

Diplomarbeit

Zur Erlangung des akademischen Grades
einer Magistra der Rechtswissenschaften
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens Universität Graz

Binationale Ehen von ÖsterreicherInnen mit Drittstaatsangehörigen im Lichte der Judikatur des EGMR, VfGH und VwGH zu Artikel 8 EMRK

eingereicht von
Sabrina Claudia Wittmann

bei
Univ.-Prof. Mag. Dr. Wolfgang Benedek

Graz, im Jänner 2010

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

.....

Graz, im Jänner 2010

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
B.	Begriffsdefinitionen	4
I.	Binationale Ehepaare.....	4
II.	Ehe mit BürgerInnen des EWR bzw. der Schweiz.....	4
III.	Ehe mit Drittstaatsangehörigen.....	6
IV.	Das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht.....	7
V.	Weitere fremdenrechtliche Begriffsdefinitionen.....	10
C.	Praxis – Fallbeispiele – ein Einblick in die Problematik	12
I.	NGO: Ehe ohne Grenzen.....	12
II.	Berufsvertretungsbehörde: Österreichische Botschaft Abuja/Nigeria.....	15
III.	Medien.....	18
IV.	Fallbeispiele.....	19
1.	Gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht.....	19
2.	Auslandsantragstellung.....	19
3.	Staatenlosigkeit.....	20
4.	Student und Schlüsselkraft.....	20
5.	Nachzug ins Herkunftsland.....	21
D.	Rechtsgrundlagen	23
I.	Völkerrecht: Die Europäische Menschenrechtskonvention.....	23
1.	Allgemeines.....	23
2.	Individualbeschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.....	23
3.	Struktur der Grundrechtsprüfung.....	24
a)	Eingriff in den Schutzbereich.....	25
b)	Rechtfertigung des Eingriffs.....	25
4.	Urteilswirkung.....	26
II.	Europarecht.....	27
1.	Allgemeines.....	27
2.	Gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht.....	28
3.	Fehlen des Aufenthaltsrechts.....	30
4.	Ausweisung und Aufenthaltsverbot.....	31

III.	Innerstaatliches Recht.....	32
1.	Allgemeines.....	32
2.	Behördenzuständigkeit.....	33
	a) Sachliche Zuständigkeit.....	33
	b) Örtliche Zuständigkeit.....	33
3.	Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen.....	34
	a) Öffentliche Interessen.....	35
	b) Unterkunft.....	36
	c) Krankenversicherung.....	37
	d) Ausreichende Eigenmittel.....	37
	- Exkurs: Haftungserklärung und Patenschaftserklärung...	39
	e) Integrationsvereinbarung.....	40
	f) Quote.....	42
	g) Interessensabwägung.....	42
	h) Aufenthaltsehe.....	44
4.	Verfahren und Antragstellung.....	46
	a) Allgemeine Verfahrensbestimmungen.....	46
	b) Prinzip der Auslandsantragstellung.....	47
	c) Verfahrensablauf bei Auslandsantragstellung.....	48
	d) Verlängerungs- und Zweckänderungsanträge.....	49
5.	Aufenthaltstitel.....	50
	a) Aufenthaltsbewilligungen.....	51
	- Exkurs: Humanitäres Aufenthaltsrecht.....	52
	b) Niederlassungsbewilligungen.....	53
	aa) NB – Schlüsselkraft.....	53
	bb) NB – ausgenommen Erwerbstätigkeit.....	54
	cc) NB – beschränkt und NB – unbeschränkt.....	54
	dd) NB – Angehöriger	55
	c) Aufenthaltstitel <i>sui generis</i>	56
6.	Verlust von Aufenthaltstiteln.....	58
7.	Aufenthaltsbeendigung.....	60
	a) Ausweisung.....	60
	b) Aufenthaltsverbot.....	61
	c) Aufenthaltsverfestigung.....	61
E.	Judikatur zu Artikel 8 EMRK.....	63
I.	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte.....	63
1.	Definition „Familienleben“.....	63
	a) Ehe.....	64
	b) Scheinehe.....	65
	c) Lebensgemeinschaft	65
2.	Definition „Privatleben“.....	66
3.	Gesetzliche Grundlage des Eingriffs.....	67
4.	Urteile zur Einreise von Fremden.....	68

5.	Zulässigkeit einer Ausweisung aufgrund Straffälligkeit.....	70
a)	Die Boultif-Kriterien.....	71
b)	Die wichtigsten Kriterien im Einzelnen.....	73
aa)	Art und Schwere der begangenen Straftat.....	73
bb)	Bisherige Aufenthaltsdauer.....	74
cc)	Gemeinsame Kinder.....	74
dd)	Schwierigkeiten für den/die EhepartnerIn im Herkunftsland.....	75
ee)	Sonstiges.....	75
6.	Zulässigkeit einer Ausweisung aufgrund illegalen Aufenthalts.....	75
7.	Verhältnismäßigkeit eines Aufenthaltsverbots.....	77
8.	Verfahrensgarantien.....	78
II.	Verfassungsgerichtshof.....	79
1.	Grundrechtsprüfung.....	79
2.	Kriterien für die Interessensabwägung.....	80
3.	Ausgewählte Fälle.....	81
a)	VfGH 27.6.1996, B 1838/94.....	81
b)	VfGH 13.3.2008, B 1032/07.....	81
c)	VfGH 14.10.2004, VfSlg 17377.....	82
d)	VfGH 10.6.2008, B 1327/07.....	83
III.	Verwaltungsgerichtshof.....	84
1.	VwGH 25.11.1993, 93/18/0524.....	84
2.	VwGH 23.10.2008, 2007/21/0335.....	85
3.	VwGH 4.11.2008, 2008/22/0044.....	85
F.	Conclusio und Ausblick.....	87

Abkürzungsverzeichnis

AB	Aufenthaltsbewilligung(en)
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
arg	argumentum
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AsylG	Asylgesetz
AT	Aufenthaltstitel
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz
AVG	Allgemeines Verwaltungsgesetz
BezVB	Bezirksverwaltungsbehörde
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BMI	Bundesministerium für Inneres
BMeiA	Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten
BVB	Berufsvertretungsbehörde
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
d.B.	der Beilagen
DV	Durchführungsverordnung
EB	Erläuternde Bemerkung(en)
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof (Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f(f)	(fort)folgende
FPG	Fremdenpolizeigesetz
FrÄG	Fremdenrechtsänderungsgesetz
FrG	Fremdengesetz
FRP	Fremdenrechtspaket
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GP	Gesetzgebungsperiode
Ibid	Ibidem (an demselben Ort)
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
iwS	im weiteren Sinne

leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
IV-V	Integrationsvereinbarungs-Verordnung
ME	Ministerialentwurf
NAG	Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz
NB	Niederlassungsbewilligung(en)
NGO	Non Governmental Organisation (Nichtregierungsorganisation)
NLV	Niederlassungsverordnung
N.N.	nomen nescio (der Name ist nicht bekannt)
ÖB	Österreichische Botschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
SN	Stellungnahme
StbG	Staatsbürgerschaftsgesetz
StGG	Staatsgrundgesetz
StPO	Strafprozessordnung
UBAS	Unabhängiger Bundesasylsenat
ua.	unter anderem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
ZPEMRK	Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention

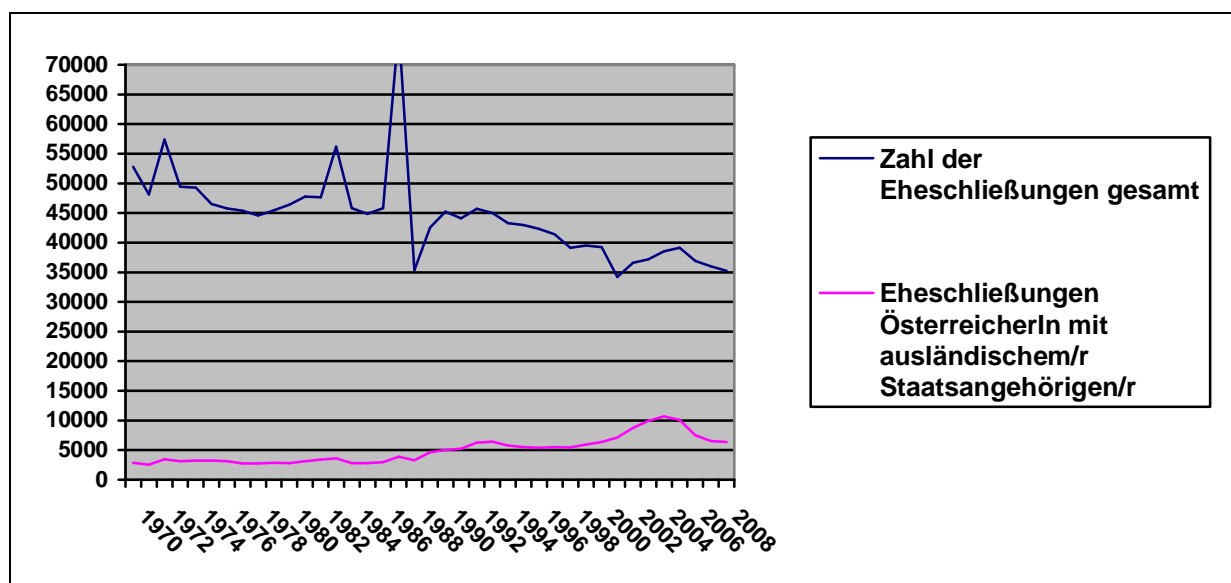
A. Einleitung

„Die Behörden versagten beim Schutz von Asylsuchenden und Migranten.“¹ Zu diesem niederschmetternden Urteil in Bezug auf Österreich gelangte Amnesty International im Report zur Lage der Menschenrechte 2009 und führte weiter aus: „Die Behörden machen sich weiter Gesetzeslücken zunutze und wiesen Migranten und Asylsuchende aus, ohne ihre Familiensituation und ihr Privatleben angemessen zu berücksichtigen.“ Stimmen diese Aussagen? Die vorliegende Diplomarbeit soll (unter anderem) diese Frage in Bezug auf binationale Ehepaare beantworten.

Warum binationale Ehepaare?

Die Eheschließungen zwischen Österreicherinnen und Österreichern sind seit Jahren rückläufig, binationale Partnerschaften hingegen kommen immer häufiger vor. Trotzdem wird es für nichtösterreichische EhepartnerInnen von ÖsterreicherInnen zunehmend schwieriger, einen Aufenthaltstitel zu erlangen.

Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die Zahl der Eheschließungen in Österreich von 1970 bis 2008:



Quelle: Statistik Austria, www.statistik.at
Grafik: Autorin

¹ Amnesty International (Hg): Amnesty International Report 2009 zur weltweiten Lage der Menschenrechte. Verlag S. Fischer, Frankfurt am Main 2009. 346f

Die Tabelle zeigt, dass die Zahl der Eheschließungen in den vergangenen Jahren tendenziell rückläufig ist, wobei es von 2001 bis 2005 einen Aufwärtstrend gab. Gleichzeitig ist die Zahl der ÖsterreicherInnen, die eine/n ausländische/n Staatsangehörige/n ehelichen, generell im Steigen; die Spitze wurde im Jahr 2004 mit 10.699 Eheschließungen erreicht (dies entsprach einem Anteil von 27,8 %). Seither kann ein leichter Abwärtstrend beobachtet werden (2008 war bei 6.353 Eheschließungen ein Partner Nicht-Österreicher, das sind 18 % der Gesamtanzahl). Dies korrespondiert zeitlich mit der Einführung des Fremdenrechtspakets 2005,² welches eine massive Veränderung der Voraussetzungen für die Niederlassung des/der nichtösterreichischen PartnerIn in einer binationalen Ehe mit sich gebracht hat.

In Wien waren rund 60% aller Ehen, die 2005 neu geschlossen wurden, binational.³ Binational bedeutet im Übrigen nicht zwangsläufig, dass die Ehe auch interkulturell bzw. interethnisch sein muss. Wenn beispielsweise ein serbischstämmiger Mann, der bereits die österreichische Staatsbürgerschaft verliehen bekommen hat, eine serbische Staatsbürgerin ehelicht, so wird dies in der Statistik als binationale Ehe erfasst, obwohl beide ursprünglich aus dem gleichen Land stammen.

Die fremdenrechtlichen Bestimmungen für binationale Ehepaare sind seit dem Fremdenrechtspaket 2005 laufend strenger geworden - dem Gesetzgeber sind jedoch bei der Ausarbeitung von Gesetzen, die das Recht auf Privat- und Familienleben betreffen, Schranken gesetzt. Der EGMR hat durch seine Judikatur im Laufe der Zeit Art 8 EMRK (dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) ua. so interpretiert, dass die Konventionsstaaten bei Aufenthalts- bzw. Ausweisungsentscheidungen auf ein bestehendes Privat- bzw. Familienleben Rücksicht nehmen müssen. Nun stellt sich die Frage: **Ist die österreichische Rechtslage in Hinblick auf binationale Ehepaare menschenrechtskonform?** Hat der Gesetzgeber diese Schranken gehörig beachtet? Die vorliegende Diplomarbeit bezweckt nicht nur das Erlangen eines akademischen Titels der Autorin, sondern soll im Idealfall auch binationalen Ehepaaren in Österreich als eine Art Leitfaden dienen, indem die komplizierte Materie des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes klar und verständlich dargestellt wird, der Behördengang erläutert und mögliche Probleme vorweggenommen werden.

² Bundesgesetz, mit dem (...) ein Asylgesetz 2005, ein Fremdenpolizeigesetz 2005 und ein Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz erlassen (...) werden sowie das Fremdengesetz 2007 aufgehoben wird (Fremdenrechtspaket 2005), BGBl I Nr. 100/2005

³ Vgl. *Weinhäupl, Heidi*: Analyse: „Seriöse Schätzungen“ und der Generalverdacht. In: Der Standard Online, 27.2.2007, <http://derstandard.at/fs/2784701/bAnalyseb-Serioese-Schaetzungen-und-der-Generalverdacht> (3.1.2010)

Das österreichische Fremdenrecht ist allerdings eine sich ständig im Wandel befindende Materie – dies nicht zuletzt deshalb, weil wiederholt Teile des Fremdenrechts vom VfGH als verfassungswidrig erklärt werden,⁴ sondern auch, weil es eines der derzeit politisch brisantesten Themengebiete betrifft. 2009 gab es sogar zwei Novellierungen des NAG, FPG und AsylG.⁵ Den im Zuge der beiden Novellen geschaffenen Änderungen der Materie soll deshalb im Rahmen der vorliegenden Diplomarbeit vor allem in Hinsicht auf ihre Relevanz für binationale Ehepaare ein besonderes Augenmerk geschenkt werden. Diese betreffen vor allem die Partnerschaftserklärung, die Neuregelung des humanitären Aufenthalts sowie Änderungen in der innerstaatlichen Umsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts.

Zu Beginn werden in Kapitel B Begriffsdefinitionen gegeben, die für das weitere Verständnis der vorliegenden Arbeit unerlässlich sind und das Fundament bilden, auf dem in den darauffolgenden Kapiteln aufgebaut wird.

Da nach Ansicht der Verfasserin nicht nur die theoretische Ebene der Materie, sondern auch deren praktische Umsetzung durch die Verwaltungsbehörden eine große Rolle spielt, kommen in Kapitel C RechtsanwenderInnen und Betroffene zu Wort – denn die Rechtswissenschaft ist nicht, wie das geläufige Vorurteil meint, eine staubtrockene Materie, sondern ganz im Gegenteil wohl eine der lebensnahen Wissenschaften, da sie zum überwiegenden Teil auf Lebenssachverhalten beruht. Kapitel C soll dem/der LeserIn einen Überblick über die Problematik geben, indem diese aus unterschiedlichen Blickwinkeln beleuchtet wird.

In Kapitel D werden die Rechtsgrundlagen erläutert, die für die Aufenthaltserlaubnis eines/r Drittstaatsangehörigen, der/die mit einem/r österreichischen StaatsbürgerIn verheiratet ist, zur Anwendung kommen. Es wird auch kurz auf die Rechtsstellung von UnionsbürgerInnen eingegangen.

Danach wird in Kapitel E die Judikatur des EGMR, VfGH und VwGH zu Art 8 EMRK erörtert und in Kontext mit den österreichischen Fremdengesetzen sowie der Verwaltungspraxis gestellt, um diese auf ihre Menschenrechtskonformität zu untersuchen.

⁴ Wie zB wegen dem ursprünglich nicht vorhandene Antragsrecht auf humanitären Aufenthalt, vgl VfGH Erk vom 27. Juni 2008 (G 246, 247/07 ua.)

⁵ Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz geändert werden (BGBl I Nr 29/2009; mit 1.4.2009 in Kraft getreten), sowie das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009 (BGBl I Nr. 122/2009; mit 1.1.2010 in Kraft getreten)

B. Begriffsdefinitionen

I. *Binationale Ehepaare*

Was ist unter dem Begriff „binationale Ehepaare“ zu verstehen? Es gäbe eine Reihe von Sachverhalten, die sich darunter subsumieren ließen. Einerseits könnte die Abstammung der Ehepartner im Sinne ihrer ethnischen Zugehörigkeit gemeint sein, andererseits ihre Staatsbürgerschaft. Da das Gesetz rein auf den rechtlichen Status, nämlich die Staatsangehörigkeit abstellt, lautet die Definition einer „binationale Ehe“ für die Zwecke der vorliegenden Diplomarbeit, welche sich mit dem aus der Eheschließung resultierenden Niederlassungs- bzw. Aufenthaltsrecht in Österreich für den nichtösterreichischen Ehepartner beschäftigt, wie folgt: **Eine Ehe ist binational, wenn die beiden Ehepartner nicht die Staatsbürgerschaft desselben Landes besitzen.** Da nur auf die österreichische Rechtslage eingegangen wird, geht es des Weiteren ausschließlich um Fälle, in denen einer der Ehepartner österreichische/r Staatsangehörige/r ist.

Primär wird die Rechtslage für verheiratete Paare dargelegt, am Rande jedoch auch die Situation für Personen in binationalen Lebensgemeinschaften erläutert, da diese Partnerschaftsform neben der traditionellen Ehe immer häufiger vorkommt.

II. *Ehe mit BürgerInnen des EWR bzw. der Schweiz*

Eine Eheschließung eines/r österreichischen StaatsbürgerIn mit einem/r Staatsangehörigen eines der Mitgliedstaaten der **EU**, des **EWR** bzw. der **Schweiz** ist in Hinblick auf einen begehrten Aufenthaltstitel weit unproblematischer als mit einem/r Drittstaatsangehörigen.

Art 17 Abs 1 EGV definiert **UnionsbürgerInnen** als Personen, welche die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union⁶ besitzen. **EWR-BürgerInnen**⁷ sind Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über den

⁶ Derzeit sind Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlande, Dänemark, Griechenland, Spanien, Irland, Österreich, Portugal, Finnland, Schweden, Großbritannien, Tschechien, Slowakei, Estland, Lettland, Litauen, Zypern, Malta, Ungarn, Polen, Slowenien, Rumänien und Bulgarien Mitgliedstaaten der EU.

⁷ dies sind EU-Bürger sowie Bürger Islands, Norwegens und Liechtensteins, vgl. § 2 Abs 1 Z 4 NAG

europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen⁸). Da das NAG EWR-BürgerInnen als **Fremde** definiert (§ 2 Abs 1 Z 4 NAG), fallen ÖsterreicherInnen in der Terminologie des NAG nicht unter diesen Begriff.

Relevant ist diese Unterscheidung zwischen EU-/EWR-BürgerInnen bzw. Schweizer BürgerInnen und Drittstaatsangehörigen, weil ihnen gem. § 2 Abs 1 Z 14 NAG das gemeinschaftsrechtliche Recht, sich in Österreich aufzuhalten, zukommt. Das NAG erwähnt Schweizer BürgerInnen nicht immer explizit, auch wenn sie von einer Bestimmung umfasst sind.⁹ Dafür gibt es eine Generalklausel in § 57 NAG, welche besagt, dass die Bestimmungen zum „Gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht“¹⁰ (§§ 51 bis 56 NAG) auch auf Schweizer BürgerInnen und ÖsterreicherInnen, die ihr gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht in Anspruch genommen haben, und deren Angehörige anwendbar sind.

Für BürgerInnen der „neuen Mitgliedstaaten“ mit Ausnahme Malta und Zypern, die am 1. Mai 2004 (Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn) bzw. am 1.1.2007 (Rumänien und Bulgarien) der EU beigetreten sind, gilt das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht¹¹ gem § 32a AuslBG derzeit nur beschränkt. Für den Arbeitsmarktzugang haben Österreich und Deutschland als einzige „alte“ EU-Mitgliedstaaten eine Verlängerung der Übergangsfrist bis 2011 beantragt, was von der EU-Kommission auch bewilligt wurde.¹² Das Aufenthaltsrecht gilt jedoch bei Erfüllung jener durch die RL 2004/38/EG normierten und in § 51 NAG innerstaatlich umgesetzten Voraussetzungen auch für Bürger dieser EU-Mitgliedstaaten.¹³

Die **Personenfreizügigkeit** ist eine der vier Grundfreiheiten der EU und wird durch EU-Primärrecht (Art 18 bzw 39 EGV) begründet.¹⁴ Sie gilt nicht nur für UnionsbürgerInnen, sondern aufgrund des EWR-Abkommens auch für Staatsangehörige Islands, Liechtensteins und Norwegens, sowie für Schweizer Bürger aufgrund eines Freizügigkeitsabkommens mit der EG.¹⁵ Im Folgenden wird der Einfachheit halber nur noch der Begriff EWR-BürgerInnen

⁸ BGBl 1993/909 bzw AB1 1994 Nr. L 1

⁹ Vgl etwa § 2 Abs 1 Z 9 NAG („Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizer Bürgern“), jedoch keine Erwähnung in Z 14 leg cit („Recht eines EWR-Bürgers, sich in Österreich niederzulassen“)

¹⁰ Vor Inkrafttreten des FrÄG 2009 (d.h. bis zum 31.12.2009) lautete die Überschrift „Gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsrecht“ – zur Bedeutsamkeit dieser Änderung siehe Kapitel B.IV. sowie D.II.

¹¹ Vor Inkrafttreten des FrÄG 2009 (d.h. bis zum 31.12.2009) lautete die Terminologie „Recht auf Freizügigkeit“

¹² N.N.: „Arbeitsmarkt: EU billigt Verlängerung der Übergangsfrist“, APA-Meldung vom 8.6.2009, Die Presse Online, <http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/485681/index.do?from=simarchiv> (3.1.2010)

¹³ Vgl Ramin: Die Rechtsstellung der Unionsbürger nach dem Fremdenrechtspaket 2005, in: migraLex 2006. 23

¹⁴ Vgl Kutscher/Poschalko/Schmalzl: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht. 40

¹⁵ Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, AB1 2004 L117, S. 6ff

verwendet, da dieser EU-BürgerInnen mitumfasst. Über EWR-BürgerInnen Gesagtes gilt fortan gleichermaßen auch für SchweizerInnen.

Das gemeinschaftsrechtliche Recht auf Aufenthalt besteht jedoch nicht unbeschränkt. Die Bedingungen für die Ausstellung einer Anmeldebescheinigung¹⁶ für einen drei Monate an Dauer überschreitenden Aufenthalt in Österreich sind im 4. Hauptstück des NAG („Gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht“, §§ 51 ff) normiert (näheres dazu unter Kapitel B.IV. sowie D.II.)

III. Ehe mit Drittstaatsangehörigen

Fremde sind gem. § 2 Abs 1 Z 1 NAG Personen, welche die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzen. Es fallen somit auch EWR-Bürger unter diese Definition.

Drittstaatsangehörige hingegen sind Fremde, die nicht BürgerInnen des EWR oder der Schweiz sind (Z 6 leg cit). Ihnen kommt ergo kein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht zu. Die Gruppe der Drittstaatsangehörigen kann in drei Kategorien unterteilt werden:

1. Asylberechtigte bzw subsidiär Schutzberechtigte gem der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK),
2. Träger von Privilegien und Immunitäten,
3. sonstige Drittstaatsangehörige.

Diese Unterteilung ist für die aufenthaltsrechtliche Qualifizierung des/der Betroffenen notwendig, denn das NAG gilt gem. § 1 Abs 2 nicht für asylgesetzlich Aufenthaltsberechtigte (Z 1 leg cit)¹⁷ oder Träger von Privilegien und Immunitäten (Z 2 leg cit). Für diesen Personenkreis gab es bislang auch keine Möglichkeit, in das Regime des NAG überzutreten. Das FrÄG 2009¹⁸ sieht in einem neuen Abs 6 zu § 43 NAG begrüßenswerterweise vor, dass subsidiär Schutzberechtigte, die sich seit mindestens 5 Jahren mit entsprechender Berechtigung in Österreich aufhalten, nunmehr eine Niederlassungsbewilligung beantragen dürfen,¹⁹ damit „gut integrierten Fremden eine erweiterte und längerfristige Integrationsperspektive geboten“²⁰ werden kann.

¹⁶ § 9 Abs 1 Z 1 und 2 NAG

¹⁷ Dies wurde vom VfGH in seiner Entscheidung vom 3.3.2007, B 1019/06, für verfassungskonform befunden.

¹⁸ Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009, BGBl I Nr. 122/2009

¹⁹ Bisher galt ihre Aufenthaltsbewilligung jeweils nur für ein Jahr (mit der Möglichkeit der Verlängerung bei weiterem Vorliegen der Voraussetzungen), vgl. § 8 Abs 4 AsylG

²⁰ Vgl Materialien zum Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009, 330 d.B. (XXIV. GP), online abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/I/I_00330/pmh.shtml (3.1.2010)

IV. Das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht

Die sog. Freizügigkeits-Richtlinie²¹ (auch: Unionsbürger-Richtlinie) gilt gem Art 3 Abs 1 leg cit „für jeden Unionsbürger, der sich in einem anderen als dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich dort aufhält, sowie für seine Familienangehörigen (...), die ihn begleiten oder ihm nachziehen.“ Sie regelt also die Voraussetzungen, unter denen sich ein/e EWR-BürgerIn in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten darf, sowie den Nachzug von Familienangehörigen. Dieser Bereich wird von Österreich als heikel angesehen, da besonders durch drittstaatsangehörige EhepartnerInnen Missbrauch befürchtet und daher eine restriktive Auslegung der Richtlinie vertreten wurde.

Die innerstaatliche Umsetzung dieser RL wurde in erster Linie im 4. Hauptstück des NAG vorgenommen, welches vor dem FrÄG 2009 mit „**Recht auf Freizügigkeit**“ betitelt war. Ab dem 1.1.2010 lautet die neue Überschrift „**Gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht**“.

Grund für diese Neufassung sind die Ergebnisse der beiden Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH in den Rechtssachen Metock²² und Sahin²³ aus dem Jahr 2008. Die Novelle des 4. Hauptstücks des NAG dient laut Regierungsvorlage „insbesondere der Abfederung der Auswirkungen dieser Judikatur“²⁴ (sic!). Die „in der Freizügigkeitsrichtlinie vorgesehenen Kontroll- und Verschärfungsmöglichkeiten“²⁵ sollen nunmehr umgesetzt werden. Beide Verfahren hatten das Aufenthaltsrecht der drittstaatsangehörigen EhepartnerInnen von UnionsbürgerInnen zum Thema. In den beiden Fällen wurde die Unionsbürgerrichtlinie²⁶ durch den EuGH „neu und weit“²⁷ ausgelegt, insbesondere die Bedeutung des Rechts auf Freizügigkeit und die daraus ableitbaren Rechte für Familienangehörige, insbes. EhepartnerInnen.

Seit der Einführung des FRP 2005 hatte man sich in Literatur, Lehre und Praxis den Kopf über die korrekte Auslegung und Deutung des Begriffs „Inanspruchnahme der Freizügigkeit“ (vgl § 9 Abs 1 Z 2 NAG alt) zerbrochen. Die neue Terminologie gem FrÄG 2009 lautet „Inanspruchnahme des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrecht von mehr als drei

²¹ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten; ABl. 2004, L 158/77; § 2 Abs 1 Z 19 NAG

²² Urteil des EuGH vom 25. Juli 2008 in der Rs C-127/08, Metock gg. Irland

²³ Beschluss des EuGH vom 19. Dezember 2008 in der Rs C-551/07, Sahin gg. Österreich

²⁴ Vgl Materialien zum Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009, 330 d.B. (XXIV. GP), online abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/I/I_00330/pmh.shtml (3.1.2010)

²⁵ Ibid.

²⁶ Richtlinie 2004/38/EG

²⁷ Vgl Materialien zum Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009, 330 d.B. (XXIV. GP), online abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/I/I_00330/pmh.shtml (3.1.2010)

Monaten“ (vgl § 21 Abs 2 Z 1 NAG neu). Das FrG 1997 gewährte davor eine generelle Sichtvermerks- und Niederlassungsfreiheit für EWR-BürgerInnen und deren Angehörige.²⁸ An die Inanspruchnahme des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrecht ist eine ganze Reihe von Rechtsfolgen geknüpft, wie etwa das Aufenthaltsrecht von Angehörigen aus Drittstaaten (vgl § 9 Abs 1 Z 2 NAG), denen nur dann eine Daueraufenthaltskarte ausgestellt werden kann, wenn der/die EWR-BürgerIn einen Freizügigkeitstatbestand verwirklicht hat. Es ist zu unterscheiden zwischen „echter“ Freizügigkeit und Putativ-Freizügigkeit.²⁹

Echte Freizügigkeit wird begründet, wenn ein (EWR-)grenzüberschreitender Sachverhalt verwirklicht wird, wie bspw. durch eine französische Staatsbürgerin, die nach Österreich zieht, um sich hier als Ärztin niederzulassen. Folgt ihr kanadischer Ehemann ihr nach, so wird ihm bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen auf Antrag eine Daueraufenthaltskarte ausgestellt (§ 9 Abs 1 Z 2 iVm § 54 NAG). Die Französin bekommt auf Antrag eine Anmeldebescheinigung ausgehändigt (§ 9 Abs 1 Z 1 iVm § 53 NAG), ihr Niederlassungsrecht leitet sich unmittelbar aus EU-Primärrecht ab. Ihrem kanadischen Ehemann kommt ein von ihrem gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrecht abgeleitetes Aufenthaltsrecht zugute.³⁰ Bei beiden handelt es sich um eine reine Dokumentation des Niederlassungsrechts.

Putativ-Freizügigkeit hingegen liegt vor, wenn die Französin keinen grenzüberschreitenden Tatbestand verwirklicht, also in Frankreich bleibt. Freizügigkeit musste immer einen Bezug zu zumindest einem zweiten Mitgliedstaat aufweisen;³¹ ausschließlich den eigenen EU-Heimatstaat betreffend kann keine Freizügigkeit geltend gemacht werden.³² Sollte aber eine Österreicherin etwa nach Italien ziehen, sich dort als Angestellte niederlassen, einen marokkanischen Staatsangehörigen kennenlernen, ehelichen und einige Zeit später nach Österreich zurückkehren, so hatte sie ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen. Ihr Ehemann hatte somit das Anrecht auf die Ausstellung einer österreichischen Daueraufenthaltskarte. Hatte sie ihren Ehemann erst kennen gelernt, als sie wieder in Österreich war, so ist das grenzüberschreitende Element in Hinblick auf ihn nicht gegeben gewesen. Er konnte sich in Folge nicht auf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht berufen.

²⁸ § 49 FrG 1997

²⁹ Vgl. *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht 2006. 40ff

³⁰ Vgl. *Abermann*: Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis 2007. 18

³¹ Vgl. *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht 2006. 43

³² Vgl. EuGH 18.10.2004, C-200/02, Zhu und Chen gg. Vereinigtes Königreich

Fraglich war erstens, wie lange und auf welche Art man seine Freizügigkeit in Anspruch genommen haben muss, um sich darauf berufen zu können. Das Gesetz gab hierzu keine genaue Auskunft. Durch das FrÄG wird im neugefassten § 2 Abs 1 Z 14 NAG nun klar definiert, dass ein Aufenthalt von mehr als drei Monaten verlangt ist. Dies entspricht gemäß der Unionsbürger-RL jenem Zeitraum, in dem ein/e EWR-BürgerIn sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten darf, ohne eine Anmeldebescheinigung zu beantragen. Sofern er/sie die weiteren in der Unionsbürger-RL normierten Voraussetzungen erfüllt (Arbeitsaufnahme, Studium, etc), liegt also ein Freizügigkeitsfall vor. (Details zur innerstaatlichen Umsetzung siehe Kapitel D.II.)

Die zweite Frage ist, wie die rechtliche Situation aussieht, wenn die Franzosin aus dem obigen Beispiel, die sich in Österreich als Ärztin niederlässt, den Kanadier erst in Österreich kennen lernt und heiratet.³³ Die Rechtsauffassung des BMI war, dass der drittstaatsangehörige Ehemann dann kein Aufenthaltsrecht gem der Unionsbürgerrichtlinie hat, da diese normiert, dass er die EWR-Bürgerin begleitet haben bzw ihr nachgezogen sein muss. Wird die Angehörigeneigenschaft erst im Aufnahmestaat begründet, kommt ihm folglich kein Aufenthaltsrecht zu. Genau diese Rechtsauffassung wurde vom EuGH durch die beiden Fälle *Metock* und *Sahin* verworfen. So hat der EuGH nunmehr ausgeführt, dass es keine Rolle spielt, wann die Familieneigenschaft begründet wurde bzw ob der/die drittstaatsangehörige EhepartnerIn sich aufgrund eines anhängigen Asylverfahrens oä. bloß vorübergehend im Land aufhält. Auch dürfen die Mitgliedstaaten das Aufenthaltsrecht nicht davon abhängig machen, ob der/die Drittstaatsangehörige sich zuvor rechtmäßig in einem anderen EWR-Staat aufgehalten hat, da es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt ist, zusätzliche Voraussetzungen zu jenen der Unionsbürger-RL vorzusehen.

Drittens werfen die Regelungen betreffend das Recht auf Freizügigkeit bzw nunmehr das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht nach wie vor die Frage der Zulässigkeit der **Inländerdiskriminierung** auf. *Kutscher/Poschalko/Schmalzl* argumentieren, dass diese Ungleichbehandlung von ÖsterreicherInnen im eigenen Land „im Europarecht selbst“ liege, „und zwar in der mangelnden Tragweite der einschlägigen Normen des Gemeinschaftsrechts“.³⁴ Gemäß Art 3 der Richtlinie 2004/38/EG gilt diese nämlich nur für jene Unionsbürger, die sich in einem anderen als dem Mitgliedstaat ihrer Staatsangehörigkeit

³³ Vgl dazu das Rechtsgutachten des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramts zu den Rechtssachen *Metock* und *Sahin*, online abrufbar unter www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=33397 (3.1.2010)

³⁴ Vgl. *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht 2006. 45

aufhalten. Der EuGH ging im Rahmen der Vorabentscheidungsverfahren in den Rechtssachen Metock und Sahin nicht auf die Problematik ein, mit der Begründung, dass dies keine Angelegenheit des Gemeinschaftsrechts sei.³⁵ Die abschließende Beantwortung dieser Frage würde jedoch den Umfang einer weiteren Diplomarbeit in Anspruch nehmen, deshalb darf diesbezüglich auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.

V. *Weitere fremdenrechtliche Begriffsdefinitionen*

Die Terminologie der fremdenrechtlichen Gesetze ist nicht immer einheitlich, wie die folgenden Begriffserklärungen zeigen werden. Nachfolgend werden jene Begriffe erläutert, die für die Thematik der binationalen Ehepartner besonders relevant erscheinen. Zu bemerken ist, dass das Fremdenrechtspaket 2005 eher wenige Begriffsbestimmungen enthielt, diese wurden erst sukzessive durch Novellierungen der Materie eingeführt.

Die wichtigste Unterscheidung, die sich durch das gesamte NAG zieht, ist jene zwischen den Termini „Niederlassung“ und „Aufenthalt“. Während **Aufenthaltsbewilligungen** im Sinne des NAG für einen bloß vorübergehenden, befristeten Aufenthalt in Österreich vorgesehen sind (§ 8 Abs 1 Z 5 NAG), eröffnen **Niederlassungsbewilligungen** eine dauerhafte Zuwanderungsperspektive (Z 1 leg cit).

Familienangehörige im Sinn der Kernfamilie sind gem. § 2 Abs 1 Z 9 NAG EhegattIn oder unverheiratetes, minderjähriges Kind, einschließlich Adoptiv- oder Stiefkind. Für EhegattInnen von Drittstaatsangehörigen gilt derzeit ein Mindestalter von 18 Jahren. Diese Vorkehrung wurde lt. Erläuterung zur Regierungsvorlage des FRP 2005 getroffen, um „eine strukturelle Sicherungsmaßnahme gegen Zwangsehen einzuführen“.³⁶

Durch das FrÄG 2009³⁷ wurde die Altersgrenze von 18 auf 21 Jahre angehoben, um verstärkt Zwangsehen und arrangierten (Kinder-)Ehen vorzubeugen. Dies entspricht Art 4 Abs 5 der Familienzusammenführungs-Richtlinie³⁸ und war schon im ursprünglichen Entwurf des FRP 2005³⁹ vorgesehen, wurde damals jedoch wieder verworfen. Vom Verein „Helping Hands“ wurde bereits seinerzeit in dessen Stellungnahme zum Ministerialentwurf kritisiert, dass eine Altersanhebung für den Familiennachzug von EhepartnerInnen Zwangsehen

³⁵ Urteil des EuGH vom 25. Juli 2008 in der Rs C-127/08, Metock gg. Irland, Rn. 78

³⁶ 266/ME XXII. GP, http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXII/ME/ME_00266/pmh.shtml (3.1.2010)

³⁷ Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009 (BGBl I Nr.122/2009)

³⁸ Richtlinie 2003/86/EG

³⁹ 65/ME XXIV. GP, http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00065/pmh.shtml (3.1.2010)

keineswegs verhindern würde, sondern bloß „den zwangsverheirateten Ehepartner zwingt, bis zu seinem/ihrer 21. Lebensjahr in seiner/ihrer Heimat zu verbleiben“.⁴⁰ Die Behörden würden ohnehin über die Möglichkeit der Beurteilung der Situation verfügen, da die Antragstellung persönlich zu erfolgen hat.⁴¹ Der Gesetzgeber beharrte jedoch auf seiner Argumentation.

Die Definition von **Angehörigen** findet sich nicht unter den allgemeinen Begriffsbestimmungen des § 2 Abs 1 NAG, sondern im 2. Hauptstück unter § 47 Abs 3 leg cit: Angehörige können Verwandte des/der Zusammenführenden oder seiner/ihrer EhegattIn in gerader aufsteigender Linie sein; LebenspartnerInnen, mit denen eine dauerhafte Beziehung im Herkunftsstaat nachgewiesen werden kann; sowie sonstige Angehörige, wobei hier auf eine tatsächliche Unterhaltsleistung, häusliche Gemeinschaft im Herkunftsstaat bzw. Pflegebedürftigkeit abgestellt wird. Es ist darauf hinzuweisen, dass die einschlägigen EU-Richtlinien (s. unten, Kapitel D.II.) Definitionen von „Angehörigen“ und „Familienangehörigen“ enthalten, die sich vom NAG unterscheiden.⁴²

Begünstigte Drittstaatsangehörige sind gem § 2 Abs 4 Z 11 FPG „der Ehegatte, eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten eines EWR-Bürgers oder Schweizer Bürgers oder Österreicher, die ihr gemeinschaftsrechtliches (...) Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in Anspruch genommen haben, (...) insofern dieser Drittstaatsangehörige den freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, von dem sich seine gemeinschaftsrechtliche Begünstigung herleitet, begleitet oder ihm nachzieht“.

Zusammenführende/r ist gem. § 2 Abs 1 Z 10 NAG „ein Drittstaatsangehöriger, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält oder von dem ein Recht im Sinne [des NAG] abgeleitet wird“. Diese anfängliche Definition ist insofern zu eng gefasst, da in der Folge auch ÖsterreicherInnen bzw. EWR-BürgerInnen als Zusammenführende (auch „Ankerperson“ genannt) auftreten können (§ 47 Abs 1 NAG).

⁴⁰ 37/SN-266/ME XXII. GP, http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXII/ME/ME_00266/pmh.shtml (3.1.2010)

⁴¹ Ibid.

⁴² *Abermann*: Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis. 61 ff

C. Praxis – Fallbeispiele – ein Einblick in die Problematik

I. NGO: Ehe ohne Grenzen

Gegründet wurde die Initiative „Ehe ohne Grenzen“ (EOG) 2006 als Reaktion auf das Fremdenrechtspaket 2005, welches lt EOG seit 1.1.2006 „das Leben binationaler Paare in Österreich massiv beeinträchtigt“⁴³. EOG ist ein sehr gutes Beispiel dafür, wie sich die Zivilgesellschaft aufgrund von Missständen im System formiert, um für ihre Anliegen einzutreten.

Die Obfrau der Initiative, Angela Magenheimer, führte in einem von der Verfasserin dieser Arbeit geführtem Interview⁴⁴ aus, dass EOG auf drei Säulen basiere: Vernetzung, Beratung und Öffentlichkeitsarbeit. Die Vernetzung der binationalen Paare, die von EOG betreut werden, untereinander, sowie mit anderen NGOs durch regelmäßige Treffen diene dem Erfahrungsaustausch und der gegenseitigen Unterstützung. Im Rahmen von Beratungen wird einerseits von EOG Fachwissen, andererseits auch Erfahrungen von anderen betreuten Paaren weitergegeben.

Die Öffentlichkeitsarbeit besteht darin, Presseaussendungen vorzubereiten, Pressekonferenzen anzubereiten, Veranstaltungen zu organisieren und ExpertInneninterviews zu geben. Es ist Angela Magenheimer auch wichtig, mit Politikern ins Gespräch zu kommen, um diese auf die Probleme binationaler Ehepaare aufmerksam zu machen. Beginnend im Jahr 2006 wurden jeden Mittwoch in der Wiener Herrengasse 7 vor dem Innenministerium Demonstrationen abgehalten; diese Praxis wurde 2008 aufgrund Aussichtslosigkeit jedoch eingestellt.

Als Hauptproblemfelder, die sich durch das Fremdenrechtspaket 2005 für binationale Ehepaare ergeben haben, identifiziert EOG die Folgenden:

- **Mindesteinkommen**

Um einen Aufenthaltstitel ausgestellt zu bekommen, sieht das Gesetz ein bestimmtes Mindesteinkommen vor. Dieses sei laut Frau Magenheimer besonders für Personengruppen, die generell mit wenig Einkommen auskommen (müssen), eine große faktische Hürde für das

⁴³ Siehe Homepage der Initiative, www.ehe-ohne-grenzen.at (3.1.2010)

⁴⁴ Die nachfolgenden Informationen stammen, sofern nicht anders angegeben, aus einem Interview mit Angela Magenheimer, welches die Verfasserin der vorliegenden Arbeit am 25.8.2008 im Büro von EOG geführt hat.

Erlangen eines Aufenthaltstitels. Dies gelte etwa für StudentInnen, KindergeldbezieherInnen, Präsenz- bzw Zivildienstler, PensionistInnen und NotstandshilfebezieherInnen. Ihnen sei in Folge die Möglichkeit, mit ihrem/r ausländischen EhepartnerIn in Österreich zusammenzuleben, oft verwehrt.

- **Auslandantragstellung**

Für Asylwerber ergeben sich nach Auskunft von Frau Magenheimer noch größere Hürden bei der Antragstellung auf einen Aufenthaltstitel als für sonstige Drittstaatsangehörige, da sie dafür ihren Asylantrag zurückziehen müssen (NAG und AsylG schließen einander aus). Es stelle sich dann die Frage, ob der/die Betroffene noch im „alten“ Asylverfahren ist, oder ob er/sie den Asylantrag nach dem 31.12.2005 gestellt hat. Das AsylG 2005 sieht nämlich ua. eine einjährige Einwanderungssperre nach Zurückziehung des Asylantrags vor, da damit das Urteil der 1. Instanz in Rechtskraft erwächst. (Zahlenmäßig sind lt Frau Magenheimer ca. die Hälfte der Klienten von EOG Paare, von denen ein Teil ein/e (ehemalige/r) AsylwerberIn ist, die andere Hälfte Paare, die sich im Ausland kennen gelernt haben.)

In Nigeria zB muss im Rahmen der Antragstellung für einen Aufenthaltstitel eine vertrauensanwaltliche Überprüfung vorgenommen werden. Diese dauere sehr lange, sei teuer und selbst zu bezahlen. In vielen der typischen Herkunftsländer von AsylwerberInnen gebe es keine oder keine vollständigen Melderegister, geschweige denn eine Verpflichtung zu einer Meldung, so Frau Magenheimer. Daher sei eine Identitätsüberprüfung äußerst schwierig.

Die Erfahrung von EOG zeige, dass die Auslandsantragstellung eine Trennung der Ehepartner von mindestens sechs Monaten mit sich zieht – ein Teufelskreis, denn in dieser Zeit kann der/die drittstaatsangehörige EhepartnerIn nicht zum finanziellen Erhalt der Familie beitragen. Wenn Kinder vorhanden sind, so bedeute dies, dass der/die österreichische PartnerIn für diese Zeit mit der Betreuung auf sich allein gestellt ist, gleichzeitig aber genug Geld für den Lebensunterhalt verdienen muss. Eine Situation, die für alle Beteiligten nur Nachteile bringe, da in Folge das geforderte Mindesteinkommen oft nicht erbracht wird, was wiederum zu einer Ablehnung des Aufenthaltstitels für den/die EhepartnerIn führen kann.

- **Generalverdacht auf Scheinehe**

Nach Ansicht von Frau Magenheimer ist Sinn und Zweck des geltenden Fremdenrechts, den Zuzug Fremder über die Heirat zu erschweren und diese angebliche „Hintertür“ zu schließen. Auch die Scheinehenbekämpfung sei ein Motiv. Die Fremdenpolizei würde Paare bei Verdacht auf Aufenthaltsehe sehr genau kontrollieren, sogar wenn bereits Kinder da sind.

Das Standesamt müsse jede geplante Eheschließung, in die mindestens ein/e nichtösterreichische/r StaatsbürgerIn involviert ist, der Fremdenpolizei melden, welche dann den Aufenthaltsstatus des/der zukünftigen EhepartnerIn überprüft. Kommt sie zu dem Ergebnis, dass kein gültiger Aufenthaltstitel (mehr) vorliegt, ist es nach Angaben von Frau Magenheimer bereits vorgekommen, dass die Fremdenpolizei am Standesamt auf den/die Fremde/n gewartet und noch vor der Hochzeit verhaftet habe.

- **Inländerdiskriminierung**

Eine weitere Verschlechterung durch das FRP 2005 für binationale Ehepaare stelle die Ungleichbehandlung von ÖsterreicherInnen, die keinen Freizügigkeitstatbestand verwirklicht haben, und EWR-BürgerInnen, die sich mit ihren EhepartnerInnen in Österreich niederlassen, dar.⁴⁵ Vor dem FRP 2005 wurde diese Unterscheidung nicht getroffen. Wie die Situation sich nach Inkrafttreten des FrÄG 2009 entwickeln wird, ist noch abzuwarten.

- **Altfälle**

Zur Problematik der Altfälle führte Angela Magenheimer aus, dass Anträge, die vor dem 1.1.2006 gestellt worden sind und zu diesem Stichtag noch nicht erledigt waren, nach dem 31.12.2005 automatisch nach der neuen Rechtslage beurteilt wurden. Diese Praxis wurde durch ein Urteil des VwGH⁴⁶ bestätigt. Die alte Rechtslage war für die Betroffenen weitaus günstiger, da es etwa für Asylwerber nach Zurückziehen des Asylantrages noch die Möglichkeit der Inlandsantragstellung für einen Aufenthaltstitel gab. Weiters war die Einkommensgrenze an die Sozialhilferichtsätze angelehnt (ca. 600€/Monat, je nach Bundesland verschieden), und eine Heirat mit einem/r ÖsterreicherIn bedeutete automatisch, Zugang zum Arbeitsmarkt zu bekommen.

Das Urteil des VwGH besagte, dass „es sich bei dem Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens betreffend Versagung einer Niederlassungsbewilligung nicht um eine Strafe iSd Art 7 MRK“⁴⁷ handle. Es ist somit zulässig, dass gem § 81 Abs 1 NAG 2005 Verfahren auf Erteilung von Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen, die bei Inkraft-Treten des NAG anhängig sind, nach dessen Bestimmungen zu Ende geführt werden. „Selbst wenn die Behörde positiv hätte entscheiden können, so lange das FrG 1997 noch in Geltung gestanden ist, könnte dies für einen Entscheidungszeitpunkt nach dem 1. Jänner 2006 nicht die Anwendbarkeit der Bestimmungen des FrG 1997 bewirken“. Dass dies einen

⁴⁵ Siehe dazu ausführlich Kapitel B.IV. „Das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht“

⁴⁶ VwGH 2007/18/0209 vom 14.6.2007

⁴⁷ Ibid.

massiven Eingriff in die Rechtssicherheit der Betroffenen darstellt, die sich auf die vor dem 1.1.2006 geltenden Bestimmungen des FrG 1997 verlassen hatten, erklärt sich von selbst. Besonders bitter ist dies für jene, die unverschuldet wegen der langen Verfahrensdauer unter die neue Regelung gefallen sind.

- **Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009**

Zum FrÄG 2009 lautete die Stellungnahme auf der Homepage von EOG: „Bis heute verfangen sich binationale Paare in den Schlingen dieses Gesetzesdschungels und der sich daraus ableitenden Behördenpraxis. Doch das Innenministerium wartet nun mit neuerlichen Ergänzungen, sprich einer in vielen Aspekten rechtlich äußerst bedenklichen Ausweitung dieses Gesetzeswerkes auf. Und das obwohl bereits im nächsten Jahr mit der Umsetzung einiger neuer EU-Richtlinien, wie etwa der Blue Card (in Österreich: die Österreich-Card) die Einwanderungsgesetzgebung wieder novelliert werden muss.“⁴⁸

II. *Berufsvertretungsbehörde: Österreichische Botschaft Abuja/Nigeria*

Botschafter Dr. Christian Fellner erklärte sich dazu bereit, der Verfasserin der vorliegenden Arbeit ein Interview über die Verwaltungspraxis an einer Berufsvertretungsbehörde zu geben.⁴⁹ Er war viereinhalb Jahre österreichischer Botschafter in Abuja/Nigeria (2004 – 2009) und hatte dort im Rahmen seiner Tätigkeit ua. sehr oft Anträge auf Visa bzw Aufenthaltstitel zu bearbeiten.

Zum Zuständigkeitsgebiet der österreichischen Botschaft (ÖB) Abuja gehören insgesamt elf afrikanische Staaten (Nigeria, Äquatorialguinea, Kongo, Kamerun, Gabun, Tschad, Zentralafrikanische Republik, São Tomé und Príncipe, Benin, Togo und Ghana); die meisten Visums- und Aufenthaltsanträge werden von Staatsbürgern aus Nigeria, Ghana und Kamerun gestellt. Die Botschaft beschäftigt sieben entsandte MitarbeiterInnen (inkl. Botschafter und Kanzler) sowie drei Lokalkräfte.

⁴⁸ <http://eheohnegrenzen.sosmitmensch.at/stories/2420/> (3.1.2010)

⁴⁹ Die folgenden Informationen stammen, sofern nicht anders angegeben, aus einem Interview, welches die Verfasserin der vorliegenden Arbeit am 15.9.2009 mit Botschafter Dr. Christian Fellner in den Räumlichkeiten des Bundesministeriums für europäische und internationale Angelegenheiten geführt hat.

- **Antragstellung**

Bot. Fellner berichtete, dass ein großer Teil der Anträge auf Familienzusammenführung von ehemaligen AsylwerberInnen gestellt werden, deren Asylanträge abgewiesen wurden, die jedoch in der Zwischenzeit in Österreich geheiratet hätten und nach Nigeria ausreisen müssen, um einen Antrag auf Aufenthaltstitel zu stellen. Oft hätten sie jedoch im Rahmen ihres Asylverfahrens einen falschen Namen und/oder ein falsches Alter angegeben, was in Folge zu einem Problem würde, da bei der Antragstellung eine Reihe von Dokumenten zur Identitätsüberprüfung vorgelegt werden müssen (Geburtsurkunde, Schuldokumente, Taufschein, Fotos, etc). Bot. Fellner führte aus, dass man zwischen Dokumenten, die zwar echt, jedoch inhaltlich unrichtig sind, unterscheiden müsse und solchen, die gefälscht sind. Beides sei rechtswidrig.

Bot. Fellner erklärte, dass es der Partei (auch seitens der Inlandsbehörden, die den Antrag inhaltlich prüfen) nachgesehen werde, wenn sie anfänglich falsche oder inhaltlich unrichtige Dokumente vorgelegt hatte, sofern sie diese durch echte bzw richtige ersetzt - obwohl dies eigentlich ein strafrechtliches Delikt sei. Zu Anzeigen deswegen komme es jedoch so gut wie nie. Damit wolle man die Antragsteller anhalten, im Verfahren von Anfang an richtige Angaben zu machen. Das Problem bei ehemaligen Asylwerbern sei jedoch, dass diese in der Regel bereits alle Dokumente im Rahmen des Asylverfahrens auf einen falschen Namen und/oder ein falsches Geburtsdatum ausgestellt bekommen haben und uU dann auch unter diesem falschen Namen in Österreich geheiratet haben.

Bot. Fellner führte aus, dass er immer das Prinzip des Fair Play angewandt habe: „Gib mir echte und inhaltlich richtige Dokumente, beantworte meine Fragen, und du bekommst, was möglich ist.“ Es gebe jedoch interkulturelle Probleme; die Antragsteller würden mit ihrer afrikanischen Mentalität an das österreichische Verwaltungsverfahren herangehen. Es gebe in Nigeria kaum Rechtsstaatlichkeit; die Korruption sei sehr weit verbreitet. Auch fehle es an Unrechtsbewusstsein hinsichtlich der strafrechtlichen Relevanz von Urkundenfälschung. Dokumente würden einfach von anderen als den gesetzlich vorgeschriebenen Familienmitgliedern unterschrieben; Geburtsurkunden von Spitälern ausgestellt, die im Geburtsjahr noch gar nicht gebaut waren. In Nigeria könne sich jede/r einen beliebigen Satz von Dokumenten besorgen, mit beliebigem Namen und Geburtsdatum. Im Rahmen der anwaltlichen Identitätsüberprüfung würden oft Schulregisterauszüge vorgelegt, in denen der Name des Antragstellers ganz unten auf der Liste mit Bleistift hinzugefügt worden war.

Jedoch sei nicht alles fälschbar, erklärte Bot. Fellner. Ein Menschenleben hinterlasse auch in Nigeria seine Spuren; es gebe viele Details im Leben, wie zB Schuldokumente, Taufschein,

Geburtsurkunde und Schulregisterauszüge, die ein Anhaltspunkt für die Identitätsfeststellung sein können. Wenn das alles keinen Aufschluss gebe, so bliebe die Möglichkeit, in das Dorf des Antragstellers zu reisen und dort mit den Familienmitgliedern, Nachbarn und Dorfältesten zu sprechen (dies ist ebenfalls Teil der anwaltlichen Überprüfung).

- **Zweckehen und Aufenthaltsehen**

Es wird vermutet, dass in einigen der Fälle, in denen ein/e NigerianerIn eine/n ÖsterreicherIn heiratet, eine Zweckehe vorliegt. Dies allein sei nicht verboten, erläuterte Bot. Fellner. Erst wenn die Ehe ausschließlich zum Erlangen eines Aufenthaltstitels geschlossen wird, sei dies rechtswidrig. Wenn alle Dokumente inhaltlich richtig sind, sei eine Aufenthaltsehe jedoch schwer nachzuweisen. Im Normalfall könne eine Person laut Bot. Fellner bis zu 10 Jahre in Österreich leben, bevor er/sie abgeschoben wird. Eine Heirat sei dann oft der letzte Ausweg, um einer Ausweisung zu entgehen.

In den Fällen, in denen eine Scheinehe vorliegt, würden die Betroffenen laut Bot. Fellner oft unvorsichtig sein und zB Hochzeitsfotos sehr offensichtlich manipulieren. Gängig sei auch, dass Nigerianer die eigene Schwester oder eine andere Verwandte heiraten, ihre Kinder oder Kinder von anderen Verwandten als die eigenen deklarieren und in Folge Familiennachzug beantragen. Dies sei ua. damit zu erklären, dass auf NigerianerInnen, die im Ausland (in Europa) leben, ein großer Druck laste, für ihre Familien im Heimatland zu sorgen.

- **Verfahrensdauer und Kosten**

Bot. Fellner erklärte, dass die Verfahrensdauer für einen Antrag auf Aufenthaltstitel schwer vorherzusagen sei. Man müsse aufgrund der notwendigen vertrauensanwaltlichen Überprüfung mit mindestens drei Monaten (im Durchschnitt mit vier bis fünf Monaten) Verfahrensdauer rechnen, wenn alle Dokumente vorhanden und richtig seien. Bei den meisten Antragstellern seien die Dokumente oft unrichtig, ob absichtlich oder nicht, da in den afrikanischen Verwaltungen wenig Augenmerk auf formelle Korrektheit gelegt werde. Nach 9 bis 12 Monaten sollten auch komplizierte Fälle erledigt sein.

An Kosten würden für einen Antrag mindestens 1000€ anfallen, da die vorgelegten Dokumente von AnwälInnen überprüft werden müssen. Die Anwaltpauschale beträgt in Nigeria ca. 500€ Anwaltsberichte müssen nach Angaben von Bot. Fellner ebenfalls überprüft werden, da oft versucht würde, die AnwälInnen bzw deren MitarbeiterInnen zu bestechen.

- **Visumantrag nach positiver Erledigung des Aufenthaltsgesuchs**

Im NAG ist vorgesehen, dass die BVB bei Anträgen auf Aufenthaltstitel keine inhaltliche Entscheidung treffen darf (vgl § 3 Abs 3 iVm § 22 NAG). In mehreren Diskussionen mit den übergeordneten Behörden habe sich im Laufe der Zeit laut Bot. Fellner folgender *modus operandi* herauskristallisiert: Die ÖB Abuja, die den Antrag auf formelle Richtigkeit prüft, fasst diesen in einem Aktenvermerk mit den folgenden Informationen zusammen:

- Die vorgelegten Dokumente wurden überprüft/ nicht überprüft/ die Partei stimmte der Überprüfung nicht zu.
- Es gibt Zweifel/ keine Zweifel/ es kann keine Prognose getroffen werden, ob ein AT ausgestellt werden soll.

Diese Vorgangsweise soll verhindern, dass die Inlandsbehörde Fakten übersieht, da die BVB deren „Augen und Ohren“ im Ausland ist. Kommt die Inlandsbehörde zu dem Ergebnis, dass ein AT erteilt werden kann (der ja im Inland persönlich vom Antragsteller abzuholen ist), so ergeht an die BVB die Anweisung um Ausstellung eines Visums D, *wenn die Identität des Antragstellers feststeht*. Sollten Zweifel an der Identität bestehen, so müssen wiederum mit der Inlandsbehörde Konsultationen über die Ausstellung des Visums geführt werden. Sind alle Dokumente korrekt, so kann das Visum in Folge bei der BVB abgeholt werden.

- **Verwaltungspraxis**

Ein großes Problem sei, dass politischer Druck in die Verwaltung hineinspiele, so Bot. Fellner. Die Verwaltung halte diesem Druck kaum Stand, da sie umgekehrt wenig Rückendeckung seitens der Politik habe. Daher sei die Verwaltungspraxis auch ausgesprochen uneinheitlich; es gebe keine klare Linie, wie ein Antrag auf Aufenthaltstitel zu entscheiden sei. Die Maxime der Verwaltungspraxis, sozusagen „Artikel Null“ B-VG, sei: Egal was kommt, es darf nicht in der Zeitung stehen. Ob eine Entscheidung rechtens und sinnvoll ist, sei dann zweitrangig.

III. Medien

Die Tageszeitung „Der Standard“ hat die Lebenssituation binationaler Ehepaare zu einem seiner Schwerpunktdossiers gemacht und berichtet regelmäßig über Änderungen in der Rechtslage, liefert Fallbeispiele, bringt Interviews mit Politikern und Betroffenen und versucht so, auf die Problematik aufmerksam zu machen.⁵⁰

⁵⁰ Dossier Binationale Ehen, Der Standard Online, <http://derstandard.at/r5235/Binationale-Ehen> (3.1.2010)

So wurde etwa der deutsche EU-Parlamentarier Cem Özdemir interviewt, der selbst mit einer Argentinierin verheiratet ist.⁵¹ Zu binationalen Ehen meinte er: „Natürlich gibt es das eine oder andere zu Recht kritisierte Negativbeispiel, aber man tut gerade so, als ob alle binationalen Ehen problematisch wären. Diese Ehen sind nicht besser oder schlechter als andere Ehen. Aber man übersieht, dass es sich bei diesen Verbindungen um Brücken zwischen den Kulturen handelt. Die Kinder aus binationalen Familien sprechen im Idealfall mehrere Sprachen und haben eine besondere interkulturelle Kompetenz, genau das, was im Europa von heute so gefragt ist.“⁵²

IV. Fallbeispiele

1. Gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht

Eine Österreicherin, die einen nigerianischen Asylwerber heiratete, berichtete, dass ihr Ehemann fünf Jahre lang auf die Behandlung seiner Berufung gegen den negativen Asylbescheid aus 1. Instanz warten musste.⁵³ Als im Sommer 2008 der Asylgerichtshof seine Arbeit aufnahm, fand vor diesem bald darauf die Berufungsverhandlung statt. Der Asylantrag wurde abgelehnt, wenig später wurde der Ausweisungsbescheid zugestellt, und der Nigerianer befand sich von diesem Zeitpunkt an illegal im Land. Das Paar entschied sich daraufhin, für einige Zeit nach Spanien zu ziehen, um das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht im EWR-Raum in Anspruch zu nehmen. Dies ist naturgemäß mit hohen Kosten verbunden (Flugtickets, Unterkunft, Behördenwege, etc), stellt für viele Paare jedoch den einzigen Ausweg dar, um einer langen Trennung durch Auslandsantragstellung zu entgehen. Schwieriger wird es, wenn bereits Kinder in der Partnerschaft sind, denn dann stellt ein Umzug in ein anderes Land oft keine Alternative dar.

2. Auslandsantragstellung

Der nigerianische Ehemann einer Österreicherin wurde von der Fremdenpolizei vor die Wahl gestellt, entweder zur Antragstellung auf Aufenthalt auszureisen oder abgeschoben zu werden. Dass der Ehe bereits ein Kind entstammte und der Mann eine Jobzusage hatte, genügte den Behörden nicht als Rechtfertigung, eine Antragstellung im Inland zuzulassen –

⁵¹ Honsig-Erlenburg, *Manuela*: „Es gibt keine Alternative zum Zusammenleben“. In: Der Standard, 27.3.2009, <http://derstandard.at/2775651/Es-gibt-keine-Alternative-zum-Zusammenleben> (3.1.2010)

⁵² Ibid.

⁵³ Vgl hierzu und in Folge Sterkl, *Maria*: „Nicht nur schneller, sondern auch schlechter“. In: Der Standard, 4.5.2009, <http://derstandard.at/1240550463128/Nicht-nur-schneller-sondern-auch-schlechter> (3.1.2010)

obwohl diese Möglichkeit im Gesetz vorgesehen ist (§ 21 Abs 3 Z 1 NAG: Antragstellung im Inland zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK). Die Auslandsantragstellung bringt direkt und indirekt hohe Kosten für die Familie mit sich – Flugticket nach Nigeria, Anreise zur Botschaft, Aufenthalt; dazu kommen die Kosten der Kinderbetreuung während der Abwesenheit des Ehemannes, da die Österreicherin ihrem Beruf nachgehen muss, um genügend Existenzmittel nachweisen zu können. Eine Inlandsantragstellung hätte all dies erspart, zusätzlich hätte ihr Mann zum Familieneinkommen beitragen können oder zumindest bis zum Erhalt der Arbeitsbewilligung die Kinder betreuen können.

3. Staatenlosigkeit

Große Probleme, einen Aufenthaltstitel zu bekommen, hatte der staatenlose Ehemann einer Österreicherin, dessen Asylantrag negativ erledigt wurde.⁵⁴ In Folge wurde auch sein Antrag auf Niederlassungsbewilligung als Familienangehöriger abgelehnt, da er diesen im Inland gestellt hatte, inzwischen jedoch illegal aufhältig war. Da er keine Staatszugehörigkeit und somit auch keinen Reisepass besaß, konnte er jedoch auch nicht ausreisen, um den Antrag aus dem Ausland zu stellen. Das Gesetz schweigt, wie in solchen Fällen vorzugehen ist.

Inzwischen gibt es die Möglichkeit, einen Antrag auf humanitären Aufenthalt zu stellen (was vor dem 1.4.2009 nicht möglich war, da das Gesetz nur eine amtswegige Erteilung vorsah), was eine potentielle Lösung für diesen Fall wäre. Für die durch das FrÄG 2009 eingeführte „Identitätskarte für Fremde“ (§ 94a FPG neu) lägen die Voraussetzungen nicht vor, da ein rechtmäßiger Aufenthalt vorausgesetzt wird, genauso wenig die „Karte für Geduldete“ (§ 46a FPG neu), die nur für subsidiär Schutzberechtigte ausgestellt wird, denen ihr Status aberkannt wird, die jedoch nicht in ihr Heimatland abgeschoben werden können⁵⁵.

4. Student und Schlüsselkraft

Ein guatemaltekischer Staatsbürger, der zu Studienzwecken nach Österreich kam (AB – Student), schloss drei akademische Ausbildungen ab und fand danach Arbeit als

⁵⁴ Vgl *Sterkl, Maria*: Hansi Hinterseer im Paradies. In: Der Standard Online, 9.10.2008, <http://derstandard.at/fs/1220460337484/Hansi-Hinterseer-im-Paradies> (3.1.2010)

⁵⁵ Eine Kategorie der „Geduldeten“ einzuführen ist im Übrigen an Menschenverachtung schwer zu übertreffen: Damit werden Personen, die ohnehin schon kaum Rechte besitzen, jene wenigen, die ihnen bleiben, auch noch genommen und sie somit auf ihre pure Existenz reduziert. Der tiefere Sinn dieser Regelung ist der Verfasserin der vorliegenden Arbeit verborgen geblieben.

Schlüsselkraft.⁵⁶ Als seine langjährige österreichische Lebensgefährtin ein Kind von ihm erwartete, wollte er um die Staatsbürgerschaft ansuchen. Insgesamt hatte er sich zu diesem Zeitpunkt bereits 10 Jahre in Österreich befunden und sprach perfekt Deutsch. Die Verleihung der Staatsbürgerschaft scheiterte jedoch daran, dass mit den Änderungen des NAG 2005 und des StbG 2006 eine Aufenthaltsbewilligung nicht mehr als Niederlassung galt; die Zeiten des bloßen „Aufenthalts“ werden nur zur Hälfte angerechnet, also zu wenig für die für eine Staatsbürgerschaft erforderlichen 10 Jahre.

Im Zuge der Wirtschaftskrise verlor er kurz nach der Geburt seines Kindes die Anstellung als Schlüsselkraft. Er beantragte den AT Daueraufenthalt – EG. Der Antrag wurde abgelehnt, weil einmal die Frist für den Verlängerungsantrag seiner AB – Student (aufgrund eines Auslandssemesters im Rahmen seines Studiums) überschritten wurde. Er war somit nicht durchgehend in Österreich aufhältig gewesen. In Folge suchte er um einen Gewerbeschein an. Dieser wurde ihm von den Behörden auch bewilligt – unter der Voraussetzung, dass er einen Aufenthaltstitel vorweise, der die Ausübung eines Gewerbes erlaube.

Nun befand er sich in der Situation, überdurchschnittlich gut akademisch ausgebildet und voll integriert zu sein, perfekt Deutsch zu sprechen, und eine österreichische Lebensgefährtin und ein Kind zu haben – jedoch gab es im NAG keinen für seine Situation passenden Aufenthaltstitel, der ihm die Arbeitsaufnahme und somit die finanzielle Absicherung seiner Familie erlauben würde. Aufgrund Art 8 EMRK kann er jedoch auch nicht ausgewiesen werden, da er sich nie illegal in Österreich aufgehalten hat, nie straffällig geworden ist sowie eine österreichische Lebensgefährtin und ein Kind hat. Seitens der Behörden wurde ihm geraten, zu heiraten und humanitären Aufenthalt zu beantragen. Eine Heirat alleine garantiert jedoch noch nicht die Bewilligung eines Aufenthaltstitels, geschweige denn einer Arbeitserlaubnis. Derzeit hofft er, dass sein Antrag auf eine NB – unbeschränkt bewilligt wird.

5. Nachzug ins Herkunftsland

Sofern mit den dortigen Einwanderungsbestimmungen vereinbar, ist es natürlich auch denkbar, dass der/die österreichische EhepartnerIn seinem/r drittstaatsangehörigen Gatten/Gattin in dessen/deren Heimatland folgt. Diese Möglichkeit wird regelmäßig von den Behörden im Rahmen der Interessensabwägung geprüft, da lt EGMR die Konventionsstaaten kein Recht auf freie Wohnsitzwahl einräumen müssen (s. dazu Kapitel E. Judikatur).

⁵⁶ Der Betroffene ist ein persönlicher Bekannter der Autorin.

Vielmehr wird erörtert, wie eng die jeweiligen Bindungen der Ehepartner zum Herkunftsland bzw zu Österreich sind und ob ein Leben in einem Drittstaat zumutbar ist.

Diese Praxisbeispiele zeigen, dass es noch einige Regelungslücken im System des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechts gibt; nur wenige wurden durch die beiden Gesetzesnovellen 2009 beseitigt. Es bleibt zu hoffen, dass zukünftige Änderungen der Materie der Praxis besser Rechnung tragen werden, als dies bisher der Fall war.

D. Rechtsgrundlagen

I. Völkerrecht: Die Europäische Menschenrechtskonvention

1. Allgemeines

Völkerrechtliche Verpflichtungen Österreichs in Bezug auf das Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht von Fremden ergeben sich größtenteils aus der Europäischen Menschenrechtskonvention.⁵⁷ Einschlägig ist Art 8 EMRK,⁵⁸ der das Recht auf Privat- und Familienleben normiert (Abs 1: „Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.“); darüber hinaus können auch die Art 2 (Recht auf Leben) und Art 3 (Verbot der Folter) zum Tragen kommen (etwa in Refoulement-Fällen), weiters Art 6 (Recht auf ein faires Verfahren), Art 12 (Recht auf Eheschließung und Familiengründung) und Art 13 (Recht auf eine wirksame Beschwerde bei Verletzung von Konventionsrechten), sowie Art 1 des 7. ZPEMRK über die Zulässigkeit von Ausweisungen rechtmäßig aufhältiger Ausländer. Die EMRK samt Zusatzprotokollen steht in Österreich in Verfassungsrang⁵⁹ und auferlegt dem Gesetzgeber damit schon bei der Ausarbeitung von Gesetzen einen hohen Standard.⁶⁰

Da unter Kapitel E Entscheidungen des EGMR analysiert werden, folgt eine Einführung zur Zulässigkeit einer Individualbeschwerde an den EGMR sowie die Grundrechtsprüfung zu Art 8, dem Recht auf Privat- und Familienleben.

2. Individualbeschwerde⁶¹ an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

Jeder Vertragsstaat der EMRK hat *ratione loci* die in ihr verbrieften Rechte allen seiner Judikatur unterstehenden Personen zu gewährleisten (Art 1). Es wird also nicht an die Staatsbürgerschaft angeknüpft, sondern an die faktische Rechtsunterworfenheit einer Person,

⁵⁷ BGBl 1958/210 idF BGBl III 2002/179

⁵⁸ Zitierte Gesetzesstellen in Kapitel D.I. beziehen sich, sofern nicht anders angegeben, auf die EMRK.

⁵⁹ Gem Art II Z 7 B-VG Nov 1964 mit dem Tag ihres In-Kraft-Tretens für Österreich (3. September 1958; *ratione temporis* führte dies zu einer Rückwirkung der EMRK für den Zeitraum 1958 bis 1964)

⁶⁰ Vgl Kutscher/Poschalko/Schmalzl: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht 2006. 50

⁶¹ Gem Art 34 EMRK

die sich im Staatsgebiet eines Vertragsstaates aufhält (auch wenn er/sie nicht die Staatsbürgerschaft eines Vertragsstaates innehat).⁶²

Beschwerdegegner kann nur ein Vertragsstaat der EMRK aufgrund einer behaupteten Verletzung von Konventionsrechten sein (Art 34). Der/die BeschwerdeführerIn muss idR sowohl direkt betroffen (zB durch einen Verwaltungsakt oder ein gerichtliches Urteil) als auch beschwert (zB durch eine drohende Ausweisung) sein.⁶³ Vor der Anrufung des EGMR muss der innerstaatliche Rechtsweg ausgeschöpft sein (*local remedies rule*); nach der letzten rechtskräftigen innerstaatlichen Entscheidung dürfen des Weiteren nicht mehr als sechs Monate vergangen sein, damit die Beschwerde zulässig ist (Art 35 Abs 1). Die behauptete Konventionsverletzung muss zumindest implizit bereits vor den innerstaatlichen Instanzen gerügt worden sein.⁶⁴ Unzulässig sind Beschwerden zu Sachverhalten, über die der Gerichtshof bereits abgesprochen hat (*res iudicata*) bzw. bei Rechtsanhängigkeit bei einer anderen internationalen Instanz (Art 35 Abs 2 lit b).

3. Struktur der Grundrechtsprüfung

Da die EMRK sowohl aus Grundrechten mit liberalem Charakter, welche die Einzelperson vor staatlichen Eingriffen schützen sollen,⁶⁵ als auch Verfahrensrechten besteht, wendet der Gerichtshof unterschiedliche Prüfungsstrukturen an.⁶⁶ Art 8 – 11 zählen zu den klassischen Abwehrrechten. Sie haben gemeinsam, dass ihr jeweils zweiter Absatz Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff in das verbrieftete Menschenrecht vorsieht, welche auch gleichzeitig die „Schranken der Ausübung des jeweiligen Rechts“ für den Einzelnen darstellen.⁶⁷ Obwohl Art 8 eigentlich ein liberales Grundrecht ist, beinhaltet er auch positive Verpflichtungen für den Staat; dieser hat uU auch aktiv Maßnahmen zum Schutz des Familienlebens zu ergreifen.⁶⁸

Allgemein sind bei einer EMRK-Grundrechtsprüfung eines Abwehrrechts die folgenden Punkte zu erörtern:⁶⁹

⁶² Vgl *Grabenwarter*: Europäische Menschenrechtskonvention³. 101f

⁶³ *Ibid.* 56 f

⁶⁴ *Ibid.* 66 f

⁶⁵ Vgl *Funk*: Einführung in das österreichische Verfassungsrecht¹³. Rz 403

⁶⁶ Vgl *Grabenwarter*: Europäische Menschenrechtskonvention³. 110

⁶⁷ *Villiger*: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention. 343

⁶⁸ Vgl *Sander*: Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der EMRK. 94

⁶⁹ Vgl *Grabenwarter*: Europäische Menschenrechtskonvention³. 110 ff; *Villiger*: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention. 343 ff; *Meyer-Ladewig*: Europäische Menschenrechtskonvention - Handkommentar². 178 ff

- Wurde in den **Schutzbereich** des Menschenrechts **eingegriffen**?
- Fand der Eingriff **durch einen Vertragsstaat** auf Basis einer **gesetzlichen Grundlage** statt?
- War der Eingriff in das Grundrecht **gerechtfertigt**, da ein **legitimes Ziel** verfolgt wurde?
- War der Eingriff **verhältnismäßig** im Lichte des Ziels, also **geeignet, erforderlich** und **angemessen**?

a) Eingriff in den Schutzbereich

Der Eingriff in den Schutzbereich durch den Vertragsstaat eines Menschenrechts muss auf einer gesetzlichen Grundlage basieren. Diese bedeutet die Ermächtigung, in ein Grundrecht einzugreifen. Passiert eine Menschenrechtsverletzung ohne gesetzliche Grundlage, so kann der Eingriff auch nicht gerechtfertigt sein und ist somit EMRK-widrig. Auch rechtswidrige Akte werden dem Staat zugerechnet, wie etwa wenn eine Behörde ein Gesetz falsch anwendet.

Eingegriffen kann in das Recht auf Familienleben ua. durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen werden bzw durch Verweigerung der Einreise oder der Ablehnung der Ausstellung eines Aufenthaltstitels für eine/n Fremde/n.

b) Rechtfertigung des Eingriffs

Abs 2 des Art 8 EMRK listet eine ganze Reihe von Gründen auf, die einen Eingriff in das Recht auf Privat- und Familienleben rechtfertigen können. Er lautet:

„Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff **gesetzlich vorgesehen** ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer **demokratischen Gesellschaft** für die **nationale Sicherheit**, die **öffentliche Ruhe und Ordnung**, das **wirtschaftliche Wohl** des Landes, die **Verteidigung der Ordnung** und zur **Verhinderung von strafbaren Handlungen**, zum **Schutz der Gesundheit** und der **Moral** oder zum Schutz der **Rechte und Freiheiten anderer** notwendig ist.“

Um die **Verhältnismäßigkeit** des Eingriffs in Art 8 festzustellen, muss eine Abwägung zwischen den Interessen des Einzelnen auf Achtung seines Privat- bzw Familienlebens auf der einen Seite und den Interessen des Staates an der Wahrung der in Abs 2 leg cit genannten Schutzgüter auf der anderen Seite stattfinden. **Geeignet** ist ein Eingriff, wenn er dazu beiträgt, die öffentliche Ordnung und Sicherheit, das wirtschaftliche Wohl des Landes, etc. aufrecht zu erhalten bzw weitere Verstöße dagegen zu verhindern. **Erforderlich** ist der Eingriff, wenn er das gelindeste Mittel darstellt, mit welchem das Ziel erreicht werden kann. So wäre es zB nicht notwendig, ein zehnjähriges Aufenthaltsverbot gegen eine/n Fremde/n zu erlassen, bloß

weil er/sie einen Verlängerungsantrag verspätet eingebracht hat. Man könnte es gut mit dem Sprichwort „nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen“ beschreiben.

Zentral ist bei der Prüfung der Rechtfertigbarkeit des Eingriffs in Art 8 die „Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft“. Im Fall *Boultif*⁷⁰ präzisierte der EGMR, dass dies bedeute, der Eingriff müsse durch ein dringendes soziales Bedürfnis gerechtfertigt und **angemessen** zum verfolgten Ziel sein. Der Verweis auf die „demokratische Gesellschaft“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass das Individuum sich auf eine gewisse Toleranz und Offenheit seitens des Staates verlassen können soll.⁷¹ Diese Standards können jedoch von Konventionsstaat zu Konventionsstaat unterschiedlich sein, da sie (bis zu einem gewissen Grad) im Kontext der Wertvorstellungen der jeweiligen Gesellschaft ausgelegt werden müssen.⁷²

4. Urteilswirkung

Grundsätzlich wirken Urteile des EGMR gem Art 46 Abs 1 *inter partes*, binden also nur die am Rechtsstreit beteiligten Parteien, entfalten aber auch eine Orientierungswirkung für alle anderen Vertragsparteien.⁷³ Eine *erga-omnes*-Wirkung der Urteile geht aus dem Konventionswortlaut zwar nicht hervor, ist genau genommen jedoch dadurch, dass der EGMR das einzige Organ ist, welches über die Auslegung der EMRK verbindlich absprechen kann, *de facto* gegeben.

Ein Beispiel für die Urteilswirkung ist die Aufnahme der vom EGMR in einer Reihe von Entscheidungen entwickelten (und in der Folge auch vom VfGH aufgegriffenen) Kriterien für die Beurteilung des Vorliegens eines schützenswerten Privat- und Familienlebens in § 11 Abs 3 NAG. Nur wenige dieser Urteile ergingen in EGMR-Verfahren gegen Österreich.

Der verurteilte Staat ist gem Art 46 Abs 1 verpflichtet, die Konventionsverletzung einzustellen, dem/der BeschwerdeführerIn Wiedergutmachung zu leisten und gleichartige Verletzungen in Zukunft zu verhindern.⁷⁴ Prinzipiell ist der Wiederherstellung des Zustands vor der Konventionsverletzung Vorrang zu geben (non-pecuniary damage), es können aber auch (zusätzlich) finanzielle Entschädigungen zugesprochen werden (vgl Art 41). Im Falle einer in Art 8 eingreifenden und nicht rechtfertigbaren Ausweisung wäre also die

⁷⁰ EGMR 2.8.2001, *Boultif gg. die Schweiz*, Nr. 54273/00

⁷¹ EGMR 22.10.1981, *Dudgeon gg. UK*, Nr. 7525/76

⁷² *Frowein/Peukert*: Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar². 334

⁷³ Vgl *Grabenwarter*: Europäische Menschenrechtskonvention³. 98

⁷⁴ *Ibid.* 94f

diesbezüglich ergangene Entscheidung aufzuheben, ggf die Wiedereinreise zu gestatten sowie ein Aufenthaltstitel zu gewähren.

Schwieriger ist die Urteilsumsetzung, wenn die Menschenrechtsverletzung auf einem nationalen Gerichtsurteil beruht, denn der EGMR ist nicht befugt, nationale Urteile aufzuheben. Für diesen Fall sieht § 363a StPO⁷⁵ die Möglichkeit der Erneuerung des Strafverfahrens vor. Basiert die Verletzung auf einer Rechtsnorm, so ist der Gesetzgeber angehalten, eine Gesetzesänderung vorzunehmen.

Über die Umsetzung der Urteile des EGMR wacht das Ministerkomitee des Europarats (Art 46 Abs 2).

II. Europarecht

1. Allgemeines

Durch das Fremdenrechtspaket 2005 wurden folgende fünf EU-Richtlinien sowie ein damals vorliegender Vorschlag für eine RL umgesetzt und die Rechtslage an eine EU-Verordnung angepasst:⁷⁶

▪ Richtlinie 2004/114/EG über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligen-dienst
▪ Richtlinie 2004/81/EG über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren
▪ Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten
▪ Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthalts-berechtigten Drittstaatsangehörigen
▪ Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung ⁷⁷
▪ Vorschlag für eine Richtlinie über ein besonderes Verfahren für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung ⁷⁸

⁷⁵ „(1) Wird in einem Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte eine Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, oder eines ihrer Zusatzprotokolle durch eine Entscheidung oder Verfügung eines Strafgerichtes festgestellt, so ist das Verfahren auf Antrag insoweit zu erneuern, als nicht auszuschließen ist, daß die Verletzung einen für den hievon Betroffenen nachteiligen Einfluß auf den Inhalt einer strafgerichtlichen Entscheidung ausüben konnte.“

⁷⁶ Richtlinien bedürfen einer Umsetzung in das nationale Recht der Mitgliedstaaten, während Verordnungen direkt anwendbar sind. Einzelpersonen können erst dann Rechte direkt aus einer RL ableiten, wenn diese nicht rechtzeitig oder nur unzureichend innerstaatlich umgesetzt wurde.

⁷⁷ Diese RL gilt gem ihres Art 1 ausschließlich für Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen und findet ergo auf jene von Unionsbürgern keine Anwendung.

⁷⁸ Endgültig: Richtlinie 2005/71/EG vom 12. Oktober 2005 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung

- Verordnung (EG) Nr. 1030/2002 zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige

Relevant für die Zwecke der vorliegenden Diplomarbeit ist vor allem die RL 2004/38/EG („Unionsbürger-RL“). Im Folgenden wird direkt auf deren innerösterreichische Umsetzung eingegangen, um doppelte Ausführungen zu vermeiden.

2. Gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht⁷⁹

EWR-BürgerInnen, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen, ist in Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben das 4. Hauptstück des NAG gewidmet (§§ 51 – 57 NAG).⁸⁰

Das **gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht** ist gem. § 2 Abs 1 Z 14 NAG „das auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie⁸¹ gewährte Recht eines EWR-Bürgers und seiner Angehörigen sich im Bundesgebiet für mehr als drei Monate oder auf Dauer aufzuhalten“.⁸² Geändert hat sich terminologisch mit der Neufassung des 4. Hauptstückes des NAG durch das FrÄG 2009, dass EWR-BürgerInnen nunmehr in Österreich nicht mehr *niedergelassen* sind, sondern bloß *aufhältig*.

Ein Aufenthalt von EWR-BürgerInnen bis zu drei Monaten ist an keinerlei Bedingungen geknüpft. Für Aufenthalte, die darüber hinaus gehen, müssen folgende Voraussetzungen für den Erhalt einer Anmeldebescheinigung vorliegen (§ 51 NAG): Der/die EWR-BürgerIn muss entweder in Österreich ArbeitnehmerIn oder Selbstständige/r sein, über ausreichende Existenzmittel und einen Krankenversicherungsschutz verfügen, oder eine rechtlich anerkannte österr. Bildungseinrichtung besuchen (ebenfalls unter Nachweis von Existenzmitteln und Versicherung). Die Höhe der Existenzmittel ist jedoch weniger streng zu sehen als jene des § 11 Abs 5 NAG (s. dazu unten). Das Gesetz spricht hier bloß von „ausreichenden“ Mitteln. In Art 8 Abs 4 der RL 2004/38/EG heißt es ausdrücklich, dass die MS keinen festen Betrag für die Existenzmittel festlegen dürfen, sondern die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigen müssen. Wann die Eigenschaft als Erwerbstätiger erhalten bleibt, wurde im Zuge des FrÄG 2009 im neuen Abs 2 zu § 51 NAG präzisiert.

⁷⁹ Siehe auch Kapitel B.IV.

⁸⁰ Gilt auch für Schweizer Bürger und freizügigkeitsberechtigte Österreicher, vgl § 57 NAG

⁸¹ Richtlinie 2004/38/EG

⁸² Vor Inkrafttreten des FrÄG 2009: „das gemeinschaftsrechtliche Recht eines EWR-Bürgers, sich in Österreich niederzulassen“.

EWR-BürgerInnen sind von der Erfüllung der Integrationsvereinbarung ausgenommen und haben freien Zugang zum Arbeitsmarkt.⁸³

Angehörige von EWR-BürgerInnen sind, wenn sie selbst **EWR-BürgerInnen** sind, prinzipiell schon aufgrund ihrer Eigenschaft als solche freizügigkeitsberechtigt (unter Erfüllung der og. Voraussetzungen). Sie können ihr Aufenthaltsrecht aber auch vom Zusammenführenden ableiten, wenn sie die Voraussetzungen des § 51 NAG nicht erfüllen (können).

Als Angehörige gelten gem § 52 NAG:

- der/die EhegattIn;
- Verwandte des/der EWR-BürgerIn bzw dessen/deren EhegattIn in gerader absteigender Linie bis zum 21. Geburtstag⁸⁴ und
- Verwandte des/der EWR-BürgerIn bzw dessen/deren EhegattIn in gerader aufsteigender Linie, sofern ihnen tatsächlich Unterhalt geleistet wird;
- Lebenspartner, wenn eine Partnerschaft im Herkunftsland nachgewiesen wird; sowie
- sonstige Angehörige, die vom Zusammenführenden Unterhalt beziehen, pflegebedürftig sind oder mit diesem bereits im Herkunftsstaat in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben.

Drittstaats-Angehörige von EWR-Bürgern, die unter die og. Kategorien a), b) oder c) fallen, sowie Lebenspartner, mit denen eine eingetragene Partnerschaft auf Grundlage der Rechtsvorschriften eines anderen MS besteht (**begünstigte Drittstaatsangehörige**),⁸⁵ haben dieselben Voraussetzungen zu erfüllen wie EWR-Bürger. **Lebenspartner** ohne eingetragene Partnerschaft und **sonstige Angehörige** haben gem § 56 NAG die strengeren Voraussetzungen des 1. Abschnitts des NAG zu erfüllen (s. dazu unten).

EWR-BürgerInnen und deren Angehörige haben der Behörde binnen vier Monaten ab Einreise anzuzeigen, dass sie ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen und länger als **drei Monate** auf dem Gebiet des Mitgliedstaats aufhältig sein wollen (§ 53 Abs 1 NAG). Wird diese Frist nicht eingehalten, drohenden verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen (gem § 77 Abs 1 Z 4 NAG bis zu 250 €).⁸⁶

⁸³ Dzt noch mit Ausnahme der „neuen“ MS (außer Malta und Zypern)

⁸⁴ Darüber hinaus auch, wenn ihnen tatsächlich Unterhalt gewährt wird

⁸⁵ Vgl Art 2 Z 2 lit b der RL 2004/38/EG

⁸⁶ Fremdenpolizeiliche Konsequenzen gibt es jedoch keine.

Zur Dokumentation ihres Aufenthaltsrechts bekommen EWR-BürgerInnen eine **Anmeldebescheinigung** ausgestellt (§ 53 Abs 1 NAG). Benötigt werden dafür ein Reisepass oder Personalausweis sowie Nachweise für die Erfüllung der og. Voraussetzungen (Abs 2 leg cit). Die Anmeldebescheinigung hat keine konstitutive Rechtswirkung. Das Recht auf Aufenthalt, welches sich direkt aus EU-Primärrecht ergibt, wird durch sie bloß dokumentiert.⁸⁷ Das Recht auf Daueraufenthalt erwerben EWR-BürgerInnen gem § 53a Abs 1 NAG nach fünf Jahren rechtmäßigem und ununterbrochenen Aufenthalt im Bundesgebiet. Abs 2 leg cit normiert, wann der Aufenthalt als ununterbrochen gilt; in Abs 3 leg cit werden Ausnahmen von der Fünf-Jahres-Frist aufgelistet (wie etwa Erreichen des Regelpensionsalters).

Begünstigte Drittstaatsangehörige von EWR-BürgerInnen bekommen bei Erfüllung der Voraussetzungen eine für fünf Jahre gültige **Aufenthaltskarte** ausgestellt (§ 54 Abs 1 NAG). Vor dem FrÄG 2009 wurde ihnen eine für 10 Jahre gültige Daueraufenthaltskarte ausgestellt; diese kann nach der neuen Rechtslage (§ 54a NAG) erst nach 5 Jahren ununterbrochenem, rechtmäßigem Aufenthalt erteilt werden. Dem/der LebenspartnerIn ohne eingetragene Partnerschaft bzw sonstigen Angehörigen kann eine quotenfreie **NB – Angehöriger** erteilt werden, wenn der/die Zusammenführende eine (obligatorische) Haftungserklärung abgibt (§ 56 Abs 1 NAG). Ansonsten haben Personen aus diesem Kreis die Möglichkeit, eine **NB – beschränkt** zu beantragen, welche jedoch der Quotenpflicht und der Integrationsvereinbarung unterliegt und eine Berechtigung nach dem AuslBG verlangt.

3. Fehlen des Aufenthaltsrechts

Bei Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit bzw bei fehlenden Nachweisen über die Erfüllung der og. Voraussetzungen kann das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht versagt werden (§ 55 Abs 1 und 3 NAG, vgl auch Art 8 Abs 2 EMRK). In diesem Fall muss die Behörde den/die Betroffene/n schriftlich von der Befassung der Fremdenpolizeibehörden bezüglich einer möglichen Aufenthaltsbeendigung in Kenntnis setzen. Ist eine Ausweisung nach FPG nicht möglich (etwa wegen Art 8 EMRK), so hat die Behörde unverzüglich die Dokumentation des Aufenthaltsrechts durchzuführen (§ 55 Abs 4 NAG). Neu ist, dass die Behörden „aus besonderem Anlass“ das Weiterbestehen der Voraussetzungen überprüfen können (§ 55 Abs 2 NAG)

⁸⁷ Vgl EB des Ministerialentwurfs 266/ME XXII. GP zu § 53 NAG

4. Ausweisung und Aufenthaltsverbot⁸⁸

EWR-Bürgern, deren Angehörigen, begünstigten Drittstaatsangehörigen sowie Familienangehörigen von nicht freizügigkeitsberechtigten Österreichern kommt durch ihre Eigenschaft als solche ein besonderer Aufenthaltsschutz zu.⁸⁹ Sie dürfen gem § 86 Abs 2 FPG nur dann ausgewiesen werden, wenn ihnen das Niederlassungsrecht gem § 55 Abs 1 und 3 NAG nicht zukommt (wegen Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, fehlendem Nachweis ihres gesicherten Unterhalts, einer Unterkunft und/oder einer Krankenversicherung). Weiters ist ihnen von Amts wegen ein Ausweisungsaufschub von einem Monat zu gewähren, es sei denn, eine sofortige Ausreise wäre aus Sicherheitsgründen notwendig (§ 86 Abs 2 FPG).

Ein Aufenthaltsverbot kann überhaupt nur dann erlassen werden, wenn „auf Grund ihres persönlichen Verhaltens die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet ist“ (§ 86 Abs 1 FPG). Das Gesetz präzisiert, dass das Verhalten eine „tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr (...), die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“, darstellen muss. Hat der/die Betroffene seinen/ihren Hauptwohnsitz bereits länger als 10 Jahre in Österreich, ist eine Ausweisung nur mehr zulässig, sollte sein/ihr persönliches Verhalten die öffentliche Sicherheit der Republik nachhaltig und maßgeblich gefährden (Abs 1 leg cit).

Berufungsinstanz gegen Ausweisungsentscheidungen ist seit 2005 der UVS (§ 9 Abs 1 Z 1 FPG), nachdem der EuGH im Urteil *Dörr&Ünal*⁹⁰ festgestellt hat, dass die bisherige österreichische Rechtslage in Bezug auf Rechtsmittel für EWR-Bürger gemeinschaftswidrig war.

⁸⁸ Vgl §§ 84 – 87 FPG

⁸⁹ Vgl dazu *Heißl, Gregor: Aufenthaltsverbote – Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und Regelungen des FPG* 2005, in: *migraLex* 2008/02. 46ff

⁹⁰ EuGH 2.6.2005, C-136/03

III. Innerstaatliches Recht⁹¹

1. Allgemeines

Der Großteil der für das Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Ehegatten relevanten gesetzlichen Vorschriften findet sich im **Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz⁹²** (kurz NAG). Weitere wichtige innerösterreichische Gesetze und Verordnungen in diesem Bereich sind das Fremdenpolizeigesetz (FPG), das Asylgesetz (AsylG), die NAG-Durchführungsverordnung (NAG-DV), die Niederlassungsverordnung (NLV), die Integrationsvereinbarungs-Verordnung (IV-V), das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), das Allgemeine Verwaltungsgesetz (AVG), das Bundesverfassungsgesetz (B-VG), das Staatsgrundgesetz (StGG) und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG).

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), die in Österreich in Verfassungsrang steht und deren Art 8 maßgeblichen Einfluss auf die Gesetzgebung im Bereich des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechts hat bzw haben sollte, wurde bereits unter Punkt D.I. (völkerrechtliche Rechtsgrundlagen) näher erläutert. Im StGG 1867,⁹³ welches einen der ersten Grundrechtskataloge für ÖsterreicherInnen darstellte und im Übrigen bis heute in Kraft ist, wurde das Recht auf Privat- und Familienleben noch nicht verbrieft.

Das NAG trat am 1. Jänner 2006 im Rahmen einer kompletten Neuordnung des Fremdenrechts durch das Fremdenrechtspaket 2005 in Kraft,⁹⁴ durch welches u.a. auch das neue AsylG und das FPG geschaffen wurden. Grund war unter anderem, dass eine Reihe an Richtlinien und Verordnungen des europäischen Gemeinschaftsrechts umzusetzen waren (siehe Punkt D.II. Europarecht). Das NAG regelt „die Erteilung, Versagung und Entziehung von Aufenthaltstiteln von Fremden, die sich länger als sechs Monate im Bundesgebiet aufhalten oder aufhalten wollen“ (§ 1 Abs 1). Für Ausnahmen vom Geltungsbereich siehe oben, Kapitel B.IV.

Niederlassung ist der tatsächliche oder zukünftig beabsichtigte Aufenthalt in Österreich zum Zweck der Begründung eines Wohnsitzes, des Mittelpunktes der Lebensinteressen oder der Aufnahme einer nicht bloß vorübergehenden Erwerbstätigkeit (§ 2 Abs 2). Aufenthalte unter 6 Monaten werden durch das Visaregime des FPG geregelt. Relevant in Hinblick auf die Aufenthaltsverfestigung eines Fremden ist auch, dass dessen Aufenthalt aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung lt. § 2 Abs 3 nicht als Niederlassung iSd Abs 2 leg cit gilt.

⁹¹ Gesetzesangaben in diesem Kapitel beziehen sich, sofern nicht anders angegeben, auf das NAG.

⁹² BGBl Nr 100/2005 idF BGBl I Nr 38/2009

⁹³ RGG 1867/142 idF BGBl 1988/684

⁹⁴ BGBl. I Nr. 100/2005

Im Folgenden wird vorrangig auf die relevanten Gesetzesbestimmungen für die Erlangung eines Aufenthaltstitels des/der drittstaatsangehörige/n EhepartnerIn eingegangen. Für eine Gesamtdarstellung des österreichischen Fremdenrechts darf auf die im Literaturverzeichnis angeführten Monographien verwiesen werden⁹⁵ sowie für Fragen bezüglich der Behördenpraxis auf das „Handbuch zum NAG“ des BMI, welches im Internet abrufbar ist.⁹⁶ Ebenfalls nicht eingegangen wird auf die Sonderstellung türkischer Staatsangehöriger aufgrund des EU-Türkei-Assoziationsabkommens,⁹⁷ da dies den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten würde.

2. Behördenzuständigkeit

a) Sachliche Zuständigkeit

Erste Instanz im Verfahren zur Erlangung einer Aufenthaltsberechtigung ist der/die jeweils örtlich zuständige Landeshauptmann/-frau (§ 3 Abs 1). Diese/r kann jedoch aus Effizienzgründen die Bezirksverwaltungsbehörden (BezVB) ermächtigen, in seinem/ihrer Namen zu entscheiden, was in der Praxis auch gemacht wird. **Berufungsinstanz** ist der/die BundesministerIn für Inneres. Für Verwaltungsstrafen ist ebenfalls die BezVB zuständig (Abs 4 leg cit).

Anträge, die aus dem Ausland zu stellen sind, werden von der örtlich zuständigen Berufsvertretungsbehörde (BVB)⁹⁸ entgegengenommen. Ihre Aufgabe ist die Entgegennahme der Anträge und Hinwirkung auf deren Richtigkeit und Vollständigkeit. Zur Behebung von etwaigen formalen Mängeln muss dem Antragsteller eine angemessene Frist gesetzt werden. Bei fruchtlosem Ablauf dieser Frist hat die BVB den Antrag aus formalen Gründen zurückweisen, wogegen kein ordentliches Rechtsmittel zulässig ist (§ 3 Abs 3 iVm § 22).

b) Örtliche Zuständigkeit

Bei In- und Auslandsantragstellung richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem (beabsichtigten) Wohnsitz des Fremden (§§ 4 und 5). Wird ein Antrag im Ausland bei der örtlich unzuständigen BVB eingebracht, so ist das Verfahren ohne weiteres einzustellen und

⁹⁵ Für Nichtjuristen wird aufgrund der Praxisorientiertheit des Werks besonders *Peyrl/Schumacher: Fremdenrecht²*. ÖGB Verlag, Wien 2006 empfohlen.

⁹⁶ Jedoch mit Vorbehalt zu genießen, da Stand des Handbuchs 1. Oktober 2006.

http://www.gruene.at/uploads/media/nag_02.pdf (3.1.2010)

⁹⁷ Assoziationsabkommen EWG-Türkei (1963), ABI 1964 Nr. 217 idF ABI 2003 L 145

⁹⁸ Dies ist lt. § 2 Abs 1 Z 16 eine mit konsularischen Aufgaben und der berufsmäßigen Vertretung Österreichs im Ausland betraute Behörde. Darunter fallen jedenfalls die österreichischen Botschaften und Konsulate im Ausland, nicht jedoch Honorarkonsulate.

der Antragsteller an die örtlich zuständige BVB zu verweisen (§ 22 Abs 2).⁹⁹ Hier besteht ebenfalls keine Berufungsmöglichkeit.

Ein großes Problem bei der örtlichen Zuständigkeit ist, dass nicht in jedem Staat eine österreichische BVB eingerichtet ist. Dies hat zur Folge, dass Antragsteller oft eine weite Reise auf sich nehmen müssen, um einen Aufenthaltstitel persönlich beantragen zu können. Besonders große Zuständigkeitsgebiete haben etwa die ÖB Abuja (Nigeria, Äquatorialguinea, Kongo, Kamerun, Gabun, Tschad, Zentralafrikanische Republik, São Tomé und Príncipe, Benin, Togo und Ghana); die ÖB Mexiko (zuständig für Mexiko, Belize, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras und Nicaragua); die ÖB Dakar (zuständig für Senegal, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Mali, Kap Verde, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Liberia, Sierra Leone und Niger), und die ÖB Nairobi (Burundi, Kenia, Komoren, Demokratische Republik Kongo, Ruanda, Seychellen, Tansania und Uganda).¹⁰⁰

3. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen

Die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels sind taxativ in § 11 aufgelistet. Die **relativen Erteilungsvoraussetzungen** (§ 11 Abs 2) sind:

- Der Aufenthalt des/r Fremden darf öffentlichen Interessen nicht widerstreiten (Z 1);
- es muss ein Rechtsanspruch auf eine für eine vergleichbar große Familie ortsübliche Unterkunft nachgewiesen werden (Z 2);
- es muss ein alle Risiken abdeckender Krankenversicherungsschutz bestehen, die Versicherung muss in Österreich leistungspflichtig sein (Z 3);
- der Aufenthalt des/der Fremden darf zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft (Bund, Länder, Gemeinden) führen, sprich ein ausreichendes Einkommen muss nachgewiesen werden (Z 4);
- die Beziehungen der Republik Österreich zu einem anderen Staat oder Völkerrechtssubjekt dürfen nicht wesentlich beeinträchtigt werden (Z 5);
- der/die Fremde muss ein Gesundheitszeugnis gem § 23 FPG vorlegen, wenn er/sie sich zuvor in einem per VO des/der BundesministerIn für Gesundheit bezeichneten Staat aufgehalten hat (§ 11 Abs 7).¹⁰¹

⁹⁹ Auf Weisung des Bundesministers für europäische und internationale Angelegenheiten kann jedoch jede BVB tätig werden.

¹⁰⁰ Siehe Homepage des Bundesministeriums für europäische und internationale Angelegenheiten, http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/oracle/oe_vertretungen_de.pdf (3.1.2010)

¹⁰¹ Dzt gegenstandslos, da eine solche VO bisher nicht erlassen wurde.

Eine **Haftungserklärung** ist gem § 11 Abs 6 bei bestimmten Aufenthaltstiteln als Nachweis der Erfüllung der Voraussetzungen der Unterkunft, der Krankenversicherung und der eigenen Einkünfte zulässig. Weiters muss für bestimmte Aufenthaltstitel ein **Quotenplatz** frei sein (§ 12; s. unten).

Absolute Versagungsgründe für einen AT sind gem § 11 Abs 1 hingegen:

- Ein aufrechtes Aufenthalts- oder Rückkehrverbot Österreichs gem §§ 60 oder 62 FPG (Z 1) oder
- ein Aufenthaltsverbot eines anderen EWR-Staates gegen den/die Fremde/n (Z 2);
- das Vorliegen einer durchsetzbare Ausweisungsentscheidung innerhalb der letzten 18 Monate vor Antragstellung, außer der/die Fremde kam seiner Ausreiseverpflichtung freiwillig nach uns stellte in Folge einen Antrag aus dem Ausland (Z 3);
- das Vorliegen einer Aufenthaltsehe oder –adoption gem § 30 (Z 4);
- eine Überschreitung des erlaubten sichtvermerksfreien bzw. sichtvermerkspflichtigen Aufenthalts nach Inlandsantragstellung gem § 21 Abs 6 (Z 5); sowie
- eine rechtskräftige Bestrafung wegen Umgehung der Grenzkontrolle oder unrechtmäßiger Einreise innerhalb der letzten zwölf Monate (Z 6).

Im Übrigen gelten diese Voraussetzungen auch für Verlängerungsanträge, bei denen noch das Erfordernis der Erfüllung zumindest eines der beiden Module der Integrationsvereinbarung hinzukommt, sofern hierfür kein Aufschub gewährt wurde (§ 11 Abs 2 Z 6).

Diese ersten beiden Absätze des § 11 werfen eine Reihe von **Auslegungsfragen** und Problemen auf. Die normierten Bedingungen stellen für AntragswerberInnen oft die schwierigste Hürde für das Erlangen eines Aufenthaltstitels dar.

Jedoch: die Bewilligung eines AT ist trotz Fehlens einer Erteilungsvoraussetzung aus Gründen der Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK möglich (Abs 3 leg cit). Näheres dazu s. unter Punkt g) Interessensabwägung.

Zu einigen der Erteilungsvoraussetzungen im Einzelnen:

a) Öffentliche Interessen (§ 11 Abs 2 Z 1 iVm Abs 4)

Öffentliche Interessen sprechen gegen die Erteilung eines AT, wenn der Aufenthalt des/der Fremden die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden würde (§ 11 Abs 4 Z 1)

oder er/sie ein Naheverhältnis zu einer extremistischen oder terroristischen Gruppierung hat und entsprechende Aktivitäten nicht ausgeschlossen werden können (Z 2 leg cit).

Bei den öffentlichen Interessen an Ordnung und Sicherheit handelt es sich um jene des Art 8 Abs 2 EMRK, die einen Eingriff in das Recht auf Privat- und Familienleben rechtfertigen können. Zur Judikatur dazu siehe unten (Kapitel E).

Weiters stellen die EB hier auch eine Verbindung zu § 31 her, der die Rahmenbedingungen für das Verhalten eines Fremden in Österreich normiert und etwas verloren zwischen den Paragraphen zur Aufenthaltsehe und der Selbstständigen Erwerbstätigkeit zu finden ist.¹⁰² Fremde haben sich demnach „am gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben in Österreich sowie an den Grundwerten eines europäischen, demokratischen Staates und seiner Gesellschaft zu orientieren“. Der Ausschuss für Innere Angelegenheiten stellte dazu fest, dass öffentliche Ordnung bzw. Sicherheit ua. bei § 31 entgegenstehender Grundeinstellung des/der Fremden gefährdet seien, vor allem, wenn diese/r versuche, andere Menschen dementsprechend zu beeinflussen.¹⁰³

Für EWR-BürgerInnen gilt, dass staatliche Beschränkungen ihres Einreise- und Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen; „das persönliche Verhalten muss eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“ (Art 27 Abs 2 der Unionsbürger-RL). Für Drittstaatsangehörige kommt die Judikatur des EGMR zu Art 8 Abs 2 EMRK zu tragen.

b) Unterkunft (§ 11 Abs 2 Z 2)

Ein Rechtsanspruch auf eine Unterkunft kann etwa durch einen (Unter-)Mietvertrag, oder auch durch Eigentum nachgewiesen werden. Für die Bestimmung der Ortsüblichkeit wird ein Vergleich mit anderen Wohnungen etwa im gleichen Bezirk oder der gleichen Gemeinde, in der sie gelegen ist, vorgenommen.¹⁰⁴ Hierbei wird auf den Durchschnitt abgestellt;¹⁰⁵ dieser kann also je nach Bundesland sehr unterschiedlich sein.

Für die Größe der Familie ist maßgeblich, für wie viele Personen im Beurteilungszeitpunkt ein Aufenthaltstitel beantragt ist bzw wie viele (Familien-) Angehörige oder sonstige Personen in der anvisierten Unterkunft bereits wohnhaft sind.¹⁰⁶

¹⁰² *Bruckner et al.*: Fremdenrechtspaket³. 386 [AB]

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Vgl *Peyrl/Schumacher*: Fremdenrecht². 45

¹⁰⁵ Vgl VwGH 23.3.2001, 98/19/0104

¹⁰⁶ Vgl *Bruckner et al.*: Fremdenrechtspaket³. 388 [K9]

c) Krankenversicherung (§ 11 Abs 2 Z 3)

Fremde, die in Österreich einer Erwerbstätigkeit nachgehen, sind durch die gesetzliche Krankenversicherung pflichtversichert und erfüllen damit das Kriterium.¹⁰⁷ Ihre Angehörigen können sich üblicherweise mitversichern lassen. Bei Aufenthaltstiteln, in denen keine Erwerbstätigkeit für den/die AntragstellerIn vorgesehen ist, muss eine private Versicherung abgeschlossen werden.

d) Ausreichende Eigenmittel (§ 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5)

Der/die Fremde muss feste und regelmäßige eigene Einkünfte in der Höhe der Ausgleichszulagen-Richtsätze des § 293 ASVG nachweisen (§ 11 Abs 5).¹⁰⁸ Ratio legis ist, Antragstellern eine hohe finanzielle Schranke aufzuerlegen, damit die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme von Sozialleistungen möglichst niedrig gehalten wird. Hierbei ist von der Behörde eine „Prognoseentscheidung nach Wahrscheinlichkeitskriterien“ zu treffen.¹⁰⁹

„Fest und regelmäßig“ sind die Einkünfte des Antragstellers dann, „wenn damit gerechnet werden kann, dass diese tatsächlich über einen längeren Zeitraum anfallen“.¹¹⁰ Als Einkünfte zählen ua. das Nettoerwerbseinkommen, Arbeitslosengeld bzw Notstandshilfe (nicht jedoch Sozialleistungen), Einkommen aus privatrechtlichen bzw gesetzlichen Unterhaltsansprüchen (wobei hier das pfändungsfreie Existenzminimum gem § 291a EO des Unterhaltsleistenden bei der Berechnung nicht zu berücksichtigen ist), Einkommen aus Vermietung, Verpachtung und Zinserträgen sowie das Kinderbetreuungsgeld¹¹¹ (nicht jedoch die Kinderbeihilfe, da diese ausschließlich zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes gewährt wird¹¹²).

Die Richtsätze nach § 293 ASVG, die jährlich neu angepasst werden, betragen derzeit:¹¹³

Für eine Einzelperson:	772,40 €
Für ein Ehepaar:	1158,08 €
Pro minderjährigem Kind:	80,95 €

Bis zum In-Kraft-Treten des FRP 2005 wurde als Richtsatz auf die (um einiges niedrigeren) Sozialhilfesätze der Bundesländer abgestellt.¹¹⁴ Dies brachte zwar eine

¹⁰⁷ Hierzu und in Folge vgl *Schumacher*: Skriptum Fremdenrecht. 34

¹⁰⁸ Der VfGH hat diese Regelung als verfassungskonform beurteilt, vgl Erk B 1462/06-10 vom 13.10.2007

¹⁰⁹ *Bruckner et al.*: Fremdenrechtspaket³. 388 [K11]

¹¹⁰ Vgl *Peyrl/Schumacher*: Fremdenrecht². 48

¹¹¹ *Ibid.* 46 ff

¹¹² Vgl BMI: Informationsbroschüre über die Unterhaltsberechnung im NAG. 9

¹¹³ Aktuelle Sozialhilfe-Richtsätze sind auf der Homepage des BMASK abrufbar:

<http://www.bmask.gv.at/cms/site/liste.html?channel=CH0607> (3.1.2010)

länderspezifische Ungleichbehandlung von Antragstellern mit sich, war in Summe für diese jedoch weit günstiger als die jetzige Rechtslage. Hintergrund dieses Paradigmenwechsels war die Umsetzung von Art 7 der RL 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, der vorsieht, dass die Mitgliedstaaten bei der Beurteilung der Einkünfte des/der Zusammenführenden die Höhe der Mindestlöhne bzw. Mindestrenten berücksichtigen können. Eine Mindestrente existiert in diesem Sinne nicht, die Ausgleichszulagensätze kommen einer solchen jedoch am nächsten¹¹⁵ und wurden deshalb als Maßstab herangezogen. Zum Vergleich: der Mindestlohn in Österreich beträgt seit 1.1.2009 1000 €brutto.¹¹⁶

Für eine vierköpfige Familie mit zwei minderjährigen Kindern musste 2009 ein Einkommen von rund 1320 € nachgewiesen werden. Hinzu kommen noch etwaige Kreditbelastungen, die zum erforderlichen Grundbetrag addiert werden müssen; nach einem Erk des VwGH¹¹⁷ wurde das Einkommen des/der Zusammenführenden durch Mietbelastungen (entgegen einer früheren Rechtsauffassung des BMI) nicht geschmälert. Dies bedeutet vor allem für Teilzeitbeschäftigte und Niedrigverdiener mit Kindern, dass ein Aufenthaltstitel versagt werden bzw ein Familiennachzug an den finanziellen Voraussetzungen scheitern kann.¹¹⁸ Weiters sind Frauen hier aufgrund ihres im Durchschnitt niedrigeren Einkommens gegenüber Männern besonders benachteiligt.¹¹⁹

Die Berechnung der Höhe der individuell notwendigen Einkünfte, um das Kriterium des § 11 Abs 2 Z 4 zu erfüllen, ist dermaßen kompliziert und einzelfallabhängig, dass auf der Homepage des Innenministeriums eine 34-seitige (!) „Informationsbroschüre über die Unterhaltsberechnung im NAG“ zum Download bereitsteht.¹²⁰

Durch das FrÄG 2009 werden die Einkünfte gem dem neuen § 11 Abs 5 genauer definiert:

¹¹⁴ Vgl *Peyrl/Schumacher*: Fremdenrecht². 49

¹¹⁵ Vgl BMI: Informationsbroschüre über die Unterhaltsberechnung im NAG. 3

¹¹⁶ Gem der „Grundsatzvereinbarung zum Mindestlohn von 1000 Euro“, abgeschlossen zwischen ÖGB und WKO, online abrufbar unter http://www.oegb.at/servlet/ContentServer?pagename=OEGBZ/Page/OEGBZ_Index&n=OEGBZ_Suche.a&cid=1182957338210# (3.1.2010)

¹¹⁷ Vgl Erk des VwGH 2008/22/0711 vom 03.04.2009

¹¹⁸ Vgl *Bichl/Schmid/Szymanski*: Das neue Recht der Arbeitsmigration. 27

¹¹⁹ Vgl *Peyrl/Schumacher*: Fremdenrecht². 99

¹²⁰ Vgl BMI: Informationsbroschüre über die Unterhaltsberechnung im NAG. Online abrufbar unter http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Niederlassung/allg_infos_neu/Informationsbroschuere_ueber_die_Unterhaltsberechnung_im_NAG_Mai_2009.pdf (3.1.2010) *Anm.: Stand Mai 2009; nach Inkrafttreten des FrÄG 2009 ist zu erwarten, dass auf der BMI-Homepage eine überarbeitete Version zur Verfügung gestellt wird.*

„(5) (...) Feste und regelmäßige eigene Einkünfte werden durch regelmäßige Aufwendungen geschmälert, insbesondere durch Mietbelastungen, Kreditbelastungen, Pfändungen und Unterhaltszahlungen an Dritte nicht im gemeinsamen Haushalt lebende Personen. Dabei bleibt einmalig ein Betrag bis zu der in § 292 Abs. 3 zweiter Satz ASVG festgelegten Höhe unberücksichtigt und führt zu keiner Erhöhung der notwendigen Einkünfte im Sinne des ersten Satzes. (...)“¹²¹

Das erwähnte Erk des VwGH zur Schmälerung der Einkünfte durch Mietbelastungen wird vom Gesetzgeber dadurch bewusst ignoriert, da das genaue Gegenteil gesetzlich festgeschrieben wird. Diese Novellierung bedeutet eine neuerliche Verschlechterung der Rechtslage für binationale Ehepaare, ganz zu schweigen vom Fußtritt für den Rechtsstaat.

Exkurs: Haftungserklärung und Patenschaftserklärung

„Drum prüfe, wer sich ewig bindet“ – dieses Sprichwort trifft wohl nicht so sehr auf binationale Ehen wie auf die Abgabe einer Haftungserklärung gem § 2 Abs 1 Z 15 bzw einer Patenschaftserklärung gem Z 18 leg cit zu. Auch die EB der RV weisen explizit darauf hin: „Die Dauer und der normierte Inhalt sowie deren Form zielen darauf ab, dass dem Dritten das Haftungsrisiko bewusst wird und Haftungserklärungen weder leichtfertig, noch aus Gefälligkeit abgegeben werden.“¹²²

Die Möglichkeit, eine Patenschaftserklärung abzugeben, wurde im Zuge der ersten Fremdenrechtsnovelle im Frühjahr 2009 eingeführt und bescherte der amtierenden Innenministerin Dr. Maria Fekter Kritik von allen Seiten: Die Patenschaft würde Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Paten/Patin und Begünstigtem/r kreieren, und der Staat würde seine sozialen Verpflichtungen an Hilfsorganisationen abwälzen, so der Tenor.¹²³ Die Patenschaftserklärung wurde dennoch eingeführt, allerdings in abgeänderter Form. So wurde etwa der Passus „Vereinbarungen (...) wonach dem Dritten oder einem anderen eine Leistung oder ein sonstiger Vorteil versprochen oder verschafft werden soll, sind nichtig“ in § 2 Abs 1 Z 18 aufgenommen.

Legistisch gesehen etwas befremdend ist auch, dass die gesamte Regelung der Patenschaftserklärung (wie schon jene der Haftungserklärung) in die Begriffsbestimmungen des § 2 NAG gepresst wurde und keines eigenen Paragraphen wert erachtet wurde.

¹²¹ Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009 (BGBl I Nr. 122/2009)

¹²² Vgl RV zum Fremdenrechtspaket 2005, EB zu § 2 Abs 1 Z 15 NAG, s.a. *Körner/Schindler/Widermann: Fremdenrecht – Praxiskommentar*, 61

¹²³ Vgl *John*: Bleiberecht: Fekter ändert ihren Entwurf. In: *Der Standard*, 23.1.2009, online unter <http://derstandard.at/fs/1231152556501/Auf-Druck-von-Landeschefs-Bleiberecht-Fekter-aendert-ihren-Entwurf> (3.1.2010)

Der wesentliche Unterschied zwischen Haftungserklärung und Patenschaftserklärung besteht darin, dass letztere eine Mindestgültigkeitsdauer von nur 3 Jahren hat (gegenüber 5 Jahren), dafür aber ungleich weitreichender als ihre „große Schwester“ ist. Die Patenschaftserklärung hat jedoch einen viel engeren Anwendungsbereich:

Obligatorische Haftungserklärung für:	Fakultative Haftungserklärung für:
NB – Angehörige/r	AB – SchülerIn
AB – Sozialdienstleistende/r	AB – Studierender
AB – ForscherIn	AB – Künstler

Patenschaftserklärung möglich für

NB – Beschränkt in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen gem § 44 Abs 4

Bei beiden Erklärungen verpflichtet man sich, für all jene Kosten aufzukommen, „die einer Gebietskörperschaft [Bund, Länder, Gemeinden] bei der Durchsetzung eines Aufenthaltsverbots, einer Ausweisung, einer Zurückschiebung oder der Vollziehung der Schubhaft“ oder durch Sozialhilfeleistungen entstehen, sowie für die Krankenversicherung, die Unterkunft und die Unterhaltsmittel des/der Fremden (§ 2 Abs 1 Z 15 und 18).

Bei der Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Verpflichteten sind von diesem Nachweise zu erbringen; das pfändungsfreie Existenzminimum ist bei der Berechnung nicht einzubeziehen. Eine Kündigungsmöglichkeit ist nicht gegeben.¹²⁴

e) Integrationsvereinbarung (§§ 14 – 16)

Die Integrationsvereinbarung (IV) soll der Eingliederung Drittstaatsangehöriger¹²⁵ (egal ob sie eine AB oder eine NB innehaben) in das **gesellschaftliche, kulturelle und wirtschaftliche Leben** Österreichs durch die Vermittlung von Deutschkenntnissen dienen (§ 14 Abs 1). Sie baut auf zwei Modulen auf: Modul 1 beinhaltet einen Alphabetisierungskurs; Modul 2 einen Deutschkurs, der auch „Themen des Alltags mit staatsbürgerlichen Elementen und Themen zur Vermittlung der europäischen und demokratischen Grundwerte“

¹²⁴ *Peyrl/Schumacher*: Fremdenrecht². 52

¹²⁵ EWR-Bürger und deren Angehörige sind e contrario von der IV ausgenommen bzw dürfen ohnehin kraft Gemeinschaftsrecht keinen weiteren Bedingungen für die Inanspruchnahme der Freizügigkeit unterworfen werden, als in den einschlägigen Rechtsakten vorgesehen ist. Dies gilt auch für die Angehörigen von freizügigkeitsberechtigten Österreichern.

behandeln soll (Abs 2 leg cit iVm § 16 Abs 1 Z 2). Ziel ist das Erreichen des Niveaus A2¹²⁶ des „Europäischen Sprachreferenzrahmens“;¹²⁷ insgesamt sind 300 Kursstunden vorgesehen.¹²⁸ Der Bund übernimmt einen Teil der Kurskosten (§ 15).

Modul 2 der IV gilt als erfüllt (Abs 5 leg cit), wenn ein Deutsch-Integrationskurs erfolgreich abgeschlossen wurde; eine österreichische Pflichtschule fünf Jahre lang besucht wurde; ein Schulabschluss mit Universitätsreife vorliegt; ein Nachweis über ausreichende Deutschkenntnisse vorgelegt wird; eine Lehrabschlussprüfung erfolgreich abgelegt wurde; oder das Unterrichtsfach Deutsch an einer in- oder ausländischen Schule auf Niveau der 9. Schulstufe positiv abgeschlossen wurde. Die Erfüllung von Modul 2 beinhaltet das Modul 1.

Für InhaberInnen einer NB – Schlüsselkraft bzw Führungskräfte¹²⁹ und deren Angehörige gilt die IV ex lege mit der Erteilung des AT als erfüllt.

Ausgenommen von der Erfüllung der IV sind gem § 14 Abs 4 Drittstaatsangehörige, die

- zur Zeit der Erfüllungspflicht¹³⁰ jünger als 14 Jahre sind oder sein werden;
- aufgrund ihres hohen Alters oder Gesundheitszustandes zur Erfüllung der IV nicht mehr fähig wären;
- keinen AT nach dem NAG innehaben (zB Asylwerber, Asyl- und subsidiär Schutzberechtigte);¹³¹ oder
- erklären, dass sie sich innerhalb von 24 Monaten nicht länger als 12 Monate in Österreich aufhalten werden und damit auf das Stellen eines Verlängerungsantrags verzichten (§ 14 Abs 3).

Die **Erfüllung** der IV innerhalb der gebotenen 5-Jahres-Frist nach Erteilung bzw. Verlängerung des AT bietet die „Möglichkeit zum Ausbau der Rechtsposition (Upgrade) durch die Erteilung des AT Daueraufenthalt – EG“.¹³² **Sanktionen** für die Nichterfüllung der IV sind eine Geldstrafe von bis zu 250 € (§ 77), keine weitere Verlängerung des AT sowie eine Ausweisung gem § 54 Abs 3 FPG (vorbehaltlich der Zulässigkeit einer solchen nach Art 8 EMRK).

¹²⁶ Elementare Sprachverwendung – dies bedeutet, der/die Betroffene „kann Sätze und häufig gebrauchte Ausdrücke verstehen, die mit Bereichen von ganz unmittelbarer Bedeutung zusammenhängen (z. B. Informationen zur Person und zur Familie, Einkaufen, Arbeit, nähere Umgebung). Kann sich in einfachen, routinemäßigen Situationen verständigen, in denen es um einen einfachen und direkten Austausch von Informationen über vertraute und geläufige Dinge geht. Kann mit einfachen Mitteln die eigene Herkunft und Ausbildung, die direkte Umgebung und Dinge im Zusammenhang mit unmittelbaren Bedürfnissen beschreiben.“

¹²⁷ Englische Originalversion: http://www.coe.int/T/DG4/Linguistic/CADRE_EN.asp (3.1.2010); deutsche Übersetzung: <http://www.goethe.de/z/50/commeuro/303.htm> (3.1.2010)

¹²⁸ *Abermann*: Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis. 35

¹²⁹ gem § 2 Abs 5 a AuslBG

¹³⁰ § 14 Abs 8: 5 Jahre ab Erteilung des Aufenthaltstitels, mit der Möglichkeit, aus Gründen der persönlichen Lebensumstände (auch mehrmalig, jedoch nie länger als jeweils für 2 Jahre) Aufschub zu beantragen.

¹³¹ *Schumacher*: Skriptum Fremdenrecht. 74

¹³² *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht. 64

f) Quote (§ 12)

8154 Personen durften 2009 (theoretisch) nach Österreich zuwandern.¹³³ Dies beinhaltet ein Plus von 95 Personen an quotenpflichtigen NB im Vergleich zu 2008, gleichzeitig aber auch einen Rückgang an potentiellen NB für unselbstständige Schlüsselkräfte um dieselbe Anzahl. Demgegenüber wurde die Quote für Familienzusammenführungen um 150 Plätze aufgestockt.

Aus dem fremdenrechtlichen Grundsatz, dass die dauerhafte Zuwanderung gesteuert werden soll, folgt, dass alle NB grds. quotenpflichtig sind. Es gibt sechs Fälle von AT, die prinzipiell einer Quote unterliegen (§ 3 NLV 2009 iVm § 13 Abs 2 und 4 NAG):

- NB – Schlüsselkraft unselbstständig;
- NB – Schlüsselkraft selbstständig
- NB – Angehörige/r von selbstständigen und unselbstständigen Schlüsselkräften;
- NB – Familienangehörige/r
- NB – ausgenommen Erwerbstätigkeit
- AT – Daueraufenthalt EG (unterteilt in Subquoten zur Ausübung unselbstständiger, selbstständiger, und keiner Erwerbstätigkeit)
- Zweckänderung von NB – Angehörige/r auf NB – beschränkt

g) Interessensabwägung (§ 11 Abs 3)

In § 11 Abs 3 ist ein Katalog von Kriterien wiedergegeben, die der VfGH in seiner Leitentscheidung¹³⁴ zu Art 8 EMRK aus der Judikatur des EGMR entwickelt hat. Diese (demonstrative, also nicht abschließende) Aufzählung wurde durch die 1. Fremdenrechtsnovelle 2009¹³⁵ eingeführt und stellte die höchstrichterliche Judikatur zum Recht auf Privat- und Familienleben nunmehr in Gesetzesrang:

„§ 11 (3) Ein Aufenthaltstitel kann trotz Vorliegens eines Erteilungshindernisses¹³⁶ (...) sowie trotz Ermangelung einer Voraussetzung (...) erteilt werden, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (...) geboten ist. Bei der Beurteilung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Art und Dauer des bisherigen Aufenthalts und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen rechtswidrig war;
2. das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens;
3. die Schutzwürdigkeit des Privatlebens;

¹³³ NLV 2009, BGBl II Nr. 460/2008, erlassen aufgrund § 13 Abs 1 NAG

¹³⁴ VfGH 29.9.2007, B 328/07

¹³⁵ BGBl I Nr. 29/2009

¹³⁶ Mit Ausnahme bei Vorliegen eines aufrechten Aufenthaltsverbots Österreichs oder eines anderen EWR-Staates, und im Fall einer Aufenthaltsehe oder Aufenthaltsadoption

4. der Grad der Integration;
5. die Bindungen zum Heimatstaat des Drittstaatsangehörigen;
6. die strafgerichtliche Unbescholtenheit;
7. Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl-, Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts;
8. die Frage, ob das Privat- und Familienleben des Drittstaatsangehörigen in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren.“

Diese Kriterien basieren auf Entscheidungen des EGMR in einer Reihe von Fällen,¹³⁷ in denen die (Un-)Zulässigkeit von Ausweisungsentscheidungen bzw der Verweigerung eines Aufenthaltstitels oder dessen Entziehung erörtert wurde. Sie sind seit 1.4.2009 in § 11 Abs 3 NAG, § 10 Abs 2 Z 2 AsylG und § 66 FPG gesetzlich verankert. Genauer betrachtet fallen jedoch Diskrepanzen zwischen dem VfGH-Urteil und dem nunmehrigen Gesetzestext auf:

So führt der VfGH in seinem Urteil aus, dass die Aufenthaltsdauer „vom EGMR an keine fixen zeitlichen Vorgaben geknüpft wird“.¹³⁸ Dies blieb in § 11 Abs 3 Z 1 leg cit unerwähnt, dafür wurde das Kriterium um die Frage nach der Art des bisherigen Aufenthalts und dessen Rechtmäßigkeit ergänzt. In Z 2 leg cit wurde das Kriterium der Intensität des Familienlebens nicht mit aufgenommen. Weiters wurde in Z 4 leg cit vorenthalten, dass der Grad der Integration des Fremden „sich in intensiven Bindungen zu Verwandten und Freunden, der Selbsterhaltungsfähigkeit, der Schulausbildung, der Berufsausbildung, der Teilnahme am sozialen Leben, der Beschäftigung und ähnlichen Umständen manifestiert“.¹³⁹

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag kommentierte dies in seiner Stellungnahme zum Ministerialentwurf folgendermaßen: „Die vom Verfassungsgerichtshof richtig der Rechtsprechung der Europäischen Gerichtshöfe entnommenen Kriterien für ein Aufenthaltsrecht nach Art 8 EMRK werden dadurch nicht zwingender, dass sie im Gesetz noch einmal festgeschrieben werden. Fatal wird es allerdings dann, wenn diese Kriterien der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs im Gesetz nicht richtig umgesetzt werden sollen, wie dies die Novelle in drei Punkten tut.“¹⁴⁰

¹³⁷ EGMR 31.1.2006, Fall *Rodrigues da Silva und Hoogkamer gg. Niederlande*, Nr. 50.435/99; 16.9.2004, Fall *Ghiban gg. Deutschland*, Nr. 11.103/03; 28.5.1985, Fall *Abdulaziz ua gg. UK*, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81; 20.6.2002, Fall *Al-Nashif gg. Bulgarien*, Nr. 50.963/99; 22.4.1997, Fall *X, Y und Z gg. UK*, Nr. 21.830/93; 2.8.2001, Fall *Boultif gg. die Schweiz*, Nr. 54.273/00; 4.10.2001, Fall *Adam gg. Deutschland*, Nr. 43.359/98; 9.10.2003, Fall *Slivenko gg. Lettland*, Nr. 48.321/99; 16.6.2005, Fall *Sisojeva gg. Lettland*, Nr. 60.654/00; 24.11.1998, Fall *Mitchell gg. UK*, Nr. 40.447/98; 11.4.2006, Fall *Useinov gg. Niederlande*, Nr. 61.292/00; 5.9.2000, Fall *Solomon gg. Niederlande*, Nr. 44.328/98.

¹³⁸ VfGH 29.9.2007, B 328/07

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Stellungnahme 42/SN-65/ME XXIV. GP, vgl auch Stellungnahme 10/SN-12-ME XXIV. GP, online unter http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00065/pmh.shtml (3.1.2010)

Im Allgemeinen wurde im Begutachtungsverfahren die Festschreibung der Kriterien jedoch positiv aufgenommen.¹⁴¹ Es ist eindeutig eine Erleichterung für die Behörden, wenn sie sich bei der Anwendung des ohnehin bereits schwer lesbaren und mit Querverweisen gespickten NAG zumindest diese Kriterien nicht selbst heraussuchen müssen. Deren Auflistung allein garantiert jedoch noch nicht ihre korrekte Auslegung und Anwendung, deshalb ist eine Analyse der Judikatur zu den einzelnen Punkten unerlässlich (siehe Kapitel E.I.).

h) Aufenthaltsehe (§§ 11 Abs 1 Z 4 iVm 30 Abs 1)

Das Fremdenrechtspaket 2005 sowie die nachfolgenden Novellen zeichnen sich besonders dadurch aus, dass binationale Ehepaare unter den Generalverdacht der Scheinehe¹⁴² gestellt werden. Die Regelungen greifen zum Teil nach Ansicht von *Peyrl/Schumacher* „derartig weit in die Privatsphäre von Verlobten oder Ehegatten ein, dass sie aus grundrechtlich-rechtsstaatlicher Sicht mehr als bedenklich sind“.¹⁴³ Dieser Ansicht ist beizupflichten, wenn man sich die Regelungen im Detail ansieht:

Ausnahmslos jeder Antrag auf Eheschließung eines/r Drittstaatsangehörigen muss von den StandesbeamtenInnen den Fremdenpolizeibehörden gemeldet werden (§ 38 PStG). Die Fälle werden sodann geprüft und Fremde, die über keine aufrechte Aufenthaltsgenehmigung verfügen, werden möglichst noch vor Eheschließung abgeschoben.¹⁴⁴ Auch die BezVB als Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörden haben Verdachtsmomente der zuständigen Fremdenpolizeibehörde mitzuteilen (§ 109 FPG; § 37 Abs 4 NAG). Diese hat sodann drei Monate Zeit, um Erhebungen anzustellen und das Ergebnis der BezVB mitzuteilen (§ 110 FPG), ansonsten darf die BezVB von der Unbedenklichkeit der Ehe ausgehen.

Ab Inkrafttreten des FrÄG 2009¹⁴⁵ kann diese dreimonatige Frist nunmehr auf fünf Monate ausgeweitet werden, wenn die Fremdenpolizeibehörde bekannt gibt, dass ihre Erhebungen binnen drei Monaten nicht abgeschlossen werden konnten. Dies bedeutet eine potenzielle weitere Verzögerung für binationale Ehepaare.

Die EB der RV 2005 führen aus, dass in Bezug auf Scheinehen „ein Regulativ eingezogen werden“ müsse, da „Fremde (...) durch das Eingehen einer Ehe mit einem/r ÖsterreicherIn erheblich begünstigt“ würden, va. da keine Quotenpflicht besteht. Worin genau diese

¹⁴¹ Vgl. Stellungnahmen zum Ministerialentwurf 12/ME XXIV. GP, online unter http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00012/pmh.shtml (3.1.2010)

¹⁴² in der Begrifflichkeit des NAG „Aufenthaltsehe“ genannt

¹⁴³ Vgl. *Peyrl/Schumacher*: Fremdenrecht? 99

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009 (BGBl I Nr. 122/2009)

Begünstigungen bestehen sollen, darüber schweigen die EB – denn es ist für den/die drittstaatsangehörige/n EhepartnerIn auch ohne unter permanentem Scheinehen-Verdacht zu stehen bereits schwer genug, die notwendigen Voraussetzungen für einen AT zu erfüllen.

§ 30 Abs 1 besagt, dass Ehegatten sich für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht auf ihre Ehe berufen dürfen, wenn sie kein gemeinsames Familienleben iSd Art 8 EMRK führen. Verwaltungsrechtlich ist das Vorliegen einer Scheinehe einer der Gründe gem § 60 FPG ein bis zu 10-jähriges Aufenthaltsverbot auszusprechen (Abs 2 Z 9 leg cit). Die Feststellung des Vorliegens einer Scheinehe obliegt jedoch nicht den BezVB, sondern den Gerichten, da das Eingehen und die Vermittlung von Aufenthaltsehen gem § 117 FPG gerichtlich strafbar ist. Ein diesbezüglicher Versagungsgrund für einen Aufenthaltstitel besteht somit frühestens, wenn ein Strafverfahren seitens der Staatsanwaltschaft eingeleitet wird (§ 90 StPO).¹⁴⁶ Wird der Verdacht durch ein Gerichtsurteil entkräftet, so besteht die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens auf Erteilung eines AT.¹⁴⁷

Strafbar machte sich gemäß der Rechtslage vor dem 1.1.2010 nur, wer wissentlich eine Aufenthaltsehe eingegangen ist, um einem/r Fremden zu einem Aufenthaltstitel zu verhelfen, ohne dass ein gemeinsames Familienleben iSd Art 8 EMRK geplant war (§ 117 FPG alt). Der/die Fremde war als Beteiligte/r nicht zu bestrafen. Dies änderte sich mit Inkrafttreten des FrÄG 2009¹⁴⁸: Der neue § 117 Abs 4 FPG sieht nunmehr eine Bestrafung des/der Fremden im gleichen Ausmaß wie des/der ÖsterreicherIn (bzw der niederlassungsberechtigten Person) vor. Der Unterschied ist, dass der/die Fremde sich nicht wie der/die ÖsterreicherIn durch freiwillige Anzeige an die Behörden der Strafe entziehen kann (vgl § 117 Abs 5 FPG).

Bei der Erörterung der Scheinehenproblematik müssen auch die zivilrechtlichen Folgen und Wirkungen einer Eheschließung beachtet werden. Gem § 23 EheG ist eine Ehe „nichtig, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend zu dem Zweck geschlossen ist, der Frau die Führung des Familiennamens des Mannes oder den Erwerb der Staatsangehörigkeit des Mannes zu ermöglichen, ohne dass die eheliche Lebensgemeinschaft begründet werden soll“.¹⁴⁹ „Nichtig“ ist in diesem Zusammenhang als „vernichtbar“ zu verstehen. Bis zu ihrer Aufhebung durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil ist sie nämlich voll gültig.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Vgl *Bruckner et al.*: Fremdenrechtspaket³. 388 [K7]

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009 (BGBl I Nr. 122/2009)

¹⁴⁹ § 23 Abs 2 EheG normiert eine Ausnahme dazu: „(2) Die Ehe ist jedoch als von Anfang an gültig anzusehen, wenn die Ehegatten nach der Eheschließung fünf Jahre oder, falls einer von ihnen vorher verstorben ist, bis zu seinem Tode, jedoch mindestens drei Jahre, als Ehegatten miteinander gelebt haben, es sei denn, daß bei Ablauf der fünf Jahre oder zur Zeit des Todes des einen Ehegatten die Nichtigkeitsklage erhoben ist.“

¹⁵⁰ Vgl *Abermann*: Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis. 112

Im Jahr 2005 wurden lt. Angaben der Fremdenpolizei 1.999 binationale Ehepaare aufgrund eines Verdachts auf Scheinehe überprüft; in 168 Fällen bestätigte sich dieser Verdacht (entspricht einer Quote von 8,4%).¹⁵¹ Die Zahlen der wegen Scheinehen verhängten Aufenthaltsverbote divergieren leicht von dieser Zahl:¹⁵²

Jahr	Anzahl der Aufenthaltsverbote ¹⁵³
2003	164
2004	200
2005	232
2006	527
2007	399
2008	231

4. Verfahren und Antragstellung

a) Allgemeine Verfahrensbestimmungen

Gem Art II Abs 2 Z 1 EGVG sind „auf das behördliche Verfahren der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern“ das AVG und das VStG anzuwenden; Abweichungen von diesem Grundsatz sind gem Art 11 Abs 2 B-VG nur zulässig, „wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind“.

Im NAG hielt der Gesetzgeber es für erforderlich, im 6. Hauptstück („Verfahren“) vom AVG abweichende Regelungen für bestimmte Verfahrensschritte zu treffen. So hat jeder Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, sei es nun Erstantrag, Zweckänderungs- oder Verlängerungsantrag, **persönlich** bei der zuständigen Behörde zu erfolgen (§ 19 Abs 1). Davon ausgenommen sind nicht handlungsfähige Personen, für die eine Vertretung zulässig ist, wie zB unmündige Minderjährige oder Personen, für die ein Sachwalter bestellt ist. Gerechtfertigt wird dies in den EB der RV¹⁵⁴ damit, dass nur so mit Sicherheit gesagt werden kann, „wo sich der Fremde zum Antragszeitpunkt gerade befindet“. Weiters ist ein persönliches Erscheinen vor der Behörde zur Abgabe der erforderlichen

¹⁵¹ N.N.: Hintergrund: Fremdenrechtspaket 2006. In: Der Standard, 4.12.2006, <http://derstandard.at/2683431/bHintergrund-bFremdenrechtspaket-2006> (3.1.2010)

¹⁵² Sterkl, Maria: „Jede Schätzung ist unseriös“. In: Der Standard Online, 27.2.2007, abrufbar unter: <http://derstandard.at/2781620/Jede-Schaumlitzung-ist-unserioumls> (3.1.2010)

¹⁵³ Statistiken des Bundesministeriums für Inneres, online abrufbar unter http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Niederlassung/statistiken/ (3.1.2010)

¹⁵⁴ RV zum Fremdenrechtspaket 2005, EB zu § 19 NAG, s.a. Körner/Schindler/Widemann: Fremdenrecht – Praxiskommentar. 80

erkennungsdienstlichen Daten notwendig¹⁵⁵ bzw um die Identität des/der Betroffenen eindeutig feststellen zu können (§ 19 Abs 4).

Vom Aspekt der Bekämpfung des **Menschenhandels** gesehen ist diese Bestimmung zu begrüßen, da somit vor allem den Berufsvertretungsbehörden im Ausland die Möglichkeit gegeben wird, potentielle Opfer durch den persönlichen Kontakt zu erkennen und dementsprechende Schritte in die Wege zu leiten.¹⁵⁶

Unzulässig sind Anträge mit verschiedenen Aufenthaltszwecken, „das gleichzeitige Stellen mehrerer Anträge, und das Stellen weiterer Anträge während eines anhängigen Verfahrens“ (§ 19 Abs 2). Welche Urkunden und Nachweise für den jeweiligen Aufenthaltszweck beigebracht werden müssen, ist in den §§ 7 bis 9 NAG-DV normiert.¹⁵⁷ Wichtig ist auch, dass der/die AntragstellerIn eine Zustelladresse bekanntgeben muss, und die Behörde im Falle eines Wohnortswechsels umgehend davon zu verständigen, da ansonsten eine Einstellung des Verfahrens droht (§ 19 Abs 6). Die Behörde hat den/die Fremde/n auf diesen Umstand explizit hinzuweisen.

Von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen¹⁵⁸ kann die Behörde gem § 19 Abs 8 auf Antrag absehen, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens iSd Art 8 EMRK geboten ist (Ermessensentscheidung). Über einen solchen Antrag hat im verfahrensabschließenden Bescheid abgesprachen zu werden (Abs 9 leg cit).

b) Prinzip der Auslandsantragstellung (§ 21)

Erstanträge auf einen Aufenthaltstitel haben im Ausland bei der örtlich zuständigen BVB gestellt zu werden; „die Entscheidung ist im Ausland abzuwarten“.

Davon abweichend gibt es eine Reihe von Personengruppen, die ihren Antrag im Inland stellen dürfen (§ 21 Abs 2):

- Familienangehörige von ÖsterreicherInnen bzw EWR-BürgerInnen, die ihr gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht nicht in Anspruch genommen haben, „nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts“ (Z 1);
- „Fremde bis längstens sechs Monate nach ihrer rechtmäßigen Niederlassung“ in Österreich (Z 2);

¹⁵⁵ Vgl *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht. 28

¹⁵⁶ Nähere Informationen zu den österreichischen Tätigkeiten im Bereich Bekämpfung des Menschenhandels unter <http://www.bmeia.gv.at/aussenministerium/aussenpolitik/menschenrechte/schwerpunktthemen/kampf-gegen-menschenhandel.html> (3.1.2010)

¹⁵⁷ Gem Kompetenz des/der BundesministerIn für Inneres nach § 19 Abs 3

¹⁵⁸ § 19 Abs 1 bis 3 und Abs 7; ua. persönliche Antragstellung, Vorlage aller erforderlichen Urkunden und Stellung von mehreren bzw verschiedenen Anträgen gleichzeitig

- „Fremde bis längstens sechs Monate nach Verlust ihrer österreichischen Staatsbürgerschaft, oder der Staatsangehörigkeit (...) eines EWR-Staates (Z 3);
- „Kinder bis zu 6 Monate nach deren Geburt“ (Z 4);
- Fremde, die sichtvermerksfrei nach Österreich einreisen dürfen, während der Dauer ihres erlaubten Aufenthalts (Z 5);
- Antragsteller einer AB – Forscher und deren Familienangehörige (Z 6).

Gem § 21 Abs 3 können weitere Ausnahmen vom Prinzip der Auslandsantragstellung gewährt werden, sofern eine Ausreise des/der Fremden nicht möglich oder nicht zumutbar ist und keine Gründe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit dagegensprechen (§ 11 Abs 1 Z 1, 2 oder 4). Zum Zwecke der Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens wird wohl eine Auslandsantragstellung als nicht zumutbar gewertet werden können.¹⁵⁹

Der/die BundesministerIn für Inneres hat auch die Möglichkeit, „Staatsangehörige bestimmter Staaten durch Verordnung zur Inlandsantragstellung zuzulassen, soweit (...) dies im öffentlichen Interesse ist“ (§ 21 Abs 5).

Über den erlaubten sichtvermerksfreien Zeitraum hinaus konstituiert ein Antrag, der im Inland gestellt werden durfte, jedoch kein zusätzliches Bleiberecht (§ 21 Abs 6); die Erledigung müsste in diesem Fall ebenfalls im Ausland abgewartet werden.

c) Verfahrensablauf bei Auslandsantragstellung (§§ 22, 23)

Nach der persönlichen Antragstellung (Ausnahmen s. oben) bei der örtlich zuständigen BVB prüft diese den Antrag auf seine formelle Richtigkeit und leitet ihn, sofern kein Verbesserungsauftrag an den Fremden erteilt wird, an die örtlich zuständige Inlandsbehörde weiter.¹⁶⁰ Die BezVB prüft den Antrag inhaltlich und erteilt bei positiver Entscheidung der BVB die Anweisung, dem/der AntragstellerIn ein Aufenthaltsvisum (sofern benötigt; üblicherweise ein Visum D¹⁶¹) auszustellen, damit er/sie den bewilligten AT persönlich im Inland abholen kann. Der/die Fremde hat davon benachrichtigt zu werden¹⁶² und ab diesem Zeitpunkt drei Monate Zeit, um das Visum bei der BVB zu beantragen. Tut er/sie dies nicht, so wird der Auftrag gegenstandslos und das Verfahren eingestellt. Selbiges gilt, sollte der AT

¹⁵⁹ *Klingenbrunner*: Die Fremdenrechtsnovelle 2009, in: *migraLex* 2009. 42

¹⁶⁰ Je nach geplantem Aufenthaltsort des/der Fremden

¹⁶¹ Vgl § 20 Abs 1 Z 4 FPG: „Aufenthaltsvisum“ (Visum für einen längerfristigen Aufenthalt)

¹⁶² gem § 13 Abs 3 AVG: „Mängel schriftlicher Anbringen ermächtigen die Behörde nicht zur Zurückweisung. Die Behörde hat viel mehr von Amts wegen unverzüglich deren Behebung zu veranlassen (...). Wird der Mangel rechtzeitig behoben, so gilt das Anbringen als ursprünglich richtig eingebracht.“ Dies hat der VwGH in seinem Erk vom 23.10.2008, GZ. 2008/21/0212 bestätigt.

nicht sechs Monate nach Mitteilung der positiven Antrags erledigung im Inland bei der BezVB behoben werden.

Interessant an diesem Verfahren ist, dass die BVB den Visumsantrag gesondert zu prüfen hat; es wird nach Auftrag der Inlandsbehörde nicht automatisch ausgestellt. *Argumentum a maiore ad minus* möge man meinen, dass die Bewilligung eines längerfristigen AT das Visum für die Einreise nach Österreich mitumfassen würde, da ein AT ja viel weiter reichende Rechte einräumt als ein bloßes Aufenthaltsvisum. Dem ist jedoch nach Willen des Gesetzgebers nicht so. Zumindest wird die BVB bei der Prüfung des Visumantrags gem § 21 Abs 1 FPG das Kriterium der gesicherten Wiederausreise (Z 2 leg cit) außer Acht lassen können.

d) Verlängerungs- und Zweckänderungsanträge

Um eine aufenthaltsrechtliche Kontinuität zu sichern, werden Aufenthaltstitel im **Verlängerungsfall** immer unmittelbar an den vorherigen anschließend erteilt (§ 24 Abs 1).¹⁶³ Die Beantragung kann frühestens drei Monate vor Ablauf des vorherigen AT im Inland gestellt werden, jedoch nicht später als an jenem Tag, bis zu diesem er gültig ist. Eine rechtzeitige Antragstellung bewirkt, dass der/die Fremde bis zur Erledigung des Verfahrens legal in Österreich aufhältig ist.

Wird ein Verlängerungsantrag hingegen zu spät gestellt, so ist er als Erstantrag mit sämtlichen Folgen zu werten (Auslandsantragstellung, etc).¹⁶⁴ Die für den/die AntragstellerIn günstigere Regelung vor der 1. Fremdenrechtsnovelle 2009¹⁶⁵ wertete auch eine Antragstellung bis zu sechs Monate nach Ablauf der Gültigkeit als Verlängerungsantrag. Nach nunmehr geltender Rechtslage muss der/die Fremde ähnlich einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beweisen, dass er durch ein „unvorhergesehenes und unabwendbares“ Ereignis an einer rechtzeitigen Einreichung gehindert war, damit der Antrag als Verlängerungsantrag gilt (§ 24 Abs 2). Er/sie hat dafür zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses Zeit.

Soweit die Voraussetzungen dafür vorliegen (§ 11), hat der/die AntragstellerIn einen Rechtsanspruch auf Verlängerung seines/ihrer AT (§ 24 Abs 3); ebenso wenn eine Ausweisung unzulässig ist (etwa aufgrund Art 8 EMRK). Sollten die Voraussetzungen nicht (mehr) erbracht werden, so hat die Behörde dies unter Darlegung der Gründe, die gegen eine

¹⁶³ Vgl *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht. 29

¹⁶⁴ *Ibid.* 30

¹⁶⁵ BGBl I Nr. 29/2009

Verlängerung sprechen, dem/der AntragstellerIn mitzuteilen. Diese/r hat zwei Wochen Zeit, dazu Stellung zu nehmen, danach wird die Fremdenpolizeibehörde verständigt.

Eine **Zweckänderung** des Aufenthalts muss den Behörden prinzipiell unverzüglich mitgeteilt werden, kann aber auch mit einem Verlängerungsantrag verbunden werden (§ 26). Sollten alle (allgemeinen und besonderen) Voraussetzungen erfüllt werden, so besteht wiederum ein Rechtsanspruch auf Erteilung. Eine Abweisung des Antrags hat keine Auswirkungen auf den geltenden AT. Ein frühzeitiger Zweckänderungsantrag sollte immer rechtzeitig vor Ablauf des gültigen AT gestellt werden, damit im Falle der Abweisung noch Zeit für das Stellen eines Verlängerungsantrags bleibt, da eine nachträgliche parallele Antragstellung nicht zulässig ist.¹⁶⁶

5. Aufenthaltstitel

Die Aufenthaltstitel des NAG lassen sich in drei Gruppen unterteilen (vgl. § 8):

- a) Aufenthaltsbewilligungen (AB),
- b) Niederlassungsbewilligungen (NB) und
- c) Aufenthaltstitel (AT) sui generis.¹⁶⁷

Die Unterscheidung zwischen NB und AB ist ua. für die Aufenthaltsverfestigung des/der Fremden von großer Relevanz, da nur NB eine dauerhafte Zuwanderungsperspektive eröffnen. AB sind bloß für einen vorübergehenden, befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet vorgesehen (§ 8 Abs 1 Z 5). Für bestimmte AB sind Übergangsmöglichkeiten auf eine NB vorgesehen (s. unten); an NB anschließend kann unter bestimmten Voraussetzungen der Titel Daueraufenthalt – EG erteilt werden.

Die Frage, welcher Aufenthaltstitel für den/die drittstaatsangehörige/n EhepartnerIn beantragt werden kann, ist eine der größten Herausforderungen für die Betroffenen, denn das Gesetz verlangt von Anfang an eine präzise Willensbildung von dem/der AntragstellerIn. Das gleichzeitige Stellen mehrerer Anträge sowie für verschiedene Aufenthaltzwecke ist unzulässig (§ 19 Abs 2) und würde nach fruchtlosem Verbesserungsauftrag, den die Behörde zu erteilen hat, zu einer Zurückweisung derselbigen führen (vgl. § 22 Abs 2).

¹⁶⁶ Vgl. *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht. 31

¹⁶⁷ *Ibid.* 101 ff

Für die Entscheidung, welcher AT beantragt wird, sind ua. die folgenden Faktoren ausschlaggebend:

- Derzeitiger Aufenthaltsort des/der Drittstaatsangehörigen (Österreich oder Ausland)
- Rechtmäßigkeit des bisherigen Aufenthalts in Österreich
- Rechtmäßige oder unrechtmäßige Einreise nach Österreich
- Visapflicht oder Visafreiheit des Herkunftsstaates in Bezug auf Österreich
- Berufliche/akademische Qualifikationen
- Bestehender AT
- Verwirklichung eines Freizügigkeitstatbestands des/der PartnerIn
- Frühere österr. Staatsbürgerschaft
- Bestehendes Privat- bzw. Familienleben (Art. 8 EMRK)

a) Aufenthaltsbewilligungen (§§ 58 – 69a)

AB können für die folgenden Zwecke erteilt werden:

Rotationsarbeitskräfte	Betriebsentsandte
Selbstständige	Künstler
Sonderfälle unselbstständiger Erwerbstätigkeit	Schüler
Studierende	Sozialdienstleistende
Forscher	Besonderer Schutz

Erteilungsvoraussetzungen sind jeweils die allgemeinen Erfordernisse des 1. Teiles des NAG¹⁶⁸ sowie die besonderen Anforderungen der einzelnen AB zu erfüllen, wie etwa eine Sicherheitsbescheinigung bzw. eine Beschäftigungsbewilligung nach dem AusIBG für Rotationsarbeitskräfte und Betriebsentsandte.

Diese Möglichkeiten eines Aufenthaltsrechts kommen für den/die drittstaatsangehörige/n EhepartnerIn nur mäßig in Frage, da sie allesamt nicht auf eine dauerhafte Niederlassung ausgerichtet sind. Deshalb wird nicht näher auf die einzelnen AB eingegangen.

¹⁶⁸ Allgemeiner Teil, §§ 1 – 40

Exkurs: Humanitäres Aufenthaltsrecht

Besonders erwähnt an dieser Stelle sei jedoch die neue AB – besonderer Schutz (§ 69a), welche durch die erste Fremdenrechtsnovelle 2009 in Umsetzung des berühmten VfGH-Urteils zum humanitären Aufenthaltsrecht¹⁶⁹ eingeführt wurde. In seinem Urteil stellte der VfGH fest, dass es zur Erteilung eines sich aus Art 8 EMRK ergebenden Bleiberechts ein nachvollziehbares Verfahren geben müsse, welches von den Höchstgerichten überprüfbar ist. Der bisher die NB aus humanitären Gründen regelnde § 73 alt wurde gestrichen und stattdessen die AB für besonders schutzwürdige Personen (wie etwa Opfer von Menschenhandel) eingeführt, welche neben der bisherigen amtswegigen Wahrnehmung auch ein Antragsrecht auf humanitären Aufenthalt enthält. Da über einen Antrag grundsätzlich mit Bescheid abgesprochen werden muss, welcher wiederum anfechtbar ist, wurde dem Urteil des VfGH somit nach Ansicht des Gesetzgebers Genüge getan. Die Erteilung einer NB – beschränkt bzw NB – unbeschränkt in den §§ 43 Abs 2 und 44 Abs 3 wurde für die Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens aus humanitären Gründen (d.h. wenn nicht alle Erteilungsvoraussetzungen für einen AT vorliegen, eine Ausweisung jedoch aufgrund Art 8 EMRK nicht zulässig ist) vorgesehen (s. unten).

§ 69a enthält neben der Regelung eines Aufenthaltsrechts für Opfer von Menschenhandel (Abs 1 Z 2 leg cit) und für Personen, die aufgrund des völkerrechtlichen Refoulement-Verbotes¹⁷⁰ nicht abgeschoben werden dürfen (§ 50 FPG), auch einen Auffangtatbestand für Drittstaatsangehörige, die in Österreich nicht rechtmäßig aufhältig oder nicht niedergelassen waren und Opfer von häuslicher Gewalt wurden. Für sie kommt für die Erteilung einer AB darauf an, dass eine einstweilige Verfügung gem §§ 382b oder 382e EO erlassen wurde oder hätte werden können sowie die AB notwendig für Schutz vor neuerlicher Gewalt ist (§ 69a Abs 1 Z 3). Das nunmehrige Antragsrecht auf eine AB – besonderer Schutz bzw NB – beschränkt/unbeschränkt entspricht einem Rechtsstaat viel eher als die Rechtslage zuvor, als das humanitäre Aufenthaltsrecht ein „Gnadenakt“ der Behörden war.¹⁷¹

Im Zeitraum von April 2009 (Inkrafttreten der Regelung) bis August 2009 wurde auf Antrag in rund 160 Fällen humanitärer Aufenthalt gewährt.¹⁷²

¹⁶⁹ VfGH Erk vom 27. Juni 2008 (G 246, 247/07 ua.)

¹⁷⁰ Art 2 bzw 3 EMRK; Art 33 Z 1 GFK

¹⁷¹ In den Medien wurde in Bezug auf die alte Regelung zum Humanitären Aufenthaltsrecht fast ausnahmslos von einem „Gnadenakt“ gesprochen; vgl daher statt vieler: *Chalupka, Michael*: Unbarmherziges Gnadenrecht. Erschienen in: Die Presse, Printausgabe vom 9.1. 2009, online abrufbar unter:

<http://diepresse.com/home/meinung/gastkommentar/442457/index.do> (3.1.2010)

¹⁷² *Brickner, Irene*: Humanitärer Aufenthalt – Nur in Einzelfällen hilfreich. Der Standard, Printausgabe vom 5.8.2009, online abrufbar unter: <http://derstandard.at/1246543720234> (3.1.2010)

b) Niederlassungsbewilligungen (§§ 41 – 44)

NB können für die folgenden Zwecke erteilt werden:

Schlüsselkraft
Ausgenommen Erwerbstätigkeit
Unbeschränkt
Beschränkt
Angehöriger

Allgemeine Voraussetzungen für alle NB sind wiederum die Erfordernisse des 1. Teiles des NAG. Es wird nicht detailliert auf die genauen Zielgruppen und besonderen Voraussetzungen eingegangen, da die NB-Bestimmungen des NAG einen Wildwuchs an kann-erteilt-werden und ist-zu-erteilen Regelungen aufweisen, die man sich am besten einzelfallbezogen ansieht. Auch von der prinzipiellen Quotenpflicht für NB gibt es zahlreiche Ausnahmebestimmungen sowie Ausnahme-von-der-Ausnahme-Bestimmungen. Genauer erläutert werden lediglich die für drittstaatsangehörige (Ehe-)PartnerInnen von ÖsterreicherInnen (potentiell) relevanten Paragraphen.

In der Regel werden befristete Aufenthaltstitel (§ 20) für eine Dauer von 12 Monaten ausgestellt, es sei denn, eine kürzere Dauer wurde beantragt, oder der Reisepass läuft früher ab (Abs 1 leg cit). Schlüsselkräften und deren Angehörigen bekommen NB auf 18 Monate befristet (§§ 41 Abs 4 iVm 46 Abs 3).

Erster Tag der Gültigkeit ist das Ausstellungsdatum bzw. im Verlängerungsfall der auf den letzten Gültigkeitstag des vorherigen AT folgende Tag.

aa) NB - Schlüsselkraft (§ 41)

Die NB-Schlüsselkraft ist bereits seit der FrG-Novelle 2002 die einzige Möglichkeit, sich in Österreich regulär und dauerhaft zum Zweck der Arbeitsaufnahme niederzulassen.¹⁷³ Temporäre Arbeitsmigration ist jedoch möglich, wie etwa für Forscher, Saisoniers und Au Pairs (s. Aufenthaltsbewilligungen). Die Erteilung der NB – Schlüsselkraft verlangt das Vorhandensein eines Quotenplatzes sowie eine schriftliche Mitteilung bzw ein Gutachten gem §§ 12 Abs 4 oder 24 AuslBG, dass der/die AntragstellerIn über ein Mindestbruttoeinkommen von derzeit mehr als 2412 € pro Monat¹⁷⁴ verfügt und zusätzlich entweder eine besondere Bedeutung für den Arbeitsmarkt hat, zur Schaffung oder Sicherung von Arbeitsplätzen

¹⁷³ Vgl Schumacher/Peyrl: Fremdenrecht². 68

¹⁷⁴ 60% der Höchstbeitragsgrundlage gem § 108 Abs 3 ASVG iVm § 1 Z 2 der Kundmachung der ASVG, GSVG, BSVG, B-KUVG - Werte für 2009, BGBl. II Nr. 346/2008 (dzt 134€Kalendertag)

beiträgt, eine Führungskraft ist, Investitionskapital bringt oder über einen Hochschulabschluss verfügt (§ 2 Abs 5 AuslBG).

Für den/die drittstaatsangehörige/n EhepartnerIn könnte diese NB also relevant werden, wenn er/sie über die genannten Qualifikationen verfügt. Die NB – Schlüsselkraft ist auf 18 Monate befristet und kann im Verlängerungsfall in eine NB – beschränkt bzw NB – unbeschränkt umgewandelt werden. Ein großer Vorteil ist die Erledigung des Antrags binnen sechs Wochen, nachteilig kann die Quotenpflicht bei Ausschöpfung der Quote im Antragszeitpunkt sein. Einzig ausgenommen von der Quotenpflicht für Schlüsselkräfte sind Inhaber einer AB – Studierende nach Abschluss ihres Studiums, die ihre Karriere in Österreich beginnen wollen.

bb) NB – ausgenommen Erwerbstätigkeit (§ 42)

Die NB – ausgenommen Erwerbstätigkeit ist für Personen mit ausreichenden Eigenmitteln (der Höhe nach dem Zweifachen der Richtsätze des § 108 Abs 3 ASVG entsprechend) vorgesehen und wird für die Dauer von 12 Monaten ausgestellt (§ 20 Abs 1). Sie unterliegt prinzipiell der Quotenpflicht; ausgenommen von dieser sind drittstaatsangehörige TrägerInnen von Privilegien und Immunitäten im Ruhestand.

cc) NB – beschränkt (§ 44) und NB – unbeschränkt (§ 43)

Die NB – beschränkt kann im Erstantrags- wie auch im Verlängerungsfall erteilt werden und erlaubt die Aufnahme jeglicher selbstständigen Tätigkeit sowie einer unselbstständigen Beschäftigung, wenn dafür eine Berechtigung nach dem AuslBG vorliegt. Sie wird je nach Personengruppe quotenpflichtig oder quotenfrei erteilt.

Die NB – unbeschränkt ist die einzige NB, die nicht im Zuge eines regulären Erstantrags erteilt werden kann, sondern nur nach einem Verlängerungs- oder Zweckänderungsantrag, wie etwa in Anschluss an eine NB – Schlüsselkraft oder eine AB – Besonderer Schutz. Sie beinhaltet gem § 17 AuslBG einen unbeschränkten Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt.

Im Zuge der Neuregelung des humanitären Aufenthaltsrechts¹⁷⁵ wurde die Möglichkeit geschaffen, eine NB – beschränkt bzw NB – unbeschränkt quotenfrei auf Antrag oder von Amts wegen erteilt zu bekommen, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens gem § 11 Abs 3 geboten ist (§ 43 Abs 2, § 44 Abs 3). Der Unterschied liegt darin, dass eine NB – unbeschränkt nur bei bereits erfüllter Integrationsvereinbarung erteilt

¹⁷⁵ 1. Fremdenrechtsnovelle 2009, BGBl I Nr. 29/2009

werden kann, welche wegen dem beinhalteten unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt günstiger für den Antragsteller ist. Allerdings dürfen keine Erteilungshindernisse gem § 11 Abs 1 Z 1, 2 oder 4 vorliegen (kein aufrechtes Aufenthaltsverbot, Rückkehrverbot oder Aufenthaltsehe/-adoption).

Zwingend und von Amts wegen ist eine NB – beschränkt bzw NB – unbeschränkt zu erteilen, wenn eine Ausweisung des/der Fremden als auf Dauer unzulässig erklärt wurde (§ 44a). Anträge (sowie auch Folgeanträge) sind als unzulässig zurückzuweisen, wenn eine rechtskräftige Ausweisung vorliegt oder eine Ausweisung als nur vorübergehend unzulässig erklärt wurde, und sich seither die Umstände des Privat- und Familienlebens nicht maßgeblich verändert haben (§ 44b Abs 1 und 4).

Für sog „Altfälle“ (Drittstaatsangehörige, die seit dem 1. Mai 2004 nachweislich, durchgängig und mindestens die Hälfte dieser Zeit rechtmäßig in Österreich aufhältig sind) wurde mit der Novelle ebenfalls die Möglichkeit geschaffen, eine NB – beschränkt erteilt zu bekommen (§ 44 Abs 4). Bei der Beurteilung hat die Behörde dabei „den Grad der Integration des Drittstaatsangehörigen, insbesondere die Selbsterhaltungsfähigkeit, die schulische und berufliche Ausbildung, die Beschäftigung und die Kenntnis der Deutschen Sprache zu berücksichtigen“. Der Nachweis bestimmter allgemeiner Voraussetzungen kann auch durch eine Patenschaftserklärung erbracht werden.

dd) NB – Angehöriger (§ 47)

Angehörigen von nicht freizügigkeitsberechtigten ÖsterreicherInnen, die nicht zu deren Kernfamilie zählen, kann unter Erfüllung der Bedingungen des § 11 eine quotenfreie NB – Angehörige/r erteilt werden. Zum Kreis der Angehörigen iSd § 47 Abs 3 gehören:

- Verwandte des/der Zusammenführenden oder seines/r Ehepartners in gerader, aufsteigender Linie, denen Unterhalt geleistet wird (Z 1);
- Lebenspartner, sofern bereits im Herkunftsstaat eine dauerhafte Beziehung bestanden hat und ihnen Unterhalt geleistet wird (Z 2);
- Sonstige Angehörige, die vom Zusammenführenden Unterhalt beziehen, pflegebedürftig sind oder mit diesem bereits im Herkunftsstaat in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben.

Der/die Zusammenführende hat in all diesen Fällen zwingend eine Haftungserklärung abzugeben. Bei Vorhandensein eines Quotenplatzes und einer Berechtigung nach dem AuslBG kann Inhabern einer NB – Angehörige/r (die ja keinen Arbeitsmarktzugang umfasst) eine NB – beschränkt erteilt werden (§ 47 Abs 4).

Wichtig für den/die drittstaatsangehörige/n EhepartnerIn (dessen/deren) ist, dass im Fall des Todes des/der EhegattIn, Scheidung wegen überwiegenden Verschuldens des/der EhegattIn bzw aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen eine dem bisherigen Aufenthaltzweck entsprechende NB erteilt werden kann (§ 47 Abs 5 iVm § 27 Abs 3). Vor Inkrafttreten des FrÄG 2009¹⁷⁶ hing sein/ihr Aufenthaltsrecht bis zur Erteilung des AT Daueraufenthalt – Familienangehöriger bzw Daueraufenthalt – EG nach frühestens fünf Jahren vom Bestehen der Ehe ab (vgl § 27 Abs 1 alt). Nunmehr haben Drittstaatsangehörige mit einer Niederlassungsbewilligung ohne die Fünf-Jahres-Frist ein eigenständiges Niederlassungsrecht, sofern sie die allgemeinen Voraussetzungen des § 11 erfüllen. Die Ausnahmetatbestände zu § 11 wurden ebenfalls ausgeweitet. Der/die Betroffene hat diese Umstände „unverzüglich, längstens jedoch binnen einem Monat“ der Behörde bekannt zu geben (§ 27 Abs 4). Bei Erfüllung der Voraussetzung besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung (arg. „die Behörde *hat* in diesen Fällen eine NB auszustellen“).

Als besonders berücksichtigungswürdig erachtet der Gesetzgeber gem § 27 Abs 4 ua., wenn der Familienangehörige Opfer einer Zwangsehe ist; „Opfer von Gewalt in der Familie wurde und gegen den Zusammenführenden eine einstweilige Verfügung nach §§ 382b oder 382e EO erlassen wurde“; oder der Verlust der NB auf eine rechtskräftige, strafrechtliche Verurteilung des Zusammenführenden zurückzuführen ist. Die Aufzählung ist nicht abschließend (arg. „*insbesondere*“).

Problematisch ist die Erteilung eines weiteren AT bei einer einvernehmlichen Scheidung, welche statistisch den Regelfall darstellt. In diesem Fall würde der/die drittstaatsangehörige EhepartnerIn die Aufenthaltsgenehmigung verlieren, wenn nicht Gründe des Art 8 EMRK dagegen sprechen (wie etwa bei Sorgepflichten für minderjährige, in Österreich geborene Kinder). Es bliebe also die Möglichkeit eines humanitären AT.

c) Aufenthaltstitel *sui generis*¹⁷⁷

Dazu zählen die folgenden AT:

Daueraufenthalt – EG
AT – Familienangehörige/r
Daueraufenthalt – Familienangehörige/r

¹⁷⁶ Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009 (BGBl I Nr. 122/2009)

¹⁷⁷ Vgl *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht. 101f

Diese Gruppe von AT ist in Hinblick auf ihre Rechtswirkungen teilweise weitreichender als NB.¹⁷⁸ Alle genannten AT beinhalten freien Zugang zum Arbeitsmarkt. Nicht ganz klar ist, warum die Titel Daueraufenthalt – EG und Daueraufenthalt – Familienangehörige/r als „Dokumentation“ eines Aufenthaltsrechts gelten, wenn an ihre Erteilung die Erfüllung bestimmter Bedingungen geknüpft ist (vgl § 8 Abs 1 Z 3 und 4 iVm §§ 45 bzw 48).¹⁷⁹

Die AT Daueraufenthalt – EG und Daueraufenthalt – Familienangehöriger gelten zwar als unbefristet (§ 20 Abs 1), die Gültigkeit der Aufenthaltskarte ist jedoch auf 5 Jahre befristet. Dafür besteht im Verlängerungsfall bei Erfüllung der Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf neuerliche Erteilung (§ 24 Abs 4).

Der AT **Daueraufenthalt – EG** (§ 45) kann nach fünfjähriger rechtmäßiger und ununterbrochener Niederlassung erteilt werden, wenn die Integrationsvereinbarung erfolgreich erfüllt wurde und die allgemeinen Voraussetzungen des § 11 erfüllt werden. Die Fünfjahres-Frist wird durch länger als sechs Monate dauernden durchgehenden oder insgesamt zehnmonatigen Aufenthalt im Ausland unterbrochen, es sei denn, der Aufenthalt (von insgesamt bis zu 24 Monate) war durch besonders berücksichtigungswürdige Gründe gerechtfertigt (§ 45 Abs 2 und 3). In diesem Fall muss die Behörde davon in Kenntnis gesetzt werden. Der unbeschränkte Arbeitsmarktzugang ergibt sich aus § 17 Abs 1 Z 2 AuslBG.

Es wird hier ausdrücklich auf das Vorliegen einer Niederlassung abgestellt; im Anschluss an eine Aufenthaltsbewilligung lässt sich der AT Daueraufenthalt – EG nicht erlangen. Mit Art 45 sollte ua. Art 4 der RL 2003/109/EG umgesetzt werden. Art 4 Abs 2 dieser RL besagt, dass Studienzeiten, die der/die Drittstaatsangehörige in einem Mitgliedstaat verbracht hat, zumindest zur Hälfte in die Berechnung des fünfjährigen Aufenthalts einfließen müssen. Dies findet im NAG keinen Niederschlag. Insofern wurde die RL also nicht korrekt innerstaatlich umgesetzt, was bedeutet, dass eine Einzelperson sich unmittelbar darauf berufen könnte.¹⁸⁰

Der AT **Familienangehörige/r** (§ 47) ist für drittstaatsangehörige Mitglieder der Kernfamilie von (nicht freizügigkeitsberechtigten) ÖsterreicherInnen vorgesehen. Erfüllt der/die AntragswerberIn die allgemeinen Voraussetzungen des 1. Teiles des NAG, wird ihm/ihr der AT für eine Gültigkeitsdauer von 12 Monaten ausgestellt, im Verlängerungsfall für weitere 12 Monate, und danach jeweils für 24 Monate (Abs 2 leg cit). Nach fünf Jahren

¹⁷⁸ Vgl *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht. 101f

¹⁷⁹ Vgl *Abermann*: Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis. 47f

¹⁸⁰ Vgl *Ecker/Neuschwendtner*: Umsetzung der RL 2003/109/EG betr die Rechtsstellung langfristig aufenthaltsberechtigter im Fremdenrechtspaket 2005, in: *migraLex* 2006. 28f

ununterbrochenem Aufenthalt (s. Ausführungen zur Fristunterbrechung oben) kann der AT **Daueraufenthalt – Familienangehörige/r** (§ 48) erteilt werden. Voraussetzungen dafür sind wiederum die Erfüllung der § 11 – Kriterien, der Integrationsvereinbarung und betreffend den/die EhegattIn eine mindestens zwei Jahre aufrechte Ehe.

Ein Unterschied zum Kernfamilienbegriff der RL 2004/38/EG zu jenem des NAG ergibt sich insofern, als das NAG Lebenspartner, mit denen eine eingetragene Partnerschaft besteht, die in einem Drittstaat geschlossen wurde, nicht mitumfasst. Sie zählen vielmehr zum Kreis der Angehörigen und sind somit schlechter gestellt als Familienangehörige von EWR-BürgerInnen (s. oben Kapitel D.II.). Es ist zu bezweifeln, ob die Verwirklichung eines Freizügigkeitstatbestandes (bzw seit dem FrÄG die Inanspruchnahme des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts) diese Differenzierung in Bezug auf die Aufenthaltsqualität von Familienangehörigen sachlich rechtfertigen kann.¹⁸¹

6. Verlust von Aufenthaltstiteln

Ein AT kann durch Ungültigkeit, Gegenstandslosigkeit, Erlöschen, Untergang, Entziehung und Rückstufung verloren werden. Ungültige und gegenstandslose AT sind der Behörde zurückzustellen (§ 10 Abs 5), die Nichtbefolgung dieser Bestimmung wird mit einer Verwaltungsstrafe von bis zu 250 €geahndet (§ 77 Abs 1 Z 2).

Ungültig wird ein AT einerseits bei Vorliegen eines rechtskräftigen und durchsetzbaren Aufenthaltsverbots oder einer Ausweisung (§ 10 Abs 1); andererseits auch, wenn die Behörde mit Bescheid festgestellt hat, dass der/die Fremde nicht oder nicht mehr in Österreich niedergelassen ist, mit Ausnahme für Halter eines AT Daueraufenthalt – EG bzw Daueraufenthalt – Familienangehöriger (Abs 2 leg cit). Diese AT **erlöschen**, wenn sich der/die Fremde länger als 12 Monate außerhalb des EWR-Raumes¹⁸² aufhält (§ 20 Abs 4). Sofern die Behörde zuvor davon notifiziert wird, kann diese Frist auf 24 Monate verlängert werden, wenn besonders berücksichtigungswürdige Gründe vorliegen (das Gesetz führt hier demonstrativ die Erfüllung einer sozialen Verpflichtung, schwere Krankheit, Wehr- oder Zivildienst auf). Ex lege-Rechtswirkung des Erlöschens eines AT ist das Fehlen des Einreise- und Aufenthaltsrechts des/der Betroffenen.¹⁸³

¹⁸¹ Vgl *Abermann*: Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis. 45

¹⁸² Hierzu ist zu bemerken, dass zB auch die französischen Überseegebiete wie Guadeloupe und Martinique zum EWR-Raum zählen.

¹⁸³ *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht. 70

Gegenstandslos werden AT etwa, wenn im Verlängerungs- oder Zweckänderungsfall ein neuer AT mit überschneidender Gültigkeitsdauer erteilt wird; wenn der/die Fremde die österreichische Staatsbürgerschaft verliehen bekommt (bzw jene eines anderen EWR-Staates); wenn ein AT Daueraufenthalt – EG eines anderen Mitgliedstaates erteilt wird; sowie wenn der/die InhaberIn eines AT Daueraufenthalt – EG oder – Familienangehörige/r seine Niederlassung in Österreich seit sechs Jahren aufgegeben hat (§ 10 Abs 3).

Vor dem FrÄG 2009 **ging ein AT unter**, wenn der/die Fremde ein abgeleitetes Niederlassungsrecht hatte und eine Frist von fünf Jahren bei Eintreten des Tatbestandes,¹⁸⁴ der den Verlust der NB zur Folge hatte, noch nicht verstrichen war (§ 27 Abs 1 alt) – es sei denn, der/die Fremde erfüllte zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für eine NB aus eigener Kraft. Mit der Novelle entfiel diese Abhängigkeit, Familienangehörige mit NB haben nunmehr ein eigenständiges Niederlassungsrecht (§ 27 Abs 1 neu), sofern kein Erteilungshindernis besteht und die Voraussetzungen des § 11 Abs 2 erfüllt werden.

Rückstufung bedeutet, dass Inhabern eines AT Daueraufenthalt – EG oder Daueraufenthalt – Familienangehöriger dieser per Bescheid entzogen werden kann, wenn die Voraussetzungen für die Erlassung eines Aufenthaltsverbots oder einer Ausweisung gem §§ 56 bzw 60 FPG zwar vorliegen, diese jedoch aufgrund des Art 8 EMRK nicht durchsetzbar sind (§ 28 Abs 1 NAG iVm § 66 FPG). Diesen Personen wird eine auf 12 Monate befristete NB – unbeschränkt erteilt, womit der Verlust der EU-Mobilität des Betroffenen einher geht. Die Behörde hat dadurch die Möglichkeit, periodisch zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsverbot bzw eine Ausweisung inzwischen gegeben sind.

Entzogen kann ein AT werden, wenn gegen den/die InhaberIn ein rechtskräftiges, durchsetzbares Aufenthaltsverbot eines anderen EWR-Staates vorliegt, „der mit einer akuten Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder nationale Sicherheit begründet wird“ (§ 28 Abs 2). Hierbei ist auf die Art 2 und 3 EMRK sowie auf das 6. und das 13. ZPEMRK (Abschaffung der Todesstrafe) bedacht zu nehmen (§ 28 Abs 3). Eine Entziehung ist weiters nur zu den in Abs 2 des Art 8 EMRK genannten Zielen zulässig (§ 28 Abs 4); zu diesen im Detail siehe Kapitel E.

¹⁸⁴ Wie etwa bei Scheidung oder bei Verlust der NB des/der Zusammenführenden

7. Aufenthaltsbeendigung

Die Aufenthaltsbeendigung ist ein Bereich, der hauptsächlich durch das Fremdenpolizeigesetz geregelt wird. Es ist zu unterscheiden zwischen der **Ausweisung** durch Bescheid, also der Entscheidung, dass ein/e Fremde/r Österreich verlassen muss; der tatsächlichen **Abschiebung**, sollte dem Ausweisungsbescheid nicht freiwillig Folge geleistet werden; und dem **Aufenthaltsverbot**, das in bestimmten Fällen verhängt werden kann.¹⁸⁵ Gegen eine/n Drittstaatsangehörige/n kann zwar ein Ausweisungsbescheid erlassen werden, dies heißt aber noch nicht, dass eine Abschiebung auch tatsächlich durchsetzbar oder zulässig ist.

a) Ausweisung (§§ 53 – 59 FPG)

Ausgewiesen werden können (unter bestimmten Umständen) Personen mit oder ohne gültigen AT, EWR-BürgerInnen oder Drittstaatsangehörige, AsylwerberInnen und subsidiär Schutzberechtigte, jedoch niemals österreichische StaatsbürgerInnen (Art 3 Abs 1 des 4. ZP EMRK)¹⁸⁶. Prinzipiell kann gegen jede/n Fremde/n ein Ausweisungsbescheid erlassen werden, der/die sich nicht rechtmäßig in Österreich aufhält (§ 53 Abs 1 FPG), also über keinen gültigen AT (mehr) verfügt bzw die sichtvermerksfreie Zeit überschritten hat.

Aber auch Fremde, die einen aufrechten AT besitzen, sind davor nicht gefeit. Sie können ausgewiesen werden, wenn nachträglich eine Erteilungsvoraussetzung nicht mehr erfüllt wird oder der Erteilung eines AT im Verlängerungsfall ein Versagungsgrund entgegensteht (§ 54 Abs 1 FPG), oder wenn die Voraussetzungen für die NB aufgrund Familiennachzugs weggefallen sind und die erforderlichen Voraussetzung für eine weitere NB nicht gegeben sind (vgl § 27 NAG). Fremde sind auszuweisen, wenn sie innerhalb der ersten 12 Monate ihrer NB mehr als vier Monate keiner erlaubten Tätigkeit nachgegangen sind (§ 54 Abs 2 FPG) oder bei Niederlassung zwischen einem und fünf Jahren über 12 Monate lang nicht legal gearbeitet haben (wegen „gescheiterter Integration am Arbeitsmarkt“¹⁸⁷, Abs 5 leg cit); oder wenn sie die Integrationsvereinbarung nach 5 Jahren nicht erfüllt haben bzw nach drei Jahren Aufenthalt noch nicht damit begonnen haben (Abs 4 leg cit).

Wenn dadurch in das Privat- bzw Familienleben des/der Fremden eingegriffen würde, so ist eine Ausweisung jedoch nur dann zulässig, wenn diese zur Erreichung der in Art 8 EMRK genannten Ziele geboten ist (§ 66 FPG). Das „Abwägungsgebot zwischen dem öffentlichen Interesse an der Beendigung des Aufenthalts einerseits und den persönlichen Interessen des

¹⁸⁵ Vgl hierzu und in Folge *Schumacher/Peyrl*: Fremdenrecht². 283 f

¹⁸⁶ Vgl *Kucsko-Stadlmayer/Mayer/Walter*: Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts. 682

¹⁸⁷ *Feik*: Fremdenrecht. In: *Bachmann et al.*: Besonderes Verwaltungsrecht⁷. 98

Fremden und seiner Familie an der Fortdauer des Aufenthalts“¹⁸⁸ auf der anderen Seite entspricht jenem des § 11 Abs 3 NAG (s. Ausführungen oben). Über die Zulässigkeit bzw (dauerhafte) Unzulässigkeit der Ausweisung ist seitens der Behörde jedenfalls begründet abzusprechen (§ 66 Abs 3 FPG).

b) Aufenthaltsverbot

Ein Aufenthaltsverbot kann erlassen werden, wenn Aufenthalt des/der Fremden die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet, oder anderen im Art 8 Abs 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen widerspricht (§ 60 Abs 1). Es folgt in Abs 2 leg cit ein ganzer Katalog an demonstrativen Tatsachen, die ein Aufenthaltsverbot rechtfertigen. Wichtig ist jedoch die explizite Erwähnung, dass die Interessensabwägung gem § 66 FPG in Bezug auf das Recht auf Privat- und Familienleben des/der Betroffenen stattfinden muss. Es ist eine einzelfallbezogene, begründete Prognoseentscheidung notwendig.¹⁸⁹

c) Aufenthaltsverfestigung

Eine gewisse Rechtssicherheit für Fremde, die eine Niederlassungsbewilligung innehaben, bietet § 55 FPG: die Aufenthaltsverfestigung. Wer zwischen fünf und acht Jahren **rechtmäßig und ununterbrochen** in Österreich niedergelassen war, darf mangels Unterhalt, Krankenversicherung bzw Unterkunft (s. § 11 NAG) nicht ausgewiesen werden (§ 55 Abs 1 FPG). Wer zwischen acht und zehn Jahren niedergelassen war, darf nur wegen einer rechtskräftigen Verurteilung und Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ausgewiesen werden (Abs 2 leg cit). Wer bereits mehr als zehn Jahre niedergelassen war, darf wegen eines Versagungsgrunds gar nicht mehr ausgewiesen werden, ausgenommen bei Verurteilung wegen Schlepperei, Beihilfe zu unbefugtem Aufenthalt, Eingehen/Vermittlung von Aufenthaltsehen oder bestimmten Verstößen gegen das Suchtmittelgesetz (Abs 3 leg cit). „Fremde, die von klein auf im Inland aufgewachsen und hier langjährig¹⁹⁰ rechtmäßig niedergelassen sind, dürfen (...) nicht ausgewiesen werden“ (Abs 4 leg cit).

¹⁸⁸ Feik: Fremdenrecht. In: *Bachmann et al.: Besonderes Verwaltungsrecht*⁷. 99

¹⁸⁹ Vgl VfSlg 10737/1985

¹⁹⁰ Jedenfalls langjährig niedergelassen bedeutet, dass der/die Fremde die Hälfte seines/ihres Lebens in Österreich verbracht hat.

Auch Inhabern eines gemeinschaftsrechtlichen Daueraufenthaltsrechtstitels¹⁹¹ (AT Daueraufenthalt – EG bzw Daueraufenthalt – Familienangehörige/r) kommt ein besonderer Schutz zu; sie dürfen nur ausgewiesen werden, wenn „ihr weiterer Aufenthalt eine schwere¹⁹² Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellen würde“ (§ 56 FPG).

¹⁹¹ Vgl *Feik*: Fremdenrecht. In: *Bachmann et al.*: Besonderes Verwaltungsrecht⁷. 99

¹⁹² zB Schlepperei, Beihilfe zu unbefugtem Aufenthalt, Eingehen/Vermittlung von Aufenthaltserlaubnissen oder bestimmten Verstößen gegen das Suchtmittelgesetz (demonstrativer Katalog siehe § 56 Abs 2 FPG).

E. Judikatur zu Artikel 8 EMRK

I. *Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte*

Das von Art 8 EMRK geschützte Recht auf Privat- und Familienleben wird von der EMRK selbst nicht näher definiert und musste somit vom EGMR in seiner Judikatur erst konkretisiert werden.¹⁹³ Es war nicht von vorn herein ersichtlich, dass die Rsp sich in die Richtung bewegen würde, dass Art 8 auch das Aufenthaltsrecht von Fremden in einem der Konventionsstaaten und die Zulässigkeit von Ausweisungsentscheidungen beeinflussen würde.¹⁹⁴ Das Recht der Staaten, souverän darüber zu entscheiden, wer in ihr Hoheitsgebiet einreisen darf und wem das Aufenthaltsrecht verweigert wird, ist ein grundlegendes völkerrechtliches Prinzip.¹⁹⁵ Der Gerichtshof anerkennt dies in seiner st Rsp, betont jedoch, dass die Konventionsstaaten nicht vollkommen autonom bei dieser Entscheidung sind, sondern allenfalls auf ein schützenswertes Privat- bzw. Familienleben des Einzelnen Rücksicht nehmen und eine Interessensabwägung vornehmen müssen.¹⁹⁶

Aus diesen Beweggründen hat die Interessensabwägung Eingang in das österreichische Fremdenrecht genommen und ist seit 1.4.2009 sogar mit explizit aufgelisteten, von der Behörde zu prüfenden Kriterien im NAG, FPG und AsylG verankert (s. oben Kapitel D.III.).

1. Definition „Familienleben“

Grundrechtsträger können für ein Recht auf Familienleben klarerweise nur natürliche Personen sein.¹⁹⁷ Der Schutzbereich des Grundrechts umfasst jedenfalls die Kernfamilie (Vater, Mutter und Kinder), wurde vom EGMR jedoch so weit ausgelegt, dass auch die Beziehung von Ehegatten bzw Kindern untereinander umfasst sind sowie unter bestimmten Umständen auch weitere Verwandte wie Großeltern, Onkel und Tanten, soweit eine Nahebeziehung tatsächlich besteht.¹⁹⁸

Das Recht auf Achtung des Familienlebens setzt das Bestehen einer solchen zum Beurteilungszeitpunkt (etwa zum Zeitpunkt der Erlassung einer Ausweisungsentscheidung) voraus.¹⁹⁹ Auf eine nachträgliche Familiengründung kann man sich generell nicht stützen.

¹⁹³ Vgl *Sander*: Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der EMRK. 51

¹⁹⁴ Vgl *Davy, Ulrike (Hg)*: Die Integration von Einwanderern. 56

¹⁹⁵ Vgl EGMR 1.12.2005, *Tuquabo-Tekle u.a. gg. Niederlande*, Nr. 60665/00, § 43

¹⁹⁶ Vgl EKMR, Entsch. vom 30.6.1959, *X gg. Schweden*, Yearbook II (1958-1959)

¹⁹⁷ Vgl *Kucsko-Stadlmayer/Mayer/Walter*: Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts. 694

¹⁹⁸ Vgl EGMR 13.6.1979, *Marckx gg. Belgien*, Nr. 6833/74

¹⁹⁹ *Ibid.*

Die Ausweisung einer ganzen Familie mit fremder Staatsangehörigkeit stellt keinen Eingriff in deren Familienleben dar,²⁰⁰ könnte jedoch eine Verletzung ihres Rechts auf Privatleben bedeuten, da die Ausweisung niedergelassener Migranten immer einen Eingriff in ihr Privatleben darstellt, unabhängig davon, ob weitere Familienbindungen im Gaststaat vorhanden sind oder nicht.²⁰¹ In einem solchen Fall würde es also auf die genaueren Umstände der Familie wie zB bisherige Aufenthaltsdauer, Grad der Integration, etc. ankommen. Auch der Gesundheitszustand des Auszuweisenden spielt eine Rolle bei der Beurteilung.²⁰² Hat der/die BeschwerdeführerIn die Möglichkeit gehabt, im Aufenthaltsstaat um die Staatsbürgerschaft anzusuchen und diese nicht wahrgenommen, so wertet der Gerichtshof dies als mangelndes Interesse am Verbleib in diesem Staat, was sich nachteilig für den/die Betroffene/n auswirken kann.²⁰³

a) Ehe

In seiner Leitentscheidung *Abdulaziz, Cabales und Balkandali*²⁰⁴ stellte der EGMR fest, dass das Familienleben gem Art 8 EMRK jedenfalls eine „rechtmäßige und echte“ Ehe²⁰⁵ umfasst, auch wenn eine tatsächliche eheliche Lebensgemeinschaft noch nicht vollständig begründet ist, etwa weil ein Partner sich noch im Ausland befindet. Ein Recht auf Einreise in einen Konventionsstaat, um eine Ehe zu schließen, kann jedoch weder aus Art 8 noch aus Art 12 EMRK abgeleitet werden.²⁰⁶

Im oz. Fall ging es um drei Ausländerinnen mit unbefristetem Aufenthaltsrecht im Vereinigten Königreich, deren Ehemännern von Seiten der britischen Einwanderungsbehörde die Erteilung von Aufenthaltstiteln verweigert wurde.

Zwei der Männer befanden sich bereits auf britischem Hoheitsgebiet, wo die Ehe nach dortigem Recht auch geschlossen wurde. Der dritte Ehemann befand sich noch im Ausland und reiste erst Jahre nach der Heirat mittels Visum ein, da die Ehe, welche nach philippinischem Ritus geschlossen worden war, von den britischen Behörden nicht anerkannt wurde. Der EGMR meinte dazu, dass der bloße Glaube, verheiratet zu sein verbunden mit dem echten Wunsch, gemeinsam zu wohnen und ein normales Familienleben zu führen, zu einer Anwendbarkeit von Art 8 EMRK führt. Es wird also grds. nicht auf die Gültigkeit der

²⁰⁰ Vgl EGMR 9.10.2003, *Slivenko gg. Lettland*, Nr. 48321/99

²⁰¹ EGMR 18.10.2006, *Üner gg. Niederlande*, Nr. 46410/99

²⁰² Vgl EGMR 6.2.2001, *Bensaid gg. UK*, Nr. 44599/98

²⁰³ Vgl EGMR 28.6.2007, *Kaya gg. Deutschland*, Nr. 31753/02, § 64

²⁰⁴ EGMR 28.5.1985, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali gg. UK*, Nr. 9214/80; 9473/81; 9474/81

²⁰⁵ „a lawful and genuine marriage“

²⁰⁶ Vgl EGMR 11.7.2006, *Savoia und Bounegru gg. Italien*, Nr. 8407/05; EGMR 11.7.2006, *Walter gg. Italien*, Nr. 18059/06

Ehe nach nationalem Recht abgestellt, um ein schützenswertes Familienleben anzunehmen, sondern auf die inneren Beweggründe der Eheleute sowie die Gültigkeit der Eheschließung im Herkunftsstaat. Dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft der Ehe absolut gleichgestellt ist, darf daraus jedoch nicht geschlossen werden.²⁰⁷

Das rechtmäßige Bestehen einer Ehe wird idR vom Gerichtshof nicht weiter geprüft, es sei denn, dies erscheint durch das Parteivorbringen fragwürdig.²⁰⁸ Das Familienleben von Ehepartnern endet mit der Aufgabe der ehelichen Lebensgemeinschaft bzw endgültig mit der Scheidung.²⁰⁹

b) Scheinehe

Fälle, in denen die Ehepartner nicht den Willen oder die Absicht haben, eine eheliche Lebensgemeinschaft zu führen, sondern sich vorrangig deshalb verehelicht haben, um einen Aufenthaltstitel zu erlangen, sind nicht von Art 8 EMRK geschützt.²¹⁰ Dies ergibt sich *e contrario* auch aus dem zur Ehe Gesagten. Das Nichtbestehen einer Absicht nachzuweisen, erweist sich in der Praxis jedoch als äußerst schwierig. Fälle, in denen wegen Scheinehe das Bestehen eines Familienlebens verneint wurde, kamen in den Fällen vor dem EGMR bisher äußerst selten vor.²¹¹

c) Lebensgemeinschaft

Für die Anerkennung einer Lebensgemeinschaft als geschützte Form des Familienlebens müssen die Partner zwar grundsätzlich zusammenleben; ausnahmsweise können aber auch andere Tatsachen genügen, um *de facto*-Familienbindungen darzulegen, wie etwa gemeinsame Kinder.²¹² Aber auch weitere Faktoren, wie die Dauer der Beziehung und die Intensität der Bindung, können ausschlaggebend sein.²¹³

Da sowohl das NAG als auch das FPG nur Ehegatten als Familienangehörige definiert (§ 2 Abs 1 Z 9 NAG bzw § 2 Abs 4 Z 12), ist dies im Vergleich zur weiter reichenden Definition des EGMR zu eng gefasst, denn auch LebensgefährtenInnen genießen unter

²⁰⁷ Vgl Frowein/Peukert: Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar². 347

²⁰⁸ Vgl Sander: Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der EMRK. 51f

²⁰⁹ Vgl Sander: Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der EMRK. 55

²¹⁰ Vgl Davy, Ulrike (Hg): Die Integration von Einwanderern. 86

²¹¹ Vgl EKMR, Entsch. vom 16.1.1996, *Yavuz gg. Österreich*, Nr. 25050/94; Entsch. vom 14.12.1988, *Khanam gg. UK*, Nr. 14112/88

²¹² EGMR 27.10.1994, *Kroon u.a. gg. Niederlande*, Nr. 18535/91: „Although, as a rule, living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto "family ties"; such is the case here, as since 1987 four children have been born to Mrs Kroon and Mr Zerrouk.“

²¹³ Vgl Sander: Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der EMRK. 61f

bestimmten Umständen den Schutz des Art 8 EMRK. In diesem Punkt ist das österreichische Fremdenrecht nicht menschenrechtskonform. Die Verwaltungsbehörden müssen zwar beim Fehlen von Voraussetzungen für die Erteilung eines AT (§ 11 Abs 3 NAG) bzw bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Ausweisung bzw eines Aufenthaltsverbotes (§ 60 Abs 1 bzw § 66 Abs 1 FPG) ua. beurteilen, ob ein schutzwürdiges Privat- und Familienleben gegeben ist. Halten sie sich jedoch konsequent an die Begriffsdefinitionen des NAG bzw FPG, so scheiden Lebensgemeinschaften von vorn herein aus. Die Behörden hätten jedoch die Judikatur des EGMR zur Auslegung der Begriffe „Privatleben“ bzw „Familienleben“ zu berücksichtigen, was wiederum eindeutig über den Gesetzeswortlaut hinausginge und sich somit die Frage der Zulässigkeit und Rechtmäßigkeit einer solchen Vorgehensweise aufwirft. Eine Erweiterung der Definition von „Familienangehörigen“ in den erwähnten Paragraphen des NAG und FPG wäre daher geboten.

2. Definition „Privatleben“

Das Recht auf Privatleben umfasst zwischenmenschliche Beziehungen, die über die Familiengrenzen hinausreichen.²¹⁴ Das Privatleben ist eine Art Auffangbecken für Sachverhalte, die sich nicht unter „Familienleben“ subsumieren lassen, jedoch enge persönliche Bindungen aufweisen. Wie bereits oben erwähnt, hat der EGMR im Fall Üner festgehalten, dass die Ausweisung eines/r niedergelassenen MigrantIn immer einen Eingriff in sein/ihr Privatleben darstellt, unabhängig von Familienbindungen im Gaststaat.²¹⁵ „Die Gesamtheit der sozialen Bindungen zwischen niedergelassenen Migranten und der Gesellschaft, in der sie leben, bilden Teil des Konzepts des ‚Privatlebens‘“.²¹⁶ Artikel 8 „schützt auch das Recht, Beziehungen mit anderen Menschen und der Außenwelt aufzunehmen (...), und kann manchmal Aspekte der sozialen Identität eines Individuums umfassen“.²¹⁷ Der Gerichtshof räumt den Konventionsstaaten im Allgemeinen jedoch einen größeren Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Privatleben ein, besonders wenn es um den Schutz der öffentlichen Sicherheit geht.²¹⁸

²¹⁴ Vgl *Grabenwarter*: Europäische Menschenrechtskonvention³. 196

²¹⁵ EGMR 18.10.2006, *Üner gg. Niederlande*, Nr. 46410/99, § 59

²¹⁶ *Ibid.* § 59

²¹⁷ *Ibid.* § 59

²¹⁸ Vgl *Grabenwarter*: Europäische Menschenrechtskonvention³. 209f

Homosexuelle Partnerschaften werden derzeit vom Gerichtshof noch nicht unter den Begriff Familienleben subsumiert,²¹⁹ unter bestimmten Umständen jedoch unter „Privatleben“. Der EGMR betont in st Rsp, dass die Konvention ein „lebendiges Instrument“ ist, welches „im Lichte der gegenwärtigen Bedingungen interpretiert“ werden muss.²²⁰ Dem Trend folgend, dass immer mehr Konventionsstaaten eingetragene Partnerschaften für homosexuelle Paare ermöglichen (zB Spanien, Frankreich und die Niederlande und seit kurzem auch Österreich)²²¹, wird der Gerichtshof in naher Zukunft konsequenterweise von seiner Rsp abgehen müssen.

Die österreichische Regierung hat jüngst den Schritt gewagt und ein Gesetz verabschiedet, welches homosexuellen Paaren erlaubt, eine „eingetragene Partnerschaft“ einzugehen.²²² Eine vollkommene Gleichstellung mit dem Institut der Ehe bietet dieses Gesetz zwar nicht, es stellt jedoch einen Schritt in die richtige Richtung dar. Adoptionen bleiben gleichgeschlechtlichen Paaren in Österreich weiterhin verwehrt.

Die Einführung einer eingetragenen Partnerschaft für homosexuelle Paare in Österreich bedeutet zwar nicht, dass diese Verbindungen in Zukunft unter den Begriff „Familienleben“ fallen, da auch der EGMR diese (noch) nicht darunter subsumiert. Das Vorliegen einer eingetragenen Partnerschaft kann jedoch als starkes Indiz dafür gewertet werden, dass zwischen zwei Personen eine schützenswerte Bindung im Sinne des Art 8 EMRK besteht.

3. Gesetzliche Grundlage des Eingriffs

Wie bereits erwähnt muss ein Eingriff in Art 8 EMRK auf einer gesetzlichen Grundlage basieren, ansonsten ist er ohne weitere Prüfung der Rechtfertigungsgründe rechtswidrig. „Gesetzlich“ bezieht sich nicht nur auf Gesetze im formellen Sinn, sondern umfasst zB auch Verordnungen.²²³ Wichtig ist, dass die Rechtsnorm, auf die der Eingriff in Art 8 gestützt wird, auf einen parlamentarischen Beschluss rückführbar ist, dem Einzelnen zugänglich sowie

²¹⁹ Vgl EKMR 14.5.1986, S. gg. UK, Nr. 11716/85

²²⁰ Vgl ua. EGMR 18.2.1999, *Matthews gg. UK*, Nr. 24833/94: „the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions“.

²²¹ Genau genommen ist es nur eine (politische) Frage des „Goodwill“ der Konventionsstaaten, homosexuelle Partnerschaften als Familie anzuerkennen und ihnen zumindest eine eingetragene Partnerschaft zu ermöglichen, denn den Schutz des Art 8 EMRK genießen sie bereits jetzt durch das Recht auf Privatleben. Es wäre ein positives Zeichen, welches niemandem zum Nachteil gereichen würde und homosexuellen Menschen etwas an Anerkennung und Normalität geben würde. Insofern ist das neue österreichische „Eingetragene Partnerschaft-Gesetz“ (EPG) zu begrüßen, auch wenn es von vielen Seiten (berechtigterweise) als nicht weitreichend genug kritisiert wurde.

²²² Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG), BGBl I Nr. 135/2009

²²³ Vgl *Grabenwarter: Europäische Menschenrechtskonvention*³. 112

hinreichend bestimmt ist.²²⁴ Räumt das Gesetz den vollziehenden Behörden einen Ermessensspielraum ein, so muss dieser für das Individuum abschätzbar sein.²²⁵

Die von Art 8 Abs 2 geforderte gesetzliche Grundlage für Eingriffe findet sich im österreichischen Recht in § 66 Abs 1 FPG: „Würde durch eine Ausweisung in das Recht auf Privat- und Familienleben des Fremden eingegriffen, so ist die Ausweisung zulässig, wenn dies zur Erreichung der im Art 8 Abs 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist.“ Dasselbe gilt auch für die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes (§ 60 Abs 1 Z 2 FPG), hier wird die Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in Z 1 *leg cit* explizit angeführt.

Da die gesetzliche Grundlage für Eingriffe in Art 8 EMRK gegeben ist und seit 1.4.2009 auch die Kriterien der Interessensabwägung *expressis verbis* in das NAG bzw FPG aufgenommen worden sind, besteht diesbezüglich Menschenrechtskonformität. Es kommt hier jedoch besonders auf die Gesetzesauslegung und -anwendung der Verwaltungsbehörden an, welche sich an der Judikatur des EGMR (und auch jener des VfGH bzw VwGH, s. unten) zu orientieren haben, um Bescheide zu erlassen, die mit Art 8 EMRK in Einklang stehen.

4. Urteile zur Einreise von Fremden

Ein Recht auf Familienzusammenführung bzw auf freie Wahl des Aufenthaltsstaates für Ehepaare wurde vom EGMR zwar verneint, kann jedoch unter bestimmten Umständen geboten sein („positive obligation“ des Vertragsstaats):²²⁶ „Der Gerichtshof erinnert, dass obwohl das Ziel von Art 8 der Schutz des Individuums vor willkürlichen Eingriffen der staatlichen Behörden ist, es den Staat nicht bloß dazu verpflichtet solche Eingriffe zu unterlassen: Zusätzlich zu dieser primär negativen Verpflichtung können auch positive Verpflichtungen der effektiven Achtung des Privat- und Familienlebens inhärent sein.“²²⁷ Es ist jedoch nicht möglich, eine genaue Abgrenzung der negativen Unterlassungspflichten und der positiven Handlungspflichten vorzunehmen.²²⁸ Es muss vielmehr in beiden Fällen zwischen den Interessen des Einzelnen und jenen des Staates bzw der Gemeinschaft abgewogen werden, wobei den Konventionsstaaten ein gewisser Ermessensspielraum zukommt.²²⁹

²²⁴ Vgl *Grabenwarter*: Europäische Menschenrechtskonvention³. 113

²²⁵ Vgl *Villiger*: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)². 347

²²⁶ Vgl *Grabenwarter*: Europäische Menschenrechtskonvention³. 124

²²⁷ EGMR 26.3.1985, *X. und Y. gg. Niederlande*, Nr. 8978/80; vgl unter vielen auch EGMR 9.10.1979, *Airey gg. Irland*, Nr. 6289/73; EGMR 13.6.1979, *Marckx gg. Belgien*, Nr. 6833/74

²²⁸ Vgl *Meyer-Ladewig*: Europäische Menschenrechtskonvention - Handkommentar². 159

²²⁹ *Ibid.*

Unter die positiven Verpflichtungen fällt im Übrigen auch, Fremden zur Aufrechterhaltung ihres Familienlebens nicht nur eine Duldung im Konventionsstaat zuzubilligen, sondern ihnen auch einen rechtlich abgesicherten Aufenthaltsstatus zu erteilen, sodass sie nicht in der Angst leben müssen, jederzeit abgeschoben zu werden.²³⁰

Es stellt sich weiters die Frage der Anwendbarkeit der EMRK auf Drittstaatsangehörige, die ja verpflichtet sind, Anträge auf Aufenthalt in Österreich aus dem Ausland zu stellen (vgl. § 21 NAG, vgl. dazu oben Kapitel D.III.), da diese Personen *ratione loci* nicht der Jurisdiktion Österreichs unterworfen sind. Im Fall *Abdulaziz*²³¹ stellte der EGMR klar, dass „das Recht eines Fremden, in ein Land einzureisen oder in diesem zu bleiben, nicht als solches von der Konvention gewährleistet ist, jedoch muss die Einwanderungskontrolle im Einklang mit Konventionsverpflichtungen ausgeübt werden. Der Ausschluss einer Person aus einem Staat, in dem seine/ihre Familienmitglieder leben, kann in Widerspruch zu Art 8 EMRK stehen.“ Im ggst. Fall waren die Beschwerdeführer jedoch Ehefrauen, die sich bereits im Hoheitsgebiet des Vereinigten Königreichs befanden und denen der Familiennachzug ihrer Ehepartner verweigert wurde. Im Ergebnis wurde kein Verstoß gegen Art 8 allein festgestellt²³², da die Beschwerdeführerinnen nicht bewiesen hätten, dass ein Familienleben mit ihren Ehepartnern in deren jeweiligem Herkunftsland nicht möglich gewesen wäre. Auch war der Aufenthaltsstatus ihrer Ehemänner im Vereinigten Königreich im Zeitpunkt der Eheschließung ungewiss, daher hätten sie nicht automatisch damit rechnen dürfen, dass eine permanente Aufenthaltserlaubnis erteilt würde.

E contrario hieße das für Fälle, in denen

- ein gemeinsames Familienleben im Herkunftsstaat (aus welchen Gründen auch immer) nicht möglich ist,
 - zumindest einer der Ehepartner sich legal im Konventionsstaat aufhält bzw StaatsbürgerIn desselbigen ist und
 - zuvor ein gemeinsames Familienleben in einem anderen Staat geführt wurde,
- die Einreise für den/die andere/n EhepartnerIn grds. gestattet werden muss.

²³⁰ Vgl. *Sander*: Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der EMRK. 188

²³¹ EGMR 28.5.1985, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali gg. UK*, Nr. 9214/80; 9473/81; 9474/81

²³² Jedoch eine Verletzung aufgrund Art 14 iVm Art 8, da es für männliche Einwohner des Vereinigten Königreichs ungleich einfacher war, für seine ausländische Ehefrau eine Aufenthaltsbewilligung zu erlangen, als für weibliche (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts der Beschwerdeführerinnen).

Der/die AufenthaltsantragstellerIn muss wahrheitsgemäß deklarieren, welchen Einreise- bzw. Aufenthaltszweck er/sie verfolgt. Im Fall *Öztürk*²³³ stellte der EGMR klar, dass jemand, der gegenüber den Behörden falsche Angaben macht, sich prinzipiell nicht auf Art 8 EMRK berufen kann. Im ggst. Fall hatte der Beschwerdeführer von Anfang an die Absicht, sich dauerhaft in Österreich niederzulassen, beantragte jedoch bloß ein befristetes Visum und stellte im Inland dann einen Antrag auf Aufenthaltsgenehmigung. Er hatte zuvor seine gesamte Jugend in der Türkei bei Verwandten verbracht und sodann nach dem Schulabschluss beschlossen, zu seinen Eltern ziehen zu wollen. Der Gerichtshof führte aus, dass Beziehungen zwischen Erwachsenen ohne weitere Elemente der Abhängigkeit oder besonders enger Bindungen keinen Schutz unter Art 8 EMRK genießen würden. Der Beschwerdeführer hätte, dem österreichischen Fremdenrecht folgend, seinen Antrag auf Aufenthalt aus dem Ausland stellen müssen, anstatt die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen.

5. Zulässigkeit einer Ausweisung aufgrund Straffälligkeit

In jenen Fällen, bei denen es um einen Eingriff in das Recht auf Privat- oder Familienleben aufgrund einer Ausweisungsentscheidung bzw einer Verweigerung der Verlängerung des Aufenthaltsrechts eines Fremden in einem Konventionsstaat geht, kommt Art 8 als klassisches Abwehrrecht zum Tragen.

Vor allem Ausweisungsentscheidungen aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung des Beschwerdeführers beschäftigen den Gerichtshof.

In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage, ob eine Ausweisung nach dem Absitzen der Gefängnisstrafe nicht eine unzulässige Doppelbestrafung²³⁴ darstellen würde. Der EGMR vertritt dazu die Meinung, dass die Entscheidung eines Staates, eine Aufenthaltsbewilligung nicht zu verlängern bzw eine Ausweisung anzuordnen, eine rein administrative sei und daher vielmehr präventiver Natur als eine Bestrafung sei.²³⁵

Im Übrigen haben die Konventionsorgane festgestellt, dass ein Ausweisungsbescheid als solcher bzw die Entscheidung, einen Aufenthaltstitel zu verlängern, selbst noch keinen Eingriff in Art 8 EMRK darstellt, solange der Konventionsstaat „nichts unternimmt, um den Aufenthalt eines Ausländers tatsächlich zu beenden“.²³⁶

²³³ Vgl hierzu und in Folge EGMR 18.10.1995, *Öztürk gg. Österreich*, Nr. 26400/95

²³⁴ Prinzip *ne bis in idem*

²³⁵ Vgl EGMR 18.10.2006, *Üner gg. Niederlande*, Nr. 46410/99, § 56

²³⁶ *Sander*: Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der EMRK. 96

a) Die *Boultif*-Kriterien

Wie bereits unter Kapitel D.III. erwähnt, fanden diese Kriterien zur Interessensabwägung (gemeinsam mit Kriterien aus einer Reihe anderer EGMR-Entscheidungen) Eingang in die österreichischen Fremden Gesetze. Sie sind speziell auf Ausweisungsfälle von strafrechtlich verurteilten Fremden zugeschnitten.

Im Fall *Boultif gg. die Schweiz*²³⁷ ging es um einen algerischen Staatsbürger, der 1992 mittels Touristenvisum in die Schweiz einreiste und kurze Zeit später eine Schweizer Bürgerin heiratete. 1994 wurde er wegen unbefugtem Waffenbesitz, Raub und Sachbeschädigung zu zwei Jahren Haft verurteilt. Kurz nachdem er die Haftstrafe angetreten hatte, wurde ihm die Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung verweigert; Berufungen dagegen wurden mit der Begründung abgewiesen, dass nach Schweizer Recht die strafrechtliche Verurteilung eines Fremden aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eine Ausweisung rechtfertigt. Seine gute Führung im Gefängnis wurde nicht berücksichtigt. Auch führte das Schweizer Bundesgericht aus, dass es zwar nicht leicht für seine Frau sein würde, ihm nach Algerien zu folgen, dies jedoch nicht absolut unmöglich wäre; der Beschwerdeführer habe weiters noch enge Beziehungen zu seinem Heimatland.

Der Betroffene wandte sich daraufhin an den EGMR und behauptete, in seinem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens durch die Ausweisung aus der Schweiz und die damit verbundene Trennung von seiner Ehefrau verletzt zu sein.

Der EGMR führte in seinem Urteil aus, dass durch die Konvention „kein Recht eines Fremden auf Einreise oder Aufenthalt in ein bestimmtes Land“ garantiert würde. Die Ausweisung einer Person aus einem Land, in dem nahe Familienmitglieder leben, könne jedoch zu einem Widerspruch mit Art 8 EMRK führen. Die Verweigerung der Verlängerung des Aufenthaltstitels des Beschwerdeführers stellt einen Eingriff in das Recht auf Achtung seines Familienlebens dar, wenn nicht durch Abs 2 *leg cit* gedeckt. Es müsse also geprüft werden, ob dieser Eingriff auf einer gesetzlichen Grundlage, die ein oder mehrere legitime Ziele verfolgt, beruhe, und darüber hinaus notwendig in einer demokratischen Gesellschaft war.

Der Gerichtshof bejahte das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage, welche das legitime Ziel der „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ (Art 8 Abs 2 EMRK) verfolgte. Zur „Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft“ führte er aus, dass er sich berufen fühle, hierfür leitende Prinzipien zu entwickeln:²³⁸

²³⁷ Hierzu und in Folge: EGMR 2.8.2001, *Boultif gg. die Schweiz*, Nr. 54273/00

²³⁸ EGMR 2.8.2001, *Boultif gg. die Schweiz*, Nr. 54273/00, § 40

“The Court will consider

- the **nature and seriousness of the offence** committed by the applicant;
- the **length** of the applicant’s **stay** in the country from which he is going to be expelled;
- the **time elapsed** since the offence was committed as well as the applicant’s **conduct in that period**;
- the **nationalities** of the various persons concerned;
- the applicant’s **family situation**, such as the length of the marriage; and
- **other factors** expressing the effectiveness of a couple’s **family life**;
- whether the **spouse knew about** the offence at the time when he or she entered into a family relationship; and
- whether there are **children** in the marriage, and if so, their **age**.

Not least, the Court will also consider the seriousness of the **difficulties** which the spouse is likely to encounter in the **country of origin**, though the mere fact that a person might face certain difficulties in accompanying her or his spouse cannot in itself exclude an expulsion.”

Dementsprechend sieht es der EGMR als seine Aufgabe an, abzuschätzen, ob eine Ausweisungsentscheidung unter den jeweils gegebenen Umständen (Einzelfallabwägung!) eine „faire Balance“ zwischen dem Recht des Beschwerdeführers auf die Achtung seines Familienlebens und den Interessen des ausweisenden Staates an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit.²³⁹ Dabei kommen die oz. Kriterien in einzelfallabhängiger Gewichtung und Relevanz unterschiedlich stark zu tragen.

Im Fall *Boultif* kam der EGMR nach Prüfung aller Kriterien zu dem Schluss, dass eine Verletzung von Art 8 EMRK stattgefunden hat.

Der Gerichtshof betont immer wieder, dass die Interessensabwägung in Bezug auf den Zeitpunkt der Erlassung der Ausweisungsentscheidung stattfinden muss.²⁴⁰ Dies hatte zumal die paradoxe Folge, dass eine Ausweisung als EMRK-widrig beurteilt wurde, obwohl der Beschwerdeführer bereits geschieden und wieder in seinem Heimatland war.²⁴¹ Im Ergebnis ist dieser Ansatz jedoch als richtig und nachvollziehbar zu betrachten.

Die oz. Kriterien wurden spezifisch für den beschriebenen Fall entwickelt. Im zeitlich späteren Fall *Üner* fragte der Gerichtshof sich, ob die *Boultif*-Kriterien wohl umfangreich genug seien, um auf alle Fälle, in denen es um die Ausweisung Fremder nach einer strafrechtlichen Verurteilung geht, Anwendung zu finden.²⁴² Daher erweiterte er seinen Prüfungskatalog um die folgenden Aspekte (welche teils auch schon implizit im *Boultif*-Urteil enthalten waren):²⁴³

²³⁹ EGMR 11.7.2002, *Amroullahi gg. Dänemark*, Nr. 56811/00

²⁴⁰ Vgl ua. EGMR 29.1.1997, *Bouchelkia gg. Frankreich*, Nr. 23078/93

²⁴¹ Vgl EGMR 31.10.2002, *Yildiz gg. Österreich*, Nr. 37295/97, § 44

²⁴² EGMR 18.10.2006, *Üner gg. Niederlande*, Nr. 46410/99, § 59

²⁴³ *Ibid.* § 58

- das Kindeswohl; insbesondere wie groß die zu erwartenden Probleme der Kinder in jenem Land, in welches der Beschwerdeführer ausgewiesen werden soll, sein würden;
- die Stärke der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen mit dem Gastland auf der einen und dem Herkunftsstaat auf der anderen Seite.

Liegt kein Familienleben vor, so muss geprüft werden, ob die Ausweisung in das Recht auf Privatleben eingreifen würde.

b) Die wichtigsten Kriterien im Einzelnen

aa) *Art und Schwere der begangenen Straftat*

Als besonders gravierend werden vom Gerichtshof Delikte im Suchtmittelbereich²⁴⁴, Vergewaltigung²⁴⁵ und Delikte gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit²⁴⁶ bewertet. Der EGMR betonte etwa wiederholt, dass er „angesichts der verheerenden Folgen von Drogen auf das Leben von Menschen“ verstehe, „warum die Behörden ein entschlossenes Auftreten gegenüber jenen, die aktiv zur Verbreitung dieser Plage beitragen, zeigen“.²⁴⁷ Auch die Dauer der verhängten Strafe ist ein Indikator für den Gerichtshof.²⁴⁸

Im Fall einer Algerierin gewichtete der EGMR das Interesse des Staates an der Unterbindung des Handels mit Heroin schwerer als das Familienleben der Beschwerdeführerin.²⁴⁹ Diese hatte zwar die Hälfte ihres Lebens in Frankreich verbracht und war Mutter eines Kindes mit französischer Staatsbürgerschaft, hatte jedoch noch mehr oder weniger starke Bindungen zu ihrem Heimatland und war nicht verheiratet.

Im Fall *Amrollahi*²⁵⁰ hingegen wurde trotz der Verurteilung wegen Handels mit 450g Heroin die Ausweisung des Beschwerdeführers als menschenrechtswidrig erachtet, da seiner Frau und seinen Kindern eine Übersiedlung in den Iran nicht zumutbar war.

Die Ausweisung eines Algeriers, der im Alter von zwei Jahren nach Frankreich gekommen war und als 17-jähriger wegen schwerer Vergewaltigung und Diebstahl verurteilt wurde, befand der Gerichtshof für zulässig, da er seine Familie erst nachdem die

²⁴⁴ Vgl statt vieler EGMR 11.7.2002, *Amroullahi gg. Dänemark*, Nr. 56811/00

²⁴⁵ Vgl statt vieler EGMR 29.1.1997, *Bouchelkia gg. Frankreich*, Nr. 23078/93

²⁴⁶ Vgl statt vieler EGMR 18.10.2006, *Üner gg. Niederlande*, Nr. 46410/99

²⁴⁷ EGMR 19.2.1998, *Dalia gg. Frankreich*, Nr. 26102/95

²⁴⁸ Vgl statt vieler EGMR 26.9.1997, *El Boujaidi gg. Frankreich*, Nr. 25613/94

²⁴⁹ EGMR 19.2.1998, *Dalia gg. Frankreich*, Nr. 26102/95

²⁵⁰ Ibid.

Ausweisungsentscheidung erlassen wurde gegründet hatte.²⁵¹ Ist sich die betroffene Person ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst oder wurde ein Familienleben gar erst nach Erlassung der Ausweisungsentscheidung begründet, so kann sie sich grds. nicht auf Art 8 EMRK berufen.

bb) Bisherige Aufenthaltsdauer

Ein erhöhter Ausweisungsschutz kommt Einwanderern der zweiten oder dritten Generation zu, die schon von klein auf im Konventionsstaat aufhältig sind;²⁵² besonders wenn sie bereits im Gaststaat eine Familie gegründet haben bzw kaum oder gar keine sozialen und familiären Bindungen zu ihrem Herkunftsstaat mehr haben und der dort gesprochenen Sprache nicht mächtig sind.²⁵³ Der EGMR definiert einen Einwanderer der zweiten Generation als Person, die in dem Staat, aus dem sie abgeschoben werden soll, geboren worden ist oder dort einen Großteil ihres Lebens verbracht hat.²⁵⁴ Doch auch die Geburt in einem Konventionsstaat garantiert keine Immunität vor einer Abschiebung.²⁵⁵

cc) Gemeinsame Kinder

Wenn gemeinsame Kinder aus einer Ehe hervorgegangen sind und diese darüber hinaus einen überwiegenden Teil ihres Lebens im Konventionsstaat verbracht haben, so misst der Gerichtshof dieser Tatsache ein großes Gewicht in der Interessensabwägung zu. So wurde etwa eine Verletzung von Art 8 EMRK festgestellt durch die geplante Ausweisung eines Türken, der mit einer bereits langfristig in den Niederlanden niedergelassenen türkischen Staatsbürgerin verheiratet war und mit der er zwei Kinder hatte, obwohl er wegen dem Besitz von 52 kg Heroin (!) zu vier Jahren Haft verurteilt worden war.²⁵⁶ Der EGMR argumentierte, dass es besonders schwerwiegend sei, eine funktionierende Familie auseinander zu reißen; die Beschwerdeführer hatten bereits vor der Verurteilung ein Familienleben geführt, die Kinder haben ihr ganzes Leben in den Niederlanden verbracht und sprechen kein Türkisch (sondern nur Kurdisch), und der Betroffene hatte einen ordentlichen Lebenswandel gezeigt und sich seit seiner Entlassung aus dem Gefängnis nichts mehr zuschulden kommen lassen.

²⁵¹ EGMR 29.1.1997, *Bouchelkia gg. Frankreich*, Nr. 23078/93; mit ablehnendem Sondervotum von Richter Palm, der die Ausweisung als „absolut nicht verhältnismäßig“ befand, da Mutter, neun Brüder und inzwischen auch Frau und Kind des Beschwerdeführers in Frankreich lebten, er die vergangenen 18 Jahre seines Lebens dort verbracht und seine Strafe abgesessen hatte.

²⁵² Vgl statt vieler das rezente Urteil *Maslov gg. Österreich*, EGMR 23.6.2008, Nr. 1638/03

²⁵³ *Pflug*: Verletzung des Art 8 MRK durch ein Aufenthaltsverbot, in: *migraLex* 2008. 100

²⁵⁴ EGMR 31.10.2002, *Yildiz gg. Österreich*, Nr. 37295/97, § 43

²⁵⁵ Vgl EGMR 28.6.2007, *Kaya gg. Deutschland*, Nr. 31753/02, § 52

²⁵⁶ Vgl hierzu und in Folge EGMR 31.1.2006, *Sezen gg. Niederlande*, Nr. 50252/99

dd) Schwierigkeiten für den/die EhepartnerIn im Herkunftsland

Der Gerichtshof befand im Fall *Amroullahi* die Ausweisung eines straffälligen Iraners für unzulässig, da seiner Familie (Frau, Kinder und Stieftochter, alle dänische Staatsbürger) wegen den starken familiären Bindungen zu Dänemark ein gemeinsames Familienleben im Iran nicht zugemutet werden konnte.²⁵⁷ Seine Frau sei keine Muslimin, spreche kein Farzi und war noch nie im Iran gewesen, habe daher keinerlei Bindungen an das Land, argumentierte der EGMR. Eine Übersiedlung wäre zwar nicht vollkommen unmöglich, jedoch mit gravierenden Schwierigkeiten verbunden.

ee) Sonstiges

Hat der/die BeschwerdeführerIn die Möglichkeit gehabt, um die Staatsbürgerschaft des Aufenthaltsstaates anzusuchen und diese nicht wahrgenommen, so wertet der Gerichtshof dies als mangelndes Interesse daran, was sich nachteilig für den /die Betroffene/n auswirken kann.²⁵⁸ Auch der Gesundheitszustand des Auszuweisenden spielt eine Rolle bei der Beurteilung der Art 8-Konformität der Ausweisung.²⁵⁹

Wie bereits erwähnt, sind diese Kriterien in ähnlicher Form inzwischen in den Fremden Gesetzen festgeschrieben. Die angeführten Fallbeispiele geben einen Einblick in deren Auslegung in der Praxis, was wiederum relevant für die menschenrechtskonforme Rechtsauslegung und Rechtsanwendung durch die Verwaltungsbehörden ist.

6. Zulässigkeit einer Ausweisung aufgrund illegalen Aufenthalts

Nicht nur eine strafrechtliche Verurteilung kann zur Ausweisung eines/r Fremden führen, sondern auch dessen/deren illegaler Aufenthalt. Diesbezüglich hat der EGMR klar die Position bezogen, dass das Interesse der Konventionsstaaten, ein geregeltes Einwanderungswesen zu haben, legitim und gewichtig sei.²⁶⁰ Trotzdem müsse bei Fällen, die Familienleben und Immigration betreffen, eine Interessensabwägung vorgenommen werden, welche die Umstände der betroffenen Person wie auch das Allgemeininteresse beachtet.²⁶¹

²⁵⁷ Vgl hierzu und in Folge EGMR 11.7.2002, *Amroullahi gg. Dänemark*, Nr. 56811/00

²⁵⁸ Vgl EGMR 28.6.2007, *Kaya gg. Deutschland*, Nr. 31753/02, § 64

²⁵⁹ Vgl EGMR 6.2.2001, *Bensaid gg. UK*, Nr. 44599/98

²⁶⁰ Vgl statt vieler EGMR 24.11.1998, *Mitchell gg. UK*, Nr. 40447/98 (Zulässigkeitsentscheidung)

²⁶¹ Vgl EGMR 31.1.2006, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer gg. Niederlande*, Nr. 50.435/99, § 39

Im Fall *Rodrigues da Silva und Hoogkamer* führte der Gerichtshof aus, dass hierbei die folgenden Kriterien miteinbezogen werden müssen:²⁶²

- Ausmaß, in dem das Familienleben durch die Ausweisung gestört würde;
- bestehende Bindungen des/der Fremden zum Konventionsstaat;
- Hindernisse, die eines oder mehrere der Familienmitglieder im Herkunftsstaat uU erwarten würden;
- Gründe der Einwanderungskontrolle (zB ob bereits in der Vergangenheit gegen das Einwanderungsrecht verstoßen wurde) oder der öffentlichen Ordnung, die uU für eine Ausweisung sprechen;
- Bewusstsein über den illegalen Aufenthaltsstatus im Zeitpunkt der Familiengründung.

Vor allem dem letzten Punkt wird eine große Bedeutung zugemessen. In st Rsp hat der Gerichtshof festgehalten, dass nur unter außergewöhnlichen Umständen Art 8 der Ausweisung einer Person entgegenstehe, die sich ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst war, als sie geheiratet und eine Familie gegründet hat.²⁶³

Im Fall *Rodrigues da Silva und Hoogkamer*²⁶⁴ war dies der Fall. Die Beschwerdeführerin, eine Brasilianerin, hielt sich acht Jahre in den Niederlanden auf, ohne je einen Antrag auf Aufenthaltsbewilligung zu stellen. Einen Teil dieser Zeit lebte sie mit einem niederländischen Staatsbürger zusammen, mit dem sie auch eine Tochter zeugte. Nach der Trennung von ihrem Lebensgefährten entbrannte ein Sorgerechtsstreit um das gemeinsame Kind, in welchem der Vater obsiegte. Aufforderungen, das Land zu verlassen, folgte die Brasilianerin nicht.

Der Gerichtshof stellte eine Verletzung von Art 8 fest und argumentierte, dass es der Tochter nicht zum Nachteil gereichen soll, dass sie im Zeitpunkt des illegalen Aufenthalts ihrer Mutter gezeugt wurde. Es sei im besten Interesse des Kindeswohls, dass die Mutter in den Niederlanden bleibe, da der alleinig obsorgeberechtigte Vater einer Ausreise der Tochter nach Brasilien niemals zustimmen würde. Auch hätten Mutter und Tochter eine enge Bindung zueinander, welche sie im Falle der Abschiebung der Mutter nicht aufrechterhalten könnten. Weiters stellte der EGMR fest, dass in diesem Fall das wirtschaftliche Wohlergehen des Landes nicht schwerer wiegt als das Familienleben der Beschwerdeführerin. Die Behörden hätten keine faire Abwägung getroffen und „übertriebenen Formalismus“ durch die starke Gewichtung des Elements des illegalen Aufenthalts an den Tag gelegt, denn durch die lange

²⁶² Vgl EGMR 31.1.2006, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer gg. Niederlande*, Nr. 50.435/99, § 39

²⁶³ Vgl statt vieler EGMR 20.6.1999, *Ajayi ua. gg. UK*, Nr. 27663/95 (Zulässigkeitsentscheidung)

²⁶⁴ Vgl EGMR 31.1.2006, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer gg. Niederlande*, Nr. 50.435/99

Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und dem niederländischen Staatsbürger wäre seinerzeit ein legaler Aufenthalt möglich gewesen.

Betreffend das Argument des wirtschaftlichen Wohles des Konventionsstaats hat der Gerichtshof jedoch festgestellt, dass dieses prinzipiell sehr wohl zur Rechtfertigung der Ausweisung von Fremden herangezogen werden kann, wenn diese „dem nationalen Sozialsystem zur Last zu fallen drohen oder der nationale Arbeitsmarkt gegen ausländische Arbeitskräfte geschützt werden soll“.²⁶⁵

7. Verhältnismäßigkeit eines Aufenthaltsverbots

Die Ausweisung eines/r Fremden geht oft auch mit dem Verhängen eines Aufenthaltsverbots einher. Hier muss insbesondere geprüft werden, ob dessen Dauer verhältnismäßig zum verfolgten Ziel ist.

Im Fall *Radovanovic gg. Österreich*²⁶⁶ war gegen den Beschwerdeführer ein unbeschränktes Aufenthaltsverbot erlassen worden, nachdem dieser wegen schweren Raubes und Diebstahls zu 2 Jahren und 6 Monaten Haft, davon 6 Monate unbedingt, verurteilt worden war. Der EGMR befand, dass diese Maßnahme angesichts der guten Integration und langjährigen Niederlassung des Betroffenen, der im Zeitpunkt der Verurteilung erst 18 Jahre alt war, und seine starken familiären Bindungen in Österreich (im Gegensatz zu den fehlenden Bindungen im Heimatstaat Serbien) unverhältnismäßig zum verfolgten Ziel war. Ein zeitlich begrenztes Aufenthaltsverbot hätte der Verhinderung von weiteren Straftaten und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung genüge getan, auch da vom Jugendgerichtshof eine positive Prognose für den Beschwerdeführer getroffen worden war.

Als verhältnismäßig befand der Gerichtshof etwa die Verhängung eines fünfjährigen Aufenthaltsverbotes gegen einen türkischen Staatsbürger, der in Deutschland geboren worden war und sein ganzes Leben dort verbracht hatte (bis auf einige Türkeibesuche im Urlaub), nachdem dieser wegen schwerer Verbrechen (versuchter Menschenhandel, schwere Körperverletzung, Zuhälterei und Erwerb von Drogen) als 20-jähriger zu drei Jahren und vier Monaten Haft verurteilt worden war.²⁶⁷

²⁶⁵ *Sander*: Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der EMRK. 146

²⁶⁶ Vgl. EGMR 22.4.2004, *Radovanovic gg. Österreich*, Nr. 42703

²⁶⁷ Vgl. EGMR 28.6.2007, *Kaya gg. Deutschland*, Nr. 31753/02

8. Verfahrensgarantien

Da Verfahren mit Bezug zu Art 8 unwiderrufbare Folgen haben können und oft endgültig sind, werden dem Recht auf Privat- und Familienleben auch gewisse Verfahrensgarantien unterstellt.²⁶⁸ Diese beinhalten das Recht, in familiären Angelegenheiten ein Gericht anrufen zu können, sowie das Recht auf angemessene Verfahrensdauer in allen Verfahren vor Behörden, die einen familienrechtlichen Bezug haben.²⁶⁹ Auch muss der Staat die Beteiligten hinreichend in den Entscheidungsfindungsprozess einbinden.²⁷⁰

Im Fremdenrecht spielen diese Grundsätze insofern eine Rolle, als zB der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels zwecks Familienzusammenführung in angemessener Zeit bearbeitet werden muss. Dies gilt wohl auch für die Verlängerung von Aufenthaltstiteln. Bei Ausweisungsentscheidungen muss es demnach eine Berufungsmöglichkeit geben, wenn dadurch das Recht auf Privat- oder Familienleben tangiert wird.

Hierbei spielt auch Art 1 des 7. ZP EMRK eine Rolle:

Art 1 - Verfahrensrechtliche Schutzvorschriften betreffend Ausweisung von Ausländern

(1) Eine ausländische Person, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, darf aus diesem nur aufgrund einer rechtmäßig ergangenen Entscheidung ausgewiesen werden; ihr muss gestattet werden,

- a) Gründe vorzubringen, die gegen ihre Ausweisung sprechen,
- b) ihren Fall prüfen zu lassen und
- c) sich zu diesem Zweck vor der zuständigen Behörde oder einer oder mehreren von dieser Behörde bestimmten Personen vertreten zu lassen.

(2) Eine ausländische Person kann ausgewiesen werden, bevor sie ihre Rechte nach Absatz 1 Buchstaben a, b und c ausgeübt hat, wenn eine solche Ausweisung im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist oder aus Gründen der nationalen Sicherheit erfolgt.

Der Gerichtshof befand, dass auch wenn einige Aspekte des Aufenthaltsrechts Fremder durch das 4. ZP EMRK geregelt seien, dies die Anwendung von Art 8 EMRK nicht ausschließe, da aufenthaltsrechtliche Maßnahmen eben auch das Recht auf Privat- und Familienleben tangieren können.²⁷¹ Er widersprach damit dem Vereinigten Königreich im Fall *Abdulaziz*, das die Anwendbarkeit von Art 8 EMRK bestritt.

²⁶⁸ Vgl *Grabenwarter*: Europäische Menschenrechtskonvention³. 220

²⁶⁹ *Ibid.* 220

²⁷⁰ *Ibid.* 221

²⁷¹ EGMR 28.5.1985, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali gg. UK*, Nr. 9214/80; 9473/81; 9474/81; § 60

- Die Judikatur des EGMR zu Art 8 EMRK in Ausweisungsfällen ist stark einzelfallbezogen und fällt mitunter sehr kasuistisch aus.²⁷² Eine sichere Vorhersage, ob eine Ausweisung menschenrechtswidrig war oder nicht, lässt sich deshalb nicht treffen.
- Die Argumentation des Gerichtshofs in den einzelnen Fällen gibt jedoch einen gewissen Überblick und lässt eindeutig Tendenzen in der Auslegung der Interessensabwägungskriterien erkennen.
- Zentrales Element der Eingriffsprüfung stellt die Abwägung zwischen den Interessen des Staates an öffentlicher Ordnung, Sicherheit, etc. auf der einen Seite und den Interessen des Einzelnen an der Aufrechterhaltung seines Familienlebens dar, also die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art 8 EMRK.
- Der EGMR prüft jedoch nicht immer gesondert jedes einzelne der von ihm entwickelten Kriterien, sondern nur jene, die aufgrund der Umstände des Einzelfalls besonders schlagend sind.
- Es ist einfacher, eine bestehende familiäre Bindung im Gaststaat durch die Bekämpfung einer Ausweisungsentscheidung aufrecht zu erhalten, als seinen Partner (oder auch Kinder) aus dem Ausland nachzuholen, wenn ein faktisches Familienleben zuvor noch nicht geführt wurde.
- Es gibt jedoch zahlenmäßig mehr Entscheidungen zu Ausweisungsfällen, als zu solchen, in denen es um den Nachzug des/der EhegattIn geht.

II. Verfassungsgerichtshof

1. Grundrechtsprüfung

Der VfGH wendet bei seiner Prüfung, ob ein Eingriff in Art 8 EMRK in Hinblick auf eine Ausweisungsentscheidung rechtmäßig war, folgendes Schema an:

„Ein Eingriff in das durch Art 8 EMRK verfassungsgesetzlich garantierte (...) Recht ist dann verfassungswidrig, wenn der ihn verfügende Bescheid

- ohne jede Rechtsgrundlage ergangen ist,
- auf einer dem Art 8 EMRK widersprechenden Rechtsvorschrift beruht oder
- wenn die Behörde bei Erlassung des Bescheides eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsgrundlage in denkunmöglicher Weise angewandt hat;

ein solcher Fall liegt nur vor, wenn die Behörde einen so schweren Fehler begangen hat, dass dieser mit Gesetzlosigkeit auf eine Stufe zu stellen ist, oder wenn sie den angewandten Rechtsvorschriften fälschlicherweise einen verfassungswidrigen, insbesondere einen dem Art 8 Abs 1 EMRK widersprechenden und durch Art 8 Abs 2 EMRK nicht gedeckten Inhalt unterstellt hat.“²⁷³

²⁷² Vgl Günes: Europäischer Ausweisungsschutz. 199

²⁷³ Vgl VfSlg 11638/1988, 11857/1988, 11982/1989, 12919/1991, 13241/1992, 13489/1993, 14547/1996

2. Kriterien für die Interessensabwägung

Wie erwähnt hat der VfGH in seiner Entscheidung vom 29.9.2007 (GZ. B 328/07) vom EGMR entwickelte Kriterien, welche bei der Interessensabwägung zu beachten sind, aufgegriffen (diese wurden teilweise bereits unter Kapitel D.III. erörtert, es darf daher auch auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden):

„2.3. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat fallbezogen unterschiedliche Kriterien herausgearbeitet, die bei einer solchen Interessenabwägung zu beachten sind und als Ergebnis einer Gesamtbetrachtung dazu führen können, dass Art 8 EMRK einer Ausweisung entgegensteht:

Er hat etwa die Aufenthaltsdauer, die vom EGMR an keine fixen zeitlichen Vorgaben geknüpft wird (...), das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens (...) und dessen Intensität (...), die Schutzwürdigkeit des Privatlebens, den Grad der Integration des Fremden, der sich in intensiven Bindungen zu Verwandten und Freunden, der Selbsterhaltungsfähigkeit, der Schulausbildung, der Berufsausbildung, der Teilnahme am sozialen Leben, der Beschäftigung und ähnlichen Umständen manifestiert (...), die Bindungen zum Heimatstaat, die strafgerichtliche Unbescholtenheit, aber auch Verstöße gegen das Einwanderungsrecht und Erfordernisse der öffentlichen Ordnung (...) für maßgeblich erachtet.

Auch die Frage, ob das Privat- und Familienleben in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren, ist bei der Abwägung in Betracht zu ziehen (...).²⁷⁴

Im Anlassfall ging es um eine Kroatin, die seit ihrem 15. Lebensjahr immer wieder als Saisonarbeiterin nach Österreich gekommen war, und schließlich 2002 einen österreichischen Staatsbürger ehelichte.²⁷⁵ Ihre drei Kinder lebten inzwischen ebenfalls hier. Sie beantragte einen Aufenthaltstitel mit dem Zweck „AT Familiengemeinschaft mit Österreicher“²⁷⁶. In Folge verstarb ihr Ehemann jedoch, und der Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, dass sie sich seitdem unrechtmäßig im Land aufhielte. Die Behörde führte eine Interessensabwägung hinsichtlich ihres Privat- und Familienlebens durch und kam zu dem Ergebnis, dass sie bloß als Saisonarbeitskraft tätig war, zwei ihrer Söhne bereits erwachsen waren und der dritte, der eine Sonderschule besucht, dies auch in Kroatien tun könne.

Der VfGH hob den abweisenden Bescheid auf und führte aus, dass die Tätigkeit als Saisonarbeitskraft nicht den Schutz von Art 8 EMRK mindert, sondern vielmehr auf die tatsächlichen Aufenthaltszeiten im Bundesgebiet abgestellt werden muss. Möglicherweise sei „eine Bindung der Beschwerdeführerin zu Österreich entstanden (...), der ein entsprechender Verlust der Bindungen zu ihrem eigenen Heimatstaat gegenübersteht“. Auch hätte sich die Behörde näher mit der Situation des minderjährigen Sohnes auseinandersetzen müssen, wie etwa Art und Umfang seiner Behinderung, seine Sprachkenntnisse, etc.

²⁷⁴ VfGH 29.9.2007, B 328/07

²⁷⁵ Vgl hierzu und in Folge VfGH 29.9.2007, B 328/07

²⁷⁶ Noch vor dem Fremdenrechtspaket 2005

3. Ausgewählte Fälle

a) VfGH 27.6.1996, B 1838/94

In diesem Fall ging es um eine pakistanische Frau, die mittels eines 7 Tage gültigen Visums nach Österreich einreiste, um ihren österreichischen Ehemann zu besuchen. Während dieser Zeit wurde sie schwanger und blieb in Folge im Inland. Kurz vor der Geburt ihres Kindes wurde ihr ein Ausweisungsbescheid zugestellt, mit der Begründung, dass sie sich nicht legal im Bundesgebiet aufhalte. Einer Berufung wurde nicht stattgegeben.

Die Beschwerdeführerin wandte sich in Folge an den VfGH gem § 144 B-VG (Bescheidbeschwerde), da sie sich in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens verletzt fühlte. Der VfGH hob den bekämpften Bescheid auf mit der Begründung, dass die Behörde „die gebotene Interessenabwägung nicht vorgenommen [hat], weil sie die öffentlichen Interessen den privaten Interessen nicht abwägend entgegengestellt hat“. Sie hätte „bei Erlassung des Bescheides eine verfassungsrechtliche unbedenkliche Rechtsgrundlage in denkunmöglicher Weise angewandt, indem sie einen so schweren Fehler begangen hat, dass dieser mit Gesetzlosigkeit auf eine Stufe zu stellen ist.“ Die Beschwerdeführerin lebte seit ihrer legalen Einreise mit ihrem Ehemann im gemeinsamen Haushalt und ist die Mutter eines Säuglings, der die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt; sie hat also eindeutig starke familiäre Bindungen im Inland. Weiters hatte sie auch einen Antrag auf Aufenthalt aus dem Ausland gestellt. Dies alles hatte die belangte Behörde unberücksichtigt gelassen, daher war der Bescheid im Ergebnis aufzuheben.

b) VfGH 13.3.2008, B 1032/07

Der Beschwerdeführer aus Kamerun war 1999 illegal nach Österreich eingereist und stellte sodann einen Asylantrag, der in erster Instanz noch im selben Jahr negativ erledigt wurde. Die Berufung an den UBAS wurde 2006 abgewiesen, ebenso die Beschwerde an den VwGH (2007). Der Beschwerdeführer hatte jedoch in diesen acht Jahren, die das Verfahren gedauert hatte, eine Familie mit einer Österreicherin gegründet und mit ihr vier Kinder gezeugt. Ein Verfahren zur Erteilung einer NB aus humanitären Gründen war anhängig; dennoch erließ die Sicherheitsdirektion einen Ausweisungsbescheid mit der Begründung, dass der Kameruner sich illegal im Bundesgebiet aufhielt und seine Familie im Bewusstsein seines unsicheren Aufenthaltsstatus als Asylwerber gegründet hatte.

Der VfGH hob den gem Art 144 B-VG bekämpften Ausweisungsbescheid mit der Begründung auf, dass die Fremdenpolizeibehörde ihrer Verpflichtung der Interessensabwägung anhand der vom VfGH in seiner Entscheidung B 328/07²⁷⁷ aufgelisteten Kriterien (s. oben) nicht nachgekommen war.²⁷⁸ Er führte aus:

„2.4. Es ist davon auszugehen, dass allein der unrechtmäßige Aufenthalt des Beschwerdeführers seit Abschluss des Asylverfahrens das **Erfordernis einer Gesamtbetrachtung** des spezifischen Falles nicht obsolet macht. Die belangte Behörde misst dem Umstand, dass der **unbescholtene** Beschwerdeführer während der – **nicht von ihm zu verantwortenden – Dauer des Asylverfahrens** eine Familie gegründet hat, bei der Begründung des Ausweisungsbescheides fälschlicherweise keine entscheidungswesentliche Bedeutung bei. Sie hat außer Acht gelassen, dass die aufgrund der Ausweisung drohende Trennung von seiner Lebensgefährtin und den vier gemeinsamen Kindern, die alle österreichische Staatsbürger sind, einen intensiven **Eingriff** in die gemäß **Art 8 EMRK** garantierten Rechte des Beschwerdeführers bewirkt.

Angesichts der dargestellten Sachlage verliert der Umstand, dass die familiären Bindungen zu einem Zeitpunkt entstanden sind, in dem sich der Beschwerdeführer seines unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst war, insofern an Gewicht, als die **Verfahrensdauer primär von den Behörden zu verantworten** ist.“²⁷⁹

Diese Entscheidung des VfGH ist im Ergebnis als vollkommen richtig zu betrachten. Es ist nur menschlich, nach einer unverhältnismäßig langen Verfahrensdauer im Asylverfahren irgendwann eine Familie zu gründen. Wichtig und ausschlaggebend war in diesem Fall wohl, dass der Beschwerdeführer unbescholten war und bereits vier Kinder hatte, welche die österreichische Staatsbürgerschaft besaßen sowie in aufrechter Ehe mit einer Österreicherin lebte.

c) VfGH 14.10.2004, VfSlg 17377

In der ggst. Entscheidung ging es um ein homosexuelles Paar (einen deutschen Staatsbürger und einen US-Amerikaner), die in den Niederlanden geheiratet hatten und unter Berufung auf die EU-Freizügigkeit nun einen Aufenthaltstitel in Österreich beehrten. Der VfGH wies die Beschwerde mit der Begründung ab, dass weder der Gleichheitssatz des B-VG, noch die EMRK den Behörden gebieten würden, gleichgeschlechtliche Ehen jenen zwischen Mann und Frau gleichzustellen.²⁸⁰ Als Argument wurde ua. angeführt, dass Art 12 EMRK, das Recht auf Eheschließung, von „Männern und Frauen“ spricht, denen das Eingehen einer Ehe gestattet werden muss. Auch wenn ein Wandel in Europa bezüglich der

²⁷⁷ VfGH 29.9.2007, B 328/07

²⁷⁸ Im Übrigen äußerte der VfGH keine Bedenken betreffend die Verfassungsmäßigkeit der §§ 53 Abs 1 und 66 Abs 1 FPG, auf denen der Bescheid beruhte.

²⁷⁹ VfGH 13.3.2008, B 1032/07

²⁸⁰ Vgl dazu auch VfGH 12.12.2003, VfSlg 17098. In dieser Entscheidung wurde die Unzulässigkeit der Trauung Homosexueller als verfassungskonform befunden. Auch würden weder die EMRK noch der Gleichheitssatz eine Änderung des Ehrechts „im Sinne einer Zulässigkeit der Eheschließung gleichgeschlechtlicher Paare“ gebieten.

Anerkennung homosexueller Ehen in bestimmten Staaten stattgefunden hat, macht dieser den Begriff des „Ehegatten“ im FrG nicht automatisch unbestimmt. „Stellt der Gesetzgeber aus sachlichen Gründen auf den Bestand einer Ehe ab, kann dadurch auch nicht das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK verletzt sein; aus dem Gebot, (bloße) Lebensgemeinschaften ohne Rücksicht auf das Geschlecht gleich zu behandeln, lässt sich für deren Gleichbehandlung mit der Ehe nichts gewinnen.“

Diese Entscheidung, die in Hinblick auf die EU-Freizügigkeit erging, gilt analog wohl auch für eine/n drittstaatsangehörige/n homosexuelle/n PartnerIn. Trotzdem müsste gemäß der Rsp des EGMR (s. oben) ein Aufenthaltstitel aufgrund des Rechts auf Privatleben möglich sein, auch wenn der/die Betroffene sich nicht auf das Recht auf Familienleben stützen kann.

d) VfGH 10.6.2008, B 1327/07

In diesem Fall wurde eine Verletzung des Rechts auf Familienleben einer indischen Staatsbürgerin festgestellt, obwohl die Annahme, dass ihr weiterer Aufenthalt zu einer finanziellen Belastbarkeit der Gebietskörperschaft führen könnte, für wahrscheinlich gehalten wurde.

Die Beschwerdeführerin, die mit ihrem Kind bei ihren österreichischen Eltern lebte, war vier Jahre lang rechtmäßig in Österreich niedergelassen. Als sie einen Verlängerungsantrag stellte, wurde ein Verfahren zur Aufenthaltsbeendigung eingeleitet, mit der Begründung, dass ihr weiterer Aufenthalt eine finanzielle Belastung darstellen könnte. Ein Antrag auf Aufenthalt ihres Ehemanns, der nach wie vor in Indien lebte, wurde ebenfalls mangels ausreichenden Unterhaltsmitteln abgewiesen. Die Behörde kam im Zuge der Interessensabwägung zu dem Urteil, dass die Beschwerdeführerin weder am Arbeitsmarkt integriert sei, noch gut Deutsch spreche, und einer gemeinsamen Ausreise mit ihrem Kind nichts entgegenstehen würde.

Der VfGH befand jedoch, dass „die belangte Behörde (...) zwar dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung auf dem Gebiet des Fremdenwesens die persönlichen Interessen der Beschwerdeführerin am Verbleib im Bundesgebiet gegenüber gestellt, die Interessen jedoch im Ergebnis in verfassungswidriger Weise abgewogen“ habe. Die Trennung von ihren Eltern und Geschwistern würde einen intensiven Eingriff in ihre gem Art 8 EMRK garantierten Rechte darstellen. Auch wäre die Ausweisung bloß gegenüber der Mutter, nicht aber gegenüber dem Kind ausgesprochen worden; die Behörde hätte eine mögliche Trennung der beiden in Erwägung ziehen müssen.

Da Beziehungen zwischen Ehegatten stärker als zwischen Eltern und ihren volljährigen Kindern bewertet werden, kann davon ausgegangen werden, dass in einem ähnlich gelagerten Fall eines binationalen Ehepaares allein die mögliche finanzielle Belastung einer Gebietskörperschaft nicht ausreicht, um eine Ausweisung zu rechtfertigen (s. auch explizit § 11 Abs 3 NAG).

Bei genauem Studium der Judikatur des VfGH stellt man fest, dass dieser (ähnlich dem EGMR) stark einzelfallbezogen urteilt. Bestimmte Elemente der Interessensabwägung werden stärker bewertet als andere, wie etwa die Intensität des Familienlebens. Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass alle Faktoren eines Falles zusammenspielen und wie beim EGMR nur tendenziell prognostiziert werden kann, wie ein Fall entschieden wird. Die kompetenten Behörden sind jedenfalls angehalten, eine sorgfältige Interessensabwägung durchzuführen, die über eine oberflächliche Argumentation hinaus geht und alle Aspekte des Einzelfalls mit in Betracht zieht. Ansonsten besteht die Gefahr, dass der VfGH die Entscheidung für verfassungswidrig befindet, da menschenrechtswidrig.

III. Verwaltungsgerichtshof

Während der Verfassungsgerichtshof gem Art 144 B-VG die Verfassungskonformität von Bescheiden prüft, erkennt der VwGH gem Art 130 B-VG über Beschwerden, in denen die Rechtswidrigkeit von Bescheiden behauptet wird.

1. VwGH 25.11.1993, 93/18/0524

Im ggst. Fall wurde über eine jugoslawische Staatsangehörige ein zehnjähriges Aufenthaltsverbot erlassen, nachdem die wegen gewerbsmäßigen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten (davon 5 unbeding) verurteilt worden war. Die Frau war seit vier Jahren in Österreich aufhältig und hatte hier einen Lebensgefährten und eine (gemeinsame) Tochter. Der VwGH wies die Beschwerde, die sich ua. darauf stützte, dass das Aufenthaltsverbot unverhältnismäßig gem Art 8 Abs 2 EMRK sei, als unbegründet ab. Er befand, dass die Maßnahme sehr wohl geboten war, um die in § 18 Abs 1 Z 1 FrG²⁸¹ genannten Ziele, nämlich die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, zu

²⁸¹ Jetzt: § 60 Abs 1 FPG

gewährleisten. Das vorgebrachte Argument des Wohlverhaltens seit der Haftentlassung würde nicht greifen, da die seither verstrichene Zeit noch zu kurz sei.

Ob diese Judikatur des VwGH heute noch aufrecht zu erhalten wäre, ist fraglich, da der VwGH zB nicht geprüft hat, ob der Familie eine Ausreise in das Heimatland der Beschwerdeführerin zumutbar wäre; auch die Selbsterhaltungsfähigkeit, die in diesem Fall gegeben war, und der durchgehend legale Aufenthalt der Beschwerdeführerin wurden außer Acht gelassen.

2. VwGH 23.10.2008, 2007/21/0335

In diesem Fall ging es um eine Nigerianerin, die 2005 illegal nach Österreich eingereist war und in Folge einen Asylantrag stellte, welcher negativ erledigt wurde. Sie lernte einen Österreicher kennen; die beiden planten, am 25. November 2006 zu heiraten. Am 6. November 2006 wies der UBAS die Berufung dagegen ab und stellte fest, dass eine Abschiebung zulässig sei. Am 16. November 2006 wurde die It Behörde „massiv ausreiseunwillige Beschwerdeführerin“ nach Nigeria abgeschoben, ungeachtet der geplanten Hochzeit und dem bereits dafür bestellten Aufgebot. Einem Antrag auf Unzulässigkeitsklärung der Abschiebung wurde nicht stattgegeben.

Der VfGH hob den bekämpften Bescheid in Folge auf und begründete, dass die Abschiebung nicht gesetzeskonform gewesen sei:

„§ 46 Abs 1 Z 3 FPG normiert, dass Fremde, gegen die ein Aufenthaltsverbot oder eine Ausweisung (§§ 53, 54 FPG und § 10 Asylgesetz 2005) durchsetzbar ist, von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Auftrag der Behörde zur Ausreise verhalten werden können (Abschiebung), wenn auf Grund bestimmter Tatsachen zu befürchten ist, sie würden ihrer Ausreiseverpflichtung nicht nachkommen. Diese Bestimmung sieht keine unbedingte Abschiebepflichtung vor, sondern stellt die Abschiebung in behördliches Ermessen.“

Die Behörde hätte der Tatsache der geplanten Hochzeit Beachtung schenken müssen. Darüber hinaus gebe es keine Anhaltspunkte, dass ein weiterer Aufenthalt bis zur geplanten Eheschließung erheblich den öffentlichen Interessen entgegen gestanden wäre.

3. VwGH 4.11.2008, 2008/22/0044

In dieser Entscheidung ging es um einen langjährig in Österreich aufhältigen Asylwerber aus der Türkei mit Familienangehörigen, der zwischenzeitlich auch mit einer österreichischen Staatsbürgerin verheiratet war. Die Fremdenbehörden verweigerten ihm nach Zurückziehung seines Asylantrags eine NB - humanitäre Gründen (damals § 72 NAG) und begründete dies, dass sein fast neunjähriger Aufenthalt im Bundesgebiet sowie die fehlenden Bindungen zum

Heimatland keine humanitären Grund darstellen; er hätte den Verwandtschaftsgrad zu seinen hier lebenden Geschwistern nicht dokumentiert; und seine Integration wäre nicht bewiesen. Auch dass er berufstätig sei und über eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung verfüge, „stelle (...) keinen humanitären Aspekt dar“.

Dazu führte der VwGH aus:

„Die belangte Behörde prüfte zwar im Sinne des Vorgesagten das Bestehen eines aus Art. 8 EMRK ableitbaren Anspruches. Jedoch bewertete sie in Verkennung der Rechtslage jeden vom Beschwerdeführer geltend gemachten Umstand für sich allein, um anschließend im Rahmen dieser isolierten Betrachtung das Vorliegen besonderer Berücksichtigungswürdigkeit iSd § 72 Abs. 1 NAG zu verneinen. Bei der Abwägung der zu Gunsten und zu Lasten eines betroffenen Fremden sprechenden Umstände ist aber eine Gesamtbetrachtung erforderlich.“

Auch der VwGH fühlt sich also angehalten, eine Interessensabwägung nach dem Vorbild der Judikatur des VfGH²⁸² vorzunehmen. In diesem Fall sprachen die vielen berücksichtigungswürdigen Aspekte, die seitens der Behörde verkannt wurden, eindeutig für den Beschwerdeführer. Der Bescheid war aufzuheben.

Diese Beispiele der Judikatur des VwGH geben weiteren Aufschluss, wie bestimmte Gesetzesstellen im Fremdenrecht auszulegen sind (wenn auch nur ein kleiner Ausschnitt aus dem Urteilsspektrum präsentiert wurde) und somit den Verwaltungsbehörden Anhaltspunkte, wie ähnlich gelagerte Fällen entscheiden werden sollte.

²⁸² Vgl VfGH 29.9.2007, B 328/07

F. Conclusio und Ausblick

- **Menschenrechtskonformität**

Wie erwartet ist die Frage nach der Konformität der österreichischen Fremden Gesetze mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK für binationale Ehepaare nicht mit einem einfachen „Ja“ oder „Nein“ zu beantworten.

Die Recherchen zur vorliegenden Diplomarbeit haben gezeigt, dass es in Berücksichtigung der Judikatur des EGMR Verbesserungsnotwendigkeiten gäbe, was die Artikel-8-Konformität des NAG und des FPG angeht. Die Fremden Gesetze sind des Weiteren auch nicht immer im Einklang mit den Bedürfnissen der Praxis.

Die **Definition des Begriffs „Familienangehöriger“** müsste gemäß der Judikatur des EGMR weiter gefasst sein (s. Kapitel E.I.1.). NAG und FPG definieren nur EhegattInnen als Familienangehörige des/der Zusammenführenden, wohingegen der EGMR in st Rsp klar festgestellt hat, dass auch Lebensgefährten unter bestimmten Umständen den Schutz des Art 8 EMRK genießen. Insofern müsste also (bei Erfüllung der Voraussetzungen) nicht nur drittstaatsangehörigen EhepartnerInnen von ÖsterreicherInnen eine Aufenthaltsgenehmigung gewährt werden, sondern auch drittstaatsangehörigen LebensgefährtenInnen.

Ein **Recht auf Familienzusammenführung** bzw auf freie Wahl des Aufenthaltsstaates für binationale Ehepaare wurde vom EGMR zwar verneint, kann jedoch unter bestimmten Umständen geboten sein, nämlich wenn ein gemeinsames Familienleben im Herkunftsstaat nicht möglich ist, einer der Ehepartner Staatsbürger des Konventionsstaates ist bzw sich legal in diesem aufhält, und die Ehepartner bereits zuvor ein gemeinsames Familienleben geführt haben.

Eines der größten Probleme für binationale Ehepaare ist wohl die vorgeschriebene **Auslandsantragstellung**, die oft eine lange Trennung der Partner mit sich bringt. Der EGMR sieht diese Vorschrift des österreichischen Fremdenrechts an sich jedoch nicht als menschenrechtswidrig an. Hier wird die Souveränität der Konventionsstaaten an einer geregelten Zuwanderung Vorrang gegeben und dafür eine vorübergehende Trennung von Eheleuten in Kauf genommen. Erst wenn die Einreise eines/r Fremden trotz bestehenden Familienlebens nicht gestattet wird, kann dies eine Verletzung von Art 8 EMRK darstellen. Sollte aber die Verfahrensdauer im Ausland unverhältnismäßig lange dauern, so könnte dies uU menschenrechtswidrig sein; dies wurde vom EGMR jedoch noch nicht ausjudiziert.

Die Interviews mit Personen, die in der Praxis mit dem NAG zu tun haben, zeigten, dass es noch eine ganze Reihe an **Regelungslücken im Fremdenrecht** gibt, welche durch die beiden Novellen im Jahr 2009 nicht bzw nur teilweise geschlossen wurden. Ein Beispiel ist das erforderliche Mindesteinkommen für binationale Ehepaare.²⁸³ Hier stellt das Gesetz sehr allgemein auf eine bestimmte Summe ab, ohne die realen Bedürfnisse der AntragswerberInnen im Einzelfall zu berücksichtigen. Es gibt Personengruppen, die mit weitaus weniger als den festgeschriebenen Richtsätzen auskommen, wie Frau Magenheimer von EOG in ihrem Interview bestätigt hat. Dass das Urteil des VwGH durch das FrÄG 2009 dadurch umgangen wurde, dass das Gegenteil gesetzlich festgeschrieben wurde und Mietbelastungen nunmehr die Einkünfte des/der Zusammenführenden schmälern, stellt eine gravierende Verschlechterung der Situation binationaler Ehepaare dar.

Die Fallbeispiele zeigten, dass es immer wieder Sachverhalte gibt, für die das Fremdenrecht keine oder keine angemessene Lösung bietet, wie etwa bei Staatenlosigkeit des/der EhepartnerIn. Durch die Einführung des Antragsrechts auf humanitären Aufenthalt wird diesen Fällen in Zukunft hoffentlich in positiver Weise Rechnung getragen – wobei die Statistiken zeigen, dass die Behörden bei der Vergabe von humanitären Aufenthaltstiteln derzeit eher restriktiv und abwartend handeln.

Die in der Einleitung zitierte Aussage von Amnesty International, dass die österreichischen Behörden Drittstaatsangehörige ausweisen würden, ohne ihre Familiensituation angemessen zu berücksichtigen, hat sich als zu undifferenziert, jedoch mit wahren Kern erwiesen. Die vorliegende Diplomarbeit hat gezeigt, dass eine Interessensabwägung bei Abschiebungen sowie auch bei der Beurteilung von Anträgen auf Aufenthaltstitel gesetzlich verankert ist und in der Regel auch durchgeführt wird. Da das Gesetz den Behörden jedoch einen Ermessensspielraum einräumt und, wie die Analyse der Judikatur zu Art 8 EMRK gezeigt hat, selbst die österreichischen Höchstgerichte und der EGMR stark einzelfallbezogen urteilen, kommt es immer wieder vor, dass unbillige bis menschenrechtswidrige Entscheidungen getroffen werden.

Es kommt also nicht nur auf die Menschenrechtskonformität der Gesetze an, sondern auch auf deren menschenrechtskonforme Auslegung durch die Rechtsanwender (v.a. die Verwaltungsbehörden) beim Erlassen von Bescheiden, die inhaltlich Art 8 EMRK tangieren.

²⁸³ Vgl Kapitel D.III.3.d. zu den erforderlichen Eigenmitteln

Den Behörden wird vom NAG und FPG für ihre Entscheidungen betreffend Aufenthalt und Ausweisung von Fremden wie erwähnt ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt. Dieser ist auch notwendig, um dem beweglichen System der Abwägung zwischen dem Interesse des Einzelnen am Aufenthalt in Österreich auf der einen Seite, und dem Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit auf der anderen Seite Rechnung zu tragen. Dieser Spielraum sollte aber trotzdem so gering wie möglich gehalten werden, um unsachliche und divergierende Entscheidungen in gleich gelagerten Fällen tunlichst zu vermeiden. Wichtig ist auch ein effektives und transparentes Rechtsschutzsystem, um dem Individuum Möglichkeit zur Verteidigung seiner Rechte zu bieten.

Verfassungsrechtsprofessor Bernd-Christian Funk meinte dazu: „Soweit es um menschenrechtliche Interessen Fremder geht, sind sämtliche Bestimmungen als Ermessensregelungen („Kann“-Bestimmungen) textiert. Die Umkehr der Wertigkeiten, die darin zum Ausdruck kommt, verschont selbst menschenrechtliche Pflichtmandate nicht: Ein Aufenthaltstitel „kann“ (sic!) trotz Ermangelung von Voraussetzungen erteilt werden, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- oder Familienlebens im Sinne des Art 8 EMRK „geboten“ (sic!) ist.“²⁸⁴

Wie die Fallbeispiele gezeigt haben, sind AntragstellerInnen oft mit einer unverhältnismäßigen Härte seitens der Behörden konfrontiert, wie zB der drittstaatsangehörige Ehemann einer Österreicherin mit gemeinsamen Kindern, der trotz Jobzusage zur Antragstellung ins Ausland reisen musste, obwohl das Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit einer Ausnahmeregelung im Einzelfall einräumt. Binationale Ehepaare sind schlussendlich oft vom guten Willen des/der SachbearbeiterIn der zuständigen Verwaltungsbehörde abhängig.

- **Differenzierung EWR-BürgerIn – Drittstaatsangehörige/r**

Es wäre wünschenswert, eine einheitliche Regelung für EWR-Bürger und Drittstaatsangehörige für den Ehegatten- bzw Familiennachzug zu haben. Man würde sich damit die leidige Diskussion rund um die Erfüllung des Freizügigkeitstatbestands (bzw nunmehr die Inanspruchnahme des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts) sparen, und den Behörden würde die Rechtsanwendung dadurch um einiges leichter gemacht. Das Recht auf Familienleben sollte jedem gleichermaßen zukommen; es ist zwar juristisch vielleicht argumentierbar, menschlich jedoch nicht einzusehen, warum ein/e EWR-BürgerIn ein „besseres“ Recht darauf haben soll als ein/e Drittstaatsangehörige/r.

²⁸⁴ Funk, Bernd-Christian: Aufenthaltsrecht – Fremdenrechtspaket – Menschenrechte, in: Juridicum 2007/04. 176

- **Integrationsvereinbarung**

Die Einführung der Integrationsvereinbarung ist grundsätzlich zu begrüßen²⁸⁵, auch wenn sie mit einer Vereinbarung nicht viel zu tun hat, sondern eine relative Voraussetzung für eine dauerhafte Niederlassung darstellt, und durchaus etwas flexibler ausgestaltet sein könnte²⁸⁶. Denn die Landessprache zumindest im Grundansatz zu beherrschen (und nichts anderes bedeutet das Niveau A2) ist nach Ansicht der Verfasserin nicht zu viel verlangt. Abgesehen davon sind im Gesetz ausreichend Ausnahmen und Aufschubmöglichkeiten vorgesehen. In den USA beispielsweise ist es gar keine Frage, ob ein Einwanderer Englisch lernt oder nicht, sondern es ist selbstverständlich. Sprache ist eine der größten zwischenmenschlichen Barrieren, durch Kommunikation können Vorurteile abgebaut werden. Auch im Berufsleben sind die Aufstiegschancen weit besser, wenn man die Landessprache beherrscht. Schlussendlich ist zur Integration eines Fremden jedoch nichts besser geeignet als eine Partnerschaft mit einem/r ÖsterreicherIn – deshalb ist die Skepsis, die der Gesetzgeber gegenüber binationalen Ehepaaren hegt, eigentlich unangebracht.

- **Was nicht behandelt wurde**

Das Recht soll die Rahmenbedingungen für die Bedürfnisse der Gesellschaft zur Verfügung stellen, mit dem Korrektiv, dass niemand dadurch zu Schaden kommt (ähnlich Kant's kategorischem Imperativ). Das Recht ist vom Menschen, und im Idealfall für den Menschen gemacht, was die Rechtswissenschaft im weitesten Sinne auch zu einer Sozialwissenschaft macht. Aus diesem Grund beinhaltet die vorliegende Diplomarbeit ua. ein ausführliches Praxis-Kapitel, welches das Fremdenrecht aus der Sicht der Betroffenen sowie der Rechtsanwender darstellen soll.

Eine rein juristische Diplomarbeit ist jedoch kein Ort, um ausführlich auf die psychologischen, kulturellen und soziologischen Aspekte von binationalen Ehen einzugehen, obwohl es sehr interessant wäre, etwa die emotionale Seite von Aufenthaltsverboten und Ausweisungen näher zu beleuchten. Auch der EGMR hat dies teilweise in seiner Judikatur thematisiert, wie etwa im Fall *Abdulaziz* im Zusammenhang mit dem Zugestehen von Schadenersatz für erlittenen immateriellen Schaden: „Es ist anzunehmen, dass Personen wie die Beschwerdeführerinnen, die sich mit Problemen konfrontiert fühlen, welche mit der Fortführung oder der Gründung ihres Ehelebens zusammenhängen, unter Verzweiflung und Angstgefühlen leiden können.“²⁸⁷

²⁸⁵ Anderer Ansicht: *Peyrl/Schumacher: Fremdenrecht?* 147 ff

²⁸⁶ Kritisch dazu *Peyrl/Schumacher: Fremdenrecht?* 147 ff

²⁸⁷ EGMR 28.5.1985, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali gg. UK*, Nr. 9214/80; 9473/81; 9474/81, § 96

Was leider ebenfalls nicht behandelt werden konnte, sind die staatsbürgerschaftsrechtlichen Aspekte, die für binationale Ehepaare relevant sind. In der vorliegenden Diplomarbeit wurden im Übrigen nur einige der Aspekte der Kompatibilität des österreichischen Fremdenrechts mit Art 8 EMRK beleuchtet. In Wirklichkeit betrifft das Fremdenrecht jedoch viele Bereiche des Privat- und Familienlebens, deren Erörterung jedoch den vorgegebenen Rahmen überschritten hätte. Es wird daher kein Anspruch auf Vollständigkeit gestellt.

- **Ausblick**

Da das FrÄG 2009 erst mit 1.1.2010 in Kraft getreten ist, kann noch keine Vorhersage getroffen werden, wie die Novelle in der Praxis aufgenommen wird, und welche Auswirkungen sie auf diese haben wird. Es bleibt abzuwarten, ob sich das österreichische Fremdenrecht in die restriktive Richtung wie bisher weiterentwickeln wird, oder ob in absehbarer Zeit ein Umdenken stattfinden wird – was natürlich wiederum eine politische Frage ist.

Interessant ist diesbezüglich auch, ob der Einfluss der EU auf den Migrationsbereich größer werden wird. Der im September 2009 wiedergewählte Kommissionschef Jose Manuel Barroso hatte angekündigt, einen eigenen **Kommissar für Migrationsfragen** ernennen zu wollen und somit die Materie vom Justiz und Inneres-Bereich abzuspalten; nach dem derzeitigen Stand ist davon nicht mehr die Rede.²⁸⁸ Migration wird dennoch mit Sicherheit eines der Top-Themen auf EU-Ebene bleiben.

Was in Österreich kommen soll, ist eine Änderung in der Organisation des geregelten Zuzugs. Die Schlüsselkraft-Regelung soll von der „**Rot-Weiß-Rot-Card**“ abgelöst werden.²⁸⁹ Diese soll Zuwanderung unabhängig von der Niederlassungsordnung ermöglichen und auf einem Modulsystem basieren, ähnlich der australischen Einwanderungspolitik, in der für Sprachkenntnisse, Qualifikationen, strafrechtliche Unbescholtenheit und sonstige Kompetenzen Punkte vergeben werden. Ab dem Erreichen einer bestimmten Punkteanzahl soll ein Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt gewährt werden. Im Jänner 2009 hieß es, dass eine Einführung für 2010 geplant sei; seither ist es jedoch ruhig um das Projekt geworden.

²⁸⁸ Vgl Liste der designierten Mitglieder der Barroso-Kommission 2009-2014, online unter http://ec.europa.eu/commission_designate_2009-2014/index_de.htm (3.1.2010)

²⁸⁹ Vgl N.N.: „Rot-Weiß-Rot-Card soll schon 2010 Zuzug regeln“, APA-Meldung vom 26.1.2009, Die Presse Online, <http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/447078/index.do> (3.1.2010)

Auch auf EU-Ebene wurde Anfang 2009 ähnliches diskutiert, nämlich die Einführung einer „**Blue Card**“, die sich an der US-Amerikanischen „Green Card“ orientieren soll. Wann sie wirklich kommen soll und wie sie ausgestaltet sein wird, ist noch nicht im Detail bekannt.²⁹⁰

Weiters soll demnächst der „**Nationale Aktionsplan Integration**“²⁹¹ vorgestellt werden, welcher „erstmal eine strategische Steuerung für alle integrationspolitischen Aktivitäten von Bundesministerien, Ländern, Städten, Gemeinden und Sozialpartnern“ darstellt und „die Kontinuität der bisherigen integrationspolitischen Initiativen der Bundesregierung“ sichern soll.²⁹² Koordinierendes Ressort ist das BMI. Erste Details wurden Mitte Dezember 2009 bekannt gegeben: Der 38-seitige Aktionsplan sieht unter anderem vor, dass MigrantInnen sich schon vor ihrer Einreise nach Österreich Deutschkenntnisse aneignen sollen.²⁹³ Drittstaatsangehörige, die bereits in Österreich aufhältig sind, sollen zur Verbesserung ihrer Sprachkenntnisse auf Niveau B1²⁹⁴ (bisher: Niveau A2) des europäischen Sprachreferenzrahmens²⁹⁵ verpflichtet werden. Der Aktionsplan soll noch im Jänner 2010 vom Ministerrat beschlossen werden. Welche Auswirkungen er auf binationale Ehepaare haben wird, ist noch nicht abschätzbar, es kann aber davon ausgegangen werden, dass mehr Pflichten auf Drittstaatsangehörige in Bezug auf deren Integration zukommen werden. Von mehr Rechten ist leider nicht die Rede.

²⁹⁰ Vgl N.N.: „Von der Green Card bis zur Blue Card“, Der Standard, Printausgabe vom 27.1.2009, online unter <http://derstandard.at/fs/1231152910075> (3.1.2010)

²⁹¹ Vgl Homepage des Österreichischen Integrationsfonds, Nationaler Aktionsplan Integration, online unter http://www.integrationsfonds.at/nap/nationaler_aktionsplan_fuer_integration/ (3.1.2010)

²⁹² Ibid.

²⁹³ Vgl N.N.: „Fekter: Deutsch vor der Einreise lernen“, Die Presse, Printausgabe vom 16.12.2009, online unter <http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/528404/index.do?from=suche.intern.portal> (3.1.2010)

²⁹⁴ Selbstständige Sprachverwendung – dies bedeutet, eine Person „kann die Hauptpunkte verstehen, wenn klare Standardsprache verwendet wird und wenn es um vertraute Dinge aus Arbeit, Schule, Freizeit usw. geht. Kann die meisten Situationen bewältigen, denen man auf Reisen im Sprachgebiet begegnet. Kann sich einfach und zusammenhängend über vertraute Themen und persönliche Interessengebiete äußern. Kann über Erfahrungen und Ereignisse berichten, Träume, Hoffnungen und Ziele beschreiben und zu Plänen und Ansichten kurze Begründungen oder Erklärungen geben.“

²⁹⁵ Englische Originalversion: http://www.coe.int/T/DG4/Linguistic/CADRE_EN.asp (3.1.2010); deutsche Übersetzung: <http://www.goethe.de/z/50/commeuro/303.htm> (3.1.2010)

Literaturverzeichnis

Aufsätze:

- *Bruckner, René/ Doskoszil, Hans-Peter/ Marth, Thomas:* Fremdenrechtspaket 2005, in: Öffentliche Sicherheit, 9-10/2005, 99ff
- *Funk, Bernd-Christian:* Aufenthaltsrecht – Fremdenrechtspaket – Menschenrechte – Über vorrechtsstaatliche Mechanismen im Polizeistaat, in: Juridikum – Zeitschrift im Rechtsstaat 2007, 176f
- *Heißl, Gregor:* Aufenthaltsverbote – Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und Regelungen des FPG 2005, in: migraLex – Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht 2008, 46-53
- *Klingenbrunner, Alexander:* Die Fremdenrechtsnovelle 2009, in: migraLex – Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht 2009, 38-44
- *Matt, Eva/ Wagner, Nicole:* „Bleiberecht“, in: migraLex – Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht 2008, 42-44
- *Muzak, Gerhard:* „Bleiberecht“ für integrierte Fremde nach negativer Asylentscheidung? In: migraLex – Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht 2007, 79f
- *Muzak, Gerhard:* Entscheidungsbesprechung zu: VfGH 03.03.2008, B 825/07, in: migraLex – Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht 2008, 74
- *Pflug, Denise-Amélie:* Verletzung des Art 8 MRK durch ein Aufenthaltsverbot – Besprechung der Urteile des EMGR in der Rechtssache Maslov, in: migraLex – Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht 2008, 97-101
- *Ramin, Ralf:* Die Rechtsstellung der Unionsbürger nach dem Fremdenrechtspaket 2005, in: migraLex 2006, 13-24
- *Stern, Joachim:* Zwischen permanentem Aufenthaltsrecht und Staatsbürgerschaft, in: migraLex – Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht 2007, 91-102
- *Szymanski, Wolf:* Besprechung zu: VfGH 03.03.2007, B 1019/06, in: in: migraLex – Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht 2007, 104f
- *Wagner, Nicole:* Besprechung zu: VfGH 29.09.2007, B 328/07, in: migraLex – Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht 2008, 43f

Monographien:

- *Abermann, Julia*: Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis. LexisNexis ARD ORAC, Wien 2007
- *Amnesty International (Hg)*: Amnesty International Report 2009 zur weltweiten Lage der Menschenrechte. S. Fischer Verlag, Frankfurt am Main 2009
- *Bachmann, Susanne/ Baumgartner, G./ Feik, R./ Giese, Karim J./ Jahne, D./ Lienbacher, G. (Hg)*: Besonderes Verwaltungsrecht⁷. Springer Verlag, Wien 2008
- *Bichl, Norbert/ Schmid, Christian/ Szymanski, Wolf*: Das neue Recht der Arbeitsmigration. NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien – Graz 2006
- *Breitenmoser, Stephan*: Die Bedeutung der EMRK im Ausländerrecht. In: *Renzikowski, Joachim (Hg)*: Die EMRK im Privat-, Straf- und öffentlichen Recht – Grundlagen einer europäischen Rechtskultur. Schulthess Verlag, Zürich 2004
- *Bruckner, René/ Doskoszil, Hans-Peter/ Marth, Thomas/ Taucher, Wolfgang/ Vogl, Mathias*: Fremdenrechtspaket³. NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien – Graz 2008
- *Davy, Ulrike (Hg)*: Die Integration von Einwanderern – Rechtliche Regelungen im Europäischen Vergleich. Campus Verlag, Wien 2001
- *Deutsch, Hermann/ Neurath, Erich/ Nowotny, Ingrid/ Seitz, Reinhard*: Ausländerbeschäftigungsrecht (Loseblattausgabe). ÖGB Verlag, Wien (Stand: 1.5.2009)
- *Frowein, Jochen Abr./ Peukert, Wolfgang*: Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar². N.P. Engel Verlag, Kehl a. Rh. 1996
- *Funk, Bernd-Christian*: Einführung in das österreichische Verfassungsrecht¹³. Leykam, Graz 2007.
- *Grabenwarter, Christoph*: Europäische Menschenrechtskonvention³. Beck, München 2008
- *Günes, Levent*: Europäischer Ausweisungsschutz. Nomos, Baden-Baden 2009
- *Hengstschläger, Johannes*: Verwaltungsverfahrensrecht⁴. Facultas Verlag, Wien 2009
- *Hund, Michael/ Kluth, Winfried/ Maaßen, Hans-Georg (Hg)*: Zuwanderungsrecht. Nomos, Baden-Baden 2008
- *Körner, Berndt/ Schindler, Thomas/ Widermann, Peter*: Fremdenrecht – Praxiskommentar. Juridica, Wien 2006

- *Kutscher, Norbert/ Poschalko, Nora/ Schmalzl, Christian*: Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht – Leitfaden zum NAG. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2006
- *Kucsko-Stadlmayer, Gabriele/ Mayer, Heinz/ Walter, Robert*: Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007
- *Meyer-Ladewig, Jens*: Europäische Menschenrechtskonvention - Handkommentar². Nomos, Baden-Baden 2006
- *Peyrl, Johannes/ Schumacher, Sebastian*: Fremdenrecht². ÖGB Verlag, Wien 2006
- *Riel, Ernst/ Schrefler-König, Alexandra/ Szymanski, Wolf/ Wollner, Jochen*: Fremdenpolizeigesetz. Juridica, Wien 2006
- *Sander, Dirk*: Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Band 139. In: *Magiera/Merten/Niedobitek/Sommermann (Hg)*: Schriften zum Europäischen Recht. Duncker & Humblot, Berlin 2008
- *Schumacher, Sebastian*: Fremden- und Asylrecht. Skriptum für den Studiengang Sozialarbeit, FH Campus, Wien 2006
- *Villiger, Mark E.*: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage². Schulthess Verlag Zürich, 1999

Internet:

- *Bundeskanzleramt Verfassungsdienst*: Rechtsgutachten zu den Rechtssachen Metock und Sahin, online unter www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=33397 (3.1.2010)
- *Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz*: Aktuelle Sozialhilfe-Richtsätze der Bundesländer, online unter <http://www.bmask.gv.at/cms/site/liste.html?channel=CH0607> (3.1.2010)
- *Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten*: Liste der österreichischen Vertretungsbehörden im Ausland, online unter http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/oracle/oe_vertretungen_de.pdf (3.1.2010)
- *Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten*: Informationen zu den österreichischen Tätigkeiten im Bereich der Bekämpfung des Menschenhandels, online unter

<http://www.bmeia.gv.at/aussenministerium/aussenpolitik/menschenrechte/schwerpunktt Themen/kampf-gegen-menschenhandel.html> (3.1.2010)

- *Bundesministerium für Inneres (Hg)*: Handbuch zum NAG. Stand: 1.9.2006, online unter http://www.gruene.at/uploads/media/nag_02.pdf (3.1.2010)
- *Bundesministerium für Inneres (Hg)*: Informationsbroschüre über die Unterhaltsberechnung im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz. Stand: 01.05.2009, online unter http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Niederlassung/allg_infos_neu/Informationsbroschuer e ueber die Unterhaltsberechnung im NAG Mai 2009.pdf (3.1.2010)
- *Bundesministeriums für Inneres*: Statistiken zu Niederlassung und Aufenthalt, online unter http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Niederlassung/statistiken/ (3.1.2010)
- *Europäische Kommission*: Liste der designierten Mitglieder der Barroso-Kommission 2009 – 2014, online unter http://ec.europa.eu/commission_designate_2009-2014/index_de.htm (3.1.2010)
- *Europarat*: Europäischer Sprachreferenzrahmen, online unter http://www.coe.int/T/DG4/Linguistic/CADRE_EN.asp (3.1.2010)
[deutsche Übersetzung des Goethe-Instituts:
<http://www.goethe.de/z/50/commeuro/303.htm> (3.1.2010)]
- *Österreichischer Integrationsfonds*: Nationaler Aktionsplan Integration, online unter http://www.integrationsfonds.at/nap/nationaler_aktionsplan_fuer_integration/ (3.1.2010)
- *Wirtschaftsammer Österreich*: „Grundsatzvereinbarung zum Mindestlohn von 1000 Euro“, abgeschlossen zwischen ÖGB und WKO, online unter http://www.oegb.at/servlet/ContentServer?pagename=OEGBZ/Page/OEGBZ_Index&n=OEGBZ_Suche.a&cid=1182957338210# (3.1.2010)

Printmedien:

- *Brickner, Irene*: Humanitärer Aufenthalt – Nur in Einzelfällen hilfreich. In: Der Standard, Printausgabe vom 5.8.2009, online abrufbar unter: <http://derstandard.at/1246543720234> (3.1.2010)
- *Chalupka, Michael*: Unbarmherziges Gnadenrecht. In: Die Presse, Printausgabe vom 9.1. 2009, online abrufbar unter: <http://diepresse.com/home/meinung/gastkommentar/442457/index.do> (3.1.2010)

- *Honsig-Erlenburg, Manuela*: „Es gibt keine Alternative zum Zusammenleben“. In: Der Standard Online, 27.3.2009, abrufbar unter: <http://derstandard.at/2775651/Es-gibt-keine-Alternative-zum-Zusammenleben> (3.1.2010)
- *John, Gerald*: Bleiberecht: Fekter ändert ihren Entwurf. In: Der Standard, Printausgabe vom 23.1.2009, online abrufbar unter <http://derstandard.at/fs/1231152556501/Auf-Druck-von-Landeschefs-Bleiberecht-Fekter-aendert-ihren-Entwurf> (3.1.2010)
- *Sterkl, Maria*: „Nicht nur schneller, sondern auch schlechter“. In: Der Standard Online, 4.5.2009, abrufbar unter: <http://derstandard.at/1240550463128/Nicht-nur-schneller-sondern-auch-schlechter> (3.1.2010)
- *Sterkl, Maria*: Hansi Hinterseer im Paradies. In: Der Standard Online, 9.10.2008, abrufbar unter: <http://derstandard.at/fs/1220460337484/Hansi-Hinterseer-im-Paradies> (3.1.2010)
- *Sterkl, Maria*: „Jede Schätzung ist unseriös“. In: Der Standard Online, 27.2.2007, abrufbar unter: <http://derstandard.at/2781620/Jede-Schaumlitzung-ist-unserioumls> (3.1.2010)
- *Weinhäupl, Heidi*: „Das Gefühl, nach Hause zu kommen“. In: Der Standard Online, 19.5.2009, abrufbar unter: <http://derstandard.at/2885656/Das-Gefuehl-nach-Hause-zu-kommen> (3.1.2010)
- *Weinhäupl, Heidi*: Analyse: „Seriöse Schätzungen“ und der Generalverdacht. In: Der Standard Online, 27.2.2007, abrufbar unter: <http://derstandard.at/fs/2784701/bAnalyseb-Serioese-Schaetzungen-und-der-Generalverdacht> (3.1.2010)
- *N.N.*: Hintergrund: Fremdenrechtspaket 2006. In: Der Standard Online, 4.12.2006, abrufbar unter: <http://derstandard.at/2683431/bHintergrund-bFremdenrechtspaket-2006> (3.1.2010)
- *N.N.*: „Rot-Weiß-Rot-Card soll schon 2010 Zuzug regeln“, APA-Meldung vom 26.1.2009, Die Presse Online, <http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/447078/index.do> (3.1.2010)
- *N.N.*: „Von der Green Card bis zur Blue Card“, Der Standard, Printausgabe vom 27.1.2009, online unter <http://derstandard.at/fs/1231152910075> (3.1.2010)

- *N.N.*: „Arbeitsmarkt: EU billigt Verlängerung der Übergangsfrist“, APA-Meldung vom 8.6.2009, Die Presse Online,
<http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/485681/index.do?from=simarchiv>
(3.1.2010)
- *N.N.*: „Fekter: Deutsch vor der Einreise lernen“, Die Presse, Printausgabe vom 16.12.2009, online unter
<http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/528404/index.do?from=suche.intern.portal> (3.1.2010)
- Dossier Binationale Ehen, Der Standard Online,
<http://derstandard.at/r5235/Binationale-Ehen> (3.1.2010)

Interviews:

- *Angela Magenheimer*, Obfrau der Initiative „Ehe ohne Grenzen“, am 25.08.2008 im Wiener Büro von EOG, Zollergasse 15, 1070 Wien
- *DI Peter Marhold*, Helping Hands, am 26.08.2008 im Wiener Büro von Helping Hands, Taubstummengasse 7-9, 1040 Wien
- *Botschafter Dr. Christian Fellner*, ehem. Österreichischer Botschafter in Abuja/Nigeria, am 15.9.2009 im Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten, Sektion IV, Herrengasse 13, 1014 Wien

Sonstige Quellen:

- *Dr. Alexander Janda*, Geschäftsführer des österreichischen Integrationsfonds, Vortrag im BMeiA am 3.4.2009

Ebenfalls zu empfehlen:

- www.integration.at
- www.bmi.gv.at
- www.ehe-ohne-grenzen.at
- www.menschenrechtsbeirat.at
- www.helpinghands.at

Rechtsquellenverzeichnis

Völkerrecht

Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), BGBl Nr 210/1958 idF BGBl III Nr. 179/2002

Genfer Flüchtlingskonvention (GFK), BGBl 1955/55 idF BGBl 1974/78

Europarecht

Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl 2004 L 158

Richtlinie 2004/114/EG über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst, ABl 2004 L 375

Richtlinie 2004/81/EG über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren, ABl 2004 L 261

Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl 2004 L 158

Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl 2004 L 16

Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl 2003 L 251

Richtlinie 2005/71/EG vom 12. Oktober 2005 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, ABl 2005 L 289

Verordnung (EG) Nr. 1030/2002 zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige, ABl 2002 L 157

Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen), ABl 1994 L 1

Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl 2004 L 117

Assoziationsabkommen EWG-Türkei (1963), ABl 1964 Nr. 217 idF ABl 2003 L 145

Innerstaatliches Recht

Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG), BGBl I Nr. 100/2005, idF BGBl I Nr. 135/2009

Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG), BGBl I Nr. 100/2005, idF BGBl I Nr. 135/2009

Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz - AsylG 2005), BGBl I Nr. 100/2005, idF BGBl I Nr. 135/2009

Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Gebührengesetz 1957, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009); BGBl I Nr. 122/2009

Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG), BGBl I Nr. 218/1975 idF BGBl I Nr. 135/2009

Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG), BGBl I Nr. 135/2009

Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder (StGG), RGBL. Nr. 142/1867 idF BGBl Nr. 684/1988

Niederlassungsverordnung 2009 (NLV 2009), BGBl II Nr. 460/2008

Kundmachung der ASVG, GSVG, BSVG, B-KUVG - Werte für 2009, BGBl. II Nr. 346/2008

Judikatur

EGMR

- 13.06.1979 *Marckx gg. Belgien*, Nr. 6833/74
- 09.10.1979 *Airey gg. Irland*, Nr. 6289/73
- 22.10.1981 *Dudgeon gg. UK*, Nr. 7525/76
- 26.03.1985 *X und Y gg. Niederlande*, Nr. 8978/80
- 28.05.1985 *Abdulaziz, Cabales und Balkandali gg. UK*, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81
- 27.10.1994 *Kroon u.a. gg. Niederlande*, Nr. 18535/91
- 29.01.1997 *Bouchelkia gg. Frankreich*, Nr. 23078/93
- 22.04.1997 *X, Y und Z gg. UK*, Nr. 21.830/93
- 19.02.1998 *Dalia gg. Frankreich*, Nr. 26102/95
- 24.11.1998 *Mitchell gg. UK*, Nr. 40.447/98
- 18.02.1999 *Matthews gg. UK*, Nr. 24833/94
- 20.06.1999 *Ajayi ua. gg. UK*, Nr. 27663/95
- 21.12.1999 *Salgueiro da Silva Mouta gg. Portugal*, Nr. 33290/96

05.09.2000 *Solomon gg. Niederlande*, Nr. 44.328/98
 06.02.2001 *Bensaid gg. UK*, Nr. 44599/98
 02.08.2001 *Boultif gg. die Schweiz*, Nr. 54273/00
 04.10.2001 *Adam gg. Deutschland*, Nr. 43.359/98
 20.06.2002 *Al-Nashif gg. Bulgarien*, Nr. 50.963/99,
 11.07.2002 *Amroullahi gg. Dänemark*, Nr. 56811/00
 31.10.2002 *Yildiz gg. Österreich*, Nr. 37295/97
 09.10.2003 *Slivenko gg. Lettland*, Nr. 48.321/99
 22.04.2004 *Radovanovic gg. Österreich*, Nr. 42703
 16.09.2004 *Ghiban gg. Deutschland*, Nr. 11.103/03
 16.06.2005 *Sisojeva gg. Lettland*, Nr. 60.654/00
 01.12.2005 *Tuquabo-Tekle u.a. gg. Niederlande*, Nr. 60665/00
 31.01.2006 *Sezen gg. Niederlande*, Nr. 50252/99
 31.01.2006 *Rodrigues da Silva und Hoogkamer gg. Niederlande*, Nr. 50.435/99
 11.04.2006 *Useinov gg. Niederlande*, Nr. 61.292/00
 11.07.2006 *Savoia und Bounegru gg. Italien*, Nr. 8407/05
 11.07.2006 *Walter gg. Italien*, Nr. 18059/06
 18.10.2006 *Üner gg. Niederlande*, Nr. 46410/99
 28.06.2007 *Kaya gg. Deutschland*, Nr. 31753/02
 23.06.2008 *Maslov gg. Österreich*, Nr. 1638/03

EKMR

Entsch. vom 30.6.1959 *X gg. Schweden*, Yearbook II (1958-1959)
 Entsch. vom 14.5.1986 *S. gg. UK*, Nr. 11716/85
 Entsch. vom 14.12.1988 *Khanam gg. UK*, Nr. 14112/88
 Entsch. vom 16.1.1996 *Yavuz gg. Österreich*, Nr. 25050/94

EuGH

18.10.2004, C-200/02 *Zhu und Chen gg. Vereinigtes Königreich*
 25.07.2008, C-127/08 *Metock gg. Irland*
 19.12.2008, C-551/07 *Sahin gg. Deutschland*

VfGH

27.06.1996, B 1838/94
 12.12.2003, VfSlg 17098
 14.10.2004, VfSlg 17377
 29.09.2007, B 328/07
 13.10.2007, B 1462/06-10
 13.03.2008, B 1032/07
 10.06.2008, B 1327/07
 27.06.2008, G 246, 247/07 ua.

VwGH

25.11.1993, 93/18/0524

14.06.2007, 2007/18/0209

23.10.2008, 2007/21/0335

03.04.2009, 2008/22/0711

04.11.2008, 2008/22/0044