfassungsrechts, der Menschenrechte und des Europarechts:

Aus **europarechtlicher Sicht** ist vor allem zu kritisieren, dass die Gutachten die EU-rechtliche Zulässigkeit der Notverordnung auf Art. 72 AEUV stützen, der bestimmt, dass die EU-Bestimmungen über den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ nicht „die Wahrnehmung der Zuständigkeiten des Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit“ berühren. Im Gegensatz zu den zitierten Gutachten, die aus Art. 72 AEUV eine Befugnis der Mitgliedstaaten ableiten, abweichend von EU-Recht Sonderregelungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit zu erlassen. Den Mangel einer expliziten Ermächtigung der Mitgliedstaaten und einer einschlägigen Rechtsprechung des EuGH kompensieren die Gutachten mit der Annahme einer impliziten Ermächtigung. Gegen diese Auslegung sprechen der Wortlaut des Art. 72 AEUV und dessen systematische Einbindung in das EU-Recht, wonach Art 72 AEUV als eine Kompetenzausübungsnorm zu verstehen ist, die EU-Kompetenzen beschränken will, nicht mehr und nicht weniger. Eine Befugnis der EU-Staaten, in den genannten Bereichen von EU-Recht abzuweichen, lässt sich damit in keiner Weise begründen. Eine ausführliche Argumentation dazu findet sich in der Stellungnahme des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte im Begutachtungsverfahren vom 20. April 2016, in der auch **menschenrechtliche Bedenken** im Hinblick auf das Refoulement-Verbot des Art. 3 EMRK und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gemäß Art. 13 EMRK und Art 47 EU-Grundrechtecharta geäußert werden.

3. Aus **verfassungsrechtlicher Sicht** wird insbesondere die Zulässigkeit dieser im zitierten Asylgesetz vorgesehenen Verordnungsermächtigung für eine „Notverordnung“ vor allem deshalb in Frage gestellt, weil es sich bei diesem („Not“)Verordnungsermächtigung um eine – im Sinne der Rechtsprechung des VfGH – nicht hinreichende rechtliche/gesetzliche Determinierung für die Erlassung einer derartigen Verordnung, d.h. um eine sogenannte „**formalgesetzliche Delegation**“, und damit um einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG handelt (siehe dazu VfSlg 12.947/1991, 5994/1969, 4340/1961).

In rechtlicher wie rechtspolitischer Sicht wird das Fehlen ausreichender Kriterien kritisiert, wann bzw. wodurch „die öffentlichen Ordnung“ und „die innere Sicherheit“ gefährdet erscheint bzw. sein kann, damit eine derartige Verordnung erlassen werden kann. Aus der wissenschaftlichen Literatur – wenngleich für den VfGH und den EuGH nicht bindend – wird jedenfalls weitgehend die Auffassung vertreten, wonach es bei der Gefährdung der „öffentlichen Ordnung“ und der „inneren Sicherheit“ um den **Bestand des Staates, seiner Einrichtungen und wichtigen Dienste** gehen muss und nicht nur um eine Funktionsbeeinträchtigung infolge einer zweifellos starken Belastung durch Flüchtlinge. Es erhebt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Notverordnung, die über die nach der Verfassung, die EMRK und die EU-Grundrechtecharta zulässigen grund- und menschenrechtlichen Beschränkungen hinausgeht, nur unter den Voraussetzungen des **Art. 15 EMRK** erlassen werden darf. Dieser Artikel bestimmt, dass die konventionsrechtlichen Verpflichtungen eines Mitgliedsstaats nur im Falle „eines Krieges oder eines anderen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht“ und nur in dem Umfang außer Kraft gesetzt

werden dürfen, welche die Lage unbedingt erfordert. Ausgenommen davon sind jedoch die „notstandsfesten“ Rechte der Konvention, unter anderem das Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung gemäß Art. 3 EMRK, das auch das für Flüchtlinge maßgebende Refoulement-Verbot umfasst, wonach niemand in ein Land abgeschoben oder ausgeliefert werden darf, in der der betreffenden Person eine Verletzung ihres Rechts auf Leben oder eine Verletzung des Verbots des Art. 3 EMRK droht.

4. Sowohl in formeller wie materieller Sicht hat gemäß § 36 Abs. 1 Asylgesetz „die Bundesregierung mit dem Hauptausschuss des Nationalrates die „Gefährdung“ [betreffend „...die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet sind“] festzustellen. Offen bleibt, worin die „Gefährdung“ besteht und der Zeitpunkt der Feststellung: d.h. einmal „wie objektiv“ (Kriterien?) für eine „Feststellung“ die im Asylgesetz angeführte/angedachte „Gefährdung“ gegeben sein muss, bzw. wodurch diese „Gefährdung“ besteht: Der Gesetzeswortlaut ist weiter jedenfalls insoweit unpräzise, ob es sich bei der „Gefährdung“ um eine angebliche oder vorherzusehende oder unmittelbar bevorstehende, wenn nicht gar eine bereits eingetretene „Gefährdung“ handeln muss, mit der zu einer „Feststellung“ durch Verordnung ermächtigt wird.

III. Entwurf der Verordnung der Bundesregierung zur Feststellung der Gefährdung der Gefährdung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit

Wenn von verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken - siehe oben - abgesehen wird, so müssen für eine Inanspruchnahme der Verordnungsermächtigung, d.h. für die Feststellung einer Gefährdung der „öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit“, diese zumindest an Hand der im ausgesendeten Verordnungs-Entwurf angegebenen Begründungen dahingehend geprüft werden, ob sie für eine „Gefährdung“ ausreichend bzw. angemessen sind:

1. Zunächst einmal muss ganz allgemein festgestellt werden, dass die in den Erläuterungen des Verordnungsentwurfs auf Seite 3ff angeführten Punkte für eine „Gefährdung“ zwar durchaus „denkmögliche Begründungen“ sein können, aber im Zusammenhang mit den in den einzelnen „Bereichen“ angeführten Daten und Argumente sowohl im einzelnen wie auch kumulativ keine – zumindest ausreichende - Begründung im Sinne des § 36 Abs. 1 Asylgesetz in Hinblick auf eine tatsächliche „Gefährdung“ darstellen. Bereits eine kurze Analyse der angeführten Argumente und Daten, die eine „Gefährdung“ begründen sollen, vermag dies näher darzustellen. Dazu einige Anmerkungen:

2. Zusätzliche Aufwendungen für die angeführten Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts:

Es wird die „Gefährdung“ u.a. mit zusätzlichen Aufwendungen für die angeführten Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts argumentiert: Es ist allerdings nicht zu erkennen und wird auch in den Erläuterungen zum Verordnungsentwurf nicht ausgeführt oder begründet, wie durch einen anzuerkennenden zusätzlichen Aufwand dieser Gerichtshöfe infolge sicherlich höhere Verfahrenszahlen bereits die öffentliche Ordnung oder innere Sicherheit gefährdet werden sollte. [**Verfassungsgerichtshof:** vier Vollbeschäftigtenäquivalente (VBÄ) und ein zusätzlicher Referent mit zusätzlichen Mehrkosten von 0,437 Millionen € ; **Verwaltungsgerichtshof:** „Tendenz einer weiteren Steigerung der Mehrbelastung infolge der „Steigerung des Anfalls in Asylsachen“, allerdings ohne quantitative Angaben; **Bundesverwaltungsgericht:** infolge eines hohen Anfalls an Beschwerdeverfahren Kosten im Sachaufwand bis zu 3 Millionen € im Sachaufwand und bis zu 8,2 Millionen € im Personalaufwand pro Jahr]. Die angeführten Mehrkosten und sind gemessen an dem Gesamthaushalt des Bundes nur eine „Marginale“ und können weder für die öffentlich Ordnung oder innere Sicherheit eine „Gefährdung“ bedeuten.

3. Sicherheits- und Strafvollzugsbereich

Die Erläuterungen des Entwurfs der Verordnung verweisen auf „eine ständig steigende Zahl an Tatverdächtigen mit dem Aufenthaltsstatus Asylwerber“, „Anklageerhebungen in der Gruppe der

fremdsprachigen Staatsangehörigen“, auf „die außerordentlich hohe Belastung im Strafvollzug“ sowie, dass „ein an den Zielen der Resozialisierung orientierter Strafvollzug kaum mehr möglich sei“. Mit Gewissheit sind erhebliche (in den Erläuterungen allerdings nicht näher quantifizierte) zusätzliche Belastungen und Mehraufwendungen für die Strafjustiz und den Strafvollzug sowie für die Exekutive ganz allgemein gegeben. Aber ist damit schon die „öffentliche Ordnung“ oder die „innere Sicherheit“ gefährdet? Können wesentliche Staatsfunktionen deshalb nicht mehr aufrechterhalten oder garantiert werden?

4. Asylbereich

Zentrale Begründung für die gemäß §§ 36 ff Asylgesetz durch zuführenden Maßnahmen (Grenzkontrolle an den Binnengrenzen, Personenkontrollen an den Binnengrenzen, Registrierstellen, Sicherung einer Zurückschiebung, Hinderung am der Einreise, Zurückweisung und Zurückschiebung, u.a.) ist „die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit“. Diese Berufung auf den ordre public ist zunächst einmal der Tatsache geschuldet, dass ein zu mindestens zeitweises außer Kraft setzen von sowohl verfassungsrechtlich als auch europarechtlichen Verpflichtungen, „Asylrecht“, insbesondere was das sekundäre Asylrecht der EU betrifft, als juristische Voraussetzung nur mit Art. 72 AEUV begründet werden kann. Tatsächlich handelt es sich aber bei dem Gesamtkomplex „Asyl“ und „Migration“ vorrangig nicht um eine „Gefährdung“ oder um Fragen der „öffentlichen Ordnung“ oder „inneren Sicherheit“. Vielmehr sind es die Aufnahme- und Leistungsfähigkeit eines Staates sowie Integrationsfähigkeit einer Gesellschaft, um internationalen Schutz für Asylsuchende und Aufnahme von Zuwanderungswilligen gewähren zu können. Sicher nicht einfach zu definierende sowie zu lösende Aufgaben und Herausforderungen.

Unbestritten ist dass, dass Asyl, d.h. durchaus im Einklang mit internationalen Verpflichtungen zumindest zeitweiligen Schutz vor Verfolgung zu gewähren, keine „Obergrenze“ kennt. Wohl aber sind Leistungsfähigkeit und Zumutbarkeit, Aufnahme- und Integrationsfähigkeit sowie Verhältnismäßigkeit zu den Ressourcen eines Staates und einer Gesellschaft – insbesondere mit Bezug auf Unterbringung und Wohnmöglichkeiten, Arbeitsmarkt, Gesundheitsbereich oder Bildungsbereich - gegeben und anzuerkennen. Dies hat aber verhältnismäßig wenig mit „Gefährdung“ und „öffentlicher Ordnung“ oder „innerer Sicherheit“ zu tun. Es wäre daher ehrlicher und richtig mit diesen vorgenannten Begriffen (Leistungsfähigkeit, Aufnahme- und Integrationsfähigkeit, Zumutbarkeit) zu argumentieren und diese auch im Einklang mit europarechtlichen und internationalen Verpflichtungen durchzusetzen. Wenngleich – es sei in diesem Zusammenhang ausdrücklich anerkannt - diese Begrenztheit der Ressourcen, etc. nicht einfach festzustellen oder in einen allgemeinen Konsens zu bringen sind.

5. Zu erwartende Zahlen an Asylwerbern:

Die Argumentation in den Erläuterungen, dass anhand der angeführten Zahlen der Jahre 2015 und 2016 (bisher) und von EUROPOL und FRONTEX von

- einem „massiven Potential an schleppungswilligen Migranten in Libyen sowie weiter an den EU-Außengrenzen in den nächsten Monaten nicht auszuschließen ist, dass in den nächsten Monaten mit der Ankunft einer weiterhin außergewöhnlich hohen Zahl an Schutzsuchenden in Österreich zu rechnen ist“, sowie:
- „die hohe Qualität des Asylverfahrens bei einer gleichbleibend hohen Zahl an Schutzsuchenden nicht mehr sicher gestellt werden kann, da insbesondere die personellen Ressourcen ... zum Erliegen kommen werden“,

• scheint allerdings mit der tatsächlichen Entwicklung von Asylbewerbern der letzten Monate nicht im Einklang zu stehen.

6. Frage des Inkrafttretens der Verordnung

Für die Erlassung einer Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 Asylgesetz ist eine „Feststellung der Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates“ vorgesehen, wonach „die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet ist“. Es

bleibt in formeller wie materieller Hinsicht der Bundesregierung überlassen, den **Zeitpunkt der Gefährdung zu bestimmen** [Anmerkung: worin/wodurch auch immer diese bestehen mag, darüber enthält der Gesetzestext keine näheren Hinweise; es bleibt also im gesetzlich nicht näher determinierten Ermessen der Bundesregierung; die Verordnung ist gemäß § 36 Abs. 2 Asylgesetz „gegenüber dem Hauptausschuss des Nationalrates zu begründen“] und **„das Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates“ herzustellen** [Anmerkung: dessen Zustimmung gleichfalls gesetzlich nicht determiniert ist; man könnte allerdings von einem Organ der Gesetzgebung ausgehen, wenngleich in verfassungsrechtlicher Sicht auch eine Teilhabe an der Vollziehung zu erkennen wäre] sowie in der weiteren Folge die Kundmachung (im Bundesgesetzblatt II) zu veranlassen. Das Inkrafttreten erfolgt [Anmerkung: so im Entwurf der Verordnung] „mit Ablauf des Tages der Kundmachung“.

In materieller Sicht – siehe Erläuterungen Seite 1 - wird eine „Gefährdung“ [Anmerkung: „...eine solche Gefährdung besteht bei einer Beeinträchtigung des Funktionieren der Einrichtungen des österreichischen Staates und seiner wichtigsten öffentlichen Dienst...“] offensichtlich unter Berufung auf einen „Asylgipfel“ mit einem „Richtwert“ der „Zulassung von Anträgen auf internationalen Schutz im Ausmaß von maximal 1,5% der Bevölkerung, degressiv verteilt auf einen Planungszeitraum von vier Jahren“ angenommen. Solchermaßen wird eine „Quantifizierung“ für eine „Gefährdung“ ohne tatsächliche quantitative Begründung (von max. 1,5%) vorgenommen, nämlich ohne näher darzustellen, wie/wodurch/warum bei diesem „Richtwert“ bzw. bei einem Überschreiten desselben „das Funktionieren der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigsten öffentlichen Dienste“ gefährdet wäre“ oder nicht mehr (im vollen Umfang) aufrechterhalten werden könnten. Sofern nicht von einem (gesetzlich nicht determinierten) absolut freiem Ermessen der Bundesregierung („für 1,5%“) ausgegangen werden kann, wäre eine unzureichende (auch quantitativ nicht nachvollziehbare!) Begründung festzustellen, wodurch zunächst auch der Zeitpunkt für die Erlassung einer Verordnung der Bundesregierung offen bleiben muss.

Es wird sohin an der Bundesregierung liegen, im Procedere der Beschlussfassung sowie der Herstellung des Einvernehmens mit dem Hauptausschuss des Nationalrates zumindest eine entsprechende, gegenüber dem im Begutachtungsverfahren verbesserte Begründung für das Erlassen einer Verordnung nach § 36 Abs. 1 AsylG 2005 und des Zeitpunktes für das in Kraftsetzen zu geben.

Zu den im Verordnungsentwurf enthaltenen Begründungen (unter Berufung auf § 36 Abs. 1 AsylG 2005, siehe Seite 3ff) wurde oben Stellung genommen.

Mit freundlichen Grüßen

Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Barbara Auracher-Jäger e.h.
Vorsitzende

SC i.R. Prof. Dr. Wolf Frühauf e.h.
Ehrevorsitzender