

**BUNDESMINISTERIUM FÜR AUSWÄRTIGE ANGELEGENHEITEN
VÖLKERRECHTSBÜRO**

Federal Ministry for Foreign Affairs
Ministère Fédéral des Affaires Etrangères
A-1014 Wien, Minoritenplatz 8
Tel.: 0501150-0, FAX: 0501159-212

E - M A I L

GZ: BMAA-AT.8.15.02/0084-I.2c/2005

Datum: 19. April 2005

Seiten: 10

An: BMI – bmi-III-1@bmi.gv.at
- begutachtung@bmi.gv.at
cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Von: LR Dr. Michael Postl

SB: Mag. Lux, Mag. Kadlec, Dr. Pech, Mag. Kronsteiner,
Dr. Loidl

DW: 3391

BETREFF: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz erlassen wird sowie das Fremdenengesetz 1997, das Gebührengesetz 1957, das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und das Kinderbetreuungsgeldgesetz geändert werden; Stellungnahme des BMAA

Zu do. GZ 76.201/1426-III/1/c/05
vom 23. März 2005

Das Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten gibt zum oz. Gesetzesentwurf die nachfolgende Stellungnahme ab und ersucht um eine **gemeinsame Besprechung** der darin enthaltenen Anregungen:

Allgemeines:

Das Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten hält fest, dass die Berufsvertretungsbehörden (BVB) weder am 1. 1. 2006 noch zu einem späteren Zeitpunkt in einer Weise ausgestattet sein werden, um mehr biometrische Daten zur Verfügung zu stellen als im Visumverfahren geboten ist.

Die Diskussion auf europäischer Ebene zielt darauf ab, gemeinsame Visastellen bzw. Biometrieerfassungsstellen zu errichten bzw. diese Aufgaben ganz oder teilweise – möglicherweise auch an Dritte - auszulagern.

Das Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten geht davon aus, dass dies auch den Intentionen des ggstl. Entwurfs entspricht bzw. mit diesem vereinbar ist. Sollte ein Mehr an biometrischen Daten erwartet werden, als im Visumverfahren ermittelt wird, wird darauf hingewiesen, dass dies aus der Sicht des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten mit finanziellen Belastungen für den Bundeshaushalt verbunden wäre, die weder abschätzbar noch vertretbar wären und keinesfalls aus dem laufenden Budget des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten gedeckt werden können.

Wären die BVB bisher nicht ermächtigt/verpflichtet, im Aufenthaltsverfahren negative Entscheidungen zu treffen, sondern in diesem auf die reine Abwicklung beschränkt (Entgegennahme des Antrages, grobe Sichtung, allenfalls Aufforderung zur Behebung offensichtlicher Mängel), käme den BVB – nach der Konzeption des vorliegenden Entwurfs – eine neue Rolle zu. Neben der Annahme der Anträge wäre in eigenständiger Verantwortung für die Vollständigkeit der Anträge Sorge zu tragen und gegebenenfalls eine Entscheidung in der Sache (Zurückweisung des Antrags) mit allen verfahrensrechtlichen Konsequenzen zu treffen.

Das Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten regt daher dringend an, in § 21 Abs. 2 nicht eine förmliche Zurückweisung (in Bescheidform) vorzusehen, sondern (ähnlich wie in § 22 Abs. 3) die Gegenstandslosigkeit des Antrages nach fruchtloser Aufforderung zur Verbesserung zu normieren.

Auch wäre das Verfahren jedenfalls so zu gestalten, dass dieses zu keinem unverhältnismäßigen Mehraufwand führt, zumal ein solcher aufgrund der gegebenen Personalsituation und –struktur des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten nicht verkräftbar und damit die Umsetzung des Entwurfs nicht möglich wäre. U. a. sollte dem Antragsteller aufgetragen werden, das Antragsformular in doppelter Ausfertigung vorzulegen. Weiters sollte eine klare Festlegung getroffen werden, dass dem Antragsteller – nach Genehmigung des Antrags durch die zuständige Aufenthaltsbehörde - die Einreise ausschließlich mit einem Aufenthaltsvisum der Kategorie „D“ ermöglicht wird. Jede andere Vorgangsweise (z.B.: Visum „D + C“) wäre insofern problematisch, als zusätzlich

zum bestehenden Verfahren ein aufwendiges zweites Verfahren zu führen wäre, das dem vollen Regime des SDÜ unterliegt. Dies könnte, neben der erwähnten Doppelbelastung, dazu führen, dass entgegen der Anweisung der Aufenthaltsbehörde kein Visum erteilt werden kann, da im Rahmen der ggf. vorgeschriebenen Schengenkonsultation sich etwa ein Schengenpartner dagegen ausgesprochen hat.

Die genannten Vorkehrungen sollten es jedoch ermöglichen, dass der zu erwartende Mehraufwand an den BVB - ganz allgemein ist zu befürchten, dass schon durch die mögliche Dauer des Erteilungsverfahrens bei den zuständigen Aufenthaltsbehörden die BVB durch Interventionen verstärkt belastet werden - kompensiert werden kann.

Gemäß

- Art. 20 der RL 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung,
- Art. 26 der RL 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen,
- Art. 40 Abs. 1 der RL 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten,
- Art. 17 der RL 2004/81/EG über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren sowie
- Art. 22 der RL 2004/114/EG über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst

hätte anlässlich der Umsetzung dieser Richtlinien durch die Mitgliedstaaten in der umsetzenden Rechtsvorschrift eine Bezugnahme auf die jeweilige Richtlinie zu erfolgen. Diesbezüglich darf auf das EU-Addendum zu den Legistischen Richtlinien 1990 des BKA-VD RZ 37 (Umsetzungshinweis) verwiesen werden.

In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass die in den Erläuterungen angedeutete Umsetzung der Richtlinien RL 2004/81/EG sowie RL

2004/114/EG durch den Entwurf nur äußerst bruchstückhaft und unvollständig erfolgt. Die entsprechenden Umsetzungsfristen sind respektive der 6. 8. 2006 sowie 12. 1. 2007.

Zu § 1:

Im Sinne einer einheitlichen Bezeichnung sollte § 1 Abs. 2 Pkt. 2 wie folgt lauten:

"2. nach § 98 des Fremdenpolizeigesetzes 2005 (FPG), BGBl. I Nr. XXX/2005, über einen Lichtbildausweis verfügen und"

Zu § 2 Abs. 1:

Der Tatsache, dass Schweizer Staatsbürger mittlerweile EWR-Bürgern gleichgestellt sind, wird nur zum Teil Rechnung getragen. Obgleich die §§ 51 Abs. 4, 53 Abs. 2 sowie 61 des Entwurfs die Anwendbarkeit eines Großteils der Regelungen in den relevanten Bereichen auch für Schweizer Bürger vorsehen, knüpfen vereinzelt an anderer Stelle vorgesehene Erleichterungen an die Eigenschaft als Unions- und EWR-Bürger an (so z.B. hinsichtlich des Mindestalters von Ehegatte gem. § 2 Abs. 1 Z 9 oder der Möglichkeit zur Inlandsantragsstellung gem. § 20 Abs. 2 Z 3). Die Ausdehnung derartiger Erleichterungen auf Schweizer Bürger wird angeregt.

In Z 14 wird das Recht auf Freizügigkeit als gemeinschaftsrechtliches Recht eines EWR-Bürgers definiert, obwohl in Folge in § 61 von Schweizer Bürgern die Rede ist, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben. Es wird angeregt, diesen Widerspruch zwischen der Definition des Begriffs und seiner Anwendung zu beseitigen.

Z 16 definiert die Vertretungsbehörden sehr allgemein und könnte missverständlich interpretiert auch Österreichische Vertretungen ohne konsularische Aufgaben als Behörden i.S. des Entwurfs umfassen. Weiters nimmt der Entwurf oft allgemein auf „Behörden“ Bezug, wobei nicht klar ist, ob damit alle im Verfahren beteiligten Behörden (also auch die BVB) gemeint sind oder sich dieser Begriff, aufgrund der expliziten Erwähnung, hier nur auf Inlandsbehörden bezieht.

Es erscheint zweckmäßig, dass die vorgesehenen Anträge nur an solchen österreichischen BVB gestellt werden können, die mit konsularischen Aufgaben

betrachtet sind und nicht z.B. an österreichischen Vertretungen bei Internationalen Organisationen. Es wird daher folgende Formulierung vorgeschlagen: „...berufsmäßige mit konsularischen Aufgaben betraute österreichische Berufsvertretungsbehörde im Ausland...“

Zu § 5 Abs. 2:

§ 5 Abs. 2 sollte insofern erweitert werden, als auch Dritte und nicht nur Behörden i.e.S. zur Vornahme von Amtshandlungen ermächtigt sind.

Zu § 7 Abs. 2:

§ 7 Abs. 2 wäre ersatzlos zu streichen, da die Vertretungsbehörden nur in ihrem eigenen Wirkungsbereich, der nur zu einem geringen Teil von Relevanz im ggstl. Verfahren ist, eine Sachverständigentätigkeit ausüben können. Sollte jedoch hier auf das Sachverständigenwissen von Spezialattachés (Migrations- oder Polizeiattachés bzw. Dokumentenexperten) abgestellt werden, so wäre eine entsprechende Formulierung zu verwenden, da es problematisch erscheint, dass die BVB für Sachverständigengutachten ressortfremder Experten herangezogen werden kann bzw. die Verantwortung zu übernehmen hat.

Zu § 10:

In den Erläuterungen zu § 10 müsste es richtigerweise lauten: „... womit sie die Inhaber der Aufenthaltsbewilligung oder der Dokumentation zugleich ihr Recht auf Niederlassung verlieren“.

Zu § 21 Abs. 2:

Bei der Ablehnung durch die BVB bei Nichterfüllung eines Verbesserungsauftrages wäre klarzustellen, in welcher Weise ein solcher Antrag zurückgewiesen wird (sh. auch die entsprechenden Ausführungen unter „Allgemeines“.)

Zu § 21 Abs. 3:

Diesbezüglich wird auf die entsprechenden Ausführungen unter „Allgemeines“ verwiesen.

Zu § 22 Abs. 2:

Die Art des Visums sollte spezifiziert werden. Nach Auffassung des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten kann es sich dabei nur um ein Aufenthaltsvisum „D“ handeln (sh. auch die entsprechenden Ausführungen unter „Allgemeines“.)

Zu § 26:

Art. 1 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK (BGBl. Nr. 628/1988) lautet:

„1. Ein Ausländer, der seinen rechtmäßigen Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Staates hat, darf aus diesem nur auf Grund einer rechtmäßig ergangenen Entscheidung ausgewiesen werden; ihm muss gestattet werden,

- a) Gründe vorzubringen, die gegen seine Ausweisung sprechen,
- b) seinen Fall prüfen zu lassen und
- c) sich zu diesem Zweck vor der zuständigen Behörde oder vor einer oder mehreren von dieser Behörde bestimmten Personen vertreten zu lassen.

2. Ein Ausländer kann vor Ausübung der im Abs. 1 lit. a, b und c genannten Rechte ausgewiesen werden, wenn die Ausweisung im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist oder aus Gründen der nationalen Sicherheit erfolgt.“

Der letzte Satz in § 26 Abs. 1 erscheint bedenklich, da es keine Entscheidung gibt, die dementsprechend auch keiner Prüfung i.S. des Art. 1 Abs. 1 lit. b des oz. Protokolls zugeführt werden kann. Insbesondere fehlt dadurch auch die Gelegenheit, eine mögliche Verletzung von Art. 8 EMRK (Achtung des Familienlebens) zu berücksichtigen. Es wird daher dringend angeraten, auch bei Familienangehörigen mit abgeleitetem Niederlassungsrecht über den Verlust des Niederlassungsrechtes mit Bescheid zu entscheiden. Weiters wird empfohlen, den § 30 Abs. 1 Z 2 und 3 nachgebildete Kautelen einzufügen oder diese beiden Ziffern für anwendbar zu erklären.

Zu § 27:

Gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c RL 2003/109/EG ist ein Drittstaatsangehöriger nicht mehr berechtigt, die Rechtsstellung eines langfristigen Aufenthaltsberechtigten zu behalten, „wenn er sich während eines Zeitraums von 12 aufeinander folgenden Monaten nicht im Gebiet der Gemeinschaft aufgehalten hat“. Dieser Regelung soll durch § 27 Abs. 4 des Entwurfs Rechnung getragen werden. Auch wenn aus den Erläuterungen hervorgeht, dass für den Verlust des Aufenthaltstitels die durchgehende Abwesenheit über 12 Monate hinweg erforderlich ist, wäre es im Sinne einer klaren und eindeutigen Formulierung des Gesetzestextes wünschenswert, den Ausdruck „länger als zwölf aufeinander folgende Monate“ aufzunehmen.

Zu § 30:

Im Lichte des oben zu § 26 angeführten Art. 1 Protokoll Nr. 7 zur EMRK wird davon ausgegangen, dass der Entzug des Aufenthaltstitels gem. § 30 Abs. 1 des Entwurfs mittels Bescheid erfolgt.

Es wird angeregt, Abs. 3 in folgender Weise umzuformulieren, um besser Text und Sinn von Art. 8 Abs. 2 EMRK zu reflektieren: „... wenn dies zur Wahrung der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Interessen dringend geboten ist.“

Zu § 31 Abs. 2:

Zwar regelt der Entwurf, dass der Antragsteller selbst die Kosten für DNA-Tests zu tragen hat, ob diese jedoch bereits von der BVB oder aber erst von der Inlandsbehörde angeordnet werden können, ist nicht klar ersichtlich. Nach dem Verständnis des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten ist unter „Behörde“ jedenfalls die Inlandsbehörde zu verstehen, zumal eine Vertretungsbehörde nicht initiativ einen DNA-Test fordern wird.

Zu § 37 Abs. 1:

Diesbezüglich wird auf die entsprechenden Ausführungen unter „Allgemeines“ verwiesen.

Zu §§ 45 bis 51 sowie §§ 60 bis 75:

Durch die wiederholte Verwendung der Formulierung „kann“ eine Aufenthaltsbewilligung „erteilt“ bzw. „verlängert werden“ im Entwurf sowie den Erläuterungen entsteht der Eindruck, dass der zuständigen Behörde bei Vorliegen aller Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung dennoch ein (wohl nicht vorhandener) Ermessensspielraum zustünde. Eine entsprechende Klarstellung wird angeregt.

Zu § 52:

Insbesondere sieht auch die Regelung von § 52 des Entwurfs durch Verwendung des Ausdruckes „kann“ nur die Möglichkeit der Erteilung einer langfristigen Aufenthaltsbewilligung vor. Wie in den Erläuterungen zu § 52 jedoch richtig dargestellt, legt RL 2003/109/EG unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht der Mitgliedstaaten fest, Drittstaatsangehörigen die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zu erteilen (Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie). Der Entwurf kommt seinem Wortlaut zur Folge der europarechtlichen Vorgabe daher nicht nach. Es wird angeregt, die Formulierung von § 52 dahingehend abzuändern, dass die Verpflichtung zur Erteilung des Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EG“ auch aus dem Wortlaut klar zum Ausdruck kommt.

Zu § 54:

Unter dem Titel „Gemeinsame Bestimmungen“ werden in § 54 des Entwurfs offenbar zwei unterschiedliche Bereiche geregelt. Einerseits wird in Abs. 1 eine Konkretisierung im Hinblick auf ursprünglich asylberechtigte Fremde getroffen, andererseits legen die Abs. 2 bis 4 gemeinsame Bestimmungen fest, die im Einklang mit Art. 4 RL 2003/109/EG jedoch für alle Drittstaatsangehörige im Sinne von § 52 des Entwurfs zu gelten haben.

Es wird daher angeregt, den in diesem Zusammenhang unrichtigen Hinweis auf den ursprünglich asylberechtigten Drittstaatsangehörigen sowie die in Abs. 1 genannte Fünfjahresfrist (d.h. jene für ursprünglich Asylberechtigte) in den Erläuterungen zu §

54 Abs. 2 zu entfernen, da dieser Absatz als gemeinsame Bestimmung für alle Drittstaatsangehörigen im Sinne von § 52 des Entwurfs zu verstehen ist.

Zudem wird im Sinne der Klarheit der Regelung angeregt, die Fünfjahresfrist in den Abs. 2 bis 4 als „Fünfjahresfrist gem. § 52“ zu bezeichnen. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass sich die in Art. 4 Abs. 2 der oz. Richtlinie enthaltene Regelung hinsichtlich bestimmter Aufenthaltszeiten, die in die Fünfjahresfrist nicht einzurechnen sind, im gesamten Entwurf nicht wieder findet und der entsprechende Verweis in den Erläuterungen zu § 54 Abs. 2 daher nicht zutreffend ist. Es wird angeregt, eine entsprechende Ausnahmeregelung aufzunehmen, da diese wohl als einzuhaltender Mindeststandard zu gelten und Auswirkungen auf den Aufenthalt im gesamten Gebiet der Mitgliedstaaten hat.

Zu § 55:

Den von Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38/EG vorgesehenen Fällen, in denen davon ausgegangen werden kann, dass die Erwerbstätigkeitseigenschaft eines Unionsbürgers (als Voraussetzung für sein Niederlassungsrecht wie auch in § 55 Z 1 des Entwurfs geregelt) fortbesteht, wird keine Rechnung getragen. Eine diesbezügliche Ergänzung wird angeregt.

Zu den §§ 55 bis 60:

Es ist grundsätzlich begrüßenswert, dass der Entwurf die in Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38/EG vorgesehene Möglichkeit von Erleichterungen für die Niederlassung eines erweiterten Kreises begünstigter Angehöriger nutzt. Durch § 56 Z 4 und 5 werden derartige Angehörige, wenn sie selbst EWR-Bürger sind, zur Niederlassung berechtigt und lediglich der Anmeldepflicht von § 57 unterworfen. Eine gleichwertige Erleichterung für dieselben Kategorien von Angehörigen, die allerdings Drittstaatsangehörige sind, ist in § 58 jedoch nicht zu finden. Vielmehr steht in diesen Fällen dem erweiterten Angehörigenkreis lediglich die Möglichkeit einer quotenfreien und auf zwölf Monate befristeten „Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit“, wobei jedenfalls auch eine Haftungserklärung des EWR-Bürgers vorausgesetzt wird, oder einer quotenpflichtigen „Niederlassungsbewilligung – beschränkt“ zu.

Den Erläuterungen zu § 58 ist insoweit nicht zuzustimmen, als die Ausweitung des Kreises der begünstigten Angehörigen durch Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38/EG vorgegeben ist und lediglich die gewährten Erleichterungen nach Maßgabe der innerstaatlichen Rechtsvorschriften erfolgen können. Trotz dieses den Mitgliedstaaten eingeräumten Handlungsspielraumes stellt sich jedoch die Frage, ob die oben dargestellte Ungleichbehandlung von EWR- und Nicht-EWR-Bürgern in den §§ 58 bis 60 insbesondere im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 lit. a der Richtlinie, der Erleichterungen für jeden „nicht unter die Definition von Art. 2 Z 2 der Richtlinie fallenden Familienangehörigen ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit“ vorsieht, zulässig ist.

Für die Bundesministerin:
i.V. M. POSTL m.p.