



Bundesministerium
für Inneres
Abteilung III/1-Legistik
Herrengasse 7
1014 Wien
bmi-III-1@bmi.gv.at

Zl. 13/1 08/239

GZ LR1310/0015-III/1/c/2008

BG, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses erlassen wird

Referent: Dr. Wilfried Ludwig Weh, Rechtsanwalt in Bregenz

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

1. Gegenstand der Begutachtung

Eine Begutachtungsfrist vom 10.12. bis 06.01. erscheint angesichts der Weihnachtsfeiertage problematisch. Eine solche Frist ist fast so gut wie gar keine.

Es wird daher angeregt, die Begutachtungsfrist um einen Monat zu verlängern.

2. Besteht Handlungsbedarf?

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 27. Juni 2008 in den §§ 72 und 73 NAG die Wortfolge "von Amtswegen" aufgehoben.

Schon damals haben sich Kritiker gefragt, warum der Verfassungsgerichtshof überhaupt eine Legislavakanz gewährt hat. Schon damals waren diese Kritiker der Auffassung, dass die bereinigte Wortfolge ohne jede legislative Maßnahme umsetzungstauglich wäre.

Ein Handlungsbedarf aus dem Titel der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 27. Juni 2008 ist daher nicht erkennbar.

3. Dringender Handlungsbedarf

Dagegen bestünde dringender Handlungsbedarf in mehreren Feldern, auf denen die Novelle nichts vorsieht. Dabei ist der Novelle zugute zu halten, dass dieser Regelungsbedarf überwiegend erst nach Versendung des Entwurfs akut und erkennbar geworden ist.

Dieser dringende Handlungsbedarf ergibt sich vor allem auf drei zentralen Feldern, die für die weitere Gestaltung des Fremdenrechts existenziell sind und ohne die jede Novelle, auch die vorgesehene, nur Stückwerk bleiben muss.

3.1. Stillhalteverpflichtung nach Assoziationsrecht Türkei

Der Europäische Gerichtshof hat in vier Urteilen, zuletzt im Urteil *Tum und Dari*, ausdrücklich ausgesprochen, dass das Gemeinschaftsrecht ein Verschlechterungsverbot für alle Regelungen des nationalen Rechts postuliert, die auf assoziationsintegrierte türkische Arbeitnehmer anwendbar sind. Nichts ist bisher in der Fremdenrechtsgesetzgebung so nachhaltig ignoriert worden wie diese Entscheidungsstaffel des Europäischen Gerichtshofs, obwohl diese bereits im Jahre 2000 ihren Anfang genommen hat.

Das Verschlechterungsverbot bedeutet, dass nur noch jede Verbesserung des Rechts für assoziationsintegrierte türkische Arbeitnehmer und ihre Angehörigen seit 1.1.1995 (dem EG Beitritt Österreichs) gültig ist, jede Verschlechterung aber nicht.

Diese Entscheidungsstaffel des Europäischen Gerichtshofs wirft die Frage auf, ob es hinkünftig zwei Fremdenrechte geben soll, eines für assoziationsintegrierte türkische Arbeitnehmer und eines für den "Rest der Fremden", oder ob nicht – auch vor dem Hintergrund diverser Diskriminierungsverbote – schlicht und einfach das gesamte Fremdenrecht dem Verschlechterungsverbot unterfallen muss.

Jedenfalls wird das Ignorieren der Entscheidungsserie des Europäischen Gerichtshofs zum Assoziationsrecht Türkei kein Dauerzustand der Gesetzgebung bleiben können.

3.2. Stillhalteverpflichtung im Sekundärrecht EUGH Rs. *Metock* und *Sahin*

Im Urteil *Metock* vom 25. Juli 2008, Rs. C-127/08, hat der Europäische Gerichtshof Verschlechterungen des gemeinschaftsrechtlichen sekundären Freizügigkeitsrechts mit dem EG-Vertrag unvereinbar und daher unzulässig erklärt. Die Römer Verträge bezweckten die Herbeiführung einer *zunehmenden* Freizügigkeit, weshalb Rückschritte bei der Freizügigkeit mit dem Grundgedanken der Verträge unvereinbar seien.

Gleichzeitig hat der Gerichtshof ausgesprochen, dass es nicht auf die Wahrnehmung von Freizügigkeitsrechten ankommen könne, ob Unionsbürger im anderen Mitgliedsstaat Freizügigkeitsansprüche geltend machen könnten.

In konsequenter Anwendung des Inländerdiskriminierungsverbots müssen die Freizügigkeitsrechte des Gemeinschaftsrechts daher auch den Angehörigen von Österreichern zustehen, die nie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, also noch nie gewandert sind (wenn dies im Hinblick auf die weitreichenden Gewährleistungen der Dienstleistungsfreiheit überhaupt konkret möglich sein sollte).

Im zuletzt noch nicht veröffentlichten Beschluss vom 19.12.2008 in der österreichischen Vorabentscheidungssache *Sahin* (C-551/07) hat der Europäische Gerichtshof auf das Urteil *Metock* verwiesen und im Hinblick auf die aus seiner Sicht bereits eindeutig geklärte Rechtslage in abgekürzter Beschlussform entschieden.

Dieses Verschlechterungsverbot wird nicht nur bei *Metock*-Sachverhalten eine Rolle spielen, sondern auch bei einer großen Zahl anderer Entscheidungskonstellationen. Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs wären daher dringend durch Fachleute zu evaluieren.

3.3. Allgemeines Verschlechterungsverbot des nationalen Rechts?

Aus der Entscheidungsstaffel zum Assoziationsrecht Türkei und dem Urteil *Metock* bzw. dem Beschluss *Sahin* ergibt sich als logische Folge die Fragestellung, ob nicht auch im nationalen Fremdenrecht allgemein ein Verschlechterungsverbot für alle Rechtsbereiche besteht, in denen gemeinschaftsrechtliche Rechtsvorgaben zu berücksichtigen sind.

Wenn das nationale Fremdenrecht gegenüber assoziationsintegrierten türkischen Arbeitnehmern nicht verschlechtert werden darf, und wenn das sekundäre Gemeinschaftsrecht keine Rückschritte im Bereich der Freizügigkeitsgewährleistungen vorsehen darf, warum soll das nationale Fremdenrecht dies dann gegenüber Unionsbürgern und ihren Angehörigen sowie Österreichern und ihren Angehörigen tun dürfen?

Diese Fragestellung betrifft den Kern des Fremdenrechts. Wenn die hier vertretene These zutrifft, müsste das Fremdenrechtspaket 2005 generell zurückgenommen werden und auf der Grundlage des Fremdenrechtsgesetzes 1997 eine umfassende Neukodifizierung stattfinden.

3.4. Beseitigung des höchstgerichtlichen Rechtsschutzes im Asylrecht

Das Gemeinschaftsrecht ist vom Prinzip beherrscht, dass gemeinschaftsrechtliche Ansprüche nicht gegenüber sonstigen nationalen Rechtsansprüchen schlechter behandelt werden dürfen (vgl. dazu die Rechtsprechung des EUGH in Sachen Staatshaftung). Im Asylrecht geht es um die Umsetzung von insgesamt drei Asylrichtlinien des Gemeinschaftsrechts.

Die Beseitigung der Möglichkeit der Anrufung des Verwaltungsgerichtshofs ist unter dem Titel dieses Diskriminierungsverbotes unvertretbar.

Gesondert davon stellt sich die Frage, ob der derzeitige Instanzenweg, der in Wahrheit keiner ist, mit den Asylrichtlinien per se vereinbar ist.

Nach dem Rechenschaftsbericht des Verfassungsgerichtshofs war bisher von knapp 600 asylrechtlichen Beschwerden beim Verfassungsgerichtshof nur vier Beschwerden Erfolg beschieden, in diesen Fällen aber jeweils wegen allergrößter Mängel dieser Bescheide.

Angesichts der groben Mängel der vier aufgehobenen Bescheide fällt es schwer zu glauben, dass alle anderen fast 600 nicht aufgehobenen Bescheide mängelfrei gewesen sein sollen.

Damit erweist sich zunächst die Möglichkeit der Anrufung des Verfassungsgerichtshofs jedenfalls nicht als taugliches Rechtsschutzinstrument, um den Anforderungen der Asylrichtlinien zu genügen.

4. Allgemeines zur Novelle

4.1. Allgemeine Bemerkungen zur Gesetzgebungstechnik des Inneren

Das Fremdenrechtspaket 2005 ist textlich um ein Mehrfaches umfangreicher als das Fremdenrechtsgesetz 1997 und gespickt mit Verweisungen.

Dabei verfügt der Großteil der mit der Vollziehung des Fremdenrechtspakts 2005 befassten Rechtsanwender über keine juristische Qualifikation, in vielen Fällen überhaupt nur über eine Grundschulausbildung. Es ist auszuschließen, dass diese Rechtsanwender in der Lage sind, die unzähligen Kreuzundquerverweisungen nachzuvollziehen, die auch in der Novelle wiederum gehäuft vorgeschlagen werden.

Die Komplexität vieler Bestimmungen, die unzähligen Querverweise und eine Serie schikanöser Formvorschriften, deren Verletzung nicht sanierbar ist, bilden einen Hauptgrund für die hohe Zahl an Fremden, die aus allen Verfahren herausfallen und dann zum humanitären "Fall" werden.

Die Frage ist, ob man wirklich "alles" im Gesetz regeln kann, denn es wird immer Fälle geben, die sich einer Regelung entziehen, es wird immer Sachverhalte geben, die niemand vorausgesehen hat, die niemand für möglich gehalten hat.

In den Naturwissenschaften zeigt sich, dass bei zunehmender Ausdifferenzierung Widersprüche immer unvermeidlicher werden, die dann wiederum neuen Aufwand generieren und so weiter. Ein Übermaß an Detailverliebtheit bei nicht immer wirklich voller Übersicht über alle Eventualitäten führt dann zu einem *Circulus Vitiosus*, zu einer Art *Perpetuum Mobile* immer neuer Gesetzgebungsbedürfnisse, noch komplizierterer Regelungen, neuer Institutionen, zusätzlicher Anhörungsrechte, die das Verfahren weiter verzögern und Entscheidungsansprüche wie jenen auf Entscheidung innert gesetzlicher Frist verhindern.

Prinzipiell verfehlt ist die in der Novelle vorgesehene gesetzliche Festschreibung von Erkenntnissen der Judikatur, die viele Fragen bereits gelöst hat und die zudem von Entscheidungen Europäischer Gerichtshöfe abhängig sein wird, auf die der österreichische Gesetzgeber und die österreichischen Höchstgerichte keinen bestimmenden direkten Einfluss haben.

Die vom Verfassungsgerichtshof richtig der Rechtsprechung der Europäischen Gerichtshöfe entnommenen Kriterien für ein Aufenthaltsrecht nach Art. 8 EMRK werden dadurch nicht zwingender, dass sie pleonastisch im Gesetz noch einmal festgeschrieben werden.

Fatal wird es allerdings dann, wenn diese Kriterien der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs im Gesetz nicht einmal richtig, ja sogar tendenziell umgesetzt werden sollen, wie dies die Novelle in drei Punkten tut.

4.2. Gnade und Recht

Schon bei der Neuregelung des strafrechtlichen Gnadenrechts vor ungefähr 20 Jahren hat sich gezeigt, dass es einen Rest von Gnade auch in einer ausgefeilten Rechtsordnung geben muss. Der Einfluss der Gerichte auf das Gnadenrecht wurde daher wesentlich reduziert, weil eben Recht und Gnade zweierlei unterschiedliche Rechtsinstitute sind.

Im Erkenntnis vom 02.12.1992, VfSlg. 13273, hat der Verfassungsgerichtshof dazu folgende tiefgründige Überlegung angestellt:

Das Gnadenrecht entzieht sich seiner Natur nach nicht nur einer materiellrechtlichen, sondern ebenso einer ins Detail gehenden verfahrensrechtlichen Determinierung.

Recht korrespondiert mit Gerechtigkeit, Gnade mit Verzeihen, also einer außerrechtlichen Kategorie.

Nach diesen Prinzipien müssten humanitäre Visa erteilt werden, diese Grundprinzipien verkennt die Novelle aber elementar.

4.3. Umfassende Regelungsnotwendigkeit bis ins letzte Detail

Das Fremdenrechtsgesetz 1997 hat verschiedene Rechtsfragen mangels politischen Konsenses nicht gelöst, sondern der Rechtsprechung zur Entscheidung überlassen, und ist damit im Grunde nicht schlecht gefahren.

Es stellt sich die Frage, ob Österreich nicht auf diesen Weg zurückfinden muss, damit das Fremdenrechtspaket nicht im Jahre 2015 den Umfang des 3-bändigen und im Jahre 2030 jenen des 20-bändigen Brockhaus erreichen wird.

4.4. Migrationsrecht als Querschnittmaterie

Unmittelbar vor den Weihnachtsfeiertagen hat der Präsident des Verfassungsgerichtshofs die Auffassung vertreten, das Migrationsrecht betreffe praktisch viele Rechtsmaterien und sei für die Gesamtgesellschaft existenziell, und er stelle daher die Frage, ob diese Rechtsmaterie tatsächlich allein beim Innenministerium ressortieren solle.

Das Fremdenrechtspakt 2005 hat bereits, noch mehr als seine Rechtsvorgänger, das echte polizeiliche Fremdenrecht (Gefahrenabwehr für die öffentlichen Ordnung) vom Migrationsrecht getrennt.

Es stellt sich tatsächlich die Frage, ob das Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht nicht durchgängig vom Fremdenrecht getrennt und legislativ anders zugewiesen werden sollte, etwa in die Zusammenarbeit zwischen den Ministerien Inneres, Bildung und Soziales/Arbeit.

5. Zu den Detailregelungen

Angesichts der Fülle komplizierter und teilweise die Grenze zur Lesbarkeit verlassenden Detailregelungen und angesichts des verbreiteten generellen Regelungsbedarfs (siehe oben) sollen hier nur einige wenige Eckpunkte näher hervorgehoben werden.

5.1. Zur Idee der Patenschaft

Bei der Idee der Patenschaft mag man auf den ersten Blick noch den Eindruck haben, hier würden bloß auf unbilligste Art Pflichten der öffentlichen Hand privatisiert, bei genauerer Betrachtung ergibt sich aber ein viel fundamentaleres Problem, eine existenzielle Frage für einen aufgeklärten Rechtsstaat.

Es ist nicht nachvollziehbar, dass ausgerechnet jenen Fremden, die aus allen Verfahren und aus allen Verfahrensansprüchen herausgefallen sind, nur dann Recht geschehen soll, wenn sie über einen Paten verfügen – wie sollen sie zu einem/r solchen kommen?

Diese Idee verstößt in menschenrechtswidriger Weise gegen eine zentrale Errungenschaft des österreichischen Verfassungsrechts, nämlich gegen das Prinzip des individuellen Anspruchs, der von niemandem sonst abhängig ist, weil die direkte Beziehung zwischen Individuum und Rechtsordnung flächendeckend gewährleistet ist.

Hier wird eine neue Art juristischer Sklaverei propagiert, eine Abhängigkeit eines ohnehin am untersten Ende der Sozialskala stehenden Fremden gegenüber einer dritten Person.

Die Durchsetzung des individuellen Rechtsanspruchs als Rechtsanspruch des Individuums ist das Produkt von Jahrhunderten der Aufklärung und des Kampfs um die Menschenrechte, der von den großen Rechtsdenkern auch der zweiten Republik noch weiter vertieft wurde.

Die Idee der Patenschaft führt hier direkt ins düsterste Mittelalter zurück, zum Eideshelfer des mittelalterlichen Gottesurteils.

5.2. Die Beiratskonstruktion

Das Konzept der Verlagerung von humanitären Entscheidungen auf die Landesebene ist im Grunde durchaus bedenkenswert.

Die Konstruktion der Einrichtung eines Beirats durch Verordnung, die ins Ermessen des Landeshauptmannes gestellt wird, widerspricht aber Grundvorgaben an den Rechtsstaat.

Die Existenz des Beirats gehört gesetzlich fixiert, damit das Recht auf den gesetzlichen Richter gewahrt bleibt. Genau davon, von einer gesicherten Rechtskonstruktion, von garantierten Ansprüchen, handelte die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 27.6.2008.

6. Verbesserungen

Die Novelle enthält sporadisch auch Verbesserungen gegenüber dem jetzigen Rechtszustand, etwa wenn das Vorliegen von Formmängeln teilweise sanierungsfähig gemacht werden soll.

7. Schlussevaluierung

Soweit es im Hinblick auf die extrem kurze und durch die Weihnachtsfeiertage belastete Begutachtungsfrist beurteilt werden kann, enthält die Novelle einige interessante Ansatzpunkte.

Ihr Kern verlässt aber Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung, verkennt den Auftrag des Verfassungsgerichtshofs und führt hinter die Aufklärung zurück.

Selbst der gänzlichen gesetzgeberischen Untätigkeit – noch wäre aber genug Zeit für einen Neustart – wäre der Vorzug zu geben gegenüber einer Beschlussfassung der Novelle.

Vor allem gilt dies für jenen Kernbereich, für den die Novelle eigentlich gemacht ist, nämlich für die Regelung des humanitären Aufenthaltsrechts.

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag spricht sich daher gegen die Gesetzwerdung des vorliegenden Entwurfes aus.

Wien, am 8. Januar 2009

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident