

1 Das Bleiberecht – ein vielschichtiges Grundrecht

1.1 Einleitung

Grundrechtliche und politische Fragen rund um das Fremden- und Asylrecht können als „Dauerbrenner“ bezeichnet werden.¹ Der Grund dafür liegt wohl einerseits in den oft schwerwiegenden Konsequenzen von nachteiligen Entscheidungen für die Betroffenen und in einigen in das Interesse der Medienöffentlichkeit gerückten Einzelschicksalen. Weiters ist die Thematik mit öffentlichen Interessen verknüpft, die gleichermaßen rationale wie irrationale Gemüter erwecken und – so suggeriert es zumindest die politische Diskussion – jede/n BürgerIn eines Staates betreffen. Einer der meistbekanntesten unter diesen „Dauerbrennern“ ist das sogenannte Bleiberecht. Dabei geht es um den Drahtseilakt der Abwägung individueller gegen öffentliche Interessen einerseits in Fällen, in denen ein Staat einem Fremden – zumindest vorübergehend – die Möglichkeit einräumt, auf seinem Gebiet zu leben, dieser Aufenthalt jedoch später aus verschiedenen Gründen nicht mehr erwünscht ist. Andererseits gibt es Fälle, in denen der Staat einem Fremden niemals „die Hand zum Verbleib“² gereicht hat, der sohin unrechtmäßige Aufenthalt eines Fremden aber erst nach langer Zeit bemerkt und beendet wird. Was bleibt, ist ein gewisser in einem Staat verbrachter Zeitraum, der zu mehr oder weniger intensiven sozialen, beruflichen, meist sogar familiären Bindungen geführt hat. Diese faktische Integration ist es, die durch das Bleiberecht grundrechtlich geschützt wird.

In der österreichischen Rechtsordnung wird der Begriff „Bleiberecht“ sehr selten genannt und vor allem als Recht zum faktischen Verbleib in Österreich ohne Aufenthaltstitel verstanden.³ In der öffentlichen Diskussion werden mit

1 *Huber-Mumelter/Waitz*, Regelungen des dauerhaften Verbleibs von Fremden in Österreich und der Schweiz – ein rechtsvergleichender Überblick zum aktuellen Stand im Asyl- und Aufenthaltsrecht, FABL 2009 I, 12.

2 *Hoppe*, Verwurzelung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel – Wann kann Art. 8 I EMRK zu einem Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V AufenthG verhelfen?, ZAR 2006, 125 (128).

3 §§ 21 Abs 6, 41a Abs 11, 43 Abs 5, 44b Abs 3, 64 Abs 5, 69a Abs 2 NAG. Vgl auch *Frühwirth*, Faktischer Abschiebeschutz während „Bleiberechtsverfahren“? – Besprechung von VwGH 14.09.2009, AW 2009/21/0149, FABL 2010 II, 1 (4 f).

dem Begriff die verschiedensten Inhalte verbunden. Oft werden darunter jene Fälle verstanden, in denen ein Asylverfahren nach langer Zeit durch Abweisung beendet wird und der Asylantragsteller sich in der Zwischenzeit mehr oder weniger stark im Inland verwurzelt hat. Die Problematik des Bleiberechts betrifft aber nicht nur Fälle langer Asylverfahren, sondern alle möglichen Beendigungen eines rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Aufenthalts im Inland nach Ablauf einer gewissen Zeit, mit dem Verwurzelung sowie Integration der betroffenen Personen im Inland einhergehen. Verschiedene fremdenpolizeiliche und asylrechtliche Maßnahmen können zu einer Beendigung des Aufenthalts führen: Rückkehrentscheidungen, Ausweisungen, Aufenthaltsverbote, Versagung von Aufenthaltstiteln, Abweisung von Verlängerungsanträgen usw. Dabei können sich Härtefälle dadurch ergeben, dass die Beendigung des Aufenthalts zwar den einfachgesetzlichen Vorschriften des Asyl- oder Fremdenpolizeirechts entsprechen, die betroffene Person aber zwischen ihrer Ankunft im Inland und der Aufenthaltsbeendigung soziale oder familiäre Bindungen geknüpft hat, die durch die Aufenthaltsbeendigung zu zerreißen drohen. In diesen Fällen ist die Frage zu stellen, ob eine Aufenthaltsbeendigung trotz Konformität mit den fremdenpolizeilichen und asylrechtlichen Rechtsvorschriften möglicherweise aufgrund von **grundrechtlichen Erwägungen** unzulässig ist. Diese Unzulässigkeit kann sich aus dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Schutz des Grundrechts auf Privat- und Familienleben nach Art 8 EMRK ergeben, wobei vor allem die Abwägung individueller Interessen eines Fremden am Verbleib im Staat, in dem er sich aufhält, gegen die öffentlichen Interessen an der Beendigung seines Aufenthalts den Ausschlag für die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit einer Aufenthaltsbeendigung gibt. Diese notwendigerweise stark auf den Einzelfall bezogene Interessenabwägung lässt sachgerechte und vorhersehbare Entscheidungen oft schwierig erscheinen.

In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff „Bleiberecht“ demnach als Begriff, der sich aus dem Grundrecht auf Privat- und Familienleben gem Art 8 EMRK ergibt, verstanden. Primär wird darunter ein aus Art 8 EMRK abgeleitetes verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht eines Menschen darauf, dass sein Aufenthalt in einem Staat nicht beendet wird, verstanden. Als Folge eines solchen als „**Grundrecht zu bleiben**“ verstandenen Bleiberechts wird zu klären sein, ob sich aus diesem Recht ein aus Art 8 EMRK ableitbares Grundrecht auf **Erteilung eines Aufenthaltstitels** ergibt.⁴ Mit anderen Worten: Einerseits kann Art 8 EMRK eine bloße Schranke für Aufenthaltsbeendigungen darstellen und zu einer Art „Duldung“ im Inland führen. Weiters kann aus dem Grundrecht auf Privat- und Familienleben ein Recht auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ableitbar sein.

4 Vgl dazu unten Kapitel 5 (S. 311 ff).

Vom primären Gegenstand der vorliegenden Untersuchung nicht erfasst sind jene Fälle, in denen das Grundrecht auf Leben (Art 2 EMRK) oder das Folterverbot (Art 3 EMRK) einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehen. Die vor allem im Asylrecht eine große Rolle spielende Problematik des Refoulement-Verbots wird hier also nicht unter dem Begriff „Bleiberecht“ behandelt.

Die Lebenssachverhalte, in denen die Bleiberechtsproblematik eine Rolle spielt, können exemplarisch in folgende faktische Fallkonstellationen zusammengefasst werden, die in der Judikatur am häufigsten vorkommen:

1. Ein/e Fremde/r lebt mit Aufenthaltstitel längere Zeit im Aufenthaltsstaat und muss diesen aus verschiedenen Gründen (zB Erlassung eines Aufenthaltsverbots aufgrund einer Verurteilung wegen der Begehung einer strafbaren Handlung) verlassen. Der/die Fremde hat im Aufenthaltsstaat Beziehungen, die als Privat- oder Familienleben iSd Art 8 EMRK grundrechtlich zu schützen sind.
2. Ein/e Fremde/r lebt ohne Aufenthaltstitel längere Zeit im Aufenthaltsstaat und muss diesen aus diesem Grund verlassen. Er/sie hat im Aufenthaltsstaat Beziehungen, die in den Schutzbereich des Privat- oder Familienlebens iSd Art 8 EMRK fallen.
3. Ein Asylverfahren endet mit einem negativen Bescheid. Während des Verfahrens hat der Asylwerber/die Asylwerberin Beziehungen im Aufenthaltsstaat aufgebaut, die unter den Begriff Familien- oder Privatleben iSd Art 8 Abs 1 EMRK fallen.
4. Eine gesamte Familie ist Adressatin einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme in einer der oben genannten Konstellationen und muss den Staat verlassen.

Aufgabe dieser Untersuchung wird es sein, in Konstellationen wie diesen zu prüfen, wann die Interessen der betroffenen Personen, ihre zum und im Inland aufgebauten Bindungen zu erhalten, die öffentlichen Interessen an einer Aufenthaltsbeendigung überwiegen, sodass eine aus Art 8 EMRK ableitbare grundrechtliche Schranke die Aufenthaltsbeendigung verfassungsrechtlich unzulässig macht und ob die betroffene Person als Konsequenz ein Recht auf „Legalisierung“ ihres Aufenthalts hat.

Mit der Fremdenrechtsnovelle BGBl I 2009/29 wurde die einfachgesetzliche Ausgestaltung des grundrechtlichen Schutzes des Privat- und Familienlebens bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen konkretisiert und durch einen „Kriterienkatalog“ erweitert.⁵ Außerdem wurden jene Bestimmungen des NAG, die den sich iZm dem Bleiberecht aus Art 8 EMRK ergebenden positiven Verpflichtungen nachkommen sollen, ebenfalls mit einem Kriterienkatalog „ausgestattet“.⁶ Die Novellen stellen teilweise Normierungen ständiger

5 Vgl § 10 Abs 2 Z 2 AsylIG idF BGBl I 2011/38, § 61 Abs 2 FPG idF BGBl I 2011/38.

6 Vgl § 11 Abs 3 NAG idF BGBl I 2011/38.

Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sowie des EGMR dar. Die Frage, inwieweit die innerstaatliche Neuregelung der das Bleiberecht betreffenden Thematik den grundrechtlichen Vorgaben entspricht, soll ebenfalls Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein.

Zunächst werden die verschiedenen verfassungs- und europarechtlichen Bezüge im Zusammenhang mit dem Thema Bleiberecht dargestellt. Weiters werden im zweiten Kapitel die hier in Frage stehenden Abgrenzungen auf der Ebene der Schutzbereiche Familienleben und Privatleben behandelt. Im dritten Kapitel der Untersuchung werden dogmatische Fragen in Bezug auf das Institut des Grundrechtseingriffs zu klären sein sowie die innerstaatlichen fremdenpolizeilichen Maßnahmen, die einen Eingriff in Art 8 EMRK darstellen können, behandelt. Den ausführlichsten Teil der Untersuchung stellt die Analyse der aus Art 8 EMRK abgeleiteten Kriterien der Interessenabwägung im vierten Kapitel dar. Im fünften Kapitel werden schließlich die Konsequenzen eines Bleiberechts und ihre Umsetzung im österreichischen Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht untersucht.⁷

1.2 Begriffe

Da im Folgenden nicht nur die Begriffe des österreichischen Fremden- und Asylrechts eine Rolle spielen, sondern auch die vom EGMR in seiner Judikatur verwendeten Begriffe, ist es nicht möglich, bei der Terminologie ausschließlich auf das Begriffsverständnis des einfachen Gesetzgebers zurückzugreifen. Oft finden sich die verwendeten Begriffe überhaupt in keiner Rechtsvorschrift oder werden von den verschiedenen Gerichten unterschiedlich verwendet. Da es nicht Aufgabe dieser Untersuchung ist, eine allgemeingültige Terminologie herauszuarbeiten, sei lediglich zum besseren Verständnis festgehalten, welche Bedeutung den im Folgenden meistverwendeten Begriffen im Rahmen dieser Untersuchung zukommen soll:

AsylwerberIn: Ein/e Fremde/r ab Einbringung eines Antrags auf internationalen Schutz gem dem AsylG bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens oder bis zu dessen Einstellung oder Gegenstandslosigkeit (§ 2 Abs 1 Z 14 AsylG).

Aufenthaltsbeendigung: Damit sind sämtliche Entscheidungen und Maßnahmen staatlicher Behörden gemeint, die den Aufenthalt eines/einer Fremden im Aufenthaltsstaat unter Anwendung von Zwang beenden oder den/die Betroffene/n unter sonstiger Androhung von Zwang dazu verpflichten, den Aufenthaltsstaat zu verlassen. Es wird hierbei nicht zwischen verwaltungsbe-

7 In der vorliegenden Untersuchung wurde die relevante höchstgerichtliche Judikatur bis Jänner 2012 berücksichtigt.