

# TE Vfgh Erkenntnis 2015/2/23 G171/2014 ua

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.02.2015

## Index

41/02 Staatsbürgerschaft, Pass- und Melderecht, Fremdenrecht, Asylrecht

## Norm

B-VG Art140 Abs1 / Prüfungsumfang

B-VG Art7 Abs1 / Gesetz

B-VG Art18 Abs1

FremdenpolizeiG 2005 §46a Abs1a, Abs2

AVG §8

## Leitsatz

Kein Verstoß einer Regelung des FremdenpolizeiG 2005 über die Feststellung der Duldung des Aufenthalts von Fremden gegen das Rechtsstaatsprinzip und den Gleichheitsgrundsatz; ex lege-Eintritt einer Duldung mit Vorliegen der tatsächlichen Unmöglichkeit einer Abschiebung; Antragsrecht eines Fremden auf Ausstellung einer Karte für Geduldete; Eintritt der Duldung als Tatbestandsmerkmal für die Ausstellung der Karte im Rechtsmittelweg überprüfbar

## Spruch

Die Anträge werden abgewiesen.

## Begründung

Entscheidungsgründe

I. Antrag

Mit den vorliegenden auf Art140 Abs1 Z1 lita B-VG gestützten zuG171/2014, G189/2014, G190/2014 und G214/2014 protokollierten Anträgen begehrt das Bundesverwaltungsgericht (BVwG), §46a Abs1a Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl I 100 idF BGBl I 87/2012, als verfassungswidrig aufzuheben. In dem zu G214/2014 protokollierten Antrag begehrt das BVwG darüber hinaus, in eventuelle Wortfolge "von Amts wegen" in §46a Abs1a Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl I 100 idF BGBl I 87/2012, als verfassungswidrig aufzuheben.

II. Rechtslage

§46a FPG idF BGBl I 87/2012 lautet (der angefochtene Abs1a ist hervorgehoben):

"Duldung

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

1. §§50 und 51 oder

2. §§8 Abs3a und 9 Abs2 AsylG 2005 unzulässig ist.

(1a) Darüber hinaus ist der Aufenthalt von Fremden im Bundesgebiet geduldet, wenn das Bundesamt 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 vom Bundesamt mit Auflagen verbunden werden, sie endet jedenfalls mit Wegfall der Hinderungsgründe. Die festgesetzten Auflagen sind dem Fremden vom Bundesamt mit Verfahrensordnung (§63 Abs2 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.

(1c) Der Aufenthalt von Fremden im Bundesgebiet ist ebenfalls geduldet, wenn das Bundesamt festgestellt hat, dass die Erlassung einer Rückkehrentscheidung im Hinblick auf §9 Abs1 bis 3 BFA-VG vorübergehend unzulässig ist.

(2) Das Bundesamt hat Fremden, deren Aufenthalt im Bundesgebiet geduldet ist, eine Karte für Geduldete auszustellen. Die Karte dient dem Nachweis der Identität des Fremden im Verfahren vor dem Bundesamt 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 Abs1 über Antrag des Fremden für jeweils ein weiteres Jahr verlängert. Die Gültigkeit der Karte für Geduldete gemäß Abs1a endet mit dem Ende der Duldung. Die Karte ist zu entziehen, wenn

1. deren Gültigkeitsdauer abgelaufen ist;
2. eine Duldung im Sinne des Abs1 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 dem Bundesamt 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 das Bundesamt ermächtigt, die Karte abzunehmen. Von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes abgenommene Karten sind unverzüglich dem Bundesamt vorzulegen."

### III. Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Das BVwG stellt die Anträge aus Anlass der Behandlung von bei ihm anhängig gemachten Beschwerden, die die Rechtmäßigkeit der Zurück- bzw. Abweisung von Anträgen von Fremden auf Ausstellung einer Karte für Geduldete zum Gegenstand haben. Dabei sind beim BVwG Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der angefochtenen Bestimmung entstanden. Diese Bedenken decken sich mit jenen, die beim Verfassungsgerichtshof anlässlich der Behandlung der Beschwerden zu B1353,1357/2012 und B751/2013 entstanden sind. Sie sind nicht nur im Prüfungsbeschluss vom 23. Juni 2014, B1353/2012-30, B1357/2012-11, B751/2013-16, sondern auch in den Anträgen des BVwG wiedergegeben:

"3.1. Gemäß §46a Abs1a 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 Abs2 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 Abs1a 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 Abs5 Z2 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 Abs1a FPG strafbar bleibt und die Wirkung der Strafflosigkeit nach §120 Abs5 Z2 FPG erst dann eintritt, wenn festgestellt wurde, dass die Abschiebung tatsächlich unmöglich ist. Denn nach dem Wortlaut des §46a Abs1a 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 Verfassungs 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 Abs1a iVm dem Strafausschließungsgrund des §120 Abs5 Z2 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 Abs1a 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 Abs1a 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 Abs1a 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 Abs2 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 Abs1a 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 Abs5 Z2 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 Abs1a 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 Abs1a FPG idFBGBl 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 Artl Abs1 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 Abs1a FPG idFBGBl 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 Abs5 FPG, Zugang zum

Arbeitsmarkt gemäß §4 Abs1 Z1 AuslBG, Aussicht auf Aufenthaltsbewilligung gemäß §69a Abs1 Z1 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 Heimreise-zertifikates 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 Abs1a FPG zu sein: Denn es wird darin einerseits angeordnet, dass die für die Duldung festgesetzten Auflagen dem Fremden 'mit Verfahrens-anordnung (§63 Abs2 AVG)' mitzuteilen sind (was zur Folge hat, dass diese Anordnungen iSd §63 Abs2 AVG (nunmehr §7 Abs1 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 Abs1a FPG scheint aber auch gegen das in Art18 Abs1 B-VG ver-ankerte 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 ver-fassungsgesetzlich zulässig, wenn der einfache Gesetzgeber einer Verwaltungs-behörde 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 Art18 Abs1 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 Art18 B-VG statuierten rechtsstaatlichen Erfordernisse.

3.5.3. Bei §46a Abs1a FPG scheint es dem Verfassungsgerichtshof unter Heran-ziehung aller Interpretationsmethoden nicht möglich, auf Grund des Gesetzes zu bestimmen, nach welchen Kriterien und – vor allem – wann die Behörde festzu-stellen hat, dass die Abschiebung des Betroffenen aus tatsächlichen vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich ist. In §46a Abs1b 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 Abs1a 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 Aktenver-merk – sie diese zu treffen hat.

Ungeachtet der Regelung, welche Rechtsfolgen die Feststellung der Behörde auslöst (vgl. u.a. §46a Abs2 FPG), bleibt völlig ungeregt, 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 über-lassen bleibt, den Zeitpunkt, zu dem die Duldung festgestellt und damit (unter anderem) der Strafausschließungsgrund des §120 Abs5 FPG für die Betroffenen wirksam wird, weitgehend frei zu bestimmen. In vielen Fällen dürfte es nämlich weitgehend von einer subjektiven Bewertung des Verhaltens des Aufnahme-staates 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 unter-schiedlich 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 Fest-stellung zu normieren, da andernfalls die Vollziehung anscheinend der Willkür der Behörde überantwortet ist."

1.1. Das BVwG führt aus, dass sich die nun von ihm anzuwendende Fassung des §46a Abs1a FPG idBGBI I 87/2012 von jener, die den Verfassungsgerichtshof zur Einleitung eines Prüfungsverfahrens veranlasst habe (§46a Abs1a FPG idF BGBI I 38/2011) nur hinsichtlich der Behördenzuständigkeit unterscheide, nicht aber hinsichtlich jener Teile, gegen die sich die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes gerichtet hätten. Gegen diese Teile richten sich die Bedenken des BVwG.

1.2. Das im Antrag zu G214/2014 enthaltene Eventualbegehren auf Aufhebung der Wortfolge "von Amts wegen" begründet das BVwG damit, dass nach dem verbleibenden Wortlaut §46a Abs1a FPG so verstanden werden könnte, dass den betroffenen Fremden ein Antragsrecht zukomme, sodass die Verfassungswidrigkeit beseitigt werden könne, ohne die gesamte Bestimmung zur Duldung aus tatsächlichen Gründen aus der Rechtsordnung zu entfernen.

2. Die Bundesregierung beantragt die Zurückweisung, in eventu die Abweisung des Antrages, für den Fall einer Aufhebung die Setzung einer Frist von 18 Monaten und verweist zur näheren Begründung auf ihre im Verfahren zu G160–162/2014 vorgelegte Äußerung.

2.1. Darin vertritt die Bundesregierung die Ansicht, dass der Anfechtungsumfang zu eng gewählt worden sei, da §46a Abs1a FPG in einem untrennbaren Zusammenhang mit §46a Abs1b FPG stehe und daher nur gemeinsam mit diesem Absatz angefochten werden könne.

2.2. Ferner geht die Bundesregierung davon aus, dass die geäußerten Bedenken bei richtiger Auslegung des §46a Abs1a FPG nicht begründet seien. Die Bestimmung sei nämlich so zu verstehen, dass eine Duldung gemäß §46a Abs1a FPG ex lege bereits dann eintrete, wenn die Ausweisung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich sei, ohne dass es dafür einer behördlichen Feststellung bedürfe. Fremden komme überdies ein Antragsrecht auf Ausstellung einer Karte für Geduldete zu. Sie hätten Anspruch auf eine inhaltliche Entscheidung. Dabei bilde die Duldung eine Tatbestandsvoraussetzung für die Ausstellung der Karte für Geduldete. Die richtige Beurteilung des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen sei auch im Rechtsmittelweg durch die Verwaltungsgerichte überprüfbar. Die Bundesregierung meint außerdem, dass §46a Abs1a FPG insbesondere in Zusammenschau mit §46a Abs1b FPG hinreichend genau bestimme, wann eine Duldung eintrete.

#### IV. Erwägungen

Der Verfassungsgerichtshof hat über die in sinngemäßer Anwendung der §§187 und 404 ZPO iVm§35 Abs1 VfGG zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbundenen Anträge erwogen:

##### 1. Zur Zulässigkeit der Anträge

1.1. Die Bundesregierung vertritt in ihrer Äußerung die Ansicht, dass das BVwG den Prüfungsumfang zu eng gezogen habe, da §46a Abs1b FPG in einem untrennbaren Zusammenhang mit §46a Abs1a 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 Abs1a FPG kein Anwendungsbereich für §46a Abs1b leg.cit. verbliebe, stellt einen solchen untrennbaren Zusammenhang noch nicht her (vgl. VfGH 16.6.2014, G82/2013).

1.2. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweisen sich die Anträge als zulässig.

2. In der Sache

Die Anträge sind nicht begründet.

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 9. Dezember 2014, G160-162/2014, ausgesprochen, dass §46a Abs1a FPG idF BGBl I 38/2011 nicht verfassungswidrig war. Die nun angefochtene Fassung des §46a Abs1a (BGBl I 87/2012) unterscheidet sich von der bereits geprüften Fassung (BGBl I 38/2011) nur insoweit, als die Wortfolge "die Behörde" durch die Wortfolge "das Bundesamt" bzw. die Wortfolge "von der Behörde" durch die Wortfolge "vom Bundesamt" ersetzt wurden. Die im Erkenntnis vom 9. Dezember 2014, G160-162/2014, getroffenen Aussagen zur Auslegung des §46a Abs1a FPG idF BGBl I 38/2011 sind daher auf die Auslegung des §46a Abs1a FPG idF BGBl I 87/2012 uneingeschränkt übertragbar.

2.2. Danach geht der Verfassungsgerichtshof – gestützt auf die Entstehungsgeschichte der in Prüfung gezogenen Norm – mit der Bundesregierung davon aus, dass eine Duldung gemäß §46a Abs1a 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 Abs1a 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 Abs1a FPG gestrichen. Damit enthält das Gesetz aber keinen Hinweis mehr in die Richtung, dass der Gesetzgeber tatsächlich einen Systemwandel von einer Duldung (gemäß §46a Abs1a FPG) ex lege zu einer Duldung auf Grund konstitutiver behördlicher Feststellung (mit entsprechendem Antragsrecht) vornehmen wollte. §46a Abs1a FPG ist daher weiterhin so zu verstehen, dass eine Duldung mit dem Vorliegen der tatsächlichen Unmöglichkeit der Abschiebung ex lege eintritt.

2.3. Die behördliche Pflicht zur Ausstellung einer Karte für Geduldete dient "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 Abs1a FPG wegen des Erfordernisses der Ausstellung eines Heimreisezertifikates in absehbarer Zeit unmöglich ist. Ist dies der Fall, hat die Behörde die Karte für 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 Abs1a FPG sohin eine Tatbestandsvoraussetzung zur Ausstellung einer Karte für Geduldete gemäß §46a Abs2 FPG bilden, so ergibt sich daraus aber auch, dass gegen einen solchen Bescheid in einem nachfolgenden Rechtsmittelverfahren vor dem BVwG für den Fremden ausreichender Rechtsschutz besteht. 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.

2.4. Vor dem Hintergrund eines solchen Verständnisses der Norm vermag der Verfassungsgerichtshof die Bedenken des BVwG weder hinsichtlich des Rechtsstaatsprinzips noch hinsichtlich des Gleichheitssatzes zu teilen: 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 Abs1b FPG), jedenfalls solange geduldet, bis ein Heimreisezertifikat (Ersatzreisedokument) ausgestellt wurde oder einer der in §46a Abs1b FPG beschriebenen Fälle eintritt. Damit ist hinreichend genau bestimmt, ob und wann eine Duldung eintritt. Auch das Bedenken, dass diese Aspekte nicht ausreichend genau gesetzlich determiniert seien, ist damit zerstreut.

2.4.1. 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.

2.4.2. Der Verfassungsgerichtshof vermag der Bundesregierung infolgedessen nicht entgegenzutreten, wenn sie auf Grund der vorstehenden Erwägungen der Ansicht ist, dass Auflagen iSv §46a Abs1a FPG nur im Laufe des Verwaltungsverfahrens mittels Verfahrensordnung mitzuteilen sind, dieses 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.

V. Ergebnis

1. Die vom BVwG ob der Verfassungsmäßigkeit des §46a Abs1a FPG, BGBl I 100/2005 idF BGBl I 87/2012, erhobenen Bedenken treffen nicht zu. Die Anträge sind daher abzuweisen.

2. Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

#### **Schlagworte**

Fremdenpolizei, Duldung, Aufenthaltsverbot, Rechtsstaatsprinzip, Rechtsschutz, Parteistellung, Rechte subjektive öffentliche, Legalitätsprinzip, Determinierungsgebot, Feststellungsbescheid, VfGH / Prüfungsumfang

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VFGH:2015:G171.2014

#### **Zuletzt aktualisiert am**

11.03.2015

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)