



Rechtsgutachten für die Caritas Österreich



**Vorschlag zur Ermöglichung eines
„Spurwechsels“ vom AsylG 2005 ins NAG**



Inhaltsverzeichnis

Auftrag und Fragestellung (3-4)

1. Zur Ausgangslage (5-14)

- 1.1. Die Trennung der Anwendungsbereiche von AsylG 2005 und NAG als Grundintention des Gesetzgebers...
 - 1.1.1. ...und schon bestehende Ausnahmen
- 1.2. Grundsatz der Auslandsantragstellung im NAG - und schon bestehende Durchbrechungen
- 1.3. Gemeinsame Schnittfläche NAG-AuslBG
- 1.4. Tendenzen zur Erleichterung des Zugangs zum Arbeitsmarkt insbesondere zur Erlangung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“
 - 1.4.1. Erleichterungen bei der Inlandsantragstellung für alle Säulen der „Rot-Weiß-Rot – Karte“
 - 1.4.2. Teilweise Herausnahme von Pflege- und Sozialbetreuungsberufen aus dem Anwendungsbereich des AuslBG
 - 1.4.3. Absehen vom Erfordernis der Voraussetzungen des 1. Teils für alle Säulen der „Rot-Weiß-Rot – Karte“

2. Arbeitsmarktzugang für Asylwerber:innen (15-19)

- 2.1. Zum Arbeitsmarktzugang nach den Bestimmungen des AuslBG
- 2.2. Zur Problematik des Verlusts des Aufenthaltsrechts nach § 13 AsylG 2005
- 2.3. Zur Zurückziehung bzw Zurücknahme eines Antrags auf internationalen Schutz
- 2.4. Zum Konzept des früheren § 55a FPG

3. Zwischenergebnisse (20-21)

4. Lösungsvorschlag (22-30)

- 4.1. Vorschlag für einen „Spurwechsel“ für Asylwerber:innen in die „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für Fachkräfte und für Stammmitarbeiter:innen bei gleichzeitiger Rücknahme ihres Antrags auf internationalen Schutz
- 4.2. Vorschlag für einen „Spurwechsel“ für Asylwerber:innen zu einer Ausbildung zur Erlangung einer Qualifikation für die Beschäftigung als Fachkraft in einem Mangelberuf
- 4.3. Gesetzesänderungsvorschlag
- 4.4. Kurze Erläuterung zum Änderungsvorschlag

Auftrag und Fragestellung

Das gegenständliche Gutachten beschäftigt sich mit der Frage eines migrationsrechtlichen „Spurwechsels“. Damit sind Möglichkeiten gemeint, die es erlauben, aus dem Asylverfahren in die Niederlassungsschiene zu wechseln. Die beiden dem Asylrecht und dem Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht gewidmeten Gesetze, das AsylG 2005 und das NAG, sehen an sich nur wenig gemeinsame Schnittpunkte vor und weisen kaum Berührungsflächen auf. Im NAG wird gleich zu dessen Beginn, sehr programmatisch, in § 1 Abs 2 Z 1 festgehalten, dass dieses Gesetz keine Anwendung auf Personen findet, die über ein Aufenthaltsrecht nach den Bestimmungen des AsylG 2005 verfügen. Damit sind in erster Linie Asylwerber:innen gemeint, den während des laufenden Asylverfahrens ein Aufenthaltsrecht nach § 13 AsylG 2005 zukommt.

Und obwohl sich, worauf das Gutachten näher eingehen wird, im Laufe der Zeit immer mehr Ausnahmen von diesem programmatischen Grundsatz der Trennung dieser Regime herausgebildet haben, bleibt es doch rechtlich weiterhin unmöglich, aus dem laufenden Asylverfahren in das NAG-Regime zu wechseln. Wodurch ein solcher „Spurwechsel“ weiterhin verunmöglicht wird, beleuchtet das Gutachten näher.

Im Juni des kommenden Jahres werden die unionsrechtlichen Rechtsakte des reformierten Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) wirksam. Bis dahin braucht es umfassende Novellierungen auch im österreichischen Recht, sowohl auf materiellrechtlicher als auch auf verfahrensrechtlicher Ebene.

Mit Blick auf den nun in den kommenden Monaten nötigen Anpassungsbedarf hat die **Caritas Österreich** die Frage aufgeworfen, wie sich diese Phase dazu nützen ließe, einem solchen Spurwechsel rechtlich den Weg zu ebnen.

Die konkrete Fragestellung, auf die dieses Gutachten Antworten geben soll, lautet also, ob sich aus den neuen unionsrechtlichen Bestimmungen bzw aus dem sich durch diese Rechtsakte der Union als notwendig erweisenden Handlungsbedarf für den nationalen, österreichischen Gesetzgeber Möglichkeiten auftun, wie ein solcher Spurwechsel vom AsylG 2005 auf die NAG-Spur gestaltet werden könnte, ohne dabei migrationsrechtliche Pfeiler allzu weit zu umschiffen oder gar zu erschüttern.

Gefragt sind also Ideen, wie durch möglichst behutsame gesetzliche Anpassungen ein solcher „Spurwechsel“ möglich gemacht werden könnte, dabei vor allem an die sozial- und rechtspolitische Problemlage denkend, dass in den vergangenen Jahren zahlreiche Hebel angelegt wurden, um dem Bedarf an Arbeitskräften im Bereich sogenannter Mangelberuf entsprechen zu können und Initiativen ins Leben gerufen wurden, um qualifizierte Arbeitskräfte für eine immer größer werdende Zahl von Berufsfeldern anwerben zu können, während zugleich Menschen, die über diese Qualifikationen verfügen (oder bereit und willens wären, sie sich anzueignen) mit asylgesetzlichen Aufenthaltsrechten im Bundesgebiet aufhältig sind, deren arbeitsmarktpolitisches

Potential nicht genutzt werden kann und die im Falle erfolglos bleibender Erledigung ihrer Anträge auf internationalen Schutz mit einer Aufenthaltsbeendigung rechnen müssen.

Wie also könnte ein solcher Weg gestaltet sein, der es Betroffenen ermöglichen würde, sich aus dem laufenden Asylverfahren heraus für einen Wechsel auf die aufenthaltsrechtliche Spur zu entscheiden, um für diese (oder andere) Segmente des Arbeitsmarkts zur Verfügung zu stehen und darin Fuß zu fassen?

Damit beschäftigt sich nun in weiterer Folge dieses Gutachten.

Dazu wird zunächst die rechtliche Trennung der Regime des AsylG 2005 einerseits und des NAG andererseits näher erörtert – und der Blick auf die bereits bestehenden, diese Trennung durchbrechenden Konstellationen gerichtet.

Im Zuge dessen werden diejenige Grundsätze (vor allem des NAG) näher besprochen, die dem Umstieg vom AsylG 2005 ins NAG im Wege stehen.

In einem weiteren Schritt wird der Arbeitsmarktzugang für Asylwerber:innen näher beleuchtet.

Und aus dieser Betrachtung werden dann Schlussfolgerungen gezogen, inwiefern sanfte Anpassungen des Gesetzgebers unter Beibehaltung der angesprochenen migrationspolitischen und migrationsrechtlichen Grundsätze einem „Spurwechsel“ insbesondere in das Segment der Mangelberufe ermöglichen könnte. Dabei soll auch auf den Bereich der Aneignung von Qualifikationen für die Ausübung eines Mangelberufs eingegangen werden.

1. Zur Ausgangslage

1.1. Die Trennung der Anwendungsbereiche von AsylG 2005 und NAG als Grundintention des Gesetzgebers...

Der Gesetzgeber hat mit dem Fremdenrechtspaket 2005 eine grundlegende Neustrukturierung des Migrations- und Asylrechts entwickelt:

Dabei kam es zu einer Entkopplung der bis daher in einem Gesetz, nämlich dem Fremdenrechtsgesetz 1997, vereinten Materien der Fremdenpolizei von des Aufenthaltsrechts. Neben den fremdenpolizeilichen Aspekten beinhaltet das seither in Kraft befindliche Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG) auch Normen betreffen einen kurzfristigen, bis zu sechs Monate dauernden Aufenthalt (siehe zB das in § 24 FPG geregelten Visa zur Aufnahme einer bloß vorübergehenden unselbständigen Tätigkeit oder der Tätigkeit als Saisonier). Alle Aufenthaltstitel, die einen über sechs Monate hinausgehenden Aufenthalt regeln, werden nunmehr im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetztes (NAG) normiert (siehe § 1 Abs 1 Z 1 NAG). In einigen Fällen spielt für die Erteilung eines Aufenthaltsrechts auch eine arbeitsmarktbehördliche Beurteilung oder Zulassung eine Rolle.

In der Regierungsvorlage zum Fremdenrechtspaket 2005 (952 Blg NR XXII. GP) hieß es dazu (siehe Seite 13):

„Das nun konzipierte System zur Begründung eines Aufenthaltsrechts findet im Fremdenpolizeigesetz, im Ausländerbeschäftigungsgesetz sowie auch im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz seinen Niederschlag. Bestimmte Kategorien des Aufenthaltsrechtes werden im Fremdenpolizeigesetz abgedeckt und geregelt, wie etwa in den Fällen der kurzfristigen Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Tätigkeit. Dabei kann das Aufenthaltsrecht sich auch aus dem Zusammenspiel zweier Materien ergeben, etwa bei Saisoniers oder Erntehelfer. Diese werden nach Erteilung einer Sicherungsbescheinigung oder Beschäftigungsbewilligung künftig ein Aufenthalts-Reisevisum gemäß § 24 FPG erhalten. Ergänzend kann darüber hinaus ein Bleiberecht wirken, solange die Beschäftigungsbewilligung gültig ist. Eine andere Form des Zusammenspiels findet zwischen dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz und dem Ausländerbeschäftigungsgesetz statt, wo in manchen Fällen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels das Vorhandensein einer Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz Voraussetzung ist und in anderen Fällen lediglich eine entsprechende Mitteilung der nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zuständigen Behörden vorliegen muss.“

Die Abgrenzung zwischen den Regelungsbereichen des kurzfristigen und langfristigen Aufenthalts findet sich an der Spitze der Normen des NAG. In § 1 Abs 1 wird der Geltungsbereich des Gesetzes definiert. Für die Erörterung im Rahmen dieses Gutachtens können die in den Z 2 und 3 leg cit angeführten Bereiche der Erteilung,

Versagung und Entziehung von Aufenthaltstiteln „ICT“ und „Mobile ICT“ sowie die Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts außer Betracht bleiben. In der Z 1 dieser Bestimmung wird der Geltungsbereich von den genannten Aspekten abgesehen wie folgt umschrieben

„Dieses Bundesgesetz regelt die Versagung und Entziehung von Aufenthaltstiteln von Drittstaatsangehörigen, die sich länger als sechs Monate im Bundesgebiet aufhalten oder aufhalten wollen.“

In Abs 2 des § 1 NAG findet sich eine weitere **Abgrenzungsnorm**. Hier wird aufgezählt, auf welche Personen das NAG grundsätzlich keine Anwendung findet. Von besonderer Bedeutung ist Z 1 leg cit, wonach das **NAG nicht für Personen gilt, die**

„nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), [...], oder nach vorigen asylgesetzlichen Bestimmungen zum Aufenthalt berechtigt sind oder faktischen Abschiebeschutz genießen oder sich nach Stellung eines Folgeantrages (§ 2 Abs. 1 Z 23 AsylG 2005) im Zulassungsverfahren (§ 28 AsylG 2005) befinden, soweit dieses Bundesgesetz nicht anderes bestimmt“.

Diese programmatische Norm legt demnach eine weitere grundlegende Abgrenzung fest: die Trennung zwischen den Regimen des AsylG 2005 einerseits und des NAG andererseits und damit jenen Grundsatz, der sich als für die rechtliche Auseinandersetzung mit der Gutachtensfrage zentral erweist und der dazu führt, dass Personen, die über ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 verfügen – demnach also auch nach § 13 AsylG 2005 zum Aufenthalt berechtigte Asylwerber:innen – grundsätzlich vom Geltungsbereich des NAG ausgenommen sind und daher nicht während der Innehabung eines asylrechtlichen Aufenthaltsrechts auch ein Verfahren nach dem NAG anhängig machen können.

Diese strikte Abgrenzungsnorm hält aber ein Einfallstor bereit: Im letzten (bei der obigen Wiedergabe der Bestimmung deshalb hervorgehobenen) Halbsatz der zitierten Bestimmung wird festgehalten, dass das NAG auch von dieser Regelung abweichendes bzw (in den Worten des Gesetzes: anderes) bestimmen kann.

Und „anderes“ wird mittlerweile an einigen Stellen des NAG geregelt:

1.1.1. ... und schon bestehende Ausnahmen

Trotz Innehabens eines asylgesetzlichen Aufenthaltsrechts können Personen einen Antrag nach dem NAG stellen,

- die als Vertriebene ein Aufenthaltsrecht nach § 62 AsylG 2005 innehaben,
- die eine „Aufenthaltsberechtigung“ oder eine „Aufenthaltsberechtigung plus“ nach den Bestimmungen der §§ 55 oder 56 AsylG 2005 innehaben,
- die eine „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ nach § 57 AsylG 2005 besitzen,

- denen als subsidiär Schutzberechtigte eine Aufenthaltsberechtigung nach § 8 Abs 4 AsylG 2005 zukommt
- oder die schon vor Einbringung eines Antrags auf internationalen Schutz über ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG verfügten.

Vertriebene können unter der Bedingung der Erfüllung der **Voraussetzungen des 1. Teiles** des NAG und sofern sie in einem Zeitraum von 24 Monaten zumindest 12 Monate lang über ein vollversichertes Beschäftigungsverhältnis verfügten nach § 41a Abs 7b NAG eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ erhalten.

Personen mit einem „**Bleiberecht**“, die also über eine „Aufenthaltsberechtigung“ oder „Aufenthaltsberechtigung plus“ nach den Bestimmungen der §§ 55 oder 56 AsylG 2005 verfügen, können nach Ablauf von 12 Monaten zu einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ wechseln, wenn sie entsprechende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen oder eine **Erwerbstätigkeit** ausüben, mit deren Einkommen die **monatliche Geringfügigkeitsgrenze [...] erreicht wird**“ (siehe § 41a Abs 9 NAG). Erfüllen sie keine dieser beiden Voraussetzungen, kann ihnen nach Ablauf von 12 Monaten eine Niederlassungsbewilligung gemäß § 43 Abs 3 NAG erteilt werden.

Menschen, die eine „**Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz**“ nach § 57 AsylG 2005 besitzen, kann bei erstmaliger Verlängerung dieser Aufenthaltsberechtigung, wenn sie die in § 60 Abs 2 Z 1 bis 4 AsylG 2005 den **Bestimmungen des 1. Teiles des NAG nachempfundenen** allgemeinen **Erteilungsvoraussetzungen** erfüllen und die Voraussetzungen für den besonderen Schutz weiterhin bestehen, gemäß § 41a Abs 3 NAG eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ erteilt werden.

Subsidiär Schutzberechtigte, die über eine Aufenthaltsberechtigung nach § 8 Abs 4 AsylG 2005 verfügen, können gemäß § 45 Abs 12 NAG nach fünf Jahren einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ erhalten, wenn sie die **Voraussetzungen des 1. Teiles des NAG** erfüllen und zusätzlich entsprechende Kenntnisse der deutschen Sprache aufweisen. In diesem Fall werden ihnen sogar der Statuserteilung vorangehende Aufenthaltszeiten als Asylwerber:innen unter bestimmten Voraussetzungen zur Gänze sonst jedenfalls zur Hälfte auf die Fünf-Jahres-Frist angerechnet.

Und schließlich ist § 1 Abs 2 Z 1 NAG nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs einschränkend dahingehend auszulegen, dass eine Person trotz Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz **bei (schon zuvor) aufrechter Bestehen eines Aufenthaltsrechts nach dem NAG** weiterhin dem Anwendungsbereich des NAG unterliegt (siehe VwGH 22. Juni 2023, Ra 2019/22/0170, Punkt 8.1. der Entscheidungsgründe).

Bei Betrachtung dieser Ausnahmekonstellationen fällt auf, dass auch ein weiterer Grundsatz des NAG für die angeführten Personengruppen nicht gilt, nämlich der im

nächsten Kapitel näher zu besprechende, in § 21 Abs 1 NAG niedergelegte Grundsatz, wonach Erstanträge nach dem NAG im Ausland einzubringen sind.

Hinzuweisen ist schon an dieser Stelle auch darauf, dass hinsichtlich Personen, die über eine „Aufenthaltsberechtigung“ oder „Aufenthaltsberechtigung plus“ nach den Bestimmungen der §§ 55 oder 56 AsylG 2005 verfügen, zudem von einem weiteren, wichtigen Kriterium abgesehen wird: Im 1. Teil des NAG werden im 4. Hauptstück (§§ 11 bis 13) die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung von Aufenthaltstiteln angeführt. Wesentlich sind dabei die in § 11 Abs 2 leg cit angeführten Erteilungsvoraussetzungen und dabei insbesondere die in den Z 2 bis 4 festgelegten Anforderungen an das Vorhandensein eines Einkommens bzw von Vermögen in ausreichender Höhe, eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes und eines Rechtsanspruchs auf eine ortsübliche Unterkunft; aber zu diesen Erteilungsvoraussetzungen noch später.

1.2. Grundsatz der Auslandsantragstellung im NAG – und schon bestehende Durchbrechungen

§ 21 Abs 1 NAG formuliert den für Verfahren nach diesem Gesetz wesentlichen Grundsatz, wonach Erstanträge nach dem NAG bei der zuständigen Vertretungsbehörde im Ausland einzubringen sind und ihre Erledigung auch im Ausland abzuwarten ist. Die Antragstellung vermittelt also kein vorläufiges Aufenthaltsrecht.

In Abs 2 leg cit sind mehrere Personengruppen definiert, denen von diesem Grundsatz abweichend die Inlandsantragstellung gestattet ist. Hier ist kein einheitlicher Zugang des Gesetzgebers erkennbar, es findet sich in dieser Norm ein Sammelsurium an Konstellationen. Zur Inlandsantragstellung sind etwa bestimmte Familienangehörige berechtigt, oder zur visumfreien Einreise berechnigte Personen während ihres rechtmäßigen Aufenthalts, oder auch Drittstaatsangehörige, die über ein österreichisches Reife-, Reifeprüfungs- oder Diplomprüfungszeugnis verfügen, sofern sie rechtmäßig aufhältig und eingereist sind (siehe zu diesen Fällen die Z 1, 4, 5 und 9). Für die gegenständliche Betrachtung von besonderem Interesse ist auch die erst kürzlich erweiterte Möglichkeit der Inlandsantragstellung für rechtmäßig eingereiste und aufhältige Drittstaatsangehörige, die die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ nach § 41 NAG begehren (siehe § 21 Abs 2 Z 7 leg cit).

§ 21 Abs 3 NAG erlaubt zudem auf begründeten Antrag hin, bei Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit der Ausreise aus dem Bundesgebiet zum Zwecke der Gewährleistung des Art 8 EMRK und (bei unbegleiteten Minderjährigen) zur Wahrung des Kindeswohls die Inlandsantragstellung zuzulassen.

Eine weitere Durchbrechung erfährt der Grundsatz der Inlandsantragstellung durch die Möglichkeit, dass der Antrag bei bestimmten Aufenthaltstiteln auch vom

„beabsichtigten Arbeitgeber“ im Inland eingebracht werden kann. Diese Bestimmung findet sich in § 20d Abs 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG).

Sie kann zum Anlass genommen werden, um sich näher mit der Verhältnis zwischen dem NAG und dem AuslBG auseinanderzusetzen.

1.3. Gemeinsame Schnittfläche NAG-AuslBG

Der Arbeitsmarktzugang von allen Personen, die nicht Österreicher:innen sind, wird im AuslBG geregelt. Dieses Gesetz spricht in diesem Zusammenhang von „Ausländern“ und meint damit grundsätzlich alle Personen, die nicht die österreichische Staatsbürger:innenschaft innehaben (siehe § 2 Abs 1 AuslBG). In § 1 Abs 2 sind zahlreiche Personengruppen definiert, die vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen sind, etwa Asylberechtigte, subsidiär Schutzberechtigte oder Vertriebene (lit a und k).

Für alle anderen Nicht-Österreicher:innen bestimmen § 3 Abs 1 und Abs 2 AuslBG, dass sie einer Beschäftigung nur nachgehen dürfen, wenn ihnen eine entsprechende Bewilligung zukommt; dies kann entweder eine von der Arbeitsmarktbehörde ausgestellte Bewilligung (etwa eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung) oder ein von der Niederlassungsbehörde erteilter Aufenthaltstitel, der zugleich Zugang zum Arbeitsmarkt vermittelt, sein (etwa eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“, eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ oder ein „Daueraufenthalt – EU“).

Bei der Erteilung einiger Niederlassungs- bzw Aufenthaltstitel kommt es dabei zu einem Zusammenwirken zwischen der Niederlassungs- und der Arbeitsmarktbehörde.

Diese Aufenthaltstitel sind insbesondere in Abschnitt III des AuslBG, in den §§ 12 bis 14, geregelt. Das Gesetz sieht hier ein Zulassungsverfahren vor, konkret für die Zulassung als

1. als besonders Hochqualifizierte:r gemäß § 12,
2. als Fachkraft gemäß § 12a,
3. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1,
4. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 2 (Studienabsolvent:in),
5. als Schlüsselkraft gemäß § 12c (Anwärter:in auf eine „Blaue Karte EU“),
6. als Stammmitarbeiter:in gemäß § 12d oder
7. als Künstler:in gemäß § 14

um eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ nach § 41 NAG, eine „Blaue Karte EU“ nach § 42 NAG oder eine „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ nach § 43a NAG ausgestellt zu erhalten.

Der verfahrensrechtliche Ablauf ist in **§ 20d AuslBG** näher beschrieben:

- Der Antrag wird bei der NAG-Behörde eingebracht.
- Diese hat ihn unverzüglich der AuslBG-Behörde zur Prüfung der jeweiligen Zulassungsvoraussetzungen zu übermitteln.
- Die AuslBG hat **innerhalb von vier Wochen** entweder
 - o gegenüber der NAG-Behörde schriftlich zu bestätigen, dass die Voraussetzungen für die Zulassung vorliegen
 - o oder bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen die Zulassung (mit **Bescheid**) zu versagen.

Im Falle der Bestätigung der Zulassung erteilt die NAG-Behörde sodann, wenn auch die übrigen Erteilungsvoraussetzungen erfüllt sind, den beantragten Aufenthaltstitel.

Die Versagung der Zulassung hingegen erfolgt in Form eines Bescheides der AuslBG-Behörde, der gemäß § 20g Abs 2 AuslBG beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann. Das Verfahren zur Erteilung des Aufenthaltstitels ist nach Rechtskraft dieses Bescheides der AuslBG-Behörde formlos einzustellen (vgl etwa § 41 Abs 4 NAG in Bezug auf die „Rot-Weiß-Rot – Karte“).

Die Zulassung gilt gemäß § 20d Abs 2 AuslBG für die Beschäftigung bei der oder dem im Antrag angegebenen Arbeitgeber:in **im gesamten Bundesgebiet**. Bei einem **Arbeitgeber:innenwechsel** ist wiederum eine Bestätigung der Zulassung im angeführten Verfahren einzuholen.

Bei einem späteren Umstieg auf eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ ist ein Arbeitgeber:innenwechsel unschädlich. Die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ bringt nämlich gemäß § 17 Z 1 AuslBG einen **unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt** mit sich.

Den Umstieg von einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ auf eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ regelt § 41a Abs 1 NAG. Die Voraussetzungen dafür sind

1. die Innehabung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für einen Zeitraum von zwei Jahren,
2. das Erfüllen der Voraussetzungen des 1. Teiles des NAG (sprich insbesondere der Nachweis einer bestimmten Einkommenshöhe) und
3. eine Mitteilung der AuslBG-Behörde, wonach die betroffene Person als Inhaberin einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ innerhalb der letzten 24 Monate 21 Monate unter den für die Zulassung maßgeblichen Voraussetzungen beschäftigt war (siehe § 20e Abs 1 Z 2 AuslBG).

Alternativ besteht die Möglichkeit des Umstiegs auf eine Niederlassungsbewilligung nach § 43 Abs 4 NAG wenn zwar innerhalb der vergangenen zwei Jahre eine Beschäftigung unter den für die Zulassung maßgeblichen Voraussetzungen vorlag, diese aber nicht über einen Zeitraum von zumindest 21 Monaten ausgeübt wurde.

Der Umstieg von einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ ist demnach also entweder zu einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ nach § 41a Abs 1 NAG oder zu einer Niederlassungsbewilligung nach § 43 Abs 4 NAG möglich. Für beides ist das Erfüllen der Voraussetzungen des 1. Teiles des NAG notwendig.

Liegen die für die Zulassung nötigen Voraussetzungen zu einem späteren Zeitpunkt laut einer Mitteilung der AuslBG-Behörde nicht länger vor, ist der Aufenthaltstitel gemäß § 28 Abs 6 NAG von der NAG-Behörde mit Bescheid zu **entziehen**.

Diese übersichtsartige Darstellung zeigt den unterschiedlichen Gehalt und Zweck der angeführten Aufenthaltstitel an. Die **„Rot-Weiß-Rot – Karte“ ist dabei als erster Einstieg in das System des NAG** konzipiert, während die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ bereits weitergehende Berechtigungen mit sich bringt, insbesondere einen unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt.

Manchen Drittstaatsangehörigen, etwa Vertriebenen mit Aufenthaltsberechtigung nach § 62 AsylG 2005 oder Personen mit einer Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz nach § 57 AsylG 2005, ermöglicht das Gesetz den sofortigen niederlassungsrechtlichen Einstieg in die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“. Voraussetzung für die Erteilung dieses Aufenthaltstitels ist aber auch in diesen Fällen immer die Erfüllung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 11 Abs 2 NAG; was – wie dargestellt und nachher nochmals erörtert werden wird – zur Erlangung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ kein nötiges Erfordernis (mehr) ist.

Einzigste Ausnahme davon bildet die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ an Drittstaatsangehörige, die über eine Aufenthaltsberechtigung nach den §§ 55 und 56 AsylG 2005 verfügen. Bei ihnen ist das Erfüllen der Voraussetzungen des 1. Teils des NAG kein nötiges Kriterium zur Titelerteilung. Dahinter dürfte die Überlegung stehen, dass ihnen angesichts der auf Dauer ausgesprochenen Unzulässigkeit der Erlassung einer Rückkehrentscheidung aus Gründen des Art 8 EMRK ein unbefristetes Aufenthaltsrecht (mit Niederlassungsqualität) in Österreich zukommt.

1.4. Tendenzen zur Erleichterung des Zugangs zum Arbeitsmarkt insbesondere zur Erlangung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“

In den vergangenen Jahren hat der Gesetzgeber verschiedene Schritte gesetzt, um den Zugang zu einem Aufenthaltsrecht mit arbeitsmarktbehördlicher Bewilligung zu erleichtern. Zu nennen sind dabei insbesondere

- die erleichterte Möglichkeit zur Inlandsantragstellung für Drittstaatsangehörige, die eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ gemäß § 41 NAG beantragen in § 21 Abs 2 Z 7 NAG,
- die Ausnahme von Personen, die eine Ausbildung in einem Pflegeberuf abgeschlossen haben, vom Anwendungsbereich des AuslBG unter

gleichzeitiger Schaffung einer Niederlassungsbewilligung für diese Zwecke in § 43b NAG

- und das Absehen von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen für die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ an Hochqualifizierte, Fachkräfte, Schlüsselkräfte und Stammmitarbeiter in § 41 Abs 1 und 2 NAG

Zwei dieser Gesetzesänderungen setzen die Anforderungen an die Erteilung und Erlangung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ herab, mit der dritten wird überhaupt ein Berufszweig, in dem qualifizierte Arbeitskräfte rar sind, ganz vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen.

Sie sollen nun im Weiteren näher betrachtet werden:

1.4.1. Erleichterungen bei der Inlandsantragstellung für alle Säulen der „Rot-Weiß-Rot – Karte“

Mit BGBl I 153/2022 wurden durch eine Anpassung des § 21 Abs 2 Z 7 NAG die Möglichkeiten zur Inlandsantragstellung zum Zwecke der Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ erweitert: Nach der bis dahin geltenden Rechtslage waren Drittstaatsangehörige, die im Rahmen der Beantragung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ die Zulassung als besonders Hochqualifizierte nach § 20d Abs 1 Z 1 AuslGB anstrebten und bei zu diesem Zwecke erteiltem Visum nach dem damals geltenden § 24a FPG während des insofern rechtmäßigen Aufenthalts zur Inlandsantragstellung berechtigt.

Nach der nun novellierten Bestimmung gilt die Möglichkeit der Inlandsantragstellung für alle Zwecke der Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ unter der Voraussetzung der rechtmäßigen Einreise und des rechtmäßigen Aufenthalts der antragstellenden Person. Durch die gleichzeitige Anfügung des Terminus „soweit dieses Bundesgesetz nicht anderes bestimmt“ in § 1 Abs 2 Z 3 NAG wurde damit erreicht, dass allen Personen, die sich visumfrei oder als Inhaber:innen eines Visums – auch eines solchen nach § 24 FPG, das zu einer befristeten Erwerbstätigkeit berechtigt – im Bundesgebiet aufhalten, die Möglichkeit der Inlandsantragstellung zukommt.

Der Gesetzgeber beschrieb im zu dieser Gesetzesänderung führenden Initiativantrag seine Beweggründe mit dem Ziel der „weiteren Förderung der qualifizierten Zuwanderung“ (siehe 2719/A XXVII. GP, 1f).

1.4.2. Teilweise Herausnahme von Pflege- und Sozialbetreuungsberufen aus dem Anwendungsbereich des AuslBG

Durch eine Anfang 2024 in Kraft getretene Novellierung wurden Personen, die eine Ausbildung in einem Pflegeassistentenberuf, im gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege oder in einem Sozialbetreuungsberuf absolviert haben und zur Berufsausübung berechtigt sind, vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen,

wodurch ihnen eine Niederlassungsbewilligung oder Aufenthaltsbewilligung nach dem NAG ausgestellt werden kann.

Rechtstechnisch wurde dies durch Änderungen der AuslBVO und der NAG-Durchführungs-VO umgesetzt. Gemäß § 1 Abs 4 AuslBG ist die Bundesministerin für Soziales ermächtigt, durch Verordnung über § 1 Abs 2 leg cit hinausgehende, weitere Ausnahmen vom Geltungsbereich des AuslBG festzulegen, „sofern es sich um Personengruppen handelt, deren Beschäftigung die allgemeine Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter besonderer Berücksichtigung der Schutzinteressen der betroffenen inländischen Arbeitnehmer zuläßt.“

Darauf gestützt wurden in § 1 Z 6 der AuslBVO die oben genannten Personen angeführt, **eingeschränkt** allerdings **auf Personen, die schon jetzt über ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG verfügen.**

Nachdem der Bundesminister für Inneres parallel dazu in § 10c der NAG-Durchführungsverordnung auf diese Novellierung der AuslBVO Bezug nimmt, kann Angehörigen dieser Personengruppe nunmehr eine „Niederlassungsbewilligung – Sonderfälle unselbständiger Erwerbstätigkeit“ gemäß § 43b oder eine „Aufenthaltsbewilligung – Sonderfälle unselbständiger Erwerbstätigkeit“ nach § 62 erteilt werden.

Die Erteilung dieser beiden Aufenthaltstitel kommt jeweils allerdings **nur bei Erfüllung** der sich aus dem 1. Teil des NAG ergebenden **allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen** in Betracht.

1.4.3. Absehen vom Erfordernis der Voraussetzungen des 1. Teils für alle Säulen der „Rot-Weiß-Rot – Karte“

Von diesem Erfordernis ging der Gesetzgeber nun – soweit ersichtlich: erstmals – im Zusammenhang mit der Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ ab. In § 41 Abs 1 und 2 NAG ist seit der Novellierung durch BGBl I 106/2022 geregelt, dass der Aufenthaltstitel erteilt werden kann, wenn „die Voraussetzungen des 1. Teiles mit Ausnahme des § 11 Abs. 2 Z 2 und 4“ erfüllt werden.

Die Z 2 nimmt auf das Erfordernis einer ortsüblichen Unterkunft Bezug. Z 4 stellt auf ein ausreichend hohes Einkommen ab, sodass gewährleistet ist, dass der Aufenthalt der betroffenen Person „zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führen könnte“.

Der Gesetzgeber begründete diese Erleichterung beim Zugang zu einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ mit einer Angleichung an die gleichzeitig im gleichen Sinne vorgenommene Änderung beim Zugang zum Aufenthaltstitel „Blaue-Karte-EU“ nach § 42 NAG, bei dem

wiederum unionsrechtliche Vorgaben dies vorsahen (siehe RV 1528 Blg NR XXVII. GP, 9).

Erforderlich wird die Erfüllung auch dieser beiden Voraussetzungen dann später bei einem möglichen Umstieg auf die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ oder eine Niederlassungsbewilligung (siehe oben). In beiden Fällen müssen dann alle Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllt werden.

Weiterhin Voraussetzung schon für die Erteilung der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bleibt die Erfüllung der Voraussetzungen für die Zulassung nach § 12a AuslBG. Für Fachkräfte bedeutet dies, dass sie „für die beabsichtigte Beschäftigung das ihnen nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag **zustehende Mindestentgelt zuzüglich einer betriebsüblichen Überzahlung** erhalten“ müssen (siehe § 12a Abs 1 Z 3 leg cit).

Das Absehen von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 11 Abs 2 Z 2 und 4 NAG betrifft nicht nur den Zugang zur „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für Fachkräfte, sondern auch für besondere Hochqualifizierte, für Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1 und 2 AuslBG und für Stammmitarbeiter:innen gemäß § 12d leg cit (siehe die Verweise auf diese in den einzelnen Ziffern des § 20d Abs 1 AuslBG angeführten Personengruppen in § 41 Abs 1 und 2 NAG). Diese Regelung gilt im Übrigen auch für selbständige Schlüsselkräfte und „Start-up-GründerInnen“ nach § 24 Abs 1 und 2 AuslBG (siehe auch dazu die Verweise in § 41 Abs 2 NAG, diesmal in den Z 4 und 5).

2. Arbeitsmarktzugang für Asylwerber:innen

2.1. Zum Arbeitsmarktzugang nach den Bestimmungen des AuslBG

§ 1 Z 16 der gemäß § 1 Abs 4 AuslBG erlassenen, oben schon angesprochenen AuslBVO bestimmt, dass Asylwerber:innen nach Ablauf von drei Monaten nach erfolgter Zulassung des Verfahrens über ihren Antrag auf internationalen Schutz (iSd § 28 AsylG 2005) „hinsichtlich der Erbringung von einfachen haushaltstypischen Dienstleistungen in Privathaushalten gemäß § 1 Abs. 1 des Dienstleistungsscheckgesetzes“ vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen sind.

Davon abgesehen unterliegt die Beschäftigung von Asylwerber:innen aber dem Regelungsbereich des AuslBG, das in seinem § 3 Abs 1 und 2 anführt, mit welchen Aufenthaltstiteln nach dem NAG oder welchen arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen „Ausländer“ grundsätzlich einer Beschäftigung nachgehen können.

Nachdem, wie oben dargestellt, die Erteilung eines Arbeitsmarktzugang mit sich bringenden Aufenthaltstitels nach dem NAG für Asylwerber:innen zufolge ihres Ausschlusses von Geltungsbereich dieses Gesetzes grundsätzlich nicht möglich ist, verbleibt als Voraussetzung für eine rechtmäßige Beschäftigung nur die Erteilung einer Bewilligung nach dem AuslBG, und dabei insbesondere die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach § 4 AuslBG.

Auch für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung ist Voraussetzung, dass ein Zeitraum von drei Monaten ab Zulassung des Verfahrens über den Antrag auf internationalen Schutz vergangen ist (siehe dazu ausdrücklich § 4 Abs 1 Z 1 AuslBG). In den ersten drei Monaten ab Einbringung des Antrags auf internationalen Schutz besteht somit im Umkehrschluss kein Arbeitsmarktzugang für Asylwerber:innen.

Zusammengefasst

- besteht für Asylwerber:innen während der der ersten drei Monate nach Einbringung ihres Antrags auf internationalen Schutz praktisch ein Beschäftigungsverbot,
- sind sie nach Ablauf dieser Zeit hinsichtlich der Erbringung von einfachen haushaltstypischen Dienstleistungen in Privathaushalten vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen
- und benötigen sie ansonsten für die Aufnahme einer unselbständigen Beschäftigung eine Bewilligung nach dem AuslBG, insbesondere eine Beschäftigungsbewilligung nach § 4 AuslBG.

Grundsätzlich ist es also für Asylwerber:innen möglich, am Arbeitsmarkt Fuß zu fassen. Eine große Hürde für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung stellt in der Praxis aber die nötige **Arbeitsmarktprüfung** dar, die Prüfung also, ob für die Arbeitsstelle, für die eine Beschäftigungsbewilligung beantragt wird, andere Personen am Arbeitsmarkt

zur Verfügung stehen, denen gegenüber Asylwerber:innen der Vorzug zu geben wäre. § 4b Abs 1 AuslBG nennt in diesem Zusammenhang „Ausländer [...] mit Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, EWR-Bürger, Schweizer, türkische Assoziationsarbeitnehmer [...] und Ausländer mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang“.

Abgesehen wird von diesem Erfordernis im Falle der Beschäftigung als **Fachkraft in einem Mangelberuf**. Soll eine Beschäftigungsbewilligung für einen solchen Arbeitsplatz ausgestellt werden, kann gemäß § 4 Abs 7 Z 4 AuslBG die **Arbeitsmarktprüfung entfallen**.

Auch trotz dieser Erleichterung bleibt es für Asylwerber:innen schwierig, am Arbeitsmarkt Fuß zu fassen. Eine große Hürde stellt nämlich die Kopplung ihres Arbeitsmarktzugangs an ihr Aufenthaltsrecht dar, während umgekehrt die Beschäftigung – anders als im Bereich des NAG – keine Auswirkungen auf das Fortbestehen ihres asylrechtlichen Aufenthaltsrecht hat.

Dies soll nun genauer dargestellt werden:

2.2. Zur Problematik des Verlusts des Aufenthaltsrechts nach § 13 AsylG 2005

Im Asylverfahren ist vorgesehen, dass es im Falle der gänzlichen Abweisung eines Antrags auf internationalen Schutz oder seiner Zurückweisung zwingend zur Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Erlassung einer Rückkehrentscheidung zu kommen hat.

§ 10 Abs 1 Z 3 AsylG 2005 bestimmt konkret: Wird der Antrag auf internationalen Schutz sowohl bezüglich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten als auch der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten abgewiesen und von Amts wegen ein Aufenthaltstitel gemäß § 57 AsylG 2005 nicht erteilt, ist eine Rückkehrentscheidung zu erlassen (sofern sie nicht auf Dauer oder vorübergehend unzulässig ist). Gemeinsam mit der Prüfung der Zulässigkeit der Rückkehrentscheidung erfolgt die Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 55 AsylG 2005 vorliegen.

Die Beurteilung, ob die Erlassung einer Rückkehrentscheidung auf Dauer unzulässig ist, richtet sich gemäß § 9 Abs 3 BFA-VG nach dem in Abs 2 dieser Bestimmung angeführten Kriterienkatalog. In diesem Rahmen kann das Nachgehen einer Erwerbstätigkeit das private Interesse der betroffenen asylsuchenden Person am weiteren Verbleib im Bundesgebiet grundsätzlich verstärken und damit zur Feststellung führen, dass die Erlassung einer Rückkehrentscheidung unzulässig ist, was zur Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung nach § 55 AsylG 2005 führt.

Allerdings ist die Praxis sehr restriktiv:

Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung ist von einer solchen Aufenthaltsverfestigung in der Regel, sofern nicht „außergewöhnlichen Umständen“ vorliegen, erst nach einer fünfjährigen Aufenthaltsdauer auszugehen (siehe diese Rechtsprechungslinie zusammenfassend etwa VwGH 14. Juli 2021, Ra 2021/14/0158).

In zahlreichen Fällen hat der Verwaltungsgerichtshof betont, dass bei einer darunter liegenden Aufenthaltsdauer auch das Nachgehen einer unselbständigen Erwerbstätigkeit für sich genommen nicht den Ausschlag für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 55 AsylG 2005 geben kann (siehe etwa das grundlegende Erkenntnis VwGH 28. Februar 2019, Ro 2019/01/0003, wonach auch die Lehre in einem Mangelberuf nicht geeignet ist, ein öffentliches Interesse zu begründen, das gegen die Aufenthaltsbeendigung in Stellung gebracht werden könnte).

Ergeht aber eine Rückkehrentscheidung, wird damit festgestellt, dass der Aufenthalt der betroffenen Person unrechtmäßig geworden ist. Eine bisher innegehabte Aufenthaltsberechtigung nach § 13 AsylG 2005 erlischt.

De facto ist es dann unmöglich, die Beschäftigung weiter aufrechtzuerhalten. Eine nach § 4 AuslBG erteilte Beschäftigungsbewilligung wird zwar mit Verlust des asylgesetzlichen Aufenthaltsrechts nicht automatisch gegenstandslos. Der Verlust des Aufenthaltsrechts verpflichtet die Arbeitsmarktbehörde aber gemäß § 9 Abs 2 lit a AuslBG zum Widerruf der Arbeitsmarktbescheinigung. In der Praxis führt der Verlust des Aufenthaltsrechts zudem in der Regel zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die bzw den Arbeitgeber:in. Damit wiederum geht ein Erlöschen der Beschäftigungsbewilligung nach § 7 Abs 6 Z 1 AuslBG einher.

Mit Erlassung der Rückkehrentscheidung ist es dann nahezu unmöglich, wieder zu einem Aufenthaltsrecht zu gelangen. Denkbar wäre, allerdings nur bei einer Aufenthaltsdauer von mindestens fünf Jahren, lediglich eine Aufenthaltsberechtigung nach § 56 AsylG 2005 zu beantragen. Selbst wenn dies gelingen sollte: Während der Dauer dieses Verfahrens bleibt der Aufenthalt unrechtmäßig und ein weiteres Aufrechterhalten des Beschäftigungsverhältnisses deshalb unmöglich.

All dies macht die Beschäftigung von Asylwerber:innen auch für Arbeitgeber:innen wenig attraktiv. Durch die jederzeit drohende Abweisung des Antrags auf internationalen Schutz schwebt über dem Beschäftigungsverhältnis das Damoklesschwert seiner plötzlich notwendigen Beendigung. Einmal beendet, ist die Wahrscheinlichkeit sehr hoch, dass die Arbeitsstelle mit einer anderen Person besetzt wird.

2.3. Zur Zurückziehung bzw Zurücknahme eines Antrags auf internationalen Schutz

Die Zurückziehung des Antrags auf internationalen Schutz ist für Asylwerber:innen, die am Arbeitsmarkt Fuß gefasst haben, keine Option, um diese Problemlage zu entschärfen.

Gemäß § 25 Abs 2 erster Satz AsylG 2005 ist es grundsätzlich **nicht möglich, einen Antrag auf internationalen Schutz** im Verfahren vor der Asylbehörde **zurückzuziehen**; es sei denn, die betroffene Person verfügt bereits über eine Niederlassung iSd § 2 Abs 2 NAG.

Nachdem Asylwerber:innen aber grundsätzlich – wie oben schon dargestellt – vom Anwendungsbereich des NAG ausgenommen sind, steht diese Möglichkeit lediglich Menschen offen, die schon vor der Einbringung eines Antrags auf internationalen Schutz über einen Niederlassungstitel verfügten. In der Praxis tritt eine solche Fallkonstellation so gut wie nie zu Tage.

Ist das asylgesetzliche Verfahren bereits beim Bundesverwaltungsgericht anhängig, wird eine Zurückziehung des Antrags auf internationalen Schutz ex lege als Zurückziehung der Beschwerde begriffen. Damit tritt die Rechtskraft des zuvor noch in Beschwerde gezogenen Bescheids der Asylbehörde ein, mit der Konsequenz, dass dann (in aller Regel) eine Rückkehrentscheidung besteht.

Ab Juni 2026 werden die im vergangenen Jahr vom Unionsgesetzgeber erlassenen Rechtsakte zur Neuregelung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) wirksam. Das asylrechtliche Verfahren wird dann durch die direkt anwendbare **Verordnung (EU) 2024/1348** vom 14. Mai 2024 zur Einführung eines gemeinsamen Verfahrens für internationalen Schutz in der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 2013/32/EU, kurz der neuen Verfahrens-VO, geregelt.

Art 40 der Verfahrens-VO besagt, dass Asylwerber:innen einen Antrag auf internationalen Schutz „aus eigener Initiative zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens zurücknehmen“ können. Die Asylbehörde hat den Antrag dann gemäß Art 36 Abs 1 als ausdrücklich zurückgenommen abzulehnen. Sie kann trotz der Zurücknahme des Antrags, wenn der Sachverhalt bereits ausreichend erhoben ist, trotzdem noch eine inhaltliche Entscheidung über den Antrag treffen (siehe Art 40 Abs 4). In jedem dieser Fälle ist die Entscheidung gemäß Art 37 grundsätzlich mit einer Rückkehrentscheidung zu verbinden oder eine solche in zeitlicher Nähe zur asylrechtlichen Entscheidung zu treffen.

Die Verfahrens-VO räumt im Asylverfahren auch anderen Behörden und Einrichtungen neben der Asylbehörde Zuständigkeiten ein. Gemäß Art 4 Abs 2 der Verfahrens-VO sind dies jedenfalls „die Polizei, Einwanderungsbehörden, Grenzschutzbeamte und die

Behörden, die für Haft- oder Unterbringungseinrichtungen zuständig sind“. Diesen Behörden und Einrichtungen kommt jedenfalls die Aufgabe zu, Anträge auf internationalen Schutz entgegenzunehmen. Art 4 spricht in seiner Überschrift zusammenfassend von „zuständigen Behörden“.

Bedeutsam ist dies im vorliegenden Kontext deshalb, weil Art 40 Abs 3 erster Satz der Verfahrens-VO bestimmt, dass die ausdrückliche Rücknahme eines Antrags auf internationalen Schutz auch „vor einer anderen zuständigen Behörde als der Asylbehörde“ stattfinden kann. Demnach kann die Rücknahme des Antrags auf internationalen Schutz im österreichischen Rechtskontext auch gegenüber einer NAG-Behörde, die als „Einwanderungsbehörde“ im unionsrechtlichen Sinne zu verstehen ist, erklärt werden.

Inwiefern sich aus diesen neuen verfahrensrechtlichen Möglichkeiten für die Zwecke dieses Gutachtens hilfreiche Türen öffnen, zeigt sich später noch.

2.4. Zum Konzept des früheren § 55a FPG

Besonders problematisch erweist sich die durch den Verlust des asylrechtlichen Aufenthaltsrechts bedingte Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses, wenn dieses noch der Ausbildung diene, etwa im Rahmen einer Lehre. Deshalb hat der Gesetzgeber Ende des Jahres 2019 für einen beschränkten Zeitraum von vier Jahren im mittlerweile außer Kraft getretenen § 55a FPG eine Regelung vorgesehen, die dazu führte, dass die Frist für die freiwillige Ausreise nach § 55 FPG erst ab dem Zeitpunkt der Endigung oder Auflösung des Lehrverhältnisses zu laufen begann.

Dies ermöglichte Asylwerber:innen zwar den Abschluss eines bereits vor Erlassung einer Rückkehrentscheidung begonnen Lehrverhältnisses, allerdings bot diese Regelung keine Möglichkeit, dieses Lehrverhältnis dann in ein sonstiges Beschäftigungsverhältnis zu überführen. Die Regelung hemmte lediglich den Beginn des Laufs der Frist zur freiwilligen Ausreise. Der Aufenthalt der betroffenen asylsuchenden Person wurde aber dennoch bereits unrechtmäßig, sodass schon deshalb keine Möglichkeit bestand, unter Hinweis auf die nun abgeschlossene Lehre etwa einen Aufenthaltstitel nach dem NAG zu erhalten. Zur Erinnerung: Während unrechtmäßigen Aufenthalts ist die Einbringung eines Antrags nach dem NAG unmöglich.

Einzige Möglichkeit der Legalisierung des unrechtmäßig gewordenen Aufenthalts und damit der Fortsetzung eines Beschäftigungsverhältnisses war auch hier ein Antrag nach § 56 AsylG 2005.

Mit 27. Dezember 2023 ist diese Regelung mittlerweile ohnehin ersatzlos entfallen.

3. Zwischenergebnisse

Nach dieser Darstellung der niederlassungsrechtlichen, arbeitsmarktrechtlichen und asylrechtlichen Lage haben sich also folgende Hindernisse für einen „Spurwechsel“ vom Regime des AsylG 2005 in das des NAG herauskristallisiert:

- Problem der generellen Ausnahme von Asylwerber:innen vom Anwendungsbereich des NAG
- Problem des Grundsatzes der Auslandsantragstellung
- Problem der Erfüllung der Voraussetzungen des 1. Teils des NAG (in Bezug vor allem auf die Höhe des Einkommens)
- Problem der zwingenden Erlassung einer Rückkehrentscheidung bei negativem Ausgang des Asylverfahrens
- Problem der fehlenden Möglichkeit, einen Antrag auf internationalen Schutz zurückzunehmen oder zurückzuziehen (ohne damit die Erlassung einer Rückkehrentscheidung und damit die Unrechtmäßigkeit des weiteren Aufenthalts zu erwirken)
- Problem des Fehlens einer aufenthaltsrechtlichen Anschlussnorm, um bei negativem Abschluss des Asylverfahrens ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG erlangen zu können
- Problem der Kopplung des Arbeitsmarktzugangs von Asylwerber:innen an das asylrechtliche Aufenthaltsrecht

Wenn Asylwerber:innen am Arbeitsmarkt Fuß fassen, ist ihre arbeitsmarktbehördliche Bewilligung an das asylgesetzliche Aufenthaltsrecht gekoppelt. Wird ihr Antrag auf internationalen Schutz abgewiesen, ist – wie aufgezeigt – zugleich gemäß § 10 Abs 1 AsylG 2005 die Erlassung einer Rückkehrentscheidung zu prüfen. Gelangt das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl oder das Bundesverwaltungsgericht dabei nicht zur Überzeugung, dass Art 8 EMRK, etwa wegen des schon erreichten hohen Grades an Integration, einer Aufenthaltsbeendigung entgegensteht, ergeht eine Rückkehrentscheidung. Diese wiederum bringt das Aufenthaltsrecht zum Erlöschen – und mit ihm den Zugang zum Arbeitsmarkt.

In dieser Situation halten sich Betroffene dann auch nicht mehr rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Es besteht also unter keinen Umständen mehr die Möglichkeit, einen Aufenthaltstitel nach dem NAG zu beantragen. Auch eine den Arbeitsmarktzugang wieder eröffnende erfolgreiche Antragstellung nach § 55 AsylG 2005 ist – jedenfalls im zeitlichen Nahebereich der Erlassung der Rückkehrentscheidung – nicht möglich. Die Rückkehrentscheidung kann nämlich nur erlassen werden, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 55 AsylG 2005 nicht gegeben sind. Insofern sieht sich ein nach Erlassung der Rückkehrentscheidung einzubringender Antrag nach § 55 AsylG 2005 mit einer res iudicata konfrontiert. Denkbar wäre nur eine Antragstellung nach § 56 AsylG 2005.

Das macht die Beschäftigung von Asylwerber:innen auch für Arbeitgeber:innen wenig attraktiv, weil das Beschäftigungsverhältnis dadurch schlecht planbar ist und abrupt enden kann.

Eine Zurückziehung des Antrags auf internationalen Schutz ist nach der derzeitigen Rechtslage (siehe nochmals § 25 Abs 2 AsylG 2005) nicht ohne weiteres möglich und entschärft die Problemlage des unrechtmäßig werdenden Aufenthalts nicht.

Es braucht also eine Lösung dafür, wie es ermöglicht werden könnte, Asylwerber:innen die Beantragung eines Aufenthaltstitels nach dem NAG zu ermöglichen, ohne dass dann das aufenthaltsrechtliche und das asylrechtliche Verfahren parallel laufen und unter Gewährleistung eines lückenlosen Übergangs von dem einen Regime in das andere, ohne dass es also zur Unterbrechung des rechtmäßigen Aufenthalts oder zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung kommt.

4. Lösungsvorschlag

4.1. Vorschlag für einen „Spurwechsel“ für Asylwerber:innen in die „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für Fachkräfte und für Stammmitarbeiter:innen bei gleichzeitiger Rücknahme ihres Antrags auf internationalen Schutz

Ein konkreter Vorschlag könnte in der Einräumung der Möglichkeit bestehen, einen **Aufenthaltstitel während der Innehabung eines Aufenthaltsrechts nach § 13 AsylG 2005 zu beantragen.**

Eine solche Initiative ließe sich so gestalten, dass sie mit den geschilderten Grundsätzen des NAG kompatibel wäre, vor allem wenn sich diese Möglichkeit auf den Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ und dabei auf diejenigen Arten dieses Aufenthaltstitels bezieht, die für Fachkräfte und für Stammmitarbeiter:innen konzipiert sind.

Denn: Der Zugang zur „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für Fachkräfte, also für Personen mit vorhandener Qualifikation in einem Mangelberuf, ist jener Bereich, der schon in den vergangenen Jahren in einzelnen Schritten erleichtert wurde. Wie oben dargestellt, wurde zunächst die Inlandsantragstellung für alle Drittstaatsangehörigen, die rechtmäßig eingereist und aufhältig sind, ermöglicht. Diese Regelung auf Asylwerber:innen auszuweiten, würde also nur eine recht minimale Erweiterung des Bestehenden bedeuten. Asylwerber:innen würden schließlich schon jetzt diese normierte Voraussetzung des rechtmäßigen Aufenthalts (und mitunter auch der rechtmäßigen Einreise) erfüllen.

Sie könnten schon jetzt damit einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“, wäre da nicht § 1 Abs 2 Z 1 NAG, der sie generell vom Anwendungsbereich des NAG ausnimmt.

Allerdings erlaubt eben der letzte Satz dieser Norm zum Geltungsbereich des NAG auch, Ausnahmen von diesem Grundsatz vorzunehmen – was bisher schon in einigen Fällen für Vertriebene, für Personen mit Bleiberecht nach den §§ 55 und 56 AsylG 2005, für Personen mit einer Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz nach § 57 AsylG 2005, für subsidiär Schutzberechtigte und für Personen geschehen ist, die schon vor der Einbringung eines Antrags auf internationalen Schutz über ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG verfügten.

Es würde also keinen Systembruch darstellen, Personen, die über ein Aufenthaltsrecht nach § 13 AsylG 2005 verfügen, zu den angeführten Personengruppen hinzuzunehmen. Eingeschränkt werden könnte diese Möglichkeit etwa auf den Zugang zu den beiden angeführten Zwecken, für die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für Fachkräfte und für Stammmitarbeiter:innen also.

Diese zwei Aufenthaltstitel würden sich dazu besonders eignen, weil schon die bisherigen Öffnungen beim Zugang zur „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für Fachkräfte mit dem großen volkswirtschaftlichen Interesse an der qualifizierten Zuwanderung in diesem Bereich begründet wurden. Zu den bisherigen Bemühungen würde sich nun dieser weitere Öffnungsschritt gut fügen. Aus volkswirtschaftlicher, arbeitsmarktpolitischer und migrationspolitischer Sicht scheint es sinnvoll, auf die Qualifikation von schon im Bundesgebiet aufhältigen Personen in Bereichen zurückzugreifen, in denen Fachkräfte dringend gesucht werden; sinnvoller jedenfalls als derlei Fachkräfte erst im Ausland anzuwerben, während in Österreich schon aufhältige Personen mit entsprechender Qualifikation außer Landes gebracht werden sollen.

Durch das Abstellen auf eine Aufenthaltsberechtigung nach § 13 AsylG 2005 ist zudem gewährleistet, dass nur Asylwerber:innen in den Genuss dieser neuen Möglichkeit kommen können, die nicht straffällig iSd § 2 Abs 3 AsylG 2005 geworden sind, weil diese sonst dieses asylrechtlichen Aufenthaltsrechts verlustig gegangen wären (siehe § 13 Abs 2 AsylG 2005). Auch bei der Schaffung der Hemmungsregel in § 55a FPG nahm der damalige Gesetzgeber auf diesen, asylgesetzlichen Begriff der Straffälligkeit Bezug (vgl Abs 2 leg cit) und nahm straffällig gewordene Personen aus.

Eine spezifische Regelung zu Kenntnissen der deutschen Sprache braucht es nicht, weil schon für die arbeitsmarktbehördliche Zulassung als Fachkraft entsprechende Deutschkenntnisse von Nöten sind (siehe die Anlage B zum AuslBG). Damit ist gewährleistet, dass also nur Personen den Wechsel ins NAG vollziehen können, die entsprechende Sprachkenntnisse aufweisen – und demnach in der Regel auch auf eine schon längere Aufenthaltsdauer im Bundesgebiet blicken können. Insofern braucht nicht befürchtet zu werden, dass die – ohnehin nur auf spezifische Bereiche eingeschränkte – Möglichkeit des Wechsels ins NAG-Regime einen besonderen Anreiz für eine Asylantragstellung schaffen würde. Das Potential von schon im Bundesgebiet aufhältigen Menschen, ihre Qualifikation und ihre in Österreich erworbenen Kenntnisse der deutschen Sprache einzusetzen, um eine Erwerbstätigkeit in Berufen auszuüben, in denen ein Fachkräftemangel herrscht, bietet insofern auch aus einem migrationspolitischen Blickwinkel keinen Anlass für Beanstandung.

Und auch eine gesonderte Regelung zum Absehen von der Bedingung des im Rahmen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 11 Abs 2 NAG nachzuweisenden hohen Einkommens braucht es bei der Einrichtung des „Spurwechsels“ in die Schiene der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ nicht, weil der Gesetzgeber für dieses Aufenthaltstitel in § 41 Abs 2 ohnehin bereits ein Außerachtlassen der in den Z 2 und 4 des § 11 Abs 2 NAG normierten Kriterien vorgesehen hat. Auch deshalb eignet sich die „Rot-Weiß-Rot – Karte“ nach dieser Bestimmung besonders für den „Spurwechsel“. Freilich braucht es zum Erreichen der Zulassung als Fachkraft gemäß § 12a Abs 1 Z 3 AuslBG den Nachweis einer Bezahlung in der Höhe des nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Mindestentgeltes zuzüglich einer betriebsüblichen Überzahlung.

Der Vorschlag geht dahin, dass zugleich mit der Antragstellung bei der NAG-Behörde gegenüber dieser der Antrag auf internationalen Schutz unter der aufschiebenden Bedingung der Erteilung des NAG-Aufenthaltstitels zurückgezogen wird. Damit kann eine Aufrechterhaltung des Grundsatzes der Trennung der Regime des AsylG 2005 und des NAG gewährleistet werden. Wer sich also für den Wechsel ins NAG entscheidet, gibt damit die Chance auf, die Gewährung von internationalem Schutz zu erreichen – unter der Voraussetzung freilich, dass dem Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels stattgegeben wird.

Die Kombination der Willenserklärung über die Antragsrücknahme und der Einbringung des Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gewährleistet zudem, dass nicht parallel zueinander in Widerspruch stehende Entscheidungen getroffen werden können:

Durch die Normierung einer Verpflichtung, mit dem asylgesetzlichen Verfahren bis zur Entscheidung über den Antrag innezuhalten, ist gewährleistet, dass nicht während der niederlassungsrechtlichen Prüfung vollendete Tatsachen im Asylverfahren geschaffen werden, die wegen der dann mit einer Abweisung des Antrags auf internationalen Schutz zu verbindenden Rückkehrentscheidung der Erteilung eines NAG-Titels entgegenstehen würden. Dadurch wiederum kann aber auch keine entscheidend ins Gewicht fallende Verzögerung des asylgesetzlichen Verfahrens erreicht werden, sieht doch § 41 Abs 3 NAG ohnehin bereits vor, dass Entscheidungen über Anträge auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ von der Niederlassungsbehörde längstens innerhalb von acht Wochen zu treffen sind. Und wird die Zulassung als Fachkraft oder Stammmitarbeiter:in versagt, hat das Bundesverwaltungsgericht über eine gegen diese Entscheidung zu erhebende Beschwerde gemäß § 20g AuslBG längstens binnen drei Monaten zu entscheiden.

Welche Art der Entscheidung das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl bzw das Bundesverwaltungsgericht dann über den zurückgenommenen Antrag auf internationalen Schutz zu treffen haben, hat der Gesetzgeber ohnehin im Rahmen der anstehenden Anpassungen an die neuen GEAS-Rechtsakte zu regeln. Auf Basis der derzeitigen Rechtslage gewährleistet § 52 Abs 2 letzter Satz FPG, dass die zurückweisende oder abweisende Entscheidung über den Antrag auf internationalen Schutz in diesem Fall nicht mit einer Rückkehrentscheidung zu verbinden wäre, weil der betroffenen Person ein „Aufenthaltsrecht nach anderen Bundesgesetzen zukommt“ – im konkreten Fall dann eben nach dem NAG.

Mit den Bestimmungen der neuen Verfahrens-VO ist das Konzept kompatibel: Art 37 der Verfahrens-VO sieht vor, dass auch die Entscheidung, einen Antrag auf internationalen Schutz als ausdrücklich zurückgenommen abzulehnen, mit einer Rückkehrentscheidung zu verbinden ist. Diese Norm verweist in dem Zusammenhang auf die Rückführungs-Richtlinie, RL 2008/115/EG, die durch die GEAS-Reform keine Änderung erfährt. Nach der Rückführungs-Richtlinie ist eine Rückkehrentscheidung zu

erlassen, um den „illegalen Aufenthalt [eines] Drittstaatsangehörigen“ festzustellen (siehe Art 3 Ziffer 4 der Richtlinie). Liegt aber ein rechtmäßiger Aufenthalt nach dem NAG vor, besteht kein Raum für die Erlassung einer Rückkehrentscheidung. Die sich derzeit in § 52 Abs 2 letzter Satz FPG findende Bestimmung bedarf daher im Rahmen der Anpassung an die GEAS-Rechtsakte keiner Änderung.

Wegen der zugleich mit der Antragstellung erfolgten Rücknahme des Antrags auf internationalen Schutz ist zu regeln, dass entgegen der sonst geltenden Anordnung im zweiten Satz des § 20d Abs 1 AuslBG in der vorgeschlagenen Konstellation die Antragstellung nicht durch den „beabsichtigten Arbeitgeber“ erfolgen kann, weil die gleichzeitige Rücknahme des Antrags auf internationalen Schutz nur durch die asylsuchende Person selbst (oder deren Rechtsvertretung) erfolgen kann (siehe dazu ausdrücklich Art 40 Abs 1 Verfahrens-VO).

Die Einbeziehung von Stammmitarbeiter:innen in dieses neu vorgeschlagene System schließlich, bietet sich schon deshalb an, weil Asylwerber:innen immer wieder als Saisonarbeitskräfte Beschäftigung finden. Das Erfordernis, innerhalb eines Zeitraums von fünf Kalenderjahren in drei Jahren als Saisonarbeitskraft im selben Wirtschaftszweig und danach in zwei Kalenderjahren als registrierte:r Stammmitarbeiter:in tätig gewesen zu sein (siehe zu diesen Voraussetzungen § 5 Abs 6a und § 12d AuslBG), beschränkt die Zahl der dafür in Frage kommenden Asylwerber:innen ohnehin auf eine (wahrscheinlich) überschaubare Zahl. Bei Personen, die über einen derart langen Zeitraum in einem Wirtschaftszweig unselbständig erwerbstätig waren, spricht aber wiederum weder arbeitsmarktpolitisch noch migrationspolitisch etwas dagegen, ihnen den Wechsel in das NAG zu ermöglichen.

Das vorgeschlagene Konzept ließe sich durch nur geringfügige Anpassungen im NAG, im AuslBG und im AsylG 2005 umsetzen. Es braucht

- im § 41 NAG eine Norm, die es Personen mit Aufenthaltsrecht nach § 13 AsylG 2005 ermöglicht, einen Antrag auf Erteilung der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ zu stellen,
- eine Zulassung der Inlandsantragstellung,
- eine Norm, die das Innehalten des Asylverfahrens anordnet
- und, damit die gleichzeitige Zurücknahme des Antrags auf internationalen Schutz möglich bleibt, eine Klarstellung im AuslBG, dass in dieser Fallkonstellation der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht vom „beabsichtigten Arbeitgeber“ gestellt werden kann.

Alle anderen oben angeführten Bedingungen sind schon Bestandteil der Rechtsordnung, insbesondere der Regelungen zur „Rot-Weiß-Rot – Karte“. Auf sie kann ohne weiteren Änderungsbedarf zurückgegriffen werden.

Bevor der konkrete Gesetzesänderungsvorschlag nun dargestellt wird, ist es nötig, noch einen weiteren Aspekt in den Blick zu nehmen; die Frage nämlich, ob

Asylwerber:innen auch ein „Spurwechsel“ ermöglicht werden kann, um die Qualifikation als Fachkraft in einem Mangelberuf zu erlangen.

4.2. Vorschlag für einen „Spurwechsel“ für Asylwerber:innen zu einer Ausbildung zur Erlangung einer Qualifikation für die Beschäftigung als Fachkraft in einem Mangelberuf

Durch das vorgestellte Modell könnte es Asylwerber:innen möglich gemacht werden, einen „Spurwechsel“ ins NAG über die Schiene als Fachkräfte in einem Mangelberuf (sowie allenfalls als Saisonarbeitskräfte) zu bewerkstelligen. Asylwerber:innen sind aber mitunter nicht in der Lage, eine entsprechende, in ihrem Herkunftsstaat erworbene Qualifikation nachzuweisen. Nicht zuletzt deshalb, aber auch weil Asylwerber:innen in vielen Fällen die Bereitschaft mitbringen, eine Ausbildung einzuschlagen, die sie zu einer Beschäftigung als Fachkraft in einem Mangelberuf qualifiziert, stellt sich die Frage, ob auch ein „Spurwechsel“ mit dem Zweck der Absolvierung einer solchen Ausbildung in Österreich gestaltet werden kann.

Auch für diesen Bereich besteht die Problemlage, dass es für Arbeitgeber:innen unattraktiv erscheint, Asylwerber:innen etwa im Wege der Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zu Ausbildungszwecken zu beschäftigen, dazu Ressourcen aufzuwenden, dabei aber immer damit rechnen zu müssen, dass bei Ergehen einer abweisenden Entscheidung über den Antrag auf internationalen Schutz durch gleichzeitige Erlassung einer Rückkehrentscheidung der Arbeitsmarktzugang wegfällt.

Eine Lösung für diesen Bereich zu finden, scheint ungleich schwerer; vor allem wegen der Heterogenität der Mangelberufe und den Anforderungen an die Qualifikation zu ihrer Ausübung. Während manche Mangelberufe etwa die Absolvierung eines Universitätsstudiums verlangen (siehe die in § 1 Abs 1 Z 9 der Fachkräfteverordnung 2025 angeführten Ärzt:innen oder die in Abs 2 leg cit für das Bundesland Oberösterreich in Z 19 genannten Tierärzt:innen) und für manche der Abschluss einer Lehre Voraussetzung ist (siehe etwa die in § 1 Abs 1 Z 17, 62 und 69 angegebenen KFZ-Mechaniker:innen, Gleisbauer: oder Kaffeemittelhersteller:innen), genügt zur Ausübung anderer eine betriebsinterne Ausbildung (siehe zB die in Z 4 angeführten Triebfahrzeugführer:innen, die in Z 78 genannten Autobuslenker:innen oder die in Z 81 angeführten Straßenbahnwagenführer:innen) in unterschiedlicher Länge (zwischen circa drei bis vier Monaten bei Straßenbahnwagenführer:innen und etwa 12 bis 18 Monaten bei Triebfahrzeugführer:innen).

Ein erster Schritt hin zu einer Lösung könnte etwa so aussehen, dass für diejenigen Konstellationen, in denen die Qualifikation zur Ausübung eines Berufs im Rahmen einer betriebsinternen Ausbildung oder eines Lehrverhältnisses erlangt werden kann, die Möglichkeit der Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ zum Zwecke der Absolvierung dieser Ausbildung im Rahmen einer Beschäftigung bei der bzw dem Arbeitgeber:in, bei dem dann der Beruf weiter ausgeübt werden soll, geschaffen wird.

Eine solche Regelung würde sich leicht in das vorgeschlagene Schema fügen. Es würde lediglich einer speziellen Regelung bedürfen, um die Zulassung als Fachkraft nach dem dafür in der Anlage B des AuslBG vorgesehenen Punktesystem erreichen zu können, weil diese ohne schon erlangte Qualifikation nach dem bisherigen System nicht erreicht werden könnte.

An einer solchen Regelung könnte kritisiert werden, dass sie Personen benachteiligt, die zur Erlangung einer Qualifikation als Fachkraft eine außerbetriebliche Ausbildung an einer Universität oder Schule zu absolvieren haben. Solchen Bedenken könnte wiederum entgegnet werden, dass die betroffenen Personen durch die Kopplung der Ausbildung an ein Beschäftigungsverhältnis ein Einkommen erwirtschaften und insofern die Erteilungsvoraussetzungen erfüllt werden können.

Allerdings spricht auch nichts dagegen, in einem weiteren Öffnungsschritt zur Ermöglichung einer Ausbildung an einer Schule oder Universität auch die dafür vorgesehenen Aufenthaltstitel „Aufenthaltsbewilligung – Schüler“ und „Aufenthaltsbewilligung – Studenten“ gemäß §§ 63 und 64 NAG für Asylwerber:innen zu öffnen, indem auch für diese Aufenthaltstitel die Antragstellung für Personen mit einer Aufenthaltsberechtigung nach § 13 AsylG 2005 ermöglicht wird. Dies ist aber nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

4.3. Gesetzesänderungsvorschlag

Ein konkreter Gesetzesänderungsvorschlag könnte also wie folgt aussehen:

Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) wird wie folgt geändert:

1. In § 41 NAG wird nach Abs 2 folgender Abs 2a eingefügt:

„(2a) Zum Zwecke der Zulassung als Fachkraft iSd § 20d Abs. 1 Z 2 AuslBG und als Stammmitarbeiter iSd § 20d Abs. 1 Z 3a AuslBG kann ein Antrag auf eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ auch von Drittstaatsangehörigen eingebracht werden, die über ein Aufenthaltsrecht nach § 13 AsylG 2005 verfügen. Diesfalls hat die drittstaatsangehörige Person im Antrag zu erklären, ihren Antrag auf internationalen Schutz unter der Bedingung der Erteilung der beantragten „Rot-Weiß-Rot – Karte“ iSd Art 40 Abs 1 der Verordnung (EU) 2024/1348 zurückzunehmen. Von der Einbringung des Antrags und der Erteilung des Aufenthaltstitels hat die Behörde das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl und – sofern bereits eine nicht rechtskräftige Entscheidung des Bundesamts über einen Antrag auf internationalen Schutz ergangen ist – das Bundesverwaltungsgericht zu verständigen.“

2. In § 21 Abs. 2 Z 7 NAG wird nach dem Wort „**Aufenthalts**“ die Wortfolge „**wobei bei einer Antragstellung nach § 41 Abs 2a vom Erfordernis der rechtmäßigen Einreise abzusehen ist.**“ angefügt.

Die Neufassung würde sich wie folgt lesen:

„(2) Abweichend von Abs. 1 sind zur Antragstellung im Inland berechtigt:

[...]

7. Drittstaatsangehörige, die einen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ gemäß § 41 beantragen, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts, **wobei bei einer Antragstellung nach § 41 Abs 2a vom Erfordernis der rechtmäßigen Einreise abzusehen ist;**“

Das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) wird wie folgt geändert:

1. Im zweiten Satz des § 20d Abs 1 AuslBG wird nach der Wortfolge „**Der Antrag kann**“ die Wortfolge „**außer im Falle der Antragstellung nach § 41 Abs 2a NAG,**“ eingefügt.

Bisher lautet dieser Satz:

„Der Antrag kann für den Ausländer und bei gleichzeitiger Antragstellung auch für dessen Familienangehörige (§ 2 Abs. 1 Z 9 NAG) vom beabsichtigten Arbeitgeber im Inland eingebracht werden.“

Die Neufassung würde sich wie folgt lesen:

„Der Antrag kann, **außer im Falle der Antragstellung nach § 41 Abs 2a NAG,** für den Ausländer und bei gleichzeitiger Antragstellung auch für dessen Familienangehörige (§ 2 Abs. 1 Z 9 NAG) vom beabsichtigten Arbeitgeber im Inland eingebracht werden.“

2. Im § 12a AuslBG wird nach Abs 2 folgender Abs 3 eingefügt.

„(3) Eine Zulassung kann auch zum Zwecke der betriebsinternen Ausbildung als Fachkraft erfolgen. In diesem Fall entfällt die in Abs 1 Z 1 beschriebene Voraussetzung, sofern die angestrebte Ausbildung nach ihrem Abschluss eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung im Sinne des Abs 1 Z 1 darstellt. Zur Erfüllung der in Abs 1 Z 2 beschriebenen Voraussetzung gilt in diesem Fall, dass bei Berechnung der Mindestpunktzahl die in Anlage B angeführten Punkte für die abgeschlossene Berufsausbildung als gegeben anzusehen sind.“

Das Asylgesetz 2005 (AsylG 2005) wird wie folgt geändert:

1. In § 22 AsylG 2005 wird nach Abs 13 folgender Abs 14 eingefügt:

„(14) Ab dem Zeitpunkt des Einlangens einer Verständigung nach § 41 Abs 2a letzter Satz NAG darf bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte“ gemäß § 41 Abs 2 Z 1 oder Z 3a NAG vom Bundesamt und vom Bundesverwaltungsgericht keine meritorische Entscheidung über den Antrag auf internationalen Schutz getroffen werden. Die Entscheidungsfrist des Bundesamts und des Bundesverwaltungsgerichts wird in diesem Zeitraum gehemmt.“

4.4. Kurze Erläuterung zum Änderungsvorschlag

- Im § 41 Abs 2a NAG würde sich die grundlegende Norm befinden, die es Personen mit einem Aufenthaltsrecht nach § 13 AsylG 2005 gestattet, einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bei gleichzeitiger Erklärung, unter der aufschiebenden Bedingung der Erteilung des begehrten Aufenthaltstitels den noch anhängigen Antrag auf internationalen Schutz zurückzunehmen, zu stellen – eingeschränkt auf die beiden Zwecke der Zulassung als Fachkraft und als Stammmitarbeiter.
- Parallel dazu wird in § 21 Abs 2 Z 7 NAG geregelt, dass nur für diese Personengruppe vom Erfordernis der rechtmäßigen Einreise abgesehen wird und der nunmehrige rechtmäßige Aufenthalt zur Antragstellung genügt; eine Regelung wie sie sich im Übrigen auch jetzt schon in Bezug auf Vertriebene in der Z 7a leg cit findet.
- Im AuslBG müsste geregelt werden, dass der Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bei Anwendung der neu geschaffenen Norm des § 41 Abs 2a NAG nur von der betroffenen Person selbst und nicht – wie sonst möglich – auch von Seite des bzw der Arbeitgeber:in eingebracht werden kann.
- In einem neuen Abs 3 im § 12a AuslBG, der die Zulassung als Fachkraft regelt, könnte normiert werden, dass die Zulassung als Fachkraft auch die Aufnahme einer Beschäftigung zum Zwecke der betriebsinternen Ausbildung als Fachkraft beinhaltet; davon wäre die Aufnahme eines Lehrverhältnisses ebenso wie die Ausbildung im Rahmen eines sonstigen Beschäftigungsverhältnisses erfasst.
- Und schließlich braucht es eine Bestimmung, die ein Innehalten im Asylverfahren bewirkt. Dies würde inhaltlich in den § 22 AsylG 2005 passen. Ein neuer Abs 13 könnte dort regeln, dass bis zum Abschluss des NAG-Verfahrens keine Entscheidung in der Hauptsache getroffen werden darf und die Entscheidungsfrist währenddessen gehemmt ist. Die Pflicht zur Verständigung

des Bundesamts für Fremdenwesen und Asyl und des Bundesverwaltungsgerichts findet sich schon im letzten Satz des neuen § 41 Abs 2a NAG.

Wien, am 26. August 2025

Ronald Frühwirth