



REPUBLIK ÖSTERREICH  
BUNDESKANZLERAMT

---

An  
das Präsidium des Nationalrates,  
alle Bundesministerien,  
alle Sektionen des BKA,  
die Ämter der Landesregierungen und  
die Verbindungsstelle der österreichischen  
Bundesländer

Geschäftszahl: BKA-604.370/0008-V/5/2011  
Abteilungsmail: v@bka.gv.at  
Sachbearbeiterin: Frau Mag. Simone BÖCKMANN  
Pers. E-mail: simone.boeckmann@bka.gv.at  
Telefon : 01/53115/2694

Antwortschreiben bitte unter Anführung der Geschäftszahl an die  
Abteilungsmail

**Betrifft:** Aufhebung des § 44 Abs. 5 letzter Satz des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes, BGBl. I Nr. 100/2005 in der Fassung BGBl. I Nr. 122/2009; Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 28. Februar 2011, G 201/10-9; Rundschreiben

1. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 28. Februar 2011, G 201/10-9, dem Bundeskanzler zugestellt am 29. März 2011, § 44 Abs. 5 letzter Satz des Bundesgesetzes über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 in der Fassung BGBl. I Nr. 122/2009, als verfassungswidrig aufgehoben. Die Aufhebung wurde im BGBl. I Nr. 16/2011 kundgemacht. Sie trat mit Ablauf des 1. April 2011 in Kraft.

2. § 44 Abs. 4 und 5 NAG hatte folgenden Wortlaut (der aufgehobene Teil ist unterstrichen):

**Niederlassungsbewilligung - beschränkt**

**§ 44. [...]**

(4) Im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen kann trotz Vorliegens eines Erteilungshindernisses gemäß § 11 Abs. 1 Z 3, 5 oder 6 in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen auf begründeten Antrag, der bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen ist, eine quotenfreie „Niederlassungsbewilligung – beschränkt“ erteilt werden, wenn

1. der Drittstaatsangehörige nachweislich seit dem 1. Mai 2004 durchgängig im Bundesgebiet aufhältig ist und
2. mindestens die Hälfte des Zeitraumes des festgestellten durchgängigen Aufenthalts im Bundesgebiet rechtmäßig gewesen ist.

Die Behörde hat dabei den Grad der Integration des Drittstaatsangehörigen, insbesondere die Selbsterhaltungsfähigkeit, die schulische und berufliche Ausbildung, die Beschäftigung und die Kenntnisse der Deutschen Sprache, zu berücksichtigen. Der Nachweis einer oder mehrerer Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 Z 2 bis 4 kann auch

durch Vorlage einer Patenschaftserklärung (§ 2 Abs. 1 Z 18) erbracht werden. Hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen gemäß § 11 Abs. 2 Z 1 und 5 einschließlich fremdenpolizeilicher Maßnahmen hat die Behörde unverzüglich eine begründete Stellungnahme der der zuständigen Fremdenpolizeibehörde übergeordneten Sicherheitsdirektion einzuholen. Bis zum Einlangen dieser Stellungnahme bei der Behörde ist der Ablauf der Fristen gemäß § 74 und § 73 AVG gehemmt. Ein einem bereits rechtskräftig erledigten Antrag nachfolgender weiterer Antrag (Folgeantrag) ist als unzulässig zurückzuweisen, wenn aus dem begründeten Antragsvorbringen ein maßgeblich geänderter Sachverhalt nicht hervorkommt.

(5) Anträge gemäß Abs. 4 begründen kein Aufenthalts- oder Bleiberecht nach diesem Bundesgesetz. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Behörde über einen solchen Antrag hat die zuständige Fremdenpolizeibehörde jedoch mit der Durchführung der eine Ausweisung umsetzenden Abschiebung zuzuwarten, wenn

1. ein Verfahren zur Erlassung einer Ausweisung erst nach einer Antragstellung gemäß Abs. 4 eingeleitet wurde und
2. die Erteilung einer „Niederlassungsbewilligung – beschränkt“ gemäß Abs. 4 wahrscheinlich ist, wofür die Voraussetzungen des Abs. 4 Z 1 und 2 jedenfalls vorzuliegen haben.

Hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen der Z 2 hat die zuständige Fremdenpolizeibehörde vor Durchführung der Abschiebung eine begründete Stellungnahme der Behörde einzuholen. Verfahren gemäß Abs. 4 gelten als eingestellt, wenn der Fremde das Bundesgebiet verlassen hat.

3. Der Verfassungsgerichtshof führt aus, dass der Wortlaut des § 44 Abs. 5 letzter Satz NAG („gelten als eingestellt“) keinen anderen Schluss zulasse, als jenen, dass das Verfahren zum Erhalt eines humanitären Aufenthaltstitels bei Ausreise des Fremden aus dem Bundesgebiet automatisch eingestellt sei, ohne dass dazwischen noch ein Willensakt der Behörde treten könnte. Die Gründe, die zum Verlassen des Bundesgebietes geführt haben, hätten dabei außer Betracht zu bleiben. Der Wortlaut der Bestimmung räume der Niederlassungsbehörde keine Möglichkeit ein, zwischen einer zwangsweisen Abschiebung und einer freiwilligen Ausreise zu unterscheiden, denn die Niederlassungsbehörde habe – undifferenziert – von einem als eingestellt geltenden Verfahren auszugehen. Dass damit dem Antragsteller das Recht auf Durchführung eines Verfahrens zur Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels und der Anspruch auf Erledigung dieses Verfahrens in einer der Überprüfung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts unterliegenden Entscheidung genommen werde, verstoße gegen das Rechtsstaatsprinzip.

4. Nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst lässt sich aus dem Erkenntnis unter Berücksichtigung des Prüfungsbeschlusses verallgemeinernd der Schluss ziehen, dass nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes bei einem aus einem Grundrecht abzuleitenden Rechtsanspruch (hier: ein aus Art. 8 EMRK abzuleitender Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen) einfachgesetzlich nicht bloß ein Rechtsanspruch auf Durchführung eines Verfahrens zur Durchsetzung dieses Rechts (hier: ein aus Art. 8 und 13 EMRK abzuleitender Rechtsanspruch auf Durchführung eines Verfahrens zur Erteilung einer Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen), sondern im Hinblick auf das

Rechtsstaatsprinzip auch ein Rechtsanspruch auf Erledigung dieses Verfahrens durch Bescheid vorgesehen werden muss.

8. Juni 2011  
Für den Bundeskanzler:  
HESSE

**Elektronisch gefertigt**