

# **RECHTSFRAGEN DER MIGRATION UND INTEGRATION**

**6. Fakultätstag  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Karl-Franzens-Universität Graz**

**30. Mai 2008**

Leykam

# Entwicklungstendenzen der migrationsrechtlichen Judikatur

Magdalena Pöschl  
Universität Graz

## 1. Der Fall Arigona: Gnade vor Recht?

Seit nunmehr bald einem Jahr sorgt in Österreich eine kosovarische Familie immer wieder für mediales Aufsehen: Als diese Familie nach mehreren erfolglosen Asyl- und Aufenthaltsbewilligungsverfahren im September 2007 in den Kosovo abgeschoben werden sollte, war ein Familienmitglied, die 15-jährige Arigona Zogaj, plötzlich spurlos verschwunden. So schob man vorerst nur Arigonas Vater und ihre Geschwister ab, der Mutter wurde hingegen gestattet, im Land zu bleiben, um nach ihrer Tochter zu suchen. Wenig später tauchten ein Brief und dann auch eine Videobotschaft auf, in denen das vermisste Mädchen erklärte, sie werde sich nicht lebend der Polizei stellen, wenn ihre Familie nicht nach Österreich zurückkehren dürfe. Was in der Folge geschah, war erstaunlich: Arigona war gewiss nicht die erste Ausländerin, die auf ihre Situation mit drastischen Mitteln aufmerksam gemacht hat; ganz sicher war sie aber die erste, die damit ohne Umschweife das Mitgefühl und die Solidarität der österreichischen Bevölkerung für sich gewonnen hat.<sup>1</sup> Das lag wohl auch daran, dass Arigona nicht anders aussieht als österreichische Mädchen auch und dass sie – nach ihrem über sechsjährigen Aufenthalt in der Gemeinde Frankenburg – nun bestes Oberösterreichisch spricht, mit einem Wort: dass sie dem Publikum gerade nicht als eine Fremde, sondern ganz vertraut erschien.

Unter dem Eindruck dieser Ereignisse stellte sich die Frage, ob es erlaubt oder sogar geboten ist, darüber hinwegzusehen, dass die Familie Zogaj die regulären Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht nicht erfüllt. Die Öffentlichkeit jedenfalls trat in Demonstrationen und mit Unterschriftenaktionen energisch dafür ein, dieser Familie eine Fortsetzung ihres Aufenthaltes in Österreich zu gestatten, ja ein Prominenter machte sich sogar erbötig, eine Patenschaft für Arigona zu übernehmen, und es soll auch etliche Adoptions- und Heiratsangebote aus der Bevölkerung gegeben haben.<sup>2</sup> Im Dezember 2007 qualifizierte der VfGH die Ausweisung der Familie Zogaj dann zwar als verfassungskonform;<sup>3</sup> er betonte aber zugleich in einer Pressemitteilung, dass seine

1 S Fall Arigona Z.: Mädchen versteckt sich, Die Presse vom 2.10.2007; Videobotschaft des verschwundenen Mädchens aufgetaucht, Die Presse vom 4.10.2007; s zur Chronologie der Ereignisse auch Der Fall Arigona, Kurier vom 18.12.2007; Die Geschichte der Familie Zogaj, Der Standard vom 27.6.2008.

2 S zB Arigona: Adoption, Heirat oder Staatsbürgerschaft? Die Presse vom 16.12.2007; Rund 100 Menschen bei Arigona-Demo in Wien, Die Presse vom 19.12.2007; Alfons Haider Arigonas Pate: „Will ein Zeichen setzen“, Die Presse vom 20.12.2007; s nun auch den Brief mehrerer Literaten an die Bundesregierung (Literaten: Abschiebung Arigonas „eine Schande“, Die Presse vom 18.6.2008); ferner Klenk, Fall Arigona: So schwach ist Österreich, Der Falter vom 10.10.2007.

3 VfGH 11.12.2007, B 1263/07, B 1264/07.

Entscheidung den Bundesminister für Inneres nicht daran hindere, dieser Familie ein humanitäres Aufenthaltsrecht zuzuerkennen.<sup>4</sup> Der angesprochene Minister wiederum erklärte umgehend in der Presse, dass er ein solches Recht nicht zuerkennen werde,<sup>5</sup> was in der Bevölkerung zunächst Empörung auslöste.<sup>6</sup> Die Halbwertszeit dieser Entrüstung war jedoch gering; nur wenige Monate später wurde bereits von vielen verlangt, die Behörden sollen Arigona Rückkehr in den Kosovo veranlassen, statt sich von einer 15-Jährigen erpressen zu lassen.<sup>7</sup> Der Bundesminister für Inneres hat Arigona und ihrer Mutter gleichwohl gestattet, noch bis zum Ende des Schuljahres 2008 in Österreich zu bleiben; vor kurzem wurde diese Erlaubnis sogar um weitere sechs Monate verlängert.<sup>8</sup>

Die hohe Emotionalität, mit der ein Aufenthaltsrecht für Arigona von den einen gefordert und von den anderen abgelehnt wurde, verweist auf ein tiefer liegendes Problem: Die Öffentlichkeit nimmt diesen Fall offenbar als einen Konflikt zwischen Gnade und Recht wahr. Dementsprechend wurde Arigona zunächst auch medial als Heldin stilisiert, die gegen die hartherzige Bürokratie und gegen das Gesetz kämpft, das keine Gnade kennt;<sup>9</sup> wenig später wurde sie zur tückischen Erpresserin erklärt, die den Rechtsstaat in den Würgegriff nimmt.<sup>10</sup> Bei Licht besehen kann das Bleiberecht einer 15-Jährigen freilich nicht davon abhängen, ob ein Minister Gnade walten lässt; und auch nicht davon, ob es ihr gelingt, die Sympathien der Bevölkerung zu gewinnen oder ob sie diese Sympathien wieder verliert. In einem Rechtsstaat sind Probleme wie diese nicht außerhalb, sondern *sine ira et studio* innerhalb der Rechtsordnung zu lösen.

4 S die Presseinformation des VfGH vom 14.12.2007.

5 Vgl zB „Endgültig“: Platter lehnt Gnadenakt für Arigona ab, Die Presse vom 14.12.2007; Platter: „Entscheidung im Fall Arigona ist sonnenklar“, Die Presse vom 18.12.2007; s demgegenüber Mayer, Das humanitäre Bleiberecht – ein schrankenloses Ermessen? *migraLex* 2008, 36.

6 S zB Hefüge Reaktionen im Fall Arigona, Kurier vom 18.12.2007.

7 Vgl zB Arigona, Herbergssuche und der Rechtsstaat, Die Presse vom 20.12.2007; Arigona? „Ich kenne das Mädchen nicht“, Die Presse vom 26.2.2008; s ferner die in der Presse vom 27.7.2008 zitierte OGM-Umfrage, derzufolge nur mehr 38 % der Bevölkerung ein Bleiberecht für Arigona befürworteten und 20 % sich nicht äußern wollten; s auch Rauscher, Arigona wer? Der Standard vom 26.5.2008; Frank, Wie flüchtig ist doch Mitgefühl, *Süddeutsche Zeitung* vom 4.6.2008.

8 Vgl Buxbaum: Arigona Zogaj bleibt noch mindestens halbes Jahr, Der Standard vom 29.6.2008.

9 Bei manchen weckte Arigona sogar Assoziationen zu Jeanne d'Arc und Antigone (vgl W wie Würfelspiel, Die Presse vom 20.12.2007; Noll, Warum hatte Antigone keinen Anwalt? Die Presse vom 25.1.2008); folgerichtig wurde der (nunmehrigen) Bundesministerin für Inneres auch „Unmenschlichkeit“ und „herzloses“ Verhalten vorgeworfen, als sie ein Bleiberecht ablehnte (s Fekter gegen Bleiberecht für Arigona Zogaj, Die Presse vom 19.7.2008); s in diesem Zusammenhang auch die Äußerung des evangelischen Bischofs Michael Bünker: „Manchmal muss man Gott und der Humanität mehr gehorchen als den menschlichen Gesetzen“ (Humanität mehr gehorchen als Gesetzen, Die Presse vom 20.6.2008).

10 S zB die Nachweise in FN 7 und die online Kommentare zu Oberösterreich – Arigona-Antrag vertagt, Die Presse vom 23.6.2008; s dazu auch Frank, Wie flüchtig ist doch Mitgefühl, *Süddeutsche Zeitung* vom 4.6.2008.

Das rechtliche Feld, auf dem wir uns hier bewegen, ist von Art 8 EMRK dominiert,<sup>11</sup> der die Konventionsstaaten dazu verpflichtet, das Privat- und Familienleben aller Menschen zu achten. Diese relativ abstrakte Garantie konkretisiert der EGMR in seiner Judikatur in äußerst kasuistischer Weise. Seine Judikatur wiederum wird durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts nachvollzogen, und zwar insbesondere dort, wo einfachgesetzliche Regelungen direkt oder indirekt auf Art 8 EMRK verweisen oder wo es an solchen Regelungen überhaupt fehlt. Diese – mehr durch Gerichte denn durch den einfachen Gesetzgeber bestimmte – Rechtslage soll im Folgenden kurz dargestellt werden. Dann ist zu fragen, welche Probleme sie beim Bleiberecht verursacht und welche Lösungsmöglichkeiten dafür zur Verfügung stehen.

## 2. Rechtslage

### a. Judikatur des EGMR

Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR steht es den Konventionsstaaten zwar grundsätzlich frei, ob und unter welchen Bedingungen sie Fremde bei sich aufnehmen; die EMRK vermittele niemandem ein Recht auf Einreise und Aufenthalt in einem anderen als seinem Heimatstaat und erlaube daher grundsätzlich auch die Ausweisung fremder Staatsangehöriger oder Staatenloser. Diese Freiheit der Staaten findet jedoch eine Grenze an Art 8 EMRK, der dazu verpflichtet, das Privat- und Familienleben jedes Menschen zu achten.<sup>12</sup> Ein Familienleben iSd Art 8 EMRK besteht dabei nach der neueren Judikatur grundsätzlich nur in der sog. „Kernfamilie“, also zwischen (ehelichen oder nicht ehelichen) Partnern und ihren minderjährigen Kindern. Eltern und ihre erwachsenen Kinder führen ein Familienleben nur ausnahmsweise, dann nämlich, wenn zwischen ihnen eine hinreichend starke Nahebeziehung besteht.<sup>13</sup> Alle anderen familiären, persönlichen, gesellschaftlichen, ja selbst wirtschaftlichen Beziehungen eines

<sup>11</sup> Gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltstitel bleiben hier und im Folgenden außer Betracht.

<sup>12</sup> ZB EGMR 28.5.1985, Abdulaziz ua/Vereinigtes Königreich, 9214/80 ua, EuGRZ 1985, 567, Z 67 f; 18.2.1991, Moustaqim/Belgien, 12313/86, EuGRZ 1993, 552, Z 43; 19.2.1998, Dalia/Frankreich, 154/1996/773/974, Z 52; 2.8.2001, Boulouf/Schweiz, 54273/00, Z 46; 9.10.2003, Slivenko/Lettland, 48321/99, EuGRZ 2006, 560, Z 113; 18.10.2006, Üner/Niederlande, 46410/99, Z 54; 16.6.2005, Sisojeva ua/Lettland, 60654/00, EuGRZ 2006, 554, Z 100; 23.6.2008, Maslov/Österreich, 1638/03 (GK), Z 68; s zur Judikatur insgesamt auch die Darstellungen bei *Wiederin*, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Bundesverfassungsrecht, 5. Lfg (2002), Art 8 EMRK Rz 52, 89 f, 97 ff; *Thym*, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts? EuGRZ 2006, 541 ff; *Bergmann*, Aufenthaltserlaubnis aufgrund Verwurzelung? ZAR 2007, 128 (129 ff); *Chvosta*, Die Ausweisung von Asylwerbern und Art 8 EMRK, ÖJZ 2007, 852 (853 ff); *Grabenwarter*, Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des VfGH, RZ 2007, 154 (156 ff); *ders*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 22 Rz 16 ff, 26, 28, 43 f.

<sup>13</sup> EGMR 9.10.2003, Slivenko/Lettland, 48321/99, EuGRZ 2006, 560, Z 94, 97; 16.6.2005, Sisojeva ua/Lettland, 60654/00, EuGRZ 2006, 554, Z 103; 22.6.2006, Kaftailova/Lettland, 59643/00, Z 63. Bis zu diesen Entscheidungen ging der EGMR von einem weiteren Familienbegriff aus, s dazu mwN *Thym*, EuGRZ 2006, 542 ff; s zur Judikatur auch *Chvosta*, ÖJZ 2007, 860; *Wiederin* in Korinek/Holoubek, Art 8 EMRK Rz 76.

Menschen bilden sein „Privatleben“ iSd Art 8 EMRK,<sup>14</sup> das sich in der Regel erst nach einiger Zeit entwickelt. Demgegenüber ist das Familienleben nicht an eine bestimmte Dauer gebunden; es entsteht, sobald eine Kernfamilie gegründet wird und hält an, solange diese Familie besteht.<sup>15</sup>

Ein *Eingriff* in das Familienleben liegt jedenfalls vor, wenn ein Mitglied einer im Inland ansässigen Familie ausgewiesen oder abgeschoben oder wenn ihm der Nachzug zu seiner Familie verweigert wird;<sup>16</sup> nicht hingegen, wenn die gesamte Familie ausgewiesen wird, weil dies die betroffenen Personen nicht daran hindert, ihr Familienleben an einem anderen Ort fortzusetzen.<sup>17</sup> Nicht ohne weiteres transferierbar sind hingegen die dem Privatleben zugehörigen Bindungen; sie sind ortsgebunden, brechen also ab oder werden doch beeinträchtigt, wenn jemand außer Landes gewiesen wird; daher greifen Aufenthaltsbeendigungen jedenfalls in das Privatleben ein, sofern ein solches besteht.<sup>18</sup> Nach der neueren Judikatur kann ein Eingriff in das Privat- und Familienleben schließlich auch vorliegen, wenn einem Fremden ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht verwehrt und er so einer Ungewissheit ausgesetzt wird, die ihn bei der Realisierung seiner familiären, persönlichen, sozialen und wirtschaftlichen Beziehungen beeinträchtigt. Das war etwa der Fall, als Frankreich das Aufenthaltsrecht einer Unionsbürgerin von 1979 bis 2003 immer nur kurzfristig – insgesamt 69 mal – verlängerte;<sup>19</sup> als Lettland einer dort über 30 Jahre lebenden russischen Familie ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht nachhaltig verwehrt,<sup>20</sup> und als die Niederlande einer seit 1994 illegal aufhaltigen brasilianischen Staatsangehörigen die Legalisierung ihres Aufenthaltes verweigerte, obwohl sie eine Tochter hatte, die aus sorgerechlichen Gründen in den Niederlanden bleiben musste.<sup>21</sup>

Ob ein Eingriff in das Privat- oder Familienleben *unverhältnismäßig* schwer wiegt und daher den durch Art 8 EMRK garantierten Achtungsanspruch des Betroffenen verletzt, hängt einerseits vom Gewicht des Eingriffes und andererseits von der Dringlichkeit der Eingriffsgründe ab. Wie schwer diese beiden Positionen jeweils wiegen, prüft der EGMR extrem einzelfallbezogen, was seiner Judikatur immer wieder den Vorwurf

14 EGMR 9.10.2003, Slivenko/Lettland, 48321/99, EuGRZ 2006, 561, Z 97; 16.6.2005, Sisojeva ua/Lettland, 60654/00, EuGRZ 2006, 554, Z 103; EGMR 22.6.2006, Kaftailova/Lettland, 59643/00, Z 63.

15 S schon *Thym*, EuGRZ 2006, 544; *Chvosta*, ÖJZ 2007, 857; *Bruckner*, Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz im Lichte der bisherigen Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, migralex 2008, 18 (24).

16 EGMR 21.12.2001, Sen/Niederlande, 31465/96; 1.12.2005, Tuquabo-Tekle ua/Niederlande, 60665/00.

17 EGMR 9.10.2003, Slivenko/Lettland, 48321/99, EuGRZ 2006, 560, Z 97.

18 EGMR 18.10.2006, Üner/Niederlande, 46410/99, Z 59; s auch *Thym*, EuGRZ 2006, 544.

19 EGMR 17.1.2006, Aristimuno Mendizabal/Frankreich, 51431/99, Z 72.

20 EGMR 16.6.2005, Sisojeva ua/Lettland, 60654/00, EuGRZ 2006, 554, Z 102, 109 f; s ferner EGMR 22.6.2006, Kaftailova/Lettland, 59643/00, Z 64 f.

21 EGMR 31.1.2006, Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande, 50435/99, Z 38.

eingetragen hat, kaum vorhersehbar<sup>22</sup>, ja geradezu eine „Lotterie“ zu sein.<sup>23</sup> Wohl als Reaktion darauf hat der EGMR seine Prüfkriterien in der jüngeren Vergangenheit ausdrücklich benannt:

Bei Aufenthaltsbeendigungen wegen Straftaten ist demnach die Natur und Schwere der Straftat maßgeblich; ferner das Verhalten des Betroffenen nach der Tat; die bisherige Aufenthaltsdauer; die familiäre Situation des Fremden, gegebenenfalls die Kenntnis seines Partners von der Straftat bei Beziehungsbeginn; das Alter allfälliger Kinder; die Staatsangehörigkeit der beteiligten Personen; die Probleme, die eine Übersiedlung in den Heimatstaat für den Fremden und gegebenenfalls seinen Partner und das Wohl seiner Kinder bedeutet und schließlich die Festigkeit der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen, die einerseits im Aufenthaltsstaat, andererseits im Heimatstaat bestehen.<sup>24</sup> Je länger sich jemand in einem Land aufhält, desto stärker werden dabei seine Bindungen im Gastland und desto schwächer umgekehrt die Bindungen zum Heimatstaat; Ausländer der zweiten Generation sind daher vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen wenn auch nicht absolut, so doch besonders geschützt.<sup>25</sup>

Ob ein Staat einen Aufenthalt gestatten muss, hängt nach der Judikatur davon ab, ob ein Familienleben andernfalls tatsächlich unterbrochen wird; wie stark die betroffenen Personen in den Aufenthaltsstaat eingebunden sind; ob ein Zusammenleben im Heimatstaat für eines oder mehrere Familienmitglieder auf unüberwindbare Hindernisse stößt und schließlich, ob Aspekte der Einwanderungskontrolle oder sonstige öffentliche Interessen gegen den Zuzug bzw die Legalisierung des Aufenthalts sprechen.<sup>26</sup> Fremde, die zu keiner Zeit erwarten konnten, ihr Familienleben im Gastland fortsetzen zu dürfen, haben dabei eine schwache Position; ein Aufenthaltsrecht kommt ihnen nur unter außergewöhnlichen Umständen zu.<sup>27</sup> Solche Umstände nahm der EGMR etwa an, als eine brasilianische Staatsangehörige sich über mehrere Jahre illegal in den Niederlanden aufhielt, dabei aber zeitweise die Voraussetzungen für die Zuerkennung einer Aufenthaltsbewilligung erfüllte: Ihr sei zwar eine „unbekümmerte Haltung“ gegenüber dem niederländischen Einwanderungsrecht ernsthaft vorzuwerfen; ihr deshalb ein Aufenthaltsrecht zu verweigern, hielt der EGMR aber angesichts der weit reichenden Folgen, die eine Ausweisung für diese Frau und ihre (aus sorgerechlichen Gründen in den Niederlanden verbleibende) Tochter hätte, für „übertriebenen Formalismus“<sup>28</sup>

22 S *Thym*, EuGRZ 2006, 545 mwN; *Gruber*, „Bleiberecht“ und Art 8 EMRK, in FS Machacek und Matscher (2008) 159 (161 ff).

23 *Dembour*, Human Rights Law and National Sovereignty in Collusion: The Plight of Quasi-Nationals at Strasbourg, Netherlands Quarterly of Human Rights 21 (2003), 63 (66).

24 EGMR 2.8.2001, Boulouf/Schweiz, 54273/00, Z 48; 18.10.2006, Üner/Niederlande, 46410/99, Z 57 ff; 23.6.2008, Maslov/Österreich, 1638/03 (GK), Z 68.

25 EGMR 18.10.2006, Üner/Niederlande, 46410/99, Z 58 f.

26 EGMR 31.1.2006, Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande, 50435/99, Z 39; 26.4.2007, Konstatinov/Niederlande, 16351/03, Z 48.

27 EGMR 31.1.2006, Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande, 50435/99, Z 43; 11.4.2006, Useinov/Niederlande, 61292/00; 26.4.2007, Konstatinov/Niederlande, 16351/03, Z 48.

28 EGMR 31.1.2006, Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande, 50435/99, Z 43.

– eine bemerkenswerte Feststellung, die zeigt, dass der EGMR die Achtung des Familienlebens mitunter auch über das – gewiss gewichtige – Interesse eines Staates an der Beachtung seiner Einwanderungsordnung stellt<sup>29</sup>. Weniger schwer als das Interesse an einer wirksamen Einwanderungskontrolle wog nach Ansicht des EGMR hingegen das Privatleben einer Ausländerin, die nach erfolglosen, insgesamt zehn Jahre dauernden Asyl- und Beschwerdeverfahren aus Großbritannien ausgewiesen wurde.<sup>30</sup>

#### *b. Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts*

Anknüpfend an die Judikatur des EGMR hat auch der VfGH vor kurzem in zwei Entscheidungen zusammengefasst, nach welchen Kriterien sich die Zulässigkeit einer Aufenthaltsbeendigung richtet<sup>31</sup>: Es kommt danach zum einen auf die Aufenthaltsdauer an, für die es keine fixen Fristen gibt; auf das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens und dessen Intensität; die Schutzwürdigkeit des Privatlebens; den Grad der Integration, der sich in intensiven Bindungen zu Verwandten und Freunden, in Selbsterhaltungsfähigkeit, Schul- bzw. Berufsausbildung, Teilnahme am sozialen Leben,<sup>32</sup> Beschäftigung und ähnlichen Umständen manifestiert. Maßgeblich ist zum anderen, ob noch Bindungen zum Heimatstaat bestehen; ob der Betroffene strafrechtlich unbescholten ist, sich Verstöße gegen das Einwanderungsrecht zuschulden kommen lassen oder ob sonst Erfordernisse der öffentlichen Ordnung für seine Ausweisung sprechen.

Auch nach der Judikatur des VfGH ist bei all dem zu berücksichtigen, ob das Privat- und Familienleben zu einer Zeit entstanden ist, in der sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren.<sup>33</sup> Gründet ein Fremder etwa während eines Asylverfahrens eine Familie, so kann er nicht damit rechnen, dass er sein Familienleben nach Abschluss des Verfahrens im Inland fortsetzen darf. Dauert ein Asylverfahren allerdings aus Gründen, die primär von den Behörden zu verantworten sind, sehr lange, so gewinnt der Aufenthalt des Betroffenen an Gewicht;<sup>34</sup> umgekehrt ist in einem solchen Fall das staatliche Interesse an einer Aufenthaltsbeendigung offen-

29 Kritisch *Thym*, EuGRZ 2006, 549, der meint, diese Entscheidung verkenne „die grundsätzliche Notwendigkeit einer Sanktionierung der illegalen Einreise und des illegalen Aufenthalts, auf welche das Aufenthaltsrecht zur Bewahrung seiner rechtlichen Steuerungsfähigkeit angewiesen bleibt.“

30 EGMR 8.4.2008, *Nyanzi/Großbritannien*, 08/07/2008, Z. 76.

31 VfGH 29.9.2007, B 328/07; 29.9.2007, B 1150/07; s zuvor aber auch schon VfSlg 17.851/2006.

32 Wie der VfGH in anderem Zusammenhang festgestellt hat, ist die Entscheidung darüber, ob man jemandem zum Gruß die Hand reicht, bei einer Orientierung am gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben in Österreich sowie an den Grundwerten eines europäischen demokratischen Staates und seiner Gesellschaft stets dem Einzelnen überlassen; dass ein Einbürgerungswerber Frauen – angeblich – nicht die Hand zum Gruß reichte, war daher kein Indiz für eine mangelnde Integration: VfGH 11.12.2007, B 863/07; s zuvor auch schon VfSlg 17.982/2006.

33 VfGH 29.9.2007, B 328/07; 29.9.2007, B 1150/07.

34 VfGH 13.3.2008, B 1032/07: Einreise und Asylantrag 1999, Abschluss des administrativen Asylverfahrens 2006, Ablehnung einer dagegen erhobenen Beschwerde 2007, seither unrechtmäßiger Aufenthalt; während des Asylverfahrens hat der Beschwerdeführer eine Familie mit einer österreichischen Staatsbürgerin gegründet, mit der er vier gemeinsame Kinder hat. Dass diese Bindungen in einer Zeit entstanden sind, in der sich der Betroffene seines unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst war, verliert

sichtlich nicht dringend. Gleiches muss angenommen werden, wenn ein Fremder, der nach dem negativen Abschluss seines Asylverfahrens illegal im Inland bleibt, über einen längeren Zeitraum hinweg nicht ausgewiesen wird.<sup>35</sup> Ab wann seine Interessen so schwer wiegen, dass sie einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehen, hängt wieder von den Umständen des Einzelfalles ab: Nach einem mehr als elfjährigen, teilweise legalen Aufenthalt wurde eine Ausweisung auch ohne besonders gewichtige familiäre oder private Bindungen als unzulässig qualifiziert;<sup>36</sup> bei einem sechsjährigen Asylverfahren verlangte der VfGH von der Behörde zumindest eine Auseinandersetzung mit dem zwischenzeitlich begründeten Familienleben;<sup>37</sup> unter ganz außergewöhnlichen Umständen wurde eine Ausweisung auch schon nach einem zweijährigen Aufenthalt als unzulässig qualifiziert.<sup>38</sup>

### c. Unwägbarkeiten

Dass die Judikatur für die Zulässigkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen einen Kriterienkatalog entwickelt hat, ist gewiss ein Fortschritt; im Einzelfall bleiben gleichwohl Unwägbarkeiten, und zwar nicht nur für die Behörden, sondern auch für die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts selbst. Das zeigte sich zuletzt besonders deutlich im Fall Maslov, dessen Protagonist, ein bulgarischer Staatsangehöriger, 1990 im Alter von 6 Jahren mit seinen Eltern und seinen zwei Geschwistern nach Österreich einreiste, seither hier gelebt und auch die Schule besucht hat. 1999 wurde er wegen gewerbsmäßigen Einbruches, Erpressung, Körperverletzung, Bandenbildung und unbefugten Gebrauchs von Fahrzeugen zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt, 13 Monate davon unter der Voraussetzung bedingt, dass er sich einer Drogentherapie unterzieht. Die Fremdenpolizei drohte ihm überdies für den Fall neuerlicher Straffälligkeit ein Aufenthaltsverbot an. Nur drei Monate nach seiner Haftentlassung beteiligte sich der Betroffene jedoch ein weiteres Mal an einer Einbruchsserie, wofür er zu einer – diesmal unbedingten – Haftstrafe von 15 Monaten verurteilt wurde. Nachdem er sich keiner Drogentherapie unterzogen hatte, wurde außerdem die bei der ersten Verurteilung ausgesprochene bedingte Strafnachsicht widerrufen. In der Folge verhängten die Sicherheitsbehörden über ihn am 19.7.2001 ein Aufenthaltsverbot. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies der VwGH rund zwei Monate später unter Hinweis auf das Gewicht und die Vielzahl der vom Beschwerdeführer begangenen Delikte, die Schwere der über ihn verhängten Strafen und den raschen Rückfall des Beschwerdeführers ab

---

angesichts dieser Bindungen „insofern an Gewicht, als die Verfahrensdauer primär von den Behörden zu verantworten ist.“

35 Vgl VwGH 19.1.2006, 2005/21/0297: 4-jähriges Zuwarten der Behörde mit der Ausweisung eines Fremden nach negativem Abschluss des Asylverfahrens; in dieser Zeit fand eine Sozialisierung der in Österreich geborenen Kinder des Betroffenen statt.

36 VwGH 9.5.2003, 2002/18/0293; 4.9.2003, 2003/21/0057; 11.10.2005, 2002/21/0124; s auch VfGH 13.3.2008, B 1032/07 (FN 33).

37 VfGH 5.3.2008, B 1918/07.

38 VwGH 22.2.2005, 2003/21/0096, s auch VfSlg 17.457/2005; weitere Beispiele aus der Judikatur bei *Chvosta*, ÖJZ 2007, 858.

– gravierende Fakten, die nach Ansicht des VwGH „keinesfalls [...] mit der Pubertät des Beschwerdeführers erklärt werden“ konnten.<sup>39</sup> Der VfGH lehnte die Behandlung einer an ihn erhobenen Beschwerde am 25.11.2002 mangels Erfolgsaussichten ab.<sup>40</sup>

Am 18.8.2003 wurde der betroffene Fremde aufgefordert auszureisen und – nachdem er die Volljährigkeit erreicht hatte – am 22.12.2003 nach Sofia abgeschoben. Vier Jahre später entschied schließlich der EGMR über eine an ihn erhobene Beschwerde.<sup>41</sup> Anders als der VwGH hielt der EGMR dem Beschwerdeführer nun ausdrücklich zugute, dass er im Tatzeitpunkt erst 14 bzw 15 Jahre alt war, die Straftaten also in der „schwierigen Phase der Adoleszenz“ begangen habe; der Beschwerdeführer habe ferner mit einer Ausnahme keine gewalttätigen Handlungen gesetzt und überdies nicht mit Drogen gehandelt. Außerdem sei er seit seiner Entlassung aus dem Gefängnis im März 2002 bis zu seiner Abschiebung im Dezember 2003 nicht mehr straffällig geworden, was zum einen die Befürchtung mildere, er könne die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährden.<sup>42</sup> Zum zweiten habe der Beschwerdeführer die prägenden Jahre seiner Kindheit und Jugend in Österreich verbracht, seine nahen Familienangehörigen lebten hier, während er zu seinem Heimatstaat anscheinend keine Bindungen mehr habe.<sup>43</sup> Angesichts dieser Umstände befand der EGMR das über den Beschwerdeführer verhängte Aufenthaltsverbot als unverhältnismäßig.

Auf den ersten Blick veranschaulicht dieser Fall nur eine Banalität, dass nämlich ein und derselbe Fall von verschiedenen Gerichten unterschiedlich bewertet werden kann. Näheres Hinsehen zeigt indes, dass die Unterschiede in der Beurteilung dieses Falles durch die österreichischen Höchstgerichte und den EGMR tiefer gehen. Das geringere Problem ist dabei, obwohl es als erstes ins Auge springt, dass der EGMR in seine Beurteilung die Straffreiheit des Beschwerdeführers zwischen 2002 und 2003 einbezieht, also einen Umstand, den VwGH und VfGH schon aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigen konnten: Schließlich hatten sie nur zu kontrollieren, ob das am 19.7.2001 verhängte Aufenthaltsverbot den Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt hat; was sich *nach* diesem Zeitpunkt zugetragen hat, war dafür irrelevant. Wenn der EGMR einen anderen (nämlich ergänzten) Sachverhalt beurteilt als der VwGH bzw VfGH, dann kann es nicht verwundern, dass er zu einem anderen Ergebnis kommt. Tatsächlich ist sein Prüfungsgegenstand auch (anders als für VwGH und VfGH) nicht der letztinstanzliche Bescheid, ebenso wenig die diesen Bescheid kontrollierende Entscheidung eines Höchstgerichts, sondern das Gesamtverhalten, das die Republik Österreich dem Beschwerdeführer gegenüber gesetzt hat.<sup>44</sup> Der EGMR muss daher in sein Urteil etwa auch Umstände einbeziehen, die eine von VwGH und VfGH zu Recht als zulässig befundene Ausweisung konventionswidrig werden lassen; wird eine sol-

<sup>39</sup> VwGH 18.9.2001, 2001/18/0174.

<sup>40</sup> Später referiert in EGMR 22.3.2007, Maslov/Österreich, 1638/03, Z 18.

<sup>41</sup> EGMR 22.3.2007, Maslov/Österreich, 1638/03.

<sup>42</sup> EGMR 22.3.2007, Maslov/Österreich, 1638/03, Z 39-41.

<sup>43</sup> EGMR 22.3.2007, Maslov/Österreich, 1638/03, Z 42-45.

<sup>44</sup> S zum Beschwerdegegenstand näher *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention § 9 Rz 2 f.

che Ausweisung von den zuständigen Behörden nicht widerrufen oder zumindest ihre Vollstreckung unterbunden, droht eine Verurteilung durch den EGMR, die die Entscheidung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts keineswegs in Frage stellen muss. Dementsprechend beharrte die im Fall Maslov von Österreich angerufene Große Kammer auch darauf, dass für die Beurteilung einer Ausweisung nicht der Zeitpunkt des letztinstanzlichen Bescheides maßgeblich ist, sondern der Zeitpunkt der Entscheidung durch den EGMR.<sup>45</sup> Entscheidungsdivergenzen zwischen EGMR und VfGH bzw VfGH, die auf dieses zeitliche Moment zurückzuführen sind, bestehen daher nur scheinbar; tatsächlich beruhen sie auf unterschiedlichen Prüfungsgegenständen, nicht auf unterschiedlichen Wertungen der beteiligten Gerichte.

Im Fall Maslov spielten Divergenzen dieser Art im Ergebnis freilich keine Rolle. Die Große Kammer hielt die Straffreiheit des Beschwerdeführers zwischen 2002 und 2003 nämlich – anders als die Kammer – nicht für ausschlaggebend. Ihr genügte bereits die übrigen Argumente, um das inkriminierte Aufenthaltsverbot als Verletzung des Art 8 EMRK zu qualifizieren.<sup>46</sup> Das Alter des Beschwerdeführers, sein langjähriger Aufenthalt in Österreich und die fehlenden Bindungen zu seinem Heimatstaat waren auch tatsächlich gewichtige Gründe gegen die Beendigung seines Aufenthalts. Ein triftiges Argument für diese Maßnahme war jedoch andererseits, dass der Beschwerdeführer schwere Straftaten begangen und dass er trotz einer Haftstrafe und der Androhung eines Aufenthaltsverbotes nur drei Monate nach seiner Haftentlassung mehrfach rückfällig geworden ist. Dass beide Aspekte jeweils für sich schwer wiegen, haben sowohl der VfGH als auch der EGMR zugestanden. Welchem der widerstreitenden Interessen man in einer solchen Situation höhere Bedeutung zuspricht, ist letztlich eine reine Wertungsfrage; sie stellt sich allerdings für verschiedene Organe unterschiedlich, je nachdem, welche Funktion ihnen zukommt. In voller Schärfe trifft diese Frage die nationale Verwaltungsbehörde: Sie kann den Fremden nur entweder ausweisen oder nicht ausweisen, muss daher selbst bei gleich gewichtigen Interessen entscheiden, welchem davon der Vorzug gebührt. Das Ermessen, das ihr dabei zukommt, haben die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts bei ihrer nachprüfenden Kontrolle zu achten; VfGH und VfGH greifen daher erst ein, wenn die Behörde ihr Ermessen überschreitet oder wenn sie es missbraucht, so etwa, wenn sie den entscheidungswesentlichen Sachverhalt unvollständig erhebt oder unrichtig würdigt,<sup>47</sup> wenn sie ihre Entscheidung oberflächlich

---

45 EGMR 28.6.2008, Maslov/Österreich, 1638/03, (GK), Z 92-95. Bei Maßnahmen der Aufenthaltsbeendigung kann dies problematisch werden, wenn der Beschwerdeführer (aus welchen Gründen immer) während des Verfahrens vor dem EGMR im Gastland bleibt. Je länger dieses Verfahren nämlich dauert, desto stärker wird die Integration des Beschwerdeführers und desto schwächer seine Bindung an den Heimatstaat. Der EGMR führt damit in gewissem Sinn selbst jene Sachverhaltsänderung herbei, die er später zugunsten des Beschwerdeführers und zu Lasten des belangten Staates veranschlagt.

46 EGMR 28.6.2008, Maslov/Österreich, 1638/03, (GK), Z 95.

47 S zB VfGH 5.3.2008, B 16/08; 5.3.2008, B 1859-1863/07: Die Behörde setzt sich nicht mit der Frage auseinander, ob bei langjährig im Inland aufhaltigen Fremden eine Bindung an Österreich entstanden ist, der ein entsprechender Verlust an Bindungen zum Heimatstaat gegenübersteht; VfGH 5.3.2008, B 16/08: Die Behörde wirft einer Fremden zwar einen zweijährigen illegalen Aufenthalt vor, prüft aber

oder nicht nachvollziehbar begründet<sup>48</sup> oder wenn sie eine Interessenabwägung nur formelhaft vornimmt, öffentliche und persönliche Interessen also zwar gegenüberstellt, sie aber nicht gegeneinander abwägt.<sup>49</sup> Vermeidet die Behörde derart „handwerkliche“ Fehler, setzt sie sich also ernsthaft mit allen Kriterien auseinander, die nach der Judikatur für die Ermittlung der widerstreitenden Interessen maßgeblich sind, gewichtet sie diese Interessen nachvollziehbar und wägt sie sie in vertretbarer Weise gegeneinander ab, dann treten ihr die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts in aller Regel nicht entgegen, weil ihre Aufgabe nicht darin besteht, selbst zu verwalten, sondern nur darin, die Verwaltung nachprüfend zu kontrollieren. Auch Art 8 EMRK gibt in dieser Hinsicht zu keiner Änderung dieser Judikatur Anlass, weil er nur unverhältnismäßige Eingriffe in das Privat- und Familienleben verbietet, also Eingriffe, die zum Gewicht des Eingriffszieles *außer Verhältnis* stehen.

Seiner Funktion als internationales Gericht entsprechend kann auch der EGMR nur eine nachprüfende Kontrolle üben. Er betont dementsprechend in ständiger Judikatur, dass den Konventionsstaaten bei ihren Entscheidungen ein Spielraum zukommt.<sup>50</sup> Dieser Spielraum reduziert sich aber drastisch, wenn der EGMR selbst dort, wo die Dinge wertungsmäßig auf Messers Schneide stehen, festlegt, welchem der widerstreitenden, im Wesentlichen gleich gewichtigen Interessen der Vorzug gebührt. Im Fall

---

nicht, wie lange sich die Betroffene insgesamt (auch legal) in Österreich aufgehalten hat (in concreto 14 Jahre); VfGH 29.9.2007, B 328/07: die Behörde nimmt an, ein Kind, das hier zur Sonderschule geht, könne dies auch in Kroatien tun, ohne sich mit Art und Umfang der Behinderung und mit der Frage auseinanderzusetzen, ob das Kind überhaupt ausreichend kroatisch spricht; VfGH 29.9.2007, B 328/07: die Behörde sieht die Beziehung einer Frau zu ihren zwei volljährigen Kindern und zu ihrer Schwester als ebenso wenig maßgeblich für ihre Integration an wie die Tatsache, dass diese Frau mehrere Jahre „lediglich“ als Saisonarbeitskraft tätig war; VfGH 5.3.2008, B 1859-1863/07; 5.3.2008, B 16/08: die Behörde misst der Trennung zweier Kinder von ihrer im Inland aufenthaltsberechtigten Mutter bzw der Trennung einer Frau von ihrem Ehemann und ihren drei gemeinsamen minderjährigen Kindern keine entscheidungswesentliche Bedeutung bei; VfGH 5.3.2008, B 1859-1863/07; 5.3.2008, B 16/08: die Behörde meint, ein illegaler Aufenthalt mindere den Schutz des durch Art 8 EMRK garantierten Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens; s zuvor auch schon VfSlg 15.812/2000, 17.734/2005.

48 VfGH 5.3.2008, B 61/08: Die Behörde stellt fest, das einem Fremden vorwerfbare Fehlverhalten, darunter eine Scheinehe, wiege schwerer als seine Integration im Bundesgebiet, obwohl zwei Jahre zuvor ein wegen dieser Scheinehe verhängtes Aufenthaltsverbot mit der Begründung aufgehoben wurde, die nachteiligen Folgen der Abstandnahme vom Aufenthaltsverbot würden nicht schwerer wiegen als die Auswirkungen des Aufenthaltsverbotes auf die Lebenssituation des Beschwerdeführers (ein gemeinsames Kind mit einer österreichischen Staatsbürgerin, die ein zweites Kind vom Beschwerdeführer erwartet); VfGH 5.3.2008, B 16/08: die Behörde nimmt an, ein vorläufig zulässiger Aufenthalt während des Asylverfahrens habe sich infolge Abweisung des Asylantrages nachträglich als ungerechtfertigt herausgestellt und ein rechtmäßiger Aufenthalt aufgrund eines gültigen Visums könne nicht zur Unermauerung des Lebensmittelpunktes herangezogen werden.

49 VfGH 5.3.2008, B 16/08; 5.3.2008, B 61/08; 13.3.2008, B 1032/07: Die Behörde gesteht eine Integration zu, reiht dann aber allgemeine Ausführungen über ein geordnetes Fremdenwesen aneinander und zieht daraus den Schluss, dass dem öffentlichen Interesse an der Aufenthaltsbeendigung der Vorzug zu geben sei.

50 Vgl dazu die Nachweise bei *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention § 18 Rz 20 ff.

Maslov war die Interessenlage jedenfalls nicht eindeutig; die divergierenden Interessen hielten sich hier viel eher die Waage, als dass gesagt werden könnte, die Realisierung des einen Interesses stünde außer Verhältnis zur Nichtrealisierung des anderen. Indirekt zeigt dies auch die Entscheidung der Kammer selbst: Ihr Urteil wurde mit einer knappen Mehrheit von vier Stimmen gefällt; die drei überstimmten Richter gaben alleamt Sondervoten ab, eines davon kurz, aber viel sagend: „Ich teile die Meinung der Mehrheit ... nicht“.<sup>51</sup>

Die Beurteilungsdivergenzen zwischen den österreichischen Gerichten und dem EGMR gehen damit über den Einzelfall hinaus. Soweit der EGMR auch über reine Wertungsfragen entscheidet, schränkt er zum einen den Spielraum der Staaten beträchtlich ein; ebenso schwer wiegt zum zweiten, dass seine Judikatur unter diesen Bedingungen – auch wenn er seine Entscheidungskriterien expliziert – für die nationalen Behörden und Gerichte letztlich unwägbar bleibt.

### 3. Das Bleiberecht als rechtsstaatliches Problem?

Anders und auf den ersten Blick komplizierter als bei der Aufenthaltsbeendigung straffällig gewordener Fremder liegen die Probleme in Bleiberechtsfällen. Dass sich ein Fremder illegal in Österreich aufhält, verursacht zunächst – im Unterschied zu einer Straftat – keinem Menschen einen unmittelbar greifbaren Schaden; der Verbleib dieses Fremden im Inland stellt daher bei Licht besehen auch für niemanden eine konkrete Bedrohung dar. Dennoch kann über den illegalen Aufenthalt nicht einfach hinweggesehen werden, würde sonst doch die Funktionsfähigkeit der Einwanderungsordnung und mit ihr geradezu die Autorität des Rechts in Frage gestellt – ein sehr abstrakter, aber zugleich so übermächtiger Gegner für ein konkretes Einzelschicksal, dass man geneigt ist zu fragen, was es hier eigentlich abzuwägen gibt: Kann sich ein Staat denn wirklich auf den Standpunkt stellen, das von ihm gesetzte Recht müsse – je nach Lage des Falles – einmal beachtet werden und das andere Mal nicht?

Eine Antwort darauf fällt leichter, wenn man sich vergegenwärtigt, dass Phänomene wie das Bleiberecht der Rechtsordnung keineswegs fremd sind: Zu denken ist nur an die Institute der Ersitzung oder Verjährung, bei denen ein Recht – das Eigentum, der Strafanspruch des Staates, das Recht, einen zivilrechtlichen Anspruch geltend zu machen – durch Zeitablauf verloren geht, wodurch ein anderer ein Recht erwirbt – im Fall der Ersitzung das Eigentum, im Fall der Verjährung das Recht, nicht mehr strafrechtlich verfolgt oder zivilrechtlich belangt zu werden. Beim Bleiberecht geschieht nichts Anderes: Das Recht des Staates, einen Fremden auszuweisen, besteht nicht unbefristet; macht er davon über längere Zeit keinen Gebrauch, so kann er dieses Recht verlieren. Zugleich erwirbt der Fremde ein Recht, nicht ausgewiesen zu werden und in weiterer

---

51 EGMR 22.3.2007, Fall Maslov/Österreich, 1638/03, Dissenserklärung des Richters Vaji. In der Großen Kammer änderten sich die Mehrheitsverhältnisse allerdings: Das Vorgehen der österreichischen Behörden wurde mit 16 gegen eine Stimme als Verletzung des Art 8 EMRK qualifiziert.

Folge gegebenenfalls sogar ein Recht auf dauerhaften Aufenthalt. Unabdingbare Voraussetzung für ein solches Bleiberecht ist nach der Judikatur aber stets – und hierin vergleichbar mit der Ersitzung – eine Art „Redlichkeit“ des Fremden: Erschleicht er sich ein vorläufiges Aufenthaltsrecht durch „bewusste und vorsätzliche Vortäuschung eines Asylgrundes“,<sup>52</sup> stellt er einen offensichtlich unbegründeten Asylantrag<sup>53</sup> oder verzögert er das Asylverfahren,<sup>54</sup> so erwirbt er durch ein Privat- und Familienleben, das er während dieses Verfahrens begründet hat, regelmäßig kein Bleiberecht.

Dass unter der Voraussetzung der Redlichkeit im beschriebenen Sinn aber ein Recht durch Zeitablauf vergeht und ein anderes neu entsteht, muss den Rechtsstaat noch nicht erschüttern, oder doch nicht mehr als dies tagtäglich bei Verjährungen und Ersitzungen geschieht. Rechtsstaatlich problematisch am Bleiberecht ist vielmehr, dass die Voraussetzungen, unter denen es entsteht, – anders als bei Verjährung und Ersitzung – bisher erst durch die Judikatur, und auch das nur vage umrissen sind: Der EGMR nennt zwar die Kriterien, nach denen er entscheidet, ob der Aufenthalt eines Fremder beendet werden darf. Die Handhabung dieser Kriterien im Einzelfall ist aber ziemlich unwägbar – der Fall Maslov mag auch hierfür als Beispiel gelten.

#### 4. Lösungen

##### *a. Möglichst präzise Regelung durch das Gesetz*

Zwar wird aus der Fülle gerichtlicher Entscheidungen für gewöhnlich irgendwann eine Regel erkennbar; bis dahin vergeht aber Zeit. Für die Bevölkerung und die handelnden Behörden ist es eine gleichermaßen missliche Situation, wenn nur hochspezialisierte Spitzenjuristen nach akribischem Studium der Judikatur und subtilsten Erwägungen vorhersehen können,<sup>55</sup> ob einem Fremden ein Bleiberecht zusteht oder nicht. Judikativ entwickelte Regeln sind aber nicht nur aufwendig zu ermitteln, sie können durch das Gericht auch jederzeit wieder abgeändert werden, und zwar rückwirkend auf schon verwirklichte Sachverhalte.

Aus rechtsstaatlicher Perspektive wäre es daher wünschenswert, dem durch die Judikatur nur schemenhaft vorgezeichneten Bleiberecht durch eine gesetzliche Regelung klarere Konturen zu geben. Die (ausländische) Bevölkerung würde so nicht erst nach Inanspruchnahme der Gerichte, sondern schon im Vorhinein mit Recht versorgt, das für jeden Sachbearbeiter leicht zu vollziehen ist. Um den Anforderungen des Art 8 EMRK zu genügen, müsste eine solche Regelung freilich – etwa durch widerlegbare Vermutungen – auch für eine Berücksichtigung von Härtefällen offen bleiben. In diesem Sinn könnte zumindest eine Frist festgelegt werden, ab der eine Ausweisung grundsätzlich

<sup>52</sup> VwGH 2.10.1996, 95/21/0169.

<sup>53</sup> VwGH 17.11.2005, 2005/21/0359; s auch VfGH 29.9.2007, B 1150/07.

<sup>54</sup> VwGH 27.4.2001, 99/18/0223; 9.5.2003, 2002/18/0293; s auch VfGH 13.3.2008, B 1032/07 (FN 33).

<sup>55</sup> S allgemein zu den Schwierigkeiten, die die Erfassung der umfangreichen Judikatur des EGMR bereitet, Grabenwarter, RZ 2007, 158.

nicht mehr zulässig ist, weil ein hinreichend schützenswertes Privatleben vermutet werden kann; eine Frist, ab der ein Bleiberecht entsteht, wenn (demonstrativ zu umschreibende) familiäre oder private Bindungen im Inland bestehen; eine Frist, bis zu der ein Bleiberecht nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen möglich ist; ferner Gründe, die (wie Straffälligkeit oder die fehlende Redlichkeit des Fremden im oben beschriebenen Sinn) die Entstehung eines Bleiberechts ausschließen.<sup>56</sup>

### *b. Verfahrensverkürzung*

Eine gesetzliche Regelung des Bleiberechts wäre nicht nur aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen; sie würde den Behörden auch die Arbeit erleichtern und so durch kürzere Verfahren schon einen Teil der Probleme lösen: Je schneller ein Verfahren abgeschlossen wird, desto unwahrscheinlicher ist, dass schon während des Verfahrens ein Bleiberecht entsteht. Klare Regelungen allein erleichtern, sichern aber den raschen Abschluss von Verfahren nicht. Dafür benötigten Behörden und Gerichte zudem genügend Personal, dessen fachliche Aus- und Weiterbildung auf hohem Niveau gewährleistet ist.

Unbrauchbar sind dagegen Verfahrensverkürzungen, die auf Kosten eines faktisch effizienten Rechtsschutzes gehen.<sup>57</sup> Maßnahmen dieser Art hat der Gesetzgeber in der Vergangenheit mit erstaunlicher Hartnäckigkeit, aber stets erfolglos ergriffen, so etwa, als im Asylverfahren die Kognition der Berufungsbehörde auf die Wahrnehmung offenkundiger Mängel beschränkt,<sup>58</sup> die Berufungsfrist auf zwei Tage herabgesetzt,<sup>59</sup> das Vorbringen neuer Tatsachen im Berufungsverfahren nur bei medizinisch belegbarer Traumatisierung gestattet,<sup>60</sup> die aufschiebende Wirkung im Zusammenhang mit einer Ausweisung bei bestimmten Berufungen ausgeschlossen<sup>61</sup> und die Behörde ermächtigt wurde, Asylwerber in Schubhaft zu nehmen, sobald sie einen Folgeantrag stellen, gleichgültig, ob dieser Antrag evident unzulässig oder aufgrund einer geänderten Sach- oder Rechtslage aussichtsreich war;<sup>62</sup> zuletzt wurde Asylwerbern, denen ein befristeter Durchführungsaufschub gewährt worden ist, nach Ablauf dieser Frist die Möglichkeit genommen, ihre Abschiebung zu verhindern, und zwar selbst dann, wenn eine solche Abschiebung Art 3 EMRK verletzt.<sup>63</sup>

Alle diese Maßnahmen hat der VfGH als unvereinbar mit dem rechtsstaatlichen Prinzip qualifiziert<sup>64</sup> und damit deutlich gemacht, dass Asyl- und sonstige Aufenthaltsverfahren um den Preis eines faktisch effizienten Rechtsschutzes nicht beschleunigt werden

56 Als Vorbild für solche Regelungen könnte etwa die Freizügigkeitsrichtlinie für Unionsbürger 2004/38/EG, ABl L 158 vom 30.4.2004, 77, dienen.

57 S auch schon *Muzak*, Die Zukunft des Asylverfahrens, *migraLex* 2008, 13 f.

58 VfSlg 13.834/1994.

59 VfSlg 15.529/1999.

60 VfSlg 17.340/2004.

61 VfSlg 17.340/2004.

62 VfSlg 17.340/2004.

63 VfGH 1.10.2007, G 179/07.

64 Vgl die Nachweise in den FN 57-62.

können. Als rechtsstaatswidrig verworfen hat der VfGH vor kurzem ferner, dass ein „humanitäres Aufenthaltsrecht“ selbst dann, wenn es durch Art 8 EMRK geboten ist, nicht auf Antrag des Fremden, sondern – einem unkontrollierbaren Gnadenakt gleich – nur von Amts wegen zuerkannt werden konnte.<sup>65</sup> Rechtsschutzverkürzungen der beschriebenen Art sind für eine Verfahrensbeschleunigung nicht nur untauglich, sondern geradezu kontraproduktiv, weil sie Gesetzesprüfungen durch den VfGH provozieren und damit alle Verfahren verzögern, in denen die in Prüfung genommene Norm präjudiziell ist; gerade diese Verzögerung könnte das Verfahren dann aber insgesamt soweit verlängern, dass ein Bleiberecht durch Integration entsteht.<sup>66</sup>

### c. Kein Aktionismus

Einen besonders fragwürdigen Versuch der Verfahrensbeschleunigung hat der Gesetzgeber jüngst auch mit der Einrichtung des Asylgerichtshofes unternommen, der im Wesentlichen sowohl den UBAS als auch den VwGH in Asylsachen ersetzen soll.<sup>67</sup> Dass Asylsuchende sich nun nicht mehr an den VwGH wenden können, wird den Abschluss der Asylverfahren kaum beschleunigen, eher ist – auch hier – das Gegenteil zu befürchten: Die Flut an Asylbeschwerden, die bisher an den VwGH gerichtet war, könnte ab nun eben den VfGH treffen,<sup>68</sup> also ein Gericht, das – anders als der VwGH – nicht ständig, sondern in Sessionen tagt und das nicht mit rund 60, sondern nur mit 14 Richtern ausgestattet ist, die ihr Amt überdies nicht haupt-, sondern nur nebenberuflich ausüben. Dass der VfGH anders als der VwGH keine Fein-, sondern „nur“ eine Grobprüfung vornehmen muss,<sup>69</sup> hilft hier wenig. Denn der Asylgerichtshof muss nach Art 129e B-VG über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung eine Grundsatzentscheidung treffen und diese dem VwGH vorlegen.<sup>70</sup> Eine solche Rechtsfrage liegt schon vor, wenn der Asylgerichtshof von der bisherigen Rechtsprechung des VwGH abweichen will, wenn eine Rechtsprechung des VwGH fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der Judikatur des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird.

<sup>65</sup> VfGH 27.6.2008, G 246, 247/07 ua zu §§ 72 f NAG; s dazu auch *Muzak*, „Bleiberecht“ für integrierte Fremde nach negativer Asylentscheidung? *migraLex* 2007, 79 f.

<sup>66</sup> S nur beispielhaft VfGH 27.4.2001, 99/18/0223.

<sup>67</sup> Vgl Art 151 Abs 39 Z 1 B-VG, demzufolge der UBAS mit Wirkung vom 1.7.2008 zum Asylgerichtshof wurde. Entscheidungen des Asylgerichtshofes sind keine Bescheide; daher scheidet eine Beschwerde an den VwGH nach Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG aus. Eine Beschwerde an den VfGH ist demgegenüber nach der Sonderermächtigung des Art 144a B-VG zulässig.

<sup>68</sup> S schon *Jablonec*, Die österreichischen Höchstgerichte und ihr Verhältnis zueinander, JRP 2008, 4 (7); *ders*, Kritisches zur neuen Asylgerichtsbarkeit, *migraLex* 2008, 2 f; *Frühwirth*, Der Asylgerichtshof, das Zwitterwesen, *juridikum* 2008, 59 f.

<sup>69</sup> Wie bei der Bescheidbeschwerde nach Art 144 B-VG entscheidet der VfGH auch bei der Beschwerde gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes nach Art 144a B-VG nur, ob der Beschwerdeführer in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten oder wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in seinen Rechten verletzt wurde.

<sup>70</sup> Dazu näher *Müller*, Das Verfahren über Grundsatzentscheidungen im Asylrecht, ÖJZ 2008, 509; *Wiederin*, Der gerichtliche Rechtsschutz in Asylsachen, *migraLex* 2008, 6 (8 ff); *Frühwirth*, *juridikum* 2008, 60.

Unterlässt der Asylgerichtshof eine solche Vorlage pflichtwidrig, so kann der Asylwerber vor dem VfGH die Verletzung seines Rechts auf den gesetzlichen Richter geltend machen<sup>71</sup> – mit dem merkwürdigen Ergebnis, dass der VfGH dann prüfen muss, ob die Entscheidung des Asylgerichtshofes der – weit verzweigten und überaus differenzierten – Judikatur des VfGH entspricht, dass er also letztlich doch eine Feinprüfung vornehmen muss. Was diese höchst umständliche Konstruktion zur Beschleunigung der Asylverfahren beitragen soll, ist vorderhand rätselhaft.

## 5. Resümee

Dass Fremden auch dann, wenn sie sich illegal im Inland aufhalten, unter bestimmten Voraussetzungen ein Bleiberecht zukommt, steht nach der Judikatur des EGMR zu Art 8 EMRK dem Grunde nach längst fest. Nicht ohne weiteres vorhersehbar ist nur, unter welchen Voraussetzungen ein solches Bleiberecht entsteht. Der EGMR hat in seiner jüngeren Judikatur zwar explizit Kriterien benannt, nach denen diese Frage zu entscheiden ist. Das Gewicht dieser Kriterien und ihr Verhältnis zueinander sind aber ziemlich unklar – darin, nicht im Bleiberecht als solchem liegt ein rechtsstaatliches Problem.

Die Politik ist einer gesetzlichen Regelung des Bleiberechts bisher ausgewichen. Sie agiert auf Nebenschauplätzen oder setzt aktionistische Maßnahmen, um das Publikum zu beruhigen. Im Ergebnis produziert sie auf diese Weise aber genau die Probleme, die sie zu bekämpfen vorgibt. Für die Zukunft wird sich der Staat daher entscheiden müssen: Entweder er investiert in rasche und qualitätvolle Verfahren, indem er möglichst präzise Gesetze erlässt, Personal aufstockt und dessen fachliche Aus- und Fortbildung vorkehrt; dann werden sich Bleiberechtsfälle nur unter außergewöhnlichen Umständen ereignen. Oder der Staat verzichtet auf diese Investition und nimmt in Kauf, dass mehr oder weniger unkontrolliert Bleiberechte sonderzahl entstehen.

---

<sup>71</sup> S auch *Müller*, ÖJZ 2008, 511, 513.