

## **Allgemeiner Teil**

### Schutzwürdige Interessen nach Art. 8 EMRK

Die Wiedergabe der Kriterien, anhand derer der EGMR wie der VfGH das Vorliegen von Gründen, die eine Aufenthaltsbeendigung unzulässig machen und in der Folge die Erteilung eines Aufenthaltstitels erforderlich machen, mag ein grundsätzlich hilfreiches Instrument für die befassen Behörden darstellen. Es soll allerdings darauf hingewiesen werden, dass ein Kriterienkatalog allein auch weiterhin unterschiedliche Auslegungen erlaubt, in welchem Ausmaß diese Kriterien erfüllt werden müssen. Hier wäre ein Leitfaden in den Erläuternden Bemerkungen zur authentischen Interpretation ein wesentliches weiteres Element.

Auch bleibt offen, wie sehr die Erfüllung oder Nichterfüllung einzelner Punkte als Ausschlusskriterium gesehen wird. Dies würde der erforderlichen Gesamtbetrachtung entgegenstehen. Grund zu derartigen Befürchtungen liefert der vorliegende Entwurf selbst, in welchem das Vorliegen eines Aufenthaltsverbots als absolutes Erteilungshindernis gesehen wird. Damit wird verkannt, dass auch in solchen Fällen eine Aufenthaltsbeendigung aus Gründen des Art. 8 EMRK unzulässig sein kann und es wird weiterhin eine Personengruppe geschaffen, die ohne rechtlichen Status in Österreich aufhältig ist.

Bereits aus der Rechtsprechung zum FrG 1997 ist das Instrument der Unanwendbarkeit von Aufenthaltsverboten bekannt und besteht dieses zumindest in Fällen mit Europarechtsbezug auch gegenwärtig. Will der Gesetzgeber nun von der widerlegbaren Annahme ausgehen, dass ein bestehendes Aufenthaltsverbot zunächst ein Erteilungshindernis ist, dieses aber in besonderen Fällen unbeachtlich wird, so stehen mehrere Lösungswege offen: Es kann im FPG normiert werden, dass in solchen Situationen Aufenthaltsverbote aufzuheben sind, es kann im NAG - entgegen dem vorliegenden Entwurf - die Erteilung eines Titels auch bei Vorliegen eines Hindernisses gem. § 11 Abs. 1 Z.1 und 2 ermöglicht werden oder wie oben angerissen die Möglichkeit der Feststellung der Unanwendbarkeit definiert werden. Zu jeder Option gibt es Für und Wider, eine Route wird allerdings gewählt werden müssen, wenn nicht neuerliche Verfassungswidrigkeit in Kauf genommen werden soll.

Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass es im Schengener Durchführungsübereinkommen vorgesehen ist, dass bei Schengen-Ausschreibungen ein Konsultationsverfahren zu führen ist. Diesbezügliche Ausführungsbestimmungen fehlen in der nationalen Rechtslage vollkommen.

### Fehlende Kontrolle des VwGH

Wenn die Beurteilung der Zulässigkeit einer Ausweisungsentscheidung im Asylverfahren stattfindet, ist nach der gegenwärtigen Rechtslage die Überprüfung durch den VwGH ausgeschlossen. Auch wenn die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen derzeit „gerade noch“ als nicht verfassungswidrig gesehen werden, so sind Verfahren vor dem EGMR zur Frage des „fair Trials“ genauso vorprogrammiert wie auch die aktuelle innerösterreichische rechtspolitische Diskussion die Unhaltbarkeit dieses Zustands verstärkt aufzeigt. Hier wären Korrekturen als flankierende Maßnahme auch zur Umsetzung der Intention des vorliegenden Entwurfes dringend erforderlich. Vollends unhaltbar wird diese Regelung durch die zwangsläufige Ungleichbehandlung abhängig von der angewendeten Rechtslage – in Verfahren nach dem FPG besteht der Rechtszug zum VwGH, nach dem AsylG nicht.

## Erforderliche Anpassung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes

Wenn als Element der fortgeschrittenen Integration die Eingliederung in den Arbeitsmarkt berücksichtigt werden soll, ist in den Fällen, in denen nicht ohnehin freier Arbeitsmarktzugang besteht, sondern eine Bewilligung nach dem AuslBG erforderlich ist, die Verpflichtung zur Erteilung einer solchen zu normieren. Dies erfordert eine Novelle auch zum AuslBG, da die Möglichkeit einer Ermessensentscheidung gem. § 3 Abs. 6 Z. 2 AuslBG nicht ausreichend erscheint.

Betroffen sind Inhaber einer Niederlassungsbewilligung-beschränkt mangels Erfüllung der Integrationsvereinbarung (§ 44 NAG), Personen, denen ein Durchsetzungsaufschub gewährt wurde (eine vergleichbare Entscheidung gem. Art. 2 und 3 EMRK im Asylverfahren führt zu subsidiärem Schutz und Arbeitsmarktzugang), sowie Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung-Opfer - sei es in Folge der Feststellung der Unabschiebbarkeit gem. Art. 2 und 3 EMRK, sei es für Opfer von Menschenhandel, wobei diese allein in Umsetzung der einschlägigen EU-Richtlinie Arbeitsmarktzugang erhalten sollen.

## Qualität der Erläuternden Bemerkungen

Diese sind hier wie auch in anderen jüngere Werken zum Fremdenrecht im weiten Sinn gerade dort äußerst knapp, lückenhaft und nicht zweckmäßig, wo die authentische Interpretation zu einer einheitlichen Auslegung der Bestimmungen erforderlich sein wird. Zur Vermeidung langwieriger Verfahren, in denen die Höchstgerichte diese Lücken schließen müssen, auch wenn das grundsätzlich nicht ihre Aufgabe sein soll, sind umfangreiche Nachbesserungen wichtig.

## §1(2)1 NAG

Mit der Entscheidung zu C-551/07 hat der EuGH die bisherige Lesart dieser Bestimmung zumindest zu Sachverhalten mit Europarechtsbezug verworfen. Zur Schaffung von Klarheit für die Anwendung und der Vermeidung von Inländerdiskriminierung wäre eine Novellierung angebracht. Auch würden damit Lücken in der gesetzlichen Grundlage des Aufenthalts von Asylwerbern, die Familie gründen und in der Folge Aufenthaltstitel erhalten, vermieden.

## Allgemeine Defizite

Weiterhin ungelöst und im Rahmen jeder Novelle zur Sanierung empfohlen sind neben der bereits oben angesprochenen fehlenden Implementierung des Konsultationsverfahrens gem. Art. 25 SDÜ folgende Punkte:

- Familiennachzug für v.a. Studierende und Forscher, auch wenn das Familienleben nach der erstmaligen Erteilung der jeweiligen Aufenthaltsbewilligung begründet wurde – die zuletzt erfolgte Novellierung des AuslBG, um Österreich für Forscher attraktiver zu machen, ist hier nicht ausreichend.
- Fehlende Regelung des Familiennachzugs für erziehungsberechtigte drittstaatsangehörige Elternteile minderjähriger österreichischer Staatsbürger. Dies betrifft im Wesentlichen im Drittstaat lebende Familien, wenn der österreichische Elternteil verstirbt und die Kinder – die nach diesem die Staatsbürgerschaft besitzen – spätestens mit dem Schulbesuch nach Österreich zurückkehren wollen. Da die Kinder naturgemäß nicht in der Lage sind, dem verbleibenden Elternteil „Unterhalt zu leisten“, gibt es zur Zeit keine systematisierte Möglichkeit für diesen, nach Österreich zu ziehen. Die Unterwerfung unter eine Einzelfallprüfung gemäß Art. 8 EMRK und die folgende Ermessensentscheidung ist unbillig und führt zu einer de-facto Ausweisung der minderjährigen Österreicher.

## **Besonderer Teil**

### **Artikel 1: Änderung des Asylgesetzes (AsylG)**

#### Z.1 (§ 10 Abs. 2 Z.2)

Die nun festgeschriebene Auflistung der Kriterien, anhand derer eine Verletzung von Art. 8 EMRK geprüft werden soll, ist grundsätzlich eine Wiedergabe der Kriterien, die der EGMR in ständiger Rechtsprechung heranzieht, und als solche zu begrüßen. In der gewählten Form werden allerdings mehrere unbestimmte Gesetzesbegriffe geschaffen bzw. das Recht auf Privat- und Familienleben nicht ausreichend gewürdigt. Die betrifft insbesondere

Lit. a: Welches Aufenthaltsrecht durch „unzulässige“ Anträge entstehen soll, ist nicht nachvollziehbar; derartige Anträge werden umgehend zurückgewiesen und sind keine Aufenthaltsgrundlage. Ein nach den aktuellen gesetzlichen Bestimmungen daraus folgender max. 20-tägiger Aufenthalt im Asylverfahren ist für die Beurteilung der Rechte aus Art. 8 EMRK nicht maßgeblich. Ein unbestimmter Gesetzesbegriff entsteht durch die Wendung „offenkundig aussichtslos“: Gerade die vom Gesetzgeber geschaffene Komplexität im Asyl- und Fremdenrecht führt zu Situationen, in denen letztendlich die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts Klarheit schaffen müssen. Wer ein derartiges Musterverfahren führt, kann – genauso wenig wie die mit dem Verfahren befassten Behörden – im Vorhinein nicht wissen, zu welchem Schluss das Höchstgericht kommen wird und ist es damit unstatthaft, ex post über „Offenkundigkeit“ zu befinden.

Lit. b: Ein „tatsächliches Bestehen“ von Familienleben ist über die formale Prüfung und allenfalls die Feststellung, dass ein solches nur vorgetäuscht werde, hinaus nicht in nachvollziehbarer Weise festzumachen. Soll die nirgendwo definierte „Intensität“ – zu der wohl in den Erläuternden Bemerkungen Maßstäbe definiert werden müssten – z.B. daran gemessen werden, ob ein Ehepaar sich „nur“ am Wochenende sieht, weil ein Ehepartner aus Gründen der Berufsausübung Wochenpendler ist?

Lit. f: Zunächst fällt auf, dass die Forderung nach strafgerichtlicher Unbescholtenheit gleichsam gleichrangig neben ein Recht auf Privat- und Familienleben gesetzt wird. Dies entspricht nicht der Rechtsprechung des EGMR etwa in der Causa Boultif v. Switzerland (no. 54273/00 vom 2.8.2001), derzufolge nur aus dem individuellen Verhalten eines Betroffenen eine derart schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gefolgert werden kann, dass der Eingriff in das Familienleben gerechtfertigt sein könnte. Es sei an dieser Stelle auf Fahrlässigkeitsdelikte verwiesen, die gerichtlich geahndet werden, aber keinesfalls eine negative Zukunftsprognose rechtfertigen. Es wird vorgeschlagen, die engeren Kriterien des § 86 FPG zur Erlassung von Aufenthaltsverboten auf Grundlage einer Prognoseentscheidung heranzuziehen.

Lit. g: Verstöße gegen das Asyl- und Fremdenrecht sind einerseits in den lit. a und h erfasst, andererseits stellt die vorgeschlagene Textierung „...eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellen würde.“ auf Abs. 1 leg.cit. ab. Staatliche Interessen gem. Abs. 2 leg.cit. sind der systemimmanente Gegenpol, der in diese Aufzählung nicht passt. Überdies sind die Verstöße gegen Asyl- und Fremdenrecht Verwaltungsvergehen, die für sich allein keine Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellen, sondern gem. lit. f zu prüfen sind.

Lit. h: Auch dieses aus dem Gesamtzusammenhang gerissene Kriterium aus der Entscheidung des EGMR zu RODRIGUES DA SILVA AND HOOBKAMER v. THE NETHERLANDS (no. 50435/99 vom 31.1.2006) greift zu kurz und ist in der gewählten Form missverständlich: Auch wenn einem Antragsteller die Unterlassung möglicher Schritte zur Legalisierung des Aufenthalts vorgehalten werden kann (wie dies im gegenständlichen Verfahren der Fall

war), so ist dies eben kein allein entscheidungsrelevantes Kriterium, sofern andere Interessen (im vorliegenden Fall: Die eines gemeinsamen Kindes) überwiegen. Es mag der prozesshafte Ablauf Relevanz entwickeln, das punktuelle Ereignis des „Entstehens“ von Privat- und Familienleben allerdings nicht.

#### Z.2 (§ 10 Abs. 5)

Die Wendung „...auf Dauer unzulässig.“ stellt einen unbestimmten Gesetzesbegriff dar und soll die Wortfolge „...auf Dauer.“ entfallen: Wenn Privat- und Familienleben zu einem Beurteilungszeitpunkt in hinreichendem Maß entstanden ist, wird nach Abwägung iSd § 10 Abs. 2 Z.2 die Zulässigkeit oder eben Unzulässigkeit einer Ausweisung festzustellen sein. Sollte beabsichtigt sein, eine temporäre Verlängerung des Aufenthalts (vorstellbar wäre der Abschluss einer Ausbildung) zuzulassen, so ist dies durch die generelle Möglichkeit des § 21 Abs. 3 NAG neu der Zulassung der Inlandsantragstellung zu lösen und nicht über die besonderen Verfahrensvorschriften der §§ 44a und 44b NAG neu.

#### Z. 5 (§ 75 Abs. 8 und 9)

Die vorgeschlagene Regelung erfasst Asylverfahren, die nach dem 1.5.2004 begonnen wurden. Weshalb die schon mit der Asylgesetznovelle als sachlich angemessen und verfahrensbeschleunigend erkannte Konzentration der Beurteilung aller relevanten Fragen, also auch der Ausweisung, im Asylverfahren weiterhin durchbrochen werden soll, ist nicht nachvollziehbar. Es wird vorgeschlagen, auch für noch anhängige Verfahren nach dem AsylG 1997 in der Stammfassung die Entscheidung über die Ausweisung unter Anwendung der Kriterien des § 10 Abs. 2 Z. 2 die Asylbehörden zu beauftragen.

Analog sollen auch zum Stichtag eingestellte Asylverfahren nach dem AsylG 1997 als anhängig iSd Abs. 8 gelten, die Formulierung „...gemäß § 24 Abs. 2 fortzusetzen.“ wäre diesfalls durch eine Wendung zu ersetzen „...nach den jeweils anzuwendenden asylgesetzlichen Verfahrensbestimmungen fortzusetzen.“.

### **Artikel 2: Änderung des Fremdenpolizeigesetzes (FPG)**

#### Z. 2 (§ 21 Abs. 9)

Die grundsätzlich begrüßenswerte Regelung stößt an ihre Grenzen, wo die Behandlung den Zeitraum von 6 Monaten übersteigt, der als Obergrenze des Aufenthalts mit Visum gilt. Eine explizite Ausnahme ist erforderlich, etwa durch den Zusatz: „§ 20 Abs. 3 gilt nicht“ bzw. „...ist nicht anzuwenden“.

#### Z. 3 (§ 66 Abs. 2 & 3)

Die völlige Neuformulierung des Abs. 2 übersieht, dass damit die gegenwärtige klare Darstellung der Abs. 1 „...eine Ausweisung ist zulässig, wenn.“ und Abs. 2 „eine Ausweisung darf nicht erlassen werden, wenn.“ verloren geht. Der Klarheit und Lesbarkeit halber wird vorgeschlagen, Abs. 1 und Abs. 2 erster Satz in einem neuen Abs. 1 zusammenzufassen und dann den Abs. 2 wie vorgeschlagen anzufügen.

Zu den Details der vorgeschlagenen Kriterien siehe die Ausführungen zu Z. 1 der Änderungen im Asylgesetz. Zur Frage, was eine „dauerhaft unzulässige“ Ausweisung sein soll, siehe die Anmerkungen zu Z. 2.

In Abs. 3 fehlt der Verweis auf die analoge Vorgehensweise bei Unzulässigkeit des Aufenthaltsverbots gem. § 61 FPG, sollen nicht neuerlich Personengruppen geschaffen werden, gegen die eine Aufenthaltsbeendigung unzulässig scheint, die aber nicht zu einem Niederlassungsverfahren zugelassen werden und dann „weder legal noch illegal“ sind. Die Ergänzung soll lauten: Bescheide gem. § 61 sind als Feststellung der Unzulässigkeit der Ausweisung zu verstehen.

### **Artikel 3: Änderung des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes**

#### Z. 3 (§ 3 Abs. 1)

Wenn im Sinn der Verwaltungsvereinfachung „Regelverfahren“ von den Bezirksverwaltungsbehörden geführt werden sollen, wäre zumindest das amtswegige Verfahren des § 44a ebenfalls der BVB zu übertragen. Dies vor allem deshalb, da hier wohl kein Ermessensspielraum der Behörde besteht, weil die Abwägung hinsichtlich der Zulässigkeit der Ausweisung bereits von den fremdenpolizeilichen bzw. asylrechtlich zuständigen Behörden getroffen worden ist.

#### Z. 4 (§ 3 Abs. 2)

Hier wird eine Bestimmung des AVG ohne nachvollziehbaren Grund wiederholt; dies trägt nicht zur Klarheit des Rechtsbestandes bei. § 68 AVG fordert bloß, dass in den Materiegesetzen festgehalten wird, was zur Nichtigkeit führt. Die adäquate Formulierung wäre also: Nichtigkeit gemäß § 68 AVG liegt vor, wenn: 1. – 2. – 3. ...

Die Z. 1 und 2 sind redundant: § 11 Abs. 3 NAG neu normiert ohnedies, dass Aufenthaltstitel nur bei Vorliegen eines Erteilungshindernisses gem. § 11 Abs. 1 Z. 3, 5 und 6 erteilt werden können, nicht aber bei Erteilungshindernissen der Z. 1, 2 und 4. Die Z. 1 und 2 des § 3 Abs. 2 können also zusammengezogen werden.

Hingegen sind die Kriterien des § 11 Abs. 3 nicht auf Dokumentationen iSd § 9 anwendbar, im Sinn der europarechtlich gebotenen gerichtlichen Überprüfung analog der Motivation zu § 9 FPG wäre allenfalls eine Amtsbeschwerde an den UVS in solchen Fällen vorzusehen.

Es ist allerdings vorstellbar, dass es Personen gibt, die die Kriterien des § 11 Abs. 3 nicht vollständig erfüllen, deren Ausweisbarkeit aber gerichtlich ausgeschlossen wurde. Damit wäre erneut eine Gruppe geschaffen, die zwischen „Legalität und Illegalität“ festgehalten würden. Zur Vermeidung dieser unbefriedigenden Situation wird vorgeschlagen, dass Nichtigkeit dann nicht eintritt, wenn auch bei Fehlen der Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 eine gerichtliche (letztinstanzliche) Entscheidung über die Unzulässigkeit der Ausweisung vorliegt. Siehe auch die übrigen Ausführungen zum „absoluten Erteilungshindernis“ Aufenthaltsverbot

#### Z. 8 (§ 11 Abs. 3)

Es wird auf die Ausführungen zu Z. 1 Asylgesetz verwiesen. Die Problematik, dass in besonderen Fällen Aufenthaltstitel auch bei Bestehen eines Aufenthalts- oder Rückkehrverbotes Ergebnis der Abwägung sein können, wurde im allgemeinen Teil angesprochen und bestehen verschiedene Lösungsansätze. Zumindest einer wird eingeschlagen werden müssen, um eine EMRK- und verfassungskonforme Rechtslage herzustellen.

#### Z. 9 (§ 19 Abs. 8 & 9)

Die Integration der Regelungen zur Heilung von Verfahrensmängeln ist zu begrüßen, allerdings wird mit der vorgeschlagenen Textierung ein Anreiz für den – auch illegalen – Verbleib im Bundesgebiet gesetzt: Wenn nur im Bundesgebiet aufhältige Drittstaatsbürger davon Gebrauch machen können, ist dies die logische Folge. Die Streichung der Wortfolge „...im Bundesgebiet aufhältigen..“ wird dringend empfohlen.

Die Beschränkung, derartige Anträge nur im erstinstanzlichen Verfahren stellen zu können, ist aus verschiedenen Gründen unsachgemäß:

Einerseits kann erst im Verfahren hervorkommen, dass z.B. ein bestimmtes Dokument nicht erlangt werden kann. Es wäre in diesem Fall verfahrensbeschleunigend, wenn die Berufungsbehörde auf diesen Sachverhalt reagieren kann, so wie dies im AVG grundsätzlich vorgesehen ist. Auch birgt die Manuduktionspflicht bei den zu erwartenden komplexen Fragestellungen ein hohes Fehlerrisiko, das erneut zu Neuaufrrollungen führen kann. Es wäre zumindest vorzusehen, dass Inhalt und Umfang der Belehrung in Form eines Aktenvermerks oder niederschriftlich zu dokumentieren sind.

Andererseits kann das Fehlen eines Dokuments zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Bescheiderlassung zu einem späteren Zeitpunkt geheilt werden, etwa wenn gegenständliches Dokument trotz Zusagen der Ausstellungsbehörde erst später eintrifft. Wurde der Antrag davor – formal – zurückgewiesen, hat die Berufungsbehörde keine Möglichkeit, das Verfahren rasch zu sanieren. An dieser Stelle wird eine Sonderregelung abweichend zum AVG sinnvoll, derzufolge die Berufungsbehörde bei Wegfall der Zurückweisungsgründe in der Sache selbst anders entscheiden darf.

#### Z. 11 (§ 21 Abs. 3 & 4 neu)

Auf die Ausführungen zu Z.9 wird verwiesen, es sind dieselben Überlegungen hinsichtlich Dokumentation der Manuduktion, Öffnung für der zweitinstanzliche Verfahren und Problematik formaler Zurückweisungsbescheide anzustellen.

#### Z. 12 (§ 24 Abs. 1 & 2)

Die vorgeschlagene Einschränkung der Zeitraums, in dem ein Verlängerungsantrag gestellt werden kann, ist sowohl unsachlich als auch werden alle Erkenntnisse aus der Judikatur zum AufG 1992 (beginnend mit B1611/94; B1612/94; B1613/94; B1614/94 - B2688/94; B2472/94; B2843/94; B620/95; B900/95; B1278/95; B2601/94 ua; B3616/95; B1917/95 mWn) negiert.

Zum einen wird ein dreimonatiges Fenster für die Einbringung des Verlängerungsantrags normiert. Damit würden privat bedingte Abwesenheiten (die bis zu 6 Monate dauern dürfen), berufsbedingte Abwesenheiten oder eine Heimkehr z.B. von Studierenden in der vorlesungsfreien Zeit im Sommer unmöglich gemacht bzw. schwerwiegende Folgen nach sich ziehen.

Zum anderen ist es denkunmöglich, einer mehrere Jahre rechtmäßig aufhältigen Person aufgrund des Versäumens einer Frist ev. um nur wenige Tage den vorhandenen rechtlichen Status zu entziehen und diese erneut durch ein Erstantragsverfahren zu schleusen (das quotenpflichtig sein mag oder für welches die Kriterien geändert wurden). Neben der Judikatur des VfGH sei auf die RV zu § 8 FrG-Novelle 2002 verwiesen, derzufolge es „unbillig [erschiene], ..Menschen zu einer Antragstellung im Ausland zu verhalten...“, wenn sie langjährig niedergelassen sind.

Die Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage, die sich im großen und ganzen seit Inkrafttreten des FrG 1997 bewährt hat, wird empfohlen.

## Z. 13 (§ 43 Abs. 2)

Wenn der Intention, integrierte Drittstaatsbürger durch Erteilung einer Niederlassungsbewilligung-unbeschränkt besser zu stellen, von der Idee her gefolgt wird, so ist dennoch auffällig, dass hier nur die Sprachbeherrschung und nicht auch andere Integrationschritte wie etwa Erwerbstätigkeit als Maßstab herangezogen wird. Es kommt – gerade unter hochqualifizierten Erwerbstätigen – heute durchaus vor, dass z.B. Englisch Verkehrssprache ist und sich die Deutschkenntnisse auf den alltäglichen Bedarf beschränken.

Es wird vorgeschlagen, alternativ zu Z. 2 Erwerbstätigkeit ebenfalls als Zeichen von hoher Integration anzusehen und anzufügen:

„...Schulnachricht nachweist oder

3. einer Erwerbstätigkeit nachgeht

Weiters soll der Arbeitsmarktzugang zu einem späteren Zeitpunkt vereinfacht werden, wenn die Kriterien eben erst später erbracht werden. Dazu wird die Ergänzung durch einen weiteren Absatz vorgeschlagen:

(3) Drittstaatsangehörigen, denen gem. § 44 Abs. 3 oder 4 eine Niederlassungsbewilligung-beschränkt erteilt wurde, ist mit Erfüllung der Integrationsvereinbarung oder nach einem Jahr Erwerbstätigkeit eine Niederlassungsbewilligung-unbeschränkt zu erteilen.

Diese Regelung würde analog den Bestimmungen zum Arbeitsmarktzugang von Familienangehörigen von Drittstaatsbürgern, denen die Familienzusammenführung gestattet wurde, weitere Integrationschritte durch verbesserte Möglichkeiten am Arbeitsmarkt erleichtern.

## Z. 14 (§ 44 Abs. 3 und 4)

Es fehlt zur Wirksamkeit der Fortentwicklung der Integration eine kalkulierbare Möglichkeit des Arbeitsmarktzugangs. Hierfür wäre im AuslBG zu ergänzen, dass bei Vorlage einer Einstellungszusage eine Beschäftigungsbewilligung jedenfalls zu erteilen ist.

Die Regelung, langfristig aufhältigen Drittstaatsbürgern gem. Abs. 4 nach Empfehlung eines Beirats einen Niederlassungstitel erteilen zu können, birgt mehrere Probleme in sich:

Die vorgeschlagene Frist des 1.1.2003 umfasst entgegen den Erläuternden Bemerkungen eben nicht alle Drittstaatsangehörigen, deren Asylverfahren einen Ausweisungsentscheidung der Asylbehörden beinhaltet. Wie in den Erläuternden Bemerkungen richtig angeführt ist diese Regelung mit 1.5.2004 in Kraft getreten und sollte deshalb dieser Zeitpunkt als Stichtag gewählt werden.

Entgegen den Leitlinien, die aus der Entscheidung des VfGH vom 27.6.2008 (G 246, 247/07 ua.) abgeleitet werden müssen, ist hier erneut ein „Gnadenverfahren“ konzipiert worden, in welchem

- kein Antragsrecht besteht
- der vorgeschlagene Beirat nicht eingerichtet werden muss, und
- der Landeshauptmann der Empfehlung folgen kann – oder auch nicht

## Z. 15 (§ 44a und 44b)

Zu § 44a soll darauf hingewiesen werden, dass anhand innerstaatlicher Judikatur und der Rechtsprechung des EGMR – und nichts anderes wird mit dieser Novelle niedergeschrieben – auch in Verfahren nach dem AsylG 1997 in der Fassung der AsylG Novelle 2003 über die

Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Ausweisungen im Lichte des Art. 8 EMRK ebenso abgesprochen wurde wie in Verfahren nach § 37 FrG 1997. Auch derartige Entscheidungen sollen zur Vermeidung unnötiger Doppelgleisigkeiten zu einem amtswegigen Niederlassungsverfahren führen.

Im vorgeschlagenen § 44b sollte zur an sich nachvollziehbaren Grundkonzeption, dass weitere Anträge nur nach maßgeblicher Änderung des Sachverhalts behandelt werden können, eine Klarstellung vorgesehen werden, wann Anträge nach inhaltlicher Prüfung allenfalls abzuweisen sind (wenn die Änderung zwar besteht, aber nicht als ausreichend angesehen wird) und wann bei unverändertem Sachverhalt eine Zurückweisung angebracht ist. Eine Lösung, derzufolge im Gesetzestext nur die Optionen Ab- oder Zurückweisung vorgesehen werden und die Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen erfolgt, wird als ausreichend angesehen.

In Abs. 2 sollen analog dem Vorschlag zu § 44a Ausweisungsentscheidungen, die zu früheren Rechtslagen ergangen sind, ebenso berücksichtigt werden, zumindest wenn eine Betrachtung nach Art. 8 EMRK dokumentiert ist.

Die Normierung der Sicherheitsdirektionen als zuständiger Fremdenpolizeibehörde ist nach dem gewählten Wortlaut problematisch: Hier wird ein Präjudiz für ein allfälliges Ausweisungsverfahren geschaffen, in dem die Sicherheitsdirektion wohl die erstinstanzliche Fremdenpolizeibehörde zur Einleitung dieses Verfahrens auffordern müsste (faktisch dann, wenn die Zulässigkeit einer Ausweisung angenommen wird). Als Berufungsbehörde wäre die Sicherheitsdirektion nicht mehr als unabhängige Rechtsmittelinstanz anzusehen. Nach den Erläuternden Bemerkungen wird die Rolle der Sicherheitsdirektionen zwar eher als „Poststelle“ gesehen, dies ist aber wenig effizient und verzögert allenfalls die Verfahren. Soll die Sicherheitsdirektion keine inhaltlich entscheidende Funktion haben, ist der kommunikative Mehraufwand verzichtbar und kann direkt die Fremdenpolizeibehörde erster Instanz befasst werden. Wenn eine weitergehende Funktion beabsichtigt sein sollte, wäre in allen derartigen Fällen die Übertragung der Rolle als Berufungsbehörde an den UVS erforderlich (was eine tiefgehende Änderung des FPG bedingen würde).

Im vorgeschlagenen Abs. 3 ist – auch nach den Erläuternden Bemerkungen – wohl das Antragsverfahren gemäß § 44b gemeint, die §§ 43 Abs. 2 und 44 Abs. 3 umfassen auch das amtswegige Verfahren. Generell problematisch ist das Fehlen des Aufenthaltsrechts vor positiver Erledigung des Antrags, v.a. im amtswegigen Verfahren, durch das Zusammenspiel mit § 1 Abs. 2 Z. 1 NAG, demzufolge Personen im Asylverfahren vom Geltungsbereich des NAG ausgenommen sind. Damit wird systematisch eine Lücke in der Rechtsgrundlage des Aufenthalts zwischen Abschluss des Asylverfahrens und Erteilung eines Aufenthaltstitels nach den an dieser Stelle normierten Verfahren geschaffen. Wenn nicht ohnehin entsprechend der EuGH-Entscheidung zu C-551/07 eine Änderung des § 1 Abs. 2 Z. 1 erforderlich geworden ist, so wird vorgeschlagen, zumindest in amtswegigen Verfahren ein vorläufiges Aufenthaltsrecht bis zur rechtskräftigen Erledigung zu normieren. Für antragspflichtige Verfahren etwa in älteren Verfahren bei vorliegender Feststellung der Unzulässigkeit der Ausweisung, die durch frühere Rechtslagen aber noch keine Einleitung des amtswegigen Niederlassungsverfahrens beinhalten, wäre mit Antragstellung ebenfalls ein vorläufiges Aufenthaltsrecht anzunehmen.

Zu Abs. 4 wäre wie schon oben ausgeführt der Verweis auf § 44b sinnvoller, allerdings ist diese Bestimmung zu Abs. 1 redundant und damit verzichtbar.

#### Z. 16 (§ 46 Abs. 6)

Die ursprüngliche Intention dieser Bestimmung nach den Materialien zum NAG (Stammfassung) und den Erläuternden Bemerkungen zur RV war, eine raschere – quotenfreie – Familienzusammenführung bzw. eine positive Erledigung auch vor Erfüllung der Integrations-



vereinbarung des Zusammenführenden in humanitären Sonderfällen zu ermöglichen. Diese Bestimmung wurde in der Folge durch die Judikatur des VfGH als auch durch Argumentationslinien des BMI gegenüber dem VfGH in ihrer Bedeutung erweitert, als damit generell auf Basis des Art. 8 EMRK Niederlassungstitel trotz Fehlen bestimmter Erteilungsvoraussetzungen ermöglicht wurden.

Die nun vorgeschlagene Rückführung auf die ursprüngliche Bedeutung ist aus der neuen Systematik der Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens im Niederlassungsverfahren nachvollziehbar, erreicht aber das angestrebte Ziel nicht: Derartige Gründe (z.B. akute Sicherheitsprobleme im Herkunftsland, die eine längere Bearbeitungsdauer unstatthaft erscheinen lassen, oder kurzfristiger Bedarf nach familiärem Beistand für den Zusammenführenden etwa im Krankheitsfall) passen nicht auf die gewählte Referenz des § 11 Abs. 3, der typisch auf die Fortsetzung eines bestehenden Privat- und Familienlebens im Inland abstellt. Es wäre entweder auf die humanitären Gründe des bisherigen § 72 NAG abzustellen, in welchem auch auf Maßstäbe der Art. 2 und 3 EMRK verwiesen wird, oder diese Gründe werden in den Katalog der Prüfungsmaßstäbe aufgenommen (sinnvollerweise durch einen generellen Verweis auf Art. 2,3 und 8 EMRK)

#### Z. 17 (§ 69a)

Zu Abs. 1 Z.1 soll angemerkt werden, dass dieses Abbild des subsidiären Schutzes im Asylrecht doch signifikante – und nicht begründete Unterschiede aufweist: Wenn ein „de-facto-Aufenthaltsrecht“ für ein Jahr bereits eingeräumt wurde ist es nicht nachvollziehbar, warum diese Entscheidung mehr als einmal getroffen werden muss. So wäre bei zwei Entscheidungen, die einen Durchsetzungsaufschub von je 6 Monaten beinhaltet haben, die Voraussetzung für einen Titel nach dieser Bestimmung erfüllt, nach einem Durchsetzungsaufschub für ein Jahr (weil eine andere Fremdenpolizeibehörde die Sicherheitslage im Herkunftsland realistischer beurteilt hat) mangels zweiter Entscheidung aber nicht. Die Forderung nach mehr als einmaliger Entscheidung soll also entfallen.

Entgegen der bisherigen Regelung, dass bei Vorliegen bestimmter Integrationsvoraussetzungen (Sprachkenntnis und hier auch Integration am Arbeitsmarkt) eine Niederlassungsbewilligung erteilt werden kann, wird nunmehr ausschließlich auf Aufenthaltsbewilligungen abgestellt, deren Typ übrigens nicht mehr in die Systematik passt, weil „humanitäre Titel“ zukünftig entfallen. Es wird vorgeschlagen, analog der Regelung der §§ 43, wann eine Niederlassungsbewilligung-unbeschränkt erteilt werden soll, die Möglichkeit der Erteilung einer solchen weiterhin vorzusehen.

Zur Problematik, die erstinstanzlichen Fremdenbehörden zu umgehen und die Sicherheitsdirektionen heranzuziehen, wird auf die Ausführungen zu § 44b verwiesen.

Abs. 3 erfüllt nicht die Bestimmungen der Richtlinie 2004/81/EG (Opferschutzrichtlinie), die an dieser Stelle umgesetzt werden soll: Ein Aufenthaltstitel ist nach den Bestimmungen des Art. 8 der gegenständlichen Richtlinie zu erteilen, sobald eine betroffene Person ihre Bereitschaft erklärt hat, mit den Behörden zusammenzuarbeiten. Es ist dafür nicht die Einleitung eines Strafverfahrens erforderlich. Die Richtlinie regelt vielmehr in den Art. 13 und 14 die Nichtverlängerung bzw. den Entzug dieses Aufenthaltstitels, wenn die Verfahren abgeschlossen bzw. eingestellt wurden. Aus der mangelhaften Definition, welche Art Aufenthaltsbewilligung erteilt werden soll, folgt ein weiteres Umsetzungsdefizit: Die Richtlinie (insbesondere Erwägungsgründe, Z. 16) sieht für eine Selbsterhaltungsfähigkeit Möglichkeiten des Arbeitsmarktzugangs vor, welche analog den Anmerkungen zu § 44 Abs. 3 gestaltet werden sollten (Anspruch auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung bei Vorliegen einer Einstellungszusage).

Grundsätzlich fehlt eine Regelung, nach welcher Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung gem. Abs. 1 Z. 2 und 3 die Möglichkeit der Erlangung einer Niederlassungsbewilligung in der

Standardsystematik des NAG erhalten sollen, wie dies in der Opferschutzrichtlinie vorgesehen ist. Da vor dem Entstehen eines Privatlebens, das Art. 8 EMRK anwenden lässt, wohl auch hier Gründe der Art. 2 und 3 EMRK zu prüfen sein werden, ist bei Sachverhalten gem. Z. 2 eine Regelung analog Z. 1 angemessen.

Auch zu Z. 3 fehlt die weitere zeitliche Perspektive, die nach Geltendmachung einer Bedrohung im Herkunftsland durch den Zusammenführenden anhand Art. 2 und 3 EMRK ähnlich den obigen Ausführungen geregelt werden sollte.

#### Z. 20 (§ 75)

Das Informationsbegehren über eine „beabsichtigte“ Erteilung einer Niederlassungsbeurteilung gem. § 44 Abs. 4 ist unsachlich und ändert auch nichts an der Möglichkeit, eine Entscheidung gem. § 3 Abs. 2 für nichtig zu erklären, da (noch) nicht erlassene Entscheidungen ohnehin nicht im Rechtsbestand stehen.

#### Z. 23 (§ 77 Abs. 1 Z. 2)

Diese Bestimmung kann bei Beibehaltung der gegenwärtigen Regelungen über den Zeitpunkt der Einbringung eines Verlängerungsantrags nicht entfallen.

#### Z. 24 (§ 81 Abs. 8 – 12)

Wird die Antragstellung gem. §§ 19 Abs. 8 und 21 Abs. 3 während des ganzen Verwaltungsverfahrens eingeräumt, entfällt der erste Satz.

Bei Beibehaltung des gegenwärtigen § 24 ist Abs. 9 obsolet.

Anhängige Verfahren gem. §§ 72 bis 74 sollten – wie auch in Abs. 12 zu Verfahren gem. § 75 NAG vorgeschlagen wird – analog den Bestimmungen der §§ 44a und 44b übergeleitet werden, d.h. im Fall der Feststellung der Unzulässigkeit einer Ausweisung auch amtswegige Verfahren geführt werden. Die Belehrung soll auch in diesem Fall niederschriftlich festgehalten werden.

### **Artikel 4: Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses**

#### Zu § 1

Wenn bestimmte Fälle nur unter Einschaltung eines Beirats gelöst werden sollen, ist dessen Einrichtung im Sinn der grundlegenden Entscheidung des VfGH jedenfalls verpflichtend vorzusehen. Alternativ müsste dem Landeshauptmann ein Entscheidungsrecht auch dann eingeräumt werden, wenn kein Beirat eingerichtet wird.

Allein schon zur Vermeidung „innerösterreichischer Wanderungsbewegungen“ ist es geboten, die – wie auch immer im Detail ausgestaltete – Möglichkeit der Behandlung der „Fälle besonderen Interesses“ jedenfalls in allen Bundesländern vorzusehen.

Abs. 4 führt erneut in das vom VfGH als verfassungswidrig erkannte „Gnadenrecht“. Dieses Problem wird durch die Einräumung einer Möglichkeit, den Empfehlungen nicht zu folgen, potenziert. Es ist vielmehr verfassungsrechtlich geboten, das tatsächlich entscheidungs-

befugte Organ zu verpflichten, sich mit sämtlichen an dieses herangetragenen Fällen nachweislich zu beschäftigen und eine negative Entscheidung gesondert zu begründen.

Zu § 2

Wenn die Neuregelung unter dem Gesichtspunkt der Integration stehen soll, ist eine möglichst rasche Integration in den Arbeitsmarkt anzustreben. Auch ist die Annahme, eine Patenschaft des privaten Rechts werde „jedenfalls“ fünf Jahre lang für die aufgelisteten Kosten aufkommen können, im individuellen Fall durchaus wohlbegründet und recht wahrscheinlich, aber widerlegbar.

Unbeschadet grundrechtlicher Bedenken, wieweit eine staatliche Verpflichtung zur Achtung der EMRK nicht „privatisiert“ werden kann, wird zur Herstellung einer praktikablen Regelung empfohlen:

- Die Paten können durch bestimmte, auf die voraussichtliche Laufzeit nicht auflösbare zivilrechtliche Vereinbarungen einzelne Verpflichtungen (etwa Krankenversicherung) unwiderruflich an diese Vertragspartner übertragen.
- Die Gebietskörperschaften werden von der Wahrnehmung gesetzlicher Verpflichtungen (etwa Grundversorgung) nicht entbunden, wenn eine Änderung des Sachverhalts diese auslöst.
- Mit Erreichen der Selbsterhaltungsfähigkeit (etwa Erwerb der Anwartschaft nach dem AIVG) wird die Patenschaft gegenstandslos.

Es sei darauf hingewiesen, dass bestimmte aufgezählte Leistungen wie solche aus der Sozialhilfe gesetzlich ohnedies nicht in Anspruch genommen werden können.

Zum Ausschluss der Anrechenbarkeit öffentlicher Mittel soll bemerkt werden, dass nicht zweckgebundene oder im Ermessen eines öffentlich-rechtlichen Trägers vergebene Mittel davon nicht erfasst sein können. Wenn offensichtlich „Sozialleistungen“ ausgenommen werden sollen, die dem Erklärenden aufgrund seiner Verpflichtung in erhöhtem Ausmaß eingeräumt werden müssten, so ist eine entsprechend klare Regelung vorzusehen – soweit diese ins Spannungsfeld zu garantieren Existenzminima gerät, zeigen sich allerdings die Grenzen dieses Konzepts und stellen dessen Tauglichkeit grundsätzlich in Frage.