

Gutachten

Beschäftigung von Asylsuchenden in Mangelberufen und die Zulässigkeit von Rückkehrentscheidungen

erstattet von

Mag. Adel-Naim Reyhani

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte

E-Mail: adel-naim.reyhani@univie.ac.at

Tel: +43 (1) 4277 27450

und

Univ.-Prof. Dr. Manfred Nowak, LL.M.

Professor für Internationales Recht und Menschenrechte an der Universität Wien

Leiter des Universitätslehrgangs Vienna Master of Arts in Human Rights

Leiter des interdisziplinären Forschungszentrums Menschenrechte der Universität Wien

Generalsekretär des European Interuniversity Centre for Human Rights and

Democratisation in Venedig

Wissenschaftlicher Leiter des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte

E-Mail: manfred.nowak@univie.ac.at

Tel: +43 (1) 4277 35310

Wien, 4. Juli 2018

Inhaltsverzeichnis

1. Fragestellung	1
2. Das Recht auf Achtung des Privatlebens	1
2.1 Schutzbereich und Eingriff.....	2
2.2 Rechtfertigung	3
a. Gesetzliche Grundlage	4
b. Legitimes Ziel.....	4
c. Notwendigkeit in demokratischer Gesellschaft	5
3. Anwendung	8
4. Fazit.....	11

1. Fragestellung

Im Auftrag des Landesrates in Oberösterreich für Integration, Umwelt, Klima- und KonsumentInnenenschutz, Rudolf Anschöber, wird nachfolgendes Rechtsgutachten erstattet. Gegenstand des Gutachtens ist die Interessenabwägung im Rahmen des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention¹ (EMRK).

Der Auftraggeber möchte im konkreten wissen, inwieweit das in Art 8 Abs 2 EMRK angeführte Ziel des wirtschaftlichen Wohls des Landes im Einzelfall auch für einen Verbleib einer unbescholtenen und gut integrierten Person in Österreich sprechen kann, wenn ihre Beschäftigung in einem Mangelberuf oder Beruf mit Lehrlingsmangel ebendiesem Wohl dient. In diesem Zusammenhang soll auch das Verhältnis zwischen dem Ziel des wirtschaftlichen Wohls und jenem eines geordneten Fremdenwesens behandelt werden.²

Das vorliegende Gutachten wird zunächst den relevanten Rechtsrahmen und dabei insbesondere die einschlägige Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und der österreichischen Gerichtshöfe öffentlichen Rechts darlegen. Auf dieser Basis kann sodann die Beantwortung der Frage ergehen.

2. Das Recht auf Achtung des Privatlebens

Gemäß Art 8 Abs 1 EMRK kommt Personen unabhängig ihres Rechtsstatus der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs zu. Eingriffe in dieses Recht sind nicht ausgeschlossen, bedürfen aber nach Abs 2 einer Rechtfertigung.

Aufenthaltsbeendende Maßnahmen liegen typischer Weise im Anwendungsbereich des Rechts auf Privat- und Familienleben nach Art 8 EMRK. Entsprechend ist in Österreich einfachgesetzlich bestimmt, dass in Asylverfahren – wenn der Antrag auf internationalen Schutz zurück- oder abgewiesen wird oder es zur gänzlichen Aberkennung des Schutzstatus

¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958; die EMRK ist gemäß BVG BGBl. Nr. 59/1964 mit Verfassungsrang ausgestattet.

² Es ist jedoch nicht Gegenstand dieses Gutachtens zu bewerten, inwieweit die Tätigkeit in einem Mangelberuf oder in einem Beruf mit Lehrlingsmangel (aus Perspektive des Gesetzgebers) tatsächlich dem wirtschaftlichen Wohl Österreichs im Zusammenhang mit der Prüfung nach Art 8 Abs 2 dient; es sei allerdings der Verweis erlaubt, dass gem § 13 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) die Festlegung von Mangelberufen der „Sicherung des Wirtschafts- und Beschäftigungsstandortes“ dient und die Erlässe, mit denen die Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen an Asylsuchende in Lehrberufen mit Lehrlingsmangel geregelt wird, ausdrücklich auf das öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interesse nach § 4 Abs 1 AuslBG verweisen.

kommt – vor Erlassung einer Rückkehrentscheidung die Zulässigkeit derselben nach Art 8 EMRK zu prüfen³ und im Falle der Unzulässigkeit ein Aufenthaltstitel auszustellen⁴ ist.

Obleich durch eine Rückkehrentscheidung insbesondere auch das Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK betroffen sein kann, fokussieren die weiteren Ausführungen im Sinne der Fragestellung auf den Bereich des Privatlebens.

2.1 Schutzbereich und Eingriff

Der Begriff Privatleben steht in Verbindung mit der Identität einer Person und hat dabei eine sowohl physische als auch soziale Dimension.⁵ Er ist nach der ständigen Judikatur des EGMR weit zu verstehen und kann nicht abschließend exakt definiert werden.⁶

Er umfasst jedoch jedenfalls einerseits die Sphäre der persönlichen Autonomie und freien Lebensgestaltung,⁷ innerhalb derer der Entwicklung und Erfüllung der Persönlichkeit frei nachgegangen und Beziehungen mit anderen und der Welt etabliert und entwickelt werden können.⁸ Privatleben entsteht dementsprechend durch jene persönlichen, sozialen und wirtschaftlichen Beziehungen, die für das Leben eines Menschen konstitutiv sind.⁹ Geschützt sind somit nicht nur der innere Bereich der eigenen Persönlichkeit, sondern auch Beziehungen zu anderen, wobei eben eine Nähe zur Identität der Person vorliegen muss.¹⁰ Geschäftliche Beziehungen und die Arbeit einer Person können daher ebenfalls von Art 8 Abs 1 EMRK umfasst sein.¹¹

Art 8 Abs 1 EMRK schützt andererseits zudem das Recht auf physische, psychische und moralische Integrität des Einzelnen.¹² In Abgrenzung zum Verbot der unmenschlichen

³ § 9 Abs 1 BFA-VG.

⁴ § 55 AsylG.

⁵ EGMR, S. und Marper gegen das Vereinigte Königreich, 4.12.2008, 30562/04 und 30566/04, Rn 66.

⁶ Vgl Schabas, 2015, *The European Convention on Human Rights*, S. 369; der EGMR bestätigt dies ua in Niemietz gegen Deutschland, 16.12.1992, 13710/88, Rn 29; Pretty gegen das Vereinigte Königreich, 29.4.2002, 2346/02, Rn 61 sowie Peck gegen das Vereinigte Königreich, 28.1.2003, 44647/98, Rn 57.

⁷ Vgl Grabenwarter/Pabel, 2016, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 22, 13-15.

⁸ Vgl Schabas, 2015, S. 369.

⁹ EGMR, Sisojeva ua. gegen Lettland, 16.6.2005, 60654/0.

¹⁰ EGMR, Friend und Countryside Alliance gegen das Vereinigte Königreich, 17.12.2009, 27809/08; Hannover gegen Deutschland (Nr. 2), 7.2.2012, 40660/08 und 60641/08, Rn 95; Niemietz gegen Deutschland, 16.12.1992, Rn 29; Botta gegen Italien, 24.2.1998, 3451/05, Rn 32.

¹¹ Art 8 EMRK umfasst nach der Judikatur des EGMR das Recht, Beziehungen beruflicher oder geschäftlicher Natur zu etablieren (C. gegen Belgien, 7.8.1996, 21794/93; Rn 25; Oleksandr Volkov gegen die Ukraine, 9.1.2013, 21722/11, Rn 165; Niemietz gegen Deutschland, 16.12.1992, 13710/88, Rn 29).

¹² Der Gerichtshof wies darauf erstmals in X und Y gegen die Niederlande (26.3.1985, 8978/80, Rn 22) hin. In Jakupovic gegen Österreich (6.2.2003, 36757/97, Rn 29) hat er dann zB ausgeführt, „dass sehr gewichtige Gründe vorliegen müssen, um die Abschiebung einer Person im Alter von 16 Jahren alleine in ein Land, das gerade eine Phase des bewaffneten Konflikts mit all seinen widrigen Auswirkungen auf die Lebensbedingungen hinter sich gebracht hat, und ohne Hinweise auf nahe Verwandte in diesem Land, zu rechtfertigen.“ Der VfGH (21.9.2015, E 332/2015-14) hat entsprechend anerkannt, dass Art 8 Abs 1 EMRK die psychische und physische Integrität und körperliche Unversehrtheit von Einzelnen schützt und unter anderem

Behandlung nach Art 3 EMRK kommt Art 8 EMRK auch bei leichteren Beeinträchtigungen zur Anwendung,¹³ zB im Bereich drohender Gewalt.¹⁴

Nicht zuletzt da sie die betroffene Person aus ihrem sozialen Umfeld herausreißen,¹⁵ stellen aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegenüber Asylsuchenden nach der Judikatur des EGMR und der österreichischen Gerichte öffentlichen Rechts regelmäßig einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens dar, wobei in diesem Zusammenhang dem Grad der Integration und dabei insbesondere der Dauer und Qualität des Aufenthalts Relevanz zukommt. Eine Jahres-Unter- oder Obergrenze kann nicht festgelegt werden, sondern es ist eine gesamthafte Abwägung in jedem Einzelfall vorzunehmen.¹⁶ Was die Qualität des Aufenthaltes betrifft, so kann die Integration von Einzelnen, die während eines Zeitraums entstanden ist, in der ein unsicherer Aufenthaltsstatus bestand, zwar weniger stark gewertet werden, dies hat aber jedenfalls nicht zur Konsequenz, dass ihr grundsätzlich keine Relevanz zukommt.¹⁷

2.2 Rechtfertigung

Art 8 Abs 2 EMRK bestimmt, dass Eingriffe in den Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens nur gerechtfertigt werden können, wenn sie gesetzlich bestimmt und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind, um zumindest eines der folgenden legitimen Ziele zu verfolgen: nationale Sicherheit, öffentliche Ruhe und Ordnung, wirtschaftliches Wohl des Landes, Verteidigung der Ordnung und Verhinderung von strafbaren Handlungen, Schutz der Gesundheit und der Moral oder Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

ausgeführt, dass bei „der nach Art. 8 EMRK vorzunehmenden Interessenabwägung [...] auch dem Umstand Bedeutung zu[kommt], dass die körperliche Integrität einer Frau im Stadium der fortgeschrittenen Schwangerschaft durch die Erlassung einer Rückkehrentscheidung samt damit verbundener Abschiebung gefährdet bzw. verletzt sein könnte.“ Vgl auch Grabenwarter/Pabel, 2016, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 22, 7.

¹³ EGMR, Juhnke gegen die Türkei, 13.5.2008, 52515/99; oder auch VwGH, 15.10.2015, Ra 2015/20/0218-0211-4.

¹⁴ EGMR, Sandra Janković gegen Kroatien, 5.3.2009, 38478/05, Rn 45; der VwGH (30.6.2016, Ra 2016/21/0038) hat zB ausgesprochen, dass es unter dem Gesichtspunkt des Privatlebens von Bedeutung sei, „welche Verhältnisse die Revisionswerberin konkret bei ihrer Rückkehr nach Nigeria dort vorfinden wird [...] Der Umstand, dass sie [...] von einem Mann bedroht werde, der sie in Richtung Prostitution gedrängt und ihre Reise nach Belgien finanziert habe und dem sie Geld schulde, hätte aber nicht ausgeblendet werden dürfen.“ Besondere Pflichten treffen Staaten gegenüber Kindern (EGMR, Z und andere gegen das Vereinigte Königreich, 10.5.2001, 29392/95, Rn 73; M.P. und andere gegen Bulgarien, 15.11.2011, 22457/08, Rn 108).

¹⁵ Vgl Reid, 2015, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, S. 746.

¹⁶ Vgl Chvosta, *Die Ausweisung von Asylwerbern und Art. 8 MRK*, in ÖJZ 2007, S. 852 ff.

¹⁷ VwGH, 20.10.2016, Ra 2016/21/0271; 2012/21/0212; 17.4.2013, 2013/22/0088; 4.8.2016, Ra 2015/21/2049; 7.11.2012, 2012/18/0057; VfGH 25.2.2013, U 2241/12; 19.6.2015, E 426/2015. Wie Ecker/Ziegelbecker (2017, *Die Rückkehrentscheidung*, in Filzwieser/Taucher, *Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht*, 17, 149) richtigerweise ausführen, ergibt sich aus der Judikatur des VwGH nicht, dass eine in drei Jahren erlangte Integration keine außergewöhnliche Konstellation begründen kann.

a. Gesetzliche Grundlage

Zur Stärkung sowohl des rechtsstaatlichen als auch des demokratischen Prinzips verlangt die EMRK bei jeglichen Eingriffen in das Recht nach Art 8 EMRK eine materiellrechtliche Grundlage. Diese muss jedenfalls auf ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz rückführbar, dem Einzelnen zugänglich und hinreichend bestimmt sein.¹⁸

Beim Erfordernis der gesetzlichen Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit kommt die Judikatur des EGMR im Bereich jener aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, die das Ziel der nationalen Sicherheit verfolgen, insoweit dem staatlichen Spielraum entgegen, als er es nicht als notwendig erachtet, jedes Verhalten, das eine aufenthaltsbeendende Maßnahme nach sich zieht, im Detail festzulegen. Die Notwendigkeit einer nachprüfenden unabhängigen Kontrolle ist hingegen jedoch entsprechend stärker ausgeprägt.¹⁹

b. Legitimes Ziel

Die unterschiedlichen in Abs 2 erwähnten legitimen Ziele werden vom EGMR nicht näher definiert und es scheint, dass der Gerichtshof der Frage nach einem legitimen Ziel keine übermäßig hohe Bedeutung zumisst,²⁰ und es wurde richtigerweise analysiert, dass der Gerichtshof dazu tendiere, eine eher liberale Vorgehensweise zu etablieren, wonach beinahe jegliche staatliche Maßnahme einem Ziel nach Art 8 Abs 2 EMRK dienen könnte.²¹ Der EGMR hat hierzu selbst bemerkt, dass es die Praxis des Gerichtshofs sei, sich bei der Frage des legitimen Ziels knapp zu halten.²²

Gleichzeitig weist die Judikatur des Gerichtshofs jedoch darauf hin, dass Mitgliedstaaten nicht selbst frei wählen können, welches legitime Ziel mit einer spezifischen Maßnahme verfolgt wird. Im Falle von Maßnahmen im Bereich Migrationskontrolle, die der EGMR grundsätzlich als legitim betrachtet, hat er regelmäßig auf das Ziel des wirtschaftlichen Wohls Bezug genommen.²³ In *Berrehab gegen die Niederlande*²⁴ hat er die betroffene Regierung zB korrigiert, um festzuhalten, dass das legitime Ziel im wirtschaftlichen Wohl liege, da es der Regierung in Wirklichkeit darum gegangen sei, den Arbeitsmarkt angesichts der

¹⁸ Vgl Grabenwarter/Pabel, 2016, § 17, 11.

¹⁹ Ibid, § 22, 40.

²⁰ Vgl Schabas, 2015, S. 404; Grabenwarter/Pabel, 2016, § 18, 13.

²¹ Vgl Schabas, 2015, S. 404.

²² EGMR, S.A.S. gegen Frankreich, 1.7.2014, 43835/11.

²³ EGMR, Zakayev und Safanova gegen Russland, 11.2.2010, 11870/03, Rn 40; Osman gegen Dänemark, 14.6.2011, 38058/09, Rn 58; J.M. gegen Schweden (Beschluss), 8.4.2014, 47509/13, Rn 40 sowie F.N. gegen das Vereinigte Königreich (Beschluss), 17.9.2013, 3202/09, Rn 37.

²⁴ EGMR, Berrehab gegen Niederlande, 21.6.1988, 10730/84, Rn 26.

Populationsdichte zu regulieren.²⁵ Bei Fällen, die eine strafrechtliche Verurteilung des Betroffenen bzw die wiederholte Nichteinhaltung der Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen²⁶ beinhalten, hat der Gerichtshof hingegen das legitime Interesse der Verteidigung der Ordnung und Verhinderung von strafbaren Handlungen oder auch die öffentliche Sicherheit bemüht.²⁷

Die Judikatur des VfGH folgt im Wesentlichen dieser Kategorisierung. So stellte der VfGH²⁸ klar, dass das Interesse an einer geordneten Zuwanderung auf das wirtschaftliche Wohl des Landes bezogen ist. Er bestätigt zwar den VwGH,²⁹ wonach den die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Normen aus Sicht der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ein hoher Stellenwert zukommt und dass „beharrliches illegales Verbleiben eines Fremden nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens bzw ein länger dauernder illegaler Aufenthalt eine gewichtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Hinblick auf ein geordnetes Fremdenwesen darstellen würde“,³⁰ doch stehe die Heranziehung des Ziels der öffentlichen Ordnung in Widerspruch zur Judikatur des EGMR, wenn die illegale Einreise zur Asylantragstellung als einzige Verletzung der fremdenrechtlichen Vorschriften vorliege.³¹

c. Notwendigkeit in demokratischer Gesellschaft

Art 8 Abs 1 EMRK normiert nicht nur das Recht von Einzelnen auf Achtung des Privat- und Familienlebens, sondern es beinhaltet darüber hinaus implizit ein staatliches Interesse an der Einhaltung ebendieses Rechts, dessen Aufrechterhaltung „wesentlich auf einem wahrhaft demokratischen politischen Regime“ beruht.³² Folgerichtig sind Eingriffe in das Recht nach

²⁵ Die Annahme, das Interesse an Einwanderungskontrolle könne auch ohne Bezug auf eines der in Art 8 Abs 2 genannten übergeordneten legitimen Ziele bestehen, steht nicht nur in krassem Widerspruch zum Text der Konvention, sondern auch zur dargestellten Judikatur des EGMR. Darin, dass der Gerichtshof selbst in manchen Urteilen nur auf das Ziel der Einwanderungskontrolle hinweist, ohne Bezug zu einem der in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Ziele zu verweisen, kann vor dem Hintergrund der gefestigten Judikatur – auch des VfGH – wonach Zuwanderungskontrolle dem wirtschaftlichen Wohl dient, keine dieser Judikatur widersprechende Aussage gesehen werden und ist dem EGMR auch nicht vorzuwerfen, dass er nicht in jedem Urteil auf bekannte Interpretationen hinweist.

²⁶ EGMR, Kahadawa Arachchige und andere gegen Zypern, 19.6.2018, 16870/11, 16874/11 und 16879/11 uva.

²⁷ EGMR, Bouchelkia gegen Frankreich, 29.1.1997, 23078/93, Rn 44; Boujlifa gegen Frankreich, 21.10.1997, 25404/94, Rn 39; Boulitif gegen die Schweiz, 2.8.2001, 54273/00, Rn 45; Üner gegen die Niederlande, 18.10.2007, 46410/99, Rn 61, und Onur gegen das Vereinigte Königreich, 17.2.2009, 27319/07.

²⁸ VfGH, 18.1.2010, U2839/09.

²⁹ VwGH, 31.10.2002, 2002/18/0190; VwGH, 16.11.2001, 2000/18/0251, uva.

³⁰ VfGH, 28.1.2010, U2839/09.

³¹ Der VfGH (6.6.2014, U145/2014) hat klargestellt, dass eine einmalige unregelmäßige Einreise zur Stellung eines Asylantrages nicht zulässt, die aufenthaltsbeendende Maßnahme mit dem Ziel der öffentlichen Ordnung zu rechtfertigen.

³² Die Präambel zur EMRK formuliert dieses Prinzip wie folgt: „unter erneuter Bekräftigung ihres tiefen Glaubens an diese Grundfreiheiten, welche die Grundlage der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt bilden, und deren Aufrechterhaltung wesentlich auf einem wahrhaft demokratischen politischen Regime

Art 8 EMRK als eng konstruierte Ausnahme immer nur dann zulässig, wenn sie in einer demokratischen Gesellschaft und in Abwägung mit dem im Einzelfall durch den Eingriff entstehenden Schaden notwendig sind. Und es liegt regelmäßig an den Behörden, die Rechtfertigung für den Eingriff darzulegen.³³

Diesbezüglich hat der Gerichtshof erläutert, dass sich der Begriff der „Notwendigkeit“ auf die Existenz eines „dringenden sozialen Bedürfnisses“ bezieht. Nationale Behörden müssen in jedem Einzelfall eine Einschätzung dieses Bedürfnisses vornehmen – wobei ihnen hierbei ein Ermessensspielraum (*margin of appreciation*) zugestanden wird – und die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs im Hinblick auf das zu schützende Recht darlegen. Eingriffe in das Recht nach Art 8 Abs 1 in Form einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme stellen nur dann keine Verletzung der Konvention dar, wenn das Interesse an der Erreichung eines der in Art 8 Abs 1 genannten Ziele durch diese Aufenthaltsbeendigung in einer demokratischen Gesellschaft als gewichtiger zu werten ist als das Interesse am Verbleib im Land.³⁴

Die österreichische Judikatur und Gesetzgebung haben eine Reihe von Kriterien aus der Judikatur des EGMR übernommen, die bei einer solchen in Form einer Gesamtbetrachtung, die auf alle Umstände des Einzelfalls Bedacht nimmt,³⁵ jedenfalls zu berücksichtigen sind.³⁶ Im Hinblick auf das Privatleben sind das: die Art des Aufenthalts sowie die Aufenthaltsdauer (jedoch ohne Bindung an fixe Vorgaben), die Schutzwürdigkeit des Privatlebens, der Grad der Integration (der sich in der Selbsterhaltungsfähigkeit, der Schulausbildung, der Berufsausbildung, der Teilnahme am sozialen Leben, der Beschäftigung und ähnlichen Umständen manifestiert), die Bindungen zum Heimatstaat, die strafgerichtliche Unbescholtenheit, die Einhaltung des Asyl-, Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts, der Zeitpunkt der Entstehung des Privatlebens im Bezug zum Bewusstsein des unsicheren Aufenthaltsstatus sowie die Frage, ob die Aufenthaltsdauer den Behörden zurechenbar ist.³⁷

einerseits und auf einer gemeinsamen Auffassung und Achtung der Menschenrechte andererseits beruht, von denen sie sich herleiten“.

³³ EGMR, Dudgeon gegen das Vereinigte Königreich, 22.10.1981, 7525/76, Rn 52.

³⁴ EGMR, Z gegen Finnland, 25.2.1997, 22009/93, Rn 94; Dudgeon gegen das Vereinigte Königreich, 22.10.1981, 7525/76, Rn 51-53.

³⁵ Der VwGH (29.2.2012, 2010/21/0310 bis 0314, uva) formuliert die Notwendigkeit der gesamthaften Einzelfallprüfung wie folgt: „unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalls eine gewichtende Abwägung des öffentlichen Interesses an einer Aufenthaltsbeendigung mit den gegenläufigen privaten und familiären Interessen [...]“.

³⁶ § 9 Abs. 2 BFA-VG sowie VfSlg. 18.224/2007; VwGH 26.6.2007, 2007/01/0479; 26.1.2006, 2002/20/0423.

³⁷ Für eine systematische Darstellung siehe Ecker/Ziegelbecker, 2017, *Die Rückkehrentscheidung*, in Filzwieser/Taucher, *Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht*, 17, 147-159; was die Aufenthaltsdauer betrifft, hat der VfGH (3.10.2013, U477/2013) zB bei einem beinahe vierjährigen Aufenthalt, der auf die Untätigkeit des Asylgerichtshofs zurückzuführen war, eine Verletzung von Art 8 EMRK festgestellt.

Diese Liste gibt die einschlägige Judikatur jedoch nicht vollständig wieder. Hinzuzufügen ist für die Zwecke dieses Gutachtens jedenfalls die Dimension der physischen Integrität oder Unversehrtheit³⁸, die Berücksichtigung des Kindeswohls,³⁹ sowie die Frage, ob der Aufenthalt vom Inland aus legalisiert werden kann.⁴⁰

Die Interessenabwägung soll eben eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls vornehmen. Die Betonung dieser Notwendigkeit hat nach der Rechtsprechung des EGMR auch den Sinn, einen übermäßig formalistischen Ansatz und eine schematische Anwendung des nationalen Rechts zu vermeiden.⁴¹

Was das legitime öffentliche Interesse an Zuwanderungskontrolle im Hinblick auf das wirtschaftliche Wohl des Landes betrifft, ist es richtig, dass der EGMR in Fällen, in denen der betroffenen Person kein über die Zeit des Asylverfahrens hinausgehendes Aufenthaltsrecht zukommt, wiederholt vom Bestehen eines gewichtigen legitimen Interesses hinsichtlich der Aufenthaltsbeendigung und von einem weiten Ermessensspielraum für Staaten ausgeht. Aus gefestigter Judikatur kann jedoch abgeleitet werden, dass die Annahme des Bestehens eines hinreichend gewichtigen öffentlichen Interesses durch ein spezifisches Verhalten der betroffenen Person⁴², das Nicht-Vorgehen des Staates gegen einen langjährigen unrechtmäßigen Aufenthalt⁴³ sowie die Tatsache, dass die Verfahrensdauer dem Staat zuzurechnen ist,⁴⁴ entkräftet oder geschwächt werden kann.⁴⁵ In diesem Sinne hat der Gerichtshof zB in der Sache *Butt gegen Norwegen* ausgeführt, dass es in Anbetracht der

³⁸ VwGH, 30.6.2016, 2016/21/0038; EGMR, F. G. gegen Schweden, 23.3.2016, 43611/11.

³⁹ Im Rahmen der Kindeswohlprüfung ist vor allem relevant: welche Schwierigkeit im Herkunftsland zu erwarten sind und inwieweit Bindungen dorthin bestehen (EGMR, Üner gegen die Niederlande, 18.10.2007, 46410/9, Rn 58; Udeh gegen die Schweiz, 16.4.2013, 12020/09, Rn 52); dass es praktische Hürden bei der Antragstellung vom Ausland gegeben könnte, dass Minderjährigen die Verletzung von Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen (VfGH 07.10.2014, U 2459/2012 ua) und das Bewusstsein über den unsicheren Aufenthaltsstatus (VfSlg 19.086/2010, 19.357/2011, 19.612/2011, 19.752/2013) nicht in gleichem Maß wie Erwachsenen zugerechnet werden kann sowie die Dauer des Aufenthaltes im Hinblick auf das Alter bei der Einreise (VwGH, 14.4.2016, Ra 2016/21/0029).

⁴⁰ VfGH, 22.6.2009, U1031/09; VwGH, 26.1.2012, 2008/21/0162; uva.

⁴¹ EGMR, Penchevi gegen Bulgarien, 10.2.2015, 77818/12, Rn 57; vgl auch Grabenwarter/Pabel, 2016, § 22, 46.

⁴² EGMR, Boultif gegen die Schweiz, 2.8.2001, 54273/00; Maslov gegen Österreich, 12.2.2010, 1638/03; A.H. Khan gegen die Niederlande, 20.12.2011, 6222/10.

⁴³ EMGR, Butt gegen Norwegen, 4.12.2012, 47017/09.

⁴⁴ VfGH, 13.3.2008, B1032/07; 6.6.2014, U145/2014; VfGH, 3.10.2013, U477/2013 sowie EGMR, B.A.C. gegen Griechenland, 13.10.2016, 11981/15; es trifft die Staaten auch eine positive Verpflichtung nach Art 8, für eine angemessene Verfahrensdauer zu sorgen; vgl auch Chvosta, 2007, S. 857; Putzer, 2011, *Leitfaden Asylrecht*, Rn 337a.

⁴⁵ In diesem Sinne hat der Gerichtshof zB ausgeführt, dass die Regierung im Falle einer straffälligen Person, die sich lobenswerterweise bemüht hat, sich zu rehabilitieren und wieder in die Gesellschaft zu integrieren, die Annahme, dass die Person die Ordnung gefährden oder in kriminellen Aktivitäten verwickelt sein wird, zusätzlich zu untermauern hat (EGMR, A.A. gegen das Vereinigte Königreich, 20.12.2011, 8000/08).

ungewöhnlich langen Dauer des unrechtmäßigen Aufenthalts des Betroffenen fragwürdig sei, ob allgemeinen Überlegungen der Migrationspolitik ausreichendes Gewicht zukäme.⁴⁶

3. Anwendung

Dem vorliegenden Gutachten liegt die spezifische Konstellation zugrunde, in der unbescholtene Asylsuchende in Mangelberufen bzw Berufen mit Lehrlingsmangel tätig sind und damit dem wirtschaftlichen Wohl des Landes dienen. Setzt man entsprechend der dargestellten Rechtslage voraus, dass eine Rückkehrentscheidung in einem derartigen Fall regelmäßig in das Recht nach Art 8 Abs 1 EMRK eingreift sowie eine gesetzliche Grundlage dafür besteht, muss sodann nach dem Bestehen eines legitimen Ziels für einen Eingriff und dessen Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft gefragt werden.

Eine berufliche Tätigkeit ist im Rahmen von Art 8 EMRK zunächst als Faktor zu werten, der dem Interesse des Einzelnen am weiteren Aufenthalt mehr Gewicht verleiht. Doch wenn eine Beschäftigung zudem dem wirtschaftlichen Wohl des Landes dient, ist gleichermaßen das staatliche Interesse betroffen. Wie ist also damit umzugehen, wenn das Ziel des wirtschaftlichen Wohls nicht nur abstrakt im Hinblick auf die Kontrolle der Zuwanderung schlagend wird, sondern es gleichzeitig ein konkretes Interesse an der Weiterführung der beruflichen Tätigkeit von Asylsuchenden und somit deren Aufenthalt im Land hervorbringt?

Aus der hier betrachteten Judikatur lassen sich ausreichend Hinweise auf eine Antwort gewinnen. Zunächst ist festzuhalten, dass es für Staaten entsprechend dem Erfordernis der gesamthaften Einzelfallprüfung im Hinblick auf alle maßgeblichen Umstände des Falls, die eine schematische und formalistische Vorgehensweise hintanstellt, nicht ausreichen kann, das Bestehen eines starken öffentlichen Interesses losgelöst vom vorliegenden Sachverhalt zu begründen. So genügt auch nicht die allgemeine Behauptung, ein Eingriff in Art 8 Abs 1 EMRK wäre dringend notwendig, um ein geordnetes Fremdenwesen aufrechtzuerhalten. Vielmehr ist vor jeder Rückkehrentscheidung zu prüfen, inwieweit die besonderen Umstände des Einzelfalls die Schlussfolgerung zulassen, dass mit dieser tatsächlich ein hinreichend gewichtiges Interesse bezogen auf ein legitimes Ziel nach Art 8 Abs 2 EMRK verfolgt wird. Es wäre mit der Notwendigkeit der Gesamtbetrachtung nicht vereinbar, wenn einzelne Aspekte des Sachverhalts – zB dass es sich eben um eine Beschäftigung in einem Mangelberuf handelt, deren Fortführung im wirtschaftlichen Interesse des Landes liegt – gänzlich von der Interessenabwägung ausgenommen werden.

⁴⁶ EMGR, Butt gegen Norwegen, 4.12.2012, 47017/09, Rn 85.

Eine solche Prüfung der Spezifika des Einzelfalls, die ua durch Ausübung eines schutzwürdigen Privatlebens entstehen, kann dazu führen, dass das öffentliche Interesse an einem legitimen Ziel nach Art 8 Abs 2 EMRK als abgeschwächt oder entkräftet erachtet werden muss. So mindert, wie oben dargestellt, zB ein langer sogar unrechtmäßiger Aufenthalt das öffentliche Interesse an einer Aufenthaltsbeendigung. Zudem entspricht es der Rechtsprechung des EGMR, dass – in Fällen, in denen die betroffene Person straffällig geworden war – der Zeitraum zwischen der Begehung einer Straftat und das Verhalten der betroffenen Person in diesem für die Beantwortung der Frage, inwieweit ein Eingriff in Art 8 Abs 1 EMRK statthaft ist, besonders bedeutsam sind. Wenn eine Person sich rehabilitiert und wieder in die Gesellschaft integriert – weshalb das Risiko einer weiteren strafbaren Handlung gering erscheint – liegt es an der Regierung, die Annahme des Bestehens eines gewichtigen Interesses, das höher wiegt als das Privatinteresse, gegebenenfalls durch weitere Argumente zu untermauern.

Zumindest gleiches muss in Fällen mit Bezug auf das wirtschaftliche Wohl des Landes gelten, in denen die betroffene Person unbescholten ist und auch keine wiederholten Missachtungen der Einreise- oder Aufenthaltsbestimmungen vorliegen. Trägt eine von einer Rückkehrentscheidung betroffene Person, bei der sonst angenommen würde, sie auszuweisen diene dem wirtschaftlichen Wohl des Landes, durch ein staatlich erwünschtes und gefördertes sowie von Art 8 Abs 1 EMRK geschütztes Verhalten, das sie nur fortsetzen kann, wenn ihr ein Aufenthaltsrecht nach Ende eines sonst negativ beschiedenen Asylverfahrens gewährt wird, zu ebendiesem wirtschaftlichen Wohl des Landes bei, ist dies für die Interessenabwägung jedenfalls von Relevanz. Es ist daher Aufgabe der Behörden, mit über den allgemeinen Verweis auf das Interesse an einem geordneten Fremdenwesen hinausreichenden Argumenten zu untermauern, weshalb eine Aufenthaltsbeendigung in einer demokratischen Gesellschaft ein drängendes Bedürfnis darstellt.⁴⁷ Denn in einer solchen Konstellation kann die dem abstrakten Interesse an einem geordneten Fremdenwesen zugrundeliegende Annahme, wonach nicht vom Staat gesteuerte Zuwanderung das wirtschaftliche Wohl negativ beeinträchtigt, von den Umständen des Einzelfalls im konkreten Anwendungsfall entkräftet werden.

⁴⁷ Die Judikate des VwGH (zB 29.6.2010, 2010/18/0242), wonach bei der Interessenabwägung „zugunsten des Fremden nur die dessen privaten und familiären Bereich betreffenden Umstände, nicht jedoch öffentliche Interessen zu berücksichtigen sind“, können vor diesem Hintergrund nur nachvollzogen werden, wenn sie so interpretiert werden, dass ein öffentliches Interesse nicht dem privaten Interesse zugeordnet werden kann, und stünden andernfalls in Widerspruch zur internationalen Rechtsprechung.

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass eine solche Wertung nicht einer Situation gleichkäme, in der ein Aspekt des maßgeblichen Sachverhalts doppelt gewertet wird – einmal zur Stärkung des privaten und einmal zur Schwächung des öffentlichen Interesses⁴⁸ – sondern wird vielmehr sichergestellt, dass der Zusammenhang zum wirtschaftlichen Wohl überhaupt erst in die notwendige Gesamtbetrachtung einfließen kann.⁴⁹

In einem nächsten Schritt muss das öffentliche Interesse allen relevanten Aspekten des durch eine Rückkehrentscheidung beeinträchtigten Privatlebens der betroffenen Person gegenübergestellt werden. So könnte es zB zutreffen, dass es sich um eine Person handelt, die zwar erst seit etwa 3 Jahren in Österreich lebt und sich ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst sein musste, jedoch selbst noch nie im Herkunftsstaat gelebt hat, wo ihr zwar vermeintlich keine Verfolgung oder eine die Schwelle von Art 3 EMRK überschreitende Behandlung droht,⁵⁰ doch wahrscheinlich ist, dass bei Rückkehr ihre körperliche oder psychische Unversehrtheit nach Art 8 Abs 1 beeinträchtigt wäre,⁵¹ die an der Länge des Asylverfahrens unbeteiligt war, die deutsche Sprache gut beherrscht, durch Beruf und Schule soziale Kontakte in Österreich geknüpft hat sowie selbsterhaltungsfähig ist.

Bei einer solchen Interessenabwägung ist auch das Alter der betroffenen Person mitentscheidend. Ist sie zum Zeitpunkt der möglichen Rückkehrentscheidung noch minderjährig, muss mit einfließen, dass eine Rückkehr in den Herkunftsstaat, um von dort aus einen Antrag auf einen Aufenthaltstitel zu stellen, im Sinne des Kindeswohls nicht zumutbar sein könnte. Umso mehr wiegt das junge Alter im Bezug auf einen Staat, in dem ein bewaffneter Konflikt besteht oder bestanden hat und in dem die betroffene Person über keine familiären Anknüpfungspunkte verfügt. Ebenso muss berücksichtigt werden, dass Minderjährigen die Verletzung von Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen sowie der unsichere Aufenthaltsstatus nicht im gleichen Ausmaß wie Erwachsenen zugerechnet werden können.

⁴⁸ VfGH, 11.3.2015, E 1884/2014.

⁴⁹ Für die Frage, inwieweit ein öffentliches Interesse besteht, muss zudem bedacht werden, dass es in manchen Konstellationen möglich sein könnte, einen Antrag auf einen Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) vom Inland aus einzubringen (zB gem § 20d Abs 1 AuslBG, wonach Arbeitgeber bei besonders Hochqualifizierten, Fachkräften sowie sonstigen Schlüsselkräften und Studienabsolventen den Antrag im Inland einbringen können).

⁵⁰ Da zB eine innerstaatliche Fluchtalternative angenommen wird.

⁵¹ Insbesondere bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen mit afghanischer Staatsangehörigkeit, die seit ihrer Kindheit oder gar Geburt in anderen Ländern wie Iran oder Pakistan und eben nie in Afghanistan gelebt haben, sind solche Konstellationen vorstellbar.

4. Fazit

Bei Asylsuchenden, die unbescholten sind und die Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen nicht wiederholt verletzt haben, kommt einer Beschäftigung, die dem wirtschaftlichen Wohl des Landes dient, im Rahmen der Interessenabwägung nach Art 8 EMRK zweifache Bedeutung zu. Einerseits verleiht sie – wie jede andere berufliche Tätigkeit auch – dem privaten Interesse am Aufenthalt in Österreich Gewicht. Andererseits kann sie geeignet sein, die Annahme des Bestehens eines gewichtigen öffentlichen Interesses an einer Aufenthaltsbeendigung zu entkräften.

Bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Rückkehrentscheidung muss in entsprechend gelagerten Fällen daher bedacht werden, dass ein Eingriff in das Recht nach Art 8 Abs 1 EMRK in der Regel nur mit einer über den allgemeinen Hinweis auf das Interesse am geordneten Fremdenwesens hinausreichenden Untermauerung der Notwendigkeit im Sinne des wirtschaftlichen Wohls des Landes gerechtfertigt werden könnte.