

# Umsetzung der RL 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familien- zusammenführung in Österreich

Die RL 2003/86/EG (ABI EG L 251/12 vom 3. 10. 2003) regelt die Bedingungen für die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung durch Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig im Gebiet der Mitgliedstaaten aufhalten. Die Umsetzung der RL, welche durch das Europäische Parlament in (gerade auch für Österreich) wesentlichen Punkten angefochten wurde (Rechtssache C-540/03, 2004/C 47/35, ABI C 47, 21. 2. 2004, 21 f), hat bis 3. 10. 2005 zu erfolgen. Die RL enthält nur wenige verbindliche Mindestnormen; die zahlreichen Optionen haben die Mitgliedstaaten jedoch im Sinne der doppelten Bindung entsprechend den europäischen und nationalen Menschenrechtsstandards wahrzunehmen.<sup>1)</sup> Vor diesem Hintergrund wird untersucht, inwiefern die geltende österreichische Rechtslage den Anforderungen der RL entspricht.

Julia Maria Ecker

## I. Allgemeines

Bei der Umsetzung von Richtlinien hat Österreich sowohl auf die Wahrung der Gemeinschaftsgrundrechte als auch die Einhaltung nationaler Grundrechte Bedacht zu nehmen. Für die Umsetzung der RL 2003/86/EG, die den Mitgliedstaaten eine Reihe von Optionen bei der Regelung des Familiennachzugs einräumt, bedeutet dies insbesondere, dass diese Optionen im Sinne der *doppelten Bindung* so wahrgenommen werden müssen, dass durch die innerstaatliche Regelung den Grundrechten, allen voran Art 8 EMRK, Rechnung getragen wird. In Art 3 Abs 4 und 5 der RL wird festgehalten, dass günstigere Bestimmungen des nationalen sowie Europa- und Völkerrechts unberührt bleiben, jedoch steht es den Mitgliedstaaten nicht frei, unter Hinweis auf die Günstigkeitsklausel von eindeutigen Richtlinienvorgaben abzuweichen.<sup>2)</sup>

Im Fall der Familienzusammenführungsrichtlinie tritt als Besonderheit bei der Umsetzung die *Nichtigkeitsklage* des Europäischen Parlaments hinzu.<sup>3)</sup> Mit dem Ausgang des Verfahrens vor dem EuGH steht und fällt die Zulässigkeit des österreichischen Quotensystems, auch die Einschränkung des Kernfamilienkonzepts insbesondere durch Art 4 Abs 6 der RL steht auf dem Prüfstand. Sollte der EuGH zugunsten der Wahrung des Rechts auf Familienleben die angefochtenen Bestimmungen aufheben, so würde dies gravierende Änderungen der österreichischen Rechtslage erforderlich machen; so müsste ggf vom Quotensystem abgegangen werden bzw die Beschränkung des Familiennachzugs von über 15-Jährigen aufgehoben werden.<sup>4)</sup>

## II. Probleme bei der Umsetzung und Anpassungsbedarf

Die Umsetzung der RL 2003/86/EG hat bis 3. 10. 2005 zu erfolgen. Obwohl die Richtlinie in den vier Jahren zwischen Erstentwurf und Annahme der österreichischen Rechtslage erheblich angenähert wurde, bleiben Fragen zur Umsetzung in Österreich.

### A. Anwendungsbereich

Gem Art 3 findet die RL Anwendung, wenn der Zusammenführende im Besitz eines von einem Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitels mit mindestens einjähriger Gültigkeit ist, begründete Aussicht darauf hat, ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht zu erlangen und seine Familienangehörigen Drittstaatsangehörige sind.

Nach dem FrG 1997 besteht auch die Möglichkeit des Familiennachzugs zu Inhabern einer „Aufenthalts-erlaubnis mit Niederlassungsabsicht“ (§§ 90 Abs 3a iVm 7 Abs 4 Z 1–3, AE „Rotationskraft“, „Ausbildung“).<sup>5)</sup> Fraglich ist, ob eine solche Aufenthaltser-

1) Vgl Ecker, Die Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, migralex 3/2004, 70 ff.

2) Vgl Hailbronner, Die Richtlinie zur Familienzusammenführung, FamRZ 1/2005, 3.

3) Vgl dazu Ecker, siehe FN 1, 73, III.B.

4) Vgl dazu unten II.

5) Der Begriff „(Erst)Aufenthalts-erlaubnis mit Niederlassungsabsicht“, welcher lediglich in § 90 Abs 3a FrG iZm der Regelung der sachlichen Zuständigkeit für Erstaufenthalts-erlaubnisse gem § 7 Abs 4 Z 1–3 FrG verwendet wird, zeugt von der Absicht des Gesetzgebers, Differenzierungen auch innerhalb der Gruppe (grundsätzlich) vorübergehend niedergelassener Personen vorzunehmen.

laubnis nach dem Konzept der Richtlinie einen Aufenthaltstitel darstellt, der dem Fremden „begründete Aussicht auf ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht“ verschafft.<sup>6)</sup> Ausgehend von den Erläuterungen zu Art 3 im dritten Richtlinien-Entwurf,<sup>7)</sup> in denen demonstrativ Praktikanten und Au-Pairs als nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasste Personen aufgezählt werden, dürfte diese mE wohl auch den Familiennachzug mit Aufenthaltserlaubnis erfassen. Dies ist insofern relevant, als somit auch diesen Familienangehörigen, denen eine Aufenthaltserlaubnis mit Gültigkeit bis zu einem Jahr erteilt wird, die Rechte der Richtlinie – insbesondere Zugang zum Arbeitsmarkt und Verselbständigung des Aufenthaltsrechts – zukommen, was nach derzeitiger Rechtslage in Österreich nicht vorgesehen ist.<sup>8)</sup>

## B. Familienbegriff

### 1. Allgemeines

Eine Diskrepanz zwischen dem Familienbegriff der Richtlinie und dem des österreichischen FrG ist auf den ersten Blick insofern gegeben, als dieses den Familiennachzug und damit auch den Kreis der Nachzugsberechtigten nicht einheitlich regelt, sondern in Fallgruppen unterteilt. Grundsätzlich geht das FrG vom Kernfamilienkonzept aus, wobei dieses vor allem durch § 21 Abs 3 erhebliche Einschränkungen erfährt. Abgesehen von der Kernfamilie ist nach dem FrG in den von der Richtlinie erfassten Fällen kein Nachzug weiterer Angehöriger vorgesehen. Eine verfassungskonforme Umsetzung der Richtlinie müsste vor dem Hintergrund des weiteren Familienbegriffs der EMRK durch Wahrnehmung der Optionen des Art 4 Abs 2 und 3 erfolgen.<sup>9)</sup> Im AsylG 1997 idF BGBl I 101/2003 wird der Begriff „Familienangehöriger“ bzw die Kernfamilie in § 1 Z 6 definiert: Darunter fallen Elternteile eines minderjährigen Kindes, der Ehegatte und zum Zeitpunkt der Antragstellung unverheiratete minderjährige Kinder eines Asylwerbers oder Asylberechtigten.<sup>10)</sup>

### 2. Familiennachzug von Kindern

Auffällig ist, dass die Richtlinie den Kinderbegriff ausführlicher regelt, als dies im österreichischen FrG und AsylG der Fall ist. So enthält das FrG keine Regelung für Kinder bezüglich derer geteiltes Sorgerecht besteht. Hier wird zumindest Anlass zu einer Klarstellung im Gesetz gegeben sein. Eine Art *Integrationskriterium für über 12-Jährige* sieht die österreichische Rechtslage nicht vor, jedoch räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit der Schaffung derartiger Kriterien bis 3. 10. 2005 ein. Eine Option, von der Österreich nicht nur deshalb keinen Gebrauch machen sollte, weil sie vom europäischen Parlament angefochten wurde. Art 4 Abs 6, eine der angefochtenen Bestimmungen der Richtlinie, sieht vor, dass der Familiennachzug auf minderjährige Kinder, deren Antrag vor Vollendung des 15.

Lebensjahres gestellt wurde, beschränkt werden kann. Wird ein Antrag danach gestellt, so genehmigen die Mitgliedstaaten die Einreise und den Aufenthalt dieser Kinder aus anderen Gründen als dem Familiennachzug. Gemeint ist damit wohl weniger ein rechtlicher Anspruch als viel mehr eine Art salvatorische Klausel, die verhindern soll, dass eine negative Erledigung des Antrags auf Familiennachzug die Überprüfung eines Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltsrechts nach allgemeinen fremdenrechtlichen Vorschriften präkludiert.<sup>11)</sup>

Im FrG wird gem § 21 Abs 3 eine Differenzierung dahingehend vorgenommen, ob die Niederlassung des Ankerfremden in Österreich vor oder nach dem 1. 1. 2003 (1. 1. 1998) erfolgte bzw der Ankerfremde bei seinem Antrag den späteren Familiennachzug der Angehörigen bereits angemeldet hat. Im Zusammenhang mit dieser Ungleichbehandlung stellt sich die Frage nach einer sachlichen Rechtfertigung dafür, bereits längere Zeit in Österreich aufhältige Fremde gegenüber neu Zuziehenden zu benachteiligen – obwohl eine solche nicht ersichtlich ist, hat der VfGH die Bestimmung des § 21 Abs 3 FrG als verfassungskonform qualifiziert.<sup>12)</sup> Als „andere Gründe“, denen gemäß ein Aufenthaltstitel erteilt werden kann, kommen nach dem FrG einerseits die Zuwanderung als Privatier (mittels Unterhaltsanspruch), andererseits die Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis zu Ausbildungszwecken in Frage.<sup>13)</sup> Problematisch ist aller-

6) Ähnliche Fragen stellen sich bei der Aufenthaltserlaubnis in Hinblick auf § 35 FrG („Aufenthaltsverfestigung bei Fremden mit Niederlassungsbewilligung“); der Wortlaut der Bestimmung lässt offen, ob auch Fremden mit Aufenthaltserlaubnis die Aufenthaltsverfestigung zugute kommt. Nach der Überschrift und den Motiven dürfte der Wille des Gesetzgebers dahin gehen, nur Fremde mit Niederlassungsbewilligung vor Aufenthaltsbeendigung zu schützen. Vgl Muzak, in: Muzak/Taucher/Pinter/Lobner (Hrsg.), Fremden- und Asylrecht Kommentar (2003) 154 ff.

7) KOM (2002) 225, ABl C 203 E vom 27. 8. 2002, 136 ff. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang auch die Entschließung der Einwanderungsminister vom 1. 6. 1993, welche hinsichtlich des Bestehens einer Aussicht auf ein ständiges oder langfristiges Aufenthaltsrecht auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Politiken verweist; vgl Hailbronner, siehe FN 2, 2.

8) Bezüglich der Auslegungsfragen zum Günstigkeitsgebot des Art 3 wird auf die Ausführungen zur Völkerrechtskonformität verwiesen, vgl Ecker, siehe FN 1, 73 ff III.D.1.

9) Dh Familiennachzug volljähriger Kinder und Verwandter aufsteigender Linie ersten Grades, denen Unterhalt gewährt wird, sowie Familiennachzug von Lebensgefährten und Kindern.

10) In seiner Entscheidung vom 15. 10. 2004, G 237/03 hat der VfGH zum Familienbegriff in § 4a Abs 3 AsylG 1997 idF BGBl I 101/2003 festgehalten, dass bei den genannten Familienangehörigen unwiderleglich vermutet wird, dass sie eine Familie sind, während bei anderen Familienangehörigen eine Prüfung des Vorhandenseins eines Familienlebens im Einzelfall erfolgen muss.

11) Vgl Hailbronner, siehe FN 2, 3.

12) Vgl Muzak, siehe FN 6, 111; VfGH 8. 10. 2002, G 348/01.

13) Dies entspricht auch der Jud des VfGH. Vgl Muzak, siehe FN 6, 115: „Die Jud nimmt an, dass die Behörde in einem solchen Fall von Amts wegen den Antrag unter einen zur Zweckverwirklichung tauglichen Aufenthaltszweck zu subsumieren hat und den Antrag im Rahmen der für diesen Zweck vorgesehenen Quote zu entscheiden hat. Die Anwesenheit Familienangehöriger kann hierbei insbesondere für den Aufenthaltszweck „privat“ releviert werden (VfGH 10. 9.

dings in beiden Fällen der weitere Verbleib in Österreich; im Falle der Zuwanderung als Privater ist eine Erwerbsausübung nicht vorgesehen. Auch der Arbeitsmarktzugang über die Ausstellung eines Niederlassungsnachweises wird nicht in allen Fällen gelingen, da diese nur gem § 24 Abs 1 Z 2 FrG erfolgen kann. Eine Zweckänderung ist nach derzeitiger Rechtslage kaum möglich. Ebenso steht es mit dem „Familiennachzug“ mittels Aufenthaltserlaubnis; sowohl die Erlangung eines Befreiungsscheines als auch die Ausstellung eines Niederlassungsnachweises sind an die Absolvierung zumindest des letzten Schuljahres der Schulpflicht in Österreich gebunden (§ 24 Abs 1 Z 3 FrG und § 15 Abs 1 Z 3 AuslBG).<sup>14)</sup> Gerade in Bezug auf Art 4 Abs 6 hängt die Richtlinienkonformität der österreichischen Rechtslage vom Ausgang des Verfahrens vor dem EuGH ab.<sup>15)</sup>

### 3. Familiennachzug von Ehegatten

Eine weitere Bestimmung, die das österreichische Fremden- und Asylrecht nicht kennt, ist die Möglichkeit, bei der Familienzusammenführung von *Ehegatten* ein Mindestalter, das höchstens 21 Jahre betragen darf, festzusetzen. Abgesehen von den Bestimmungen über die Scheinehe ist in Österreich ein Eingriff in das Recht auf Ehe nicht vorgesehen. Eine solche Altersbeschränkung ist weder mit Art 8 noch Art 12 EMRK vereinbar ist, was im Sinne der doppelten Bindung sowohl an die Anforderungen der Richtlinie als auch der EMRK zu berücksichtigen ist. Im Sinne einer primärrechtskonformen Umsetzung darf von dieser Option kein Gebrauch gemacht werden.

### 4. Sonderproblem: Familiennachzug bei Mehrehe

Eine Bestimmung über die *Mehrehe* enthält weder das FrG noch das AsylG. Beim Verbot des Familiennachzugs weiterer Ehegatten handelt es sich um eine zwingende Bestimmung; auch der Familiennachzug von Kindern aus Mehreihen kann beschränkt werden. Hierbei stellt sich das Problem, dass die Bestimmung selbst insofern bedenklich in Hinblick auf Art 8 EMRK erscheint, als das gemeinsame Familienleben des in Österreich aufhältigen Fremden mit seinen im Drittstaat aufhältigen Kindern aus der bzw den weiteren Ehe(n) dadurch verhindert werden kann – selbst in Fällen, in denen die Familienzusammenführung gem Art 8 EMRK geboten wäre.

### C. Verfahren

Regelungen zur Antragstellung und -prüfung finden sich in Art 5 der Richtlinie. Weder die Richtlinie selbst<sup>16)</sup> noch die Bestimmungen über die Antragstellung im FrG (§ 20 Abs 1) sehen zwingend eine *Parteistellung* von Ankerfremden vor, was Art 8 EMRK insofern widerspricht, als auch diese in ihrem Recht auf Familienleben verletzt sein können.<sup>17)</sup> Da die Richtlinie EMRK-konform umzusetzen ist, sollte die

Parteistellung sowohl des Zusammenführenden als auch der Familienangehörigen einfachgesetzlich verankert werden.

Die Entscheidung hat die zuständige Behörde des Mitgliedstaates grundsätzlich unverzüglich, spätestens aber binnen einer *Entscheidungsfrist* von 9 Monaten nach Einreichung des Antrags schriftlich mitzuteilen. Für quotenfreie Aufenthaltstitel (§ 19 Abs 2 FrG) ist die Verfahrensgarantie des Art 5 anwendbar, für quotenpflichtige NB (§ 19 ff FrG) ist jedoch die *lex specialis* des Art 8, zweiter Unterabsatz zu beachten. In diesem Fall kann eine Wartefrist von höchstens 3 Jahren zwischen der Stellung eines Antrags auf Familienzusammenführung und der Ausstellung des Aufenthaltstitels an Familienangehörige vorgesehen werden. Das FrG sieht in beiden Fällen derzeit keine Frist vor, sodass die Wahrung der von der Richtlinie vorgesehenen Frist nicht gesetzlich gewährleistet ist.

Nach Art 5 ist die Ablehnung eines Antrags zu begründen, die Säumnisfolgen richten sich nach nationalem Recht. Die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung<sup>18)</sup> von Anträgen im Rahmen der Schlüsselkräftequote gegenüber der Erledigung sonstiger quotenpflichtiger Anträge lässt auch Probleme im Zusammenhang mit der Umsetzung der Familienzusammenführungsrichtlinie erwarten. Bei Vorliegen eines Versagungsgrundes hat in allen Fällen quotenpflichtiger NB ein abweisender Bescheid zu ergehen, beim Fehlen eines Quotenplatzes bestehen jedoch Unterschiede je nach Quote; gem § 22 Abs 1 FrG ist die Entscheidung grundsätzlich *ex lege* so lange aufzuschieben, bis ein Quotenplatz zur Verfügung steht, wobei die Zeit der geschlossenen Quote auch den Lauf der Entscheidungsfrist hemmt; anders im Schlüsselkraftverfahren (§ 22 Abs 2 FrG), dort führt das Fehlen eines Quotenplatzes zur Zurückweisung des Antrags. Welche Vorgehensweise die für den Antragsteller im Einzelfall günstigere ist, ist nicht einfach zu beantworten;<sup>19)</sup> zwar verhilft die Zurückweisung des Antrags im Gegensatz zum formlosen Aufschub dem

1999, 99/19/0113; 2. 6. 2000, 99/19/0009; 11. 6. 1999, 98/19/0236; 23. 3. 2001, 99/19/0126; 25. 6. 1999, 99/19/0015“.

14) Vgl. Schumacher, Ratgeber Fremdenrecht (2003) 78.

15) Die für Österreich in den Fällen des § 21 Abs 3 FrG geltende Altersgrenze von 15 wurde vom VfGH als verfassungskonform qualifiziert (VfGH 8. 10. 2002, G 348/01). Vgl. Muzak, siehe FN 6, 111.

16) Gem Art 5 Abs 1 legen die Mitgliedstaaten fest, „ob zur Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung ein Antrag auf Einreise und Aufenthalt entweder vom Zusammenführenden oder den Familienangehörigen [...] gestellt werden muss“ und sorgen gem Art 18 dafür, „dass der Zusammenführende und/oder seine Familienangehörigen [...] Rechtsbehelfe einlegen können“.

17) Vgl. Wiederin, Migranten und Grundrechte (2004) 10; Vgl. Muzak, siehe FN 6, 107.

18) Ibid, 113 f. Näheres zum „Schlüsselkraftverfahren“: Marth, Das neue Verfahren für unselbständige Schlüsselkräfte, migralex 1/2003, 19.

19) Vgl. Muzak, siehe FN 6, 113 ff. Vgl. auch Muzak, Rechtsfragen zur Kontingentierung von Bewilligungen am Beispiel des Aufenthaltsgesetzes, ÖJZ 1996, 495 ff.

Antragsteller zu einem im Rechtsmittelweg bekämpfbaren Bescheid, doch kann der Antragsteller mangels transparenter Ausgestaltung des Verfahrens wohl bloß behaupten, für ihn stünde ein Quotenplatz zur Verfügung. Ähnlich steht es mit den *Möglichkeiten des Säumnisschutzes*. Das Problem verwaltungsbehördlicher Säumnis stellt sich entsprechend den Unterschieden im Verfahren wohl häufiger in Fällen, die gem § 22 Abs 1 zu erledigen sind. Auch hier erschwert die mangelnde Transparenz des Verfahrens bzw die Unbestimmtheit der verfahrensrechtlichen Bestimmungen den Zugang zum Rechtsschutz. Ein Säumnisschutz ist nur insofern gegeben, als der Beschwerdeführer „quasi ins Blaue hinein“ behaupten kann, für ihn stünde ein Quotenplatz zur Verfügung bzw die Entscheidungsfrist sei bereits verstrichen. Ein Verfahren, das der VfGH zu Recht als bedenklich in Hinblick auf das Rechtsstaatsgebot qualifizierte.<sup>20)</sup>

Im Ergebnis besteht in beiden Fällen ein in rechtsstaatlicher Hinsicht bedenkliches Verfahren, das in dieser Form nicht mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang zu bringen ist. Eine höchstzulässige Wartezeit ist derzeit nicht vorgesehen. Sollte eine solche festgelegt werden, stellt sich die Frage, wie einerseits die Hemmung der Entscheidungsfrist bei geschlossener Quote, andererseits die Zurückweisung im Schlüsselkräfteverfahren mit einer solchen Wartezeit zu vereinbaren ist. Die Richtlinie selbst gibt dazu keine Anhaltspunkte. ME ist weder eine Hemmung der Entscheidungsfrist noch die Zurückweisung von Anträgen mit dem Konzept einer Wartezeit kompatibel. Die höchstzulässige Wartezeit könnte in beiden Fällen unter bloßem Hinweis auf die „geschlossene Quote“ leicht umgangen werden. Im Übrigen stellen sich auch nach der Einführung einer höchstzulässigen Wartezeit weiterhin dieselben Probleme bezüglich der Transparenz und Bestimmtheit des Verfahrens. Mit dem Ausgang des Verfahrens vor dem EuGH betreffend Art 8 der Richtlinie wird gleichzeitig über die Zulässigkeit des österreichischen Quotensystems mit entschieden. ME kann das geltende Quoten-System des FrG in jedem Fall den Vorgaben der Richtlinie nicht genügen und es ist demnach eine Anpassung vorzunehmen; über den Umfang der erforderlichen Änderungen entscheidet letztlich der EuGH.

Im AsylG ist die Parteistellung aller Familienangehörigen jedenfalls bei zeitgleicher Antragstellung der Asylwerber vorgesehen (§ 10 Abs 5 AsylG). Für die übrigen Fälle des Familienverfahrens findet sich dazu keine Regelung. Eine bestimmte Entscheidungsfrist ist im Familienverfahren des AsylG nicht normiert.<sup>21)</sup> Eine Art 5 Abs 5 entsprechende Bestimmung, die explizit zur Berücksichtigung des Wohls minderjähriger Kinder auffordert, fehlt sowohl im FrG als auch im AsylG.

#### D. Rechtsstellung nachziehender Familienangehöriger

Art 14 der RL sieht vor, dass Familienangehörige des Zusammenführenden „in gleicher Weise wie dieser selbst“ spätestens nach Ablauf eines Jahres Zugang zu allgemeiner Bildung, Erwerbstätigkeit sowie beruflicher Beratung, Ausbildung, Fortbildung und Umschulung haben. Zu Problemen bei der Umsetzung dürfte vor allem der *Zugang zur Erwerbstätigkeit* führen; nach dem österreichischen Konzept ist die Zulässigkeit der Erwerbstätigkeit abhängig vom Aufenthaltswort des Familienangehörigen bzw des Ankermfremden:

- Für Inhaber *quotenfreier NB* ermöglicht erst die Zweckänderung bzw nach 5 Jahren die Erlangung eines Niederlassungsnachweises den Arbeitsmarktzugang.
- Familienangehörigen, die im Rahmen der *Familiennachzugsquote* nachgeholt werden, ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gem § 21 Abs 4 FrG grundsätzlich vier Jahre lang untersagt, es sei denn, sie erwerben eine Beschäftigungsbewilligung. Auch nach Ablauf der vier Jahre und Erteilung einer NB für jeglichen Aufenthaltswort erfolgt der Arbeitsmarktzugang nur vorbehaltlich Beschäftigungsbewilligung. Mit Erlangung eines Niederlassungsnachweises erhalten Familienangehörige Arbeitsmarktzugang.
- Auch Familienangehörige von *Schlüsselkräften* und *Privatiers* sind – solange kein Wechsel erfolgt – während der ersten vier Jahre im Besitz einer NB für jeglichen Aufenthaltswort ausgenommen Erwerbstätigkeit (§ 21 Abs 4 FrG).
- Kindern kann nach Erreichen der Volljährigkeit bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 19 Abs 3 FrG eine NB für jeglichen Aufenthaltswort bzw bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Niederlassungsnachweis gem § 24 FrG erteilt werden.

In allen Fällen ist ein Wechsel auf ein eigenständiges Aufenthaltsrecht erforderlich, um eine Erwerbstätigkeit ausüben zu dürfen. Ein automatischer Arbeitsmarktzugang nach Ablauf von 12 Monaten ist in keinem der Fälle gegeben und auch den von der Richtlinie geforderten „gleichen“ Umfang des Arbeitsmarktzugangs gewährleistet das österreichische FrG nicht. Lediglich im Fall des Familiennachzugs zu Privatiers dürfte die österreichische Rechtslage der Richtlinie entsprechen, da diese den Arbeitsmarktzugang der Familienangehörigen von der Arbeitsberechtigung des Zusammenführenden selbst abhängig macht. Dies ist insofern bedauerlich, als Familienangehörige von Privatiers dauerhaft vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen bleiben.

20) VfGH 8. 10. 2003, G 119/03 ua.

21) Zum Säumnisschutz vgl unten II.E.

Die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit für Fremde ist nicht allgemein geregelt. Fremde dürfen in Österreich ein Gewerbe ausüben, wenn dies entweder durch einen Staatsvertrag festgelegt wurde oder sie über einen Aufenthaltstitel verfügen, der die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zulässt,<sup>22)</sup> daneben ist ein Befähigungsnachweis zu erbringen.<sup>23)</sup> Die Beteiligung an bzw. Gründung einer Gesellschaft ist für Drittstaatsangehörige grundsätzlich ohne Einschränkungen möglich, auch im Rahmen eines Werkvertrags können Fremde selbständig tätig werden.<sup>24)</sup> In Bezug auf Asylberechtigte dürfte die Umsetzung weniger Probleme bereiten; anerkannte Flüchtlinge sind gem § 1 Abs 2 lit a vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen, sie bedürfen keiner Arbeitsgenehmigung, um eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen zu können, und sind auch bei der Ausübung selbständiger Tätigkeiten begünstigt.

Die Richtlinie sieht in Art 15 eine *Verselbständigung des Aufenthaltsrechts* der Familienangehörigen nach fünfjährigem Aufenthalt vor. In diesem Punkt besteht eine weitgehende Übereinstimmung zwischen Richtlinie und FrG. Geht man allerdings von der Anwendbarkeit der Richtlinie auf Aufenthaltserlaubnisse mit Niederlassungsabsicht aus, stellt sich das Problem, dass auch die wiederholte Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis keinen dauerhaften, selbständigen Aufenthalt ermöglicht und nur ein Wechsel des Aufenthaltstitels zu einer Verselbständigung des Aufenthaltsrechts des Angehörigen im Sinne des Art 15 führt. Ein Automatismus ist hier nicht vorgesehen, sodass die österreichische Rechtslage insofern der Richtlinie nicht entspricht.

Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, Bestimmungen zu erlassen, nach denen die Ausstellung eines eigenen Aufenthaltstitels gewährleistet ist, wenn besonders schwierige Umstände vorliegen. Bezüglich der Beurteilung des Vorliegens solcher Umstände wird auf das nationale Recht verwiesen.<sup>25)</sup> In Österreich erhalten etwa niedergelassene Fremde, für die wegen eines gegen sie oder ihr minderjähriges Kind gerichteten körperlichen Angriffs, einer Drohung mit einem solchen oder wegen eines ihre psychische Gesundheit erheblich beeinträchtigenden Verhaltens ihres Ehegatten ein weiteres Zusammenleben mit diesem nicht zumutbar ist, unter bestimmten Voraussetzungen bevorzugt eine Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung.<sup>26)</sup> Damit ist in diesen Fällen eine Verselbständigung des Aufenthaltsrechts gem § 21 Abs 4 FrG möglich.

Ansonsten ist die Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels gem § 10 Abs 4 FrG denkbar, für den nach der geltenden Praxis die Antragstellung bzw. Stellung eines Ansuchens vom Inland aus vorgesehen ist. Zwar sind weder die humanitäre Aufenthaltserlaubnis noch die humanitäre Niederlassungsbewilligung für derartige Fälle konzipiert, doch geht der VfGH von einem sehr weiten Begriff der „beson-

ders berücksichtigungswürdigen Fälle“ aus, um im Einzelfall aus Art 8 EMRK erwachsenden Rechtsansprüchen zu genügen.<sup>27)</sup>

In der seit 1. Mai 2004 geltenden Fassung des AsylG (BGBl I 2003/101) findet sich keine spezifische Regelung für Änderung bzw. Wegfall der Erteilungsvoraussetzungen im Familienverfahren. Aufgrund des Abgangs vom Konzept der „Asylerstreckung“ wurde auch die Bestimmung des § 14 Abs 1 Z 2 AsylG idStf (BGBl I 1997/76)<sup>28)</sup> gestrichen, welche als Verlusttatbestand das Wegfallen des Grundes für die Asylerstreckung normierte. Somit bleiben auch im Fall der Gewährung von Asyl gem § 10 Abs 2 iVm § 2 Abs 3 AsylG idGF, dh im Falle der Asylgewährung an Familienangehörige eines Asylberechtigten, nur die allgemeinen Verlusttatbestände des § 14 AsylG, wie zB das Vorliegen von Asylausschluss- oder Endigungsgründen nach der Genfer Flüchtlingskonvention.

Sind seit Asylgewährung bereits 5 Jahre bzw. seit Antragstellung 8 Jahre vergangen, ist dem Asylberechtigten ein Niederlassungsnachweis zu erteilen. Davor kann gem den Abs 5 ff des § 23 FrG eine Niederlassungsbewilligung quotenfrei im Inland beantragt werden.<sup>29)</sup> Letztlich bleibt auch hier die Möglichkeit der Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels entsprechend der jüngeren Judikatur des VfGH.

#### E. Sanktionen und Rechtsmittel

Art 16 regelt die Versagung bzw. den Entzug eines Aufenthaltstitels in taxativ aufgezählten Fällen. Die dort genannten Fälle stimmen größtenteils mit den im FrG aufgeführten Versagungsgründen (§§ 8 u. 10 ff, 20 ff) bzw. Bestimmungen zur Aufenthaltsbeendigung überein. § 34 Abs 2 bzw. 3 Z 2 FrG sieht die Möglichkeit einer Ausweisung wegen Arbeitslosigkeit vor, wobei diese sogar dann verfügt werden kann, wenn der Unterhalt auf andere Weise gesichert ist, also zB durch Einkünfte anderer Familienangehöriger gedeckt werden kann.<sup>30)</sup> Dies widerspricht Art 16 der Richtlinie, dessen Abs 1 lit a Unterabsatz 2 normiert, dass der Mitgliedstaat in solchen Fällen die Beiträge der Familienangehörigen zum Haushaltseinkommen zu berücksichtigen hat.<sup>31)</sup>

Art 17 normiert die Vornahme einer Interessensabwägung in Fällen der Ablehnung eines Antrags, dem

22) Vgl dazu oben.

23) Vgl Schumacher, siehe FN 14, 132 ff.

24) Vgl Ibid, 133 ff.

25) Vgl Hailbronner, siehe FN 2, 6.

26) Vgl Schumacher, siehe FN 14, 143 f.

27) Vgl VfGH 8. 10. 2003, G 119/03 ua.

28) Trotz mehrfacher Novellierung des § 14 AsylG blieb Abs 1 Z 2 in den Fassungen BGBl I 2002/126 bzw. BGBl I 2003/101 bis 30. 4. 2004 unverändert.

29) Vgl Muzak, siehe FN 6, 118.

30) Ibid, 151 f.

31) Zur „asylrechtlichen Ausweisung“ vgl unten.

Entzug oder der Nichtverlängerung von Aufenthaltstiteln sowie bei der Rückführung des Zusammenführenden oder seiner Familienangehörigen. Das FrG entspricht diesem Erfordernis grundsätzlich durch § 8 Abs 3 Z 1 bei Ablehnung bzw Versagung weiterer Aufenthaltstitel bzw § 37 FrG beim Entzug von Aufenthaltstiteln. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Interessensabwägung nicht in allen Fällen der Aufenthaltsbeendigung zwingend vorzunehmen ist. Gem § 34 Abs 2 FrG sind völlig legal aufhältige Fremde allein aufgrund einer mehrmonatigen Arbeitslosigkeit auszuweisen.<sup>32)</sup>

Auch im AsylG ist eine Interessensabwägung iSd Art 8 EMRK zumindest bei Ablehnung eines Antrags auf Gewährung desselben Schutzes ausdrücklich vorgesehen. Wird einem Familienangehörigen Asyl gewährt, wird auch den anderen Asyl im eigenen Namen gewährt, wenn die Fortsetzung eines bestehenden Familienlebens im Sinne des Art 8 EMRK mit dem Angehörigen in einem anderen Staat nicht möglich ist (§ 10 Abs 2 AsylG).<sup>33)</sup> Im Falle des Widerrufs des Aufenthaltsrechts gem § 14 Abs 3 AsylG sind die Asylbehörden verpflichtet, den negativen Bescheid mit einer Ausweisung zu verbinden. Geht man – wie der VfGH in seiner Rspr zu § 5 AsylG<sup>34)</sup> – davon aus, dass die asylrechtliche Ausweisung als eigenes Rechtsinstitut zur Ausweisung des FrG hinzutritt und verneint damit die Anwendbarkeit des § 37 FrG, fehlt es an einer Rechtsgrundlage für die Interessensabwägung. Zu einem anderen Ergebnis gelangt man durch verfassungskonforme Interpretation iSd Art 8 EMRK.<sup>35)</sup> Art 18 hält die Mitgliedstaaten dazu an, dem Zusammenführenden und/oder seinen Familienangehörigen die Möglichkeit einzuräumen, im Falle negativer Entscheidungen Rechtsbehelfe zu erheben.<sup>36)</sup>

Im AsylG fallen Rechtsschutzdefizite im Zusammenhang mit der Antragstellung im Botschaftsverfahren auf. Mitteilungen des zuständigen Bundesasylamtes an die österreichische Berufsvertretungsbehörde im Ausland gem § 16 AsylG über die Wahrscheinlichkeit der Asylgewährung in Österreich kommt nach der Intention des Gesetzgebers kein Bescheidcharakter zu. Auch vor der AsylG-Novelle 2003 ging das Gesetz von einer bloß informellen Mitteilung des Bundesasylamtes aus; in seinem Erkenntnis zur Zahl B 1701/02 vom 24. 11. 2003 hat der VfGH jedoch ausgesprochen, dass derartige Mitteilungen Bescheidcharakter besitzen. Im Anschluss an die Jud des VfGH zur alten Rechtslage bestand demnach die Möglichkeit, Berufung zu erheben bzw Säumnisschutz zu erlangen. Nach der AsylG-Novelle 2003 sollen – entgegen der Jud des VfGH – sowohl die Mitteilung des Bundesasylamtes als auch die Verweigerung der Ausstellung eines Visums durch die Botschaft (wieder) bloß informellen Charakter haben. Der Gesetzgeber arbeitet insofern gegen die Jud des VfGH; dennoch ist mE auch im „neuen“ Botschaftsverfahren eine Berufung zulässig: Der Bescheidcharakter

von Mitteilungen gem § 16 AsylG ergibt sich schon allein aus dem materiellen Bescheidbegriff, die Jud des VfGH zur Rechtslage vor der AsylG-Novelle ist auch für § 16 AsylG idGF heranzuziehen.<sup>37)</sup>

Daneben stellt sich ganz allgemein ein durch die AsylG-Novelle 2003 geschaffenes Problem: Der Berufung wurde die aufschiebende Wirkung in bestimmten Fällen grundsätzlich aberkannt (vgl §§ 5a Abs 1, 32 Abs 2, Abs 3 u Abs 8 AsylG), sodass auch im Familienverfahren Konstellationen denkbar sind, in denen einzelne Familienangehörige – entgegen Art 8 EMRK – den Ausgang ihres Verfahrens getrennt vom Ausland aus abzuwarten haben. Fraglich bleibt auch, ob vom Ausland aus gestellte Rechtsmittel als effektiv iSd Art 13 EMRK angesehen werden können.<sup>38)</sup>

### III. Unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie

Im Verhältnis zwischen (Mitglied-)Staat und Individuum entfaltet eine Richtlinienbestimmung dann eine unmittelbare (vertikale) Wirkung, wenn die Umsetzungsfrist abgelaufen ist, die Bestimmung den Einzelnen begünstigt und der Inhalt unbeding, hinreichend genau und deshalb unmittelbar anwendbar („self-executing“) ist.<sup>39)</sup>

Ist eine RL unmittelbar anwendbar, so sind alle mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte an sie gebunden, entgegenstehendes nationales Recht wird unanwendbar. Der Einzelne kann sich gegenüber staatlichen Stellen auf die Bestimmung berufen.

32) Vgl *Muzak*, siehe FN 6, 166.

33) Vgl *Jelinek/Marth*, Asylgesetz (2004) 37.

34) Vgl dazu VfGH 8. 3. 2001, G 117/00 ua (VfSlg 16.122).

35) Vgl *Muzak*, Verfahrensrechtliche Fragen der AsylG-Nov 2003 (Teil 2), *migralex* 1/2004, 19. Der VfGH hat in seiner Entscheidung vom 15. 10. 2004, G 237/03 zur in § 8 Abs 2 AsylG 1997 idF BGBl I 101/2003 vorgesehenen asylrechtlichen Ausweisung ausgeführt: „Auch § 8 Abs 2 AsylG ist in diesem Sinne (verfassungskonform) auszulegen. Auch wenn er sprachlich keinen Hinweis auf Art 8 EMRK enthält, so ist bei der Prüfung, ob eine Ausweisung erfolgen darf, iSd Judikatur (vgl VfSlg 16.122/2001) auch Art 8 EMRK mit zu berücksichtigen.“

36) Zur Frage, ob das österreichische FrG dem geforderten Rechtsschutz entspricht, sei auf die Ausführungen zu Art 5 bzw 8 verwiesen, vgl oben II.C.

37) Vgl *Piska*, Verfahrensrechtliche Frage der AsylG-Nov 2003 (Teil 1), *migralex* 1/2004, 11.

38) Der VfGH hat mit seinem mit Spannung erwarteten Erkenntnis zur AsylG-Novelle 2003 die Bestimmungen betreffend den ex lege erfolgenden und ausnahmslosen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung (§ 32 Abs 2 zweiter Satz sowie § 5a Abs 1 zweiter Satz AsylG 1997 idF BGBl I 101/2003) wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip und somit auch gegen Art 11 Abs 2 B-VG aufgehoben. Im Verfahren betreffend offensichtlich unbegründete Asylanträge besteht für den UBAS die Verpflichtung, binnen sieben Tagen die aufschiebende Wirkung der Berufung zu bewilligen, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind; die Sieben-Tage-Frist hindert den UBAS nicht an einer wirksamen Bewilligung der aufschiebenden Wirkung nach Ablauf der Frist (VfGH 15. 10. 2004, G 237/03 ua; vgl auch *Muzak*, VfGH zum AsylG: Einige Bestimmungen aufgehoben, andere verfassungskonform interpretiert, *migralex* 3/2004, 99). Die dargestellte Problematik bleibt jedoch für Fälle, in denen die aufschiebende Wirkung nicht gewährt bzw aberkannt wird, nach wie vor bestehen.

39) Vgl *Schweitzer/Hummer*, *Europarecht*<sup>9</sup> (1996) 106 f.

solange keine Rechte Dritter beeinträchtigt sind. Richtlinien erlangen insofern keine unmittelbare Wirkung als sie den Einzelnen nicht begünstigen, sondern belasten.<sup>40)</sup> Unabdingbare Voraussetzung für die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinie ist eine hinreichend genaue und unbedingte Regelung, die dort nicht angenommen werden kann, wo die Richtlinie den Mitgliedstaaten Regelungsoptionen einräumt.<sup>41)</sup> Aufgrund der zahlreichen Optionen gerade in zentralen Bereichen, wie der Festlegung des Familienbegriffs, ist die „abschreckende Wirkung“, die durch die drohende unmittelbare Anwendung der Richtlinie erreicht wird, zu gering, als dass mit einer großen Liberalisierung des Familiennachzugsrechts in Österreich zu rechnen ist.

#### IV. Fazit

Den ursprünglich so hoch gesetzten Zielen des Entwurfs wird durch die Richtlinie 2003/86/EG nicht entsprochen. vielmehr werden nationale Unterschiede durch Stand-Still-Klauseln prolongiert und eine

tatsächliche Ausdehnung des Familienschutzes durch Normierung eines niedrigen Mindeststandards und zahlreicher Optionen verhindert. Im Ergebnis wird die Zukunft der Familienzusammenführung in Europa somit in hohem Maße vom Ausgang des Verfahrens vor dem EuGH<sup>42)</sup> sowie letztlich von den Ergebnissen der Berichterstattung der folgenden Jahre (gem Art 19 der RL) abhängen.<sup>43)</sup>

40) Ibid, 107.

41) Vgl Hailbronner, siehe FN 2, 1.

42) Klage des Europäischen Parlaments gegen den Rat der Europäischen Union, eingereicht am 22. 12. 2003, Rechtssache C-540/03, 2004/C 47/35, ABI C 47, 21. 2. 2004, 21 f.

43) Vgl dazu Ecker, siehe FN 1, 72, II.H.

Theodor Tomandl

## Arbeitsrecht I

Gestalter und Gestaltungsmittel

5. Auflage, Braumüller 2004. XIX + 269 Seiten. Kart.  
3-7003-1500-7, € 23,90



Walter Schrammel

## Arbeitsrecht 2

Sachprobleme

5. Auflage, Braumüller 2004. XXIV + 368 Seiten. Kart.  
3-7003-1501-5, € 32,90



Die Autoren Tomandl und Schrammel legen mit Band I und 2 der Studienreihe Arbeitsrecht die 5. Auflage des von Tomandl begründeten Lehrbuches vor. Wie bisher befasst sich der erste Band mit den Gestaltern und Gestaltungsmitteln. Der zweite Band behandelt Sachprobleme, vor allem mit der „Abfertigung Neu“ wie auch mit diversen Problemen der Teilzeitarbeit.

In bewährter systematischer Gesamtdarstellung des österreichischen Arbeitsrechts wird der aktuelle Stand in Literatur, Judikatur sowie Gesetzgebung berücksichtigt. Die Bücher wenden sich keinesfalls ausschließlich an Studierende, sondern gerade auch an Praktiker wie Rechtsanwälte, Richter und Personalisten.



**WILHELM BRAUMÜLLER**

Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.  
A-1092 Wien, Servitengasse 5; Telefon (+43 1) 319 11 59, Telefax (+43 1) 310 28 05  
E-Mail: office@braumueller.at <http://www.braumueeller.at>