

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

E 3763-3764/2021-10

4. Oktober 2022

## BESCHLUSS

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz der Vizepräsidentin  
Dr. Verena MADNER,

in Anwesenheit der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,  
Dr. Sieglinde GAHLEITNER,  
Dr. Andreas HAUER,  
Dr. Christoph HERBST,  
Dr. Michael HOLOUBEK,  
Dr. Helmut HÖRTENHUBER,  
Dr. Claudia KAHR,  
Dr. Georg LIENBACHER,  
Dr. Michael MAYRHOFER,  
Dr. Michael RAMI,  
Dr. Johannes SCHNIZER und  
Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin  
Mag. Marijana SARAF, BA LL.M.  
als Schriftführerin,

in der Beschwerdesache des \*\*\* \*\*\* und der \*\*\* \*\*\*, beide \*\*\* \*\*\*, \*\*\* \*\*\*, beide vertreten durch Rechtsanwältin Mag. Ingeborg Haller, Markus-Sittikus-Straße 9/2/7, 5020 Salzburg, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 26. August 2021, Zlen. L524 2152591-2/8E und L524 2152595-2/7E, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung beschlossen:

- I. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. b B-VG wird die Verfassungsmäßigkeit des § 53 Abs. 2 Z 6 des Bundesgesetzes über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreiseteil (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl. I Nr. 100/2005, idF BGBl. I Nr. 87/2012 von Amts wegen geprüft.
- II. Das Beschwerdeverfahren wird nach Fällung der Entscheidung im Gesetzesprüfungsverfahren fortgesetzt werden.

## **Begründung**

### **I. Sachverhalt, Beschwerde und Vorverfahren**

1. Die Beschwerdeführer, beide irakische Staatsangehörige, sind verheiratet und stellten am 28. Mai 2015 (Erstbeschwerdeführer) bzw. am 9. November 2015 (Zweitbeschwerdeführerin) jeweils einen (ersten) Antrag auf internationalen Schutz. 1

Der Erstbeschwerdeführer übt seit 1. Februar 2019 auf Grund einer entsprechenden Gewerbeberechtigung das freie Gewerbe "Wartung und Pflege von Kraftfahrzeugen (Kfz-Service)" und die Zweitbeschwerdeführerin seit 1. Juli 2019 ebenfalls auf Grund einer entsprechenden Gewerbeberechtigung das freie Gewerbe "Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten" aus. Im Jahr 2019 erzielten die Beschwerdeführer aus ihrer selbstständigen Tätigkeit zusammen einen Bilanzgewinn in der Höhe von € 8.053,83. Im Zeitraum Jänner bis Juli 2020 erwirtschafteten sie aus ihrer selbstständigen Tätigkeit vor Um- und Nachbuchungen zu- 2

sammen einen Gewinn in Höhe von € 10.604,56. Mit Schreiben der Gewerbebehörde vom 31. Mai 2021 bzw. 1. Juni 2021 wurden die Beschwerdeführer über die Einleitung eines Gewerbeentziehungsverfahrens in Kenntnis gesetzt, da sie über keinen aufrechten Aufenthaltstitel verfügten.

Der Erstbeschwerdeführer legte im Verfahren eine unverbindliche Einstellungs-  
sage vom 6. Juli 2021 als Mechaniker bei einem Unternehmen vor, von dem er seit  
2019 als Subunternehmer Aufträge erhält. Die Zweitbeschwerdeführerin verfügt  
über einen zweiseitig unterfertigten Rahmenvertrag vom 31. Juli 2021 mit einem  
Hotel betreffend Hausbetreuung und Gebäudereinigung. Die Beschwerdeführer  
bezogen bis Juni 2019 Leistungen aus der Grundversorgung hinsichtlich Unterbrin-  
gung, Verpflegung und Krankenversicherung. Anschließend bezogen sie Grundver-  
sorgung im Umfang der Krankenversicherung. Am 30. Juni 2021 gaben beide Be-  
schwerdeführer einen freiwilligen Verzicht auf sämtliche Grundversorgungs-  
leistungen ab.

3

2. Mit Bescheiden vom 13. März 2017 wies das Bundesamt für Fremdenwesen und  
Asyl (im Folgenden: BFA) die Anträge der Beschwerdeführer jeweils sowohl hin-  
sichtlich der Zuerkennung des Status des bzw. der Asylberechtigten als auch hin-  
sichtlich des Status des bzw. der subsidiär Schutzberechtigten ab, erteilte keine  
Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen, erließ gegen die Be-  
schwerdeführer eine Rückkehrentscheidung, stellte fest, dass die Abschiebung in  
den Irak zulässig ist, und setzte eine 14-tägige Frist zur freiwilligen Ausreise.

4

Die gegen diese Bescheide erhobenen Beschwerden wies das Bundesverwaltungs-  
gericht mit Erkenntnis vom 28. Juli 2020 als unbegründet ab. Der Verwaltungsge-  
richtshof wies die außerordentliche Revision mit Beschluss vom 6. November 2020  
als unzulässig zurück.

5

3. Die Beschwerdeführer stellten am 8. April 2021 Anträge auf Erteilung eines Auf-  
enthaltstitels in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen gemäß § 56 AsylG  
2005. Das BFA wies diese Anträge mit Bescheiden vom 1. Juni 2021 als unbegrün-  
det ab, erließ jeweils eine Rückkehrentscheidung, stellte fest, dass die Abschie-  
bung in den Irak zulässig ist, und setzte eine 14-tägige Frist zur freiwilligen Aus-  
reise. Die Bescheide erwuchsen in der Folge in Rechtskraft.

6

Am 23. Juni 2021 stellten die Beschwerdeführer (zum zweiten Mal) Anträge auf internationalen Schutz. Das BFA wies diese Anträge mit Bescheiden vom 1. August 2021 jeweils sowohl hinsichtlich der Zuerkennung des Status des bzw. der Asylberechtigten als auch des Status des bzw. der subsidiär Schutzberechtigten wegen entschiedener Sache zurück, erteilte keine Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen, erließ jeweils eine Rückkehrentscheidung, stellte fest, dass die Abschiebung in den Irak zulässig ist und dass keine Frist für die freiwillige Ausreise besteht. Zudem erließ das BFA gestützt auf "§ 53 Absatz 1 iVm Absatz 2 Ziffer 6 Fremdenpolizeigesetz, BGBl. Nr. 100/2005 (FPG) idgF" ein auf die Dauer von zwei Jahren befristetes Einreiseverbot.

7

4. Die gegen diese Bescheide erhobenen Beschwerden wies das Bundesverwaltungsgericht mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 26. August 2021 als unbegründet ab.

8

Das auf die Dauer von zwei Jahren befristete Einreiseverbot begründet das Bundesverwaltungsgericht damit, dass das beharrliche Verbleiben der Beschwerdeführer in Österreich trotz Ausreiseverpflichtung, die Mittellosigkeit und die unrechtmäßige Fortsetzung der Erwerbstätigkeit nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens die Annahme rechtfertigten, dass ein Verbleib der Beschwerdeführer im Bundesgebiet eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darstelle.

9

Zur festgestellten Mittellosigkeit gemäß § 53 Abs. 2 Z 6 FPG führt das Bundesverwaltungsgericht Folgendes aus:

10

"Nach § 53 Abs. 2 Z 6 FPG hat ein Fremder initiativ, untermauert durch Vorlage entsprechender Bescheinigungsmittel, nachzuweisen, dass er nicht bloß über Mittel zur kurzfristigen Bestreitung seines Unterhalts verfügt, sondern sein Unterhalt für die beabsichtigte Dauer seines Aufenthalts gesichert erscheint. Die Verpflichtung, die Herkunft der für den Unterhalt zur Verfügung stehenden Mittel nachzuweisen, besteht insoweit, als für die Behörde ersichtlich sein muss, dass der Fremde einen Rechtsanspruch darauf hat und die Mittel nicht aus illegalen Quellen stammen (vgl. VwGH 19.12.2018, Ra 2018/20/0309). Aus der Mittellosigkeit eines Fremden resultiert die Gefahr der Beschaffung der Unterhaltsmittel aus illegalen Quellen bzw. einer finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft, weshalb im Fall des Fehlens ausreichender Unterhaltsmittel auch die Annahme einer Gefährdung im Sinn des (nunmehr:) § 53 Abs. 2 FPG gerechtfertigt ist (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung zu den insoweit gleichgelagerten Vorgängerbestimmungen

des FPG etwa VwGH 22.1.2013, 2012/18/0191; 13.9.2012, 2011/23/0156, jeweils mwN; vgl. weiters der Sache nach bei der Beurteilung gemäß § 53 Abs. 2 Z 6 FPG auf diese Judikatur abstellend VwGH 30.8.2018, Ra 2018/21/0129, Rn. 11 und 12).

Seit der rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über ihre ersten Anträge auf internationalen Schutz im Juli 2020 waren die Beschwerdeführer nicht mehr zum Aufenthalt in Österreich berechtigt. Trotz des rechtskräftigen Abschlusses ihres Asylverfahrens setzten sie ihre selbständige Tätigkeit in Form der Ausübung der umschriebenen Gewerbe fort. Gegen die Beschwerdeführer wurden Gewerbeentziehungsverfahren eingeleitet. Es ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführer künftig mangels Gewerbeberechtigung kein Einkommen aus legalen Quellen erzielen können und damit weiterhin Grundversorgungsleistungen beziehen werden. Insoweit die Beschwerdeführer vorbrachten, dass sie derzeit von ihrem Ersparten leben, wurde nicht konkret nachgewiesen, wie hoch ihr Sparguthaben ist. Auch im Rahmen ihrer Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 56 AsylG [2005] wurden keine Angaben zum Vermögen gemacht. Es ist davon auszugehen, dass ihre Ersparnisse in Anbetracht der festgestellten Einkünfte in dem letzten Jahr nicht ausreichend sind und sie daher – trotz eines am 30.06.2021 abgegebenen freiwilligen Verzichts auf Grundversorgungsleistungen – in kürzester Zeit wieder Grundversorgungsleistungen beziehen werden. Der Umstand, dass einem Fremden Grundversorgung gewährt wird, bestätigt geradezu die Beurteilung, dass der auf die Mittellosigkeit abstellende Tatbestand des (nunmehr) § 53 Abs. 2 Z 6 FPG erfüllt ist (vgl. VwGH 09.07.2020, Ra 2020/21/0257; 25.10.2018, Ra 2018/20/0318; 20.09.2018, Ra 2018/20/0349; 24.05.2018, Ra 2018/19/0125).

Bei der Bemessung eines Einreiseverbotes nach § 53 FPG ist eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, bei der die Behörde das bisherige Verhalten des Drittstaatsangehörigen zu beurteilen und zu berücksichtigen hat, ob (bzw. inwieweit über die im unrechtmäßigen Aufenthalt als solchem zu erblickende Störung der öffentlichen Ordnung hinaus) der (weitere) Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet oder anderen in Art. 8 Abs. 2 MRK genannten öffentlichen Interessen zuwiderläuft. Eine derartige Gefährdung ist nach der Gesetzessystematik insbesondere in den Fällen der Z 1 bis 9 des § 53 Abs. 2 FPG anzunehmen. Die Erfüllung eines Tatbestandes nach § 53 Abs. 2 FPG indiziert, dass der (weitere) Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit nicht nur geringfügig gefährdet (vgl. etwa VwGH 24.5.2018, Ra 2017/19/0311, Rn. 12 und 19, mwN).

Bei der Entscheidung über die Länge des Einreiseverbotes ist die Dauer der vom Fremden ausgehenden Gefährdung zu prognostizieren; außerdem ist auf seine privaten und familiären Interessen Bedacht zu nehmen (vgl. VwGH 20.12.2016, Ra 2016/21/0109 unter Hinweis auf VwGH 15.12.2011, 2011/21/0237)."

5. Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung in näher bezeichneten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses beantragt wird. In der Beschwerde wird unter anderem vorgebracht, dass sich die Beschwerdeführer seit über fünf Jahren im Bundesgebiet aufhielten und von Beginn an bestrebt gewesen seien, eine Arbeit zu finden und selbsterhaltungsfähig zu werden. Zudem würden die unbescholtenen Beschwerdeführer keine Grundversorgung beziehen. 11
6. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Gerichts- und Verwaltungsakten vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift jedoch abgesehen. 12

## II. Rechtslage

Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetiteln (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl. I 100/2005, idF BGBl. I 54/2021 lauten auszugsweise wie folgt (die in Prüfung gezogene Bestimmung idF BGBl. I 87/2012 ist hervorgehoben): 13

"8. Hauptstück  
Aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen Fremde  
1. Abschnitt  
Aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen Drittstaatsangehörige  
Rückkehrentscheidung

- § 52. (1) Gegen einen Drittstaatsangehörigen hat das Bundesamt mit Bescheid eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, wenn er sich
1. nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält oder
  2. nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat und das Rückkehrentscheidungsverfahren binnen sechs Wochen ab Ausreise eingeleitet wurde.
- (2) Gegen einen Drittstaatsangehörigen hat das Bundesamt unter einem (§ 10 AsylG 2005) mit Bescheid eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, wenn
1. dessen Antrag auf internationalen Schutz wegen Drittstaatsicherheit zurückgewiesen wird,
  2. dessen Antrag auf internationalen Schutz sowohl bezüglich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten als auch der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten abgewiesen wird,
  3. ihm der Status des Asylberechtigten aberkannt wird, ohne dass es zur Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten kommt oder
  4. ihm der Status des subsidiär Schutzberechtigten aberkannt wird

und ihm kein Aufenthaltsrecht nach anderen Bundesgesetzen zukommt. Dies gilt nicht für begünstigte Drittstaatsangehörige.

(3) Gegen einen Drittstaatsangehörigen hat das Bundesamt unter einem mit Bescheid eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, wenn dessen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß §§ 55, 56 oder 57 AsylG 2005 zurück- oder abgewiesen wird.

(4) Gegen einen Drittstaatsangehörigen, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, hat das Bundesamt mit Bescheid eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, wenn

1. nachträglich ein Versagungsgrund gemäß § 60 AsylG 2005 oder § 11 Abs. 1 und 2 NAG eintritt oder bekannt wird, der der Erteilung des zuletzt erteilten Aufenthaltstitels entgegengestanden wäre,

1a. nachträglich ein Versagungsgrund eintritt oder bekannt wird, der der Erteilung des zuletzt erteilten Einreisetitels entgegengestanden wäre oder eine Voraussetzung gemäß § 31 Abs. 1 wegfällt, die für die erlaubte visumfreie Einreise oder den rechtmäßigen Aufenthalt erforderlich ist,

2. ihm ein Aufenthaltstitel gemäß § 8 Abs. 1 Z 1 oder 2 NAG erteilt wurde, er der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht und im ersten Jahr seiner Niederlassung mehr als vier Monate keiner erlaubten unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist,

3. ihm ein Aufenthaltstitel gemäß § 8 Abs. 1 Z 1 oder 2 NAG erteilt wurde, er länger als ein Jahr aber kürzer als fünf Jahre im Bundesgebiet niedergelassen ist und während der Dauer eines Jahres nahezu ununterbrochen keiner erlaubten Erwerbstätigkeit nachgegangen ist,

4. der Erteilung eines weiteren Aufenthaltstitels ein Versagungsgrund (§ 11 Abs. 1 und 2 NAG) entgegensteht oder

5. das Modul 1 der Integrationsvereinbarung gemäß § 9 Integrationsgesetz (IntG), BGBl. I Nr. 68/2017, aus Gründen, die ausschließlich vom Drittstaatsangehörigen zu vertreten sind, nicht rechtzeitig erfüllt wurde.

Werden der Behörde nach dem NAG Tatsachen bekannt, die eine Rückkehrentscheidung rechtfertigen, so ist diese verpflichtet dem Bundesamt diese unter Anschluss der relevanten Unterlagen mitzuteilen. Im Fall des Verlängerungsverfahrens gemäß § 24 NAG hat das Bundesamt nur all jene Umstände zu würdigen, die der Drittstaatsangehörige im Rahmen eines solchen Verfahrens bei der Behörde nach dem NAG bereits hätte nachweisen können und müssen.

(5) Gegen einen Drittstaatsangehörigen, der vor Verwirklichung des maßgeblichen Sachverhaltes auf Dauer rechtmäßig niedergelassen war und über einen Aufenthaltstitel 'Daueraufenthalt – EU' verfügt, hat das Bundesamt eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, wenn die Voraussetzungen gemäß § 53 Abs. 3 die Annahme rechtfertigen, dass dessen weiterer Aufenthalt eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellen würde.

(6) Ist ein nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältiger Drittstaatsangehöriger im Besitz eines Aufenthaltstitels oder einer sonstigen Aufenthaltsberechtigung eines anderen Mitgliedstaates, hat er sich unverzüglich in das Hoheitsgebiet dieses Staates zu begeben. Dies hat der Drittstaatsangehörige nachzuweisen. Kommt er seiner Ausreiseverpflichtung nicht nach oder ist seine sofortige Ausreise aus dem

Bundesgebiet aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit erforderlich, ist eine Rückkehrentscheidung gemäß Abs. 1 zu erlassen.

(7) Von der Erlassung einer Rückkehrentscheidung gemäß Abs. 1 ist abzusehen, wenn ein Fall des § 45 Abs. 1 vorliegt und ein Rückübernahmeabkommen mit jenem Mitgliedstaat besteht, in den der Drittstaatsangehörige zurückgeschoben werden soll.

(8) Die Rückkehrentscheidung wird im Fall des § 16 Abs. 4 BFA-VG oder mit Eintritt der Rechtskraft durchsetzbar und verpflichtet den Drittstaatsangehörigen zur unverzüglichen Ausreise in dessen Herkunftsstaat, ein Transitland gemäß unionsrechtlichen oder bilateralen Rückübernahmeabkommen oder anderen Vereinbarungen oder einen anderen Drittstaat, sofern ihm eine Frist für die freiwillige Ausreise nicht eingeräumt wurde. Liegt ein Fall des § 55a vor, so wird die Rückkehrentscheidung mit dem Ablauf der Frist für die freiwillige Ausreise durchsetzbar. Im Falle einer Beschwerde gegen eine Rückkehrentscheidung ist § 28 Abs. 2 Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 auch dann anzuwenden, wenn er sich zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung nicht mehr im Bundesgebiet aufhält.

(9) Mit der Rückkehrentscheidung ist gleichzeitig festzustellen, ob die Abschiebung des Drittstaatsangehörigen gemäß § 46 in einen oder mehrere bestimmte Staaten zulässig ist. Dies gilt nicht, wenn die Feststellung des Drittstaates, in den der Drittstaatsangehörige abgeschoben werden soll, aus vom Drittstaatsangehörigen zu vertretenden Gründen nicht möglich ist.

(10) Die Abschiebung eines Drittstaatsangehörigen gemäß § 46 kann auch über andere als in Abs. 9 festgestellte Staaten erfolgen.

(11) Der Umstand, dass in einem Verfahren zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung deren Unzulässigkeit gemäß § 9 Abs. 3 BFA-VG festgestellt wurde, hindert nicht daran, im Rahmen eines weiteren Verfahrens zur Erlassung einer solchen Entscheidung neuerlich eine Abwägung gemäß § 9 Abs. 1 BFA-VG vorzunehmen, wenn der Fremde in der Zwischenzeit wieder ein Verhalten gesetzt hat, das die Erlassung einer Rückkehrentscheidung rechtfertigen würde.

[...]

#### Einreiseverbot

§ 53. (1) Mit einer Rückkehrentscheidung kann vom Bundesamt mit Bescheid ein Einreiseverbot erlassen werden. Das Einreiseverbot ist die Anweisung an den Drittstaatsangehörigen, für einen festgelegten Zeitraum nicht in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einzureisen und sich dort nicht aufzuhalten.

(2) Ein Einreiseverbot gemäß Abs. 1 ist, vorbehaltlich des Abs. 3, für die Dauer von höchstens fünf Jahren zu erlassen. Bei der Bemessung der Dauer des Einreiseverbots hat das Bundesamt das bisherige Verhalten des Drittstaatsangehörigen mit einzubeziehen und zu berücksichtigen, inwieweit der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet oder anderen in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen zuwiderläuft. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Drittstaatsangehörige

1. wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 20 Abs. 2 der Straßenverkehrsordnung 1960 (StVO), BGBl. Nr. 159, iVm § 26 Abs. 3 des Führerscheingesetzes (FSG), BGBl. I Nr. 120/1997, gemäß § 99 Abs. 1, 1a, 1b oder 2 StVO, gemäß § 37 Abs. 3 oder 4 FSG, gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 der Gewerbeordnung 1994 (GewO), BGBl. Nr. 194, in Bezug auf ein bewilligungspflichtiges, gebundenes Gewerbe, gemäß den §§ 81 oder 82 des SPG, gemäß den §§ 9 oder 14 iVm § 19 des Versammlungsgesetzes 1953, BGBl. Nr. 98, oder wegen einer Übertretung des Grenzkontrollgesetzes, des Meldegesetzes, des Gefahrgutbeförderungsgesetzes oder des Ausländerbeschäftigungsgesetzes rechtskräftig bestraft worden ist;
  2. wegen einer Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von mindestens 1 000 Euro oder primären Freiheitsstrafe rechtskräftig bestraft wurde;
  3. wegen einer Übertretung dieses Bundesgesetzes oder des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtskräftig bestraft worden ist, sofern es sich dabei nicht um eine in Abs. 3 genannte Übertretung handelt;
  4. wegen vorsätzlich begangener Finanzvergehen oder wegen vorsätzlich begangener Zuwiderhandlungen gegen devisenrechtliche Vorschriften rechtskräftig bestraft worden ist;
  5. wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften, mit denen die Prostitution geregelt ist, rechtskräftig bestraft worden ist;
  6. den Besitz der Mittel zu seinem Unterhalt nicht nachzuweisen vermag;
  7. bei einer Beschäftigung betreten wird, die er nach dem AuslBG nicht ausüben hätte dürfen, es sei denn, der Drittstaatsangehörige hätte nach den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes für denselben Dienstgeber eine andere Beschäftigung ausüben dürfen und für die Beschäftigung, bei der der Drittstaatsangehörige betreten wurde, wäre keine Zweckänderung erforderlich oder eine Zweckänderung zulässig gewesen;
  8. eine Ehe geschlossen oder eine eingetragene Partnerschaft begründet hat und sich für die Erteilung oder Beibehaltung eines Aufenthaltstitels, für den Erwerb oder die Aufrechterhaltung eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts, für den Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft, zwecks Zugangs zum heimischen Arbeitsmarkt oder zur Hintanhaltung aufenthaltsbeendender Maßnahmen auf diese Ehe oder eingetragene Partnerschaft berufen, aber mit dem Ehegatten oder eingetragenen Partner ein gemeinsames Familienleben im Sinne des Art. 8 EMRK nicht geführt hat oder
  9. an Kindes statt angenommen wurde und die Erteilung oder Beibehaltung eines Aufenthaltstitels, der Erwerb oder die Aufrechterhaltung eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts, der Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft, der Zugang zum heimischen Arbeitsmarkt oder die Hintanhaltung aufenthaltsbeendender Maßnahmen ausschließlicher oder vorwiegender Grund für die Annahme an Kindes statt war, er jedoch das Gericht über die wahren Verhältnisse zu den Wahl Eltern getäuscht hat.
- (3) Ein Einreiseverbot gemäß Abs. 1 ist für die Dauer von höchstens zehn Jahren, in den Fällen der Z 5 bis 9 auch unbefristet zu erlassen, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellt. Als

bestimmte Tatsache, die bei der Bemessung der Dauer des Einreiseverbotes neben den anderen in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen relevant ist, hat insbesondere zu gelten, wenn

1. ein Drittstaatsangehöriger von einem Gericht zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten, zu einer bedingt oder teilbedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder mindestens einmal wegen auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden strafbaren Handlungen rechtskräftig verurteilt worden ist;
2. ein Drittstaatsangehöriger von einem Gericht wegen einer innerhalb von drei Monaten nach der Einreise begangenen Vorsatztat rechtskräftig verurteilt worden ist;
3. ein Drittstaatsangehöriger wegen Zuhälterei rechtskräftig verurteilt worden ist;
4. ein Drittstaatsangehöriger wegen einer Wiederholungstat oder einer gerichtlich strafbaren Handlung im Sinne dieses Bundesgesetzes oder des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtskräftig bestraft oder verurteilt worden ist;
5. ein Drittstaatsangehöriger von einem Gericht zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren rechtskräftig verurteilt worden ist;
6. auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Drittstaatsangehörige einer kriminellen Organisation (§ 278a StGB) oder einer terroristischen Vereinigung (§ 278b StGB) angehört oder angehört hat, terroristische Straftaten begeht oder begangen hat (§ 278c StGB), Terrorismus finanziert oder finanziert hat (§ 278d StGB) oder eine Person für terroristische Zwecke ausbildet oder sich ausbilden lässt (§ 278e StGB) oder eine Person zur Begehung einer terroristischen Straftat anleitet oder angeleitet hat (§ 278f StGB);
7. auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Drittstaatsangehörige durch sein Verhalten, insbesondere durch die öffentliche Beteiligung an Gewalttätigkeiten, durch den öffentlichen Aufruf zur Gewalt oder durch hetzerische Aufforderungen oder Aufreizungen, die nationale Sicherheit gefährdet;
8. ein Drittstaatsangehöriger öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder terroristische Taten von vergleichbarem Gewicht billigt oder dafür wirbt oder
9. der Drittstaatsangehörige ein Naheverhältnis zu einer extremistischen oder terroristischen Gruppierung hat und im Hinblick auf deren bestehende Strukturen oder auf zu gewärtigende Entwicklungen in deren Umfeld extremistische oder terroristische Aktivitäten derselben nicht ausgeschlossen werden können, oder auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass er durch Verbreitung in Wort, Bild oder Schrift andere Personen oder Organisationen von seiner gegen die Wertvorstellungen eines europäischen demokratischen Staates und seiner Gesellschaft gerichteten Einstellung zu überzeugen versucht oder versucht hat oder auf andere Weise eine Person oder Organisation unterstützt, die die Verbreitung solchen Gedankengutes fördert oder gutheißt.

(4) Die Frist des Einreiseverbotes beginnt mit Ablauf des Tages der Ausreise des Drittstaatsangehörigen.

(5) Eine gemäß Abs. 3 maßgebliche Verurteilung liegt nicht vor, wenn sie bereits getilgt ist. § 73 StGB gilt.

(6) Einer Verurteilung nach Abs. 3 Z 1, 2 und 5 ist eine von einem Gericht veranlasste Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher gleichzuhalten, wenn die Tat unter Einfluss eines die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Zustandes begangen wurde, der auf einer geistigen oder seelischen Abartigkeit von höherem Grad beruht.

[...]

#### Verkürzung, Gegenstandslosigkeit und Aufhebung

§ 60. (1) Das Bundesamt kann ein Einreiseverbot gemäß § 53 Abs. 2 auf Antrag des Drittstaatsangehörigen unter Berücksichtigung der für die Erlassung der seinerzeitigen Rückkehrentscheidung oder des seinerzeitigen Einreiseverbotes maßgeblichen Umstände verkürzen oder aufheben, wenn der Drittstaatsangehörige das Gebiet der Mitgliedstaaten fristgerecht verlassen hat. Die fristgerechte Ausreise hat der Drittstaatsangehörige nachzuweisen.

(2) [...]"

### III. Bedenken des Verfassungsgerichtshofes

1. Bei Behandlung der Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des § 53 Abs. 2 Z 6 FPG, BGBl. I 100/2005, idF BGBl. I 87/2012 entstanden. 14
2. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die Beschwerde zulässig ist, dass das Bundesverwaltungsgericht bei seiner Entscheidung über die Erlassung eines zweijährigen Einreiseverbotes die in Prüfung gezogene Bestimmung des § 53 Abs. 2 Z 6 FPG angewendet hat und dass auch der Verfassungsgerichtshof diese Bestimmung bei seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden hätte. 15
3. Die in Prüfung gezogene Bestimmung des § 53 Abs. 2 Z 6 FPG steht in folgendem normativen Zusammenhang: 16
  - 3.1. Eine Rückkehrentscheidung ist vom BFA mit Bescheid gegen einen Drittstaatsangehörigen unter anderem dann zu erlassen, wenn sich dieser nicht rechtmäßig in Österreich aufhält (§ 52 Abs. 1 Z 1 FPG). Wird durch die Rückkehrentscheidung in das Privat- und Familienleben des Fremden eingegriffen, ist die Erlassung der Rückkehrentscheidung zulässig, wenn dies zur Erreichung der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist (§ 9 Abs. 1 BFA-VG), wobei § 9 Abs. 2 BFA- 17

VG die dabei insbesondere zu beachtenden Kriterien näher umschreibt. Die (rechtskräftige) Rückkehrentscheidung verpflichtet den Drittstaatsangehörigen zur unverzüglichen Ausreise in dessen Herkunftsstaat, ein Transitland gemäß unionsrechtlichen oder bilateralen Rückübernahmeabkommen oder anderen Vereinbarungen oder einen anderen Drittstaat, sofern ihm eine Frist zur freiwilligen Ausreise nicht eingeräumt wurde (§ 52 Abs. 8 FPG).

3.2. Ein Einreiseverbot kann vom BFA mit Bescheid – nur (vgl. Erläut. zur RV des FNG-Anpassungsgesetzes, 2144 BlgNR 24. GP, 23 f.) – gemeinsam mit einer Rückkehrentscheidung erlassen werden. Das Einreiseverbot ist die Anweisung an den Drittstaatsangehörigen, für einen festgelegten Zeitraum nicht in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einzureisen und sich dort aufzuhalten (§ 53 Abs. 1 FPG). Ein Einreiseverbot (siehe Art. 11 der Richtlinie 2008/115/EG über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. 2008 L 348, 98) bildet somit ein Mittel, um die Effizienz der Rückkehrpolitik der Europäischen Union zu erhöhen. Es gewährleistet, dass ein illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger nach seiner Abschiebung während eines bestimmten Zeitraumes nicht legal in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zurückkehren kann (EuGH 26.7.2017, Rs. C-225/16, *Ouhrami*, Rz 50; 17.9.2020, Rs. C-806/18, *JZ*, Rz 32). Rückkehrentscheidung und Einreiseverbot unterscheiden sich daher insoweit, als die Rückkehrentscheidung die Konsequenzen aus der Rechtswidrigkeit des ursprünglichen Aufenthalts zieht, während das Einreiseverbot einen möglichen späteren Aufenthalt betrifft, der schon jetzt für rechtswidrig erklärt wird (vgl. EuGH, *Ouhrami*, Rz 50).

18

3.2.1. Ein Einreiseverbot ist gemäß § 53 Abs. 2 FPG für die Dauer von höchstens fünf Jahren zu erlassen. Bei der Bemessung der (gemäß § 53 Abs. 4 FPG mit dem Ablauf des Tages der Ausreise beginnenden) Dauer des Einreiseverbotes ist das bisherige Verhalten des Drittstaatsangehörigen mit einzubeziehen und zu berücksichtigen, inwieweit der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet oder anderen in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Zielen zuwiderläuft (§ 53 Abs. 2 FPG). Wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellt, kann gemäß § 53 Abs. 3 FPG ein Einreiseverbot für die Dauer von höchstens zehn

19

Jahren, in bestimmten Fällen auch unbefristet erlassen werden (vgl. VfSlg. 20.049/2016, 20.247/2018).

Die Ziffern 1 bis 9 des § 53 Abs. 2 FPG zählen jene Umstände demonstrativ ("insbesondere") auf, die eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit bzw. anderer öffentlicher Interessen im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK darstellen. Solche Umstände sind eine rechtskräftige Bestrafung wegen bestimmter Verwaltungsübertretungen (zB bestimmte Übertretungen der Straßenverkehrsordnung 1960, der §§ 81 und 82 des Sicherheitspolizeigesetzes, der §§ 9 oder 14 iVm § 19 des Versammlungsgesetzes, Übertretungen des Grenzkontrollgesetzes oder des Ausländerbeschäftigungsgesetzes; Z 1), wegen einer Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe von mindestens € 1.000, – oder einer primären Freiheitsstrafe rechtskräftig bestraft wurde (Z 2), wegen einer Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes oder des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (Z 3), wegen vorsätzlich begangener Finanzvergehen oder vorsätzlich begangener Zuwiderhandlungen gegen devisenrechtliche Vorschriften (Z 4) sowie wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften, mit denen die Prostitution geregelt ist (Z 5). Ein solcher Umstand liegt weiters dann vor, wenn der Drittstaatsangehörige den Besitz der Mittel zu seinem Unterhalt nicht nachzuweisen vermag (Z 6), bei einer Beschäftigung betreten wird, die er nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz nicht hätte ausüben dürfen (Z 7), mittels einer zum Schein geschlossenen Ehe bzw. eingetragenen Partnerschaft insbesondere aufenthalts- oder arbeitsrechtliche Vorteile erlangt hat (Z 8) oder in Täuschung über die wahren Verhältnisse zu den Wahleltern an Kindes statt angenommen wurde, um insbesondere aufenthalts- oder arbeitsrechtliche Vorteile zu erlangen (Z 9).

20

3.2.2. Bei der Bemessung der Dauer des Einreiseverbotes ist neben der Bewertung des bisherigen Verhaltens des Drittstaatsangehörigen auch auf seine privaten und familiären Interessen Bedacht zu nehmen und prognosehaft zu beurteilen, wie lange die von ihm ausgehende Gefahr andauern wird (VwSlg. 18.295 A/2011; vgl. auch im Zusammenhang mit § 60 FPG in der Fassung vor dem FrÄG 2011 VwGH 22.1.2013, 2012/18/0191: "für jenen Zeitraum zu erlassen, nach dessen Ablauf vorhersehbarerweise der Grund für seine Verhängung weggefallen sein wird"). Diese Prognose ist nachvollziehbar zu begründen (VwGH 16.5.2019, Ra 2019/21/0104). Jeder Entscheidung über die Dauer des Einreiseverbotes liegt daher eine Abwägung des Verhaltens und der Interessen des konkret betroffenen

21

Drittstaatsangehörigen (an einer Wiedereinreise) mit den gegen eine Wiedereinreise sprechenden öffentlichen Interessen zugrunde. Sie beruht auf einer einzelfallabhängigen (VwSlg. 18.295 A/2011; VwGH 20.9.2018, Ra 2018/20/0349; siehe Erläut. zur RV des FrÄG 2011, 1078 BlgNR 24. GP, 30) Interessenabwägung gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK (vgl. *Oswald*, Das Bleiberecht, 2012, 114).

Bei dieser Einzelfallprüfung hat die Behörde das bisherige Verhalten des Drittstaatsangehörigen zu beurteilen und zu berücksichtigen, ob (bzw. inwieweit über die im unrechtmäßigen Aufenthalt als solchem zu erblickende Störung der öffentlichen Ordnung hinaus) der (weitere bzw. neuerliche) Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet oder anderen in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen zuwiderläuft (VwSlg. 18.259 A/2011; VwGH 20.9.2018, Ra 2018/20/0349). Die Verhängung kurzfristiger Einreiseverbote (insbesondere solcher von weniger als 18 Monaten) – oder überhaupt das Unterbleiben eines Einreiseverbotes – soll nur erfolgen, wenn von dem Drittstaatsangehörigen keine gravierende Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausgeht, so insbesondere dann, wenn der Drittstaatsangehörige "bloß" einen der Tatbestände des § 53 Abs. 2 Z 1 bis 9 FPG erfüllt (VwGH 24.5.2018, Ra 2018/19/0125).

22

4. Der Verfassungsgerichtshof hegt vor diesem Hintergrund gegen die hiemit in Prüfung gezogene Bestimmung des § 53 Abs. 2 Z 6 FPG das Bedenken, dass sie gegen das Sachlichkeitsgebot des Art. I Abs. 1 Bundesverfassungsgesetz BGBl. 390/1973 verstößt:

23

4.1. Der Verfassungsgerichtshof hatte in VfSlg. 11.857/1988 keine Bedenken gegen die in § 3 Abs. 2 Fremdenpolizeigesetz (im Folgenden: FrPG), BGBl. 75/1954, idF BGBl. 575/1987 geregelten, ein Aufenthaltsverbot nach § 3 Abs. 1 FrPG rechtfertigenden Tatbestände. Zu diesen zählte gemäß § 3 Abs. 2 Z 7 FrPG auch, wenn ein Fremder "den Besitz der Mittel zu seinem Unterhalt nicht nachzuweisen vermag, es sei denn, daß er innerhalb der letzten fünf Jahre im Inland insgesamt drei Jahre einer erlaubten Erwerbstätigkeit nachgegangen ist". Das Aufenthaltsverbot nach § 3 FrPG hat in vergleichbarer Weise das bewirkt, was nach geltender Rechtslage mit der Rückkehrentscheidung nach § 52 FPG und dem Einreiseverbot nach § 53 FPG angeordnet wird: Die Verpflichtung, das Bundesgebiet zu verlassen, und die Verpflichtung, dieses innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nicht wieder zu

24

betreten (siehe § 6 Abs. 1 FrPG; vgl. auch *Pöschl*, Migration und Mobilität, Gutachten 19. ÖJT I/1, 90). Angesichts des Umstandes, dass nach § 2 Abs. 1 FrPG Fremde bewilligungsfrei grundsätzlich zum zeitlich unbeschränkten Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt waren (vgl. Erläut. zur RV des FrPG, 186 BlgNR 7. GP, 5 f.; *Pöschl*, aaO, 30 f., 50), dürfte das Aufenthaltsverbot nach § 3 Abs. 2 Z 7 FrPG somit darauf abgezielt haben, eine finanzielle Belastung der Gebietskörperschaften auf Grund eines an sich grundsätzlich dauerhaft zulässigen Aufenthaltes zu verhindern.

4.2. Davon dürfte sich das auf § 53 Abs. 2 Z 6 FPG gestützte Einreiseverbot zunächst schon deswegen unterscheiden, als die Mittellosigkeit nicht kausal für eine Rückkehrentscheidung (sondern "nur" für ein Verbot einer künftigen Einreise) ist. Denn das Einreiseverbot knüpft an die Rückkehrentscheidung an, die den an sich oder nunmehr (insbesondere auf Grund des negativen Abschlusses eines Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz) unrechtmäßigen Aufenthalt beendet. Vor diesem Hintergrund scheinen die sonstigen Tatbestände des § 53 Abs. 2 FPG darauf abzustellen, dass aus bestimmten, dem Drittstaatsangehörigen zurechenbaren Verhaltensweisen im Rahmen einer Prognoseentscheidung auf eine entsprechende Gefährdung öffentlicher Ordnungsinteressen zu schließen und daher dieser Gefahr durch ein zeitlich angemessen begrenztes Einreiseverbot zu begegnen sein dürfte. Demgegenüber scheint nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes der Tatbestand des § 53 Abs. 2 Z 6 FPG nicht darauf abzustellen, aus einem nach der Rechtsordnung dem Drittstaatsangehörigen vorwerfbar Verhalten auf eine künftige Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu schließen, sondern ausschließlich darauf, dass aus der aktuellen Mittellosigkeit des Drittstaatsangehörigen seine auch künftig nicht gegebene Selbsterhaltungsfähigkeit und damit bei neuerlicher legaler Einreise in das Bundesgebiet eine entsprechende finanzielle Belastung der Gebietskörperschaften folge.

25

4.3. Dem Drittstaatsangehörigen auf Grund im Zeitpunkt der Rückkehrentscheidung bestehender Mittellosigkeit auch künftig für einen bestimmten Zeitraum die legale Einreise in das Bundesgebiet zu untersagen, dürfte schon deswegen sachlich nicht gerechtfertigt sein, weil auf Grund der fremden- und aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen im Fall einer neuerlichen Einreise ohnedies sichergestellt sein dürfte, dass der Drittstaatsangehörige ohne entsprechende finanzielle Mittel nicht legal in das Bundesgebiet einreisen darf (im Zusammenhang mit der Erteilung von Visa siehe Art. 14 Abs. 1 lit. b und c iVm Art. 21 Abs. 3 lit. b und e iVm Abs. 5 sowie

26

Art. 32 Abs. 1 lit. a sublit. iii und vii der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft, ABl. 2009 L 243, 1, sowie von Visa D siehe § 21 Abs. 1 iVm Abs. 2 Z 3, 4 und 5 FPG; im Zusammenhang mit der Erteilung von Aufenthaltstiteln siehe § 11 Abs. 2 Z 4 iVm Abs. 5 NAG sowie § 60 Abs. 2 Z 3 AsylG 2005) und deswegen an der Einreise gehindert werden dürfte (§ 41 Abs. 2 Z 5 FPG).

4.4. Was eine Unterhaltsbeschaffung aus illegalen Quellen anlangt, so geht der Verfassungsgerichtshof vorläufig davon aus, dass ein solches Verhalten nicht von § 53 Abs. 2 Z 6 FPG, sondern von anderen Tatbeständen des § 53 Abs. 2 und 3 FPG erfasst sein (vgl. aber VwGH 15.12.2020, Ra 2020/21/0372) bzw. eine Konstellation darstellen dürfte, die hinsichtlich des Unrechtsgehaltes ähnlich schwer wiegt wie die anderen, ausdrücklich in § 53 Abs. 2 und 3 FPG angeführten Tatbestände (vgl. dazu VwGH 16.5.2019, Ra 2019/21/0104; 19.6.2020, Ra 2019/19/0436). Ein solches (straf)rechtswidriges Verhalten dürfte also im System des § 53 Abs. 2 und 3 FPG außerhalb des § 53 Abs. 2 Z 6 FPG geregelt sein.

27

Gegen die Auffassung, dass § 53 Abs. 2 Z 6 FPG ein Einreiseverbot unabhängig von einem vorwerfbaren Verhalten des Drittstaatsangehörigen während seines laufenden Aufenthaltes vorsehen dürfte, scheint auch nicht die Überlegung ins Treffen geführt werden zu können, dass bei Mittellosigkeit eine zukünftige Beschaffung des Unterhaltes des Drittstaatsangehörigen aus illegalen Quellen angenommen und insofern auf eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit geschlossen werden könne. Denn ein derart unmittelbarer Schluss von der Mittellosigkeit eines Menschen auf eine damit notwendig verbundene Beschaffungskriminalität, die präventiv zur rechtlichen Sanktion eines Einreiseverbotes führt, dürfte dem Gesetzgeber nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes nicht von vornherein zu unterstellen sein.

28

Im Unterschied zu den sonstigen in § 53 Abs. 2 FPG normierten Tatbeständen, die auf Grund eines die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdenden Fehlverhaltens eines Drittstaatsangehörigen und einer daraus resultierenden zukünftigen Gefährdung dieser öffentlichen Ordnungsinteressen die Erlassung eines zeitlich angemessen begrenzten Einreiseverbotes rechtfertigen dürften, scheint also eine solche Rechtfertigung für den Fall, dass das "Fehlverhalten" des Drittstaatsangehörigen allein in seiner Mittellosigkeit zu erblicken ist, zu fehlen (vgl. auch *Wiede-*

29

*rin*, Art. 8 EMRK, in: Korinek/Holoubek et al [Hrsg.], Bundesverfassungsrecht, 5. Lfg. 2002, Rz 99, mwN, demzufolge aufenthaltsbeendende Maßnahmen auf Grund eines vorwerfbaren Verhaltens leichter gerechtfertigt werden können als in jenen Fällen, in denen das wirtschaftliche Wohl des Landes iSd Art. 8 Abs. 2 EMRK die Ausweisung trägt).

4.5. Dem Verfassungsgerichtshof scheint vorläufig auch die in § 60 Abs. 1 FPG geregelte Möglichkeit, ein Einreiseverbot gemäß § 53 Abs. 2 FPG auf Antrag des Drittstaatsangehörigen unter Berücksichtigung der für die Erlassung der seinerzeitigen Rückkehrentscheidung oder des seinerzeitigen Einreiseverbotes maßgeblichen Umstände verkürzen oder aufheben zu können, nicht geeignet, die dargelegten Bedenken ausräumen zu können. Denn die Voraussetzung, dass der Drittstaatsangehörige das Gebiet der Mitgliedstaaten fristgerecht verlassen hat, dürfte jede individuelle Prüfung im Wiedereinreisefall ausschließen, wenn der Drittstaatsangehörige – verschuldet oder unverschuldet – diese Voraussetzung des Nachweises der fristgerechten Ausreise nicht erbringen kann. Die Möglichkeit, die Gegenstandslosigkeit des Einreiseverbotes im Wege der Beantragung eines Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen nach den Bestimmungen des AsylG 2005 zu erwirken, dürfte nur eng begrenzte Umstände der gebotenen Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens erfassen (siehe VfSlg. 20.049/2016).

30

4.6. Insgesamt scheint es daher dem Verfassungsgerichtshof nach seiner vorläufigen Auffassung sachlich nicht gerechtfertigt zu sein, dass § 53 Abs. 2 Z 6 FPG im Anschluss an eine ohnedies verhängte Rückkehrentscheidung und die damit bereits beendete allfällige finanzielle Belastung der Gebietskörperschaften zwingend die Verhängung eines bis zu fünfjährigen Einreiseverbotes anordnet, nur weil der Drittstaatsangehörige im Zeitpunkt der Erlassung der Rückkehrentscheidung den Besitz der Mittel zu seinem Unterhalt nicht nachzuweisen vermag.

31

5. Sollte § 53 Abs. 2 Z 6 FPG – weil gemäß § 53 Abs. 1 FPG mit einer Rückkehrentscheidung ein Einreiseverbot erlassen werden "kann" – der Behörde bei der Erlassung des Einreiseverbotes einen Entscheidungsspielraum einräumen, so hat der Verfassungsgerichtshof weiters das Bedenken, dass im Hinblick auf den Tatbestand des § 53 Abs. 2 Z 6 FPG dem Gesetz nicht in einer dem Determinierungsgebot des Art. 18 Abs. 1 B-VG Rechnung tragenden Weise zu entnehmen sein dürfte,

32

nach welchen Kriterien die Mittellosigkeit eines Drittstaatsangehörigen im Einzelfall daraufhin zu prüfen wäre, ob sie die Erlassung eines Einreiseverbotes rechtfertigen könnte oder nicht. Insbesondere scheint in keiner Weise geregelt zu sein, anhand welcher nachprüfbarer Kriterien die Behörde im Rahmen der gebotenen individuellen Gefährdungsprognose zu prüfen hätte, ob und gegebenenfalls für welche Dauer eine für die Verhängung eines Einreiseverbotes relevante oder unbeachtliche Mittellosigkeit vorliegt (vgl. *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer, Asyl- und Fremdenrecht, 2016, § 53 FPG, K 14*). Vielmehr dürfte, wie der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen hat, etwa die Tatsache, dass einem Drittstaatsangehörigen Grundversorgung gewährt wird, geradezu bestätigen, dass der auf die Mittellosigkeit abstellende Tatbestand zur Verhängung eines Einreiseverbotes erfüllt sei (siehe VwGH 20.9.2018, Ra 2018/20/0349).

#### **IV. Ergebnis**

1. Der Verfassungsgerichtshof hat daher beschlossen, § 53 Abs. 2 Z 6 FPG, BGBl. I 100/2005, idF BGBl. I 87/2012 von Amts wegen auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. 33
2. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und die dargelegten Bedenken zutreffen, wird im Gesetzesprüfungsverfahren zu klären sein. 34
3. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden. 35

Wien, am 4. Oktober 2022

Die Vizepräsidentin:

Dr. MADNER

Schriftführerin:

Mag. SARAF, BA LL.M.

