

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 59/2013-9

26. Februar 2014

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Mag. Dr. Eleonore BERCHTOLD-OSTERMANN,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie des Ersatzmitgliedes

Dr. Irmgard GRISS

als Stimmführer, im Beisein der Schriftführerin

Dr. Beatrix KRAUSKOPF-MAYERHÖFER,

über den Antrag des VERWALTUNGSGERICHTSHOFES festzustellen, dass die Wortfolge "nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 oder" in § 12a Abs. 1 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005), BGBl. I 100 idF Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 (FrÄG 2009), BGBl. I 122, verfassungswidrig war, in eventu festzustellen, dass § 12a Abs. 1 AsylG 2005 idF FrÄG 2009 zur Gänze verfassungswidrig war, in eventu festzustellen, dass § 12a AsylG 2005 idF FrÄG 2009 insgesamt verfassungswidrig war, in eventu in § 12a Abs. 1 AsylG 2005 idF Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 (FrÄG 2011), BGBl. I 38, die Wortfolge "nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 oder" als verfassungswidrig aufzuheben, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG in der mit 1. Jänner 2014 in Kraft getretenen Fassung zu Recht erkannt:

- I. § 12a Abs. 1 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100 idF BGBl. I Nr. 122/2009, war verfassungswidrig.
- II. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieses Ausspruches im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.
- III. Der Antrag festzustellen, dass die Wortfolge "nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 oder" in § 12a Abs. 1 AsylG 2005, BGBl. I Nr. 100 idF BGBl. I Nr. 122/2009, verfassungswidrig war, wird zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe

I. Anlassverfahren, Antrag und Vorverfahren

1. Mit dem vorliegenden, auf Art. 140 Abs. 1 erster Satz B-VG gestützten Antrag begehrt der Verwaltungsgerichtshof festzustellen, dass die Wortfolge "nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 oder" in § 12a Abs. 1 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005), BGBl. I 100 idF Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 (FrÄG 2009), BGBl. I 122, verfassungswidrig war, in eventu festzustellen, dass § 12a Abs. 1 AsylG 2005 "in der Fassung des FrÄG 2009 zur Gänze" verfassungswidrig war, in eventu festzustellen, dass § 12a AsylG "in der Fassung des FrÄG 2009 insgesamt" verfassungswidrig war sowie in

1

eventu, die Wortfolge "nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 oder" in § 12a Abs. 1 AsylG 2005, BGBl. I 100 idF Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 (FrÄG 2011), BGBl. I 38, als verfassungswidrig aufzuheben.

2. Diesem Antrag liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

2

Beim Verwaltungsgerichtshof ist die Beschwerde einer Staatsangehörigen der Russischen Föderation gegen eine Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungs-senates für die Steiermark anhängig. Die Beschwerdeführerin stellte nach ihrer Einreise nach Österreich im Jahr 2006 einen Antrag auf internationalen Schutz, welcher mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Bundesasylsenates vom 23. Mai 2006 gemäß § 5 Abs. 1 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005), BGBl. I 100, mit der Begründung als unzulässig zurückgewiesen wurde, dass Polen für die Prüfung des Antrages zuständig gewesen wäre. Außerdem wurde die Beschwerdeführerin aus dem österreichischen Bundesgebiet nach Polen ausgewiesen und "demzufolge" die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung der Beschwerdeführerin nach Polen gemäß § 10 Abs. 4 AsylG 2005 für zulässig erklärt.

3

Die Bundespolizeidirektion Graz erließ gegen die Beschwerdeführerin zum Zwecke ihrer Überstellung nach Polen einen Festnahmeauftrag nach § 74 Abs. 2 Z 3 Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG). Dieser Festnahmeauftrag wurde am 17. August 2010 vollzogen. Die Beschwerdeführerin stellte am 18. August 2010 einen neuerlichen Antrag auf internationalen Schutz und wurde am 19. August 2010 auf dem Luftweg nach Polen abgeschoben.

4

Das Bundesasylamt wies den neuerlichen Antrag der Beschwerdeführerin auf internationalen Schutz mit Bescheid vom 16. September 2010 gemäß § 68 Abs. 1 AVG zurück. Diesen Bescheid ließ die Beschwerdeführerin unbekämpft.

5

Die Beschwerdeführerin erhob gemäß § 67a Z 2 AVG und § 88 SPG Beschwerde gegen ihre Abschiebung nach Polen und beantragte, diese und den damit im Zusammenhang stehenden Freiheitsentzug für rechtswidrig zu erklären. Der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark wies diese Beschwerde als unbegründet ab, da er die Abschiebung insbesondere deshalb als rechtmäßig erachtete, da der Beschwerdeführerin trotz des neuerlichen Antrages auf internationalen Schutz gemäß § 12a Abs. 1 AsylG 2005 kein faktischer

6

Abschiebeschutz zugekommen sei. Gegen diesen Bescheid ist eine Beschwerde der Beschwerdeführerin beim Verwaltungsgerichtshof anhängig.

3. Die Bedenken, die den Verwaltungsgerichtshof zur Antragstellung beim Verfassungsgerichtshof bewogen haben, legt dieser wie folgt dar:

7

"4.1. Das in den [...] ErläutRV angesprochene Anliegen, der missbräuchlichen Instrumentalisierung von Anträgen auf internationalen Schutz zur alleinigen Hintanhaltung fremdenpolizeilicher Maßnahmen entgegenzutreten, ist zweifelsohne berechtigt und liegt im - als hoch zu bewertenden - öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Fremdenwesens. In den besagten ErläutRV wird freilich nicht verkannt, dass der Stellung eines Asylfolgeantrags im Sinn des § 2 Abs. 1 Z 23 AsylG 2005 nicht per se und immer ein Missbrauch zugrunde liegen muss. Das gilt auch für die in § 12a Abs. 1 AsylG 2005 einer Regelung unterzogenen Folgeanträge (insbesondere) nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005. Die hier in Betrachtung stehende Anordnung des § 12a Abs. 1 AsylG 2005, die demgegenüber schlichtweg und (anders als im Fall des § 12a Abs. 2; siehe dort Z 2) ohne jegliche Differenzierung dahingehend, ob es sich um einen evident unzulässigen Folgeantrag oder um einen solchen handelt, der im Hinblick auf eine Änderung der Sachlage Erfolgsaussichten hat, bei Vorliegen der in den Z 1 bis 3 genannten Voraussetzungen - als Ausnahme von der Regel - faktischen Abschiebeschutz versagt, erscheint insoweit von vornherein überschießend und erweckt damit zunächst Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz und das Rechtsstaatsprinzip (ähnlich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2004, VfSlg. 17.340, Punkt III. 9.7.2. der Entscheidungsgründe).

4.2. Vor allem aber bestehen Bedenken im Hinblick auf Art. 3 und Art. 8 EMRK, jeweils iVm Art. 13 EMRK, weil die Regelung des § 12a Abs. 1 AsylG 2005 im Ergebnis, wie im Folgenden näher darzulegen ist, dazu führen kann, dass es in Bezug auf behauptete Verletzungen von Art. 3 und/oder Art. 8 EMRK an einer wirksamen Beschwerde fehlt. Dazu ist zunächst klarzustellen, dass auch im Zusammenhang mit Zuständigkeitsentscheidungen nach § 5 AsylG 2005, die eine Überstellung in den zuständigen Dublin-Staat implizieren und die daher gemäß § 10 Abs. 1 Z 1 AsylG 2005 mit einer Ausweisung einher gehen, Verletzungen von Art. 3 EMRK - im Hinblick auf die Situation im zuständigen Dublin-Staat - oder Art. 8 EMRK - angesichts (insbesondere) familiärer Verankerung des Fremden in Österreich - denkbar sind, was zur verpflichtenden Wahrnehmung des Selbsteintrittsrechts durch Österreich nach Art. 3 Abs. 2 der Dublin II-VO führen müsste (vgl. etwa das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 1. Oktober 2007, VfSlg. 18.227, Punkt II. 5. der Entscheidungsgründe). Wird nach einer zurückweisenden Entscheidung nach § 5 AsylG 2005 ein Folgeantrag gestellt, so ist die Frage einer Neubeurteilung der staatlichen Zuständigkeit im Dublinsystem demnach nur ein Aspekt neben der Prüfung im Hinblick auf Art. 3 und Art. 8 EMRK und es lässt sich nicht verallgemeinern sagen, während einer solchen Neubeur-

teilung müsse das Verlassen Österreichs durch den Asylwerber jedenfalls hingenommen werden.

Dass es nach einer bereits erfolgten Zurückweisung eines ersten Antrags auf internationalen Schutz nach § 5 AsylG 2005 in diesem Sinn zu maßgeblichen Sachverhaltsänderungen kommen kann, die eine Überstellung des Fremden in den grundsätzlich zuständigen Dublin-Staat aus dem Blickwinkel des Art. 3 oder Art. 8 EMRK problematisch erscheinen lassen, zeigt sich in der Konstellation des Anlassfalles deutlich: Hier wurde der Folgeantrag mehr als vier Jahre nach der - mit einer Ausweisung verbundenen - rechtskräftigen Zurückweisung des ersten Antrags gestellt. Dass innerhalb dieses Zeitraums, wenn das auch im Anlassfall nicht erfolgt sein mag, die privaten und familiären Beziehungen eines Fremden in Österreich eine derartige Verdichtung erfahren können, dass seine Außerlandesbringung nunmehr Art. 8 EMRK verletzen würde, ist evident. Dass es innerhalb dieses Zeitraumes aber auch zu einer unter dem Aspekt des Art. 3 EMRK relevanten Veränderung in den Verhältnissen des zuständigen Dublin-Staates kommen kann, hat sich etwa in Bezug auf Griechenland gezeigt (vgl. die überblicksweise Darstellung bei *Lauer*, Verletzung der Artikel 3 und 13 EMRK durch die Situation des Asylwesens in Griechenland, *migraLex* 2011, 81 ff). Insofern ist auch die in den zitierten ErläutRV enthaltene Einschätzung, Erörterungen zur Sicherheit der Dublin-Staaten seien im Hinblick auf die geltende Rechtslage und das unverändert hohe rechtsstaatliche Niveau der Dublin-Staaten, insbesondere hinsichtlich des 'Non-Refoulement'-Grundsatzes und der Einhaltung völkerrechtlicher, menschenrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen nicht zu wiederholen, in dieser generellen Form nicht aufrecht zu erhalten.

4.3.1. Vor diesem Hintergrund kommt der in den ErläutRV angesprochenen Maxime, es seien im Zusammenhang mit der Regelung des § 12a AsylG 2005 die notwendigen rechtsstaatlichen Garantien zu wahren, auch im Rahmen der Konstellation des § 12a Abs. 1 AsylG 2005 Bedeutung zu. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes wird dem jedoch - anders als im Fall des § 12a Abs. 2 AsylG 2005 - nicht ausreichend Rechnung getragen."

Unter Hinweis auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu § 12a Abs. 2 AsylG 2005 in VfSlg. 19.215/2010 führt der Verwaltungsgerichtshof weiter aus:

8

"4.3.3. Im von der Ausgangsposition im Hinblick auf eine mögliche Verletzung von Art. 3 oder Art. 8 EMRK letztlich strukturell nicht anders zu beurteilenden Fall des § 12a Abs. 1 AsylG 2005 fehlen vergleichbare Rechtsschutzgarantien, wie sie im soeben zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes aufgezeigt wurden. Das beginnt mit dem schon angesprochenen Umstand, dass die genannte Bestimmung keine Prognose über eine voraussichtliche Antragszurückweisung erfordert und dass darüber hinaus weder - auf Ebene des Bundesasylamtes - eine neuerliche Refoulement-Prüfung nach Art. 2 und 3 EMRK noch - überhaupt - eine neuerliche Interessenabwägung im Sinn von Art. 8 EMRK (auf Basis des aktuellen Sachverhalts) verlangt wird. Die demgegenüber in § 12a Abs. 1 Z 2 AsylG 2005 vorgenommene Bezugnahme auf § 39 Abs. 2 AsylG 2005 (damit wird im Ergebnis auf Art. 7 Abs. 1 EU-Vertrag verwiesen) vermag das offenkundig nicht auszugleichen. Vor allem ist aber der amtswegige Prüfungsmechanismus

des § 41a AsylG 2005 nicht vorgesehen, was eine dann ins Auge gefasste Abschiebung trotz Geltendmachung von für Art. 3 und/oder Art. 8 EMRK relevanten Umständen in Bezug auf den zuständigen Dublin-Staat im Rahmen des zweiten Antrags auf internationalen Schutz jeglicher ex-ante-Kontrolle entzieht. Dass es wie vorliegend nachträglich zu einer derartigen Kontrolle im Rahmen eines Maßnahmenbeschwerdeverfahrens kommen kann, ist - jedenfalls im Hinblick auf drohende Verletzungen des Art. 3 EMRK - nicht ausreichend (vgl. etwa *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht [1993], 43). Aber auch die Möglichkeit der Wiedereinreise im Weg des § 14 Abs. 1 a AsylG 2005 reicht nicht hin, um die somit zusammenfassend vom Verwaltungsgerichtshof erblickten Bedenken im Hinblick auf Art. 13 EMRK iVm Art. 3 und 8 EMRK und im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz sowie das Rechtsstaatsprinzip zu zerstreuen. Die faktische Möglichkeit der Rückkehr kann die effektive Rechtsschutzgewähr nämlich - wie der Verfassungsgerichtshof schon in seinem Erkenntnis vom 1. Dezember 1995, VfSlg. 14.374, ausgesprochen hat - nicht substituieren. Dass nach der Darstellung von *Filzwieser*, Die Anwendung des Art 3 Abs. 2 Dublin-II-VO auf Griechenland, *migraLex* 2010, 78 [82], in der Praxis auch bei berechtigten Anträgen nicht unmaßgebliche Verzögerungen einer Rückkehr (so sie überhaupt in Frage käme) zu gewärtigen sind (der dort angesprochene Fall des mehrmonatigen Unterlassens einer Entscheidung durch das Bundesasylamt war etwa in dem dem hg. Beschluss vom 6. September 2010, Zl. AW 2010/21/0203, zugrunde liegenden Fall zu beobachten), ist nur mehr zur Untermauerung dieser Auffassung ins Treffen zu führen.

4.4. Ergänzend ist klarzustellen, dass es in einer Konstellation wie im Anlassfall des Folgeantrags (und zur Gewährleistung einer wirksamen Beschwerde des grundsätzlich nach § 12 AsylG 2005 damit verbundenen faktischen Abschiebeschutzes) bedarf, um die aus der Vollziehung einer ersten, im Zusammenhang mit einer Entscheidung nach § 5 AsylG 2005 ergangenen Ausweisung behauptete, aus einer Änderung der Verhältnisse resultierende Verletzung von Art. 3 und/oder Art. 8 EMRK geltend machen zu können. Dafür stehen nämlich keine anderen rechtlichen Instrumente zur Verfügung, sodass sich aus dem unterschiedslosen Nichteintritt von faktischem Abschiebeschutz die dargestellten verfassungsrechtlichen Probleme ergeben.

Unter dem Aspekt des Art. 3 EMRK stellt zwar grundsätzlich ein Antrag nach § 51 Abs. 1 FPG eine 'wirksame Beschwerde' im Sinn des Art. 13 EMRK dar, um sich gegen eine vermeintliche konventionswidrige Behandlung im Zielstaat der Abschiebung zur Wehr zu setzen. Ein derartiger Antrag kann aber nach dem ersten Halbsatz der genannten Bestimmung (in der hier maßgeblichen, bis zum 30. Juni 2011 geltenden Fassung des FrÄG 2009) nur 'während eines Verfahrens zur Erlassung einer Ausweisung oder eines Aufenthaltsverbotes, worüber der Fremde zu verständigen ist' gestellt werden. An einem demnach erforderlichen anhängigen aufenthaltsbeendenden Verfahren ermangelt es aber - wie auch im Anlassfall - im gegebenen Zusammenhang in aller Regel, existiert doch bereits eine mit der (ersten) Entscheidung nach § 5 AsylG 2005 verbundene Ausweisung nach § 10 Abs. 1 Z 1 AsylG 2005.

Was Art. 8 EMRK anlangt, so stünde an sich ein Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung nach § 43 Abs. 2 oder nach § 44 Abs. 3 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz - NAG (eingefügt mit BGBl. I Nr. 29/2009; seit dem FrÄG 2011 nunmehr § 41a Abs. 9 bzw. § 43 Abs. 3 NAG) zur Verfügung, um dem infolge einer Veränderung der Verhältnisse für notwendig erachteten Schutz des Privat- oder Familienlebens zum Durchbruch zu verhelfen. § 44b Abs. 3 NAG (in der hier maßgeblichen Fassung des FrÄG 2009) ordnete allerdings Folgendes an:
§44b.(1)...

(3) Anträge gemäß §§ 43 Abs. 2 und 44 Abs. 3 begründen kein Aufenthalts- oder Bleiberecht nach diesem Bundesgesetz. Ebenso stehen sie der Erlassung und Durchführung fremdenpolizeilicher Maßnahmen nicht entgegen und können daher in fremdenpolizeilichen Verfahren keine aufschiebende Wirkung entfalten. Verfahren gemäß §§ 43 Abs. 2 und 44 Abs. 3 gelten über die Fälle des § 25 Abs. 2 hinaus als eingestellt, wenn der Fremde das Bundesgebiet verlassen hat.'

Anträge nach den genannten Bestimmungen wären daher nicht geeignet, eine allenfalls gegen Art. 8 EMRK verstoßende Außerlanderschaffung hintanzuhalten. Dass es gegebenenfalls nach dem letzten Satz der zitierten Bestimmung zu einer Einstellung der niederlassungsrechtlichen Verfahren zu kommen hatte (vgl. zur Verfassungswidrigkeit einer ähnlichen Anordnung [§ 44 Abs. 5 letzter Satz NAG in der Fassung des FrÄG 2009] das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 28. Februar 2011, VfSlg. 19.324; nur insoweit wurde § 44b Abs. 3 NAG im Übrigen mit dem FrÄG 2011 der Sache nach geändert), tritt hinzu. Insoweit kann auch im vorliegenden Fall nicht von einer 'wirksamen Beschwerde' im Sinn des Art. 13 EMRK gesprochen werden, die im Fall der Behauptung, es sei zu einer maßgeblichen Änderung der Verhältnisse gekommen, die Stellung eines neuerlichen Antrags auf internationalen Schutz entbehrlich machen würde.

Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang noch darauf, dass die Durchführung eines Verfahrens auf internationalen Schutz unionsrechtlich betrachtet von vornherein nicht anderweitig substituiert werden kann. Aus Art. 3 Abs. 1 der Dublin II-VO erfließt nämlich die Verpflichtung, den von einem Fremden (insbesondere) im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats gestellten Asylantrag einer materiellen Prüfung zu unterziehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. März 2013, Zl. 2011/21/0128). Stünde der Effektivierung einer im Zuge einer Zurückweisung nach § 5 AsylG 2005 verhängten Ausweisung Art. 3 und/oder Art. 8 EMRK entgegen, wäre Österreich daher ohnehin gehalten, die meritorische Prüfung des Asylantrags zu garantieren.

Die Stichhaltigkeit der vorgetragenen Bedenken, soweit sie sich auf Art. 13 iVm Art. 3 EMRK beziehen, wird schließlich - das sei abschließend angemerkt - durch das jüngst ergangene Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 6. Juni 2013, Mohammed v. Austria, no. 2283/12, untermauert."

Zur Präjudizialität der angefochtenen Wortfolge des § 12a Abs. 1 AsylG 2005 und zum Anfechtungsumfang führt der Verwaltungsgerichtshof im Wesentlichen aus, dass er die Bestimmung des § 12a Abs. 1 AsylG 2005 im vorliegenden Fall nur insoweit anzuwenden habe, als sie sich auf Folgeanträge nach einer zurückwei-

senden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 beziehe. Soweit die Bestimmung darüber hinaus Folgeanträge erfasse, scheine sie hingegen nicht präjudiziell. Es sei jedoch denkbar, dass die Fallgruppen des § 12a Abs. 1 AsylG 2005 als Einheit zu betrachten seien, weil sie in einem untrennbaren Zusammenhang stünden. In diesem Fall sei § 12a Abs. 1 AsylG 2005 insgesamt in Anfechtung zu ziehen.

4. Die Bundesregierung verzichtete auf die Abgabe einer meritorischen Äußerung. 10

5. Die beim Verwaltungsgerichtshof beschwerdeführende Partei erstattete mit Schriftsatz vom 11. September 2013 eine Äußerung, in der sie sich den Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes anschloss. 11

II. Rechtslage

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005), BGBl. I 100 idF BGBl. I 122/2009, lauten wie folgt (die angefochtene Gesetzesbestimmung ist hervorgehoben): 12

"Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes ist

[1. - 22. ...]

23. ein Folgeantrag: jeder einem bereits rechtskräftig erledigten Antrag nachfolgender weiterer Antrag;

24. [...]

(2) [...]

[...]

Zuständigkeit eines anderen Staates

§ 5. (1) Ein nicht gemäß § 4 erledigter Antrag auf internationalen Schutz ist als unzulässig zurückzuweisen, wenn ein anderer Staat vertraglich oder auf Grund der Dublin - Verordnung zur Prüfung des Asylantrages oder des Antrages auf internationalen Schutz zuständig ist. Mit der Zurückweisungsentscheidung ist auch festzustellen, welcher Staat zuständig ist.

(2) Gemäß Abs. 1 ist auch vorzugehen, wenn ein anderer Staat vertraglich oder auf Grund der Dublin - Verordnung dafür zuständig ist zu prüfen, welcher Staat zur Prüfung des Asylantrages oder des Antrages auf internationalen Schutz zuständig ist.

(3) Sofern nicht besondere Gründe, die in der Person des Asylwerbers gelegen sind, glaubhaft gemacht werden oder beim Bundesasylamt oder beim Asylgerichtshof offenkundig sind, die für die reale Gefahr des fehlenden Schutzes vor Verfolgung sprechen, ist davon auszugehen, dass der Asylwerber in einem Staat nach Abs. 1 Schutz vor Verfolgung findet.

[...]

Faktischer Abschiebeschutz

§ 12. (1) Ein Fremder, der in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, kann, außer in den Fällen des § 12a, bis zur Erlassung einer durchsetzbaren Entscheidung, bis zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens oder nach einer Einstellung bis zu dem Zeitpunkt, an dem eine Fortsetzung des Verfahrens gemäß § 24 Abs. 2 nicht mehr zulässig ist, weder zurückgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben werden (faktischer Abschiebeschutz); § 32 bleibt unberührt. Sein Aufenthalt im Bundesgebiet ist geduldet. Ein auf Grund anderer Bundesgesetze bestehendes Aufenthaltsrecht bleibt unberührt. § 36 Abs. 4 gilt.

(2) Der Aufenthalt eines Fremden, der einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat und dem kein Aufenthaltsrecht zukommt, ist für die Dauer des Zulassungsverfahrens vor dem Bundesasylamt lediglich im Gebiet der Bezirksverwaltungsbehörde, in dem sich sein Aufenthaltsort im Sinne des § 15 Abs. 1 Z 4 befindet, geduldet. Darüber hinaus ist sein Aufenthalt im gesamten Bundesgebiet geduldet, wenn und solange dies

1. zur Erfüllung von gesetzlichen Pflichten notwendig ist;
2. notwendig ist, um Ladungen von Gerichten und Verwaltungsbehörden Folge zu leisten oder
3. für die Inanspruchnahme einer medizinischen Versorgung und Behandlung notwendig ist.

Nach Abschluss des Zulassungsverfahrens vor dem Bundesasylamt ist der Aufenthalt des Fremden, solange ihm faktischer Abschiebeschutz zukommt, im gesamten Bundesgebiet geduldet.

Faktischer Abschiebeschutz bei Folgeanträgen

§ 12a. (1) Hat der Fremde einen Folgeantrag (§ 2 Abs. 1 Z 23) nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 oder nach jeder weiteren, einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 folgenden, zurückweisenden Entscheidung gemäß § 68 Abs. 1 AVG gestellt, kommt ihm ein faktischer Abschiebeschutz nicht zu, wenn

1. gegen ihn eine aufrechte Ausweisung besteht,
2. kein Fall des § 39 Abs. 2 vorliegt und
3. eine Zuständigkeit des anderen Staates weiterhin besteht oder dieser die Zuständigkeit weiterhin oder neuerlich anerkennt.

(2) Hat der Fremde einen Folgeantrag (§ 2 Abs. 1 Z 23) gestellt und liegt kein Fall des Abs. 1 vor, kann das Bundesasylamt den faktischen Abschiebeschutz des Fremden aufheben, wenn

1. gegen ihn eine aufrechte Ausweisung besteht,
2. der Antrag voraussichtlich zurückzuweisen ist, weil keine entscheidungswesentliche Änderung des maßgeblichen Sachverhalts eingetreten ist, und
3. die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung keine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2, 3 oder 8 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention bedeuten und für ihn als Zivilperson keine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde.

(3) Hat der Fremde einen Folgeantrag (§ 2 Abs. 1 Z 23) gemäß Abs. 2 binnen achtzehn Tagen vor einem bereits festgelegten Abschiebetermin gestellt, kommt ihm ein faktischer Abschiebeschutz nicht zu, wenn zum Antragszeitpunkt

1. gegen ihn eine aufrechte Ausweisung besteht,
2. der Fremde über den Abschiebetermin zuvor nachweislich informiert worden ist (§ 67 Abs. 4 FPG) und
3. darüber hinaus
 - a) sich der Fremde in Schubhaft befindet;
 - b) gegen den Fremden ein gelinderes Mittel (§ 77 FPG) angewandt wird, oder
 - c) der Fremde nach einer Festnahme gemäß § 74 Abs. 2 Z 1 oder 3 FPG iVm § 39 Abs. 2 Z 1 FPG angehalten wird.

Liegt eine der Voraussetzungen der Z 1 bis 3 nicht vor, ist gemäß Abs. 2 vorzugehen. Für die Berechnung der achtzehntägigen Frist gilt § 33 Abs. 2 AVG nicht.

(4) In den Fällen des Abs. 3 hat das Bundesasylamt dem Fremden den faktischen Abschiebeschutz in Ausnahmefällen zuzuerkennen, wenn der Folgeantrag nicht zur ungerechtfertigten Verhinderung oder Verzögerung der Abschiebung gestellt wurde. Dies ist dann der Fall, wenn

1. der Fremde anlässlich der Befragung oder Einvernahme (§ 19) glaubhaft macht, dass er den Folgeantrag zu keinem früheren Zeitpunkt stellen konnte oder
2. sich seit der letzten Entscheidung die objektive Situation im Herkunftsstaat entscheidungsrelevant geändert hat.

Über das Vorliegen der Voraussetzungen der Z 1 und 2 ist mit Mandatsbescheid (§ 57 AVG) zu entscheiden. Wurde der Folgeantrag binnen zwei Tagen vor dem bereits festgelegten Abschiebetermin gestellt, hat sich die Prüfung des faktischen Abschiebeschutzes auf das Vorliegen der Voraussetzung der Z 2 zu beschränken. Für die Berechnung der zweitägigen Frist gilt § 33 Abs. 2 AVG nicht. Die Zuerkennung des faktischen Abschiebeschutzes steht einer weiteren Verfahrensführung gemäß Abs. 2 nicht entgegen.

(5) Abweichend von §§ 17 Abs. 4 und 29 Abs. 1 beginnt das Zulassungsverfahren in den Fällen des Abs. 1 und 3 bereits mit der Stellung des Antrags auf internationalen Schutz.

[...]

Sichere Herkunftsstaaten

§ 39 (1) Sichere Herkunftsstaaten im Sinne des § 38 Abs. 1 Z 1 sind
[1. - 26. ...]

(2) Wird über begründeten Vorschlag eines Drittels der Mitgliedstaaten, des Europäischen Parlaments oder der Kommission durch den Rat mit einer Mehrheit von vier Fünftel seiner Mitglieder festgestellt, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung von in Artikel 6 Abs. 1 EU-Vertrag genannten Grundsätzen durch einen Mitgliedstaat besteht (Art. 7 Abs. 1 EU-Vertrag), ist Beschwerden gegen Entscheidungen über Anträge von Asylwerbern aus diesem Herkunftsstaat die aufschiebende Wirkung nicht abzuerkennen.

(3) Kommt es - nachdem ein Verfahren nach Art. 7 Abs. 1 EU-Vertrag eingeleitet worden ist - zu keiner Feststellung nach Art. 7 Abs. 2 EU-Vertrag oder werden alle in diesem Zusammenhang verhängten Maßnahmen (Art. 7 Abs. 3 EU-Vertrag) aufgehoben (Art. 7 Abs. 4 EU-Vertrag), kann Beschwerden gegen Anträge von Asylwerbern aus diesem Herkunftsstaat die aufschiebende Wirkung wieder aberkannt werden.

(4) Weitere sichere Herkunftsstaaten sind
[1. - 9. ...]

(5) Die Bundesregierung ist ermächtigt, mit Verordnung festzulegen, dass
1. Beschwerden von Asylwerbern, die aus einem in Abs. 4 genannten Herkunftsstaat stammen, die aufschiebende Wirkung nicht mehr aberkannt werden kann und
2. andere als in Abs. 4 genannte Staaten als sichere Herkunftsstaaten gelten.
Dabei ist vor allem auf das Bestehen oder Fehlen von staatlicher Verfolgung, Schutz vor privater Verfolgung und Rechtsschutz gegen erlittene Verletzungen von Menschenrechten Bedacht zu nehmen."

III. Erwägungen

1. Zur Zulässigkeit des Antrages

1.1. Der Verwaltungsgerichtshof beantragt festzustellen, dass die Wortfolge "nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 oder" in § 12a Abs. 1 AsylG 2005, BGBl. I 100 idF BGBl. I 122/2009, verfassungswidrig war. Dieser Antrag ist unzulässig. 13

1.1.1. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen 14

Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag auf Prüfung einer generellen Norm nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denk unmöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003).

1.1.2. Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfenden Gesetzesbestimmung sind, wie der Verfassungsgerichtshof sowohl für von Amts wegen als auch für auf Antrag eingeleitete Gesetzesprüfungsverfahren schon wiederholt dargelegt hat (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003), notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der angefochtenen Gesetzesstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden. 15

1.2. Nach der Feststellung, dass die Wortfolge "nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 oder" in § 12a Abs. 1 AsylG 2005, BGBl. I 100 idF BGBl. I 122/2009, entsprechend dem Hauptantrag des Verwaltungsgerichtshofes verfassungswidrig war, würde die übrige Bestimmung des § 12a Abs. 1 AsylG 2005 insbesondere im Hinblick auf die Abs. 2 bis 4 des § 12a AsylG 2005 einen völlig veränderten, dem Gesetzgeber nicht zusinnbaren Inhalt annehmen (vgl. VfSlg. 12.465/1990, S 128; 13.915/1994, 15.090/1998). 16

1.3. Die Feststellung, dass der (gesamte) § 12a Abs. 1 AsylG 2005, BGBl. I 100 idF BGBl. I 122/2009, verfassungswidrig war, wie sie der Verwaltungsgerichtshof in seinem ersten Eventualantrag beantragt, würde dieses Ergebnis vermeiden. 17

1.4. Da auch ansonsten keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, ist der Antrag des Verwaltungsgerichtshofes festzustellen, dass § 12a Abs. 1 AsylG 2005, BGBl. I 100 idF BGBl. I 122/2009, verfassungswidrig war, zulässig. 18

2. In der Sache

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 19

B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003).

Der Antrag ist begründet. 20

2.2. Jeder Asylwerber, der einen Antrag auf internationalen Schutz stellt, genießt gemäß § 12 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005), BGBl. I 100 idF BGBl. I 122/2009 (in der Folge AsylG 2005), bis zur Erlassung einer durchsetzbaren Entscheidung, bis zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens oder nach einer Einstellung bis zu dem Zeitpunkt, an dem eine Fortsetzung des Verfahrens gemäß § 24 Abs. 2 AsylG 2005 nicht mehr zulässig ist, faktischen Abschiebeschutz und darf weder zurückgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben werden. 21

Durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009, BGBl. I 122, wurden für sogenannte Folgeanträge (§ 2 Abs. 1 Z 23 AsylG 2005) Sonderregelungen geschaffen, die in bestimmten Fällen Ausnahmen vom faktischen Abschiebeschutz vorsehen. 22

In den Fällen, die unter die maßgebliche Bestimmung des § 12a Abs. 1 AsylG 2005 fallen, kommt einem Fremden, der einen Folgeantrag nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 oder nach jeder weiteren, einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 folgenden, zurückweisenden Entscheidung gemäß § 68 Abs. 1 AVG gestellt hat, ein faktischer Abschiebeschutz ex lege bei Vorliegen der kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen nicht zu; nämlich wenn gegen den Fremden eine aufrechte Ausweisung besteht, kein Fall des § 39 Abs. 2 AsylG 2005 vorliegt und eine Zuständigkeit des anderen Staates weiterhin besteht oder dieser die Zuständigkeit weiterhin oder neuerlich anerkennt. Diesen Folgeanträgen iSd § 12a Abs. 1 AsylG 2005 gehen immer Entscheidungen gemäß § 5 AsylG 2005 voraus, unabhängig davon, ob und wie oft Folgeanträge danach auf Grund dieser Entscheidung wegen entschiedener Sache zurückgewiesen wurden (vgl. RV 330 BlgNR 24. GP, 12). 23

2.3. Der Verwaltungsgerichtshof bringt in seinem Antrag im Wesentlichen vor, dass es nach einer bereits erfolgten Zurückweisung eines ersten Antrages auf internationalen Schutz nach § 5 AsylG 2005 zu maßgeblichen Sachverhalts- 24

änderungen kommen könne, die eine Überstellung des Fremden in den nach der Dublin II-VO zuständigen Staat ("Dublin-Staat") aus dem Blickwinkel des Rechtsstaatsprinzips sowie auf Grund von Art. 3 und Art. 8 EMRK problematisch erscheinen lasse. Innerhalb eines gewissen Zeitraums – wie im Anlassfall von vier Jahren – könnten die privaten und familiären Beziehungen eines Fremden in Österreich eine derartige Verdichtung erfahren, dass seine Außerlandesbringung Art. 8 EMRK verletzen würde. Auch unter dem Aspekt des Art. 3 EMRK könne es zu relevanten Veränderungen in den Verhältnissen des zuständigen "Dublin-Staates" kommen, wie sich bereits in Bezug auf Griechenland gezeigt habe. Im Hinblick auf § 12a Abs. 1 AsylG 2005 würden insbesondere mit § 12a Abs. 2 AsylG 2005 vergleichbare Rechtsschutzgarantien fehlen.

2.4. Das Rechtsstaatsprinzip erfordert, dass ein Verfahren in der Weise gestaltet sein muss, dass es gewährleistet, dass es letztlich zu einem rechtlich richtigen Ergebnis führt (VfSlg. 17.340/2004). Der Verfassungsgerichtshof hat bei der Beurteilung von Bestimmungen, die eine vorzeitige Vollstreckbarkeit noch nicht rechtskräftiger Bescheide anordneten, mehrfach ausgesprochen, dass es nicht angehe, "den Rechtsschutzsuchenden generell einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung so lange zu belasten, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist" (VfSlg. 11.196/1986 betreffend die Berufung gegen Abgabenbescheide; vgl. ferner VfSlg. 12.683/1991 und 14.548/1996 betreffend die Vollstreckung von Dienstnehmeransprüchen; VfSlg. 13.003/1992 und 13.305/1992 betreffend den Einspruch in Verwaltungs-sachen nach dem ASVG; VfSlg. 14.765/1997 betreffend Umlagen nach ApothekerkammerG; VfSlg. 15.511/1999 betreffend Bestimmungen des AIVG; VfSlg. 14.374/1995 betreffend den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Berufungen gegen bestimmte, Ausweisungen anordnende Bestimmungen des FPG; VfSlg. 17.340/2004 betreffend den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Berufung gegen eine Zurückweisung des Asylantrages wegen vertraglicher Unzuständigkeit oder Unzuständigkeit auf Grund der Dublin II-VO uva.).

25

2.5. Im Erkenntnis VfSlg. 17.340/2004 kam der Verfassungsgerichtshof zu dem Schluss, dass der ausnahmslose Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Berufung gegen bestimmte zurückweisende Entscheidungen im Hinblick auf den damit verbundenen Ausspruch über die Ausweisung in den Schutzbereich des Art. 3 EMRK oder Art. 8 EMRK fallen kann. Der ausnahmslose Ausschluss der

26

aufschiebenden Wirkung mache eine Interessenabwägung zu Gunsten des Asylwerbers unmöglich und belaste den Berufungswerber damit in verfassungswidriger Weise einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen Entscheidung. Darüber hinaus hat der Verfassungsgerichtshof in dieser Entscheidung festgestellt, dass eine Bestimmung wie jene des § 34b Abs. 1 Z 1 AsylG 1997, BGBl. 76 idF BGBl. I 101/2003, welche vorsah, dass die örtlich zuständige Fremdenpolizeibehörde die Schubhaft zum Zwecke der Sicherung der Ausweisung oder Abschiebung mit Bescheid anordnen kann, wenn der Fremde nach einer rechtskräftigen Zurückweisungsentscheidung im Zulassungsverfahren oder nach rechtskräftig negativer Entscheidung einen neuerlichen Asylantrag (Folgeantrag) stellt oder einbringt, da sie nicht zwischen evident unzulässigen Folgeanträgen und solchen, die ein Asylwerber auf Grund der Änderung der Sach- und Rechtslage mit Erfolgsaussichten stellt, unterscheidet, überschießend ausgestaltet ist und wegen ihres Widerspruchs zum Rechtsstaatsprinzip verfassungswidrig ist.

2.6. Der mit § 12a Abs. 1 AsylG 2005 verbundene Ausschluss des faktischen Abschiebeschutzes unterscheidet sich von der dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 17.340/2004 zugrunde liegenden Bestimmung. Letztere hatte den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens zum Gegenstand. § 12a Abs. 1 AsylG 2005 setzt hingegen voraus, dass bereits eine rechtskräftige zurückweisende Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 vorliegt, gegen welche der Fremde mit Hilfe von Rechtsmitteln Rechtsschutz suchen konnte. Dennoch unterliegt der Fremde der Gefahr, noch während des Verfahrens im Zusammenhang mit dem gestellten Folgeantrag und vor der formalen Entscheidung über diesen in den "Dublin-Staat" überstellt zu werden. Es ist vielmehr sogar der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, dass die im vorangegangenen Verfahren erlassene Entscheidung gegenüber einem Fremden, der einen Folgeantrag iSd § 5 AsylG 2005 stellt und dem gemäß § 12a Abs. 1 AsylG 2005 kein faktischer Abschiebeschutz zukommt, jederzeit durchsetzbar ist. In der Bestimmung des § 12a Abs. 4 AsylG 2005 hat der Gesetzgeber nämlich ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, dass das Bundesasylamt dem Fremden den faktischen Abschiebeschutz (nur) in Ausnahmefällen zuzuerkennen hat, wenn der Folgeantrag nicht zur ungerechtfertigten Verhinderung oder Verzögerung der Abschiebung gestellt worden ist, wie sich nicht zuletzt auch aus den Materialien zum FrÄG 2009 (RV 330 BlgNR 24. GP, 11 f.) ergibt (vgl. auch *Muzak*, Die Einschränkungen des faktischen Abschiebeschutzes im Asylverfahren, *migraLex* 2010, 2 [6]), in denen ausgeführt wird:

27

"Mit dem neuen § 12a werden im Hinblick auf den faktischen Abschiebeschutz Sonderbestimmungen für Asylwerber, die einen Folgeantrag gestellt haben, eingeführt. Die Praxis der Vergangenheit hat gezeigt, dass Fremde, deren Antrag auf internationalen Schutz, auch nach Beschwerden vor dem Asyl- und Verfassungsgerichtshof, zurück- oder abgewiesen wurde, oftmals einen oder auch mehrere weitere Anträge auf internationalen Schutz stellen (Folgeanträge, § 2 Abs. 1 Z 23). Diese Anträge dienen in vielen Fällen nicht dem berechtigten Vorbringen neuer Asylgründe, sondern alleinig der Verhinderung oder Verzögerung fremdenpolizeilicher, insbesondere aufenthaltsbeendender, Maßnahmen und damit der ungerechtfertigten Verlängerung des faktischen Aufenthalts in Österreich. Auch wenn diese Verfahren im Allgemeinen wegen entschiedener Sache gemäß § 68 AVG zurückzuweisen sind, erfüllen sie aus Sicht des Fremden dennoch oft ihren Zweck, indem sie die Effektivierung fremdenpolizeilicher Maßnahmen (insbesondere Abschiebungen), also die Rechtsdurchsetzung nach einer rechtskräftig negativen Entscheidung, doch noch verhindern oder zumindest verzögern können. Diese Vorgangsweise stellt eine enorme administrative Belastung für das Asylsystem dar und wird in einem den geordneten Vollzug des Fremdenwesens gefährdenden Ausmaß angewandt. [...]"

Abs. 1 regelt jene Fälle, in denen ein Folgeantrag nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 (Dublin-Fälle) gestellt wurde. [...] Die Sondernorm des Abs. 1 besagt, dass diesen Fremden ein faktischer Abschiebeschutz nicht zukommt, der Abschiebeschutz also ex lege nicht besteht (vgl. dazu auch Abs. 3), sobald die Voraussetzungen der Z 1 bis 3 kumulativ vorliegen. Dies hat zur Folge, dass eine Überstellung des Fremden in den zuständigen Dublin-Staat noch vor der formalen Entscheidung über seinen Folgeantrag möglich ist. [...]"

2.7. Der Verfassungsgerichtshof anerkennt im Zusammenhang mit Abwägungsentscheidungen (zu den entgegenstehenden Interessen des Fremden siehe unten 2.9.) das Bestehen eines öffentlichen Interesses an der Raschheit und der Durchführung der Ausweisung (vgl. VfSlg. 17.340/2004), vor allem im Hinblick auf die begründete Sorge hinsichtlich jener Folgeanträge, die nicht dem berechtigten Vorbringen neuer Asylgründe, sondern alleine der Verhinderung oder Verzögerung fremdenpolizeilicher, insbesondere aufenthaltsbeendender, Maßnahmen und damit der ungerechtfertigten Verlängerung des faktischen Aufenthalts in Österreich dienen (vgl. RV 330 BlgNR 24. GP, 12).

28

2.8. Es ist zutreffend, dass in dem – dem Folgeantrag vorangehenden – auf Grund von § 5 AsylG 2005 zu führenden Verfahren bereits eine substantiierte Prüfung stattgefunden hat. Im Verfahren über den Folgeantrag selbst erfolgt keine Refoulement-Prüfung nach Art. 2 oder 3 EMRK oder eine neuerliche Interessenabwägung iSd Art. 8 EMRK (vgl. im Gegensatz dazu VfSlg. 19.215/2010, da gemäß der dort in Rede stehenden Bestimmung des § 12a Abs. 2 AsylG 2005 vor

29

Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes und damit vor der möglichen Effektuierung einer Ausweisung erneut eine Refoulement-Prüfung nach Art. 2 und Art. 3 EMRK sowie eine Interessenabwägung iSv Art. 8 EMRK vorzunehmen war).

2.9. Dem genannten öffentlichen Interesse können mögliche Nachteile des Fremden entgegenstehen. Die Abwägung dieser Interessen mit den Nachteilen kann nur im Einzelfall vorgenommen werden (vgl. VfSlg. 17.340/2004) und ist in der Konstellation eines Folgeantrages nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 nicht vorgesehen. Dies führt insbesondere in jenen Fällen, in denen eine längere Zeitspanne zwischen der vorangehenden Entscheidung über den Antrag auf internationalen Schutz und dem neuerlichen Antrag liegt, zu einer Rechtsschutzlücke. So können sich in Fällen wie jenem, der dem Antrag des Verwaltungsgerichtshofes zugrunde liegt und in welchem zwischen dem ersten Verfahren und dem Folgeantrag vier Jahre lagen, Änderungen der Umstände im Hinblick auf Art. 3 EMRK ergeben, oder es kann sich das Privat- und Familienleben des Fremden in solcher Art ändern, dass eine erneute Interessenabwägung iSd Art. 8 EMRK vonnöten wäre.

2.10. Im Sinne dieser Annahme hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall *Mohammed gegen Österreich* (EGMR 6.6.2013, Fall *Mohammed*, Appl. 2283/12) die Effektivität des Rechtsmittels gegen die zurückweisende Entscheidung über einen Folgeantrag auf internationalen Schutz verneint und eine Verletzung des Beschwerdeführers in seinem durch Art. 13 iVm Art. 3 EMRK garantierten Recht wegen Entzugs des faktischen Abschiebeschutzes iSd § 12a Abs. 1 AsylG 2005 festgestellt. In dieser Entscheidung hatte sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte unter anderem mit dem Folgeantrag eines Fremden auf internationalen Schutz in Österreich auseinandersetzen, dem gemäß § 12a Abs. 1 AsylG 2005 kein faktischer Abschiebeschutz zukam.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkannte zwar das Bedürfnis der Mitgliedstaaten der EMRK, vereinfachte Asylverfahren durchzuführen, um so mit Asylanträgen, die missbräuchlich oder unbegründet eingebracht werden, umgehen zu können. Auch der Umstand, dass ein Asylwerber in einem ersten Verfahren Zugang zu einer inhaltlichen Prüfung seines Asylantrages gehabt habe, die erneute Überprüfung jedoch bloß in einem beschleunigten Verfahren stattfinde, stelle nicht per se eine Verletzung von Art. 3 EMRK dar (vgl. EGMR 20.9.2007, Fall *Sultani*, Appl. 45.223/05, Rz 64-65; EGMR 2.2.2012, Fall *I.M.*, Appl 9152/09, Rz 142).

Wenn jedoch ein Asylwerber im Verfahren des Folgeantrages ein vertretbares Vorbringen im Sinne des Art. 3 EMRK erhebe, müsse ein Zugang zu einem Rechtsbehelf mit automatischer aufschiebender Wirkung offenstehen, der einer möglichen Abschiebung entgegenstehe. Der Beschwerdeführer vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte habe in seinem ersten Asylverfahren Zugang zu einer umfassenden Rechtskontrolle im Anwendungsbereich der Dublin II-VO gehabt. Bis die Ausweisungsentscheidung gegenüber dem Beschwerdeführer vollstreckt worden sei und er seinen Folgeantrag gestellt habe, sei jedoch fast ein ganzes Jahr vergangen. Auf Grund der damals herrschenden Umstände für Asylwerber in Ungarn und der damaligen Entscheidungspraxis des Asylgerichtshofes in solchen Fällen habe der Folgeantrag des Beschwerdeführers nicht per se als missbräuchlich oder unbegründet bewertet werden dürfen. Vielmehr habe der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt ein plausibles Begehren geltend gemacht. Auf Grund der spezifischen Umstände des Einzelfalles, der zwischen Erst- und Folgeantrag vergangenen Zeitspanne und der veränderten Umstände für Asylwerber in Ungarn hätten die nationalen Regelungen, welche den Beschwerdeführer vor einer Abschiebung nicht geschützt und ihm damit eine substantiierte Prüfung der geänderten Umstände in Ungarn und seines plausiblen Begehrens iSd Art. 3 EMRK entzogen hätten, zu einer Verweigerung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde geführt (EGMR 6.6.2013, Fall *Mohammed*, Appl. 2283/12, Rz 81).

33

2.11. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ging im Fall *Mohammed gegen Österreich* (EGMR 6.6.2013, Fall *Mohammed*, Appl. 2283/12) davon aus, dass bereits in der Zeitspanne eines Jahres für die Durchführung einer Refoulement-Prüfung oder Interessenabwägung maßgebliche Änderungen eintreten können. In den Erläuterungen zum FrÄG 2009 wird zur Regelung in § 12a Abs. 1 AsylG 2005 ausgeführt, dass eine ausreichende Sicherheit der "Dublin-Staaten" im Hinblick auf die geltende Rechtslage und das unverändert hohe rechtsstaatliche Niveau der "Dublin-Staaten", insbesondere hinsichtlich des "Non-Refoulement"-Grundsatzes und der Einhaltung völkerrechtlicher, menschenrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen, bestünde (RV 330 BlgNR 24. GP, 12).

34

2.12. Es kann jedoch ungeachtet des grundsätzlich hohen rechtsstaatlichen Niveaus der "Dublin-Staaten" nicht ausgeschlossen werden, dass eine Änderung

35

der Umstände für den Fremden iSd Art. 2 und Art. 3 EMRK eintritt. Dies zeigt sich auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, der im Fall *M.S.S.* (EGMR 21.1.2011 [GK], Fall *M.S.S.*, Appl. 30.690/09) eine Verletzung des Art. 3 EMRK festgestellt hat, da der Beschwerdeführer durch die Haft- und Lebensbedingungen als Asylwerber in Griechenland einer erniedrigenden Behandlung iSd Art. 3 EMRK ausgesetzt gewesen sei und dies den belgischen Behörden, die seine Überstellung nach Griechenland unter Anwendung des Dublin-Systems für zulässig erklärt hätten, auf Grund der Berichtslage bewusst habe sein müssen. Schließlich hat sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auch im Fall *Mohammed* (EGMR 6.6.2013, Fall *Mohammed*, Appl. 2283/12) mit der Behauptung einer Verletzung in Art. 3 EMRK durch die Überstellung eines Fremden nach Ungarn auseinandergesetzt und – wenngleich die Schwelle des Art. 3 EMRK hier nicht erreicht wurde – zumindest eine solche Änderung der Umstände angenommen, dass es durch die Unmöglichkeit der Vornahme einer substantiierten Prüfung der geänderten Umstände in Ungarn zu einer Verweigerung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde gekommen sei.

2.13. Der Gesetzgeber unterscheidet im Zusammenhang mit dem faktischen Abschiebeschutz gemäß § 12a Abs. 1 AsylG 2005 und einem Folgeantrag nicht danach, ob ein Asylwerber nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 oder nach einer späteren zurückweisenden Entscheidung gemäß § 68 Abs. 1 AVG einen evident unzulässigen Folgeantrag stellt oder aber einen Folgeantrag, der auf Grund der Änderung der Umstände eingebracht wird (vgl. VfSlg. 17.340/2004). Der generelle und ausnahmslose Ausschluss des faktischen Abschiebeschutzes in § 12a Abs. 1 AsylG 2005 führt dazu, dass auch in besonderen Fällen, insbesondere wenn es zu maßgeblichen Änderungen der Umstände im Zusammenhang mit Art. 3 EMRK im zuständigen "Dublin-Staat" kommt oder wenn das Privat- und Familienleben des Fremden eine entsprechende Veränderung erfährt, eine (erneute) Interessenabwägung zu Gunsten des Asylwerbers unmöglich ist. Die Bestimmung des § 12a Abs. 1 AsylG 2005 war deshalb zu undifferenziert ausgestaltet und daher wegen Widerspruchs mit dem Rechtsstaatsprinzip verfassungswidrig.

2.14. Angesichts dessen braucht auf die übrigen Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes, die von ihm angefochtene Bestimmung verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz und die Garantie des Art. 13 iVm Art. 3 und Art. 8 EMRK, nicht eingegangen zu werden.

36

37

IV. Ergebnis

1. Die Bestimmung des § 12a Abs. 1 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005), BGBl. I 100 idF BGBl. I 122/2009, ist mit dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 - FrÄG 2011, BGBl. I 38/2011, außer Kraft getreten. Der Verfassungsgerichtshof hat sich deshalb auf den Ausspruch zu beschränken, dass § 12a Abs. 1 AsylG 2005, BGBl. I 100 idF BGBl. I 122/2009 verfassungswidrig war. Dieser Ausspruch stützt sich auf Art. 140 Abs. 4 B-VG. 38
2. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung im Bundesgesetzblatt I erfließt aus Art. 140 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs. 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGBIG. 39
3. Der Antrag festzustellen, dass die Wortfolge "nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 oder" in § 12a Abs. 1 AsylG 2005, BGBl. I 100 idF BGBl. I 122/2009, verfassungswidrig war, ist als unzulässig zurückzuweisen. 40
4. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 41

Wien, am 26. Februar 2014

Der Präsident:
Dr. HOLZINGER

Schriftführerin:
Dr. KRAUSKOPF-MAYERHÖFER