



# **STELLUNGNAHME**

## **der DIAKONIE Österreich**

**zum**

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

Wien, den 23.12.2008

**Vorbemerkung:**

Der Entwurf ist nur geeignet einen kleinen Teil der bestehenden Bleiberechtsproblematik zu lösen. Zwar wird ein rechtsstaatliches Verfahren zur Erteilung eines Aufenthaltstitels aus Gründen des Art. 8 Menschenrechtskonvention eingeräumt, doch wird der Großteil der Anträge an bei weitem zu rigorosen Ausschlusskriterien scheitern, die ihrerseits wiederum nicht mit der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Einklang zu bringen sind. Es wird zwar vordergründig ein rechtsstaatliches Verfahren errichtet, gleichzeitig aber dafür Sorge getragen, dass möglichst wenige Betroffene daran partizipieren können.

Geht man von der Annahme aus, dass der eigentliche Sinn der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen in der Sanierung von Fällen in denen Menschen ohne Aufenthaltsrecht ihr Dasein in Österreich fristen, gelegen ist, muss der beabsichtigte aufenthaltsrechtslose Zustand während des Verfahrens als äußerst kontraproduktiv bezeichnet werden.

Es müsste doch, im Sinne eines geregelten Fremdenwesens im Interesse der Republik gelegen sein, möglichst viele irregulär Aufhältige zur Antragstellung zu bewegen.

Die Konstruktion eines absoluten Erteilungshindernisses ist aus menschenrechtlicher Sicht bedenklich, entspricht nicht der Judikatur des EGMR und läuft dem Ansinnen der Sanierung von Langzeitfällen ohne geregelten Aufenthalt zuwider. Durch das Festhalten an diesem restriktiven Ausschlussgrund ist vorhersehbar, dass ein Großteil der eigentlich durch die Gesetzesänderung zu erfassenden Altfälle abermals keiner aufenthaltsrechtlichen Sanierung zugeführt werden und damit weiterhin zahlreiche Fälle mit rechtlichem Anspruch nach Art. 8 EMRK unerfasst bleiben. Gerade gegen Opfer von Menschenhandel oder familiärer Gewalt wird aufgrund ihres irregulären Aufenthaltes oftmals zuerst ein Aufenthaltsverbot erlassen, bevor sie überhaupt als „Opfer“ erkannt werden. Gleiches gilt wohl auch für Opfer familiärer Gewalt.

Die Diakonie Österreich empfiehlt daher dringend ein rechtsstaatliches Verfahren zu installieren, das für alle AntragstellerInnen ohne Hindernisse zugänglich ist.

## **Artikel 1**

### Änderungen im Asylgesetz 2005

#### **Zu § 10 Abs 2 Z 2**

Es ist fraglich ob eine Auflistung der durch die Judikatur dargestellten Kriterien in einem Gesetzestext sinnvoll ist. Sollten dadurch die Rechtsanwender zur Einhaltung von ohnehin bindender Judikatur ermahnt werden, wäre es wohl geeigneter dies in entsprechenden Schulungen, bzw. durch geeignete behördeninterne Rundschreiben zu tun.

Zudem ist zu befürchten, dass durch die Aufzählung die permanente Weiterentwicklung der Judikatur nicht entsprechen berücksichtigt werden könnte. Sollten die Behörden die aufgezählten Punkte im Ausschlussverfahren prüfen, wird dies zwangsläufig zu falschen Entscheidungen führen, da es sich bei den angeführten Punkten lediglich um Indizien zur Feststellung der Schutzwürdigkeit handelt, die keinesfalls ausschließlich anzuwenden sind.

So wird sich ein Asylwerber seines unsicheren Aufenthaltsstatus durchaus bewusst sein. Dauert sein Asylverfahren aber über viele Jahre an, kann ihm aus menschenrechtlicher Betrachtung wohl schwerlich die Gründung einer Familie untersagt werden. Menschen werden also trotz Bewusstseins einer Aufenthaltsunsicherheit nicht ihr Familienleben über mehrere Jahre aussetzen können und in letzter Konsequenz dennoch im Schutzzumfang des Art. 8 EMRK Berücksichtigung finden müssen.

#### **Zu § 10 Abs. 5**

Positiv ist zu bemerken, dass über die Unzulässigkeit der Ausweisung begründet abzusprechen ist. Die Erfahrung aus der Praxis zeigt nämlich, dass in den bisherigen Verfahren die Prüfung dieses Tatbestandes zumeist nur eine äußerst untergeordnete Rolle gespielt hat.

Problematisch erscheint jedoch hier die Anwendung des unbestimmten Gesetzesbegriffes „auf Dauer unzulässig“.

Dies wird abermals zu großen Anwendungsunterschieden je nach erkennender Behörde führen. Wenn etwa davon auszugehen ist, dass sich ein Sachverhalt in ca.

zehn Jahren ändern könnte, wird der Zeitraum bis zu diesem Zeitpunkt für den einen vielleicht vorübergehend sein, der andere hält ihn jedoch für dauerhaft.

Da die Entscheidung der Behörde immer nur die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung berücksichtigen kann, keinesfalls aber alle Eventualitäten für die Zukunft, ist fraglich, ob überhaupt darüber abgesprochen werden kann, dass eine Ausweisung „auf Dauer“ unzulässig ist.

Diese Bestimmung findet sich gleich lautend auch im vorgeschlagenen § 66 Abs. 3 FPG. Antragstellern nach diesem Gesetz steht bei rechtskräftiger ab- oder zurückweisender Entscheidung die Möglichkeit der Beschwerde z.B aufgrund von Verfahrensmängeln an den Verwaltungsgerichtshof offen, jenen deren Anträge im Asylverfahren geprüft werden jedoch nicht mehr. Dadurch könnte eine nicht nachvollziehbare Ungleichbehandlung von Fremden untereinander in ein und derselben Gesetzesmaterie entstehen.

## **Artikel 2**

Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005

### **Zu § 21 Abs. 9**

Diese relativ unbürokratische Lösung im Krankheitsfall wird begrüßt, es ist jedoch dringend angeregt auch Angehörige in diese Regelung mit einzubeziehen.

### **Zu § 66 Abs 2 und 3**

Siehe Ausführungen zu Artikel 1

## **Artikel 3**

Änderungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes

### **Zu § 3 Abs 1**

Die zwingende Befassung des Landeshauptmannes in der Frage der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung aufgrund Art. 8 EMRK wird ausdrücklich begrüßt.

### **Zu § 3 Abs 2**

Diese etwas unelegante Einflussmöglichkeit, die sich die Oberbehörde im Falle ansonsten in Rechtskraft erwachsender positiver Entscheidungen, hier gesichert hat und die im Vergleich mit anderen Gesetzesmaterien im Verwaltungsrecht eher unüblich ist, wäre zu Gunsten einer unabhängigen erstinstanzlichen Bundesverwaltungsbehörde vermeidbar gewesen.

Die vorgeschlagene Regelung lässt hingegen Zweifel an der notwendigen Trennung der beiden Instanzen aufkommen und es ist fraglich ob hier das Recht auf den gesetzlichen Richter noch ausreichend zu Tragen kommt.

Zudem scheint fraglich ob die nötige Rechtssicherheit der Entscheidungen der 1. Instanz durch die vorgeschlagene Regelung noch geboten wäre.

Durch die Einrichtung einer unabhängigen Bundesverwaltungsbehörde könnte auch dem Innenminister Parteienstellung im zweitinstanzlichen Verfahren eingeräumt werden und stünde diesem die Möglichkeit der Amtsbeschwerde offen.

### **Zu § 11 Abs. 3**

Die Konstruktion eines absoluten Erteilungshindernisses ist aus menschenrechtlicher Sicht bedenklich, entspricht nicht der Judikatur des EGMR und läuft dem Ansinnen der Sanierung von Langzeitfällen ohne geregelten Aufenthalt zuwider. Durch das Festhalten an diesem restriktiven Ausschlussgrund ist vorhersehbar, dass ein Großteil der eigentlich durch die Gesetzesänderung zu erfassenden Altfälle abermals keiner aufenthaltsrechtlichen Sanierung zugeführt werden und damit weiterhin zahlreiche Fälle mit rechtlichem Anspruch nach Art. 8 EMRK unerfasst bleiben.

Von einer Antragstellung ausgeschlossen sind damit praktisch alle Personen mit einem Aufenthaltsverbot, ganz gleich aus welchem Grund dieses ausgesprochen wurde. Bis zu 1.1.2006 wurde praktisch jedem Asylwerber der über die Ostgrenze eingereist ist, ein Aufenthaltsverbot (meist wegen Mittellosigkeit) erteilt, dessen Durchsetzung durch das Asylverfahren lediglich gehemmt war.

Diese Gruppe ist somit nach Abschluss ihres Asylverfahrens generell nicht nur von der Erteilung, sondern auch von der Antragstellung ausgenommen.

Generell stellt jedes Aufenthaltsverbot, auch wenn es etwa wegen wiederholten Verwaltungsübertretungen erlassen wurde, einen Versagungsgrund dar. Es kann

sich aber auch um eine längst getilgte Bagatell-Straftat handeln und das Aufenthaltverbot ist immer noch aufrecht.

In diesem Lichte erscheint es geradezu unverständlich, dass auch Aufenthaltsverbote anderer EWR Staaten als absoluter Versagungsgrund gelten sollten, da die Verhängungsbedingungen aus österreichischer Sicht noch weniger nachvollziehbar oder ersichtlich sind, als jene der österreichischen Verwaltungspraxis vor Jänner 2006.

Beim absoluten Erteilungsverbot gem. § 11 Abs. 1 Z. 4 ist, bei Vorliegen der sonstigen Erteilungserfordernisse und sonstigem untadeligen Lebenswandel, aus Sicht der Diakonie unbedingt das Verhältnismäßigkeitsprinzip anzuwenden.

### **Zu § 19 Abs. 8 bis 10**

Die Einrichtung einer Antragstellung zur Heilung von Verfahrensmängeln wird als überfällig begrüßt.

Im Dunkeln bleibt warum eine solche Heilung nur in taxativ aufgezählten Fällen per Antrag möglich sein sollte.

### **Zu § 21 Abs. 3**

Auch hier ist das Festhalten an absoluten Hinderungsgründen (§ 11 Abs. 1 Z. 1,2,4 NAG) unverständlich und nicht in Einklang mit der Judikatur zu Art. 8 EMRK zu bringen.

### **Zu § 24**

Ein Grund für die Neugestaltung dieser Regelung ist nicht ersichtlich und würde bei deren Umsetzung neben einer unnötigen weiter Verkomplizierung des Verfahrens auch weitere Schlechterstellungen für Niedergelassene mit sich bringen.

### **Zu § 43 Abs 2**

Es ist ausdrücklich zu begrüßen, dass im Falle des Vorliegens von Gründen nach Art.8 EMRK bei gleichzeitiger Erfüllung der Integrationsvereinbarung ein unbeschränkter Aufenthaltstitel zu erteilen **ist**.

Zu den Erteilungshindernissen siehe Anmerkungen zu § 11 Abs. 3.

### **Zu § 44 Abs 3**

Es ist ausdrücklich zu begrüßen, dass im Falle des Vorliegens von Gründen nach Art. 8 EMRK ein beschränkter Aufenthaltstitel zu erteilen **ist**.

Zu den Erteilungshindernissen siehe Anmerkungen zu § 11 Abs. 3.

#### **Zu § 44 Abs 4 Z.1**

Die Wahl des Stichtags 1.1.2003, die in den Erläuterungen mit der Einschränkung der Zuwanderung auf Schlüsselarbeitskräfte begründet wird, ist eher als eine politisch gewollte Verlängerung der Aufenthaltsdauer auf mindestens 6 Jahre, bevor ein Antrag beim Landeshauptmann eingebracht werden kann, zu sehen als eine zweckmäßige Stichtagregelung. Überzeugender als Stichtag wäre jedenfalls der Aufenthalt ab 1.5.2004, ab dem bei Abweisung des Asylantrags auch über die Ausweisung abzusprechen ist. Tritt die Gesetzesnovelle wie vorgesehen ab 1. April 2009 in Kraft, liegt jedenfalls ein bereits fünfjähriger Aufenthalt vor, ein Zeitraum, bei dem von einer Aufenthaltsverfestigung auszugehen ist und nach dem Drittstaatsangehörigen eine Reihe von Rechten eingeräumt wird.

#### **Zu § 44 Abs 4 Z.2**

Nach dem vorliegenden Entwurf kann der Landeshauptmann einen Beirat einrichten, muss aber nicht und kann eine „Niederlassung beschränkt“ nur dann erteilen, wenn ein Beirat eingerichtet ist.

Richtet ein Landeshauptmann keinen Beirat ein, kann ein Betroffener in dessen Bundesland auch keine „Niederlassungsbewilligung beschränkt“ gem. § 44 Abs.4 auf Antrag bekommen und selbst eine vorliegende Patenschaft könnte dies nicht erwirken.

Es sollten doch für alle Betroffenen in allen Bundesländern die gleichen Voraussetzungen geschaffen werden, ansonsten die Gefahr bestünde, dass es zu einer verfassungsrechtlich verpönten Ungleichbehandlung von Fremden untereinander kommen könnte.

Es wird daher vorgeschlagen, dass der Beirat einzurichten **ist**.

Die Zusammensetzung des Beirats und die Entscheidung durch einfache Mehrheit gibt den Behördenvertretern in jedem Fall ein Vetorecht. Neben 2 VertreterInnen von humanitären und kirchlichen Einrichtungen setzt sich dieser aus je einem Vertreter des Landeshauptmann, der Sicherheitsdirektion und der Wohnsitzgemeinde des Fremden zusammen, im Fall der Stimmgleichheit ist die Stimme des

Landesvertreter und zugleich Vorsitzenden entscheidend. Selbst in dem Fall, wo beide humanitären Organisationen sich für das Aufenthaltsrecht aussprechen und eine private Patenschaftserklärung vorliegt, ist eine positive Entscheidung nicht möglich.

Fraglich ist, ob VertreterInnen humanitären und kirchlichen Einrichtungen in ihrer Funktion als Beiratsmitglied eine Amtsverschwiegenheit auferlegt werden kann und wieweit die Beratungen im Beirat in die Begründung der Entscheidung einfließen.

Doch selbst nach positiven Ausgang der Beratungen im Beirat kann der Landeshauptmann de facto ohne Zustimmung des Innenministers (siehe Anmerkungen zu § 3 Abs. 2 NAG) keine Niederlassungsbewilligung erteilen.

#### **Zu § 44a**

Grundsätzlich positiv ist zu bewerten, dass nun endlich bei Vorliegen von Gründen nach Art. 8 EMRK die Niederlassungsbehörde eine Niederlassungsbewilligung zu erteilen hat.

Zur Verwendung des unbestimmten Gesetzesbegriffes wird auf die Ausführungen zu § 10 Abs. 5 AsylG verwiesen.

#### **Zu § 44b Abs.1**

Die hier vorgeschlagene Bestimmung dient offensichtlich vor allem dazu negative Prozessvoraussetzungen zu schaffen um das zuvor verliehene Antragsrecht ins Gegenteil zu verkehren. Hiernach kann ein Antrag einfach zurückgewiesen werden, wenn die Behörde keine neuen Anhaltspunkte nach Art. 8 EMRK erkennen kann. Damit können die Behörden den Einstieg in eine inhaltliche Prüfung des Antrages vermeiden und der Betroffene erleidet ein Rechtsschutzdefizit da er nur gegen eine Zurückweisungsentscheidung (de facto wegen res iudicata) berufen kann und eine inhaltliche Prüfung des Antrages gar nicht vorgesehen ist.

Zudem wurde offensichtlich übersehen, dass zwar seit 1.5.2004 im Asylverfahren eine Ausweisung vorgesehen ist, man jedoch bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 17.3.2005 von einer Ausweisung sui generis ausgegangen war, wonach keine Prüfung der Gründe nach Art.8 EMRK vorgesehen gewesen wäre.



D.h. in Fällen, die in diesem Zeitraum entschieden wurden, konnten und können durchaus Gründe gem. Art. 8 EMRK einer Ausweisung entgegenstehen, eine diesbezüglich Prüfung fand jedoch weder durch die Asylbehörden noch durch die (unzuständige) Fremdenpolizeibehörden statt und ist nach dem vorliegenden Entwurf auch einer neuerlichen Prüfung, sollte es sich nicht um neue Gründe handeln, nicht zugänglich.

Zwar findet sich im Vorblatt des Entwurfes der Hinweis, dass Zurückweisungsentscheidungen lediglich auf Fälle nach dem Fremdenrechtspaket 2005 anzuwenden sind, doch kann diese Absicht dem vorliegenden Gesetzesentwurf nicht eindeutig entnommen werden.

Die Diakonie Österreich empfiehlt daher dringend auf die Bestimmung des § 44b Abs. 1 zu verzichten. Dies vor allem deshalb, weil eine kongruente Regelung von „Bleiberechtsfällen“ wohl nur durch eine eingehende inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Antragsbegehren und nicht durch Antragsvermeidungs- bzw. Zurückweisungskaskaden erfolgen kann.

Anträge zu behandeln und inhaltlich zu entscheiden bietet doch keinerlei Präjudiz über den Ausgang eines Verfahrens.

### **Zu § 44b Abs. 2**

Die vorgeschlagene Bestimmung ist, insbesondere in Zusammenschau mit dem Verweis auf §25 Abs. 2 NAG und § 44b Abs.1 Z.2 widersprüchlich und unverständlich.

Es bleibt im Dunkeln was hier tatsächlich geregelt werden soll: Gibt es nun die Möglichkeit der Prüfung nach Art. 8 EMRK auch nach dieser Bestimmung, so ist unklar warum nach Rechtskraft der möglicherweise zu erlassenden Ausweisungsentscheidung das Verfahren eingestellt werden soll, wo ja eine Rechtskraft zu diesem Zeitpunkt im Falle der Erhebung eines Rechtsmittels gegen die etwaig pro futuro zu erlassende Ausweisungsentscheidung gar nicht vorliegen kann.

Grundsätzlich wird die Einstellungsabsicht als bedenklich erachtet, da in diesem Fall kein effektives Rechtsmittel (Art. 13 EMRK) möglich ist.

### **Zu § 44b Abs. 3**

Geht man von der Annahme aus, dass der eigentliche Sinn der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen in der Sanierung von Fällen in denen Menschen ohne Aufenthaltsrecht ihr Dasein in Österreich fristen, gelegen ist, muss der beabsichtigte aufenthaltsrechtslose Zustand während des Verfahrens als äußerst kontraproduktiv bezeichnet werden.

Es müsste doch, im Sinne eines geregelten Fremdenwesens im Interesse der Republik gelegen sein, möglichst viele irregulär Aufhältige zur Antragstellung zu bewegen.

Schafft man hier keine aufenthaltsrechtliche Überbrückung, ist damit zu rechnen, dass nur wenige sich, gerade im Hinblick auf die umfangreichen Meldepflichten der Asyl- und Niederlassungsbehörden an die Fremdenbehörden, getrauen werden überhaupt einen Antrag zu stellen.

#### **Zu § 44b Abs. 4**

Die vorgeschlagene Sonderregelung des Abs 4 erscheint im Hinblick auf die klare Regelung des § 68 AVG obsolet und redundant.

#### **Zu §69a**

Auch bei dieser grundsätzlich begrüßenswerten, wenn auch überfälligen, Bestimmung gelten die absoluten Versagungsgründe des Rückkehr- u. Aufenthaltsverbotes. Gerade gegen Opfer von Menschenhandel oder familiärer Gewalt wird aufgrund ihres illegalen Aufenthaltes oftmals zuerst ein Aufenthaltsverbot erlassen, bevor sie überhaupt als „Opfer“ erkannt werden. Gleiches gilt wohl auch für Opfer familiärer Gewalt. Siehe insbesondere hier Anmerkungen zu § 11 Abs. 3 NAG

Um das Wort "humanitär" zu vermeiden, wird ein Begriff vorgeschlagen, der stigmatisierend wirkt. Die Aufenthaltsbewilligung wird explizit als Aufenthaltsbilligung „Opfer“ betitelt, die jedem Dritten gegenüber (Arbeitgeber etc.) sofort und offensichtlich ersichtlich ist. Das führt zu einer Viktimisierung des entsprechenden Adressatenkreises.

Positiv hervorzuheben ist, dass eine solche Aufenthaltsberechtigung auf Antrag oder von Amts wegen auszustellen ist und nunmehr auch Opfer familiärer Gewalt ein Aufenthaltsrecht erhalten.

Opfern eines bewaffneten Konflikts wird durch den Entwurf zwar eine gewisse Aufenthaltssicherheit gegenüber der derzeitigen Ermessensentscheidung gegeben, indem vorerst ein geduldeter und zu bescheinigender Aufenthalt zu gewähren ist. Die Umwandlung dieser Duldung in ein Aufenthaltsrecht ist jedoch erst aufgrund einer Verordnung der Bundesregierung möglich. Der Richtlinie der EU über vorübergehenden Schutz im Falle einer Massenflucht wird mit dieser Vorgangsweise nicht entsprochen, da ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist und beispielsweise auch nicht erkennbar ist, wie das Recht auf Familienzusammenführung wahrgenommen werden soll.

#### **Artikel 4**

##### **Zu §2**

Höchst problematisch ist die Grundbedingung einer **Patenschaft** (neben anderen kumulativ aufgezählten Voraussetzungen) für diese Fälle. Konkret wird eine staatliche humanitäre Aufgabe privatisiert, d.h. auf Private oder private Organisationen (NGOs) delegiert. Versäumnisse des Staates, wie die noch immer viel zu lange dauernden Asylverfahren, sollen auf Kosten von Privaten ausgeräumt werden (Kostenübernahme von mindestens 5 Jahren!). Damit wird hier ein „Gnadenrecht“ durch ein anderes ersetzt. Der Entwurf schreibt dezidiert vor, dass keine Mittel der öffentlichen Hand dafür zur Verfügung gestellt werden. Es besteht die dringende Gefahr, dass diese Patenschaften, abgesehen von dem hohen finanziellen Aufwand, Abhängigkeiten nicht unproblematischer Art zwischen PatengeberInnen und EmpfängerInnen schaffen werden. In einem Rechtsstaat muss dies auch schon im Ansatz dringend vermieden werden: Es geht um Rechtsstaatlichkeit, nicht um privates Wohlwollen, noch dazu um den Preis potenzieller Abhängigkeit. Es besteht etwa die Gefahr der Ausbeutung von Frauen durch männliche „Paten“. Andererseits könnte für Unternehmer die Möglichkeit bzw. Versuchung entstehen, durch die Übernahme von Patenschaften billige Arbeitskräfte illegal zu beschäftigen und ebenfalls auszubeuten.