

REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESKANZLERAMTA-1014 Wien, Ballhausplatz 2
Tel. (0222) 531 15/0
Telex 1370-900 Telefax 531 15/2699
DVR: 0000019

GZ 602.846/2-V/A/5/96

An das
Präsidium des Nationalrates
Parlament1010 W i e n

H. Olsch Korrent

BUNDESKANZLERAMT	
Zl. 32	-GE/19 Pb
Datum:	5. JUNI 1996
Verteilt:	5.6.96 KB

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Fremdengesetz, das Asylgesetz und das Bundesbetreuungsgesetz geändert werden sowie das Aufenthaltsgesetz 1996 erlassen wird (Fremdenrechtsänderungsgesetz - FRÄG); Begutachtungsverfahren

In der Anlage übermittelt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst im Sinne der EntschlieÙung des Nationalrates vom 5. Juli 1961 25 Ausfertigungen seiner Stellungnahme zum oben angeführten Gesetzesentwurf.

4. Juni 1996
Für den Bundeskanzler:
OKRESEK

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESKANZLERAMT

A-1014 Wien, Ballhausplatz 2
Tel. (0222) 531 15/0
Telex 1370-900 Telefax 531 15/2699
DVR: 0000019

GZ 602.846/2-V/A/5/96

An das
Bundesministerium für Inneres

Herrengasse
1014 W i e n

Sachbearbeiter

Klappe/Dw

Ihre GZ/vom

Wiederin

2788

76.201/79-IV/11/96/A
vom 17. Mai 1996

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das
Fremdengesetz, das Asylgesetz und das
Bundesbetreuungsgesetz geändert werden sowie das
Aufenthaltsgesetz 1996 erlassen wird
(Fremdenrechtsänderungsgesetz - FRÄG);
Begutachtungsverfahren

Zu dem im Betreff genannten Gesetzesentwurf nimmt das
Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst wie folgt Stellung:

<u>Inhaltsübersicht</u>	S.
I. Zur eingeräumten Äußerungsfrist	3
II. Zu den inhaltlichen Schwerpunkten des Entwurfs	4
III. Zur Systematik und zur Legistik	6
A. Der systematische Rahmen	6
1. Allgemeines Fremdenrecht	6
2. Asylrecht	9
B. Formelle Gestaltung und Gesetzessprache	10
IV. Zu Art. I (Änderungen des Fremdengesetzes)	13
A. Allgemeine Bemerkungen	13
1. Die Bezeichnung der Einreise- und Aufenthaltstitel	13
2. Der Hauptwohnsitz	14
3. Prozeßfähigkeit	16
B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs	17
V. Zu Art. II (Aufenthaltsgesetz 1996)	45
A. Allgemeine Bemerkungen	45
1. Die Ausnahmen von der Aufenthaltsbewilligungspflicht	45
2. Der Beschluß 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei	45
3. In legistischer Hinsicht	46
B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs	47
VI. Zu Art. III (Änderungen des Asylgesetzes)	49
A. Allgemeine Bemerkungen	49
1. Die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft	49
2. Die Konkretisierung des Art. 33 Z 2 GFK	52
3. Die zwangsweise Vorführung vor das Bundesasylamt	53
4. Das Inlandsprinzip	55
5. Die Berufung binnen 48 Stunden	57
B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs	59
VII. Zu Art. VI (Bundesbetreuungsgesetz)	67
VIII. Zu Art. V (Familiennachzug für ansässige Fremde)	68
IX. Zu Art. VI (Übergangsbestimmungen)	68
X. Aus datenschutzrechtlicher Sicht	68

I. Zur eingeräumten Äußerungsfrist

Der Gesetzesentwurf wurde am 17. Mai 1996 zur Begutachtung ausgesandt. Er betrifft eine verfassungsrechtlich, europarechtlich und völkerrechtlich gleichermaßen komplexe Materie, weist einen beträchtlichen Umfang auf und ist in seinem Gesamtgefüge nur schwer verständlich.

Die den zur Begutachtung eingeladenen Stellen eingeräumte Äußerungsfrist endet am 4. Juni 1996. Für die Ausarbeitung einer Stellungnahme standen daher nicht mehr als zehn Arbeitstage zur Verfügung.

Sachliche Gründe, welche die Kürze dieser Frist rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Das "Integrationspaket" wurde vom Bundesministerium für Inneres seit August 1995 des öfteren angekündigt, ohne daß dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst jemals Textfassungen präsentiert worden wären.

Die eingeräumte Begutachtungsfrist erweckt deshalb den Eindruck, als sei das Bundesministerium für Inneres nicht ernstlich an den Meinungen der begutachtenden Stellen interessiert.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist das Bundesministerium für Inneres seit Jahren darauf hin, daß Fristen für die Begutachtung von Entwürfen von Bundesgesetzen und Verordnungen des Bundes angemessen zu setzen sind, und hat zu wiederholten Malen sein Rundschreiben vom 13. Juni 1973, GZ 33.123-IIa/73, in Erinnerung gerufen, demzufolge Begutachtungsfristen so zu bemessen sind, daß den zur Begutachtung eingeladenen Stellen eine Äußerungsfrist von wenigstens sechs Wochen zur Verfügung steht (vgl. die Noten vom 24. November 1995, GZ 602.166/10-V/5/95, und vom 1. Dezember 1994, GZ 602.166/6-V/5/94).

- 4 -

Für die gegenteilige Praxis des do. Bundesministeriums besteht gerade beim vorliegenden Gesetzesentwurf angesichts seines Umfangs und der Schwierigkeit und Bedeutung des Gegenstandes kein Verständnis.

II. Zu den inhaltlichen Schwerpunkten des Entwurfs

Der Entwurf verdient aus verfassungsrechtlicher Sicht nachdrückliche Unterstützung, weil er gegenüber der geltenden, verfassungsrechtlich mitunter problematischen Rechtslage eine wesentliche Verbesserung bedeutet. Folgende inhaltlichen Schwerpunkte seien besonders hervorgehoben:

- Die Gleichstellung von Angehörigen österreichischer Staatsbürger mit Angehörigen von EWR-Bürgern beseitigt die in diesem Bereich bestehende verfassungswidrige Diskriminierung von Inländern.
- Die vorgeschlagenen Bestimmungen über die Aufenthaltsverfestigung nach fünf bzw. acht Jahren und über die Ausweitung der bestehenden Aufenthaltsverbots-Verbote trägt der Judikatur der Straßburger Instanzen Rechnung, nach der die Außerlanderschaffung von Angehörigen der sog. "zweiten Generation" im Hinblick auf Art. 8 EMRK nur in engen Grenzen möglich ist.
- Die Entscheidung für ein Recht auf Familiennachzug und Familieneinheit respektiert das in Art. 8 EMRK verbriefte Recht auf Achtung des Familienlebens.
- Die generelle Regelung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts bei rechtzeitiger Stellung eines Antrags auf Aufenthaltsverlängerung bis zur Rechtskraft der Entscheidung über den Antrag beseitigt Reste einer wiederholt problematisierten Rechtslage.

- 5 -

- Die vorgeschlagene Neuregelung der Drittlandsicherheit beendet die Möglichkeit, Flüchtlinge auf allenfalls bloß fiktiven anderweitigen Schutz zu verweisen.
- Besondere Unterstützung verdient die Bemühung, das Recht der Aufenthaltstitel und das Recht der Aufenthaltsbeendigung besser aufeinander abzustimmen, um Situationen zu vermeiden, in denen Fremden zwar der Aufenthalt im Bundesgebiet gestattet, der hiezu nötige Titel jedoch verwehrt werden muß.

Gegen einzelne Punkte des Entwurfs hegt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst indessen Bedenken:

- Die Beschränkung der Kontingentregelungen (sog. "Quotenbindung") auf erwerbstätige Fremde ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Das geltende Recht kennt jedoch im Ausländerbeschäftigungsgesetz Rechtsinstrumente, die vergleichbaren Zwecken dienen (Bundeshöchstzahl, Landeshöchstzahlen). Eine Harmonisierung, wenn nicht eine Beseitigung dieses Dualismus, erschiene wünschenswert.
- Einzelne Neuerungen im Bereich des Asylrechts, insbesondere die zwangsweise Vorführung vor das Bundesasylamt und die Regelungen über die Verweigerung der Einreise und das formlose "Ablegen" von Asylanträgen, sind verfassungsrechtlich und völkerrechtlich problematisch.
- Eine Feststellung der Flüchtlingseigenschaft mit umfassender, die Länder bindender Wirkung - wie sie der Entwurf möglicherweise impliziert - wäre nicht durch eine Zuständigkeit des Bundes gedeckt.
- Wenig glücklich erscheinen dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst schließlich die

- 6 -

vorgeschlagenen neuen Bezeichnungen der Einreise- und Aufenthaltstitel und andere legistische Details.

III. Zur Systematik und zur Legistik

Die Umsetzung der inhaltlichen Zielsetzungen ist dem Entwurf nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst nur unzureichend geglückt. Aus der Sicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst wäre eine Gesamtreform des Fremdenrechts wünschenswert.

A. Der systematische Rahmen

Der Entwurf schlägt vor, das Fremdengesetz 1992, das Asylgesetz 1991 und das Bundesbetreuungsgesetz zu novellieren, das Aufenthaltsgesetz von 1992 durch ein neues Aufenthaltsgesetz 1996 zu ersetzen und die erforderlichen Übergangsbestimmungen in zwei freistehenden Artikeln des FRÄG zu erlassen.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst regt dringend an, diese Konzeption zu überdenken. Sollte der vorliegende Entwurf unverändert zum Gesetzesbeschluß erhoben werden, so hätte dies ein hochkompliziertes und undurchdringliches Fremdenrecht zur Folge, das nur mehr für einige wenige Spezialisten verständlich wäre.

1. Allgemeines Fremdenrecht

Im Bereich des allgemeinen Fremdenrechts gestaltet der Entwurf das gesamte Aufenthaltsrecht grundlegend um. Dabei ist er bemüht, die im geltenden Recht im Aufenthaltsgesetz von 1992 enthaltenen Bestimmungen über die Aufenthaltsbewilligung ins Fremdengesetz zu integrieren.

Leider bleibt der Entwurf dabei auf halbem Wege stehen. Das Aufenthaltsgesetz soll, wenngleich in neuer Gestalt und mit

modifiziertem Inhalt, weiter neben dem Fremdenrecht aufrechterhalten werden. Mit dieser systematischen Grundentscheidung läuft der Entwurf Gefahr, die Dinge weiter zu komplizieren, anstatt sie zu vereinfachen:

Nach geltendem Recht sind die Bestimmungen über die Aufenthaltsbewilligung zur Gänze im Aufenthaltsgesetz enthalten; singuläre Anknüpfungen an das allgemeine Fremdenrecht sind dort durch Verweisungen entsprechend ausgewiesen. Diesem Nebeneinander der gesetzlichen Bestimmungen entsprechen unterschiedliche Vollzugsapparate.

Nach dem Entwurf sollen demgegenüber die Bestimmungen über die Aufenthaltsbewilligung teils im Fremdenrecht, teils im Aufenthaltsgesetz zu finden sein. Im Fremdenrecht soll - grob vereinfacht - geregelt werden, unter welchen Bedingungen, in welcher Gestalt und durch welche Behörde eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen ist. Aus dem Aufenthaltsgesetz soll sich hingegen ergeben, welcher Personenkreis eine Aufenthaltsbewilligung benötigt und wievielen Personen Aufenthaltsbewilligungen erteilt werden dürfen (Kontingentsystem).

Diese Technik ist verständniserschwerend und fehleranfällig zugleich.

Das geltende Fremdenrecht ist ein Gesetz mit klarer, in sich geschlossener Gliederung. Der Entwurf ist sichtlich bemüht, die Aufenthaltsbewilligung in den bestehenden systematischen Kontext einzubetten und in den Eingangsparagrafen die Grundstruktur der Einreise- und Aufenthaltstitel sichtbar zu machen. § 5 erläutert die Voraussetzungen und Konsequenzen der Sichtvermerkspflicht; § 6 zählt auf, durch welche Einreise- und Aufenthaltstitel der Sichtvermerkspflicht genügt wird. Bereits an dieser Stelle zeigt sich jedoch die Enge des gewählten systematischen Korsetts. Die für das Verständnis der grundlegenden Regelungszusammenhänge unabdingbaren Informationen darüber, unter welchen

- 8 -

Voraussetzungen eine Person welchen Aufenthalts- (bzw. Einreise)titel benötigt, sucht der Leser an dieser Stelle vergeblich. § 6 Abs. 5 weist ihn aber immerhin an, daß er das Aufenthaltsgesetz 1996 konsultieren muß. Bei Lektüre des § 1 des Aufenthaltsgesetzes sieht er sich bereits mit einem ersten Widerspruch konfrontiert: Nach § 5 Abs. 2 FrG (neu) soll einen Aufenthaltstitel nur benötigen, wer der Sichtvermerkpflcht unterliegt. In § 1 AufG 1996 (wie auch in § 6 Abs. 5 FrG neu) fehlt eine solche Einschränkung; nach seinem Abs. 1 löst vielmehr ganz im Gegenteil die Niederlassung in Österreich eine Aufenthaltstitelpflichtigkeit aus.

Damit nicht genug. Beim Versuch der Klärung der Frage: Wer ist zuständige Behörde? erfährt man aus § 65 Abs. 1a FrG (neu), daß Entscheidungen "im Zusammenhang mit Aufenthaltbewilligungen" von dem "nach der Lage des Hauptwohnsitzes zuständige[n] Landeshauptmann" getroffen werden. Neben der der Systematik des Fremdenrecht zuwiderlaufenden Vermengung von sachlicher und örtlicher Zuständigkeit fällt an dieser Bestimmung auf, daß jener Fremden, die gemäß § 1 Abs. 3 AufG 1996 deshalb eine Aufenthaltbewilligung benötigen, weil sie sich in Österreich auf unbestimmte Zeit zu Zwecken der Erwerbstätigkeit oder zur Begründung eines weiteren Mittelpunkts ihrer Lebensbeziehungen niederlassen, ohne im Bundesgebiet einen Hauptwohnsitz zu begründen, verfassungswidrigerweise gar nicht gedacht ist. Dieses offenkundige Versehen, das auch in § 6 Abs. 5 FrG (neu) wiederkehrt, wäre im Zuge einer Neukodifikation des Fremdenrechts vermutlich nicht unterlaufen.

Diese Beispiele machen nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst hinreichend deutlich, daß der Versuch, die Aufenthaltstitel ins Fremdenrecht zu integrieren und unter einem das Aufenthaltsgesetz neben dem Fremdenrecht aufrechtzuerhalten, mit Schwierigkeiten

verbunden ist. Die mutige Reform der Einreise- und Aufenthaltstitel, die das Bundesministerium für Inneres begrüßenswerterweise in Angriff genommen hat, läßt sich innerhalb des vom Entwurf gewählten legislatischen Rahmens nur um den Preis von Intransparenz und Inkonsistenz der Regelungen verwirklichen.

2. Asylrecht

Unverständlich bleibt dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weiters, weshalb es der Entwurf vorzieht, das Asylgesetz 1991 zu novellieren, anstatt ein neues Asylgesetz 1996 vorzuschlagen.

Schon eine rein quantitative Betrachtung zeigt, daß die Novelle das Asylgesetz 1991 nahezu zur Gänze durch neue Bestimmungen ersetzt: Von seinen 28 Paragraphen bleiben nur sechs Paragraphen (die §§ 11, 16, 21, 24 bis 26) unverändert. Alle übrigen werden von der Novelle berührt, wobei zwei Paragraphen ersatzlos aufgehoben und dreizehn zur Gänze neu gefaßt werden. Dazu kommen sieben neue Paragraphen mit Buchstabensuffixen.

Auch in inhaltlicher Hinsicht betritt der Entwurf überwiegend Neuland: Die in der Praxis überaus wichtige Drittstaatssicherheit soll gänzlich neu gefaßt und von einem Abweisungs- in einen Zurückweisungsgrund übergeführt werden. Die Voraussetzungen der Asylzuerkennung und der Asylerstreckung sollen geändert, eine Abweisung des Asylantrags wegen offensichtlicher Unbegründetheit eingeführt, die vorläufige Aufenthaltsberechtigung soll wesentlich erweitert, eine zwangsweise Vorführung vor das Bundesasylamt neu eingeführt werden. Mit anderen Worten: Das materielle Asylrecht soll nahezu zur Gänze, das Asylverfahrensrecht zu einem großen Teil neu gefaßt werden. Diese Zielsetzungen gehen über den Rahmen einer Novelle weit hinaus und legen es nahe, das Asylrecht in ein neues Stammgesetz zu kleiden, welches das Asylgesetz 1991 ablöst.

- 10 -

Im Rahmen neuer Stammgesetze ließen sich auch andere Anliegen des Entwurfs weitaus effizienter verwirklichen. Insbesondere bei Neuregelungen im Bereich des Asylrechts, aber auch im Bereich des Fremdenrechts fällt auf, daß der Entwurf bemüht ist, in Übereinstimmung mit den Legistischen Richtlinien 1990 (in folgenden mit "Richtlinie .." zitiert), Richtlinie 10 sprachliche Gleichbehandlung sicherzustellen und die weibliche Form im Gesetzestext sichtbar zu machen (vgl. insbesondere § 1 Z 3, § 10 Abs. 2 und 3 AsylG neu). Meist geht der Entwurf den Weg "sanfter Feminisierung" und verwendet nach Möglichkeit den Plural, um die Verständlichkeit des Gesetzes nicht durch kumulative Verwendung von männlicher und weiblicher Form zu erschweren. Weil es der Entwurf jedoch bei einer Novellierung bewenden läßt (und das Ziel sprachliche Gleichbehandlung mitunter aus den Augen verliert), bleibt über weite Strecken die maskuline Form im Singular erhalten.

B. Formelle Gestaltung und Gesetzessprache

Neben der Entscheidung für eine Novellierung des geltenden Fremden- und des Asylgesetzes geben Verstöße gegen die Legistischen Richtlinien 1990 und bemerkenswerte legistische Unstimmigkeiten Anlaß zur Kritik.

- Wenn wie im Falle des Fremdengesetzes ein Gesetz geändert wird, das über ein Inhaltsverzeichnis verfügt, dann ist gemäß Richtlinie 119 auch eine Neuerlassung des Inhaltsverzeichnisses erforderlich.
- Entgegen Richtlinie 41 wird der zeitliche Geltungsbereich der zahlreichen neu ins Fremdengesetz, Asylgesetz und Bundesbetreuungsgesetz eingefügten Bestimmungen im Stammgesetz nicht ausgewiesen.
- Entgegen den Richtlinien 66 und 75 verbannt der Entwurf das Übergangsrecht in zwei für die Rechtssuchenden

schwer auffindbare selbständige Bestimmungen, anstatt sie in die Stammvorschriften zu integrieren.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst verkennt nicht, daß die Beachtung dieser Grundsätze im Rahmen einer Novellierung der bestehenden Gesetze mit beträchtlichen Schwierigkeiten verbunden war. Insbesondere das aus Anlaß des Entwurfs vorgeschlagene umfangreiche Übergangsrecht läßt sich in das Fremdenrecht 1991 nur mit Mühen integrieren. Dies zeigt jedoch einmal mehr nur, daß die Zäsur zwischen geltender und vom Entwurf vorgeschlagener Rechtslage dermaßen einschneidend ist, daß der Weg neuer Stammgesetze hätte gewählt werden sollen.

- Entgegen Richtlinie 122 werden durch eine Vielzahl von Novellierungen keine vollständigen Gliederungseinheiten erfaßt. Das ist dort besonders störend, wo in den Text ein und desselben Absatzes durch drei Novellierungsanordnungen eingegriffen wird (vgl. Art. I Z 51 bis 53, die alle § 65 Abs. 3 FrG betreffen).

Daß die Nichtbeachtung dieses Grundsatzes und die Ersetzung einzelner Worte und Wortgruppen ein fehlerträchtiger Weg sind, zeigt sich an so mancher Stelle des Entwurfes:

- Werden Absätze erweitert, so ist es bisweilen erforderlich, notwendige Beistriche einzufügen (vgl. Art. I Z 27) und überflüssig werdende Punkte aufzuheben (vgl. Art. I Z 63) bzw. zu ersetzen (vgl. Art. I Z 62).
- Im Zuge von Ersetzungen einzelner Worte ist auch deren Groß- bzw. Kleinschreibung entsprechend zu berücksichtigen (vgl. Art. I Z 7).
- Das Fremdenrecht enthält an keiner Stelle eine Abfolge von drei Punkten (...). Es ist folglich gar nicht möglich, eine solche Zeichenfolge zu ersetzen.

- 12 -

Ebensowenig macht es (außerhalb der Verwendung als Platzhalter für die noch nicht feststehende Bundesgesetzblattnummer der Novelle - vgl. zB den durch Art. I Z 67 angefügten neuen § 86 Abs. 5 FrG) Sinn, dem Gesetzestext derartige Zeichenfolgen einfügen zu wollen (so aber die Z 11, 51, 54, 56 und 57 des Art. I).

- Wenn schon trotz des Umfangs des Entwurfs einer Novellierung der Vorzug gegeben wird, so sollte der durch Aufhebung von Paragraphen zur Verfügung stehende freie Raum genutzt werden, um Paragraphen mit Buchstabensuffix zu vermeiden (denkbar unzweckmäßig daher Art. III Z 14 und 15, die zur Folge haben, daß das Asylgesetz über einen neuen § 19a, aber über keinen § 20 mehr verfügt).
- Die Einfügung eines neuen Paragraphen mit Buchstabensuffix hat über eine Einfügings- und nicht über eine Novellierungsanordnung zu erfolgen (unrichtig Art. III Z 14; richtig Art. III Z 5).
- Ein neuer Absatz wird dem Paragraphen (als der nächsthöheren Gliederungseinheit) und nicht einem Absatz angefügt (unrichtig zB Art. I Z 14, 40, 41; richtig zB Art. I Z 32).

Auch in sprachlicher Hinsicht erscheinen dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst Verbesserungen angezeigt:

- Die Gesetzessprache des Entwurfs krankt an überflüssigen Vorbehalten anderweitiger Normierungen, Schachtelkonstruktionen und umgangssprachlichen Wendungen, die in Gesetzestexten besser vermieden werden sollten. Auf Einzelheiten wird, soweit dies innerhalb der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit möglich war, in den Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfes hingewiesen.

- Die offenbar in großer Eile abgefaßten Erläuterungen sollten vor einer Beschlußfassung der Bundesregierung über den Entwurf sprachlich eingehend überarbeitet werden.

Auf legislative Einzelheiten kann in dieser Stellungnahme wegen des begrenzten Zeitrahmens im allgemeinen nicht eingegangen werden.

IV. Zu Art. I (Änderungen des Fremden-Gesetzes)

A. Allgemeine Bemerkungen

1. Die Bezeichnung der Einreise- und Aufenthaltstitel

Der Entwurf hält mit guten Gründen am Begriff der Sichtvermerkspflicht fest. Konsequenterweise sollte daher auch der Terminus Sichtvermerk beibehalten werden, um einen Oberbegriff zur Verfügung zu haben, mit welchem alle Einreise- und Aufenthaltstitel kurz und präzise bezeichnet werden können. Die vom Entwurf vorgeschlagene durchgehende Ersetzung des Wortes "Sichtvermerk" durch die schwerfälligere Wendung "Einreise- und Aufenthaltstitel" bedeutet insoweit einen Rückschritt.

Der Entwurf sieht sich zu diesem Schritt freilich allein deshalb gezwungen, weil er das Wort "Sichtvermerk" als Unterbegriff für eine bestimmte Kategorie von Aufenthaltstiteln reservieren will. Nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst ist dieser Vorschlag denkbar unzweckmäßig, weil er darauf hinausläuft, ein und dasselbe Wort auf unterschiedlichen Ebenen zu verwenden. Die Beifügung eines Adjektivs bei der Verwendung des Wortes als Unterbegriff ("gewöhnlicher" Sichtvermerk) vermag diese Bedenken nicht auszuräumen, weil Beifügungen aufgrund ihrer Schwerfälligkeit bei der Prägung von Begriffen tunlichst

vermieden werden sollten und weil sie in der Alltagskommunikation meist ohnehin weggelassen werden. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst empfiehlt daher, entweder den Begriff Sichtvermerkspflicht zu streichen und ihn durch einen anderen Oberbegriff - etwa das Wort "Titelpflicht" - zu ersetzen oder aber - wofür seiner Auffassung nach die besseren Gründe sprechen - am Wort Sichtvermerk als Oberbegriff für alle Einreise- und Aufenthaltstitel festzuhalten und statt dessen den derzeit als "gewöhnlicher Sichtvermerk" bezeichneten Aufenthaltstitel umzubenennen. Dafür böte sich seiner Auffassung nach der Begriff "Aufenthaltserlaubnis" an: Dieses Wort signalisiert im Unterschied zum neutralen Begriff Sichtvermerk klar, daß es sich um einen Aufenthaltstitel handelt, und gibt bereits sprachlich zu erkennen, daß er einen im Vergleich zur Aufenthaltsbewilligung schwächeren Titel darstellt.

2. Der Hauptwohnsitz

Der Entwurf stellt des öfteren auf die Begründung und Aufrechterhaltung eines Hauptwohnsitzes ab.

Dieser Begriff hat einen wohldefinierten, durch Art. 6 Abs. 3 B-VG vorgegebenen Inhalt. Der Entwurf ist sich dieser Tatsache bewußt und sieht davon ab, die in § 1 Abs. 2 des geltenden Aufenthaltsgesetzes enthaltene, von der verfassungsrechtlichen Definition abweichende Begriffsbestimmung ins neue Aufenthaltsgesetz 1996 zu übernehmen.

Die vorgeschlagenen Bestimmungen des Fremdenengesetzes sind gleichwohl nach wie vor überwiegend so konzipiert, als sei für die Zwecke von Aufenthaltstiteln ausschließlich der Hauptwohnsitz entscheidend. Insbesondere die in § 65 Abs. 1a FrG (neu) enthaltene Regelung der Zuständigkeit zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung knüpft ausschließlich an die Lage des Hauptwohnsitzes an und sieht entgegen Art. 18 iVm 83 Abs. 2 B-VG von einer klaren und eindeutigen

Bestimmung der in den Fällen des § 1 Abs. 3 AufG (neu) zuständigen Behörde ab.

Manche der neu vorgeschlagenen Bestimmungen des Fremdenengesetzes erwecken darüber hinaus den Eindruck, als verbinde der Entwurf verfassungswidrigerweise mit dem Begriff Hauptwohnsitz bisweilen sehr wohl einen von Art. 6 Abs. 3 B-VG abweichenden Inhalt. In den in § 7c FrG (neu) enthaltenen Definitionen von Familiennachzug und Familieneinheit wird zum einen auf die Begründung eines Hauptwohnsitzes, zum anderen auf eine nur vorübergehende Niederlassung in Österreich abgestellt. Der Entwurf scheint somit zumindest in dieser Bestimmung davon auszugehen, daß nur bei dauernder Niederlassung ohne absehbares Ende in Österreich ein Hauptwohnsitz begründet wird, nicht jedoch bei bloß vorübergehender Niederlassung, sei diese auch auf unbestimmte Zeit konzipiert (§ 1 Abs. 3 AufG 1996). Bei anderen wesentlichen Neuerungen des Entwurfs, unter ihnen vor allem die §§ 8 und 10a, ist unklar, ob sie den Begriff Hauptwohnsitz nicht auch in dieser engen, verfassungsrechtlich problematischen Bedeutung verwenden.

Aufgrund dieser Ungereimtheiten legt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst Wert auf die Feststellung, daß auch die in § 1 Abs. 4 AufG (neu) vom Erfordernis einer Aufenthaltsbewilligung ausgenommenen Fremden typischerweise in Österreich über einen Hauptwohnsitz im Sinne des Art. 6 Abs. 3 B-VG verfügen, und sieht sich in dieser Einschätzung durch § 11e Abs. 4 FrG in der Fassung des Entwurfs bestätigt. Es regt an, das Gegensatzpaar Hauptwohnsitz - vorübergehende Niederlassung durch die Begriffe dauernde Niederlassung - vorübergehende Niederlassung zu ersetzen. Mit ihnen könnte durchwegs das Auslangen gefunden werden, zumal es nach der Entwurfsfassung letzten Endes entscheidend auf eine Niederlassung im Sinne des § 1 Abs. 3 AufG(neu) ankommt. Der Begriff "Hauptwohnsitz" trägt eher zur Verwirrung denn zur Klärung bei. Auf ihn könnte und sollte verzichtet werden.

- 16 -

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst hielt es in diesem Zusammenhang für mit dem aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz erfließenden Sachlichkeitsgebot nur schwer vereinbar, von den begünstigenden Regelungen über die Aufenthaltsverfestigung durch Festhalten am Hauptwohnsitzkriterium all jene Personen generell auszuschließen, deren Aufenthaltsbewilligungspflicht sich aus einer Niederlassung auf unbestimmte Zeit gemäß § 1 Abs. 3 AufG 1996 ergibt.

3. Prozeßfähigkeit

Gemäß § 7a Abs. 1 FrG (neu) können minderjährige Fremde, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, die Erteilung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels selbst beantragen; die Ausstellung bedarf der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. In dieser Bestimmung wird offensichtlich vorausgesetzt, daß die Minderjährigkeit nach dem Personalstatut der betroffenen Person zu beurteilen ist. Dafür spricht auch, daß die in § 7c Abs. 3 verankerte Maßgeblichkeit österreichischen Rechts auf "die Minderjährigkeit gemäß Abs. 1 und 2" und damit auf die Beurteilung der Voraussetzungen für eine Familienzusammenführung beschränkt bleibt.

Nach § 13 Abs. 1 AsylG (neu) sind Fremde im Asylverfahren handlungsfähig, wenn sie das 19. Lebensjahr vollendet haben. Zuvor sind sie im Falle der Mündigkeit berechtigt, Anträge zu stellen. Die Mündigkeit soll folglich wohl im Unterschied zur bisherigen Rechtslage (vgl. § 13 Abs. 1 AsylG 1991) nach internationalem Privatrecht beurteilt werden.

Nach dem derzeit geltenden und durch den Entwurf nicht berührten § 71 Abs. 1 FrG liegt die Schwelle der Handlungsfähigkeit in Verfahren nach dem 3., 4. und 5. Teil bei 16 Jahren; bis zum Ende ihrer nach dem Personalstatut zu beurteilenden Minderjährigkeit hat daneben ihr gesetzlicher Vertreter prozessuale Rechte.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst regt eine Harmonisierung dieser Bestimmungen an. Gründe, die es nahelegen, bald ausschließlich die Minderjährigkeit, bald lediglich die Mündigkeit nach internationalem Privatrecht zu beurteilen, für die Prozeßfähigkeit unterschiedliche Altersgrenzen vorzusehen und den gesetzlichen Vertretern unterschiedliche Stellungen einzuräumen, bedürften näherer Darlegung. Auch Differenzierungen zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht sollten auf ihre Sinnhaftigkeit hinterfragt werden.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

Zu § 1:

Der Entwurf fügt in die Begriffsbestimmungen des § 1 eine Kurzbezeichnung des Schengener Durchführungsübereinkommens vom 14. Juni 1985 ein, ohne einen Hinweis auf einen Publikationsort dieses Übereinkommens zu enthalten.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist darauf hin, daß das besagte Übereinkommen nach seinem Inkrafttreten für Österreich im Bundesgesetzblatt kundgemacht werden muß.

Verfassungsrechtliche Bedenken werden dadurch nicht ausgeräumt. Nach dem Entwurf kommt es lediglich darauf an, ob das erwähnte Übereinkommen in Kraft getreten ist. Die Umsetzung greift folglich schon vor jenem Zeitpunkt, in dem Österreich zu den Vertragspartnern zählt.

Das Übereinkommen ist für die Erstunterzeichnerstaaten sowie für die Beitrittsstaaten Spanien und Portugal am 26. März 1995 in Kraft getreten (vgl. die Bekanntmachung im dBGBI. 1996 II S 242). Es besteht gleichwohl für die Rechtssuchenden keine Möglichkeit, aus dem Bundesgesetzblatt zu erfahren, welche Staaten Vertragsstaaten sind. Weiters können sie sich über die Regeln des Übereinkommens betreffend die Zuständigkeit für die Erteilung von Visa,

- 18 -

nach welchen sich gemäß § 65 Abs. 2 Z 3 FrG (neu) der gesetzliche Richter iSd Art. 83 Abs. 2 B-VG bestimmt, aus amtlichen Publikationsquellen nicht informieren.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst empfiehlt daher, das Inkrafttreten der auf das Schengener Vertragswerk bezugnehmenden Bestimmungen des Gesetzes bis zum dessen Inkrafttreten gegenüber Österreich aufzuschieben.

In Abs. 6 sollte - wie dies in Abs. 7 geschehen ist - darauf abgestellt werden, ob der betreffende Staat Vertragspartei des Schengener Durchführungsübereinkommens ist. Daß vor seinem Inkrafttreten kein Staat durch dieses Übereinkommens gebunden wird, versteht sich von selbst.

Zu § 2:

In der Z 3 des zum Abs. 5 werdenden Abs. 4 der geltenden Fassung wäre die Klammerverweisung (§ 10 Abs. 4) entweder anzupassen (nunmehr: § 7a Abs. 6) oder zu streichen. Die durch Art. I Z 3 vorgenommene Ersetzung des Wortes "Sichtvermerk" hätte wegen der zuvor durch Art. I Z 2 erfolgten Umbenennung den Abs. 5 zu betreffen.

Zu § 2:

Der in Abs. 2 eingeführte Begriff "paßpolizeilich" erscheint ungewöhnlich; vorzuziehen wäre etwa "paßrechtlich".

Zu § 5:

Der Verzicht auf den Terminus "Sichtvermerk" als Oberbegriff, der alle Einreise- und Aufenthaltstitel zusammenfaßt, hat im Verein mit dem Festhalten am Begriff "Sichtvermerkspflicht" in Abs. 1 des Entwurfs einen schwerfälligen Nominalstil zur Folge. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst schlägt unter Hinweis auf die in § 1 Abs. 1 FrG enthaltenen

Legaldefinitionen der Begriffe Einreise und Ausreise vor, die geltenden Fassung des § 5 zum Ausgangspunkt zu nehmen. Eine einfachere Fassung des Abs. 1 könnte lauten:

"Paßpflichtige Fremde benötigen für die Einreise und den Aufenthalt einen Sichtvermerk."

Zu § 6:

Den Einreisetiteln und den Aufenthaltstiteln sollten jeweils eigene Paragraphen gewidmet werden, in welchen nach der Aufzählung der Typen von Visa bzw. Aufenthaltstitel jeweils die Voraussetzungen darzulegen wären, unter denen die verschiedenen Einreise- bzw. Aufenthaltstitel nötig sind. Wie schon unter III. A. ausführlich dargelegt, wäre es zweckmäßig, insbesondere die in § 1 AufG 1996 enthaltenen Regelungen ins Fremden-gesetz zu überführen.

In Abs. 1 sollte entweder in allen Ziffern auf korrespondierende Bestimmungen des Fremden-gesetzes verwiesen oder aber der in Z 1 enthaltene Hinweis auf § 12 gestrichen werden.

Die im zweiten Halbsatz geregelte Pflicht zur Verwendung der einheitlichen Visummarke ist primär an die Vollzugsbehörden und nicht die Rechtsunterworfenen adressiert. Sie sollte daher in einen eigenen Absatz aufgenommen und an weniger hervorragender Stelle plazi-ert werden. Die Verweisung auf die Verordnung 1683/95 wäre um die Fundstelle im Amtsblatt zu ergänzen.

Im letzten Satz sollte es richtig zu "zu einem ... entsprechenden Aufenthalt" heißen.

Zu Abs. 4 wird angeregt, eingangs der dritten Zeile das Wort "den" einzufügen. Weiters sollten zur Erhöhung der Verständlichkeit die Voraussetzungen der "Durchreisevisapflichtigkeit" in einem ersten, jene der

- 20 -

"Reisevisapflichtigkeit" in einem zweiten Satz plazierte und der nach dem Entwurfstext im Dunklen bleibende Unterschied zwischen diesen Visakategorien klar gemacht werden.

Für den Fall, daß an § 1 Aufenthaltsgesetz 1996 in der Entwurfsfassung festgehalten werden sollte, müßte Abs. 5 dahingehend berichtigt werden, daß auch bestimmte dauernde Niederlassungen im Bundesgebiet (und nicht bloß die Begründung und Aufrechterhaltung eines Hauptwohnsitzes) an eine Aufenthaltsbewilligung geknüpft sind. Ferner sollte in Übereinstimmung mit § 5 Abs. 2 FrG (neu) sowie mit den durch § 14 Abs. 2 FrG (neu) verfolgten Intentionen klargestellt werden, daß nur sichtvermerkspflichtige Drittstaatsangehörige einer Aufenthaltsbewilligung bedürfen. Dies ist umso dringlicher, als § 6 Abs. 4 FrG (neu) den Umkehrschluß nahelegt und § 1 Abs. 1 AufG 1996 ihn zu bestätigen scheint.

In Abs. 5 wäre die Abkürzung "AufG" unter Setzung nicht eines Binde-, sondern eines Gedankenstriches dem Kurztitel des zitierten Gesetzes nachzustellen.

Zu § 7:

Abs. 1 scheint die Vorlage eines gültigen Reisedokuments zu einer Bedingung in merito zu machen; § 7a Abs. 3 letzter Satz FrG (neu) konstruiert sie hingegen als Prozeßvoraussetzung. Eine Klarstellung wäre wünschenswert.

Die Fundstelle der zitierten Verordnung im Amtsblatt sollte angegeben werden. Im letzten Satz wäre nach dem Wortteil "Flugtransit-" ein Beistrich zu setzen.

Gemäß Abs. 3 zweiter Satz bedarf es für die Begründung eines Hauptwohnsitzes des Nachweises einer ortsüblichen Unterkunft für die gesamte Familie. Die Erläuterungen führen dazu aus, daß immer dann, wenn "der künftige Dienstgeber das

Vorhandensein einer Wohnung mit einer ortsüblichen Größe für die gesamte Familie" nicht nachweise, die Bewilligung "aufgrund mangelnden Wohnraumes für die gesamte Familie (1=4) nicht erteilt werden" könne.

Offenbar muß aufgrund des dem Entwurf zugrundeliegenden statistischen Kalküls Wohnraum für eine vierköpfige Familie bereits bei der Erteilung der Erstaufenthaltsbewilligung nachgewiesen werden, und zwar unabhängig davon, ob der Antragsteller überhaupt eine Familie hat, wie groß sie ist und ob er sie sogleich nach Österreich mitzubringen beabsichtigt. Diese Regelung behandelt wesentlich ungleiche Fälle gleich und dürfte daher gegen den auch im Verhältnis von Ausländern untereinander geltenden (VfGH 29. 6. 1995, B 2318/94 mwN) verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verstoßen.

Im übrigen darf nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst die Regelung des § 11b Abs. 3 letzter Satz FrG (neu), nach welcher der Nachweis einer ortsüblichen Wohnung dem Dienstgeber obliegt, bei verfassungskonformem Verständnis nicht bedeuten, daß die Erbringung ein solchen Nachweises dem Antragsteller verwehrt wäre.

In Abs. 4 erster Satz sollte nach dem Wort "bestimmten" ein Beistrich gesetzt werden.

Zu § 7a:

In Abs. 1 könnte die Wortfolge "in diesen Fällen" entfallen.

Anträge auf Erteilung von Einreise- und Aufenthaltstiteln sind nach Abs. 2 grundsätzlich vom Ausland aus zu stellen. Diese Bestimmung bezieht sich auch auf Visa und ist mit § 65 Abs. 3 FrG nur unzureichend abgestimmt. § 7a Abs. 2 regelt die Antragstellung, § 65 Abs. 3 die Zuständigkeit zur Erteilung im Inland. Dieses Nebeneinander legt prima facie

- 22 -

die Deutung nahe, daß die Ausstellung von Flugtransit-, Durchreise- und Reisevisa im Inland zulässig, die Antragstellung im Bundesgebiet hingegen unzulässig ist. Dagegen spricht allerdings § 65 Abs. 4 FrG, der es erlaubt, Grenzkontrollstellen zur Erteilung von Visa zur sofortigen Einreise zu ermächtigen und damit offenkundig voraussetzt, daß Anträge nicht an den Prozeßvoraussetzungen scheitern.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst regt an, das Verhältnis dieser beiden Bestimmungen klarzustellen. Ihm scheint es über das Ziel hinauszuschießen, Anträge auf Erteilung von Visa im Inland schlechthin nicht zuzulassen.

Auch für Aufenthaltstitel dürften Ausnahmen - etwa bei einem weiteren Aufenthalt trotz Fortfalls der Voraussetzungen für eine Aufenthaltstitelbefreiung, der durch § 11e Abs. 4 FrG (neu) nicht erfaßt ist - zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich sein. Als Verfahrensvorschrift (vgl. die Überschrift) knüpft Abs. 2 die Legitimation zum Antrag nämlich daran, daß er vom Ausland aus gestellt wird. Ein im Inland gestellter Antrag ist folglich zurückzuweisen. Zu einer "Sanierung" über § 10a Abs. 1 FrG (neu) kann es deshalb nicht kommen, weil diese Bestimmung wie § 10 FrG (neu) die inhaltliche Ebene betrifft und folglich die Zulässigkeit zur Behandlung des Antrags in merito voraussetzt.

Das in Abs. 3 enthaltene Verbot der Zweckänderung schließt es nicht aus, daß ein Fremder mehrere Anträge einbringt, die auf unterschiedliche Aufenthaltsw Zwecke bezugnehmen.

Die in Abs. 4 getroffene sonderverfahrensrechtliche Regelung sollte knapper gefaßt werden. Eine "Abwartensermächtigung" ins Gesetz aufzunehmen, ist entbehrlich, da sie keine Fristhemmung bewirkt und bloßes Zuwarten durch § 39 Abs. 2 AVG gedeckt sein wird. Die Möglichkeit zur Aussetzung nach Verfahrenseinleitung durch die Fremdenpolizeibehörde ergibt sich wegen § 10a Abs. 1 FrG (neu) bereits aus § 38 AVG. Daß es zur Regelung des Gegenstands erforderlich ist, sie in

eine Pflicht zu verwandeln, sollte in den Erläuterungen begründet werden. Im Rahmen einer Sonderregelung zum AVG könnte unter einem auch die bekanntlich strittige Frage geklärt werden, ob die Aussetzung in die Form eines verfahrensrechtlichen Bescheides gekleidet werden muß.

Die im letzten Satz des Abs. 4 enthaltene Einstellungsverpflichtung könnte knapper gefaßt werden; die Normierung einer "Antragserledigung" erscheint entbehrlich. Eine solche Regelung bringt Parteien um ihren Entscheidungsanspruch und ist deshalb rechtsstaatlich nicht unproblematisch. Aus diesem Grund sowie im Hinblick auf denkbare Aufhebungen des Ausweisungs- und Aufenthaltsverbotsbescheids durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sei angeregt, ihr einen Fortsetzungsantrag nach dem Muster des § 19 Abs. 2 AsylG (neu) zur Seite zu stellen.

Der in Abs. 5 in Aussicht gestellte Katalog von Aufenthaltswegen, an welchen die Regeln über Zweckänderungen anknüpfen, sollte entweder im Gesetz selbst getroffen oder dort besser vorgezeichnet werden.

Zu § 7b:

Text und Erläuterungen lassen im Dunkeln, ob es sich um eine reine Meldepflicht handelt, wie die Behörde reagieren muß, wenn sie zur Auffassung gelangt, daß der neuen Zweck durch den erteilten Titel nicht "mitabgedeckt" ist, und welche Konsequenzen es für die bekanntgebenden Fremden hat, wenn die Behörde trotz objektiver Unzulässigkeit der Zweckänderung untätig bleibt.

Zu § 7c:

Auf die in den allgemeinen Bemerkungen näher dargelegte Problematik der Abgrenzung zwischen Familiennachzug und Familieneinheit wird hingewiesen.

- 24 -

Um gemäß Abs. 1 "in Österreich rechtmäßig den Hauptwohnsitz [zu] haben", dürfte eine Meldung nach dem Meldegesetz 1991 wohl nicht genügen; unklar ist, ob sie hiezu erforderlich ist. Präzisierungen werden angeregt.

Der letzte Satz des Abs. 1 könnte entfallen.

Die Textierung des Abs. 2 erweckt den Anschein, als käme es ungeachtet der grundsätzlich für die Abgrenzung zwischen den Abs. 1 und 2 maßgeblichen Unterscheidung in Hauptwohnsitz (= dauernde Niederlassung) einerseits und nur vorübergehende Niederlassung andererseits für die Frage, ob Angehörige das Recht zum Familiennachzug oder zur Familieneinheit haben, letzten Endes ausschließlich darauf an, ob die "Ankerperson" über eine Aufenthaltsbewilligung oder über einen gewöhnlichen Sichtvermerk verfügt. Das ist bedauerlich, weil die im AufG 1996 getroffene Abgrenzung zwischen diesen Aufenthaltstiteln kasuistisch erfolgt und mit dem Charakter der Niederlassung nur in Ansätzen korreliert. Im zweiten Satz müßte es statt "der für den Familiennachzug maßgebliche Fremde" Sinn entsprechend offenbar "der für die Familieneinheit maßgebliche Fremde" heißen.

Zu § 8:

Die in Abs. 1 enthaltene Aufzählung nennt offensichtlich alternative Tatbestände; dem sollte durch Setzung des Wortes "oder" jeweils am Ende der Z 1 und der Z 2 Rechnung getragen werden. In Z 3 sollte es aus sprachlichen Gründen "in gemeinsamem Haushalt" heißen.

Die in Abs. 2 enthaltene Ermächtigung, Fremden statt eines unbefristeten einen befristeten Aufenthaltstitel zu erteilen, wäre verfassungsrechtlich problematisch, wenn sie - was von den Erläuterungen intendiert ist - die Abweisung von Anträgen wegen Nichtvorliegens der für einen unbefristeten Titel nötigen Voraussetzungen hintanhielte.

Zwar spricht nichts dagegen, einen Antrag auf einen unbefristeten Titel ex lege auch als Antrag auf eine befristete Berechtigung zu werten. Es wäre aber unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch, wenn die Behörde den vom Fremden primär angestrebten unbefristeten Titel durch Erteilung eines befristeten verweigern könnte, ohne daß dem Betroffenen dagegen Rechtsschutzmöglichkeiten offenstünden. Die amtswegige Erteilung eines befristeten Titels muß bei verfassungskonformer Deutung des Entwurfstextes mit einer Abweisung des Antrags auf eine unbefristete Berechtigung einhergehen.

Die eingangs des Abs. 2 erfolgende Anknüpfung an "die Fälle des Abs. 1" läßt (über die Z 2 hinaus, wo eine andere Interpretation schon vom Wortlaut her nicht möglich ist) auch für die Z 1 die Deutung zu, daß ungeachtet der Erfüllung aller in Abs. 1 angeführter Bedingungen (insbesondere trotz Fehlens von Indizien, es könnte ein Versagungsgrund entstehen) die Behörde auf einen befristeten Titel "umsteigen" kann. Nach den Erläuterungen ist dies nicht intendiert. Nach ihnen erfaßt die Z 1 offenbar nur Fälle, in denen zwar aktuell kein Versagungsgrund vorliegt (und demgemäß § 7 Abs. 1 erfüllt wird), aber bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, es werde einer entstehen (mit der Folge, daß § 8 Abs. 1 der Erteilung eines unbefristeten Titels entgegensteht). Um diese Absicht klar zu machen, sollte in Abs. 2 Z 1 in Anlehnung an Abs. 1 davon gesprochen werden, daß bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, es werde eine Versagungsgrund entstehen.

Für die in Z 2 verankerte Möglichkeit der Erteilung eines befristeten Sichtvermerks bei absehbarer Ausreise besteht nach Einschätzung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst keine Notwendigkeit. In Z 2 wäre vor dem Wort "aber" ein Beistrich zu setzen.

Zu § 9:

Nach der Entwurfsfassung drängt sich der Umkehrschluß auf, daß im Unterschied zur geltenden Rechtslage in einem Visum die Benützung bestimmter Grenzübergänge künftig nicht mehr vorgeschrieben werden können soll.

Zu § 10:

In Abs. 1 Z 3 sollte das Aufenthaltsgesetz, wie sonst ab der ersten Erwähnung im Entwurf üblich (vgl. § 7 Abs. 4, § 10 Abs. 2), mit dem Kurztitel zitiert werden.

In Abs. 2 wäre der Klammerverweis (§ 1 Abs. 4) um die Z 4 zu ergänzen; das Prädikat "unselbständige" könnte samt den beiden Gedankenstrichen entfallen, weil selbständige Erwerbstätigkeit dem Ausländerbeschäftigungsgesetz nicht unterliegt.

In Abs. 3 Z 2 könnte die Wendung "insoweit dies geboten ist, weil" durch "wenn" ersetzt werden; nach dem Wort "anerkennen" wäre ein Beistrich zu setzen.

In Abs. 6 letzter Satz wäre der nach den Worten "ausgesetzt sind" gesetzte Beistrich durch das Wort "oder" zu ersetzen. Die nur bei der dritten Alternative gebrauchte Wortfolge "wenn sie" sollte entfallen.

Die umstrittene Rechtsnatur der in Abs. 5 angesprochenen Verpflichtungserklärung sollte in den Erläuterungen geklärt werden.

Zu § 10a:

Die mit Abs. 1 verfolgte Intention, die derzeit bestehende Kluft zwischen dem Fehlen eines Aufenthaltstitels und der Möglichkeit zur Beendigung des Aufenthalts durch Verschränkungen zu beseitigen, verdient volle Unterstützung.

Es ist eine Grundsatzentscheidung jedes Ausländerrechts, ob der Schwerpunkt im Bereich der Aufenthaltsgestattung oder des Aufenthaltsverbotes liegt: Das FrPolG 1954 hatte die letztere Konzeption konsequent verwirklicht und eine Beendigung des Aufenthalts an ein förmliches Verbot gebunden; das Fremden-gesetz 1992 hat sich grundsätzlich für die ersterwähnte Schwerpunktsetzung entschieden und die Behörde zur Beendigung jedes rechtswidrigen Aufenthalts im Wege der Ausweisung verpflichtet. Der Entwurf geht einen Mittelweg und normiert wechselseitige Abhängigkeiten. Neben § 10a Abs. 1 ist § 20 Abs. 2 Z 2 FrG (neu) zu erwähnen, der in umgekehrter Richtung die Zulässigkeit eines Aufenthaltsverbots an die Zulässigkeit der Versagung eines Aufenthaltstitels kettet.

Daß die Kombination dieser Bestimmungen zu einer Rückverweisung führt - über den Umweg § 20 Abs. 2 Z 2 iVm § 10a Abs. 1 sind die dort erwähnten §§ 19 und 20 Abs. 1, Abs. 2 Z 3 und 4 bei der Aufenthaltsverbotsverhängung im Grunde ein zweites Mal zu prüfen - schadet nicht, weil ein logischer Zirkel durch die Ausgestaltung des § 10a Abs. 1 vermieden wird. Ansonsten scheint hingegen aufgrund der Textierung dieser Bestimmung zweifelhaft, ob der angestrebte Effekt erreicht wird.

Eine Ausweisung gemäß § 17 Abs. 1 hat den rechtswidrigen Aufenthalt im Bundesgebiet zur Voraussetzung. Ein Sachverhalt, der sie gemäß § 19 unzulässig zu machen vermag, kann daher lediglich in einem berücksichtigungswürdigen Privat- und Familienleben im Sinne des Art. 8 Abs. 1 EMRK liegen, das die in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen an einer Aufenthaltsbeendigung überwiegt. Dieser Sachverhalt vermag nun allerdings eine Versagung des Aufenthaltstitels niemals zu tragen; und jene für den Antragsteller negativen Tatsachen, welche für die Abweisung des Antrags auf einen Aufenthaltstitel streiten, bilden angesichts der Rechtswidrigkeit des Aufenthalts keinen

- 28 -

Sachverhalt, der aus den Gründen des § 19 einer Ausweisung entgegenstehen könnte.

Eine (unter einem das verzichtbare Hauptwohnsitzerfordernis eliminierende) Alternativfassung könnte lauten:

"§ 10a. (1) Einem Fremden darf der Aufenthaltstitel nicht versagt werden, wenn seine Ausweisung oder die Erlassung eines Aufenthaltsverbots aus den Gründen der §§ 19, 20 Abs. 1 und Abs. 2 Z 3 und 4 nicht zulässig ist."

Die in Abs. 3 Z 2 enthaltene Durchbrechung des Verbots der Aufenthaltstitelversagung bei jedlichem Rückfall selbst nach acht oder mehr Jahren unbedenklichen Aufenthalts erscheint - obschon das Gesetz daneben für eine dem Art. 8 EMRK genügende Abwägung Raum läßt - im Lichte der Judikatur der Straßburger Instanzen bedenklich weit (vgl. die Rückfallstäter betreffenden Urteile EGMR 13. 7. 1995, Nasri gegen Frankreich, Serie A/322-B = ÖJZ 1995, 908; EGMR 26. 3. 1992, Beldjoudi gg. Frankreich, A/234-A = EuGRZ 1993, 556; EGMR 18. 2. 1991, Moustaquim gg. Belgien, A/193 = EuGRZ 1993, 552).

Es wird daher angeregt, am Ende der Z 2 die Worte "zu einer Freiheitsstrafe" einzufügen, weil immer dann, wenn das Gericht trotz des in § 33 Z 2 StGB verankerten Erschwerungsgrundes mit einer bloßen Geldstrafe das Auslangen findet, eine ernstliche Gefährdung öffentlicher Interessen durch den weiteren Verbleib im Bundesgebiet nicht zu besorgen ist.

Zu § 11:

Aus Gründen der Einheitlichkeit sollte in Abs. 1 Z 1 (wie in §§ 7 Abs. 1 und 8 Abs. 2) auf die §§ 10 und 10a (anstatt 10f) verwiesen werden.

Die Textierung der Z 2 des Abs. 1 dürfte bedenkliche und vom Entwurf nicht intendierte Ungültigerklärungen von

Aufenthaltstiteln zur Folge haben, die zu Zwecken der Familieneinheit erteilt worden sind. Verliert die "Ankerperson" den Aufenthaltstitel, nicht aber ihr Aufenthaltsrecht (zB durch Erwerb der österreichischen Staatsangehörigkeit - vgl. Abs. 4), so zwingt die Z 2 zur Ungültigerklärung, obschon klar ist, daß den betroffenen Angehörigen aus anderen Gründen der Titel weiter zu gewähren ist. Es sollte daher auf den Verlust der Aufenthaltsberechtigung abgestellt werden.

In Abs. 4 sollte das Wort "nichtig" vermieden und ein von der Terminologie des § 68 AVG abweichender Begriff - etwa "gegenstandslos" oder die in § 5 Abs. 4 AsylG (neu) gebrauchte Formulierung - verwendet werden.

Zu § 11a:

Im Abs. 2 könnte "gelten für" durch "ermöglichen" ersetzt werden.

In Abs. 2 wird wie in anderen Bestimmungen (vgl. §§ 11a Abs. 2, 11d) von einer "Bedachtnahme auf die Aufenthaltsverordnung" gesprochen, in § 11b Abs. 2 hingegen von einer "Beachtung" dieser Verordnung. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst hält die in § 11b Abs. 2 verwendete Terminologie für angemessener, weil Bedachtnahme in der Rechtssprache im allgemeinen einen Mangel an Bindung impliziert (vgl. die in § 2 Abs. 3 AufG 1996 verankerte Pflicht der Bundesregierung zur Bedachtnahme auf Vorschläge der Länder).

Zu § 11b:

Nach Abs. 1 müssen die Voraussetzungen des 2. Abschnitts über die Erteilung von Aufenthaltstiteln "bis auf weiteres gesichert scheinen". Die Erläuterungen verbinden damit eine Prognose, ob sich in absehbarer Zukunft eine Notwendigkeit zur Aufenthaltsbeendigung ergeben könnte, und führen aus,

- 30 -

daß für ihre Zwecke lediglich in der Sphäre des Antragstellers gelegene Umstände zu berücksichtigen sind. Diese Einschränkung scheint sich jedoch aus dem Gesetzestext nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu ergeben.

Im übrigen bleibt unklar, ob die Bis-auf-weiteres-Prognose des Abs. 1 sich mit der im Rahmen der Erteilung unbefristeter Titel gemäß § 8 Abs. 1 anzustellenden Prüfung des künftigen Entstehens eines Versagungsgrundes inhaltlich deckt oder ob zwischen diesen beiden Prognoseentscheidungen Unterschiede bestehen.

In Abs. 2 sollte eine Formulierung gewählt werden, die nicht den Eindruck erweckt, ein Bescheid könne einer Verordnung derogieren.

Die in Abs. 3 vorgesehene Abhängigkeit der Erstaufenthaltsbewilligung vom Vorliegen einer Sicherungsbescheinigung oder einer Beschäftigungsbewilligung ist insoweit bedenklich, als Fremde als Arbeitnehmer in den zu ihrer Erteilung vorgesehenen Verfahren nur über eingeschränkte Parteistellung verfügen.

Bei der in Abs. 3 zweiter Satz enthaltenen Regelung des Nachweises der ortsüblichen Unterkunft dürfte es sich um eine bloße Obliegenheit des Dienstgebers handeln: Er kann den Nachweis beibringen, ist dazu aber nicht verpflichtet. An die Einräumung einer Parteistellung im Verfahren wurde offenbar nicht gedacht. Es erscheint fraglich, ob unter diesen Rahmenbedingungen die vom Entwurf verfolgten Zielsetzungen erreicht werden können.

In Abs. 4 wäre ein Beistrich nicht nach, sondern vor den Worten "über Verlangen" zu setzen.

Zu § 11c:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst ist sich der Schwierigkeiten bewußt, für die Regelung des Familiennachzug treffende Formulierungen zu finden. Die Wendungen "des für den Familiennachzug maßgeblichen Fremden" (Abs. 1) und "jenes Fremden [...], um dessen Familiennachzug es sich handelt" (Abs. 3) sollten gleichwohl vermieden werden. Ferner sollte Abs. 2 so textiert werden, daß klarer wird, daß der Familiennachzug der zweiten und dritten Generation geregelt ist.

Abs. 1 letzter Satz kann im Hinblick auf § 7 Abs. 3 erster Satz entfallen.

Zu § 11d:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst vermißt eine Entscheidung des denkbaren Konflikts zwischen einem Anspruch auf Erteilung der Bewilligung im Folge- bzw. Fortfolgejahr und der Erschöpfung des hiefür vorgesehenen Kontingents.

Ihm scheint auch eine Klarstellung nötig, daß eine gemäß § 2 Abs. 5 zweiter Satz AufG 1996 weiter anzuwendende Aufenthaltsverordnung als "nächste" bzw. "übernächste" Verordnung anzusehen sind.

Der letzte Satz beseitigt den Säumnisschutz schlechthin ("in all diesen Fällen") und ist aus diesem Grund verfassungsrechtlich bedenklich (vgl. Muzak, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht, Wien 1995, S 164).

Zu § 11e:

In Abs. 1 sollte das entscheidende Bewilligungskriterium nicht zwischen Gedankenstriche plazierte werden.

- 32 -

In Abs. 4 dürften wohl jene Fremden übersehen worden sein, die deshalb keine Aufenthaltsbewilligung benötigten, weil sie gemäß § 1 Abs. 5 von der Aufenthaltstitelpflicht ausgenommen sind, die Privilegierung aber in der Folge verloren haben (Verlust der Staatsangehörigkeit u.a.m.).

Zu § 14 Abs. 2:

Diese begrüßenswerte Regelung ist insoferne lückenhaft, als es zwischen dem Ablauf der Dreimonatsfrist und der Entscheidung über den Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 11e Abs. 4 FrG (neu) bei der Illegalität des Aufenthalts bleibt, weil § 15 Abs. 4 FrG (neu) einen zuletzt erteilten Aufenthaltstitel voraussetzt und folglich in dieser Konstellation nicht greift.

Kinder von Fremden können Österreicher, Kinder von Österreichern Fremde sein. Es ist daher sinnvoller, die Fremdeneigenschaft des Kindes und nicht der Elternteile zum Anknüpfungspunkt zu wählen.

Einseitig auf die Mutter abzustellen, ist im Lichte des Gleichheitssatzes verfassungsrechtlich problematisch.

Die Wendung "sofern und solange" würde den Satzteil ab dem Strichpunkt entbehrlich machen.

Zu § 15:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst regt an, die Abs. 1 bis 3 dieser Bestimmung ersatzlos entfallen zu lassen.

Ob ein Fremder für den Aufenthalt Titel benötigt, welche Titel er benötigt und wie lange er mit oder ohne sie im Bundesgebiet verbleiben kann, ergibt sich aus den Vorschriften des 2. Teils und den einschlägigen Sonderbestimmungen. Wer die dort genannten Bedingungen nicht erfüllt, hält sich nicht rechtmäßig in Österreich auf.

Eine Definition der "Rechtmäßigkeit" ist daher ein zwiespältiges Unterfangen. Soll sie nur die bestehenden Titel abbildend zusammenfassen, ist sie überflüssig und fehlerträchtig zugleich. Mit steigender Komplexität der Einreise- und Aufenthaltsregelungen erhöht sich die Gefahr, daß bestimmte Titel "vergessen" werden.

(Aufenthaltsberechtigungen, die sich unmittelbar aus einer gemäß § 12 AufG erlassenen Verordnung ergeben, sind beispielsweise derzeit nicht erfaßt.) Dem kann nur durch Verweisungen gegengesteuert werden, die den Orientierungswert der Zusammenfassung in Frage stellen.

Wird die Definition der Rechtmäßigkeit hingegen als normativer Schlüsselbegriff konzipiert, dann hat sie mehr oder weniger zwangsläufig eine Kluft zwischen Berechtigung zum Aufenthalt und Rechtmäßigkeit des Aufenthalts zur Folge. Ein solches Auseinanderklaffen sollte jedoch tunlichst vermieden werden, weil es keinen Sinn ergibt, jemanden, der ein Recht zum Aufenthalt hat, durch die Erklärung seiner Anwesenheit zum rechtswidrigen Aufenthalt im Wege des § 17 Abs. 1 zu einem potentiellen Ausweisungskandidaten zu machen.

Schon nach geltendem Recht gehen Aufenthaltsrechtmäßigkeit und Aufenthaltsberechtigung nicht immer konform. Obwohl in § 15 die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts geregelt wird, stellt sein Abs. 1 Z 1 systemwidrigerweise ausschließlich auf die Einreise ab (mit der Folge, daß in Abs. 2 eine sachwidrige Konsequenzen wieder ausräumende Sonderbestimmung aufgenommen werden mußte). Wer zum Aufenthalt lediglich einen Paß benötigt und einen solchen besitzt, aber ohne ihn eingereist oder mit ihm über die grüne Grenze gekommen ist, hält sich nicht rechtmäßig im Inland auf und ist folglich gemäß § 17 Abs. 1 auszuweisen. Weiters sind unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht ableitbare Aufenthaltstitel für die Rechtmäßigkeit im Sinn des § 15 unerheblich: Die Rechtmäßigkeit von Personen, die sich auf solche Titel berufen können, erfließt aus § 15 Abs. 1 Z 1 mit der Folge,

- 34 -

daß bereits der Paßverlust eine Ausweisung nach sich ziehen müßte. Daß diese Folgen mit europarechtlichen Vorgaben in Konflikt geraten können (vgl. Feik, Die aufenthaltsrechtliche Stellung der EWR-Bürger und das neue Fremden-gesetz, ZfV 1994, 1 [14 f.]), sei angemerkt.

Die Entwurfsfassung scheint am konstitutiven Charakter der in § 15 FrG enthaltenen Rechtmäßigkeitsdefinition festzuhalten und auch im übrigen die beschriebene Divergenz nicht zu beseitigen. § 15 Abs. 4 FrG (neu) hat - so positiv diese Bestimmung grundsätzlich zu bewerten ist - im Verein mit § 11e Abs. 1 letzter Satz zur Folge, daß es vermehrt rechtmäßige Aufenthalte ohne korrespondierende Berechtigungen geben wird. Auf europarechtliche oder sich unmittelbar ex lege ergebende Aufenthaltsberechtigungen (wie zB § 28 Abs. 3 FrG) wird in § 15 Abs. 1 weiterhin nicht Bezug genommen. Eine Streichung der Abs. 1 bis 3 würde diese Unstimmigkeiten beseitigen, ohne an der Rechtslage wesentliches zu ändern. Für eine Berechtigung zum Aufenthalt auf Grund eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels wäre diesfalls freilich anderwärtige Vorsorge zu treffen. Die Möglichkeit der Einreiseverweigerung auf Basis der Mitteilung eines Zurückweisungsgrundes durch einen Vertragsstaat ist hingegen durch § 32 Abs. 2 Z 2 des Entwurfs hinreichend gesichert.

Die in Abs. 4 vorgeschlagene Regelung, daß die dort genannten Personen sich bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihren Antrag rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, wird als wesentliche Verbesserung angesehen.

Zu § 16:

Im Lichte des verfassungsrechtlichen Gebots hinreichender Bestimmtheit von Strafvorschriften (vgl. Art. 7 EMRK) wird angeregt, die Erheblichkeit der Verzögerung, von der die Zulässigkeit der Entfernung vom Ort der Verwahrung des

Reisedokuments abhängt, zu spezifizieren. In den Materialien wird lediglich auf die Vertretbarkeit der Verzögerung Bezug genommen. Die Beifügung einer Richtzeit oder Richtentfernung wäre für die Betroffenen und für die Vollziehung gleichermaßen hilfreich.

Zu § 17:

In Abs. 2 Z 6 könnte (wie dies auch in § 10 Abs. 1 Z 4 der Entwurfsfassung geschehen ist) klargestellt werden, daß der Fremde innerhalb der genannten Frist bei einem rechtswidrigen Aufenthalt betreten worden sein muß.

Die Wiedereinfügung des vom Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 1. 12. 1995, G 1306/95 als verfassungswidrig aufgehobenen Abs. 3 sowie des zweiten Satzes des § 27 Abs. 3 FrG ins Gesetz stützt sich offenbar auf die nunmehr vorgeschlagenen Änderung des Abs. 2, auf Grund deren die Fälle einer sofortigen Ausweisung eine wesentliche Einschränkung (arg. im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich) erfahren.

Zu § 20:

Dem mit der Z 1 des Abs. 2 verfolgten Anliegen, "an sich" legal Beschäftigten trotz Überschreitung des erlaubten Tätigkeitsfeldes den Aufenthalt nicht zu verbieten, sollte aus legistischen Gründen besser durch eine andere Formulierung des § 18 Abs. 2 Z 8 FrG entsprochen werden.

In der Z 3 könnte die Wendung "wegen einer gerichtlichen strafbaren Handlung" durch die Worte "wegen eines Verbrechens" ersetzt werden. Die würde insbesondere Verurteilungen wegen eines Fahrlässigkeitsdeliktes ausschließen, die die Beendigung eines mehr als zehnjährigen Aufenthalts nicht notwendig machen dürften.

Im übrigen begrüßt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst, daß nach dem Entwurf das Ausmaß der verhängten Sanktion

- 36 -

entscheidend sein soll. Es merkt jedoch an, daß es auf Grund der Strafzumessungsregeln des gerichtlichen Strafrechts nicht immer möglich ist, einer Tat (so die Erläuterungen) oder einer strafbaren Handlung (so der Gesetzestext) eine Sanktion zuzuordnen: Hat der Täter durch eine oder mehrere Taten eine oder mehrere strafbare Handlungen begangen, so wird auf eine Gesamtstrafe erkannt, deren Obergrenze sich nach jenem Gesetz bestimmt, das die höchste Strafe androht. Nach der Neuregelung soll entscheidend sein, daß ein Gericht in einem Urteil wegen einer oder mehrerer strafbarer Handlungen auf eine Freiheitsstrafe erkennt, die zwei Jahre übersteigt. Bei Verwendung der Worte "wegen eines Verbrechens" käme diese Intention klarer zum Ausdruck, weil diese Formulierung den Schwerpunkt vom Zahlwort auf die Eigenschaft einer der abgeurteilten strafbaren Handlungen legt. Auf jene Auslegungsprobleme, die sich im Zusammenhang mit nachträglichen Verurteilungen zu einer Zusatzstrafe (vgl. § 31 StGB) aufdrängen, sei hingewiesen.

Die in Abs. 2 Z 4 vorgeschlagene Regelung hält das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst für einen wesentlichen Fortschritt. Allerdings sollte die umgangssprachliche Wendung "von klein auf" durch die Worte "seit früher Kindheit" ersetzt werden. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst regt ferner an, in den Erläuterungen die Schwelle etwas höher anzusetzen (drei bis vier Jahre; vgl dazu etwa den Sachverhalt im bereits zitierten Fall Nasri gegen Frankreich, Serie A/322-B, Z 12).

Nach der Entwurfsfassung müssen neben dem Aufwachsen im Bundesgebiet zwei weitere Kriterien gegeben sein: ein langjähriger Hauptwohnsitz und das Finden einer Heimat in Österreich.

Das Hauptwohnsitzerfordernis erscheint entbehrlich - ein Aufwachsen in Österreich dürfte ohne langjährigen Wohnsitz schwer denkbar sein. Anderes gilt für das weitere Kriterium der "Heimatfindung". Dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst

ist unklar, welche Intentionen der Entwurf damit verfolgt. Als kumulative Bedingung muß diese Wendung freilich so interpretiert werden, daß sie mehr und anderes bedeutet als die zwei vorangehenden Voraussetzungen.

Der Heimatbegriff begegnet im Volksgruppenrecht als "Beheimatung" und bringt dort "die traditionelle Verbundenheit mit dem tatsächlichen Siedlungsgebiet [...] zum Ausdruck" (vgl. EB zur RV "17 BlgNR 16. GP, S 8). Nach herrschender Auffassung setzt dies eine Verwurzelung über mehrere Generationen voraus. Das "Recht auf Heimat" als Element des Selbstbestimmungsrechts der Völker geht in eine vergleichbare Richtung (vgl. Pernthaler, Land, Volk und Heimat als Kategorien des österreichischen Verfassungsrechts, Wien oJ [1982], 35 ff). Das "Heimatrecht in einer Gemeinde" nach Art. 6 Abs. 1 der Urfassung des B-VG war gar als Voraussetzung der Landes- und Bundesbürgerschaft konzipiert. An all das ist im Entwurf offenkundig nicht gedacht.

Es scheinen daher nur die Auslegungen übrigzubleiben, daß entweder auf eine emotionale Beziehung zu Österreich oder auf das Ausmaß der Assimilation abgestellt werden soll. Beides hält das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst für schädlich: Die Prüfung innerer Einstellungen hat sich, wie die Erfahrung zeigt, schon in anderen Zusammenhängen (Zivildienst) nicht bewährt und dürfte im vorliegenden Zusammenhang in der Praxis zur Folge haben, daß aus der Entscheidung, die Fremdeneigenschaft beizubehalten (kein Antrag auf Staatsbürgerschaft o.ä.), auf einen Mangel an Heimat im Inland geschlossen wird. Auch eine Prüfung des Integrationsgrades (Sprachtests?, Beurteilung des kulturelles Hintergrunds?) scheint, zumal dieser nicht nur von Bemühungen des Fremden, sondern in gleichem Maße von der Integrationswilligkeit der Österreicher abhängt, der Sache nicht angemessen. Es wird darum dringend nahegelegt, den Begriff "Heimat" im Fremdenrecht nicht zu einem Rechtsbegriff zu machen.

- 38 -

Zur Überschrift des 4. Teils:

Neben dem Wort "Sonderbestimmungen" sind Worte "bestimmter Fremden" ohne Informationswert. "Sonderbestimmungen für Einreise und Aufenthalt" würde als Überschrift genügen.

Zu § 29:

Im Unterschied zu Drittstaatsangehörigen, die Angehörige österreichischer Staatsbürger sind, und im Unterschied zur geltenden Rechtslage (vgl. § 2 Z 2 Fremden-Gesetz-Durchführungsverordnung 1994, BGBl. Nr. 121/1995) scheint nach dem Entwurf für Angehörige von EWR-Bürgern keine Möglichkeit mehr zu bestehen, den erforderlichen gewöhnlichen Sichtvermerk nach visafreier Einreise vom Inland aus zu beantragen. Damit dürfte dem Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz der Richtlinie 68/360/EWG iVm. Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 90/364/EWG nur unzureichend entsprochen zu sein, der von den Mitgliedstaaten fordert, drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern alle Erleichterungen zur Erlangung des erforderlichen Sichtvermerks zu gewähren. Dafür spricht ferner, daß ein gewöhnlicher Sichtvermerk einen Aufenthaltstitel darstellt und daher nach der Terminologie der erwähnten Richtlinie als Aufenthaltserlaubnis anzusehen sein dürfte mit der Folge, daß der begünstigte Drittstaatsangehörige die Ausstellung dieses Titels, wie sich aus Art. 4 Abs. 3 lit. c ergibt, auch nach der Einreise in das Hoheitsgebiet beantragen können muß.

Wie im Schrifttum wiederholt bemerkt wurde, bleibt § 29 Abs. 3 FrG hinter Art. 10 der Verordnung 1612/68/EWG zurück: Auch die Verwandten des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird, haben das Recht der Wohnungnahme. Es wird daher nahegelegt, im Entwurf auch die Z 2 des § 29 Abs. 3 FrG entsprechend zu adaptieren.

Der neu eingefügte Abs. 4 scheint auf jene Drittstaatsangehörigen zugeschnitten zu sein, die durch

Verlust der Angehörigeneigenschaft oder Tod des EWR-Bürgers ihre Begünstigung verloren haben. Darüberhinaus kann er aber auch als Ausnahmebestimmung zu § 10a Abs. 3 FrG (neu) gelesen und dahingehend gedeutet werden, daß begünstigten Drittstaatsangehörige nach achtjährigem Aufenthalt trotz strafgerichtlicher Verurteilungen zu langjährigen Freiheitsstrafen der beantragte Titel nicht verweigert werden darf; gemäß § 20 Abs. 2 Z 2 FrG (neu) wäre weiters selbst die Erlassung eines Aufenthaltsverbots absolut unzulässig. Darin läge eine sachwidrige, gegen den auch im Verhältnis zwischen Ausländern untereinander geltenden Gleichheitssatz verstoßende Privilegierung. Es wird daher empfohlen, eine andere Formulierung zu wählen.

Ergänzend sei angemerkt, daß Drittstaatsangehörige als Familienangehörige eines Arbeitnehmers nach Art. 3 der Verordnung 1251/70/EWG mitunter schon nach kürzerer Zeit als nach acht Jahren (zwei bzw. drei Jahre, bei Tod des Arbeitnehmers infolge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit auch früher) das Recht haben, ständig in Österreich zu verbleiben, ohne daraus freilich einen Anspruch auf Ausstellung eines unbefristeten Titels ableiten zu können (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. c).

Zu § 31a:

Abs. 1 besteht nahezu zur Gänze aus Verweisungen. Eine einfachere, umgangssprachliche Wendungen ("sofern im folgenden nicht anderes gesagt wird") eliminierende Fassung wäre wünschenswert.

Zu § 33 Abs. 4:

Dieser Absatz erklärt ausgewählte Bestimmungen des verwaltungsbehördlichen Freiheitsstrafvollzugsrechts für anwendbar (Verpflegung, Kleidung, Unterbringung, Überwachung des Briefverkehrs, Besuchsverkehr). Nach dieser Einfügung dürfte auch im Lichte des Erkenntnisses VfSlg 12523/1990 nur

- 40 -

schwer in Zweifel zu ziehen sein, daß die Sicherung der Zurückweisung gemäß § 33 FrG - entgegen der in den Erläuterungen zur RV des FrG 1992, 692 BlgNR 18. GP, S 47, vertretenen Auffassung - einen (wenn auch kurzfristigen) Freiheitsentzug darstellt: Bis zur Möglichkeit der Ausreise unterliegen die betroffenen Fremden einem Haftregime und verlieren bis dahin jede körperliche Bewegungsfreiheit.

Auf die verfassungsrechtliche Problematik eines solchen Eingriffs in die persönliche Freiheit sei hingewiesen. Art. 2 Abs. 1 Z 7 des Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl. Nr. 684/1988 (idF: PersFrG), erlaubt es anders als Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK nicht, Personen die Freiheit zu entziehen, um sie am unberechtigten Eindringen in das Staatsgebiet zu hindern.

Zu § 37:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst hält die vorgeschlagene Neufassung des Abs. 4 mit der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) nicht für vereinbar. Auf die Bemerkungen unter VI.A.2. dieser Stellungnahme sei hingewiesen.

In Abs. 5 ist nicht hinreichend klar, was unter einer Abweisung eines Asylantrags zu verstehen ist. Auf die Bemerkungen zu § 4c AsylG sei verwiesen).

Zu § 46 Abs. 6:

Die vorgeschlagene Neuformulierung bewirkt eine begrüßenswerte Klärung der de lege lata äußerst diffizilen Problematik der Zuständigkeiten im Schubhaftvollzug.

Zu § 48 Abs. 6:

Jeder Freiheitsentzug, der seinen Zweck nicht erreichen kann, ist gemäß Art. 1 Abs. 3 PersFrG 1988 strikt untersagt.

Die Behörde sollte daher nicht zur Prüfung der Frage verpflichtet werden, ob die "Aufhebung der Schubhaft [...] vertretbar erscheint", sondern verhalten sein, sich mit der Verhältnismäßigkeit der weiteren Inhaftierung zu befassen.

Der im zweiten Satz enthaltenen Wendung "wegen desselben Sachverhaltes darf ein Fremder innerhalb eines Zeitraumes von zwei Jahren nicht länger als sechs Monate in Schubhaft gehalten werden" scheint die Auffassung zugrunde zu liegen, als handle es sich bei der Schubhaft um eine Sanktion, die an einen vom Häftling zu verantwortenden Sachverhalt geknüpft ist. Dies ist nicht der Fall. Die Schubhaft dient ausschließlich der Sicherung des Verfahrens bzw. der Sicherung der Außerlanderschaffung und darf von Verfassungs wegen (vgl. Art. 2 Abs. 1 Z 7 PersFrG 1988) nicht für andere Zwecke instrumentalisiert werden.

Intendiert ist mit dieser Bestimmung offensichtlich, in Korrektur des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 15. 12. 1994, B 1405/94, nach Ablauf von zwei Jahren eine neuerliche Inhaftierung zu ermöglichen. Gegen eine Ausdehnung der Inhaftierungsermächtigung bestehen an sich keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst legt jedoch Wert auf die Feststellung, daß der Freiheitsentzug auf Fälle beschränkt bleiben muß, in denen er taugliches, erforderliches und auch sonst verhältnismäßiges Mittel zur Ermöglichung einer zulässigen zwangsweisen Außerlanderschaffung des Fremden ist, und keinen Beugehaftcharakter annehmen darf. Die vorgeschlagene Neuregelung gerät in die Nähe einer solchen verfassungswidrigen Instrumentalisierung, weil der Zweck einer neuerlichen Inhaftierung nach Ablauf von zwei Jahren, während derer eine zwangsweise Außerlanderschaffung trotz sechsmonatigen Freiheitsentzuges nicht gelungen ist, primär wohl eher darin liegen dürfte, den Fremden durch eine Sanktion zum freiwilligen Verlassen des Bundesgebiets zu veranlassen. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst regt

- 42 -

daher an, auf die Ausdehnung der zulässigen Höchstdauer des Freiheitsentzug in der vorgeschlagenen Form zu verzichten.

Zu § 50:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht mit den Erläuterungen im Hinblick auf § 83 Abs. 2 FrG (neu) davon aus, daß ein Betreten gegen den Willen des Inhabers von Betriebsstätten und Arbeitsstellen nicht zulässig ist. Es bedarf daher keiner Prüfung der Frage, ob die Bestimmung einen Eingriff in das verfassungsgesetzlich geschützte Hausrecht bedeuten würde, wenn sie unmittelbaren Zwang ermöglichte.

Zu § 51 Abs. 1:

Die Ergänzung räumt begrüßenswerterweise eine langjährige Judikaturdivergenz zwischen den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts aus.

Zu § 54:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht davon aus, daß eine Entscheidung des Bundesasylamts erst im Zeitpunkt ihrer Zustellung im Sinne des Abs. 1 letzter Satz "vorliegt" und daß ab diesem Zeitpunkt die zuvor zulässigerweise eingebrachten Anträge von der Fremdenpolizeibehörde zurückzuweisen sein werden.

Der neue erste Satz des Abs. 3 sollte einem eigenen Absatz vorbehalten werden.

Zu § 61:

Die Ermächtigung des Abs. 3 setzt nach der Entwurfsfassung die Vorlage des Fremdenpasses an Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes voraus. Um Mehrdeutigkeiten zu vermeiden, sollte folglich der Begriff "abnehmen" durch "einbehalten" ersetzt werden.

Zu § 65 Abs. 4:

In der dritten Zeile der die Z 54 enthaltenden Absatzes ist ein Tippfehler zu bereinigen (zum Zwecke).

Zu § 70:

Trotz beträchtlicher Aufwertung des "gewöhnlichen" Sichtvermerks hält der Entwurf am Ausschluß einer Berufung fest: § 70 Abs. 2 FrG soll lediglich terminologisch angepaßt werden.

Das Festhalten am Ausschluß eines administrativen Instanzenzuges dürfte die Überlastung des Verwaltungsgerichtshofes noch weiter verstärken. Es wird daher angeregt, die Regelung auf Visa einzuschränken.

Dieser Schritt erscheint auch durch europarechtliche Vorgaben geboten. Gemäß Art. 9 der auch für begünstigte Drittstaatsangehörige geltenden Richtlinie 64/221/EWG dürfen die Verwaltungsbehörden eine Entscheidung über die Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis, sofern gegen sie keine Rechtsmittel gegeben sind oder die Rechtsmittel nur die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung betreffen oder keine aufschiebende Wirkung haben, außer in dringenden Fällen erst nach Erhalt einer Stellungnahme einer zuständigen Behörde treffen, vor welcher sich der Betroffene entsprechend den innerstaatlichen Rechtsvorschriften verteidigen, unterstützen oder vertreten lassen kann und die mit der über die Verlängerung entscheidenden Behörde nicht identisch ist. Nach dem Sinn dieser verfahrensrechtlichen Mindestgarantie muß der "zuständigen Stelle" eine erschöpfende Prüfung aller Tatsachen und Umstände einschließlich der Zweckmäßigkeit der beabsichtigten Maßnahme offenstehen; die Verwaltungsbehörde darf ihre Entscheidung erst treffen, nachdem die zuständige Stelle ihre Stellungnahme abgegeben hat (zuletzt EuGH 30. 11. 1995,

- 44 -

RS C-175/94, The Queen gegen Secretary of State for the Home Department, ex parte John Gallagher, RN 17 mwN).

Im Fremdenrecht fehlt es an gesetzlichen Grundlagen, die eine solche zuständige Stelle bestimmen. Es schiene der Tradition des administrativen Rechtsschutzes in Österreich auch nicht angemessen, ein derartiges Verfahren einzuführen. Folglich sollte begünstigten Drittstaatsangehörigen gegen die Verweigerung der Verlängerung ihres gewöhnlichen Sichtvermerks mit der Berufung ein Rechtsmittel eingeräumt werden, mit dem sie eine volle Überprüfung der Entscheidung einschließlich der Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung erreichen können.

Zu § 72 Abs. 1 Z 4:

Im Unterschied zum sonstigen Sprachgebrauch (vgl. die §§ 7 und 10 Abs. 1 - Erteilung) ist hier von der Ausstellung von Einreise- und Aufenthaltstiteln die Rede. Eine Vereinheitlichung böte sich an.

Zu § 83:

In Abs. 1 lit. b wären die Worte "mißachtet oder" in eine neue Zeile zu stellen, weil sie sich auf beide Buchstaben beziehen. Alternativ böte sich an, die Z 1 mit den Worten "Auflagen mißachtet" zu beginnen.

Das Unterlassen der Darlegung der Zulässigkeit der Zweckänderung trotz rechtzeitiger Meldung mit Strafe zu bedrohen, obwohl eine Verpflichtung hiezu gemäß § 7b FrG (neu) nur "gegebenenfalls" besteht, erscheint überschießend.

Zu § 90:

Mit der Vollziehung des § 1 Abs. 3 letzter Satz sollte der Bundesminister für Justiz betraut werden.

Mit der Vollziehung des § 7 Abs. 4 erster Satz sollte der Bundesminister für Arbeit und Soziales betraut werden.

Mit der Vollziehung des § 7 a Abs. 8 sollte nicht die Bundesregierung betraut werden. Diese Bestimmung sollte unter jenen aufgezählt werden, mit deren Vollziehung der jeweils sachlich zuständige Bundesminister betraut ist.

Zur besseren Lesbarkeit sollte § 90 in mit Ordnungszahlen bezeichnete Gliederungseinheiten untergliedert werden.

V. Zu Art. II (Aufenthaltsgesetz 1996)

A. Allgemeine Bemerkungen

1. Die Ausnahmen von der Aufenthaltsbewilligungspflicht

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst merkt an, daß der in § 1 Abs. 4 AufG 1996 getroffenen Abgrenzung von Aufenthaltsbewilligungspflicht und gewöhnlicher Sichtvermerkplicht offenbar kein umfassendes Konzept zugrundeliegt. Sie scheint eher anlaßbezogenen tagespolitischen Bedürfnissen als sachlichen Notwendigkeiten und nachvollziehbaren allgemeinen Kriterien zu folgen und fällt bedauerlicherweise, sieht man von Ausnahmen ab (Studierende, Rotationsarbeitskräfte), mit der Trennlinie zwischen dauernder und vorübergehender Niederlassung nicht zusammen.

2. Der Beschluß 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei

Der Entwurf sieht in § 1 Abs. 3 vor, daß Fremde auch dann eine Aufenthaltsbewilligung benötigen, wenn sie auf Grund unmittelbar anwendbarer Rechtsakte der Europäischen Union nach bestimmter Aufenthaltsdauer einen Anspruch auf Verlängerung ihres Aufenthaltstitels erwerben.

- 46 -

Die Erläuterungen halten dazu fest, daß die aufgrund des Assoziationsabkommens EWG-Türkei privilegierten Fremden einen Aufenthaltstitel benötigen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat demgegenüber in seiner Entscheidung vom 22. 2. 1996, 95/19/0424, in einem obiter dictum festgehalten, daß türkische Staatsangehörige unter den im Beschluß 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei angeführten Bedingungen auf Grund unmittelbar anwendbarer Rechtsakte der Europäischen Union in Österreich Niederlassungsfreiheit genießen und folglich nach § 1 Abs. 3 Z 1 AufG vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen sind. Er hat dieses Ergebnis zusätzlich auf die Überlegung gestützt, daß eine konstitutive Bewilligung, wie sie das AufG vorsieht, für ohnedies bereits zum Aufenthalt Berechtigte sinnlos wäre.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 6. 6. 1995 im Fall Bozkurt - wenngleich zur Ordnungsgemäßheit der Beschäftigung - festgehalten hat, daß die durch Art. 6 des erwähnten Beschlusses verliehenen Rechte den türkischen Staatsangehörigen unabhängig davon zukommen, ob die zuständigen Behörden Verwaltungsdokumente ausstellen, "durch die in diesem Zusammenhang nur das Bestehen dieser Rechte festgestellt werden kann, ohne daß sie jedoch eine Voraussetzung dafür darstellen können" (RS C-434/93, Ahmed Bozkurt gegen Staatssecretaris von Justitie, Slg. 1995 I-1475 [1503 RN 30]). Es regt an, die Entwurfsfassung des § 1 Abs. 3 zweiter Satz AufG zu überdenken.

3. In legistischer Hinsicht

Im Verhältnis zur geringen Zahl der Paragraphen des als Aufenthaltsgesetz 1996 bezeichneten Artikels ist die Zahl der Absätze der einzelnen Paragraphen übermäßig hoch. Eine

Aufteilung des Regelungstoffes langer Paragraphen auf mehrere Paragraphen, die zu Abschnitten zusammenzufassen wären, sollte erwogen werden.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

Zu § 1:

In Abs. 3 sollte das zu Auslegungsproblemen führende Wort "jedenfalls" entfallen.

Weswegen Ehegatten und minderjährige Kinder von Bediensteten ausländischer Informationsmedien von der Privilegierung in Abs. 4 Z 6 ausgeschlossen bleiben (arg. "Z 2 bis 5"), bleibt im Dunkeln: Die Erläuterungen sprechen sich auf S 44 gerade mit Blick auf diesen Personenkreis für den Grundsatz aus, daß für eine Familie möglichst dasselbe aufenthaltsrechtliche Regime gelten soll.

Zu § 2:

Die in Abs. 1 zweiter Satz enthaltenen Determinanten der Verteilung der Bewilligungen auf die Länder sind denkbar unpräzise und deshalb im Hinblick auf Art. 18 B-VG verfassungsrechtlich bedenklich, zumal die in der bisherigen Regelung enthaltene Rückbindung an die nunmehr im Abs. 3 enthaltenen allgemeinen Kriterien entfallen soll.

Die Vorschläge der Länder dürfen die Bundesregierung von Verfassungen wegen nicht binden. Ihre Erstattung stellt einen Akt der Privatwirtschaftsverwaltung dar. Es ist daher zumindest ungewöhnlich, ihnen hiebei die Berücksichtigung bestimmter Umstände verbindlich vorzuschreiben. Mit der im Entwurf enthaltenen Einschränkung der Bedachtnahmeverpflichtung in Abs. 3 erster Satz, die selbstverständlich nicht als Bindung der Bundesregierung

- 48 -

gelesen werden darf, könnte wohl das Auslangen gefunden werden.

Zu Abs. 2 wird auch die Schreibweise "der Österreichische Gewerkschaftsbund" hingewiesen. Unklar ist, was unter "maßgeblichen" Gemeinden (Einschub im letzten Satz) zu verstehen sei.

Daß bei Abänderung der Verordnung wegen wesentlicher Änderung der maßgeblichen Umstände nach der Entwurfsfassung keine Anhörungs- und Vorschlagsrechte bestehen (arg. "Abs. 1 und 3" e contrario), wurde offensichtlich nicht intendiert (vgl. S 46 der Erläuterungen).

Zu § 3:

Neben der Pflicht zur Verständigung anderer Behörden sollte eine Pflicht des Bundesministers für Inneres zur unverzüglichen Kundmachung von Kontingenterschöpfungen in einem amtlichen Kundmachungsorgan (Amtsblatt der Wiener Zeitung) vorgesehen werden, um diese wichtigen Daten dem interessierten Personenkreis zugänglich zu machen.

Zu § 4:

Der zweite Halbsatz des Abs. 1 sollte umformuliert werden und einen eigenen Satz, wenn nicht Absatz, bilden.

Im ersten Satz des Abs. 5 könnte die Einfügung zwischen den beiden Gedankenstrichen als selbstverständlich entfallen. Der zweite Satz würde durch Anfügung des in Gesetzestexten grundsätzlich verpönten Wortes "sinngemäß" an Verständlichkeit gewinnen.

Zu § 5:

Die Aufzählung in Abs. 4 dürfte ohne Anführung auch des § 7a Abs. 2 FrG (neu) ihren Zweck nicht erreichen.

Zu § 7:

Der Regelungstoff dieses Paragraphen sollte auf drei Paragraphen aufgeteilt werden, deren erster das Inkrafttreten des im Entwurf vorliegenden Bundesgesetzes und das Außerkrafttreten des geltenden Aufenthaltsgesetzes, deren zweiter die Erlassung von Verordnungen und deren dritter die Vollziehungszuständigkeiten regeln sollte. Bei diesem Vorschlag wird die Überlegung wirksam, daß eine derartige Gliederung für den Fall einer künftigen Novellierung in legislativer Hinsicht die Einfügung von Bestimmungen über das Inkrafttreten der Novellenbestimmungen erleichtern würde, da diese künftigen Inkrafttretensbestimmungen dem vorgeschlagenen ersten Paragraphen als weitere Absätze angefügt werden könnten. Der zweite Paragraph könnte - anlässlich der erstmaligen Novellierung - so formuliert werden, daß er auch Verordnungen aufgrund der novellierten Bestimmungen erfaßt. Die entsprechende, derzeit in Abs. 1 zweiter Satz enthaltene Bestimmung sollte um die Anordnung ergänzt werden, daß die fraglichen Verordnungen nicht früher als "dieses Bundesgesetz" in Kraft treten dürfen.

VI. Zu Art. III (Änderungen des Asylgesetzes)

A. Allgemeine Bemerkungen

1. Die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft

Der Entwurf schlägt in § 2 Abs. 2 AsylG (neu) vor, daß Asylanträge und Asylerstreckungsanträge stets auch den Antrag auf Feststellung der Flüchtlingseigenschaft umfassen.

In § 3 Abs. 3 ist vorgesehen, daß die Behörde im Bescheid über die Asylgewährung festzustellen hat, daß dem Fremden die Flüchtlingseigenschaft zukommt.

- 50 -

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht entgegen den Erläuterungen davon aus, daß nach dem Entwurfstext auch im Falle der Asylversagung über die Flüchtlingseigenschaft abzusprechen ist. Wenn Fremde im Inland einen Anspruch auf Feststellung der Flüchtlingseigenschaft haben (§ 2 Abs. 1 AsylG neu) und ein Asylantrag ex lege auch einen Feststellungsantrag inkludiert (§ 2 Abs. 2 AsylG neu), muß über diesen Zweitantrag gesondert abgesprochen werden, sofern das Gesetz nicht anderes bestimmt. Der Entwurf sieht (im Unterschied zu anderen Bereichen) eine Antragserledigung nicht vor.

Auch rechtspolitisch erschiene eine Beschränkung der Feststellung auf positive Asylbescheide wenig sinnvoll. Flüchtlingen kommen die ihnen durch die Genfer Konvention eingeräumten Rechte auch dann zu, wenn Österreich ihnen kein Recht zum dauernden Aufenthalt einräumt. Und gerade in dieser Situation sind sie besonders schutzbedürftig, verfügen sie doch im Gegensatz zu Asylberechtigten, aus deren Anerkennung implizit hervorgeht, daß ihnen Flüchtlingseigenschaft zukommt, über keinen Nachweis, mit dessen Hilfe sie sich vor allen staatlichen Behörden auf ihren Status berufen können und der es ihnen dadurch wesentlich erleichtert, von ihren Rechten faktischen Gebrauch zu machen.

In der Diskussion um das Asylrecht wurde es darum als ein entscheidendes Manko des Asylgesetzes 1991 angesehen, daß es von der im Asylgesetz 1968 vorgesehenen Feststellung der Flüchtlingseigenschaft abgegangen ist.

Der Entwurf sieht nunmehr eine solche Feststellung der Flüchtlingseigenschaft wieder vor, läßt freilich die bisherige Definition des Begriffs "Flüchtling" (§ 1 Z 1) entfallen. Rechtsfolgen sind mit der Flüchtlingseigenschaft allerdings nach dem Asylgesetz in seiner vorgesehenen Fassung nicht verbunden, wenn man von Normierungen peripherer Natur (vgl. § 21 Abs. 2 und § 24) absieht. Dem

Entwurf läßt sich daher die Absicht unterstellen, er wolle eine Rechtsgrundlage für die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft im Sinne der Genfer Konvention (GFK) und - daher - mit Wirkung für alle in der Genfer Konvention getroffenen Regelungen schaffen.

Freilich ist die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung einer solchen Regelung von Verfassungs wegen auf die ihm in Gesetzgebung und Vollziehung zugewiesenen Angelegenheiten beschränkt. Die Bundesverfassung kennt keinen Kompetenztatbestand "Asylwesen" oder "Flüchtlingwesen". Das Asylgesetz basiert, wie in den Erläuterungen angeführt wird, auf dem Tatbestand "Fremdenpolizei". Dieser Kompetenztatbestand erlaubt es wohl, Flüchtlinge in ihrer Eigenschaft als Fremde zu erfassen und insbesondere ihre Berechtigung zum Aufenthalt im gesamten Bundesgebiet zu regeln. Auf Gebieten hingegen, für welche der Bund keine Zuständigkeit besitzt, kann der Bund Flüchtlingen keine Rechte verleihen. Den Verfassern des Entwurfs ist diese Problematik wohl bewußt. Literarischer Kritik (vgl. Rohrböck, Das Asylgesetz 1991, Wien 1994, 37) Rechnung tragend, schlägt er vor, in der Definition von "Asyl" diesen Schutz auf ein dauerndes Einreise- und Aufenthaltsrecht zu reduzieren.

Der Querschnittsmateriencharakter des Flüchtlingswesens verbietet es nicht minder, mit bindender Wirkung auch gegenüber den Ländern zu entscheiden, ob einer Person Flüchtlingseigenschaft im Sinn der Genfer Konvention zukommt. Soweit es ihnen obliegt, Flüchtlingen zu den ihnen in der Genfer Konvention garantierten Rechte zu verhelfen, dürfen sie bei Entscheidung der Frage, ob eine Person unter den Flüchtlingsbegriff fällt, durch eine Feststellung des Bundes nicht präjudiziert werden. Den Ländern steht es mithin frei, beispielsweise für Zwecke der Sozialhilfe oder der Wohnbauförderung ein eigenes Flüchtlingsfeststellungsverfahren einzurichten.

2. Die Konkretisierung des Art. 33 Z 2 GFK

Nach dem vom Entwurf vorgeschlagenen § 4a AsylG soll das beantragte Asyl jenen Fremden verweigert werden, die aus gewichtigen Gründen eine Gefahr für die Sicherheit der Republik darstellen oder die von einem inländischen Gericht rechtskräftig zu einer zwei Jahre überschreitenden Freiheitsstrafe verurteilt worden sind und wegen dieses strafbaren Verhaltens eine Gefahr für die Gemeinschaft bedeuten. In der Neufassung des § 37 Abs. 4 FrG und des § 5 Abs. 1 Z 4 AsylG wird dieselbe Formulierung verwendet. Wie sich aus den jeweils angeschlossenen Klammerausdrücken ergibt, soll damit Art. 33 Z 2 GFK eine Konkretisierung erfahren.

Die Entwurfsformulierung stimmt in einem Punkt nicht mit Art. 33 Z 2 GFK überein: Statt von einer mehr als zweijährigen Freiheitsstrafe ist dort von einer Verurteilung wegen eines besonders schweren Verbrechens die Rede. In der asylrechtlichen Literatur werden darunter die schwersten Verbrechen wie etwa Tötungsdelikte, bewaffneter Raub, Vergewaltigung, Kindesmißhandlung, schwerer Drogenhandel, Brandstiftung und terroristische Geiselnahmen verstanden (vgl. Kälin, Grundriss des Asylverfahrens, Basel u.a. 1990, S 229 mwN, und Achermann/Hausamann, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl. Bern u.a. 1991, S 178 f).

Zwei Jahre überschreitende Freiheitsstrafen können im österreichischen Strafrecht bereits für Vergehen verhängt werden; die Strafdrohungen für Eigentumsdelikte ohne Gewaltausübung sind vergleichsweise hoch. Es liegt daher im Bereich des Wahrscheinlichen, daß Delikte, die keine besonders schweren Verbrechen im Sinn der Konvention darstellen, mit mehr als zweijähriger Freiheitsstrafe geahndet werden.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst regt daher an, eine Fassung zu wählen, die Verstöße gegen die Konvention

ausschließt, ohne die augenfälligen Vorteile der Entwurfsfassung - die adäquatere Erfassung des tatsächlichen Unrechtsgehaltes der Tat - preiszugeben. Es schlägt vor, darauf abzustellen, ob eine Person wegen eines besonders schweren Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren rechtskräftig verurteilt worden ist. Im Hinblick auf denkbare Erweiterungen des Instituts der (teil)bedingten Strafnachsicht könnte sich ferner als zweckmäßig erweisen, nur unbedingte Verurteilungen zu berücksichtigen.

3. Die zwangsweise Vorführung vor das Bundesasylamt

Durch § 7 Abs. 1 AsylG (neu) sollen Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes verpflichtet werden, Asylwerber und Personen, die im Inland die Absicht erkennen lassen, einen Asylantrag zu stellen, dem Bundesasylamt vorzuführen, wenn sie keinen Aufenthaltstitel oder keine gültige Bescheinigung der vorläufigen Aufenthaltsberechtigung vorweisen können. Personen, die einen Asylantrag an der Grenze stellen wollen, sind unter den in Abs. 2 und 3 angeführten Voraussetzungen ebenfalls von dieser Festnahmeermächtigung betroffen. Die Vorführung soll "zum Zwecke der Sicherung der Ausweisung (Art. 2 Abs. 1 Z 7 [PersFrG 1988])" erfolgen.

Der Verfassungsgerichtshof versteht in seiner Rechtsprechung unter einer "Ausweisung" im Sinn des Art. 2 Abs. 1 Z 7 PersFrG 1988 "alle fremdenpolizeilichen Maßnahmen, die darauf abzielen, daß der Fremde das Land verlasse" (VfSlg. 13039/1992, S 462). Er hat in seinem Erkenntnis zu § 6 AsylG 1968 festgehalten, daß die Inhaftierung zum Zweck der Sachverhaltsfeststellung ausgesprochen werde, "also nicht etwa dazu, um die Außerlanderschaffung des Fremden für den Fall zu sichern, daß sein Asylantrag abgewiesen werden soll" (VfSlg. 13300/1992, S 763). Diese Begründungspassage stellt ein Indiz dar, daß der Gerichtshof eine antizipierte Sicherung der Ausweisung im Asylverfahren nicht als Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 Z 7 PersFrG 1988 qualifizieren würde.

Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK, der neben dem PersFrG 1988 zu beachten bleibt, verlangt indessen, daß der Inhaftierte "von einem gegen ihn schwebenden Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren betroffen ist". Ein auf Aufenthaltsbeendigung gerichtetes, bei einer Behörde anhängiges Verfahren liegt im Vorführungszeitpunkt regelmäßig noch nicht vor, kann und soll doch erst nach der durch Exekutivorgane erfolgenden Vorführung zur Asylbehörde entschieden werden, ob dem mitunter über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung verfügenden Gesuchsteller Schutz in Österreich zu gewähren oder ob seine Außerlanderschaffung in die Wege zu leiten ist. Im zu dieser Problematik besonders ergiebigen schweizerischen Schrifttum dominiert daher der Standpunkt, daß allein die Tatsache, daß eine negative Entscheidung im Asylverfahren in weiterer Folge eine Wegweisung nach sich zieht, das Asylverfahren noch nicht zu einem "hängigen Ausweisungsverfahren" macht (vgl. Auer, La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers, AJP/PJA 1994, 749 [756]; Raselli, Die neuen Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, ASYL 1994, 79 [82]; Uebersax, Menschenrechtlicher Schutz bei fremdenpolizeilichen Einsperrungen, recht 1995, 53 [62]; ferner Kälin, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht: Materielles Recht, AJP/PJA 1995, 835 [850 f]).

Darüberhinaus umfaßt die Vorführermächtigung auch Personen, die an der Grenze ihre Absicht bekunden, in Österreich einen Asylantrag stellen zu wollen und deren Außerlanderschaffung nicht notwendig ist, weil sie sich bereits jenseits der Grenze befinden. Ihnen die Freiheit zu entziehen, könnte gewiß auf den in Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK enthaltenen Grund der Verhinderung des unberechtigten Eindringens in das Staatsgebiet gestützt werden. Diesem Festnahmegrund entspricht jedoch im PersFrG 1988 kein Gegenstück, weswegen die günstigeren Regelungen des nationalen Verfassungsrechts vorgehen.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst empfiehlt aus diesen Gründen, die im Entwurf enthaltene Vorführermächtigung zu überdenken.

4. Das Inlandsprinzip

Eine wesentliche Neuerung, die der Entwurf vorschlägt, liegt in der Begrenzung des Zugangs zum Asylverfahren auf Personen, die sich im Inland befinden. Asyl kann gemäß § 2 Abs. 1 AsylG (neu) nur Personen gewährt werden, die sich im Bundesgebiet aufhalten. Aus dem Ausland gestellte Asylgesuche werden durch § 12 Abs. 3 in Anträge auf Erteilung "normaler" Aufenthaltstitel "umgeleitet" und sind im übrigen "als gegenstandslos abzulegen", wenn dem Antragsteller die Einreise nicht erlaubt wird (§ 12c).

Diese Bestimmungen haben zur Folge, daß die Entscheidung über den Asylantrag nicht nur de facto, sondern auch de iure mit der Gewährung zum Zugang zum Verfahren zusammenfällt: Wer nicht zur Einreise zugelassen oder während des Verfahrens außer Landes geschafft wird, dessen Asylantrag muß allein schon aus diesem Grund der Erfolg versagt bleiben. Folglich nimmt die Entscheidung über die vorläufige Aufenthaltsberechtigung die Entscheidung in der Sache weitgehend vorweg: Wer mit seiner binnen 48 Stunden einzubringenden Berufung gegen die Aberkennung dieser Berechtigung nicht durchdringt, weil ihm gemäß § 6 Abs. 3 letzter Satz AsylG (neu) zugemutet werden kann, "den Ausgang des Berufungsverfahrens im Ausland abzuwarten", hat mit der Ausreise oder der zwangsweisen Außerlanderschaffung in welchen Staat auch immer seinen Anspruch auf Asyl verwirkt. Er mag Flüchtling sein und alle übrigen Voraussetzungen für die Asylanerkennung erfüllen: Allein die Tatsache, daß er den Verfahrensausgang im Ausland abwartet, genügt für eine negative Entscheidung. Anträge von Personen, denen es nicht gelungen ist, nach Österreich einzureisen, werden nicht einmal abweisend beschieden, sondern ohne weiteres zu den Akten gelegt.

- 56 -

Diese Beschränkungen des Zugangs zum Asylverfahren sind in mehrfacher Hinsicht problematisch:

- Nach Art. 3 Abs. 1 des (noch nicht in Kraft getretenen) Übereinkommens vom 15. Juni 1990 über die Bestimmung des zuständigen Staats für die Prüfung eines in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags (Dubliner Übereinkommen) verpflichten sich die Mitgliedsstaaten unter anderem dazu, jeden Asylantrag zu prüfen, den ein Ausländer an der Grenze eines Mitgliedsstaates stellt. Die durch Art. 3 Abs. 5 eröffnete Möglichkeit der Zurückweisung oder Ausweisung in einen Drittstaaten läßt diese Pflicht unberührt.
- Auch die EntschlieÙung des Rats über Mindestgarantien für Asylverfahren (unveröffentlicht) setzt in Ziffer 7 voraus, daß an der Grenze gestellte Asylanträge von den zuständigen Behörden inhaltlich geprüft werden müssen. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nach Ziffer 24 nur zulässig, soweit sie durch die EntschlieÙung zu einem einheitlichen Konzept in bezug auf Aufnahmedrittländer vom 3. 11 und 1. 12. 1992 gedeckt sind. Ob den dort unter Punkt 2 lit. b genannten Bedingungen entsprochen wird, ist fraglich, weil gemäß § 12a Abs. 2 AsylG (neu) die Ratifikation und nicht die faktische Beachtung des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte entscheidend ist.
- Die Verpflichtung zur sofortigen Archivierung von Anträgen nach Verweigerung der Einreise beseitigt sowohl den Anspruch auf Entscheidung über den Antrag der Partei als auch den daran geknüpften Säumnisschutz und gerät folglich zu Art. 11 Abs. 2 und Art. 132 B-VG in ein Spannungsverhältnis.
- Daß die Exekutive durch die Außerlanderschaffung des Asylwerbers einen Abweisungsgrund erzeugen kann, dürfte

eine problematische Aushöhlung der Kontrolle der Vollziehung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts bedeuten.

- Die asylpolitische Problematik dieses komplexen Systems liegt darin, daß eine "Antragstellung" an der Grenze für die Betroffenen ausschließlich mit Nachteilen verbunden ist. Personen, die auf dem Landweg reisen und in Österreich Schutz suchen wollen, werden zu einem illegalen Grenzübertritt nachgerade ermuntert.

5. Die Berufung binnen 48 Stunden

Gegen die Aberkennung der vorläufigen Aufenthaltsberechtigung steht Asylwerbern gemäß § 6 Abs. 3 AsylG (neu) die Berufung offen. Gleiches gilt für die Antragszurückweisung wegen Zuständigkeit eines anderen Staates (§ 12 b). Die Berufungsfrist beträgt in beiden Fällen lediglich 48 Stunden.

Diese verfahrensrechtliche Frist ist dermaßen knapp, daß man Fristberechnungsregeln vergeblich sucht: Sowohl das AVG als auch das Europäische Übereinkommen über die Berechnung von Fristen, BGBl. Nr. 254/1983, sehen für nach Stunden bemessenen Fristen keine Regelungen vor. (Die Regelungen des § 33 AVG über die Fristablaufshemmung an Samstagen, Sonn- und Feiertagen dürften, obschon vom Entwurf nicht intendiert, anwendbar geblieben sein.)

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner jüngeren Judikatur aus dem Rechtsstaatsprinzip der Bundesverfassung ein Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes abgeleitet (vgl. dazu zuletzt Merli, Rechtsstaatlichkeit in Österreich, in: Hofmann u.a. [Hrsg.], Rechtsstaatlichkeit in Europa, Heidelberg 1996, 83 ff, und Thienel, Der mehrstufige Verwaltungsakt, Wien 1996, 39 ff, jeweils mwN). Dieses Gebot setzt auch der Möglichkeit des Gesetzgebers Grenzen, die zur Ausführung von Rechtsmitteln eingeräumten Fristen zu

- 58 -

beschränken. Art. 11 Abs. 2 B-VG läßt Abweichungen von den Verfahrensstandards des AVG - und damit von der in § 63 Abs. 5 vorgesehenen Berufungsfrist von zwei Wochen - nur im Falle ihrer Unerläßlichkeit zu (vgl. VfSlg. 9214/1981).

Die Frist von 48 Stunden ist schon an sich sehr kurz. Der mit einer Abweisung der vorläufigen Aufenthaltsberechtigung konfrontierte Asylwerber befindet sich überdies in einer prekären Situation: Er ist meist sprachunkundig und kann daher die Begründung des Bescheids nicht verstehen: Ihre Übersetzung ist gemäß § 18 AsylG (neu) nicht vorgesehen. Seine Möglichkeiten, einen Rechtsbeistand beizuziehen oder anderweitig Beratung in Anspruch zu nehmen, sind in der Regel auf Grund eines Freiheitsentzugs und unzureichender Mittel äußerst beschränkt.

Die Entscheidung über die binnen 48 Stunden einzubringende Berufung bedeutet zudem ein entscheidendes Verfahrensstadium. Wird sie mit der Begründung abgewiesen, daß das Abwarten im Ausland zumutbar ist, so darf dem Asylwerber in weiterer Folge schon mangels eines Aufenthalts im Bundesgebiet kein Asyl gewährt werden.

Das (deutsche) Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 14. 5. 1996, 2 BvR 1516/93 (EuGRZ 1996, 271 [282 f]), unter Berufung auf das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes festgehalten, daß angesichts der Kürze der zu beurteilenden Frist von drei Tagen durch organisatorische Maßnahmen sichergestellt werden müsse, daß Asylwerber den Inhalt der ihnen eröffneten Bescheide verstehen können und Gelegenheit erhalten, kostenlos rechtskundige Beratung in Anspruch zu nehmen. Es hat weiters gefolgert, daß dem Asylwerber erforderlichenfalls eine Nachfrist von weiteren vier Tagen einzuräumen sei, so daß für die Stellung und Begründung des auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung gerichteten (und deshalb mit der Berufung gemäß § 6 Abs. 3 AsylG [neu] vergleichbaren) Eilantrags insgesamt eine Woche zur Verfügung stehen müsse.

Die Vorkehrungen des Entwurf bleiben hinter diesen Standards weit zurück. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst verkennt nicht, daß das in Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes grundlegende hohe Niveau des deutschen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nicht unbesehen auf die österreichische Verfassungsrechtslage übertragen werden darf. Gleichwohl erscheint es fraglich, ob die 48-Stunden-Frist des Entwurfs einer Überprüfung durch den Verfassungsgerichtshof standhielte.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

Zur Gliederung:

Die Einfügung von Paragraphenüberschriften würde das Gesetz leichter verständlich machen.

Zu § 2:

Nach Abs. 2 soll die "Flüchtlingseigenschaft" festgestellt werden. Flüchtling ist ein mehrdeutiger Begriff, dessen Konturen vom Gesetzgeber wegen Art. 18 B-VG nicht im Dunkeln gelassen werden dürfen. Eine Definition in § 1 wäre sinnvoll. Klärungsbedürftig ist des weitern, von welchen Bedingungen eine positive Feststellung der Flüchtlingseigenschaft im Rahmen von Asylerstreckungsanträgen abhängen soll (Flüchtlingseigenschaft des Erstreckungswerbers oder des Antragstellers gemäß § 3).

Zu § 3:

Nach der in Abs. 1 gewählten Formulierung bleibt ebenso wie nach den Erläuterungen unklar, ob es genügt, daß Verfolgung im Sinn der Konvention droht, oder ob diese Verfolgung auf einen der fünf in der Konvention aufgeführten Gründe zurückgehen muß.

- 60 -

Die in Abs. 2 in den Worten "völkerrechtlich dazu bereit erklärt hat" offenbar gelegene Ermächtigung bedürfte einer Determinierung (Art. 18 B-VG), die der Entwurfstext vermissen läßt.

Zu § 4:

Die Zuwartensermächtigung des Abs. 3 erster Satz ist entbehrlich (vgl. die Bemerkungen zu § 7a FrG).

Zu § 4b:

Aus der Sicht des Grundrechtsschutzes, aber auch des Legalitätsgrundsatzes ist zu begrüßen, daß der Entwurf bei Indizien auf eine Verfolgungsgefahr im Herkunftsstaat eine Abweisung des Antrags als offensichtlich unbegründet generell ausschließt, daß die einzelnen Tatbestände der offensichtlichen Unbegründetheit taxativen Charakter haben und daß sie im Vergleich zu den Regelungen anderer Staaten (vgl. zB § 30 des deutschen Asylverfahrensgesetzes, dBGBI 1993 I 1361, und Art. 16a des schweizerischen Asylgesetzes, SR 142.31) maßhaltend konzipiert sind.

Zu § 4c:

Ein Asylantrag beinhaltet von Gesetzes wegen zwei Begehren: Eines zielt auf Zuerkennung von Asyl, das zweite auf Feststellung der Flüchtlingseigenschaft. Im Hinblick darauf, daß es für die Zuerkennung von Asyl nicht genügt, Flüchtling im Sinn der Genfer Konvention zu sein, müssen sie mitunter gegensätzlich beschieden werden. Es ist daher nicht hinreichend klar, was unter einer "Abweisung des Asylantrages" zu verstehen ist.

Hingewiesen sei darauf, daß § 4c bei der Abweisung von Asylerstreckungsanträge nicht anwendbar ist.

Zu § 5:

Abs. 1 Z 3 stellt auf "den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen" ab und dürfte sich daher inhaltlich mit dem durch Art. 151 Abs. 9 B-VG aus der Rechtsordnung weitgehend eliminierten Begriff des "ordentlichen Wohnsitzes" decken. Im Hinblick darauf, daß eine Person mehrere ordentliche Wohnsitze haben kann, und im Lichte des § 1 Z 2, der Asylberechtigten ein dauerndes Einreiserecht gewährt, wird angeregt, die Bestimmung negativ zu formulieren und die Asylaberkennung daran zu knüpfen, daß die Fremden in Österreich keinen Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen (mehr) haben.

Aus Abs. 2 ergibt sich implizit, daß nach Asylaberkennung ohne weitere Prüfung auch jenen Personen die Flüchtlingseigenschaft abzusprechen ist, auf welche das Asyl erstreckt wurde. Dies erscheint in jenen Konstellationen überschießend, in welchen eine Person unter den Flüchtlingsbegriff der Konvention fällt, es aber im Hinblick auf anderweitige Verfolgungssicherheit oder aus anderen Gründen vorgezogen hat, über einen Erstreckungsantrag gemäß § 4 in den Genuß eines dauernden Aufenthaltsrechts zu kommen.

Das "aufenthaltsrechtliche Anschlußstück" zu Abs. 3 befindet sich nicht in § 11c (so die Erläuterungen), sondern in § 11e Abs. 5 FrG (neu).

Zu § 6:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht auf Grund der Textierung des Entwurfs davon aus, daß die Berufung gegen die Aberkennung der vorläufigen Aufenthaltsberechtigung aufschiebende Wirkung hat und daß daher der Aufenthalt des Asylwerbers im Bundesgebiet erst nach Rechtskraft der gemäß Abs. 4 binnen vier Tagen zu erlassenden Entscheidung rechtswidrig wird. Es nimmt weiters an, daß Asylwerber durch eine verspätete Entscheidung in ihren Rechten nicht berührt sind.

- 62 -

In Abs. 3 ist in der letzten Zeile ein Zitierfehler zu bereinigen (§ 4b statt 4c).

Statt dem "Aussehen" sollte das Erscheinungsbild der Bescheinigung mit Verordnung festgelegt werden.

Zu § 7:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst regt unter Hinweis auf Art. 1 Abs. 3 PersFrG 1988 an, im ersten Halbsatz des Abs. 1 letzter Satz das Wort "kann" durch "hat zu" zu ersetzen.

In Abs. 2 werden jene Fremden erfaßt, die "nach direkter Anreise aus dem Herkunftsstaat" in Österreich einen Asylantrag stellen wollen. Die Erläuterungen halten dazu fest, daß der Begriff "direkt" in Anlehnung an Art. 31 GFK dahingehend zu verstehen sei, daß "der Betroffene noch nicht verfolgungs- und refoulementsicher gewesen sein darf."

Der Entwurf setzt im Unterschied zu den Erläuterungen zum AsylG 1991 "direkt" mit "unmittelbar" nicht gleich. Es wird jedoch darauf hingewiesen, daß im Schrifttum zu Art. 31 GFK auch die Auffassung vertreten wird, daß selbst eine Durchreise durch sichere Staaten der Einreise in einen weiteren Staat nicht ihre Direktheit nimmt, sofern die Flucht erst im weiteren Staat ihr Ende findet. Um zu signalisieren, daß dieser Begriff in § 7 Abs. 2 AsylG (neu) dieselbe Bedeutung hat wie in Art. 31 Z 1 GFK, böte sich eine Verweisung in Klammern nach dem Muster des geltenden § 6 Abs. 1 AsylG an.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht davon aus, daß Art. 31 Z 1 GFK einer Bestrafung direkt eingereister Flüchtlinge wegen illegalen Grenzübertritts weiterhin entgegenstehen wird, obwohl der in § 6 Abs. 1 AsylG 1991

enthaltene, weitergehende Strafausschließungsgrund nach dem Entwurf nicht beibehalten werden soll. Es erlaubt sich den Hinweis, daß Österreich gemäß Art. 31 Z 2 GFK verpflichtet ist, direkt eingereisten Flüchtlingen "keine Bewegungsbeschränkungen aufzuerlegen, außer denen, die notwendig sind; solche Beschränkungen sollen nur so lange bestehen, bis der Stand des Flüchtlings geordnet oder bis er die Erlaubnis erhält, in ein anderes Land einzureisen. Die vertragsschließenden Staaten sollen solchen Flüchtlingen einen angemessenen Zeitraum zubilligen und alle nötigen Erleichterungen gewähren, damit sie die Einreisebewilligung in ein anderes Land erhalten".

Im Abs. 3 bleibt nach dem Entwurfstext offen, welche Behörde die Wahrscheinlichkeit der Asylgewährung beurteilt: Daß dies nur das Bundesasylamt sein kann (vgl. § 9 Abs. 3), geht aus der Systematik des § 7 nicht deutlich genug hervor (Abs. 2: "Bundesasylamt"; Abs. 3: "Behörde"; Abs. 4: "Grenzkontrollbehörde"). Eine Klärung ist umso dringlicher, als diese Konstellation, in der der an der Grenze um Schutz nachsuchenden Person die Einreise verweigert wird, in der Vollzugspraxis den Normalfall bilden dürfte. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst verkennt jedoch keineswegs, daß die zwingende Einbindung des Bundesasylamts gegenüber der derzeit geltenden Rechtslage einen Fortschritt bedeutet.

Zu § 8:

In Abs. 2 wäre der Halbsatz "fällt die Berechtigung zum Aufenthalt später weg, kann sie dann erteilt werden" durch eine adäquatere Formulierung zu ersetzen.

Zu § 9:

Auf die Einschaltung des Bundesasylamts sollte auch in Fällen von res iudicata nicht verzichtet werden.

- 64 -

Zu den Asylwerbern zählen Personen erst ab Einbringung ihres Antrags. Die Beschränkung der Zurückweisungsermächtigung in Abs. 4 ergibt deshalb keinen Sinn, weil an der Grenze ein Asylantrag gar nicht gestellt werden kann.

Auf die auch für Abs. 5 zweiter Satz relevanten Bemerkungen zu § 33 FrG sei hingewiesen.

Zu § 10:

Als Berufungsbehörde soll nach wie vor der Bundesminister für Inneres fungieren. Der Entwurf läßt § 10 Abs. 1 AsylG unverändert.

Nach Ziffer 8 der erwähnten EntschlieÙung über Mindestgarantien für Asylverfahren ist für den Fall eines ablehnenden Bescheides vorzusehen, daß Rechtsmittel bei einem Gericht oder einer Überprüfungsinstanz, die in voller Unabhängigkeit entscheidet, eingelegt werden können.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst verkennt nicht, daß die österreichische Delegation eine Erklärung für das Ratsprotokoll abgegeben hat, deren Z 2 zufolge die Befassung des Bundesministers für Inneren diesem Erfordernis gerecht wird. Die Tatsache, daß eine solche Erklärung nötig wurde, zeigt indessen, daß Zweifel an der wechselseitigen Unabhängigkeit der Behörden erster und zweiter Instanz nicht von der Hand zu weisen sind. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst regt daher an, die Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern mit der Entscheidung über Berufungen gegen Asylbescheide zu betrauen. Eine derartige Kompetenzzuweisung wäre nach Art. 129a Abs. 1 Z 3 B-VG durch Bundesgesetz zulässig; eine Zustimmung der Länder nach Art. 129a Abs. 2 zweiter Satz B-VG wäre nicht erforderlich.

Zu § 12:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht davon aus, daß der Sinn des zweiten Halbsatzes darin liegt, im Unterschied zu § 6 AVG, der den Behörden die Wahl zwischen Weiterleitung und Weiterverweisung beläßt, die Sicherheitsbehörden zum "Zuleiten" (mithin zu einer Weiterleitung auf Gefahr des Einschreiters nach § 6 AVG) zu verpflichten. Sollte hingegen keine Abweichung vom AVG intendiert sein, wäre der erwähnte Halbsatz als überflüssig zu streichen.

Die vorgesehene Möglichkeit, schriftliche Anträge in einer anderen als der deutschen Sprache zu stellen, steht in einem Spannungsverhältnis zu Art. 8 B-VG. Ob die ebenfalls vorgesehene amtswegige Übersetzung hieran etwas ändert, erscheint zweifelhaft.

Zu § 12a:

In Abs. 2 ist das Wort "im" zu streichen. Statt auf die Ratifikation sollte, wie hinsichtlich der Genfer Konvention geschehen, auf die Beachtung des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, BGBl. Nr. 591/1978, abgestellt werden.

In die Regelung des Abs. 4 sollte der Bescheid über die Aberkennung der vorläufige Aufenthaltsberechtigung einbezogen werden, um die Rechtmäßigkeit des weiteren Aufenthalts des Asylwerbers im Bundesgebiet im Zuge des durchzuführenden Verfahrens sicherzustellen.

Zu § 12b:

Die Feststellung des zuständigen Staates ist nach Abs. 1 zweiter Satz "mit dem Zurückweisungsbescheid" zu treffen. Sie hat darum jedenfalls "im Spruch" und nicht in der Begründung zu erfolgen. Ob es sich dabei freilich um einen

- 66 -

selbständig anfechtbaren Feststellungsbescheid handelt, der nicht den Regeln des § 19a folgt, bleibt offen.

Wer über die Berufung gegen die mit dem Bescheid verbundene, offensichtlich vom Bundesasylamt zu erlassende Ausweisung zu entscheiden hat (der Bundesminister als Asylbehörde zweiter Instanz? - die Sicherheitsdirektion?), sollte geklärt werden.

Zu § 13:

Jugendwohlfahrtsträger ist das Land. Das Verfahren wird mit Einbringung des Asylantrags beim Bundesasylamt eingeleitet, das seinen Sitz in Wien hat und über Außenstellen verfügt. Welcher Träger örtlich zuständig ist, ist daher nicht einfach zu bestimmen. Des weiteren bereitet die Suche nach dem nächstgelegenen Träger iSd § 71 Abs. 3 FrG, auf den im dritten Satz verwiesen wird, in jenen Bundesländern, die an mehrere Länder grenzen, erhebliche Schwierigkeiten.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst gibt zu bedenken, ob die letzten beiden Sätze des Abs. 2 nicht gestrichen und mit den Regelungen des bürgerlichen Rechts das Auslangen gefunden werden könnte.

Zu § 18:

Die vorgesehene Bestimmung verstößt gegen Art. 8 B-VG. Lediglich die Normierung der Beigabe einer Übersetzung erschiene zulässig. Eine solche sollte dann aber - wie in Ziffer 15 der mehrfach erwähnten EntschlieÙung über Mindestgarantien für Asylverfahren empfohlen - auch die Begründung der Antragsablehnung in einer dem Asylwerber verständlichen Sprache umfassen.

Zu § 27:

Die vom Entwurf vorgeschlagene Änderung des geltenden Textes ist weder notwendig noch zweckmäßig.

- 67 -

Inkrafttretensbestimmungen haben mit ihrem Inkrafttreten ihren Zweck erfüllt und werden in der Folge gegenstandslos. Ihre Novellierung ist daher funktionslos. Sollte die vorgesehene Neufassung auf der Absicht beruhen, einen Widerspruch zwischen dem geltenden Text und den anzufügenden Absätzen zu vermeiden, so ist dem entgegenzuhalten, daß ein solcher Widerspruch nicht bestünde: Dem geltenden Text kann nicht die Absicht unterstellt werden, auch das Inkrafttreten novellierter Bestimmungen regeln zu wollen.

Der geltende § 27 steht zur Gänze in Verfassungsrang und ist nicht in Absätze gegliedert. Die Novellierungsanordnung sollte folgendermaßen gefaßt werden:

"18. In § 27 wird nach der Paragraphenbezeichnung die Absatzbezeichnung "(1)" eingefügt."

In der Z 19 wäre sodann dem § 27 ein zweiter Absatz anzufügen.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst gibt weiters zu bedenken, daß ungeachtet der vorgeschlagenen Änderung des § 27 nach dem Entwurf der § 10 Abs. 1 Z 1 AsylG 1991 weiterhin als Verfassungsbestimmung bestehen bleibt, obwohl sein Verfassungsrang seit dem Inkrafttreten der B-VG-Novelle BGBl. Nr. 565/1991 entbehrlich geworden ist. Wenn schon eine Verfassungsbestimmung im im Entwurf vorliegenden Bundesgesetz enthalten ist, so sollte die Gelegenheit benützt werden, den überflüssig gewordenen Verfassungsrang des § 10 Abs. 1 Z 1 zu beseitigen.

VII. Zu Art. VI (Bundesbetreuungsgesetz)

Zu § 7:

In Abs. 1 Z 1 sollten wie in Z 2 statt der Wiederholung "von Asylwerbern" die Worte "von ihnen" verwendet werden.

- 68 -

VIII. Zu Art. V (Familiennachzug für ansässige Fremde)

Die Z 1 sollte zur Gänze neu formuliert werden.

Die Maßgeblichkeit des in Z 2 normierten Stichtags kann selbstverständlich nicht bedeuten, daß eine Trennung während der Neujahrsfeiertage die Möglichkeit zum Familiennachzug zum Erlöschen bringt. Um dies klarer zu machen, könnte davon gesprochen werden, daß Erstaufenthaltsbewilligungen "zur Fortsetzung eines im Jahre 1996 bestehenden Familienlebens" erteilt werden können.

Das in Z 5 normierte Erfordernis der Beibringung einer Bestätigung des Arbeitsmarktservice über die Zweckänderung dürfte eine Bindung an den Akt einer anderen Behörde bewirken, die die Rechtsschutzmöglichkeiten der Partei beschränkt und daher verfassungsrechtlich problematisch ist (vgl. VfGH 12. 10. 1995, G 65/95 u.a., sowie Thienel, Verwaltungsakt).

Die sachliche Erforderlichkeit der in den Z 6 und 7 verfügten Schlechterstellung der 6- bis 10jährigen sollte in den Erläuterungen begründet werden.

IX. Zu Art. VI (Übergangsbestimmungen)

Auf das oben unter III. zur Problematik freistehender Novellenartikel Gesagte ist zu verweisen.

X. Aus datenschutzrechtlicher Sicht

1. Der gegenständliche Entwurf normiert verschiedentlich im weiteren Sinn als Amtshilfe zu begreifende behördliche Pflichten, andere Behörden von einem Sachverhalt zu informieren (§§ 7a Abs. 4, 27 Abs. 2 letzter Halbsatz, 37 Abs. 7 FrG; § 3 Abs. 1 zweiter Satz AufG; § 9 Abs. 7

des Asylgesetzes 1991, jeweils idF des Entwurfs). Diese ausdrücklichen gesetzlichen Verpflichtungen betreffen zwar im Regelfalle schutzwürdige personenbezogene Daten, gehen jedoch auf Grund des erkennbaren Zweckes und der vergleichsweise präzisen Umschreibung sowohl der erfaßten Daten wie des Empfängers nicht über das gemäß § 1 Abs. 2 DSG iVm Art. 8 Abs. 2 EMRK zulässige Ausmaß der Beschränkung des Geheimhaltungsanspruches hinaus und scheinen daher insoweit unbedenklich zu sein.

2. Zu § 3 des Aufenthaltsgesetzes 1996
(Aufenthaltsregister):

Bereits das derzeit geltende Aufenthaltsgesetz, BGBl.Nr. 466/1992, sieht - worauf auch in den Erläuterungen (Seite 46) kurz bezug genommen wird - die Verpflichtung des Bundesministers für Inneres zur Führung eines entsprechenden Registers vor (§ 9 leg.cit.). Entgegen diesem bisherigen Gesetzestext fehlt nunmehr das Wort "automationsunterstützt" im vorliegenden Entwurf, woraus wohl zu schließen wäre, daß künftig das Register nicht mehr automationsunterstützt geführt werden darf.

Abgesehen von der mangelnden Praktikabilität einer solchen Anordnung bedeutete dies aber auch, daß jedenfalls bis zur Umsetzung der Datenschutzrichtlinie den Betroffenen in bezug auf dieses Register keiner der spezifisch datenschutzrechtlichen Rechtsbehelfe (Ansprüche auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung) zur Verfügung stünde, sondern nur der auf Auskunft nach dem Auskunftspflichtgesetz, BGBl.Nr. 287/1987, (vgl. Perthold/Stoitzner, Die Auskunftspflicht der Verwaltungsorgane, 76). Da dies eine unbefriedigende Situation wäre, wird empfohlen, in den gegenständlichen Entwurf in bezug auf das Aufenthaltsregister ausdrücklich Rechte auf Auskunft, Richtigstellung und auf Löschung aufzunehmen (etwa in der Art des § 63 SPG, wobei zur Durchsetzung dieser behördlichen Pflichten dem Betroffenen

- 70 -

auch ein wirksamer Rechtsschutz - zweckmäßigerweise die Beschwerde an die Datenschutzkommission gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 DSG - einzuräumen wäre), sofern nicht überhaupt die automationsunterstützte Führung des Registers ausdrücklich angeordnet wird. Die automationsunterstützte Führung eines umfangreichen Registers mit sensiblen personenbezogenen Daten bedarf nach dem vom Datenschutzrat regelmäßig eingemahnten Standard jedenfalls einer ausdrücklichen gesetzlichen Verankerung.

3. § 14 Abs. 3 Asylgesetz 1996 (erkennungsdienstliche Behandlung):

Die Erläuterungen lassen jeden Hinweis darauf vermissen, warum eine erkenntnisdienliche Behandlung iSd § 64 Abs. 3 SPG bzw. eine Personensfeststellung iSd § 64 Abs. 5 SPG im gegenständlichen Zusammenhang erforderlich sein sollen. Darüberhinaus wird - entgegen den Erläuterungen - durch den Verweis lediglich auf einzelne Bestimmungen des SPG das Verhältnis der erkenntnisdienlichen Behandlung einschließlich der Personensfeststellung nach dem Aufenthaltsgesetz 1996 zu den nach dem Sicherheitspolizeigesetz vorgenommenen gleichnamigen Handlungen nicht deutlich:

Wenn tatsächlich auf die gemäß § 14 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes 1996 ermittelten Daten jene Bestimmungen des 3. Hauptstückes des 4. Teils des SPG, auf welche in § 14 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes 1996 nicht ausdrücklich verwiesen wird, keine Anwendung finden sollen, so bedeutete dies zwar einerseits, daß die gemäß § 14 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes 1996 ermittelten Daten nicht in den erkenntnisdienlichen Evidenzen gemäß den §§ 70, 75 SPG aufscheinen. Andererseits aber fehlten damit in bezug auf die nach § 14 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes 1996 ermittelten Daten auch die in den §§ 64 bis 79 SPG enthaltenen

- 71 -

besonderen datenschutzrechtlichen Regelungen betreffend insbesondere Grenzen der Zulässigkeit der Übermittlung und Pflicht zur Löschung. Die (durch den Nichtverweis auf § 80 SPG wohl gegebene) Anwendbarkeit der §§ 11 und 12 DSG vermag diesen Mangel schon deshalb nicht auszugleichen, weil die Bestimmungen des 4. Teils des SPG gemäß § 51 Abs. 3 - anders als Art. 2 DSG - auch für das nicht automationsunterstützte "Verwenden" personenbezogener Daten gelten.

Sofern auf § 14 Abs. 3 nicht überhaupt verzichtet werden kann, wäre daher jedenfalls der adäquaten Ausgestaltung des formellen Rechtsschutzes der Betroffenen entsprechendes Augenmerk zu widmen.

4. Juni 1996
Für den Bundeskanzler:
OKRESEK

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

