

migraLex

Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht

Kostenloser Newsletter –
Anmeldung unter
www.migralex.at

Menschenwürdige
Aufnahmebedingungen
(Groschedl)

Fremdenpolizeiliche Duldung
(Hinterberger/Klammer)

Flüchtlingskrise
(Szymanski)

VfGH: Schubhaftbeschwerde
verfassungswidrig ausgestaltet
(Besprechung: Zwins)

Das Rechtsinstitut der fremdenpolizeilichen Duldung

Laut der „Agenda on Migration“ 2015 der Europäischen Kommission werden nur rund 40% aller Rückkehrentscheidungen in der Europäischen Union vollstreckt.¹⁾ Einer der Gründe dafür ist die stetige Zunahme von im Unionsgebiet irregulär aufhältigen Drittstaatsangehörigen, die aus diversen faktischen bzw rechtlichen Gründen nicht rückführbar sind.²⁾ Der vorliegende Artikel soll die einschlägigen rechtlichen Rahmenbedingungen und im Speziellen das Rechtsinstitut der fremdenpolizeilichen Duldung näher beleuchten. Nach einem Überblick über völker- bzw europarechtliche Vorgaben, in dessen Rahmen auch die einschlägige Rspr des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) dargestellt wird, und einem kurzen Abriss über die historische Entwicklung der Duldung folgt eine Analyse des § 46a Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG 2005)³⁾. Abschließend werden auch die mit dem Status der Geduldeten einhergehenden Regularisierungsmöglichkeiten besprochen.

Kevin Fredy Hinterberger
Stephan Klammer

I. Völker- und Europarecht

Das Rechtsinstitut der Duldung wurde in mehreren europäischen Staaten⁴⁾ als Teil der Rechtsordnung für jene Personen geschaffen, die aus diversen Gründen (rechtlich oder faktisch) nicht abgeschoben werden können und auch die Voraussetzungen zur Schutzgewährung aus anderen Gründen nicht erfüllen. Dem Völker- und Europarecht ist das Rechtsinstitut der Duldung nicht bekannt, es ergeben sich jedoch für die (Mitglied-)Staaten diverse grundrechtliche Verpflichtungen, die eine Abschiebung unzulässig machen können. Die Feststellung der Duldungseigenschaft dient in erster Linie dazu, Praxisprobleme zwischen irregulär aufhältigen Personen und den Behörden zu lösen respektive deren Lösung zu erleichtern.⁵⁾ Für ein systematisches Verständnis des Rechtsinstitutes der Duldung werden einleitend überblickshaft die internationalen bzw europarechtlichen Rahmenbedingungen wiedergegeben.

A. Völkerrecht

Bis auf bilaterale Verträge und Rückübernahmeabkommen⁶⁾ zwischen einzelnen Staaten bzw zwischen Staaten und der EU gibt es keine geltenden Abkommen auf internationaler Ebene, die die Rückführung und/oder die Rückübernahme von Fremden regeln. Grundsätzlich steht es jedem Staat frei, Personen, die nicht die Staatsbürgerschaft des jeweiligen Staates besitzen, aus dem eigenen Hoheitsgebiet – vorbehaltlich internationaler bzw europarechtlicher Verpflichtungen⁷⁾ – auszuweisen und in weiterer Folge im Falle der Weigerung der Person, das Land zu verlassen, aus dem Staatsgebiet abzuschicken. Staaten haben, bedingt durch internationales Gewohnheitsrecht, prinzipiell die Verpflichtung, ihre Staatsbürger/-innen rückzübernehmen.⁸⁾ Aller-

1) Vgl COM(2015) 453, 2; COM(2015) 240 final, 9f; COM(2014) 288 final, 5; Demnach wurden 2013 386 230 irregulär aufhältige Drittstaatsangehörige aufgegriffen und lediglich 166 470 rückgeführt (~43%).

2) Vgl *Europäische Kommission*, Brainstorming on best practices in relation to „non-removable returnees“, 21.3.2013, MIGRAPOL CC Return Dir 50.

3) BGBl I 100/2005 idF BGBl I 70/2015.

4) So etwa in Deutschland § 60a Abs Aufenthaltsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl I 162), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Juli 2015 (BGBl I 1386) geändert worden ist; vgl vertiefend *Kluth in Kluth/Heusch* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Ausländerrecht (2014) § 60a AufenthG. Für einen allgemeinen Überblick über die Situation von nichtrückführbaren Drittstaatsangehörigen innerhalb Europas vgl *Europäische Kommission*, Study on the Situation of Third-country Nationals Pending Return/Removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries, 11.3.2013, Home/2010/RFX/PR/1001 und *Vanderbruggen/Phelps/Sebtaoui/Kovats/Pollet*, Point of No Return: The Futile Detention of Unreturnable Migrants (2014) 12 ff, verfügbar unter www.pointofnoreturn.eu.

5) So ist beispielsweise in den Erl RV 582 BlgNR XXV. GP, 18 ausgeführt: „Dies führt in der Praxis für Fremde, die Behörden und die Exekutivbeamten zu zahlreichen Problemen: Für den Exekutivbediensteten ist anlässlich einer Personenkontrolle nicht feststellbar, ob der Fremde geduldet ist, wenn dieser noch über keinen entsprechenden Nachweis verfügt. Dies könnte sogar zu einer vorübergehenden Festnahme führen.“

6) Vgl Abkommen zwischen der Österreichischen Bundesregierung und der Regierung der Republik Kosovo über die Übernahme und Durchbeförderung von Personen Rückübernahmeabkommen samt Durchführungsprotokoll, BGBl III 21/2011 idF BGBl III 151/2012 (VFB) sowie Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Türkei über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt, ABI 2014 L 134/3.

7) Beispielsweise für Diplomaten/Diplomatinnen Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen, 18.4.1961, 500 UNTS 95 sowie für EU-Bürger/-innen Art 20 Vertrag über die Arbeitsweise der EU, ABI 2012 C 326/1 (AEUV).

8) Vgl *Hailbronner*, Readmission Agreements and the Obligation on States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1997, 1 (11 ff); *Krohne*, Die Ausbürgerung illoyaler Staatsangehöriger: Geltendes Verfassungsrecht, internationaler Rechtsvergleich und rechtspolitische Reformperspektiven (2013) 195 ff.

dings sind Rückführungen im Allgemeinen jedoch auch durch internationale Verpflichtungen eingeschränkt, auf die im Folgenden kurz eingegangen werden soll.

Die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)⁹⁾ legt in Art 33 Abs 1 fest, dass die Vertragsparteien keine Flüchtlinge ausweisen oder an der Grenze zurückweisen¹⁰⁾ dürfen, wenn diesen „im Falle der Rückkehr in ihren Heimat- oder ehemaligen Aufenthaltsstaat die Verfolgung aufgrund bestimmter Motive droht“ bzw eine Zurückweisung gegen das Non-Refoulement-Prinzip¹¹⁾ verstoßen würde.¹²⁾ Diese Verpflichtung trifft die Vertragsparteien unabhängig davon, ob sich die von der Zurückschiebung bedrohte Person rechtmäßig oder unrechtmäßig im jeweiligen Vertragsstaat aufhält.¹³⁾ Die GFK schränkt dieses Verbot der Zurückschiebung jedoch insofern ein, als Art 33 Abs 2 leg cit gewisse Ausnahmetatbestände für die Anwendung des Non-Refoulement-Prinzips normiert.¹⁴⁾

Das in der GFK festgelegte Non-Refoulement-Gebot ist lediglich ein „Institut des Flüchtlingsrechts“, das als Gebot im engeren Sinn bekannt ist.¹⁵⁾ Darüber hinaus gibt es auch ein Gebot im weiteren Sinn, welches über das Flüchtlingsrecht hinaus grundsätzlich für alle Nichtstaatsbürger/-innen von Relevanz ist.¹⁶⁾ Jenes Non-Refoulement-Prinzip findet sich in den Art 2 und 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁷⁾ wieder.¹⁸⁾ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) geht in ständiger Rspr unter anderem dann von einer Art 3 EMRK-Verletzung aus, wenn die begründete Annahme besteht, dass die betroffene Person durch eine Ausweisung oder Abschiebung in einen Staat einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt ist.¹⁹⁾

Aus der gefestigten Rspr des EGMR folgt, dass Staaten sowohl die Einreise als auch den Aufenthalt von Nichtstaatsangehörigen regeln können, sofern sie ihre Verpflichtungen aus der EMRK respektieren.²⁰⁾ Neben dem Non-Refoulement-Prinzip ist diesbzgl etwa auch das Recht auf Privat- und Familienleben gem Art 8 EMRK von zentraler Bedeutung.²¹⁾

B. Europarecht – Die Rückführungsrichtlinie

Die primärrechtliche Grundlage für die Rückführungsrichtlinie (RückführungsRL)²²⁾ findet sich in Art 79 Abs 2 lit c AEUV,²³⁾ mit der Zielsetzung, eine gemeinsame Einwanderungspolitik zu schaffen, die „eine wirksame Steuerung der Migrationsströme“²⁴⁾ gewährleisten soll.

1. Anwendungsbereich der Richtlinie

Die EU hat speziell mit der RückführungsRL zur Harmonisierung der Bestimmungen, *in concreto* des Verfahrens über die Erlassung von Rückkehrentscheidungen, in den Mitgliedstaaten beigetragen.²⁵⁾ Die damit im Zusammenhang ergangene Rspr des EuGH ist folglich von großer Relevanz für das hier zu behandelnde Thema.

Das Ziel der RückführungsRL besteht in der Festlegung einer wirksamen Rückkehr- und Rückübernahmepolitik, die auf gemeinsamen Normen beruht und gewährleisten

soll, dass die betreffenden Personen unter vollständiger Achtung der Grundrechte zurückgeführt werden.²⁶⁾ Gem Art 1 leg cit werden somit gemeinsame Normen für die Rückführung irregulär²⁷⁾ aufhältiger Drittstaatsangehö-

9) Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. 7. 1951, 189 UNTS 150.

10) Vgl Gornig, Das Refoulement-Verbot im Völkerrecht (1987) 19 f.

11) Vgl grundlegend Feßl/Holzschuster, Asylgesetz 2005 Kommentar (2006) 22 ff.

12) Vgl Pflug, Das Prinzip des Non-Refoulement und dessen innerstaatliche Umsetzung im österreichischen Recht (2008) 140 bzw grundsätzlich zu den Verfolgungsmotiven iSd Art 33 Abs 1GFK 144–155; vgl grundlegend Kälin, Das Prinzip des Non-Refoulement (1982) 98 ff; Kälin setzt sich ebenfalls mit De-facto-Flüchtlingsen auseinander und inwiefern diese durch Art 33 GFK geschützt sind, 95–98; vgl auch Weis, Die juristischen Aspekte der Probleme von de facto Flüchtlingen in Otto-Benecke-Stiftung (Hrsg), Grenzfragen des innerdeutschen Asylrechts (1976) 120 (120 ff).

13) Pflug, Non-Refoulement 140 f mwN.

14) Pflug, Non-Refoulement 171–178; darüber hinaus ist die GFK auf gewisse Personen gem Art 1 lit F GFK nicht anwendbar, vgl 158–171, bzw insoweit eine innerstaatliche Fluchtalternative vorliegt, vgl 178–183.

15) Feßl/Holzschuster, Asylgesetz 23.

16) Vgl Feßl/Holzschuster, Asylgesetz 23 f; für die Divergenzen zwischen dem Schutzbereich der GFK und der EMRK vgl Pflug, Non-Refoulement 186 ff.

17) Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Rom, 4. 11. 1950, 213 UNTS 222.

18) Vgl Muzak, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht (1995) 11 ff; Wiederin, Migranten und Grundrechte (2003) 38 ff; Pflug, Non-Refoulement 19 ff.

19) Muzak, Aufenthaltsberechtigung 12 mwN.

20) Grundlegend EGMR 28. 5. 1985, Abdulaziz, Nr 9214/80, 9473/81, 9474/81, Para 67; EGMR 15. 9. 2005, Bongor, Nr 10154/04.

21) Vgl Oswald, Das Bleiberecht: Das Grundrecht auf Privat- und Familienleben als Schranke für Aufenthaltsbeendigungen (2012).

22) Richtlinie (EG) 2008/115 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABI 2008 L 348/98.

23) Vgl Thym in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Kommentar Band I (Lfg 42, 2010) Art 79 AEUV Rz 34.

24) Art 79 Abs 1 AEUV; vgl Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung (2011) 145 f; Thym, Art 79 AEUV Rz 14 f.

25) Vgl Erwägungsgrund Nr 5 der Rückführungsrichtlinie; zum Entstehungsprozess der Rückführungsrichtlinie vgl Hörich, Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptproblem, ZAR 2011, 281 (281–283); zum Verhandlungsprozess vgl Lutz, The Negotiations on the Return Directive (2010) sowie Acosta Arcarazo, The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly (The Adoption of Directive 2008/115: The Returns Directive), European Journal for Migration and Law, 2009 Vol 11(1), 19 bzw hinsichtlich der NGO Perspektive in de Verhandlungen Pollet, The Negotiations on the Return Directive: Outcomes and Lessons Learned from an NGO Perspective in Zwaan (Hrsg), The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States (2011) 25.

26) Vgl Zweiter Erwägungsgrund RückführungsRL; Schlussanträge GA Szpunar 28. 4. 2015, C-290/14, ECLI:EU:C:2015:285, Celaj, Nr 28; Stellungnahme GA Szpunar 14. 5. 2014, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, Mahdi, Nr 45.

27) Obwohl die RückführungsRL das Wort „illegal“ verwendet, wird davon hier Abstand genommen und stattdessen der treffendere Begriff „irregulär“ verwendet; vgl auch Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, Terminology Leaflet, 29. 6. 2015, www.picum.org/picum.org/uploads/file_/Leaflet_DE_1.pdf (abgerufen am 5. 8. 2015); darüber hinaus gebrauchen mittlerweile auch alle Institutionen der EU den Begriff „irregulär“.

riger festgelegt.²⁸⁾ Im Folgenden soll auf die wichtigsten Punkte und deren Umsetzung in Österreich eingegangen werden:

Der persönliche Anwendungsbereich der RückführungsRL umfasst gem Art 2 grundsätzlich alle „illegal im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhältige[n] Drittstaatsangehörige[n]“. ²⁹⁾ Zutreffend schreibt Schieffer, dass der irreguläre Status eines Drittstaatsangehörigen *per se* ausreichend für die Anwendbarkeit ist.³⁰⁾ Der Grund bzw die Ursache für den irregulären Status ist irrelevant.

Art 6 Abs 1 der Richtlinie legt fest, dass, unbeschadet der Ausnahmen,³¹⁾ die Mitgliedstaaten gegen alle irregulär in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung erlassen.³²⁾ Diese Bestimmung ist das Kernelement der Richtlinie.³³⁾ Sie versteht der EuGH als Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, sofern sich ein Drittstaatsangehöriger unrechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhält. In dem Zusammenhang gibt es aber Ausnahmen, wobei die wichtigste Bestimmung die Möglichkeit vorsieht, dass Mitgliedstaaten Drittstaatsangehörigen in einer irregulären Situation einen Aufenthaltstitel erteilen.³⁴⁾

Eine Rückkehrentscheidung stellt die behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme dar, mit welcher der irreguläre Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen festgestellt und eine Rückkehrverpflichtung auferlegt oder festgestellt wird.³⁵⁾ Als Rückkehrentscheidung iS der RL versteht der VwGH die Rückkehrentscheidung gem § 52 FPG 2005,³⁶⁾ wodurch sie in deren Anwendungsbereich fällt.³⁷⁾

Darüber hinaus normiert Art 11 RückführungsRL, dass unter bestimmten Umständen ein Einreiseverbot gemeinsam mit der Rückkehrentscheidung erlassen werden kann.³⁸⁾ In Österreich wurde dies in § 53 FPG 2005 umgesetzt, wobei der festgelegte Zeitraum für das Einreiseverbot grundsätzlich höchstens fünf Jahre, unter besonders erschwerten Umständen zehn Jahre, betragen darf.³⁹⁾ Bedenklich scheint der neu eingeführte § 12a Abs 6 Asylgesetz 2005 (AsylG 2005)⁴⁰⁾, der normiert, dass grundsätzlich jede Rückkehrentscheidung ab Ausreise für 18 Monate aufrecht bleibt.⁴¹⁾ Folglich kommt de facto jede Rückkehrentscheidung automatisch einem Einreiseverbot gleich; dies ist mit der – nach stRspr des VwGH – verpflichtenden Einzelfallprüfung für die Erlassung eines Einreiseverbots unvereinbar.⁴²⁾ Diese Regelung muss daher unionsrechtskonform ausgelegt werden oder – falls dies nicht möglich ist – unangewendet bleiben.

Der EuGH hat in *El Dridi* unmissverständlich festgehalten, dass die „freiwillige Erfüllung der aus der Rückkehrentscheidung resultierenden Pflicht Vorrang“ vor einer Abschiebung genießt.⁴³⁾ Dies ist grundsätzlich in Art 7 RückführungsRL geregelt,⁴³⁴⁾ wonach ab Erlassung der Rückkehrentscheidung eine Frist für die freiwillige Ausreise – von sieben bis 30 Tagen⁴⁵⁾ – vorgesehen ist.⁴⁶⁾ An dieser Stelle ist auch noch auf Art 5 RückführungsRL hinzuweisen, der die Anwendung der RL im Einklang

rungsRL („Günstigere Bestimmungen“) deutlich, dass lediglich Mindeststandards geschaffen wurden; vgl Schieffer, Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals in *Hailbronner* (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law: Commentary on EU Regulations and Directives (2010) Art 4 RückführungsRL Rz 1.

29) Art 3 Abs 1 RückführungsRL unterscheidet somit grundsätzlich zwischen Drittstaatsangehörigen und Unionsbürgern/Unionsbürgerinnen. Staatenlose werden Drittstaatsangehörigen gem Art 67 Abs 2 2.S AEUV im Titel V AEUV, in dem sich die primärrechtliche Grundlage für die „Politik im Bereich Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung“ befindet, gleichgestellt und sind somit auch vom Anwendungsbereich der RückführungsRL erfasst.

30) Schieffer, Art 2 RückführungsRL Rz 3.

31) Vgl Art 6 Abs 2–5 RückführungsRL.

32) Grundlegend EuGH 28. 11. 2011, C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268, *El Dridi*, Rz 35. In einem erst kürzlich ergangenen Urteil hat sich der EuGH mit der spanischen Rechtslage auseinandergesetzt und diese für unvereinbar mit der RL gehalten; EuGH 23. 4. 2015, C-38/14, ECLI:EU:C:2015:260, *Zaizoune*. Denn sah das spanische Recht entweder eine Geldstrafe oder die Ausweisung für irreguläre Migranten/Migrantinnen vor, wobei nur jeweils eine der beiden Maßnahmen erlassen werden konnte (Rz 39–41). Somit ist nach Ansicht des EuGH die Pflicht zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung nicht erfüllt worden. Kritisch *Acosta Arcazazo und Romano*, die die Auslegung des EuGH für zu differenziert halten; wurden doch den Regularisierungsmaßnahmen des spanischen Rechts (Art 123 ff Real Decreto 557/2011 tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE 103 de 30. 4. 2011) keine Beachtung geschenkt; vgl *Acosta Arcazazo/Romano*, The Returns Directive and the Expulsion of Migrants in an Irregular Situation in Spain, EU Law Analysis Blog, 2. 5. 2015, www.eulawanalysis.blogspot.co.uk/2015/05/the-returns-directive-and-expulsion-of.html (abgerufen am 3. 8. 2015).

33) Vgl *Hörich*, Rückführungsrichtlinie 283.

34) Art 6 Abs 4 RückführungsRL; *Acosta Arcazazo/Guild*, The Returns Directive in *Peers/Guild/Acosta Arcazazo/Moreno-Lax* (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law: Volume 2² (2012) 455 (466).

35) Art 3 Abs 4 RückführungsRL.

36) Vgl VwGH 31.05.2011, 2011/22/0097; 16.06.2011, 2011/18/0064; 19. 3. 2013, 2011/21/0267.

37) Vgl VwGH 10. 10. 2012, 2012/18/0088: „Bei der Beurteilung, ob eine Rückkehrentscheidung iSd Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie) vorliegt, kommt es nicht darauf an, wie das zur Aufenthaltsbeendigung vorgesehene Rechtsinstitut innerstaatlich bezeichnet wird (vgl. E 31. Mai 2011, 2011/22/0097)“.

38) Vgl *Acosta Arcazazo/Guild* in *Peers/Guild/Acosta Arcazazo/Moreno-Lax* 470–471.

39) VwGH 15. 12. 2011, 2011/21/0237; 22. 5. 2013, 2013/18/0021. § 53 Abs 1 FPG 2005: „Das Einreiseverbot ist die Anweisung an den Drittstaatsangehörigen, für einen festgelegten Zeitraum nicht in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einzureisen und sich dort nicht aufzuhalten“. Unter Mitgliedstaaten sind alle Mitgliedstaaten der EU außer Irland und das Vereinigte Königreich zu verstehen sowie die assoziierten Schengen-Staaten Schweiz, Norwegen, Island und Liechtenstein.

40) BGBl I 100/2005 idF BGBl I 70/2015.

41) Vgl aber diesbzgl VwGH 30. 7. 2015, Ra 2014/22/0131 im Hinblick auf § 11 NAG.

42) Vgl VwGH 16. 11. 2012, 2012/21/0080; Erl RV 1078 BlgNR XXIV. GP, 29ff; Erwägungsgrund 14 RückführungsRL; *Acosta Arcazazo/Guild* in *Peers/Guild/Acosta Arcazazo/Moreno-Lax* 471.

43) EuGH *El Dridi*, Rz 36ff; vgl *Acosta Arcazazo/Guild* in *Peers/Guild/Acosta Arcazazo/Moreno-Lax* 466.

44) Vgl hinsichtlich der Ausnahmen Art 7 Abs 2–4 leg cit.

45) Vgl *Europäische Kommission*, Evaluation on the application of the Return Directive (2008/115/EC) Final Report, 22. 10. 2013, 82–86.

46) In Österreich wird der/dem Fremden mit dem Erlass der Rückkehrentscheidung eine Frist für die freiwillige Ausreise auferlegt; diese beträgt grundsätzlich 14 Tage ab Rechtskraft des Bescheides, kann jedoch auf Antrag verlängert werden (§ 55 FPG 2005). Besondere Gründe, die dies rechtfertigen würden, sind ua das Abschließen eines bereits begonnenen Semesters eines schulpflichtigen Kindes (vgl Erl RV 1078 BlgNR XXIV. GP, 30f).

28) Auch wenn der Titel und Art 1 der RückführungsRL davon sprechen, „gemeinsame“ Normen zu schaffen, macht Art 4 Abs 1–3 Rückfüh-

mit vier⁴⁷⁾ Grundrechten respektive internationalen Verpflichtungen garantiert.⁴⁸⁾ Diese können systematisch als Abschiebungshindernisse gewertet werden.⁴⁹⁾ In diesem Zusammenhang hat der EuGH in der Rs *Abdida* entschieden, dass die Mitgliedstaaten unter besonderen Umständen verpflichtet sein können, einem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, wenn ansonsten das Non-Refoulement-Prinzip verletzt werden würde.⁵⁰⁾ Dies leitet der EuGH insbesondere aus Art 5 und 13 RückführungsRL iVm Art 19 Abs 2 und 47 Charta der Grundrechte der EU (GRC)⁵¹⁾ ab.⁵²⁾ Es sei am Rande erwähnt, dass sich der EuGH in *M'Bodj* mit dem Schutzstatus der Statusrichtlinie (StatusRL)⁵³⁾ im Vergleich zur RückführungsRL auseinandergesetzt hat.⁵⁴⁾ Der EuGH hält in diesem Urteil fest, dass der Schutzzumfang, den die StatusRL festlegt, nur dann gewährt werden kann, wenn der drohende Schaden gem Art 15 leg cit von einem Verursacher iS des Art 6 leg cit ausgeht.⁵⁵⁾ Nach der ständigen Rspr des BVwG steht dies jedoch nicht im Widerspruch zur österreichischen Rechtslage.⁵⁶⁾

Eine Abschiebung muss jedoch aufgeschoben werden,⁵⁷⁾ wenn sie gegen das Non-Refoulement-Verbot verstoßen würde bzw solange dem Rechtsmittel gegen die Rückkehrentscheidung aufschiebende Wirkung⁵⁸⁾ zukommt.⁵⁹⁾ Darüber hinaus kann der Mitgliedstaat besondere Umstände – wie die körperliche oder psychische Verfassung der betreffenden Drittstaatsangehörigen – im Einzelfall berücksichtigen und folglich die Abschiebung aufschieben;⁶⁰⁾ in Verbindung mit dem Aufschub können den Drittstaatsangehörigen beispielsweise regelmäßige Meldepflichten auferlegt werden.⁶¹⁾

Abschließend regelt die RückführungsRL auch die Inhaftnahme und legt Verfahrensgarantien für die betroffenen Drittstaatsangehörigen fest.⁶²⁾ Die Abschiebung muss *ultima ratio*⁶³⁾ sein und es muss die „tatsächliche Aussicht auf erfolgreichen Vollzug“⁶⁴⁾ bestehen, widrigenfalls die Haft rechtswidrig ist; denn diese darf nur so lange dauern wie unbedingt erforderlich.⁶⁵⁾ Darüber hinaus muss das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden.⁶⁶⁾ Grundsätzlich darf die Haftdauer sechs Monate nicht überschreiten; dieser Zeitraum kann unter gewissen Umständen um zwölf Monate verlängert werden,⁶⁷⁾ wobei jedoch wiederum die absolute Frist nicht überschritten werden darf. Die absolute Haftdauer beträgt 18 Monate; sollte sie überschritten werden, würde dies Art 15 Abs 4 leg cit verletzen.⁶⁸⁾ Jede Verlängerung der Haft muss genau wie die Entscheidung über die Inhaftierung⁶⁹⁾ schriftlich ergehen und die rechtlichen und tatsächlichen Gründe für die Erlassung ebendieser darlegen.⁷⁰⁾

Bei der Inhaftnahme handelt es nicht um eine Strafhaft, und sie darf keinen Strafcharakter haben.⁷¹⁾ Dies deckt

49) *Franßen de la Cerda*, Die Vergemeinschaftung der Rückführungs politik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie, ZAR 2008, 377 (381f).

50) EuGH 18. 12. 2014, C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453, *Abdida*, Rz 50–53. Konkret ist *Abdida* ein an einer schweren Krankheit leidender Drittstaatsangehöriger, dem medizinische Notfallversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten während der Zeit der aufschiebenden Wirkung aufgrund der Verfahrensgarantien tatsächlich gewährt werden musste (Rz 58, 63).

51) Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI 2000 C 364/1.

52) EuGH *Abdida*, Rz 50–53; vgl vertiefend *Peers*, Could EU law save Paddington Bear? The CJEU develops a new type of protection, EU Law Analysis Blog, 21. 12. 2014, www.eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/12/could-eu-law-save-paddington-bear-cjeu.html (abgerufen am 3. 8. 2015).

53) Richtlinie (EG) 2004/83 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, ABI 2004 L 304/12; mittlerweile ist die Neufassung in Kraft getreten, Richtlinie (EU) 2011/95, ABI 2011 L 337/9; der EuGH hatte jedoch noch die alte Fassung anzuwenden.

54) EuGH 10. 12. 2014, C-542/13, ECLI:EU:C:2014:2452, *M'Bodj*.

55) EuGH *M'Bodj*, Rz 30–41. Grundsätzlich führte der EuGH aus, dass nationalstaatliche Bestimmungen, die zur Verleihung des Status des subsidiär Schutzberechtigten führen, unvereinbar mit Art 15 lit a–c StatusRL sind, wenn sie insoweit günstiger sind als in der RL vorgesehen (Rz 47). Herr *M'Bodj* argumentierte, dass er nach belgischem Recht subsidiär schutzberechtigt war, da er bei seiner Rückkehr durch seine lebensbedrohliche und nicht anderweitig behandelbare Krankheit unter die StatusRL fallen würde; speziell hat er sich auf Art 15 lit b leg cit berufen. Der EuGH verneinte dies und hielt fest, dass ein über die StatusRL hinausgehender komplementärer (Schutz-)Status nicht in den Anwendungsbereich der RL fällt (Rz 44–46 sowie Erwägungsgrund 9 StatusRL) und daher mit dieser nicht vereinbar wäre. Vgl zum komplementären Schutzstatus *Schieber*, Komplementärer Schutz: Die aufenthaltsrechtliche Stellung nicht rückführbarer Personen in der EU (2013).

56) BVwG 6. 5. 2015, I402 1434299-1; 15. 5. 2015, I402 1420248-1; 1. 6. 2015, I402 1401141-1; 09. 06. 2015, I402 1418705-1; 30. 6. 2015, I402 1410725-2; 27. 7. 2015, I402 1438122-1; 29. 7. 2015, I402 1434886-1; 5. 8. 2015, I402 1424456-1.

57) Art 9 Abs 1 RückführungsRL.

58) Art 13 Abs 2 RückführungsRL.

59) Vgl *Europäische Kommission*, Evaluation Return Directive 110–115.

60) Art 9 Abs 2 RückführungsRL.

61) Art 9 Abs 3 RückführungsRL.

62) Art 15 ff leg cit; vgl für den österreichischen Rechtsschutz betreffend Schubhaft vertiefend *Matti/Pichler/Steinwendner*, Schubhaft und Rechtsschutz, *migraLex* 2014, 67.

63) Art 15 Abs 1 leg cit; vgl § 77 FPG 2005 bzw VwGH 30. 8. 2007, 2007/21/0043; 26. 10. 2010, 2010/21/0234; 25. 4. 2014, 2013/21/0209.

64) EuGH 30. 11. 2009, C-357 PP, ECLI:EU:C:2009:741, *Kadzoev*, Rz 63–67; vgl VwGH 20. 12. 2013, 2013/21/0014.

65) Art 15 Abs 1, 4–5 leg cit; § 80 Abs 1 FPG 2005.

66) EuGH 05. 06. 2014, C-146/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:1320, *Mahdi*, Rz 55; im Hinblick auf die vergebliche Beschaffung von Heimreisezertifikaten der Behörde vgl VwGH 26. 8. 2010, 2010/21/0234; 27. 1. 2011, 2008/21/0595; 25. 4. 2014, 2013/21/0209.

67) Art 15 Abs 5–6 leg cit; vgl hinsichtlich Art 15 Abs 6 lit a EuGH *Mahdi*, Rz 75–85; vgl für das österreichische Recht § 80 Abs 3–4 FPG 2005.

68) *Schieffer*, Art 15 RückführungsRL Rz 10.

69) In Österreich ergeht diese Entscheidung als Mandatsbescheid; vgl § 76 Abs 4 FPG 2005 iVm § 57 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 BGBl I 51/1991 idF BGBl I 161/2013.

70) EuGH *Mahdi*, Rz 37–52.

71) Vgl Stellungnahme GA Mazák 1. 4. 2011, C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:205, *El Dridi*, Nr 35; Stellungnahme GA Wathelet 23. 8. 2013, C-383/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:553, *G und R*, Nr 54; Schlussanträge GA Bot 30. 4. 2014, C-473/13 und C-514/13, ECLI:EU:C:2014:295, *Bero und Bouzalmate*, Nr 91; Stellungnahme GA Szpunar *Mahdi*, Nr 47.

47) „[A] das Wohl des Kindes, b) die familiären Bindungen, c) den Gesundheitszustand der betreffenden Drittstaatsangehörigen, und halten den Grundsatz der Nichtzurückweisung ein.“

48) *Schieffer*, Art 5 RückführungsRL Rz 1, 3.

sich auch mit der Rspr des VwGH, der bereits mehrfach festgehalten hat, dass der Schubhaft nicht der Charakter einer Straf- oder Beugehaft zukommt.⁷²⁾ Folglich sind die Betroffenen während der Inhaftierung auch in speziellen Hafteinrichtungen unterzubringen; sie dürfen nicht gemeinsam mit Strafgefangenen untergebracht werden,⁷³⁾ selbst wenn in die gemeinsame Unterbringung eingewilligt wird.⁷⁴⁾

Es kann festgehalten werden, dass sich die Struktur des Rückkehrverfahrens immer aus zwei verwaltungsrechtlichen Akten bzw aus zwei Phasen zusammensetzt:

- der Phase, in der die Rückkehrentscheidung erlassen wird;
- der Phase der Abschiebung (in der englischen Fassung der RL „removal“).⁷⁵⁾

2. Die Verfahrensgarantien

Die Verfahrensgarantien sind ein essenzieller Bestandteil der RückführungsRL.⁷⁶⁾ So hat der Mitgliedstaat nach Festlegung der Frist für die freiwillige Ausreise und während des Aufschubs der Abschiebung einige Garantien, wie etwa die Aufrechterhaltung der Familieneinheit, bis zur Rückkehr zu respektieren;⁷⁷⁾ der EuGH hat dahingehend festgestellt, dass die Aufzählung der Garantien in Art 14 leg cit nicht abschließend ist.⁷⁸⁾

a) Wirksamer Rechtsbehelf

Die RückführungsRL sieht als grundrechtliche Verfahrensgarantie einen wirksamen Rechtsbehelf gegen Entscheidungen in Bezug auf die Rückkehr⁷⁹⁾ vor.⁸⁰⁾ Eine Verwaltungs- oder Justizbehörde oder ein Gremium mit unparteiischen und unabhängigen Mitgliedern hat die Entscheidung zu überprüfen.⁸¹⁾ Das zuständige Organ hat grundsätzlich die Möglichkeit, die Vollstreckung der Entscheidung auszusetzen.⁸²⁾

b) Erforderliche Rechtsberatung bzw -vertretung

Die RückführungsRL sieht weiters vor, dass in Beschwerdeverfahren auf Antrag grundsätzlich die erforderliche Rechtsberatung bzw -vertretung gewährt werden muss.⁸³⁾ Erlässt das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl eine Rückkehrentscheidung, hat es die betroffene Person mittels Verfahrensanordnung darüber zu informieren, dass ihr ein/e kostenlose/r Rechtsberater/in zur Seite gestellt wird,⁸⁴⁾ der/die sodann Beschwerde an das BVwG erheben kann.

II. Die Gesetzeslage in Österreich im Hinblick auf das Rechtsinstitut der Duldung

A. Historische Entwicklung

Faktische und rechtliche Abschiebehindernisse finden sich seit Beginn der 1990er-Jahre in der österreichischen Rechtsordnung. So fand sich das Institut des Abschiebungsaufschubes im Hinblick auf faktische Umstände, die eine Abschiebung unmöglich machten, bereits im § 36 Fremdenengesetz 1992 (FrG)⁸⁵⁾. Die Intention war es,

in Fällen, in welchen die/der Fremde aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht abgeschoben werden konnte, ein gewisses Maß an Rechtssicherheit für die betroffene Person zu schaffen, indem ihr in Bescheidform der Aufenthalt für einen bestimmten Zeitraum gestattet wurde und erst nach Ablauf dieses Zeitraumes neuerlich geprüft wurde, ob nunmehr eine Abschiebung möglich war.⁸⁶⁾ Auch damals war es bereits möglich, den Abschiebungsaufschub mit Auflagen zu verbinden bzw zu widerrufen. Diese Bestimmung wurde unverändert in § 56 Abs 2 Fremdenengesetz 1997 (FrG)⁸⁷⁾ und in § 46 a Abs 2 FPG 2005 übernommen.

Hinsichtlich der Aussetzung einer Abschiebung aufgrund einer drohenden Refoulementverletzung (Art 2 und Art 3 EMRK bzw Art 33 GFK, siehe oben I.A.) wurde erstmals im Jahr 1990 eine dementsprechende Bestimmung in § 13a Fremdenpolizeigesetz⁸⁸⁾ eingeführt. Demnach war eine Abschiebung unzulässig, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestanden, dass die/der Fremde im Zielland Gefahr laufe, gefoltert oder einer unmenschlichen Behandlung oder der Todesstrafe unterworfen zu werden. Diese Bestimmung wurde in das

72) VwGH 17.11.2005, 2005/21/0019; 31.3.2008, 2005/21/0026; 27.1.2011, 2008/21/0595; 19.4.2012, 2009/21/0047.

73) Art 16 Abs 1 leg cit; EuGH 17.7.2014, C-473/13 und C-514/13, ECLI:EU:C:2014:2095, *Bero und Bouzalmate*, Rz 32.

74) EuGH 17.7.2014, C-474/13, ECLI:EU:C:2014:2096, *Pham*, Rz 23.

75) Die im österreichischen Recht in § 46 FPG 2005 festgelegt ist.

76) Art 12–14 RückführungsRL.

77) Art 14 Abs 1 RückführungsRL: „a) Aufrechterhaltung der Familieneinheit mit den in demselben Hoheitsgebiet aufhältigen Familienangehörigen; b) Gewährung medizinischer Notfallversorgung und unbedingt erforderlicher Behandlung von Krankheiten; c) Gewährleistung des Zugangs zum Grundbildungssystem für Minderjährige je nach Länge ihres Aufenthalts; d) Berücksichtigung der spezifischen Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen“.

78) EuGH *Abdida*, Rz 59–61.

79) *Schieffer*, Art 13 RückführungsRL Rz 4 versteht darunter alle Entscheidungen im Zusammenhang mit der RückführungsRL, ausgenommen Abschiebungsanordnungen, die in Art 15 leg cit eigens geregelt sind.

80) Art 13 Abs 1 leg cit.

81) *Franßen de la Cerda*, Rückführungspolitik 18.

82) *Franßen de la Cerda*, Rückführungspolitik 18; *Schieffer*, Art 13 RückführungsRL Rz 5.

83) Art 13 Abs 4 leg cit; vgl *Schieffer*, Art 14 RückführungsRL Rz 8; *Franßen de la Cerda*, Rückführungspolitik 18.

84) § 52 Abs 1–2 BFA-VG BGBl I 87/2012; idF BGBl I 70/2015.

85) Bundesgesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Fremden (Fremdenengesetz – FrG), BGBl 838/1992.

86) Erl RV 582 BldNR XVIII. GP, 47 f (zu § 36 FrG 1992).

87) Bundesgesetz über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden (Fremdenengesetz 1997 – FrG), BGBl I 75/1997.

88) Fremdenpolizeigesetz, BGBl 527/1974, geändert durch das Bundesgesetz vom 14. März 1990, mit dem das Paßgesetz 1969, das Grenzkontrollgesetz 1969, das Fremdenpolizeigesetz und das Bundesgesetz vom 7. März 1968, BGBl 126, über die Aufenthaltsberechtigung von Flüchtlingen im Sinne der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 55/1955, in der Fassung BGBl. Nr. 796/1984 geändert werden, BGBl 190/1990.

FrG in § 37 inhaltsgleich übernommen und gem § 54 FrG dahingehend erweitert, dass der/dem Fremden ein Verfahren offenstand, in dem über ein Abschiebungsverbot bescheidmäßig abgesprochen wurde. Mit dem AsylG 1997⁸⁹⁾ wurde das Verfahren zur Überprüfung eines etwaigen Abschiebeverbotes dahingehend abgeändert, dass in bestimmten Fällen die Prüfung der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung und Abschiebung nicht mehr von der Fremdenpolizeibehörde, sondern von der Asylbehörde gleichzeitig mit der (abweisenden) Entscheidung über einen Asylantrag vorgenommen werden sollte.⁹⁰⁾ Im Rahmen eines Ausweisungsverfahrens oder eines Aufenthaltsverbotes war die Fremdenpolizeibehörde gem § 75 FrG 1997 auf Antrag einer/eines Fremden dafür zuständig, festzustellen, ob stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass die/der Fremde in einem von ihr/ihm bezeichneten Staat bedroht ist. Diese Regelung wurde in das FPG 2005⁹¹⁾ inhaltsgleich übernommen und gilt bis auf geringfügige Anpassungen nach wie vor.

Mit dem Fremdenänderungsgesetz 2009⁹²⁾ wurde unter Bedachtnahme auf diese Abschiebehindernisse das Rechtsinstrument der Duldung in § 46a FPG 2005 geschaffen.

Seither gilt der Aufenthalt einer/eines Fremden als geduldet, wenn deren/dessen Abschiebung gem §§ 50 und 51 FPG 2005 (Z 1), gem §§ 8 Abs 3a und 9 Abs 2 AsylG 2005 unzulässig ist (Z 2) oder aus tatsächlichen, von der/dem Fremden nicht zu vertretenden Gründen unmöglich erscheint (Z 3). Die Duldung stellt kein originäres Abschiebehindernis dar, sondern knüpft an bereits bestehende Abschiebehindernisse an.⁹³⁾ Der Gesetzgeber stellte bereits mit der Einführung des Rechtsinstitutes klar, dass es sich bei einer Duldung nicht um einen rechtmäßigen Aufenthalt handelt. Die Duldung soll damit klarerweise kein Aufenthaltsrecht darstellen, sondern lediglich zum Ausdruck bringen, dass die/der Fremde nicht abgeschoben werden kann,⁹⁴⁾ dies wurde auch ausdrücklich in § 31 Abs 1a FPG 2005⁹⁵⁾ normiert. Seit ihrer Einführung wurden die einschlägigen Bestimmungen schon mehrfach abgeändert (insbesondere im Hinblick auf das Verfahrensrecht). In weiterer Folge soll auf die aktuelle Bestimmung näher eingegangen werden.

B. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Duldung

Nach der Bestimmung des § 46a Abs 1 FPG 2005 idgF wird bei den Tatbestandsvoraussetzungen zwischen rechtlichen und faktischen Gründen unterschieden.

Explizit ausgenommen von den Duldungstatbeständen sind jene Sachverhaltskonstellationen, in denen anstatt einer Rückkehrentscheidung gem § 52 FPG 2005 eine Anordnung zur Außerlandesbringung gem § 61 FPG 2005 verfügt wurde.⁹⁶⁾ Diese Regelung ist darauf zurückzuführen, dass durch eine erteilte Duldung ein Zuständigkeitsübergang nach der Dublin-III-Verordnung⁹⁷⁾ eintreten würde.⁹⁸⁾ Eine unter Umständen drohende Refoulementverletzung wird dadurch vermie-

den, dass für jene Fälle ein Abschiebeaufschub in § 61 Abs 3 FPG 2005 geschaffen wurde. Demnach ist die Durchführung der Abschiebung für die notwendige Zeit aufzuschieben, wenn die Durchführung der Anordnung zur Außerlandesbringung eine Verletzung von Art 3 EMRK darstellen würde.⁹⁹⁾

1. Duldung aus rechtlichen Gründen (§ 46a Abs 1 Z 1, Z 2 und Z 4 FPG 2005)

Die Bestimmung der Z 1 leg cit normiert Abschiebehindernisse aufgrund Art 2 und Art 3 EMRK.¹⁰⁰⁾ Der betreffenden Person steht im Fall einer drohenden Refoulementverletzung durch die Verbringung in einen Drittstaat ein Feststellungsantrag¹⁰¹⁾ zur Verfügung. Gem der ausdrücklichen Anordnung des § 51 Abs 2 FPG 2005 gilt ein auf den Herkunftsstaat bezogener Antrag als ein Antrag auf internationalen Schutz¹⁰²⁾, weshalb diese Sachverhaltskonstellationen grundsätzlich nicht zu den Duldungstatbeständen zählen, da im Fall einer drohenden Verletzung im Herkunftsstaat ein asylrechtlicher Schutz gewährt wird. Seit dem FrÄG 2015¹⁰³⁾ hat

89) Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1997 – AsylG), BGBl I 76/1997.

90) Vgl Feßl/Holzschuster, Asylgesetz 54.

91) § 51 FPG 2005 idF BGBl I 70/2015.

92) BGBl I 2009/122.

93) Ornezeder/Schmalzl/Schreffler-König/Szymanski, FPG § 46a Anm 3.

94) Erl RV 330 BlgNR XXIV. GP, 30.

95) IdF BGBl I 2009/122.

96) Gem § 61 FPG 2005 ist eine Anordnung zur Außerlandesbringung anzuordnen, wenn ein Antrag auf internationalen Schutz gem §§ 4a oder 5 AsylG 2005 zurückgewiesen wird oder nach jeder weiteren einer zurückweisenden Entscheidung gem §§ 4a oder 5 AsylG 2005 folgenden zurückweisenden Entscheidung gem § 68 Abs 1 AVG (Z 1) oder wenn die/der Fremde in einem anderen Mitgliedstaat einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat und dieser Mitgliedstaat vertraglich oder aufgrund der Dublin-Verordnung zur Prüfung dieses Antrages zuständig ist. Diese Bestimmung gilt nicht für begünstigte Drittstaatsangehörige.

97) Verordnung (EU) 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABI 2013 L 180/31.

98) Die Duldung würde als Aufenthaltstitel nach Art 2 lit I Dublin-III-VO gelten, vgl auch Erl RV 582 BlgNR XXV. GP, 19.

99) Eine dauerhafte Reiseunfähigkeit würde aufgrund der Rechtsprechung der Höchstgerichte in einem Asylverfahren hingegen gleich zum Selbsteintritt führen und eine Antragszurückweisung unzulässig machen (vgl VwGH 21.8.2014, Ra 2014/18/0003), ein Abschiebeaufschub für mehr als sechs Monate würde aufgrund des Ablaufs der Überstellungsfrist ebenso zu einem Zuständigkeitsübergang führen; vgl Art 29 Abs 1 Dublin-III-VO.

100) Zusätzlich ist die Abschiebung in einen Staat unzulässig, solange der Abschiebung die Empfehlung einer vorläufigen Maßnahme durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entgegensteht; vgl § 50 Abs 3 FPG 2005 idgF.

101) § 51 Abs 1 iVm § 50 FPG 2005.

102) Vgl VwGH 28.8.2014, 2013/21/0218.

103) Bundesgesetz, mit dem das BFA-Einrichtungsgesetz, das BFA-Verfahrensgesetz, das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz und das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015 – FrÄG 2015), BGBl I 70/2015.

sich die Rechtslage jedoch insofern geändert, als bei der Erlassung einer Rückkehrentscheidung stets auch von Amts wegen über die Zulässigkeit der Abschiebung hinsichtlich einer drohenden Refoulementverletzung abzusprechen ist.¹⁰⁴) Amtswegig feststellbare Abschiebehindernisse sind dabei auch bei der Erlassung einer Rückkehrentscheidung zu berücksichtigen.¹⁰⁵) Dies könnte zur Folge haben, dass Personen – sofern sie aufgrund der geänderten Sachlage keinen (weiteren) Antrag auf internationalen Schutz stellen – die Voraussetzungen für eine Duldung auch im Hinblick auf den Herkunftsstaat erfüllen.

Der Tatbestand der Z 2 leg cit umfasst jene Fälle, in denen aufgrund einer Straftat¹⁰⁶) der Status der/des Asylberechtigten bzw der/des subsidiär Schutzberechtigten aberkannt wurde, die Abschiebung jedoch aufgrund der ihr/ihm drohenden Verletzung von Art 2 und/oder Art 3 EMRK im Herkunftsstaat nicht zulässig ist. Die Motivation des Gesetzgebers in der Schaffung dieses Duldungstatbestandes lag darin, dass die Strafälligkeit mit dem Verlust von Rechten einhergehen und die Rechtsposition dieser Personen massiv beschränkt werden soll.¹⁰⁷)

Eine weitere Fallgruppe einer Duldung aus rechtlichen Gründen wurde erstmals mit dem Fremdenbehördenneustrukturierungsgesetz (FNG)¹⁰⁸) geschaffen und findet sich nun in Z 4 des § 46a Abs 1 leg cit wieder. Demnach ist der Aufenthalt einer/eines Fremden zu dulden, solange die Rückkehrentscheidung im Sinne des § 9 Abs 1 bis 3 BFA-Verfahrensgesetz (BFA-VG) vorübergehend unzulässig ist. Diese Bestimmung nimmt vor allem auf jene Fälle Bezug, wo eine Rückkehrentscheidung aus Gründen des Art 8 EMRK vorübergehend nicht erlassen werden kann.¹⁰⁹) Gem § 9 Abs 3 BFA-VG hat das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl bzw das BVwG darüber abzusprechen, ob die Zulässigkeit einer Rückkehrentscheidung im Hinblick auf das Privat- und Familienleben der betroffenen Person auf Dauer unzulässig ist. Davon ist auszugehen, wenn die ansonsten drohende Verletzung von Art 8 EMRK auf Umständen beruht, die ihrem Wesen nach nicht bloß vorübergehend sind. Liegen hingegen Umstände vor, welche die Unzulässigkeit der Rückkehrentscheidung wegen einer drohenden Verletzung des Privat- und Familienlebens nur vorübergehend befürchten lassen, ist die Erlassung einer Rückkehrentscheidung vorübergehend für unzulässig zu erklären und der Aufenthalt der/des Fremden im Bundesgebiet geduldet.¹¹⁰) Dies umfasst jene Fälle, in denen beispielsweise aufgrund einer fortgeschrittenen (Risiko-)Schwangerschaft das Interesse der betroffenen Person dem öffentlichen Interesse an einer Aufenthaltsbeendigung überwiegt.¹¹¹)

2. Duldung aus faktischen Gründen (§ 46a Abs 1 Z 3 FPG 2005)

Im Gegensatz zu den bereits genannten rechtlichen Abschiebehindernissen, stellt dieser Tatbestand darauf ab, dass die Abschiebung der/des Betroffenen aus tatsächlichen, von der/dem Fremden nicht zu vertretenden

Gründen unmöglich ist. Wann Gründe von einer/einem Fremden zu vertreten sind, ist in einer demonstrativen Aufzählung in Abs 3 leg cit näher konkretisiert. Nach dem Gesetzeswortlaut liegen die Voraussetzungen jedenfalls dann vor, wenn die/der Fremde ihre/seine Identität verschleiert (Z 1), einen Ladungstermin zur Klärung ihrer/seiner Identität oder zur Einholung eines Ersatzreisedokumentes nicht befolgt oder (Z 2), an den zur Erlangung eines Ersatzreisedokumentes notwendigen Schritten nicht mitwirkt oder diese vereitelt (Z 3).¹¹²) Die Duldung aus faktischen Gründen bringt aufgrund unterschiedlicher Fallkonstellationen eine sehr kasuistische Entscheidungspraxis mit sich. Die Bestimmung lässt den Behörden einen weiten Ermessensspielraum, wann von einer von der/dem Fremden zu vertretenden Nichtabschiebbarkeit auszugehen ist; lediglich durch

104) § 52 Abs 9 FPG 2005.

105) So führen die Materialien aus, dass aufgrund der geänderten Situation im Herkunftsstaat (beispielsweise durch einen Kriegsausbruch) die Feststellung der Zulässigkeit einer Rückkehrentscheidung auch von Amts wegen abzuändern ist; vgl Erl RV 582 BigNR XXV. GP, 20f.

106) Vgl § 2 Abs 3 AsylG 2005: „Ein Fremder ist im Sinne dieses Bundesgesetzes straffällig geworden, wenn er wegen einer vorsätzlich begangenen gerichtlich strafbaren Handlung, die in die Zuständigkeit des Landesgerichtes fällt (Z1), oder mehr als einmal wegen einer sonstigen vorsätzlich begangenen gerichtlich strafbaren Handlung, die von Amts wegen zu verfolgen ist rechtskräftig verurteilt worden ist (Z 2)“.

107) Erl RV 330 BigNR XXIV. GP, 9.

108) Bundesgesetz, mit dem ein BFA-Einrichtungsgesetz und ein BFA-Verfahrensgesetz erlassen sowie das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 und das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 geändert werden (Fremdenbehördenneustrukturierungsgesetz – FNG), BGBl I 87/2012.

109) Erl RV 1803 BigNR XXIV. GP, 63.

110) VfGH 28. 4. 2015, Ra 2014/18/0146.

111) Bei dieser Abwägung kommt auch dem Umstand Bedeutung zu, dass eine medizinische Behandlung in Österreich vorgenommen wird, die im Einzelfall zu einer maßgeblichen Verstärkung des persönlichen Interesses an einem Verbleib in Österreich führen kann; vgl VfGH 28. 4. 2015, Ra 2014/18/0146 mwN.

112) Hinsichtlich der bloß demonstrativen Aufzählung im Gesetz, wann die Nichtabschiebbarkeit von der betroffenen Person selbst zu vertreten ist, hat der VfGH in seinem Prüfbeschluss zum Gesetzesprüfungsverfahren zu § 46a Abs 1a, FPG 2005 idF BGBl I 38/2011, verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Legalitätsprinzip (Art 18 B-VG) geäußert. VfGH 9. 12. 2014, G160/2014. Demnach hatte der VfGH Zweifel, welche Kriterien die Behörde für die Feststellung der faktischen Nichtabschiebbarkeit heranzuziehen hat und wann die Behörde feststellen hat, dass die Abschiebung der/des Betroffenen aus tatsächlichen von der/dem Fremden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich ist. Die von der/dem Fremden zu vertretenden faktischen Abschiebungshindernisse seien nicht abschließend, weshalb der verbleibende Handlungsspielraum der Behörde hinsichtlich „des Ob und des Wann“ der Feststellung so groß sei, dass die Überprüfung der Entscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit unmöglich erscheine. Aufgrund der Feststellung im betreffenden Gesetzesprüfungsverfahren, dass die Duldung auch in der der Prüfung zugrunde liegenden Fassung des § 46a Abs 1a FPG weiterhin ex lege besteht, ließ der VfGH alle Bedenken wieder fallen. Mit dem FRÄG 2015 kam es im Hinblick auf die Ex-lege-Wirkung der Duldung jedoch zu einem Systemwechsel (siehe unten II.C.). Es wird sich zeigen, ob die vom VfGH geäußerten Bedenken wieder aufgegriffen werden.

die höchstgerichtliche Judikatur¹¹³⁾ sind gewisse Leitlinien vorgezeichnet. Nach der Rechtsprechung des VwGH kann demnach allein aus der Mitteilung einer Vertretungsbehörde, dass die Identität bzw Staatsangehörigkeit einer Person nicht festgestellt werden könne, nicht geschlossen werden, dass die betreffende Person falsche Angaben über ihre Identität gemacht hat.¹¹⁴⁾ Ebenso stellt es nach Ansicht des VwGH keine Verletzung der Mitwirkungspflicht dar, wenn sich die betreffende Person hinsichtlich eines Heimreisezertifikates nicht selbst mit der Vertretungsbehörde in Verbindung gesetzt hat.¹¹⁵⁾ Auch nach der Ansicht des Obersten Gerichtshofes bedeutet Mitwirkung keinesfalls das freiwillige Befolgen eines am Ende eines Verfahrens (hier des Asylverfahrens) erteilten Auftrags zum Verlassen des Herkunftslandes, für dessen Durchsetzung ein anderes (hier das fremdenpolizeiliche) Verfahren vorgesehen ist.¹¹⁶⁾

C. Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Duldungseigenschaft bei Vorliegen der Voraussetzungen

Seit dem 20. 7. 2015 ist das FrÄG 2015 in Kraft, welches mit dem bisherigen System der deklarativen Wirkung der behördlichen Feststellung¹¹⁷⁾ bricht und nunmehr in § 46a Abs 6 FPG idgF ausdrücklich normiert, dass der Aufenthalt des Fremden erst mit Ausfolgung der Karte als geduldet gilt. Den Gesetzgebungsmaterialien ist diesbezüglich zu entnehmen, dass die Änderung dazu dient, ein Mehr an Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu erreichen. So sei ansonsten beispielsweise anlässlich einer Personenkontrolle nicht feststellbar, ob eine Fremde/ein Fremder geduldet ist, wenn diese/dieser noch über keinen entsprechenden Nachweis verfügt.¹¹⁸⁾ Die konstitutive Wirkung der Duldung ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nur in jenen Fällen nicht gegeben, wo bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Duldung rechtskräftig festgestellt wurde. Im Rahmen eines Antrages auf Ausstellung der Karte für Geduldete soll nunmehr eine – im Rechtsmittelweg bekämpfbare – Entscheidung ergehen, die eine ex-lege-Wirkung der Duldung ausgleichen soll.

Mit dem Systemwechsel von der deklarativen Wirkung hin zur konstitutiven Wirkung der Duldungseigenschaft bleiben jedoch Zweifel an der Verfassungskonformität der novellierten Bestimmung. Wie vom VfGH bereits im Hinblick auf die Vorgängerbestimmung moniert,¹¹⁹⁾ wird eine willkürliche Unterscheidung zwischen Fremden vorgenommen, die unverschuldet aus tatsächlichen Gründen nicht abgeschoben werden können: So ist keine sachliche Rechtfertigung erkennbar, weshalb jene Personen, bei denen die Duldungseigenschaft noch nicht festgestellt wurde, von den Rechtsfolgen, die an eine Duldung geknüpft sind, ausgeschlossen werden¹²⁰⁾, ohne dass objektive Abgrenzungskriterien zu jener Gruppe erkennbar sind, deren Feststellung bereits rechtsgestalterisch festgestellt wurde.

Darüber hinaus scheint es keine sachliche Rechtfertigung dafür zu geben, weshalb die Duldung erst mit der definitiven Unmöglichkeit der Abschiebung in den Aufnahmestaat wirksam wird. Eine Abschiebung ist bei der in Rede stehenden Personengruppe in der Regel auch vor Erlangung eines Heimreisezertifikates aus von der/dem Fremden nicht zu vertretenden Gründen unmöglich. Diese nicht von der/dem Fremden zu vertretende Unmöglichkeit dürfte überhaupt nur dann und zu jenem Zeitpunkt wegfallen, zu dem der rückübernehmende Staat ein entsprechendes Heimreisezertifikat tatsächlich ausstellt oder wenn der/die Fremde am Verfahren zur Erlangung des Ersatzreisedokumentes nicht mitwirkt. Es scheint keinen sachlichen Grund dafür zu geben, während dieses Zeitraums der von den Fremden nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Abschiebung – also bei einer im wesentlichen Punkt vergleichbaren Sachlage – die Duldung und damit auch den Schutz vor Inhaftierung und verwaltungsstrafrechtlicher Verfolgung erst eintreten zu lassen, sobald die Abschiebung von der Behörde als endgültig unmöglich beurteilt wird.¹²¹⁾ Zusätzlich knüpfen auch zukünftige – rechtmäßige – Aufenthaltsbewilligungen gem § 57 AsylG 2005 an den Zeitpunkt der Feststellung der Duldung (siehe unten II.E.) an: In den Übergangsbestimmungen¹²²⁾ wurde normiert, dass eine nach alter Rechtslage festgestellte Duldung auch weiterhin als solche anerkannt wird. Unklar ist, ob die Übergangsbestimmungen nur jene Fälle umfassen, in denen die Duldungseigenschaft festgestellt und mit einer Karte für Geduldete beurkundet wurde, oder auch jene Fälle berücksichtigen, wo eine entsprechende Feststellung bzw Beurkundung unterblieben ist, die Person aber vor Inkrafttreten der neuen Rechtslage faktisch nicht abschiebbar¹²³⁾ und somit ex lege geduldet war. Der Aufenthaltstitel „Besonderer Schutz“¹²⁴⁾ verlangt als materielle Tatbestandsvoraussetzung, dass die betreffende Person seit mindestens einem Jahr geduldet ist und die Voraussetzungen für die Nichtabschiebbarkeit weiterhin vorliegen. Weder in der aktuellen Fassung

113) Nach Ansicht des VwGH ist die Judikatur zum (seinerzeitigen) Abschiebungsaufschub übertragbar; vgl VwGH 28. 8. 2012, 2011/21/0209.

114) VwGH 30. 6. 2015, Ra 2014/21/0040.

115) VwGH 28. 8. 2012, 2011/21/0209.

116) OGH 27. 3. 2012, 4Ob213/11v.

117) Im Fall der faktischen Nichtabschiebbarkeit nach § 46a Abs 1 Z 3 FPG 2005 idgF.

118) Erl RV 582 BlgNR XXV. GP, 18 ff.

119) Vgl FN 112.

120) ZB Strafausschließungsgrund gem § 120 Abs 5 FPG 2005 oder Aussicht auf Aufenthaltsbewilligung gem § 57 AsylG 2005 (siehe unten II.D.1. sowie II.E).

121) Vgl VfGH 9. 12. 2014, G160/2014, Rz 11.

122) § 125 Abs 28 FPG 2005.

123) Beispielsweise die Nichtabschiebbarkeit mangels Heimreisezertifikates durch Aktenvermerk.

124) § 57 AsylG 2005.

dieser Bestimmung noch in der Vorgängerfassung wurde dabei auf die Feststellung der Duldungseigenschaft abgestellt. Durch den Systemwechsel hin zur konstitutiven Wirkung der Duldungseigenschaft sind aber jene Personen, die vor dem Systemwechsel durch die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen ex lege geduldet waren, insoweit benachteiligt, als deren Anwartschaft erst mit der Feststellung von neuem beginnt. Eine derartige Ungleichbehandlung dieser beiden Personengruppen scheint ebenso sachlich nicht gerechtfertigt.

D. Rechte von geduldeten Personen

Wie zuvor bereits angesprochen, ist der Aufenthalt von geduldeten Personen zwar nicht rechtmäßig¹²⁵⁾. Nichtsdestotrotz sind mit der Feststellung der Duldungseigenschaft Rechtsansprüche und Rechtspositionen verbunden, wodurch die betroffenen Personen ein berechtigtes Interesse an der Feststellung haben. Diese sollen überblicksartig kurz dargestellt werden:

1. Strafe wegen rechtswidrigen Aufenthalts

Gem § 120 Abs 1a FPG 2005 ist der rechtswidrige Aufenthalt einer Person mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2.500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen zu bestrafen. Die Geldstrafe kann sich im Wiederholungsfall auf 2.500 Euro bis zu 7.500 Euro – Ersatzfreiheitsstrafe bis zu vier Wochen – erhöhen. Eine Verwaltungsübertretung liegt jedoch nicht vor, solange die/der Fremde geduldet ist.¹²⁶⁾

2. Identitätsdokument

Gem § 32 FPG 2005 sind Fremde verpflichtet, den Landespolizeidirektionen und ihren Organen auf Anforderung hin die für ihre Aufenthaltsberechtigung maßgeblichen Dokumente auszuhändigen und an der Feststellung der Rechtmäßigkeit ihres Aufenthalts mitzuwirken. Dies ist einer geduldeten Person nur mit einer Karte für Geduldete möglich.

3. Grundversorgung

Nach Art 1 der Grundversorgungsvereinbarung (GVV)¹²⁷⁾ wird die bundesweite Vereinheitlichung der Gewährleistung der vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde angestrebt. Ein Anspruch auf Leistungen aus der Grundversorgung kommt jedoch nicht allen schutzbedürftigen unrechtmäßig aufhältigen Fremden zu, sondern nur jenen, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar sind¹²⁸⁾. Bis zur Feststellung der Unmöglichkeit der Abschiebung besteht sohin kein Recht auf Einbeziehung in die Grundversorgung.

4. Arbeitsmarktzugang

Grundsätzlich ist nicht aufenthaltsberechtigten Fremden der Zugang zum Arbeitsmarkt verwehrt. Dies umfasst auch geduldete Personen. Davon ausgenommen sind jedoch jene Personen, denen aufgrund einer Straftat der

Status der/des Asylberechtigten bzw der/des subsidiär Schutzberechtigten aberkannt oder gar nicht zuerkannt wurde, deren Abschiebung jedoch aufgrund der ihr/ihm drohenden Verletzung von Art 2 und bzw oder Art 3 EMRK im Herkunftsstaat nicht zulässig ist. Diese Personengruppe hat die Möglichkeit, nach Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung eine Beschäftigung aufzunehmen.¹²⁹⁾ Durch die Möglichkeit, nach einjähriger Duldung auf einen Aufenthaltstitel nach § 57 AsylG 2005 umzusteigen, ist auch allen anderen geduldeten Personen in Aussicht gestellt, zu einem späteren Zeitpunkt am Erwerbsleben teilzunehmen (siehe unten II.E.).

E. Regularisierungsmaßnahmen

Wie bereits zuvor ausgeführt, ist der Aufenthalt einer/ eines Fremden während der (festgestellten) Nichtabschiebbarkeit im österreichischen Bundesgebiet nicht rechtmäßig. Aus der Rückführungsrichtlinie ergibt sich keine Verpflichtung, dass den betroffenen Personen ein regulärer Aufenthaltsstatus zukommen muss. Nach Ansicht des EuGH dient die Rückführungsrichtlinie nicht dem Zweck, die Voraussetzungen für den Aufenthalt irregulär aufhältiger Drittstaatsangehöriger, gegen die eine Rückkehrentscheidung nicht vollzogen werden kann oder konnte, im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu regeln.¹³⁰⁾ In Österreich wurde erstmals mit dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009¹³¹⁾ eine Möglichkeit geschaffen, den Aufenthalt von Personen, die aus faktischen Gründen nicht abschiebbar sind, zu regularisieren.¹³²⁾ Voraussetzung für die Gewährung des

125) Vgl § 31 Abs 1a Z 3 FPG 2005.

126) § 120 Abs 5 Z 2 FPG 2005.

127) Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gem Art 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde (Asylwerber, Asylberechtigte, Vertriebene und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Menschen) in Österreich (Grundversorgungsvereinbarung – Art 15a B-VG), BGBl I 80/2004.

128) Vgl Art 2 Abs 1 Z 4 GVV.

129) § 4 Abs 1 Z 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) idF BGBl I 72/2013: „[G]emäß oder gemäß § 46a FPG 2005 geduldet ist und zuletzt gemäß § 1 Abs 2 lit a vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen war“.

130) EuGH *Mahdi*, Rz 87 ff.

131) Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Gebührengesetz 1957, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009), BGBl I 122/2009.

132) Bereits zuvor bestand die Möglichkeit, nach § 72 NAG, idF BGBl I 100/2005, Drittstaatsangehörigen in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen aus humanitären Gründen eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Besonders berücksichtigungswürdige Gründe lagen insbesondere vor, wenn der Drittstaatsangehörige einer Gefahr gem § 50 FPG 2005, BGBl I 100/2005, ausgesetzt war. Auch mit der Einführung des Aufenthaltstitels besonderer Schutz in § 69a NAG, BGBl I 29/2009, bestand die Möglichkeit, einen Aufenthaltstitel zu erhalten, wenn die/der Drittstaatsangehörige einer Gefahr gem § 50 FPG 2005 ausgesetzt war und ein Abschiebungsaufschub (§ 46 Abs 3 FPG 2005) bereits mehr als einmal und insgesamt mindestens für ein Jahr gewährt wurde. Erteilungsvoraussetzung war für all diese Fälle jedoch das Bestehen einer Gefahr gem § 50 FPG 2005, was somit nur die Duldung aus rechtlichen Gründen berücksichtigte.

„besonderen Schutzes“¹³³) war, dass die/der Fremde im Bundesgebiet seit mindestens einem Jahr geduldet war und die Voraussetzungen dafür weiterhin vorlagen. Darüber hinaus durfte die betreffende Person wegen keines Verbrechens iSd § 17 StGB rechtskräftig verurteilt worden sein.¹³⁴)

Die Zuständigkeit zur Erteilung des Aufenthaltstitels wurde durch das Fremdenbehördenneustrukturierungsgesetz¹³⁵) von den NAG-Behörden auf das BFA übertragen und die Bestimmung inhaltsgleich in § 57 AsylG 2005 übernommen. Der Aufenthaltstitel berechtigt zu einem befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet und zur Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit mit entsprechender Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG).¹³⁶) Darüber hinaus hat das BFA im Fall eines Verlängerungsantrages der örtlich zuständigen Behörde nach dem NAG mitzuteilen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung weiterhin vorliegen und zusätzlich ob der/die Antragsteller/-in das Modul 1 der Integrationsvereinbarung gem § 14a NAG¹³⁷) und die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen¹³⁸) des NAG erfüllt hat¹³⁹). Im Fall des Vorliegens dieser Voraussetzungen hat die zuständige Behörde nach dem NAG¹⁴⁰) der Person eine Niederlassungsbewilligung „Rot-Weiß-Rot Karte plus“ zu erteilen. Abseits des „besonderen Schutzes“ ist für geduldete Personen der Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK gem § 55 AsylG 2005 relevant.¹⁴¹)

III. Zusammenfassung

Grundsätzlich steht es den Staaten – vorbehaltlich ihrer völker- und europarechtlichen Verpflichtungen – frei, sowohl Einreise als auch den Aufenthalt von Nichtstaatsangehörigen zu regeln und deren Ausweisung bzw Abschiebung anzuordnen. Auf europäischer Ebene wurde die Rückkehrpolitik hinsichtlich nicht aufenthaltsberechtigter Personen mit der Rückführungsrichtlinie harmonisiert.¹⁴²) Kernelement der Richtlinie ist die Erlassung einer Rückkehrentscheidung gegen nicht aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige, die im gesamten Schengenraum gültig ist. Nach den europarechtlichen Vorgaben ist dabei zu beachten, dass die Rückführung unter vollständiger Achtung der Grundrechte durchgeführt werden muss. Daraus resultieren Abschiebehindernisse, die es für die Mitgliedstaaten notwendig machen, den irregulären Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen unter gewissen Voraussetzungen zu tolerieren. Nach Ansicht des EuGH dient die Rückführungsrichtlinie nicht dem Zweck, die Voraussetzungen für den Aufenthalt irregulär aufhältiger Drittstaatsangehöriger, gegen die eine Rückkehrentscheidung nicht vollzogen werden kann oder konnte, im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu regeln; insbesondere sieht die Rückführungsrichtlinie keine Verpflichtung vor, den betreffenden Personen einen Aufenthaltstitel auszustellen¹⁴³). Die Rückführungsrichtlinie sieht auch keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, ein rechtsstaatliches Verfahren zur Feststellung der Nichtabschiebbarkeit umzusetzen; jedoch müssen die

Garantien im Zusammenhang mit den Abschiebehindernissen (Refoulement) gewährleistet werden.

Für jene Personen, die – aufgrund eines rechtlichen oder faktischen (nicht selbst zu vertretenden) Hindernisses – nicht abgeschoben werden können, wurde in Österreich das Rechtsinstitut der Duldung geschaffen. Der Aufenthalt von geduldeten Personen ist nicht rechtmäßig,

133) § 69a Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl I 100/2005 idF BGBl I 29/2009.

134) § 69a NAG umfasste nur jene Fälle der Duldung gem § 46a Abs 1 Z 1 und 3 und schloss damit Fremde, denen zuvor der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach § 9 Abs 2 AsylG 2005 aberkannt wurde oder die von diesem Status überhaupt ausgeschlossen wurden (§ 8 Abs 3a AsylG 2005), aus.

135) BGBl I 87/2012.

136) Vgl § 4 Abs 1 Z 1 AuslBG.

137) Erwerb von Kenntnissen der deutschen Sprache zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A2-Niveau des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen).

138) § 59 Abs 4 Z 3 AsylG 2005 nennt die Voraussetzungen nach § 60 Abs 2 Z 1 bis 4 AsylG 2005, dies sind jedoch ident mit den Voraussetzungen des § 11 Abs 2 Z 2–5 NAG: ortsübliche Unterkunft, Krankenversicherung, keine finanzielle Belastung einer Gebietskörperschaft und keine Beeinträchtigung der Beziehungen der Republik Österreich zu einem anderen Staat oder einem anderen Völkerrechtssubjekt durch die Erteilung des Aufenthaltstitels.

139) § 59 Abs 4 AsylG 2005.

140) Gem § 3 NAG ist die sachlich zuständige Behörde der örtlich zuständige Landeshauptmann. Der Landeshauptmann kann, wenn dies im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit oder Sparsamkeit der Verwaltung gelegen ist, die Bezirksverwaltungsbehörden mit Verordnung ermächtigen, alle oder bestimmte Fälle in seinem Namen zu entscheiden. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Wohnsitz der Antragstellerin/des Antragstellers (§ 4 NAG).

141) Zum Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK vgl *Fouchs/Schweda*, Die Neuregelung der humanitären Aufenthaltstitel im Asylrecht, *migraLex* 2014, 58 ff.

142) Im Zusammenhang mit der Duldung hätte die EU nach *Bast* die notwendige Kompetenz gem Art 79 Abs 2 lit c AEUV, um harmonisierende Regeln auf Unionsebene zu schaffen; vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 147; nicht differenzierend *Thym*, Art 79 AEUV Rz 32–34; *Muzak in Mayer/Stöger* (Hrsg), Kommentar zu EUV und AEUV (Lfg 141, 2012) Art 79 AEUV Rz 16–20; *Peers*, EU Justice and Home Affairs Law³ (2011) 508–511; *Progin-Theuerkauf in van der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht⁷ (2015) Art 79 AEUV Rz 21–25; *Weiß*, in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV Kommentar² (2012) Art 79 AEUV Rz 29–38; *Hoppe in Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU-Verträge Kommentar⁶ (2012) Art 79 AEUV Rz 6; *Graßhof in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar³ (2012) Art 79 AEUV Rz 16–20; *Rossi in Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV Kommentar⁴ (2011) Art 79 AEUV Rz 22–29; *Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur* (Hrsg), EUV/AEUV Kommentar⁵ (2010) Art 79 AEUV Rz 8.

Einen interessanten und erwägenswerten Ausblick kann man in einem einheitlichen europarechtlichen Duldungsstatus erblicken, insoweit eine bestimmte Zeitspanne an aneinandergereihten Duldungen erreicht ist. Vgl *Bast*, „Es gibt kein solidarisches Asylsystem in Europa“, 21. 10. 2013, einsehbar unter www.verfassungsblog.de/es-gibt-kein-solidarisches-asylsystem-in-europa/. *Vctmp5DwCP8* (abgerufen am 12. 8. 2015) sowie *Bast/Thym*, Streitgespräch zum rechtlichen Zustand des europäischen und deutschen Asylsystems, vorgänge 208, Heft 4/2014, 4–11, einsehbar unter www.humanistische-union.de/nc/publikationen/vorgaenge/online_artikel/online_artikel_detail/back/vorgaenge-208/article/streitgesprach-zum-rechtlichen-zustand-des-europaeischen-und-deutschen-asylsystems/ (abgerufen am 2. 8. 2015).

143) AA *Acosta Arcarazo*, The Charter, detention and possible regularization of migrants in an irregular situation under the Returns Directive: Mahdi, *Common Market Law Review* 2015/52, 1 (15–18).

sondern wird vom Staat lediglich gestattet.

Kam die Duldung der betreffenden Person nach § 46a FPG 2005 in den früheren Fassungen noch ex lege zu, wurde mit dem FrÄG 2015 ein Systemwechsel vollzogen wodurch einer Duldung aufgrund der faktischen Un-

möglichkeit der Abschiebung nun konstitutive Wirkung zukommt. Dieser Systemwechsel wirft jedoch verfassungsrechtliche Bedenken auf.

Michael Potacs

Rechtstheorie

utb: facultas 2015

ISBN 978-3-8252-4435-4

EUR [A] 20,60 / EUR [D] 19,99 / sFr 26,90 UVP



Jeder Auslegung von Rechtsvorschriften liegt eine Vorstellung über die Beschaffenheit des positiven Rechts zugrunde. Ausgehend von der Begriffsbestimmung von „Rechtstheorie“ behandelt dieses Buch wesentliche Fragen der Rechtstheorie einschließlich der vertretenen (aktuellen) Positionen. Der Band von Potacs ist daher nicht ideengeschichtlich, sondern nach sachlichen Gesichtspunkten systematisiert. Das durchgängig didaktisierte Werk dient auf der einen Seite als Lehrbuch, kann aber auch als Nachschlagewerk für die Praxis Verwendung finden.

www.facultas.at/verlag

facultas

Herausgeber

emer. o. Univ.-Prof. DDr. Heinz Mayer
 Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner
 Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin
 Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter
 Univ.-Doz. Dr. Dieter Kolonovits, M.C.J.

Schriftleitung

Schriftleiter:
 ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak
Schriftleitungsassistentz:
 Univ.-Ass. Mag. Christoph Hurich

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Ulrike Davy
 emer. o. Univ.-Prof. Dr. Bernd Christian Funk
 HR Dr. Meinrad Handstanger
 Univ.-Prof. Dr. Andreas Hauer
 ao. Univ.-Prof. MMag. Dr. Peter Hilpold
 Univ.-Prof. Dr. Gerhart Holzinger
 Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki
 Univ.-Prof. Dr. Gabriele Kucsko-Stadlmayer
 RA Dr. Gabriel Lansky
 Prof. Dr. Rainer Münz
 Prof. Dr. Stefan Oeter
 emer. o. Univ.-Prof. Dr. Theo Öhlinger
 Mag. Harald Perl
 Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl
 HR Dr. Stefan Rosenmayr
 HR Dr. Robert Schick
 Dr. Christian Schmid
 o. Univ.-Prof. Dr. Walter Schrammel
 SC iR Dr. Wolf Szymanski
 SC Dr. Mathias Vogl
 o. Univ.-Prof. Dr. Karl Weber
 Sen.-Präs. Mag. Dr. Herbert Zeizinger
 Prof. Dr. Andreas Zimmermann, L.L.M.

Autoren des Heftes

Univ.-Ass. Mag. Anna Groschedl
 Universität Wien
 Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
 Schottenbastei 10-16
 A-1010 Wien
 E-Mail: anna.groschedl@univie.ac.at

Mag. Kevin Fredy Hinterberger
 Lansky, Ganzger + partner
 Biberstraße 5
 A-1010 Wien
 Deserteurs- und Flüchtlingsberatung
 Schottengasse 3a/1/59
 A-1010 Wien
 E-Mail: hinterberger@lansky.at

Mag. Stephan Klammer
 Juristischer Mitarbeiter, Verwaltungsgerichtshof
 Judenplatz 11
 A-1010 Wien
 E-Mail: stephan.klammer@vwgh.gv.at

Mag. Katharina Zwins
 E-Mail: katharina.zwins@gmx.at

SC iR Dr. Wolf Szymanski
 E-Mail: wolf.szymanski@aon.at

Impressum

Medieninhaber, Eigentümer und Verleger: Facultas Verlags- & Buchhandels AG, A-1050 Wien, FN 75829p, Tel.: 01/310 53 56, Fax 01/319 70 50, office@facultas.at, facultas.at. **Vorstand:** Dr. Rüdiger Salat. **Unternehmensgegenstand:** Buchhandel, Verlag von Büchern und Zeitschriften

Herausgeber: em. o. Univ.-Prof. DDr. Heinz Mayer, Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin, Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter und Univ.-Doz. Dr. Dieter Kolonovits, M.C.J.

Schriftleiter: ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Muzak, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, A-1010 Wien, Schottenbastei 10-16 (gerhard.muzak@univie.ac.at), Schriftleitungsassistentz: Univ.-Ass. Mag. Christoph Hurich, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, A-1010

Wien, Schottenbastei 10-16 (christoph.hurich@univie.ac.at); wir bitten Sie, sich an die Abkürzungs- und Zitierregeln (AZR) von Friedl/Loebensteiner⁹ zu halten.

Manuskripte und Zuschriften erbitten wir an die Adresse der Schriftleitung. Bitte beachten Sie die Hinweise für Autoren auf unserer Homepage www.migralex.at unter „Ressourcen“.

Judikaturdokumentation: Mag.^a Petra Sußner, Verwaltungsgerichtshof, Judenplatz 11, A-1014 Wien (petra.sussner@vwgh.gv.at)

Grundlegende Richtung: Wissenschaftliche Fachzeitschrift für Fragen des Fremden- und Minderheitenrechts

Erscheinungsort: Wien

Urheberrechte: Mit der Einreichung seines Manuskriptes räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (zB Druck, Mikrofilm) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art (zB CD-ROM), der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) ein. Gemäß § 36 Abs 2 UrhG erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts mit Ablauf des dem Erscheinen des Beitrags folgenden Kalenderjahres; dies gilt für die Verwertung durch Datenbanken nicht. Der Nachdruck von Entscheidungen, auch von Leitsätzen, ist daher nur mit ausdrücklicher schriftlicher Bewilligung des Verlages gestattet.

Anzeigenkontakt: Daniela Neundlinger-Schalleschak (01) 310 53 56/62, Daniela.Neundlinger-Schalleschak@facultas.at

Erscheinungsweise: 3 Hefte pro Jahrgang. **Preis:** Jahresabonnement € 60,- inkl. Versandkosten, Einzelheft: € 24,- zuzügl. Versandkosten

Bestellungen: (01) 310 53 56/11 oder office@facultas.at bzw. an die Verlagsanschrift. **Bezugsbedingungen:** migraLex erscheint dritteljährlich. Das Abonnement verlängert sich automatisch, sofern es nicht bis 31. Oktober des laufenden Jahres schriftlich beim Verlag gekündigt wird.

Druckvorstufe: Maria Scherrer Schreibbüro, A-8045 Graz

Druck: Facultas Verlags- & Buchhandels AG, A-1050 Wien