

VOLKSANWALTSCHAFT



An das  
Bundesministerium für Inneres  
Sektion III  
bmi-III-1@bmi.gv.at

Die Vorsitzende

Sachbearbeiter/-in:  
Mag. Martina Cerny

Geschäftszahl:  
6100/16-V/1/08

Datum:  
9. Januar 2009

**Betr.:** 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

Stellungnahme der Volksanwaltschaft  
zu GZ BMI-LR1310/0015-III/1/c/2008

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Volksanwaltschaft nimmt zum übermittelten Entwurf wie folgt Stellung:

Zunächst darf angemerkt werden, dass die Begutachtungsfrist sehr kurz bemessen ist. Angesichts des Umstandes, dass der Verfassungsgerichtshof Ende Juni 2008 jene Bestimmungen im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), die festlegen, dass ein Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen nur von Amts wegen vergeben werden kann, für verfassungswidrig erklärt und eine Reparaturfrist bis 31. März 2009 aufgetragen hat, ist nicht nachvollziehbar, warum eine derartig kurze (durch die Weihnachtsfeiertage noch zusätzlich zeitlich eingeschränkte) Begutachtungsfrist vorgesehen wurde.

Inhaltlich sind aus Sicht der Volksanwaltschaft folgende Punkte anzumerken:

1. Wie aus den erläuternden Bemerkungen mehrmals hervorgeht, handelt es sich bei der geplanten Novelle des Asylgesetzes 2005, des Fremdenpolizeigesetzes 2005 (FPG) und des NAG in Bezug auf die vom Verfassungsgerichtshof in den Erkenntnissen B 1150/07 und B 328/07 aufgezeigten Kriterien um keine Änderung, sondern lediglich um eine Präzisierung der

bestehenden Rechtslage. Damit soll – wie medial bereits angekündigt – nicht ein neues Verfahren einschließlich eines Instanzenzuges geschaffen werden, sondern bereits im Zuge der Prüfung der Zulässigkeit einer Ausweisung die vom VfGH aufgezeigten Kriterien verstärkt einfließen.

Ob damit den Intentionen des Verfassungsgerichtshofes, der in seinen Entscheidungen G 246, 247/07 u.a. die Vergabe von Aufenthaltstiteln aus humanitären Gründen nur von Amts wegen als verfassungswidrig erkannte, Rechnung getragen wird, ist fraglich. Tatsächlich würde die mit dem Fremdenengesetz 1997 damals in § 10 Abs. 4 geschaffene und in das NAG übernommene zusätzliche Möglichkeit der Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels abgeschafft.

Aus den bisherigen Erfahrungen der Volksanwaltschaft und der in diesem Zusammenhang bestehenden Judikatur der Höchstgerichte ergibt sich, dass die Behörden die Prüfung des Art. 8 EMRK im Zusammenhang mit Ausweisungen teilweise nicht genau, gelegentlich sogar nur sehr cursorisch vorgenommen haben. Ob eine Verbesserung des Vollzuges durch die Aufnahme der Kriterien in das Asylgesetz 2005, in das FPG und in das NAG erreicht werden kann, oder die Vollzugsbehörden erneut eher formalistische Betrachtungsweisen heranziehen, bleibt abzuwarten.

2. Aus Sicht der Volksanwaltschaft ist jedenfalls positiv anzumerken, dass die Nichtzulässigkeit einer Ausweisung sowohl nach dem Asylgesetz 2005 als auch nach dem FPG automatisch die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach sich zieht. Dies stellt eine wesentliche Verbesserung der bestehenden Rechtslage dar, da Personen, die – etwa auf Grund höchstgerichtlicher Entscheidungen – bisher nicht ausgewiesen werden durften, keinen Anspruch darauf hatten, dass ihnen Aufenthaltstitel erteilt werden.

3. Entsprechend der vorgesehenen Konzeption soll der Landeshauptmann/die Landeshauptfrau in den Fällen einer Niederlassungsbewilligung – unbeschränkt gem. § 43 Abs. 2 NAG, einer Niederlassungsbewilligung – beschränkt gem. § 44 Abs. 3 und 4 NAG sowie einer Aufenthaltsbewilligung „Opfer“ gemäß § 69a NAG die Entscheidungen immer selbst treffen und keine Ermächtigung der Bezirksverwaltungsbehörden vornehmen können. Der/die Bundesminister/in für Inneres behält sich jedoch in § 3 Abs. 2 NAG vor, Bescheide der Landeshauptleute in bestimmten Fällen für nichtig zu erklären.

Die Nichtigkeitserklärung soll offenbar – entgegen den erläuternden Bemerkungen – nicht nur zur Vereinheitlichung des Vollzuges dienen, sondern ein Eingriffsrecht des Bundesministers/der Bundesministerin für Inneres sichern. Tatsächlich dürfte beabsichtigt sein, die Entscheidungsbefugnis über die Erteilung „humanitärer“ Aufenthaltstitel, also über alle positiven

Entscheidungen, nicht ausschließlich in die Hände der Landeshauptleute zu legen. Aus Sicht der Volksanwaltschaft ist die Schaffung eines zusätzlichen Nichtigkeitsgrundes – über die Bescheidauflösungsgründe des § 68 AVG hinaus – entbehrlich.

Neben der Kompetenz des Bundesministers/der Bundesministerin für Inneres zur Nichtigkeitsklärung sieht der beabsichtigte § 75 Abs. 1 NAG auch eine erhöhte Berichtspflicht der Landeshauptleute an den/die Bundesminister/in für Inneres vor. Im Fall des § 44 Abs. 4 NAG soll sogar die beabsichtigte Erteilung einer Niederlassungsbewilligung – beschränkt berichtet werden. Dies bedeutet, dass der Landeshauptmann/die Landeshauptfrau auch bei Vorliegen einer positiven Empfehlung des von ihm/ihr (möglicherweise) eingerichteten Beirates nochmals an den/die Bundesminister/in für Inneres herantreten muss. Der Entwurf sieht zwar keine Verpflichtung vor, die Zustimmung des Bundesministers/der Bundesministerin für Inneres einzuholen, dieser/diese kann aber jederzeit auf Grund des bestehenden Aufsichtsrechtes in ein derartiges Verfahren eingreifen und Vorgaben über die weitere Vorgangsweise geben. Ganz offensichtlich soll auf diese Weise (weiterhin) ein Eingriffsrecht des Bundesministers/der Bundesministerin für Inneres gesichert werden.

4. Der vorgelegte Entwurf beinhaltet auch eine Änderung des § 24 NAG. Nach bestehender Rechtslage gelten Verlängerungsanträge für Aufenthaltstitel dann als rechtzeitig eingebracht, wenn sie spätestens sechs Monate nach dem Ende der Gültigkeitsdauer des letzten Aufenthaltstitels gestellt wurden. Dies hat den Vorteil, dass auch verspätete Anträge als Verlängerungsanträge gelten und somit eine Antragstellung vom Ausland aus nicht erforderlich ist.

Aus Sicht der Volksanwaltschaft besteht keine Notwendigkeit, von der derzeitigen Rechtslage abzugehen. Der Entwurf sieht nämlich in § 24 Abs. 2 NAG vor, dass Anträge, die nach Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels gestellt werden, nur dann als Verlängerungsanträge gelten, wenn eine rechtzeitige Antragsstellung durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis nicht möglich war und der Antrag binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses gestellt wurde. Es wurden somit die Wiedereinsetzungsgründe des § 71 Abs. 1 Z 1 AVG übernommen.

Der Volksanwaltschaft ist aus den Erfahrungen insbesondere der 1990er Jahre und des damals geltenden Aufenthaltsgesetzes bekannt, dass eine Bestimmung, wonach Verlängerungsanträge strikt nur vor Ablauf der Geltungsdauer eingebracht werden können, problematisch ist. Ein fehlender Toleranzzeitraum in der damaligen Bestimmung des § 6 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz führte dazu, dass in Österreich bereits länger lebende und integrierte Personen, die lediglich die

rechtzeitige Antragstellung – wenn auch nur um wenige Tage – versäumten, zur Ausreise aus Österreich und Antragstellung von einer im benachbarten Ausland liegenden österreichischen Vertretungsbehörde gezwungen waren. Eine solche Vorgangsweise lässt die geltende Rechtslage nicht mehr zu, die Betroffenen müssten vielmehr in den Herkunftsstaat zurückreisen, um von dort die Anträge einzubringen.

In den §§ 19 und 21 NAG sieht der Entwurf zwar vor, dass die Heilung von Verfahrensmängeln bzw. die Antragstellung vom Inland aus zugelassen werden kann, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Dabei handelt es sich allerdings wiederum nur um eine Ermessensbestimmung (arg. „kann“), die keinen Rechtsanspruch beispielsweise auf die Zulassung der Inlandsantragsstellung bei Versäumung der Frist enthält. Die beabsichtigte Änderung des § 24 NAG hinsichtlich der Rechtzeitigkeit von Verlängerungsanträgen bedeutet daher aus Sicht der Volksanwaltschaft eine Verschlechterung für die Position der Betroffenen und bringt wieder die Gefahr von Härtefällen mit sich. Die geltende Rechtslage sollte beibehalten werden.

5. Wie eingangs erwähnt, ist der Grundsatz, dass bei Unzulässigkeit einer Ausweisung ein Aufenthaltstitel zu erteilen ist, zu begrüßen. Wenn allerdings derartige Aufenthaltstitel beantragt werden, könnte es aus folgenden Gründen zu Verfahrensverzögerungen kommen:

In jenen Fällen, in denen ein Aufenthaltstitel gemäß den beabsichtigten §§ 43 Abs. 2 und 44 Abs. 3 NAG beantragt wurde, ist gemäß § 44b Abs. 2 NAG die Sicherheitsdirektion zu verständigen, wobei bis zum Einlangen der Auskunft der Sicherheitsdirektion die Frist gemäß § 73 Abs. 1 AVG gehemmt ist. Nach den Erfahrungen der Volksanwaltschaft lässt eine solche Vorgangsweise befürchten, dass die Sicherheitsdirektionen unabsehbar lange für ihre Ermittlungen benötigen und so die Aufenthaltstitelverfahren erheblich verzögert werden könnten. Es wäre daher sinnvoll, den Sicherheitsdirektionen beispielsweise eine Frist von drei Monaten – ähnlich wie im bestehenden § 37 Abs. 4 NAG - zu setzen, innerhalb derer sie ihre Stellungnahme gegenüber der Aufenthaltsbehörde abgeben müssen. Bei Nichteinhaltung dieser Frist sollte die gesetzliche Fiktion eintreten, dass keine fremdenpolizeilichen Bedenken bestehen.

6. Eine Niederlassungsbewilligung – beschränkt gemäß dem beabsichtigten § 44 Abs. 4 NAG kann nur erteilt werden, wenn die Landeshauptleute von ihrer Verordnungsmöglichkeit zur Einrichtung eines Beirates Gebrauch machen. Gerade mit dieser Bestimmung sollen offenbar jene „Altfälle“ gelöst werden, die ein „Bleiberecht“ erhalten sollen. Dieses „Bleiberecht“ wird aber zunächst davon abhängig gemacht, ob die Landeshauptleute von der vorgesehenen Verordnungsmöglichkeit überhaupt Gebrauch machen. In der Folge sollen sich noch Personen

finden, die eine Patenschaftserklärung mit mindestens fünfjähriger Dauer abgeben (§ 2 des beabsichtigten Bundesgesetzes über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses). Erst bei einer positiven Empfehlung des Beirates, an die die Landeshauptleute naturgemäß nicht gebunden sind, wäre eine Niederlassungsbewilligung – beschränkt zu erteilen. Davor ist noch dem/der Bundesminister/in zu berichten (siehe dazu obige kritische Anmerkungen unter Pkt. 3).

Die Gewährung eines „Bleiberechts“ erscheint aus Sicht der Volksanwaltschaft von zu vielen – von den Betroffenen nicht beeinflussbaren – Faktoren abhängig zu sein, wobei vor allem zu kritisieren ist, dass eine Anwendbarkeit überhaupt nur dann in Frage kommt, wenn der Landeshauptmann/die Landeshauptfrau von seiner/ihrer Verordnungsermächtigung Gebrauch machen will. Wenn nicht alle Landeshauptleute entsprechende Verordnungen erlassen, wären Betroffene gezwungen, von Bundesland zu Bundesland zu ziehen, um überhaupt die Chance auf ein „Bleiberecht“ zu haben. Das beabsichtigte Gesetz über einen Beirat des Landeshauptmannes zur Beratung in Fällen besonderen Interesses sollte daher in § 1 festlegen, dass die Landeshauptleute Beiräte einzurichten haben. Die Verordnungsermächtigung könnte gänzlich entfallen und durch eine gesetzliche Verpflichtung ersetzt werden.

Das Vorliegen einer Patenschaftserklärung ist eine Voraussetzung, die aus Sicht der Volksanwaltschaft nur sehr schwer erfüllbar sein wird. Immerhin muss sich eine Person, eine Firma oder ein Verein bereit erklären, für fünf Jahre entweder eine Art Ausfallhaftung für sämtliche Lebensunterhaltskosten einschließlich Unterkunft und Krankenversicherungsschutz zu übernehmen oder bei aktuellem Fehlen der Mittel, einer Unterkunft oder des Krankenversicherungsschutzes diese Leistungen sofort zur Verfügung zu stellen. Dazu bedarf es eines Notariatsaktes, der schon bei Abgabe der Patenschaftserklärung zu erheblichen Kosten führt. Außerdem handelt es sich bei der beabsichtigten Bestimmung des § 44 Abs. 4 NAG wiederum nur um ein „Gnadenrecht“, da eine solche Niederlassungsbewilligung nur von Amts wegen erteilt werden kann. Der Verfassungsgerichtshof hat ein solches „Gnadenrecht“ in seinen Entscheidungen G 246, 247/07 u.a. zwar nur in Bezug auf Art. 8 EMRK – diese Fälle sind mit den beabsichtigten §§ 43 Abs. 2 und 44 Abs. 3 NAG nun abgedeckt – kritisiert, schon aus rechtsstaatlichen Überlegungen wäre aus Sicht der Volksanwaltschaft aber auch die Möglichkeit einer Antragstellung angebracht.

7. Auf Grund des Ergebnisses eines Prüfungsverfahrens, in dem die Volksanwaltschaft auch eine Empfehlung vom 2. Dezember 2008 ausgesprochen hat, wird zusätzlich folgende legislative Änderung angeregt:

Gemäß der bestehenden Rechtslage des § 23 Abs. 2 NAG prüft die zuständige Inlandsbehörde, ob ein Aufenthaltstitel zu erteilen ist. Wird dem Antrag des Fremden, der sich im Ausland befindet, stattgegeben, so hat die Behörde die örtlich zuständige Berufsvertretungsbehörde mit der Ausstellung eines Visums (§ 21 FPG) für die einmalige Einreise zu beauftragen, soweit der Fremde dies zur Einreise benötigt.

Im Zuge des erwähnten Beschwerdefalles stellte sich heraus, dass die Vertretungsbehörde trotz Beauftragung durch die Inlandsbehörde die Möglichkeit hat, die Ausstellung eines Einreisetitels zu verweigern. Sie ist nämlich berechtigt, gemäß § 21 FPG das Vorliegen allfälliger Sichtvermerksversagungsgründe zu überprüfen.

Trotzdem aus den erläuternden Bemerkungen zu § 23 Abs. 2 NAG hervorgeht, dass es sich lediglich um Zweckmäßigungs- und Sicherheitsüberlegungen betreffend Verschicken der als Identitätsdokument geltenden Aufenthaltskarte handelt, hat sich an Hand dieses Falles herausgestellt, dass die Vertretungsbehörde vor Ort quasi als „weitere Überprüfungsinstanz“ nach der Inlandsbehörde tätig werden kann. Dies erscheint der Volksanwaltschaft weder zweckmäßig noch rechtsstaatlich begründbar.

Die Inlandsbehörde hat nämlich bereits ein aufwändiges Ermittlungsverfahren vor Ort durchgeführt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Aufenthaltstitel zu erteilen ist. Die Vertretungsbehörde führt weder ein solches umfangreiches Ermittlungsverfahren durch, noch hat sie gleichwertige personelle und organisatorische Möglichkeiten. Im Ergebnis kann sie aber dennoch die Aushändigung eines im Inland bereitliegenden Aufenthaltstitels – zumindest für eine gewisse Zeitspanne – verhindern. Der/die Betroffene kann zwar gemäß § 11 Abs. 5 FPG einen Devolutionsantrag an den/die Bundesminister/in für Inneres für den Fall der Unterlassung einer Entscheidung erheben, der im Inland aufliegende Aufenthaltstitel kann jedoch gemäß § 23 Abs. 3 NAG bereits gegenstandslos geworden sein.

Die Volksanwaltschaft regt daher an, dass § 23 Abs. 2 NAG dahingehend abgeändert wird, dass die Berufsvertretungsbehörde dem Fremden ohne Weiteres ein Visum zur Einreise zu erteilen hat, sofern sie von der Inlandsbehörde dazu beauftragt wird. Ein eigenes Verfahren gemäß §§ 11 und 21 FPG ist nicht (mehr) durchzuführen.

Die Vorsitzende:

Volksanwältin Dr. Gertrude BRINEK e.h.

