

VERFASSUNGSGERICHTSHOF
G 160-162/2014-10
9. Dezember 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. Christoph HERBST,
Dr. Michael HOLOUBEK,
Dr. Helmut HÖRTENHUBER,
Dr. Claudia KAHR,
Dr. Georg LIENBACHER,
Dr. Rudolf MÜLLER,
Dr. Johannes SCHNIZER und
Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein des Schriftführers
Mag. Johannes SCHÖN,

in dem von Amts wegen eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 46a Abs. 1a des Bundesgesetzes über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl. I 100 idF BGBl. I 38/2011, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

§ 46a Abs. 1a des Bundesgesetzes über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl. I Nr. 100 idF BGBl. I Nr. 38/2011, war nicht verfassungswidrig.

Entscheidungsgründe

I. Anlassverfahren, Prüfungsbeschluss und Vorverfahren

1. Beim Verfassungsgerichtshof ist zur Zahl B 1353/2013 eine auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde einer slowakischen Staatsangehörigen anhängig. Mit Bescheid der Bundespolizeidirektion Wien vom 25. September 2008 wurde über sie wegen mehrfacher strafgerichtlicher Verurteilungen ein unbefristetes Aufenthaltsverbot verhängt. Der gegen diesen Bescheid gerichteten Berufung wurde mit Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien (im Folgenden: UVS Wien) vom 6. April 2009 keine Folge gegeben. Mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 16. Juni 2009 sowie mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 9. November 2009 wurde jeweils die Behandlung der Beschwerden abgelehnt. 1

2. Der am 5. Juli 2010 gestellte Antrag auf Aufhebung des Aufenthaltsverbotes wurde mit Bescheid der Bundespolizeidirektion Wien vom 12. Jänner 2011 abgewiesen. Der gegen diesen Bescheid gerichteten Berufung wurde mit Bescheid des UVS Wien vom 12. September 2011 insofern Folge gegeben, als die Dauer des verhängten Aufenthaltsverbotes mit acht Jahren festgesetzt wurde. Mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 14. Dezember 2011 sowie mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Jänner 2012 wurde jeweils die 2

Behandlung auch der gegen diese Bescheide gerichteten Beschwerden abgelehnt.

3. Am 15. Dezember 2010 stellte die Erstbeschwerdeführerin einen Antrag auf Feststellung des Status einer Geduldeten im Sinne des § 46a Fremdenpolizeigesetz 2005, BGBl. I 100 idF BGBl. I 38/2011 (im Folgenden: FPG). Dieser Antrag wurde mit Bescheid der Bundespolizeidirektion Wien vom 26. November 2011 abgewiesen. Begründend wurde ausgeführt, dass keiner der Sachverhalte nach § 46a Abs. 1 und Abs. 1a FPG vorliege. Ab der Entlassung aus der Strafhaft sei eine Abschiebung tatsächlich möglich. 3

3.1. Der gegen diesen Bescheid gerichteten Berufung wurde mit Bescheid des UVS Wien vom 17. September 2012 keine Folge gegeben und der bekämpfte Bescheid mit der Maßgabe bestätigt, dass der Spruch zu lauten habe: "Ihr Antrag vom 15.12.2010 betreffend Feststellung des Status einer Geduldeten im Sinne des § 46a FPG wird zurückgewiesen". Begründend wurde ausgeführt, dass der Antrag auf Feststellung des Status einer Geduldeten im Sinne des § 46a FPG zurückgewiesen hätte werden müssen, da das Gesetz diesbezüglich kein Antragsrecht vorsehe. 4

4. Der Beschwerdeführer im Verfahren zu B 751/2013 ist Staatsangehöriger Pakistans. Die Abweisung seines Antrags auf internationalen Schutz erwuchs am 28. September 2008 in Rechtskraft. Während einer Einvernahme vor der Bundespolizeidirektion Wien am 28. Juli 2009 füllte der Beschwerdeführer ein Formblatt für die Erlangung eines Heimreisezertifikats aus. Nach einer Übermittlung der Fingerabdrücke des Beschwerdeführers seitens des Bundeskriminalamts auf Anfrage der Bundespolizeidirektion Wien ersuchte diese die Konsularabteilung der Botschaft der Islamischen Republik Pakistan mit Schreiben vom 13. August 2009 um Ausstellung eines Heimreisezertifikats für den Beschwerdeführer, da dessen Abschiebung beabsichtigt sei. Mit Schreiben vom 13. November 2009 teilte die Botschaft der Islamischen Republik Pakistan der Bundespolizeidirektion Wien mit, dass keine Informationen über den Beschwerdeführer gefunden worden seien. 5

4.1. Am 9. April 2010 wurde der Beschwerdeführer von Sicherheitsorganen aufgegriffen. Nachdem eine Abfrage im elektronischen kriminalpolizeilichen Informationssystem (EKIS) ergeben hatte, dass das Asylverfahren des Beschwerdeführers rechtskräftig abgeschlossen war, gingen die Sicherheits- 6

organe davon aus, dass er sich rechtswidrig im Bundesgebiet aufhalte. Er wurde wegen Verdachts einer Verwaltungsübertretung gemäß § 120 FPG festgenommen und der Bundespolizeidirektion Wien vorgeführt. Diese ordnete mit Bescheid vom 10. April 2010 die Schubhaft zur Sicherung der Abschiebung des Beschwerdeführers an. Am 12. April 2010 übermittelte die Bundespolizeidirektion Wien eine Kopie des pakistanischen Führerscheins des Beschwerdeführers an die Botschaft der Islamischen Republik Pakistan und ersuchte um Ausstellung eines Heimreisezertifikats für den Beschwerdeführer. Am 9. Juni 2010 wurde dem Beschwerdeführer mündlich mitgeteilt, dass die Dauer der Schubhaft auf sechs Monate verlängert werde, da nach wie vor kein Heimreisezertifikat vorliege. Am 16. September 2010 wurde der Beschwerdeführer mit der Begründung aus der Schubhaft entlassen, dass nach wie vor kein Heimreisezertifikat vorliege und eine weitere Anhaltung in Schubhaft unverhältnismäßig wäre. Zwischen 2010 und 2012 wurde der Beschwerdeführer wiederholt aufgegriffen und wegen Verdachts der Begehung einer Verwaltungsübertretung nach § 120 FPG festgenommen.

4.2. Die Bundespolizeidirektion Wien bzw. die Landespolizeidirektion Wien richtete bis zum 24. Mai 2013 wiederholt schriftliche Urgezen an die Botschaft der Islamischen Republik Pakistan. Die Botschaft der Islamischen Republik Pakistan forderte die Behörden im Heimatstaat des Beschwerdeführers wiederholt auf, dessen Identität zu bestätigen. 7

4.3. Am 25. Februar 2013 beantragte der Beschwerdeführer bei der Landespolizeidirektion Wien die Ausstellung einer Karte für Geduldete nach § 46a Abs. 2 FPG und brachte vor, dass er im Zusammenhang mit der Beschaffung des Heimreisezertifikats stets kooperativ gewesen und eine Abschiebung aus tatsächlichen, von ihm nicht zu vertretenden Gründen unmöglich sei. Die Landespolizeidirektion Wien wies den Antrag mit Bescheid vom 23. März 2013 (offenbar fälschlich datiert mit "23. 2. 2013") mit der Begründung ab, dass der Beschwerdeführer bei der Beschaffung des Heimreisezertifikats nur ungenügend mitgewirkt habe, insbesondere dadurch, dass er nicht immer ordnungsgemäß gemeldet gewesen sei, sich mit einem gefälschten Dokument ausgewiesen habe und im Jahr 2011 einer Ladung zur Ausfüllung eines Formblattes zur Erlangung des Heimreisezertifikates nicht nachgekommen sei. 8

Weiters habe er sich im Zuge einer Anhaltung dahingehend geäußert, dass er gerne in Österreich bleiben würde.

Mit Berufungsbescheid vom 14. Mai 2013 bestätigte die Landespolizeidirektion Wien, Büro II. Instanz, den erstinstanzlichen Bescheid mit der Maßgabe, dass der Antrag gemäß § 46a Abs. 1a FPG zurückgewiesen werde. Begründend führte die Landespolizeidirektion Wien unter Berufung auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 16. Mai 2012, 2012/21/0053, aus, dass durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011, BGBl. I 38/2011, die Antragsmöglichkeit in Bezug auf die Ausstellung der Karte für Geduldete beseitigt worden sei. Es sei die zum Entscheidungszeitpunkt geltende Rechtslage anzuwenden, zumal hinsichtlich § 46a FPG keine Übergangsregelungen vorgesehen seien. Demnach sei der Antrag des Beschwerdeführers mangels Antragsmöglichkeit richtigerweise zurückzuweisen gewesen.

9

5. Bei der Behandlung der gegen diese Bescheide gerichteten Beschwerden sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des § 46a Abs. 1a des Bundesgesetzes über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl. I 100 idF BGBl. I 38/2011, entstanden. Der Verfassungsgerichtshof hat daher am 23. Juni 2014 beschlossen, diese Gesetzesbestimmungen von Amts wegen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

10

6. Der Verfassungsgerichtshof legte seine Bedenken, die ihn zur Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahrens bestimmt haben, in seinem Prüfungsbeschluss wie folgt dar:

11

"3.1. Gemäß § 46a Abs. 1a FPG ist der Aufenthalt von Fremden im Bundesgebiet geduldet, wenn die Behörde von Amts wegen feststellt, dass die Abschiebung des Betroffenen aus tatsächlichen, vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich ist, es sei denn, dass nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 eine Zuständigkeit des anderen Staates weiterhin besteht oder dieser die Zuständigkeit weiterhin oder neuerlich anerkennt. Gemäß Abs. 2 leg.cit. ist dem Fremden eine Karte für Geduldete auszustellen, wenn dessen Aufenthalt im Bundesgebiet geduldet ist. Der Verfassungsgerichtshof versteht diese Bestimmung auf Grund ihres Wortlautes vorläufig dahin, dass die tatsächliche Unmöglichkeit einer Abschiebung erst zu dem Zeitpunkt feststeht (und daher auch erst dann festgestellt werden kann), zu welchem davon ausgegangen werden muss, dass die tatsächlichen Hindernisse einer Abschiebung auf Dauer

entgegenstehen, etwa weil die Weigerung des potentiellen Empfangsstaates, ein Heimreisezertifikat auszustellen, zumindest auf absehbare Zeit endgültig ist.

3.2. Gemäß § 120 Abs. 1a FPG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von € 500,- bis zu € 2.500,-, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, zu bestrafen, wer sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Eine Verwaltungsübertretung liegt gemäß § 120 Abs. 5 Z 2 FPG nicht vor, solange der Fremde im Sinne des § 46a FPG geduldet ist. Dies dürfte u.a. zur Folge haben, dass der Fremde während des Verfahrens zur Erlangung des zur Abschiebung nötigen Heimreisezertifikates wegen rechtswidrigen Aufenthaltes im Inland nach § 120 Abs. 1a FPG strafbar bleibt und die Wirkung der Straflosigkeit nach § 120 Abs. 5 Z 2 FPG erst dann eintritt, wenn festgestellt wurde, dass die Abschiebung tatsächlich unmöglich ist. Denn nach dem Wortlaut des § 46a Abs. 1a FPG setzt der Eintritt der Duldung die von Amts wegen vorgenommene Feststellung der tatsächlichen Unmöglichkeit einer Abschiebung voraus.

3.3. Ein Antragsrecht in Bezug auf diese Feststellung sieht das Gesetz aber nicht vor (vgl. auch VwGH 16.5.2012, 2012/21/0053). Diese Rechtslage dürfte mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips nicht in Einklang stehen:

3.3.1. Wie der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis VfSlg. 13.223/1992 unter Hinweis auf seine Rechtsprechung betont hat (VfSlg. 8279/1978 mit Bezugnahme auf VfSlg. 2929/1955; s. auch VfSlg. 2455/1952), gipfelt der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips darin, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, dass nur Akte in ihrer rechtlichen Existenz als dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden (vgl. auch VfSlg. 11.196/1986, 12.683/1991).

3.3.2. Der Verfassungsgerichtshof hat bereits in VfSlg. 13.223/1992 ausgesprochen, dass es mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar und daher von Verfassungen wegen verpönt ist, wenn staatliche Entscheidungen der zwingend vorgesehenen Rechtskontrolle dadurch entzogen werden, dass die Erlassung der verfassungsgesetzlich vorgesehenen Rechtssatzform des Bescheides ausgeschlossen wird. Wie schon in der bisherigen Rechtsprechung zum Ausdruck kam, muss die Anrufung des Verfassungsgerichtshofes der Bevölkerung als das letzte Mittel, ihre verfassungsmäßigen Rechte geltend zu machen, gewahrt sein (vgl. VfSlg. 1524/1946, 1542/1946, 8888/1980).

Aus diesen Gründen sind Parteien nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 8047/1977, 9993/1984) nicht nur dann berechtigt, die bescheidmäßige Feststellung strittiger Rechtsverhältnisse zu begehren, wenn derartige Feststellungsbescheide im Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind, sondern immer auch dann, wenn der Bescheid im Einzelfall notwendiges Mittel

zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung ist. Ein Feststellungsantrag ist insbesondere dann ein notwendiges und verfassungsrechtlich auch gebotenes Mittel der Rechtsverteidigung, wenn die Partei ansonsten bei ungeklärter Rechtslage der Gefahr einer Bestrafung ausgesetzt wäre.

3.3.2.1. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass § 46a Abs. 1a iVm dem Strafausschließungsgrund des § 120 Abs. 5 Z 2 FPG die Rechtsverhältnisse jener Gruppe von Fremden regeln soll, die aus Gründen, auf die sie keinen Einfluss haben, am – infolge des Ausreisegebotes der Rückkehrentscheidung an sich gebotenen – Verlassen des Bundesgebietes gehindert sind, und zwar solange dieses Hindernis andauert. Ein solcher Fremder, der sich im Inland nicht rechtmäßig aufhält, weil sein Abschiebungsverfahren im Gang ist, läuft nämlich gleichwohl Gefahr, auch dann wegen der Verwaltungsübertretung des rechtswidrigen Aufenthaltes im Bundesgebiet gemäß § 120 Abs. 1a FPG belangt und zumindest vorübergehend festgenommen zu werden, wenn und solange eine Abschiebung insbesondere auch aus Gründen, die beim Herkunftsstaat liegen, gar nicht möglich ist, jedoch von der Behörde keine formelle Feststellung darüber getroffen wurde und auch eine Karte für Geduldete mangels einer solchen Feststellung noch nicht ausgestellt worden ist. Denn so lange dürfte der Fremde zumindest nicht in der Lage sein, einem einschreitenden Amtsorgan an Ort und Stelle urkundlich nachzuweisen, dass sein (rechtswidriger) Aufenthalt (insoweit) unverschuldet und er daher geduldet ist.

3.3.2.2. Ein solcher Fremder dürfte ferner dem Risiko ausgesetzt sein, von der Fremdenpolizei aufgegriffen und (zur Sicherung der Abschiebung) auch dann in Schubhaft genommen zu werden, wenn die Voraussetzungen für eine Feststellung iSv § 46a Abs. 1a FPG längst vorliegen, eine solche Feststellung aus welchen Gründen aber immer von Amts wegen noch nicht getroffen wurde.

3.3.3. In solchen Konstellationen dürfte sich aber ein Antrag auf Feststellung des Status eines Geduldeten im Sinne des § 46a FPG als verfassungsrechtlich gebotenes Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erweisen, weil für den Betroffenen die dargestellten Folgen des Ausgeliefertseins an eine ungeklärte Rechtslage, verbunden mit den Gefahren einer Bestrafung und der Verhängung von Schubhaft, nach vorläufiger Ansicht des Verfassungsgerichtshofes nicht zumutbar sein dürften. Der Wortlaut des § 46a Abs. 1a FPG, wonach Fremde geduldet sind, wenn die Behörde (offenbar nur) von Amts wegen feststellt, dass die Abschiebung des Betroffenen aus tatsächlichen, vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich ist, dürfte jedoch der Zulässigkeit eines solchen Feststellungsantrages entgegenstehen.

3.3.4. Der Behörde ist in § 46a Abs. 2 FPG zwar die Pflicht auferlegt, Fremden, deren Aufenthalt im Bundesgebiet geduldet ist, zur Erleichterung des jederzeitigen Nachweises dieses Umstandes eine Karte für Geduldete auszustellen; selbst wenn man annimmt, dass dieser Pflicht zur Ausstellung der Karte ein korrespondierendes, grundsätzlich mit Bescheid zu erledigendes (Antrags-)Recht der Fremden gegenübersteht, dürfte dieses kein ausreichender Ersatz für das Fehlen eines Feststellungsrechtes auf Eintritt der Duldung darstellen, da das Recht auf Ausstellung einer Karte für Geduldete seinerseits von der vorherigen – nicht bescheidförmig, sondern anscheinend durch einen behördeninternen Akt

vorzunehmenden – amtswegigen Feststellung der Duldung im Sinne des § 46a Abs. 1a FPG abzuhängen scheint (vgl. VwGH 25.10.2012, 2011/21/0256).

3.3.5. Der Mangel eines Antragsrechts auf Feststellung der tatsächlichen Unmöglichkeit der Abschiebung und die nicht in Bescheidform ergehende behördliche Entscheidung über die Zuerkennung des Status des Geduldeten haben anscheinend zur Folge, dass u.a. hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen für die Anwendung des § 120 Abs. 5 Z 2 FPG kein Rechtsschutzweg eröffnet ist. Dies scheint aber selbst unter der Annahme, dass der Gesetzgeber der Behörde insoweit Ermessen einräumen hätte wollen, eine Rechtmäßigkeitskontrolle dieser Ermessensübung auf Ermessensmissbrauch oder Ermessensüberschreitung auszuschließen. Angesichts der mit der Anerkennung als Geduldeter für den Fremden verbundenen weitreichenden Rechtsfolgen scheint § 46a Abs. 1a FPG daher gegen das Rechtsstaatsprinzip zu verstoßen.

3.3.6. Es wird aber im Gesetzesprüfungsverfahren zu erörtern sein, ob das Vorliegen der Voraussetzungen der Duldung zumindest insoweit einer rechtsstaatlichen Kontrolle unterliegt, als die Behörde diese als Tatbestandsvoraussetzungen im Verfahren zur Ausstellung einer Karte für Geduldete zu prüfen und darüber eine bescheidmäßige Erledigung zu ergehen hat, die ihrerseits einer Prüfung ob ihrer Rechtmäßigkeit unterzogen werden kann.

3.4. § 46a Abs. 1a FPG idF BGBl. I 38/2011 dürfte aber auch gegen den Gleichheitssatz verstoßen.

3.4.1. Nach der mit VfSlg. 13.836/1994 beginnenden, nunmehr ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (s. etwa VfSlg. 14.650/1996 und die dort angeführte Vorjudikatur; weiters VfSlg. 16.080/2001 und 17.026/2003) enthält Art. I Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl. 390/1973, das allgemeine, sowohl an die Gesetzgebung als auch an die Vollziehung gerichtete Verbot, sachlich nicht begründbare Unterscheidungen zwischen Fremden vorzunehmen. Diese Verfassungsnorm enthält ein – auch das Sachlichkeitsgebot einschließendes – Gebot der Gleichbehandlung von Fremden untereinander; deren Ungleichbehandlung ist also nur dann und insoweit zulässig, als hierfür ein vernünftiger Grund erkennbar und die Ungleichbehandlung nicht unverhältnismäßig ist.

3.4.2. § 46a Abs. 1a FPG idF BGBl. I 38/2011 bestimmt, dass eine Duldung wegen Vorliegens eines tatsächlichen Abschiebungshindernisses erst mit der behördlichen Feststellung der Unmöglichkeit der Abschiebung eintritt. Damit dürfte innerhalb der Gruppe jener Fremden, die unverschuldet aus tatsächlichen Gründen nicht abgeschoben werden können, zwischen jenen unterschieden werden, in deren Angelegenheit die Behörde eine solche Feststellung vorgenommen hat, und jenen, in deren Angelegenheit die Behörde eine solche Feststellung nicht getroffen hat, obwohl sich die beiden Gruppen nicht durch die behördlich festzustellende Unmöglichkeit der Ausreise, sondern nur dadurch

unterscheiden, dass die Behörde in einem Fall tätig wird und in dem anderen Fall nicht. Dies scheint dazu zu führen, dass die Angehörigen der zweiten Gruppe nicht geduldet sind und daher von den Rechtsfolgen, die an eine Duldung geknüpft sind, ausgeschlossen werden (zB Strafausschließungsgrund gemäß § 120 Abs. 5 FPG, Zugang zum Arbeitsmarkt gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 AuslBG, Aussicht auf Aufenthaltsbewilligung gemäß § 69a Abs. 1 Z 1 NAG idF BGBl. I 87/2012), ohne dass erkennbare objektive Abgrenzungskriterien zur ersten Gruppe dafür dem Gesetz zu entnehmen wären.

3.4.3. Der Verfassungsgerichtshof vermag aber vorläufig auch keine sachliche Rechtfertigung dafür zu erkennen, dass die Duldung erst mit der definitiven Unmöglichkeit der Abschiebung in den Aufnahmestaat wirksam wird. Vielmehr dürfte bei der in Rede stehenden Personengruppe eine Abschiebung auch schon davor, nämlich im gesamten Zeitraum bis zur Ausstellung eines Heimreisezertifikates durch den Aufnahmestaat, in ganz gleicher Weise aus Gründen, die der Fremde nicht zu vertreten hat, unmöglich sein. Diese nicht vom Fremden zu vertretende Unmöglichkeit dürfte überhaupt nur dann und zu jenem Zeitpunkt wegfallen, zu dem der Aufnahmestaat ein entsprechendes Heimreisezertifikat tatsächlich ausstellt. Es scheint keinen sachlichen Grund dafür zu geben, Fremde während dieses Zeitraums der von ihnen nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Abschiebung, also bei einer im wesentlichen Punkt identen Sachlage, den oben dargestellten Risiken auszusetzen und die Duldung und damit auch den Schutz vor Festnahme in Schubhaft und verwaltungsstrafrechtlicher Verfolgung erst eintreten zu lassen, sobald die Abschiebung von der Behörde als unmöglich beurteilt wird.

3.4.4. In sich unsachlich, weil einander anscheinend diametral widersprechende Anordnungen treffend, scheint ferner die Regelung des vorletzten und letzten Satzes des § 46a Abs. 1a FPG zu sein: Denn es wird darin einerseits angeordnet, dass die für die Duldung festgesetzten Auflagen dem Fremden 'mit Verfahrensanordnung (§ 63 Abs. 2 AVG)' mitzuteilen sind (was zur Folge hat, dass diese Anordnungen iSd § 63 Abs. 2 AVG (nunmehr § 7 Abs. 1 VwGVG) erst in der Berufung (nunmehr Beschwerde) gegen den die Angelegenheit erledigenden Bescheid bekämpfbar (gewesen) wären, der aber im Falle der Ausstellung der Karte für Geduldete anscheinend gar nicht erlassen werden soll; siehe Pkt. 3.3.5.) während andererseits im letzten Satz der Norm gleichzeitig § 56 FPG für sinngemäß anwendbar erklärt wird, wonach Auflagen aber von vornherein mit Mandatsbescheid festzusetzen wären.

3.5. § 46a Abs. 1a FPG scheint aber auch gegen das in Art. 18 Abs. 1 B-VG verankerte Legalitätsprinzip zu verstoßen.

3.5.1. Das Legalitätsprinzip gebietet, dass Gesetze einen Inhalt haben müssen, durch den das Verhalten der Behörde vorherbestimmt ist. Es ist jedoch verfassungsgesetzlich zulässig, wenn der einfache Gesetzgeber einer Verwaltungsbehörde ein Auswahlermessen einräumt und die Auswahlentscheidung an – die Behörde bindende – Kriterien knüpft (vgl. zB VfSlg. 5810/1968, 12.399/1990, 12.497/1990, 16.625/2002). Dass der Gesetzgeber bei der Beschreibung und Formulierung dieser Kriterien unbestimmte Gesetzesbegriffe verwendet, dadurch zwangsläufig Unschärfen in Kauf nimmt und von einer exakten

Determinierung des Behördenhandelns Abstand nimmt, kann im Hinblick auf den Regelungsgegenstand erforderlich sein, steht aber grundsätzlich in Einklang mit Art. 18 Abs. 1 B-VG (vgl. die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum 'differenzierten Legalitätsprinzip', VfSlg. 13.785/1994 mwN).

3.5.2. Die Grenze zwischen einer noch ausreichenden materiellen Bestimmtheit des behördlichen Handelns und einer formalen Delegation wird in einzelnen Fällen nicht immer leicht zu bestimmen sein. Entscheidungskriterium ist hier stets die Frage, ob die getroffene behördliche Entscheidung auf ihre inhaltliche Gesetzmäßigkeit überprüft werden kann. Dabei sind in Ermittlung des Inhalts des Gesetzes alle zur Verfügung stehenden Auslegungsmöglichkeiten auszuschöpfen: Nur wenn sich nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden immer noch nicht beurteilen lässt, was im konkreten Fall rechtens ist, verletzt die Norm die in Art. 18 B-VG statuierten rechtsstaatlichen Erfordernisse.

3.5.3. Bei § 46a Abs. 1a FPG scheint es dem Verfassungsgerichtshof unter Heranziehung aller Interpretationsmethoden nicht möglich, auf Grund des Gesetzes zu bestimmen, nach welchen Kriterien und – vor allem – wann die Behörde festzustellen hat, dass die Abschiebung des Betroffenen aus tatsächlichen vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich ist. In § 46a Abs. 1b leg.cit. ist nur eine Reihe von Ursachen für Abschiebungshindernisse genannt, die vom Fremden zu vertreten sind und bei deren Vorliegen die Behörde nicht feststellen darf, dass die Abschiebung nicht möglich ist.

3.5.4. Der verbleibende Handlungsspielraum der Behörde hinsichtlich des 'Ob' und des 'Wann' der Feststellung ist jedoch immer noch so groß, dass es dem Verfassungsgerichtshof unmöglich erscheint, eine im Rahmen dieses Spielraumes getroffene Entscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit hin zu überprüfen.

3.5.5. Ein diesen Spielraum einschränkendes Kriterium scheint zu fehlen. § 46a Abs. 1a FPG ordnet nicht einmal an, dass die Behörde beim Vorliegen von Gründen, die eine Abschiebung unmöglich machen, sogleich eine entsprechende Feststellung und in welcher Form – etwa durch Bescheid oder durch Aktenvermerk – sie diese zu treffen hat. Ungeachtet der Regelung, welche Rechtsfolgen die Feststellung der Behörde auslöst (vgl. u.a. § 46a Abs. 2 FPG), bleibt völlig unregelt, auf Grund welcher Tatbestandsvoraussetzungen und auf welche Weise eine derartige Feststellung zu erfolgen hat.

3.5.6. Das führt anscheinend auch dazu, dass es trotz eines bereits erfolgten Eintritts der Unmöglichkeit der Abschiebung dem Belieben der Behörde überlassen bleibt, den Zeitpunkt, zu dem die Duldung festgestellt und damit (unter anderem) der Strafausschlussgrund des § 120 Abs. 5 FPG für die Betroffenen wirksam wird, weitgehend frei zu bestimmen. In vielen Fällen dürfte es nämlich weitgehend von einer subjektiven Bewertung des Verhaltens des Aufnahmestaates durch die Behörde abhängen, ob und ab welchem Zeitpunkt in Bezug auf eine Person genau feststeht, dass deren Abschiebung aus Gründen, die im Verhalten des potentiellen Aufnahmestaates liegen, nicht möglich ist; dies

scheint letztlich davon abzuhängen, um welchen Staat es sich handelt, sodass die Unmöglichkeit der Abschiebung auf verschiedene Weise und oft erst nach unterschiedlich langer Verfahrensdauer zum Ausdruck kommen wird. Daher dürfte es rechtsstaatlich geboten sein, ein klar definiertes Kriterium, das anscheinend auch im fruchtlosen Ablauf einer Frist bestehen könnte, für die Zulässigkeit der Feststellung zu normieren, da andernfalls die Vollziehung anscheinend der Willkür der Behörde überantwortet ist."

7. Die Bundesregierung erstattete eine Äußerung, in der sie beantragt, der Verfassungsgerichtshof wolle aussprechen, dass die in Prüfung gezogene Bestimmung nicht verfassungswidrig war, und den im Prüfungsbeschluss dargelegten Bedenken wie folgt entgegentritt:

12

"1. Zu den Bedenken im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip:

1.1. Der Verfassungsgerichtshof hegt das Bedenken, dass die in Prüfung gezogene Bestimmung gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoße, da nach dieser ein Antragsrecht von Fremden auf Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen ihrer Duldung nicht vorgesehen sei. Fremde, hinsichtlich derer die Voraussetzungen der Duldung gemäß § 46a Abs. 1a FPG vorliegen, deren Duldung aber noch nicht formell festgestellt worden sei (und für die demgemäß eine Karte für Geduldete noch nicht ausgestellt worden sei), seien dem Risiko ausgesetzt, gemäß § 120 Abs. 1a FPG belangt und zumindest vorübergehend festgenommen zu werden, da sie ihre Duldung einem einschreitenden Amtsorgan gegenüber nicht an Ort und Stelle nachweisen könnten. Weiters seien Fremde in diesen Fällen dem Risiko ausgesetzt, in Schubhaft genommen zu werden. In diesen Konstellationen erscheine ein Antrag auf Feststellung des Status eines Geduldeten als verfassungsrechtlich gebotenes Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung.

1.2. Die Bundesregierung geht von folgender Rechtslage aus:

1.2.1. Gemäß § 46a Abs. 2 FPG hat die Behörde Fremden, deren Aufenthalt im Bundesgebiet geduldet ist, eine Karte für Geduldete auszustellen. Während das Gesetz die Ausstellung der Karte bis zum FrÄG 2011 dem Ermessen der Behörde überließ (vgl. die Formulierung 'Die Behörde kann...' in § 46a Abs. 2 FPG idF FrÄG 2009), ist seit dem FrÄG 2011 eine entsprechende Pflicht der Behörde vorgesehen (vgl. die Formulierung 'Die Behörde hat...'). Dem entsprechend wird in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage eines FrÄG 2011 ausgeführt, dass 'die Behörden nunmehr Geduldeten eine Duldungskarte jedenfalls auszustellen haben, wenn die Voraussetzungen vorliegen und die Bestimmung nicht mehr – wie bisher – der Behörde ein Ermessen über die Ausstellung einräumt.' (1078 BlgNR XIV. GP, 28).

Diese Pflicht zur Ausstellung einer Karte für Geduldete dient nicht nur der Wahrung öffentlicher Interessen, sondern auch der Interessen des geduldeten Fremden. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum FrÄG 2009 wird dazu ausgeführt, dass die Karte Probleme vermeiden soll, 'die mit einer Nichtfeststell-

barkeit der Identität einhergehen, was sowohl im Sinne des Fremden, als auch im Interesse der Behörde ist.' (330 BlgNR XXIV. GP, 30). Die Karte für Geduldete soll somit sicherstellen, dass sich Fremde ausweisen und ihren Status als Geduldete rasch glaubhaft machen können.

Hat eine Person ein Interesse an der Erfüllung einer Pflicht, ein Interesse, das für die gesetzliche Festlegung der verpflichtenden Norm maßgebend war, so streitet im demokratischen Rechtsstaat eine Vermutung für ihre Befugnis zur Rechtsverfolgung (VwSlg. 16.759 A/2005; Grabenwarter, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, 16. ÖJT 1/1 [2006] 20 ff; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht [3. Aufl. 2009] 376 mwN; 'Schutznormtheorie'). Da die behördliche Pflicht zur Ausstellung einer Karte für Geduldete auch dem Schutz der Interessen spezifischer Einzelpersonen dient, ist von einem Recht eines Fremden auf Ausstellung einer Karte für Geduldete auszugehen. Dieses subjektive öffentliche Recht begründet in Verbindung mit § 8 AVG die Parteistellung des Fremden in einem Verfahren über die Ausstellung der Karte – und damit einen Anspruch auf eine meritorische Entscheidung über dieses Recht, aus dem ein Antragsrecht erfließt.

1.2.2. Wird von einem Fremden die Ausstellung einer Karte für Geduldete beantragt, ohne dass bis zu diesem Zeitpunkt bereits eine (amtswegige) Feststellung über die Duldung getroffen wurde, ist diese Frage im Rahmen der Entscheidung über den Antrag auf Ausstellung der Karte für Geduldete zu beurteilen. Das Vorliegen der Voraussetzungen der Duldung bildet eine Tatbestandsvoraussetzung für die Ausstellung der Karte für Geduldete. Liegen die Voraussetzungen für eine Duldung vor, hat die Behörde eine Karte für Geduldete auszustellen; dem Antrag wird also faktisch entsprochen.

Diese Ausstellung der Karte erfolgt als Ergebnis eines verwaltungsbehördlichen Ermittlungsverfahrens; die Karte ist insofern als Beurkundung zu verstehen, der die rechtliche Bedeutung eines Bescheides zukommt, ohne dass daneben ein gesonderter Bescheid über die Duldung ergeht (vgl. etwa zur Ausstellung des Führerscheins ohne gesonderte bescheidmäßige Erteilung der Lenkerberechtigung VwGH 17.12.2002, 2001/11/0051; Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1996, 503).

Kommt die Behörde zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen der Duldung nicht vorliegen, ist der Antrag auf Ausstellung einer Karte für Geduldete mit Bescheid abzuweisen. Dieser Bescheid kann vom Antragsteller vor den Verwaltungsgerichten und dem Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof bekämpft werden, wobei auch die Rechtmäßigkeit der Beurteilung der Behörde über das Vorliegen der Voraussetzungen einer Duldung überprüft werden kann.

Auf diesem Weg können Fremde, die jederzeit die Ausstellung einer Karte für Geduldete beantragen können, die Frage der Duldung im Rechtsweg überprüfen lassen. Die Bundesregierung geht daher davon aus, dass ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip nicht vorliegt.

2. Zu den Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitssatz:

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hegt das Bedenken, dass die in Prüfung gezogene Bestimmung in verschiedener Hinsicht gegen den Gleichheitssatz verstoße.

2.2. Die Bundesregierung geht davon aus, dass die Duldung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, wie schon nach § 46a FPG idF FrÄG 2009, auch gemäß § 46a Abs. 1a FPG idF FrÄG 2011 ex lege eintritt.

Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 46a Abs. 1a FPG in der in Prüfung gezogenen Fassung des FrÄG 2011. In der Regierungsvorlage zu diesem Gesetz war noch ausdrücklich vorgesehen, dass eine Duldung 'auf Antrag oder von Amts wegen' festzustellen sei (1078 BlgNR XXIV. GP, 23). Dazu führen die Erläuterungen zur Regierungsvorlage aus, dass damit 'selbstverständlich [...] der bisherige 'Automatismus' in solchen Fällen beseitigt [ist], allerdings zu Gunsten von mehr Rechtssicherheit.' (1078 BlgNR XXIV. GP, 27). Das Antragsrecht auf Feststellung der Duldung sollte gleichsam einen Ausgleich für den Entfall des 'Automatismus' – womit der ex lege-Eintritt der Duldung gemeint ist – darstellen; zweiteres war also gleichsam mit ersterem verknüpft.

Das in der Regierungsvorlage enthaltene Antragsrecht ist jedoch nicht Gesetz geworden, dafür aber die Regelung, dass die Feststellung der Duldung (nur) von Amts wegen erfolgt. Vor dem Hintergrund dieser Entstehungsgeschichte ist jedoch nicht davon auszugehen, dass der 'Automatismus' tatsächlich entfallen sollte, da der Entfall des 'Automatismus' von Anfang an wie dargelegt unter der Prämisse eines Antragsrechts des Fremden auf Feststellung der Duldung stand. Die Duldung eines Fremden tritt daher auch gemäß § 46a Abs. 1a FPG bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ex lege ein.

Auch aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich nichts anderes. § 46a Abs. 1a FPG idF FrÄG 2011 sieht eine 'Feststellung' der Behörde über das Vorliegen der Duldungsvoraussetzungen vor. Nach herkömmlicher rechtswissenschaftlicher Terminologie werden durch einen Feststellungsbescheid weder Leistungspflichten begründet noch Rechtsverhältnisse gestaltet. Vielmehr soll lediglich über das Bestehen von Rechtsverhältnissen bzw. das Vorliegen rechtserheblicher Tatsachen abgesprochen werden, die auch ohne diese Feststellung bestehen bzw. vorliegen würden (vgl. zu den Begriffen des Rechtsgestaltungs- und Feststellungsbescheides Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*, 9. Aufl. 2011, 242 f).

Zusammengefasst geht die Bundesregierung daher davon aus, dass die Duldung gemäß § 46a Abs. 1a FPG idF FrÄG 2011 bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ex lege eintritt und die Behörde diesen Umstand lediglich deklaratorisch festzustellen hat. Vor diesem Hintergrund gehen die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes im Hinblick auf den Gleichheitssatz aber ins Leere.

2.3. Der Verfassungsgerichtshof hegt zunächst das Bedenken, dass innerhalb der Gruppe von Fremden, die aus tatsächlichen Gründen nicht abgeschoben werden

können, zwischen jenen differenziert werde, die aufgrund einer behördlichen Feststellung gemäß § 46a Abs. 1a FPG geduldet seien, und jenen, bei denen dies (mangels einer solchen Feststellung) nicht der Fall sei.

2.3.1. Ausgehend davon, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 46a Abs. 1a FPG die Duldung ex lege eintritt, kann es zu einer solchen Unterscheidung von vorneherein nicht kommen. Auf eine behördliche Feststellung kommt es für die Duldung nämlich nicht an.

2.3.2. Selbst wenn aber – entgegen der hier vertretenen Rechtsauffassung – die Duldung von Fremden erst mit der behördlichen Feststellung der Unmöglichkeit der Abschiebung beginnen würde, läge ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht vor. Eine Vielzahl von Rechtsvorschriften knüpft den Eintritt von Rechtsfolgen an die Erlassung eines Bescheides. Der Bescheid ändert die individuelle Rechtsstellung der Partei. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass die Rechtsstellung jener Personen, denen gegenüber ein Bescheid erlassen wurde, sich von der Rechtsstellung jener anderen Personengruppe [unter]scheidet, die zwar ebenfalls die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, denen gegenüber ein solcher Bescheid jedoch – sei es aus Gründen, die in der Ingerenz des Rechtsunterworfenen liegen, sei es aus Gründen, die die Behörde zu verantworten hat – noch nicht erlassen wurde.

2.4. Der Verfassungsgerichtshof hält es ferner für bedenklich, dass die Duldung erst mit der von der Behörde festzustellenden Unmöglichkeit der Abschiebung beginne und nicht bereits im gesamten Zeitraum bis zur Ausstellung eines Heimreisezertifikates durch den Aufnahmestaat wirksam sei.

Die Bundesregierung verweist auch in diesem Zusammenhang darauf, dass die Duldung eines Fremden bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ex lege und nicht erst mit der Feststellung der Behörde eintritt. Wann dies der Fall ist, hängt zwangsläufig von den Umständen des Einzelfalles ab. Was im Besonderen den Zeitraum bis zur Ausstellung eines Heimreisezertifikates angeht, wird dieser in der Regel einen Zeitraum darstellen, in dem die Abschiebung aus tatsächlichen, vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich ist. Dies kann aber nicht in jedem Einzelfall gelten, jedenfalls nicht in den von § 46a Abs. 1b Z 2 und 3 FPG ausdrücklich genannten Fällen, in denen der Fremde entweder einen Ladungstermin zur Einholung eines Ersatzreisedokuments nicht befolgt oder an den zur Erlangung eines Ersatzreisedokuments notwendigen Schritten nicht mitwirkt.

2.5. Der Verfassungsgerichtshof äußert ferner das Bedenken, dass die in Prüfung gezogene Bestimmung in sich unsachlich sei, da die Anordnung der Mitteilung von Auflagen mit Verfahrensordnung im vorletzten Satz des § 46 Abs. 1a FPG damit in Widerspruch stünde, dass ein Bescheid 'im Falle der Ausstellung der Karte für Geduldete anscheinend gar nicht erlassen werden soll' [...].

2.5.1. Dieses Bedenken des Verfassungsgerichtshofes beruht offenbar auf der Annahme, dass aufgrund der in Prüfung gezogenen Bestimmung die Feststellung der Unmöglichkeit der Abschiebung stets nur in der Form eines behördeninternen Aktes erfolge [...], die Erlassung eines Bescheides nicht vorgesehen und insofern für die Festsetzung von Verfahrensordnungen kein Raum sei.

2.5.2. Die Bundesregierung geht allerdings, wie zuvor dargelegt, davon aus, dass die Duldung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ex lege eintritt und dass die Duldung eine Tatbestandsvoraussetzung im Verfahren zur Ausstellung einer Karte für Geduldete darstellt. Wie die Behörde das Vorliegen oder Nichtvorliegen dieser Tatbestandsvoraussetzungen zu beurteilen hat, ist im Gesetz nicht näher geregelt. Dass diese Beurteilung ausschließlich in Form eines eigenen (behördeninternen) Aktes erfolgen müsse, ist im Gesetz jedenfalls nicht vorgesehen.

Soll die Duldung mit Auflagen verbunden werden, hat die Behörde von Amts wegen ein Verfahren zur Feststellung der Duldung einzuleiten, im Zuge dessen sie Auflagen mit Verfahrensordnung mitteilen kann. Eine solche Verfahrensordnung kann gemäß § 7 Abs. 1 VwGVG in der Beschwerde gegen den in diesem Verfahren ergehenden Feststellungsbescheid bekämpft werden. Stellt hingegen ein Fremder einen Antrag auf Ausstellung einer Karte für Geduldete, kann die Behörde die Auflagen mit Verfahrensordnung in dem auf Grund eines solchen Antrages eingeleiteten Verfahren mitteilen. In einem solchen Fall kann die Behörde dem Antrag auf Ausstellung einer Karte für Geduldete nicht bloß faktisch entsprechen, sondern hat zusätzlich einen Bescheid zu erlassen, sodass die Auflagen in der Beschwerde gegen diesen Bescheid bekämpft werden können. Es besteht nämlich keine Regelung, dass einem Antrag in jedem Fall nur durch faktische Ausfolgung einer Karte für Geduldete stattzugeben ist, sodass die Erlassung eines Bescheides ausgeschlossen wäre.

2.6. Der Verfassungsgerichtshof hält es überdies für unsachlich, dass einerseits gemäß § 46a Abs. 1a FPG die Festsetzung von Auflagen mit Verfahrensordnung mitzuteilen sei, während gleichzeitig § 56 FPG für sinngemäß anwendbar erklärt werde, wonach Auflagen mit Mandatsbescheid festzusetzen seien. Diese Anordnungen würden sich diametral widersprechen.

2.6.1. Die Regelung, dass Auflagen während der Frist für die freiwillige Ausreise mittels Mandatsbescheides festzusetzen sind, wurde erst durch das Fremdenbehördenneustrukturierungsgesetz - FNG, BGBl. I Nr. 87/2012, in § 56 Abs. 1 FPG eingefügt. Diese Änderung ist mit 1. Jänner 2014 in Kraft getreten (§ 126 Abs. 12 FPG) und ist daher für die Anlassfälle nicht präjudiziell.

2.6.2. Der Vollständigkeit halber merkt die Bundesregierung aber an, dass auch nach geltender Rechtslage ein Widerspruch nicht vorliegt. Die in § 46a Abs. 1a letzter Satz FPG angeordnete 'sinngemäße' Geltung des § 56 FPG kann nämlich so verstanden werden, dass sie sich nicht auf die Verpflichtung zur Erlassung des Bescheides in Form eines Mandatsbescheides bezieht.

3. Zu den Bedenken im Hinblick auf das Legalitätsprinzip:

3.1. Der Verfassungsgerichtshof hegt ferner das Bedenken, dass die in Prüfung gezogene Bestimmung zu unbestimmt sei und daher gegen das Legalitätsprinzip verstoße.

3.2. Auch dies trifft nach Auffassung der Bundesregierung nicht zu:

3.2.1. Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes verlangen unterschiedliche Regelungsbereiche einen unterschiedlichen Grad an Vorherbestimmung (grundlegend VfSlg. 13.785/1994; sog. 'differenziertes Legalitätsprinzip'). Selbst in sog. eingriffsnahen Bereichen wie dem Fremdenrecht ist dem Gesetzgeber die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe, wie sie in der Wendung 'vom Fremden nicht zu vertretende Gründe' vorkommen, nicht verboten (VfSlg. 10.737/1985).

3.2.2. Der Verfassungsgerichtshof weist auch selbst darauf hin, dass § 46a Abs. 1b FPG mehrere Fälle nennt, in denen ein Abschiebungshindernis jedenfalls vom Fremden zu vertreten ist. Diese Fälle werden in den Materialien zum FrÄG 2009 und FrÄG 2011 weiter konkretisiert (vgl. ErlRV 330 BlgNR XXIV. GP, 29 f; AB 1160 BlgNR XXIV. GP, 9). Diese Bestimmung spezifiziert, in welchen Fällen im Umkehrschluss von einer nicht vom Fremden zu vertretenden objektiven Unmöglichkeit auszugehen ist.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass § 46a Abs. 1a FPG selbst keine Ermächtigung zu einem Rechtseingriff enthält. Vielmehr begründet die Duldung auch einen Strafausschließungsgrund (vgl. § 120 Abs. 5 Z 2 FPG, wonach eine Verwaltungsübertretung nach § 120 Abs. 1 FPG nicht vorliegt, solange der Fremde geduldet ist), hat in diesem Kontext also einen eingriffsbegrenzende Funktion.

Hervorzuheben ist ferner, dass eine genauere gesetzliche Vorherbestimmung der Kriterien nicht sachadäquat wäre. Es erscheint nämlich geradezu unmöglich, sämtliche Fälle, in denen eine Abschiebung aus vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen unmöglich ist, vorherzusehen und gesetzlich zu normieren. Eine weitergehende Determinierung wie etwa eine taxative Aufzählung der vom Fremden nicht zu vertretenden Gründe wäre zwangsläufig unvollständig und für den Fremden eher von Nachteil. Die Gesetzgebung hat aber in § 46a Abs. 1b FPG – insbesondere durch die Berücksichtigung der Erlangung eines Ersatzreisedokumentes – ohnedies jene Fälle geregelt, die in Zusammenhang mit dem Vorliegen eines Abschiebungshindernisses typischer Weise auftreten.

3.3. Die Bundesregierung geht daher davon aus, dass § 46a Abs. 1a FPG – in Verbindung mit Abs. 1b dieser Bestimmung – dem Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG entspricht.

4. Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass § 46a Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 38/2011, nach Ansicht der Bundesregierung nicht verfassungswidrig war."

8. Die im zu B 1353/2012 protokollierten Anlassfall beschwerdeführende Partei erstattete eine Äußerung, in der sie sich den Bedenken des Verfassungsgerichtshofes anschließt und der Rechtsansicht der Bundesregierung entgegenhält, dass diese nicht von den Behörden im Anlassfall geteilt worden sei. 13

II. Rechtslage

1. Die Entwicklung des § 46a FPG stellt sich wie folgt dar: 14

1.1. Die in § 46a FPG vorgesehene Duldung von Fremden im Bundesgebiet wurde durch das BGBl. I 122/2009 eingeführt. Sie ersetzte den zuvor in § 46 Abs. 3 FPG vorgesehenen Abschiebungsaufschub. 15

Die gegenüber der Regierungsvorlage unveränderte, durch BGBl. I 122/2009 als § 46a FPG eingeführte Bestimmung zur Duldung von Fremden lautete: 16

"Duldung

§ 46a. (1) Der Aufenthalt von Fremden im Bundesgebiet ist geduldet, solange deren Abschiebung gemäß

1. §§ 50 und 51 oder

2. §§ 8 Abs. 3a und 9 Abs. 2 AsylG 2005 unzulässig ist oder

3. aus tatsächlichen, vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen unmöglich scheint,

es sei denn, dass nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 eine Zuständigkeit des anderen Staates weiterhin besteht oder dieser die Zuständigkeit weiterhin oder neuerlich anerkennt.

(2) Die Behörde kann Fremden, deren Aufenthalt im Bundesgebiet geduldet ist, eine Karte für Geduldete ausstellen. Die Karte dient dem Nachweis der Identität des Fremden und hat insbesondere die Bezeichnungen 'Republik Österreich' und 'Karte für Geduldete', weiters Namen, Geschlecht, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Lichtbild und Unterschrift des Geduldeten sowie die Bezeichnung der Behörde, Datum der Ausstellung und Namen des Genehmigenden zu enthalten. Die nähere Gestaltung der Karte legt der Bundesminister für Inneres durch Verordnung fest.

(3) Die Karte für Geduldete gilt ein Jahr und wird im Falle des weiteren Vorliegens der Voraussetzungen nach Abs. 1 über Antrag des Fremden für jeweils ein weiteres Jahr verlängert. Die Karte ist zu entziehen, wenn

1. deren Gültigkeitsdauer abgelaufen ist;

2. eine Duldung im Sinne des Abs. 1 nicht oder nicht mehr vorliegt;

3. das Lichtbild auf der Karte den Inhaber nicht mehr zweifelsfrei erkennen lässt oder

4. andere amtliche Eintragungen auf der Karte unlesbar geworden sind.

Der Fremde hat die Karte unverzüglich der Behörde vorzulegen, wenn die Karte entzogen wurde oder Umstände vorliegen, die eine Entziehung rechtfertigen würden. Wurde die Karte entzogen oder ist diese vorzulegen, sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes und die Behörde ermächtigt, die Karte abzunehmen. Abgenommene Karten sind unverzüglich der Behörde vorzulegen, in deren örtlichen Wirkungsbereich das Organ eingeschritten ist. Diese hat die Karte an die zuständige Behörde weiterzuleiten."

1.2. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (RV 330 BlgNR 24. GP, 5 und 29) wurde dazu Folgendes ausgeführt:

17

"Da es [...] künftig die Möglichkeit geben soll, subsidiär Schutzberechtigten ihren Status abzuerkennen, auch wenn eine Abschiebung in ihren Herkunftsstaat nicht zulässig ist, wird normiert, dass der Aufenthalt dieser Personen im Bundesgebiet geduldet ist. Ihnen ist eine Karte für Geduldete, die lediglich dem Nachweis der Identität dient und mit der ansonsten keine weiteren Rechte verbunden sind, auszustellen (§ 46a). [...]"

Insbesondere im Hinblick auf die mit vorliegendem Entwurf vorgeschlagenen Ausschluss- und Aberkennungsmöglichkeiten betreffend den Status des subsidiär Schutzberechtigten (§§ 8 Abs. 3a und 9 Abs. 2 AsylG 2005) und zur systematischen Neustrukturierung soll ein neuer § 46a eingeführt werden. Dieser bestimmt in seinem Abs. 1, dass der Aufenthalt von Personen geduldet ist, solange deren Abschiebung gemäß §§ 50 und 51 FPG (Z 1) oder §§ 8 Abs. 3a und 9 Abs. 2 (Z 2) unzulässig ist oder aus tatsächlichen, vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen unmöglich scheint (Z 3). Die Unzulässigkeit der Abschiebung bezieht sich naturgemäß nur auf den Entscheidungszeitpunkt. Die Abschiebung ist daher solange unzulässig, als sich die Umstände nicht entscheidungsrelevant geändert haben. Diese Prüfung ist in den in Abs. 1 genannten Fällen von der zuständigen Fremdenpolizeibehörde von Amts wegen wahrzunehmen. Die asylgesetzlichen Bestimmungen sind auf Fremde, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten aberkannt wurde (§ 9 Abs. 2 AsylG 2005) oder von dem der Fremde ausgeschlossen wurde (§ 8 Abs. 3a AsylG 2005), nicht mehr anwendbar. Die tatsächliche Unmöglichkeit soll naturgemäß nur dann zu einer Duldung führen, wenn die Hinderungsgründe nicht im Einflussbereich des Fremden liegen. Abs. 1 Z 3 wird demnach beispielsweise auf Fremde, die ihren Herkunftsstaat verheimlichen um die Abschiebung zu verhindern, nicht anwendbar sein. § 31 Abs. 1a bestimmt ausdrücklich, 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 der Fremde nicht abgeschoben werden kann. [...]"

Abs. 2 bestimmt, dass diesen Fremden eine entsprechende 'Karte für Geduldete' ausgestellt werden kann. Eine Verpflichtung zur Ausstellung wird insbesondere dann nicht bestehen, wenn der Fremde an den für die Ausstellung der Karte notwendigen Verfahrenshandlungen nicht mitwirkt oder klar ist, dass der Aufenthalt des Fremden nur für einen sehr kurzen Zeitraum geduldet sein wird. Etwa weil das tatsächliche Abschiebehindernis in Kürze wegfallen wird. Abs. 2 regelt weiters, dass die Karte dem Nachweis der Identität des Fremden dient und welche Informationen die Karte zu enthalten hat. In einer Zusammenschau der §§ 31 Abs. 1a und 46 Abs. 1 ist auch evident, dass diese Karte kein Recht dokumentiert. Zur näheren Gestaltung der Identitätskarte sieht Abs. 2 zudem eine Verordnungsermächtigung für den Bundesminister für Inneres vor. Insbesondere wird in dieser Verordnung auch die Ersichtlichmachung von Aufträgen gemäß § 47 auf der Karte vorgesehen werden können.

Abs. 3 regelt die Gültigkeitsdauer und normiert die Entziehungsgründe. Die Karte ist naturgemäß insbesondere dann zu entziehen, wenn die Voraussetzungen für die Duldung nicht mehr vorliegen (Z 2). Die vorgesehene Verlängerung der Karte ist auf Grund der technischen Gegebenheiten als Neuausstellung des Dokuments zu verstehen. Für die Karte ist eine Gebühr in der Höhe von 26,30 Euro zu entrichten. Siehe dazu § 14 Tarifpost 8 Abs. 5c Z 1 GebG.

Mit der Einführung dieser Karte soll gewährleistet werden, dass diese Fremden zumindest über ein Identitätsdokument verfügen und damit nicht ohne gültigen Ausweis von der Fremdenpolizeibehörde aufgegriffen werden. Dies vermeidet Probleme, die mit einer Nichtfeststellbarkeit der Identität einhergehen, was sowohl im Sinne des Fremden, als auch im Interesse der Behörde ist. Siehe dazu auch die in § 94a vorgeschlagene Identitätskarte für Fremde."

2. Durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011, BGBl. I 38/2011, wurde jener Fall der Duldung, wonach die Abschiebung "aus tatsächlichen, vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen", nicht möglich ist, in den neu eingefügten Abs. 1a und 1b geregelt. 18

Weiters wurde der Abs. 2 des § 46a FPG dahingehend geändert, dass die Behörde Fremden, deren Aufenthalt im Bundesgebiet geduldet ist, eine Karte für Geduldete auszustellen "hat" und nicht wie bis dahin eine Karte ausstellen "kann". 19

Schließlich erfuhr die in Abs. 2 zweiter Satz leg.cit. erläuterte Funktion der Karte für Geduldete ("Nachweis der Identität des Fremden") eine Änderung dahingehend, dass die Karte "dem Nachweis der Identität des Fremden im Verfahren nach diesem Bundesgesetz oder nach Abschluss eines Verfahrens nach dem AsylG 2005" dient. 20

2.1. § 46a FPG in der hier maßgeblichen Fassung des BGBl. I 38/2011 lautete nunmehr (der in Prüfung gezogene Abs. 1a ist hervorgehoben):

21

"Duldung

§ 46a. (1) Der Aufenthalt von Fremden im Bundesgebiet ist geduldet, solange deren Abschiebung gemäß

1. §§ 50 und 51 oder

2. §§ 8 Abs. 3a und 9 Abs. 2 AsylG 2005 unzulässig ist.

(1a) Darüber hinaus ist der Aufenthalt von Fremden im Bundesgebiet geduldet, wenn die Behörde von Amts wegen feststellt, dass die Abschiebung des Betroffenen aus tatsächlichen, vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich ist, es sei denn, dass nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 eine Zuständigkeit des anderen Staates weiterhin besteht oder dieser die Zuständigkeit weiterhin oder neuerlich anerkennt. Diese Duldung kann von der Behörde mit Auflagen verbunden werden, sie endet jedenfalls mit Wegfall der Hinderungsgründe. Die festgesetzten Auflagen sind dem Fremden von der Behörde mit Verfahrensordnung (§ 63 Abs. 2 AVG) mitzuteilen. § 56 gilt sinngemäß.

(1b) Vom Fremden zu vertretende Gründe liegen jedenfalls vor, wenn er

1. seine Identität verschleiert,

2. einen Ladungstermin zur Klärung seiner Identität oder zur Einholung eines Ersatzreisedokumentes nicht befolgt oder

3. an den zur Erlangung eines Ersatzreisedokumentes notwendigen Schritten nicht mitwirkt oder diese vereitelt.

(2) Die Behörde hat Fremden, deren Aufenthalt im Bundesgebiet geduldet ist, eine Karte für Geduldete auszustellen. Die Karte dient dem Nachweis der Identität des Fremden im Verfahren nach diesem Bundesgesetz oder nach Abschluss eines Verfahrens nach dem AsylG 2005 und hat insbesondere die Bezeichnungen 'Republik Österreich' und 'Karte für Geduldete', weiters Namen, Geschlecht, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Lichtbild und Unterschrift des Geduldeten sowie die Bezeichnung der Behörde, Datum der Ausstellung und Namen des Genehmigenden zu enthalten. Die nähere Gestaltung der Karte legt der Bundesminister für Inneres durch Verordnung fest.

(3) Die Karte für Geduldete gilt ein Jahr und wird im Falle des weiteren Vorliegens der Voraussetzungen nach Abs. 1 über Antrag des Fremden für jeweils ein weiteres Jahr verlängert. Die Gültigkeit der Karte für Geduldete gemäß Abs. 1a endet mit dem Ende der Duldung. Die Karte ist zu entziehen, wenn

1. deren Gültigkeitsdauer abgelaufen ist;

2. eine Duldung im Sinne des Abs. 1 nicht oder nicht mehr vorliegt;

3. das Lichtbild auf der Karte den Inhaber nicht mehr zweifelsfrei erkennen lässt oder

4. andere amtliche Eintragungen auf der Karte unlesbar geworden sind.

Der Fremde hat die Karte unverzüglich der Behörde vorzulegen, wenn die Karte entzogen wurde oder Umstände vorliegen, die eine Entziehung rechtfertigen würden. Wurde die Karte entzogen oder ist diese vorzulegen, sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes und die Behörde ermächtigt, die Karte

abzunehmen. Abgenommene Karten sind unverzüglich der Behörde vorzulegen, in deren örtlichen Wirkungsbereich das Organ eingeschritten ist. Diese hat die Karte an die zuständige Behörde weiterzuleiten."

2.2. In der Regierungsvorlage (RV 1078 BlgNR 24. GP, 23) war nach dem Wortlaut des § 46a Abs. 1a FPG noch vorgesehen, dass die eine Abschiebung hindernden Gründe von der Behörde auf Antrag oder von Amts wegen festzustellen sind:

22

"(1a) Darüber hinaus ist der Aufenthalt von Fremden im Bundesgebiet geduldet, wenn die Behörde auf Antrag oder von Amts wegen feststellt, dass die Abschiebung des Betroffenen aus tatsächlichen oder neu hervorgekommenen rechtlichen (§ 64 Abs. 2), vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich ist, es sei denn, dass nach einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 eine Zuständigkeit des anderen Staates weiterhin besteht oder dieser die Zuständigkeit weiterhin oder neuerlich anerkennt. Diese Duldung ist von der Behörde angemessen zu befristen und kann mit Auflagen (§ 56) verbunden werden, sie endet jedenfalls, mit Wegfall der Hinderungsgründe. Auf Antrag ist die Frist bei weiterem Vorliegen der Gründe für die Ausstellung neu festzusetzen. Die festgesetzten Auflagen sind dem Fremden von der Behörde mit Verfahrensordnung (§ 63 Abs. 2 AVG) mitzuteilen. § 56 gilt sinngemäß."

Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (EB RV 1078 BlgNR 24. GP, 27 f.) führen zu dieser Bestimmung aus:

23

"Die Duldung eines Fremden tritt gemäß der geltenden Rechtslage in allen Fällen ex lege ein, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen und somit ohne vorheriger behördlicher Feststellung. Dies ist zwar bei der Unzulässigkeit der Abschiebung gemäß §§ 50 und 51 FPG oder §§ 8 Abs. 3a und 9 Abs. 2 AsylG 2005 mit Hilfe der zur Verfügung stehenden Informationssysteme noch relativ einfach feststellbar, doch gestaltet sich die Nachvollziehbarkeit des Vorliegens aller Voraussetzungen bei der Klärung, ob jemand geduldet ist, weil er aus tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar ist, umso schwieriger. Diese Situation ist weder für den Fremden noch für die Exekutive befriedigend. Der Fremde kann sich nie sicher sein, dass er sich geduldet im Bundesgebiet aufhält. Der Exekutivbeamte auf der anderen Seite weiß ebenfalls nicht sicher, ob er sich jemandem gegenüber sieht, der sich berechtigt geduldet im Bundesgebiet aufhält. Dies kann zu unnötigen Verwaltungsstrafverfahren und somit zu frustriertem Mehraufwand auf Exekutiv- und Behördenseite führen und darüber hinaus zu einer erheblichen Gefahr, dass eigentlich geduldete Fremde festgenommen werden, was letztendlich eine widerrechtliche Freiheitsentziehung darstellen würde. Der wahre Sachverhalt lässt sich in solchen Fällen nämlich nur auf Grund der vollständigen Aktenlage ermitteln, der der amtshandelnden Behörde meist nicht zur Verfügung steht.

Aus diesen Gründen wird vorgeschlagen, für die Fälle des bisherigen Abs. 1 Z 3 in einem eigenen Absatz die Möglichkeit zu schaffen, dass die Behörde von Amts wegen oder auf Antrag feststellt, ob jemand geduldet wird, weil tatsächliche oder rechtliche Gründe einer Abschiebung entgegen stehen. Wie schon in der

geltenden Rechtslage soll die Duldung nicht eintreten können, wenn die Unabschiebbarkeit deshalb eintritt, weil der Fremde nicht im erforderlichen Ausmaß am Verfahren, etwa zur Erlangung eines Heimreisezertifikates, mitwirkt. Da eine Abschiebung aber auch aus neu hervorgekommen rechtlichen Gründen, also aus Gründen des Privat- und Familienlebens gemäß § 61 Abs. 2, die erst nach einer rechtskräftigen Entscheidung eingetreten sind, nicht möglich sein kann, soll nunmehr auch dieser Fall Berücksichtigung finden.

Selbstverständlich ist damit der bisherige 'Automatismus' in solchen Fällen beseitigt, allerdings zu Gunsten von mehr Rechtssicherheit.

Da diese Duldung selbstverständlich nur solange bestehen kann, wie die tatsächliche Unmöglichkeit gegeben ist, hat die Behörde eine Befristung auszusprechen, um einerseits den vorübergehenden Charakter dieser Duldung zum Ausdruck zu bringen und zum anderen eine regelmäßige Überprüfung der Unmöglichkeit sicher zu stellen. Die Angemessenheit der Befristung wird einzelfallbezogen an Hand der Umstände, die die Unmöglichkeit der Abschiebung begründen zu beurteilen sein. Im Hinblick darauf, dass bei Wegfall des Hinderungsgrundes der Fremde den Behörden für Maßnahmen zur Außerlandesverbringung zur Verfügung stehen muss, können auch Auflagen vorgesehen werden, die seine Erreichbarkeit sicher stellen."

2.3. Das in der Regierungsvorlage vorgesehene Antragsrecht findet sich im beschlossenen Gesetzestext nicht mehr. Im Ausschussbericht (AB 1160 BlgNR 24. GP, 9) wird – ohne Hinweis auf das gegenüber der Regierungsvorlage entfallene Antragsrecht – ausgeführt:

24

"Der neue Abs. 1a regelt, dass ein Fremder im Bundesgebiet zu dulden ist, wenn die Behörde von Amts wegen feststellt, dass dieser aus tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar ist. Tatsächliche Gründe liegen vor, wenn aufgrund objektiver Umstände, die in der Person des Fremden oder in äußeren Gegebenheiten liegen, die Abschiebung nicht möglich ist. Die Gründe dürfen jedoch nicht vom Fremden zu vertreten sein (siehe § 46 Abs. 1b zu den vom Fremden jedenfalls zu vertretenen Gründen). So kann das bloße Fehlen eines Reisedokumentes oder ähnlichem nicht automatisch einen individuellen Duldungsanspruch wegen tatsächlicher Unmöglichkeit begründen.

Diese Form der Duldung kann nun von der Behörde im Einzelfall mit Auflagen belegt werden. Für dies gilt § 56 sinngemäß."

3. § 9 FPG regelt die Berufungsmöglichkeiten nach diesem Bundesgesetz. Auf Grund der Einführung der Duldung nach § 46a FPG wurde auch § 9 FPG neu gefasst, dessen Abs. 2 idF BGBl. I 122/2009 auszugsweise lautete:

25

"(2) [...] Gegen die Versagung der Ausstellung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung, einer Karte für Geduldete und einer Identitätskarte für Fremde

sowie gegen den Entzug einer Karte für Geduldete und einer Identitätskarte für Fremde ist eine Berufung nicht zulässig."

3.1. Mit dem Budgetbegleitgesetz 2012, BGBl. I 112/2011, wurde diese Bestimmung neu gefasst und der Ausschluss der Berufungsmöglichkeit gegen die Versagung der Ausstellung einer Karte für Geduldete beseitigt: 26

"(2) [...] Gegen die Versagung der Ausstellung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung und einer Identitätskarte für Fremde sowie gegen den Entzug einer Karte für Geduldete und einer Identitätskarte für Fremde ist eine Berufung nicht zulässig."

3.2. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (EB RV 1494 BlgNR 24. GP, 23) führen dazu aus: 27

"Es handelt sich um die Bereinigung eines Redaktionsversehens. Die versehentliche Nichtanpassung dieser Bestimmung könnte insbesondere dahingehend missverstanden werden, dass fälschlicherweise eine Antragsmöglichkeit auf Erteilung einer Karte für Geduldete impliziert wird, die seit dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011, BGBl. I Nr. 38/2011, aber nicht mehr vorgesehen ist."

4. § 31 FPG, BGBl. I 100/2005 idF BGBl. I 38/2011, lautete auszugsweise: 28

"5. Abschnitt

Voraussetzung für den rechtmäßigen Aufenthalt und die rechtmäßige Ausreise

Voraussetzung für den rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet

§ 31. (1) Fremde halten sich rechtmäßig im Bundesgebiet auf,

1. – 7. [...]

(1a) Liegt kein Fall des Abs. 1 vor, halten sich Fremde nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf; dies insbesondere, wenn sie

1. – 2. [...]

3. geduldet sind (§ 46a) oder

4. [...]

(2) – (3) [...]"

5. § 120 FPG, BGBl. I 100/2005 idF BGBl. I 112/2011, lautet auszugsweise: 29

"Rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt

§ 120. (1) [...]

(1a) Wer als Fremder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2 500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, zu bestrafen. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2 500 Euro bis zu 7 500 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen. Als Tatort gilt der Ort der Betretung oder

des letzten bekannten Aufenthaltes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist.

(2) – (4) [...]

(5) Eine Verwaltungsübertretung gemäß Abs. 1a liegt nicht vor,

1. wenn die Ausreise nur in ein Land möglich wäre, in das eine Abschiebung unzulässig (§ 50) ist;

2. solange der Fremde geduldet ist (§ 46a),

3. – 5. [...]

(6) – (10) [...]"

6. Mit BGBl. I 87/2012 wurde § 46a Abs. 1a insoweit geändert, als die Wortfolge "die Behörde" durch die Wortfolge "das Bundesamt" bzw. die Wortfolge "von der Behörde" durch die Wortfolge "vom Bundesamt" ersetzt wurde. Diese Änderungen traten mit 1. Jänner 2014 in Kraft.

30

III. Erwägungen

1. Zur Zulässigkeit des Verfahrens

1.1. Die Bundesregierung vertritt in ihrer Äußerung die Ansicht, dass der Verfassungsgerichtshof den Prüfungsumfang zu eng gezogen habe, da § 46a Abs. 1b FPG in einem untrennbaren Zusammenhang mit § 46a Abs. 1a leg.cit. stehe. Eine nähere Begründung, worin dieser untrennbare Zusammenhang bestehe, bietet die Bundesregierung nicht an. Der Verfassungsgerichtshof kann einen solchen auch nicht erkennen. Der Umstand allein, dass nach einer allfälligen Aufhebung von § 46a Abs. 1a FPG kein Anwendungsbereich für § 46a Abs. 1b leg.cit. verbliebe, stellt einen solchen untrennbaren Zusammenhang noch nicht her (vgl. VfGH 16.6.2014, G 82/2013).

31

1.2. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweist sich das Gesetzesprüfungsverfahren als zulässig.

32

2. In der Sache

Die im Prüfungsbeschluss dargelegten Bedenken des Verfassungsgerichtshofes haben sich nicht als begründet erwiesen: 33

2.1. Der Verfassungsgerichtshof geht – gestützt auf die Entstehungsgeschichte der in Prüfung gezogenen Norm – mit der Bundesregierung davon aus, dass eine Duldung gemäß § 46a Abs. 1a FPG bereits ex lege mit dem Vorliegen der tatsächlichen Unmöglichkeit der Abschiebung und nicht erst mit deren behördlicher Feststellung eintritt. Dies lässt sich aus der Genese des § 46a Abs. 1a FPG ableiten: Zwar war in der Regierungsvorlage (RV 1078 BlgNR 24. GP, 23) zur Novellierung dieser Bestimmung mit BGBl. I 38/2011 noch vorgesehen, dass die Duldung – abweichend von der bis dahin geltenden Rechtslage – erst ab dem Zeitpunkt ihrer behördlichen Feststellung wirken und diese Neuregelung mit einem Antragsrecht des Fremden auf Feststellung verbunden sein sollte. Im Zuge der parlamentarischen Behandlung wurde dieses (Feststellungsverfahren samt) Antragsrecht jedoch wieder aus dem Text des § 46a Abs. 1a FPG gestrichen. Damit enthält das Gesetz aber keinen Hinweis mehr in die Richtung, dass der Gesetzgeber tatsächlich einen Systemwandel von einer Duldung (gemäß § 46a Abs. 1a FPG) ex lege zu einer Duldung auf Grund konstitutiver behördlicher Feststellung (mit entsprechendem Antragsrecht) vornehmen wollte. § 46a Abs. 1a FPG ist daher weiterhin so zu verstehen, dass eine Duldung mit dem Vorliegen der tatsächlichen Unmöglichkeit der Abschiebung ex lege eintritt. 34

2.2. Wie die Bundesregierung ausführt, dient die behördliche Pflicht zur Ausstellung einer Karte für Geduldete "auch dem Schutz der Interessen spezifischer Einzelpersonen", weshalb der Verpflichtung der Behörde zur Ausstellung dieser Karte (arg. "hat" gegenüber dem früheren "kann") ein entsprechendes Recht eines Fremden gegenübersteht. Dieses subjektive öffentliche Recht begründet in Verbindung mit § 8 AVG die Parteistellung des Fremden in einem Verfahren über die Ausstellung der Karte – und damit einen Anspruch auf eine meritorische Entscheidung über dieses Recht, aus dem sich wieder ein Antragsrecht auf Ausstellung der Karte ergibt (vgl. VwGH 28.8.2014, 2013/21/0218). Im Zuge des Verfahrens über die Ausstellung dieser Karte hat die Behörde zu prüfen, ob der Sachverhalt einer Duldung eingetreten ist, dh. ob die Abschiebung aus tatsächlichen, nicht vom Antragsteller zu vertretenden Gründen iSv § 46a Abs. 1a FPG wegen des Erfordernisses der Ausstellung eines Heimreisezertifikates in absehbarer Zeit unmöglich ist. Ist dies der Fall, hat die Behörde die Karte für 35

Geduldete auszustellen, ist die Duldung hingegen nicht eingetreten, etwa weil der Fremde Vereitelungshandlungen setzt, hat sie einen abweisenden Bescheid zu erlassen. Da das Vorliegen tatsächlicher Hindernisse und die entsprechende Feststellung gemäß § 46a Abs. 1a FPG sohin eine Tatbestandsvoraussetzung zur Ausstellung einer Karte für Geduldete gemäß § 46a Abs. 2 FPG bilden, so ergibt sich daraus aber auch, wie die Bundesregierung in ihrer Äußerung zutreffend ausführt, dass gegen einen solchen Bescheid in einem nachfolgenden Rechtsmittelverfahren nach der hier maßgeblichen Rechtslage vor dem 1. Jänner 2014 vor dem Verwaltungsgerichtshof für den Fremden ausreichender Rechtsschutz bestanden hat. Die "Feststellung der Duldung" erweist sich bei diesem Gesetzesverständnis als Darlegung der Ergebnisse des diesbezüglichen Ermittlungsverfahrens im Rahmen der Tatsachenfeststellungen in der Bescheidbegründung der Behörde.

2.3. Vor dem Hintergrund eines solchen Verständnisses der Norm vermag der Verfassungsgerichtshof seine Bedenken weder hinsichtlich des Rechtsstaatsprinzips noch hinsichtlich des Gleichheitssatzes aufrechtzuerhalten: Der Eintritt der Duldung ist nämlich als Tatbestandselement für die Ausstellung der Karte im Rechtsmittelweg überprüfbar. Da die Duldung ex lege eintritt, wenn eine (freiwillige) Ausreise nicht möglich ist und tatsächliche, vom Fremden nicht zu vertretende Gründe eine Abschiebung verhindern, ist der Fremde, sofern er gehörig mitwirkt bzw. mit der Behörde zusammenarbeitet (vgl. § 46a Abs. 1b FPG), jedenfalls solange geduldet, bis ein Heimreisezertifikat (Ersatzreisedokument) ausgestellt wurde oder einer der in § 46a Abs. 1b FPG beschriebenen Fälle eintritt. Damit ist hinreichend genau bestimmt, ob und wann eine Duldung eintritt. Auch das Bedenken des Verfassungsgerichtshofes, dass diese Aspekte nicht ausreichend genau gesetzlich determiniert seien, ist damit zerstreut.

36

2.3.1. Es kann bei einem ex lege Eintritt der Rechtsfolge der Duldung aber auch zu keiner willkürlichen Bildung unterschiedlich behandelter Gruppen von Fremden durch bloße Untätigkeit der Behörde kommen.

37

2.3.2. Der Verfassungsgerichtshof vermag der Bundesregierung infolgedessen nicht entgegenzutreten, wenn sie auf Grund der vorstehenden Erwägungen der Ansicht ist, dass Auflagen iSv § 46a Abs. 1a FPG nur im Laufe des Verwaltungsverfahrens mittels Verfahrensordnung mitzuteilen sind, dieses

38

Verfahren aber mit einem bekämpfbaren Bescheid abgeschlossen wird. Es kann sich dabei sowohl um ein von Amts wegen eingeleitetes, als auch um ein auf Antrag des Fremden eingeleitetes Verfahren zur Ausstellung einer Karte für Geduldete handeln.

IV. Ergebnis

1. Daraus ergibt sich, dass § 46a Abs. 1a des Bundesgesetzes über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetiteln (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl. I 100 idF BGBl. I 38/2011, nicht verfassungswidrig war. 39
2. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 40

Wien, am 9. Dezember 2014

Der Präsident:

Dr. HOLZINGER

Schriftführer:
Mag. SCHÖN