



Frau Studienpräses  
Univ.-Prof. Dr. Brigitte KOPP  
Im Wege über das Dekanat  
Im Hause

Wien, am 8.2.2012

Sehr geehrte Frau Studienpräses!

Sie haben mich beauftragt, die Dissertation von Frau Mag. *Melina OSWALD* zu begutachten. Die Arbeit trägt den Titel „Das Bleiberecht nach Artikel 8 EMRK“. Ich folge diesem Auftrag und erstatte nachfolgendes

#### GUTACHTEN.

##### I.

Die vorliegende Arbeit ist mit 326 Textseiten außergewöhnlich umfangreich. Mit dem sogenannten „Bleiberecht“ behandelt sie ein praktisch bedeutendes und rechtspolitisch viel diskutiertes Thema. Im Kern geht es um die Interpretation des Art 8 EMRK: Inwieweit verbietet dieses Grundrecht Fremde nach jahrelangem Aufenthalt (zB aufgrund eines letztlich negativ beendeten Asylverfahren) auszuweisen bzw inwieweit ist daraus ein Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht ableitbar? Das Thema ist durch recht unbestimmte verfassungsrechtliche Vorgaben charakterisiert. Umso größer ist die Bedeutung der - sehr umfangreichen und kasuistischen – Judikatur.

##### II.

Im einleitenden Kapitel 1 „Das Bleiberecht- ein vielschichtiges Grundrecht“ stellt die Verfasserin sämtliche verfassungs-, völker- und unionsrechtliche Grundlagen, aus denen ein Bleiberecht abgeleitet werden könnte, dar. Neben dem zentralen Art 8 EMRK spielen insbesondere auch die Grundrechtecharta sowie mehrere Richtlinien eine Rolle.

In Kapitel 2 „Die Schutzbereiche des Art 8 EMRK im Zusammenhang mit Aufenthaltsbeendigungen“ wird der Anwendungsbereich des Art 8 EMRK untersucht. Bedeutend ist dabei die jüngste Judikatur, die den Begriff des „Familienlebens auf gleichgeschlechtliche Beziehungen ausdehnt (S 41 f). Die Verfasserin setzt sich später mit der Frage auseinander, inwieweit Mehrehen geschützt sind. Davon ausgehend stellt sie insbesondere Überlegungen zur allgemeinen Frage an, inwieweit unterschiedliche

kulturelle Werte im Herkunftsland im gegenständlichen Zusammenhang relevant sein können.

Aus grundrechtlicher Sicht ist Kapitel 3 (S 63 ff) besonders interessant, in dem untersucht wird, inwieweit und durch welchen Rechtsakt es bei Aufenthaltsbeendigungen zu einem Eingriff in das Grundrecht auf Privat- und Familienleben kommt. Gerade der Umstand, dass es letztlich nicht nur um die Aufenthaltsbeendigung, sondern darüber hinaus um ein Aufenthaltsrecht geht, führt hier zur Rechtsfigur der grundrechtlichen Gewährleistungspflichten. Als Besonderheit hebt Frau Mag. Oswald den „elsewhere approach“ hervor; dabei geht es darum, ob ein Familienleben an einem anderen Ort möglich und zumutbar ist (S 70ff). Sie verneint die Relevanz dieser Überlegung auf Eingriffsebene. Auf den Seiten 82ff werden die allgemeinen Überlegungen auf die komplexe Rechtslage im österreichischen Fremdenrecht übertragen, dh, es wird untersucht, welcher Rechtsakt als Grundrechtseingriff zu qualifizieren ist.

Das Kernstück der Arbeit bildet das umfassende Kapitel 4 „Die Rechtfertigung aufenthaltsbeendender Maßnahmen: Abwägung nach Kriterien“ (S 105-246). Darin stellt die Verfasserin die umfassende und sehr kasuistische Judikatur des EGMR und der österreichischen Höchstgerichte in systematisch strukturierter Form dar und nimmt auch des Öfteren selbstständig kritisch zu einzelnen Aspekten Stellung. Angesprochen werden dabei dogmatisch interessante Spezialfragen wie etwa die Gleichstellung langfristig integrierter Fremden mit Staatsbürgern (S 127ff), die Differenzierung nach Art des rechtmäßigen Aufenthalts (S 146 ff) oder die Relevanz der Minderjährigkeit bei Straftaten (S 211f). Auf den Seiten 192ff zeigt die Verfasserin insoweit einen Wertungswiderspruch in der Judikatur auf, als die an sich für das Bleiberecht sprechende Integration in manchen Konstellationen (während eines länger dauernden Asylverfahrens) dem Betroffenen Fremden vorgeworfen wird. Beachtlich erscheinen auch die Überlegungen, inwieweit Aufenthaltbeendigungen zu einer Verletzung des Doppelbestrafungsverbots des Art 4 7. ZPEMRK führen könne; im Ergebnis wird dies zutreffend verneint. Zum Abschluss des Kapitels erfolgt eine zusammenfassende Analyse der Bewertung der einzelnen Kriterien in der Rechtsprechung.

Kapitel 5 (S. 247ff) beschäftigt sich mit den Konsequenzen eines Bleiberechts im österreichischen Aufenthalts- und Niederlassungsrecht. Einleitend erfolgt eine Erörterung der allgemeinen Frage, inwieweit aus Art 8 EMRK ein Grundrecht auf Erteilung eines bestimmten Aufenthaltstitels ableitbar ist. Aus systematischer Sicht wäre es naheliegend gewesen, diesen Aspekt bereits in den vorangehenden allgemeinen Kapiteln oder als eigenes Kapitel zu behandeln. In weiterer Folge analysiert Frau Mag. Oswald kritisch die einfachgesetzliche Rechtslage, die durch ein komplexes Zusammenwirken mehrerer bereits für sich äußerst unklarer Bestimmungen der FPG und des NAG charakterisiert ist. Die legislative Qualität dieser Normen wird noch dadurch verschlechtert, dass sie zT von hoher Unbestimmtheit sind, etliche Verweisungen enthalten und mehrfach novelliert wurden. Dies führt im Ergebnis zu einer äußerst unsystematischen schwer zu durchschauenden Rechtslage, zu deren Ermittlung es – um es mit den Worten einer älteren Entscheidung des VfGH zu sagen – einer „gewissen Lust zum Lösen von Denksportaufgaben“ bedarf. In Anbetracht dieses Umstandes erscheint es sehr beachtlich, dass es der Verfasserin doch gelingt, hier in vielen Punkten zu nachvollziehbaren Ergebnissen zu kommen. Hierbei ist es auch immer wieder nötig, verfassungsrechtliche Überlegungen anzustellen. Die Verfasserin weist auch auf besonders unklare Regelungen hin, symptomatisch dafür ist die in § 44b NAG, vorgesehene Stellungnahme der Sicherheitsdirektion (S. 282ff). Die diesbezüglichen Unklarheiten insbesondere

hinsichtlich der Bindung der nach dem NAG zuständigen Behörden wurden durch das FremdenrechtsänderungsG 2011 noch verstärkt.

In einem abschließenden Fazit (S 321ff) fasst die Verfasserin die wesentlichen Ergebnisse ihrer Arbeit zusammen.

### III.

Die Frage, inwieweit das Recht auf Privat- und Familienleben aufenthaltsbeendenden Maßnahmen Schranken setzt bzw sogar ein Aufenthaltsrecht erfordert, gehört zu den zentralen und meist diskutierten im Fremden- und Asylrecht. Sie ist durch naturgemäß recht unbestimmte grundrechtliche Vorgaben und eine Fülle kasuistischer Judikatur charakterisiert. Es besteht auch eine umfassende Literatur, wobei aber viele Werke eher deskriptiv sind. Die Verfasserin hat sich der schwierigen Aufgabe angenommen, die gegenständliche Problematik systematisch darzustellen und die erwähnten Quellen zu verarbeiten. Dies gelingt ihr ausgezeichnet. Der Anmerkungsapparat der Arbeit zeigt, dass sie sehr akribische Recherchen durchgeführt hat und es ihr gut gelungen ist, die zahlreichen Aspekte dieser Frage in ein nachvollziehbares System zu bringen. Sie nimmt auch an etlichen Stellen kritisch zu Entscheidungen Stellung und zeigt mitunter auch neue bisher nicht diskutierte Aspekte auf.

Es liegt im Wesen ihres Themas, dass eine eindeutige Lösung der auftretenden Rechtsfragen oft nicht möglich ist. Umso wichtiger erscheint es, in verschiedene Richtungen weisende Argumente offenzulegen und kritisch gegeneinander abzuwägen. Im innerstaatlichen Teil steht Frau Mag. Oswald vor dem Problem von höchst unsystematischen, durch hohe Kasuistik und zahlreiche oft undurchdachte im Stile einer Anlassfallgesetzgebung ergangene Novellen nahezu unverständlichen Normen. Auch hier gelingt es ihr dennoch, mögliche Ergebnisse aufzuzeigen, wobei sie mitunter auch auf die erwähnte schlechte legislative Qualität hinweist.

### IV.

Die Arbeit ist mit über 300 Seiten für eine Dissertation äußerst umfassend. Sie ist systematisch und in einer verständlichen Sprache verfasst. Auch die zum vorliegenden Thema zentrale Judikatur europäischer Gerichte, insb des EGMR wurde ebenso wie deutsche Literatur umfassend verarbeitet und inhaltlich berücksichtigt.

Das Fremdenrecht ist eine gesellschaftspolitisch höchst umstrittene und durch sehr konträre rechtspolitische Standpunkte geprägte Materie, das auch immer wieder Gegenstand – oft irrationaler – Diskussionen in der Tagespolitik ist. Es ist daher besonders positiv hervorzuheben, dass Frau Mag. Oswald um höchstmögliche Objektivität bemüht ist und zwischen der Interpretation des positiven Rechts und ihren persönlichen Wertungen trennt.

Insgesamt liegt eine wertvolle und umfassende Untersuchung einer zentralen grundrechtlichen Frage des Fremden- und Asylrechts vor.

Ich beurteile die vorliegende Arbeit daher mit

Sehr gut.

