

# Einleitung\*

## A. Problemaufriss

Eine zentrale Herausforderung der Migrationssteuerung auf Unionsebene ist die „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung,<sup>1</sup> worunter der sogenannte „Kampf“ gegen die irreguläre Einreise sowie gegen den irregulären Aufenthalt zu verstehen ist. Der „lange Sommer der Migration 2015“ („Migrations- bzw Flüchtlingskrise“) und die Schließung der Balkanroute bildeten nur die Spitze emotional geführter Debatten in der EU,<sup>2</sup> welche sich eben dieser Problematik widmeten.<sup>3</sup> Die dem „Kampf“ gegen irreguläre Einwanderung zugrundeliegenden, strukturellen Probleme sind jedoch oftmals nicht leicht zu fassen und werden deshalb nicht angemessen adres-

---

\* Im Sinne eines inklusiven Sprachgebrauchs benutze ich in der vorliegenden Arbeit den Genderstern (\*). Über ihn sind explizit auch Menschen angesprochen, die sich jenseits der binären Geschlechternorm bewegen; siehe auch VfGH 15.6.2018, G 77/2018-9 zur dritten Option und BVerfG 10.10.2017, 1 BvR 2019/16. Aus rein technischen Gründen spreche ich im Titel von „Migrantinnen und Migranten“. Das ist nicht als inhaltliche Einschränkung zu verstehen.

- 1 Art 79 Abs 1 AEUV. Siehe Kapitel 3.C.1. und vgl Lutz, Non-removable Returnees under Union Law: Status Quo and Possible Developments, EJML 2018, 50; Menezes Queiroz, Illegally Staying in the EU: An Analysis of Illegality in EU Migration Law (2018) 1ff und EMN, The effectiveness of return in EU Member States 2017, Synthesis Report v 15.2.2018, [http://emn.ie/files/p\\_201802260500242017\\_emn\\_synthesis\\_return\\_23.02.2018.pdf](http://emn.ie/files/p_201802260500242017_emn_synthesis_return_23.02.2018.pdf) (24.10.2018) 13.
- 2 Ich bevorzuge die Terminologie „langer Sommer der Migration“ anstatt „Migrations- oder Flüchtlingskrise“, da die Fluchtbewegungen zu einem historischen und strukturell bedingten Kollaps des EU-Grenzregimes geführt haben; vgl Hess/Kasperek/Kron/Rodatz/Schwertl/Sontowski (Hrsg), Der lange Sommer der Migration: Grenzregime III (2016). Weiters Thym, The “refugee crisis” as a challenge of legal design and institutional legitimacy, CMLRev 2016, 1545; den Heijer/Rijpma/Spijkerboer, Coercion, Prohibition and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System, CMLRev 2016, 607; Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg), Der Staat in der Flüchtlingskrise: Zwischen gutem Willen und geltendem Recht (2017). Für eine Analyse des Schließens der Balkanroute siehe Dérens/Rico, Auf der Balkanroute, Le Monde diplomatique (Deutsche Ausgabe) April 2016, 4.
- 3 Daneben ist noch an die Asylpolitik, Sicherung der Außengrenzen und legale Migration zu denken; siehe nur KOM(2015) 240 final.

## *Einleitung*

siert.<sup>4</sup> Eines der drängendsten Probleme behandelt die vorliegende Arbeit, in concreto die niedrige Rückführungsrate irregular aufhältiger Migrant\*innen.<sup>5</sup>

Ich werde die Gründe für die derzeitigen Mängel der EU-Rückführungs-politik untersuchen und einen rechtlichen Vorschlag zu ihrer Bewältigung präsentieren, wobei ich mich auf die Beendigung der aufenthaltsrechtlichen Irregularität von Migrant\*innen konzentrieren werde. Mögliche Lösungsansätze finden sich in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Es wird die deutsche, österreichische und spanische Rechtslage in einem Rechtsvergleich analysiert.<sup>6</sup> Die drei Mitgliedstaaten „bekämpfen“ den irregularen Aufenthalt von Migrant\*innen unter anderem mithilfe eines differenzierten Systems von Regularisierungen, mit anderen Worten durch die Erteilung von Aufenthaltsrechten. Unter Regularisierung ist mit Blick auf mein Forschungsvorhaben jede administrative oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung zu verstehen, die irregular aufhältigen Migrant\*innen bei Erfüllen der Mindesterteilungsvoraussetzungen ein Aufenthaltsrecht gewährt.<sup>7</sup>

Der in vorliegendem Werk analysierte Personenkreis wird in Kapitel 1 abgegrenzt. Irregular aufhältig wird dort als aufenthaltsrechtlicher Status jener Migrant\*innen definiert, welche durch die Nichterfüllung oder Verletzung von bestimmten Rechtsvorschriften kein Aufenthaltsrecht (mehr) haben. Darunter können Personen fallen, die bereits irregular eingereist sind und irregular aufhältig bleiben, oder auch jene, die zwar rechtmäßig in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates eingereist sind, aber nach Ablauf ihres Aufenthaltsrechts (Visum oder dergleichen) irregular aufhältig werden („overstayer“)<sup>8</sup>. Der Begriff Migrant\*innen umfasst grundsätzlich alle Nichtstaatsangehörigen, wobei weiters zwischen aufenthaltsrechtlich privilegierten und aufenthaltsrechtlich nicht privilegierten Migrant\*innen un-

---

4 Vgl *Desmond, The Development of a Common EU Migration Policy and the Rights of Irregular Migrants: A Progress Narrative?*, HRLR 2016, 247 (248) oder *Carrera/Parkin, Protecting and Delivering Fundamental Rights of Irregular Migrants at Local and Regional Levels in the European Union*, Studie v 14.11.2011, <https://www.ceps.eu/system/files/book/2011/11/Background%2BPaper%2B-%2BAnnual%2Bdialogue%2Bon%2Bfundamental%2Brights%5B1%5D.pdf> (2.11.2018) 1f.

5 Vgl *Menezes Queiroz, Illegally Staying 4*.

6 Siehe Einleitung D.I.3. sowie Kapitel 4 und Kapitel 5.

7 Siehe Kapitel 2.A.

8 Siehe zum Begriff EMN, Asylum and Migration Glossary 3.0 v Oktober 2014, <https://www.emn.at/wp-content/uploads/2016/11/emn-glossary-en-version.pdf> (19.11.2018) 208.

terschieden wird. Kurzum wird dargelegt, dass nur Drittstaatsangehörige und Staatenlose als aufenthaltsrechtlich nicht privilegierte Migrant\*innen für die vorliegende Arbeit in Frage kommen und untersucht werden.<sup>9</sup>

Irreguläre Migration tritt in der Regel dann auf, wenn Personen ohne Einreise- bzw Aufenthaltsrecht in das Staatsgebiet eines Staates einreisen und/oder sich dort aufhalten. Die Bewegungsfreiheit der Personen wird so dann durch die Normen der Staaten eingeschränkt. „Thus, irregular migration is not an independent social phenomenon but exists in relation to state policies and is a social, political and legal construction“.<sup>10</sup> Das Konzept irregulärer Migration zeichnet sich durch zwei Merkmale aus. Erstens muss ein Staat nach den Regeln des Staats- und Völkerrechts über ein Staatsgebiet, eine Bevölkerung und eine effektive Regierung verfügen,<sup>11</sup> damit er die Zuwanderung auf sein Hoheitsgebiet kontrollieren kann. Dabei handelt es sich um einen Kernbereich der Staatssouveränität.<sup>12</sup> Zweitens ist das Konzept irregulärer Migration ein durch Normen geschaffenes politisches und soziales Phänomen.<sup>13</sup> Die aufenthaltsrechtliche Irregularität von Migrant\*innen entsteht durch die von Staaten erlassenen Normen.<sup>14</sup> Festzuhalten ist, dass das Konzept irregulärer Migration daher auf jene Staaten übertragbar ist, die die Zuwanderung auf ihr Hoheitsgebiet durch rechtliche Normen regulieren,<sup>15</sup> worunter jedenfalls alle Mitgliedstaaten der EU fallen. Darüber hinaus schließt irreguläre Migration eine zeitliche Komponente mit ein, da Rückführungen, Regularisierungen oder

---

9 Siehe Kapitel 1.A.II. und Kapitel 1.E.

10 Düvell, Paths into Irregularity: The Legal and Political Construction of Irregular Migration, EJML 2011, 275 (276); vgl auch Tapinos, Irregular Migration in OECD (Hrsg), Combating the Illegal Employment of Foreign Workers (2000) 13.

11 Vgl Jellinek, Allgemeine Staatslehre<sup>3</sup> (1914) 394ff und Shaw, International Law<sup>8</sup> (2017) 156ff.

12 Siehe Kapitel 1.A. und Kapitel 1.E.

13 Vertiefend Willen, Toward a Critical Phenomenology of “Illegality”: State Power, Criminalization, and Abjectivity among Undocumented Migrant Workers in Tel Aviv, Israel, International Migration 2007, 8.

14 Vgl Błas, Beyond the Walls of Paper. Undocumented Migrants, the Border and Human Rights, EJML 2013, 413 (424ff); Koser, International Migration (2007) 54f. Zutreffend Carrera/Guild, Addressing Irregular Migration, Facilitation and Human Trafficking: The EU’s Approach in Carrera/Guild (Hrsg), Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings (2016) 1 (3f); sowie Klarmann, Aspekte migrationsspezifischer Illegalisierung im Unionsrecht in Thym/Klarmann (Hrsg), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht (2017) 127.

15 Angenendt, Irreguläre Migration als internationales Problem, SWP Studie v Dezember 2007, [https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2007\\_S33\\_adt\\_ks.pdf](https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2007_S33_adt_ks.pdf) (10.10.2018) 11.

## *Einleitung*

die Ausreise der betroffenen Personen den Zustand aufenthaltsrechtlicher Irregularität beenden können.<sup>16</sup>

Die politischen und rechtlichen Anstrengungen der Union zur „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung sind darauf ausgerichtet, irregulär aufhältige Migrant\*innen wirksam rückzuführen.<sup>17</sup> Das zentrale Rechtsinstrument der EU ist die RückführungsRL. Sie erlegt den Mitgliedstaaten die Pflicht auf, gegen jede drittstaatsangehörige Person, die sich irregulär in der EU aufhält, eine Rückkehrentscheidung zu erlassen.<sup>18</sup> Hierbei ist zu beachten, dass der Erlass einer Rückkehrentscheidung nicht automatisch die tatsächliche Rückkehr der irregulär aufhältigen Migrant\*innen bedeuten muss: Zwar erlassen die Mitgliedstaaten grundsätzlich Rückkehrentscheidungen, doch werden jährlich nur rund 40 % aller zur Rückkehr verpflichtenden Entscheidungen auch tatsächlich vollzogen, wobei die Rückkehrrate in afrikanische Länder sogar bei unter 30 % liegt.<sup>19</sup> Im Jahr 2017 wurden bspw. in allen 28 EU-Mitgliedstaaten 516.115 Rückkehrentscheidungen angeordnet, hingegen sind nur rund 188.905 Migrant\*innen freiwillig zurückgekehrt oder in ihren Herkunftsstaat abgeschoben worden (327.211).<sup>20</sup> Vorsichtig geschätzt kann man nach Lutz daher von rund 300.000 nicht rückführbaren Migrant\*innen jährlich ausgehen.<sup>21</sup> Es ist daher festzustellen, dass die Union mit einem Vollzugsdefizit von Rückführungen irregulär aufhältiger Migrant\*innen konfrontiert ist.<sup>22</sup>

Zum besseren Verständnis des quantitativen Umfangs der Thematik kann die CLANDESTINO-Studie aus dem Jahr 2008 herangezogen werden, die eine grobe Schätzung darstellt.<sup>23</sup> Nach dieser war rund 1 % der europäischen Bevölkerung in der EU irregulär aufältig. Zwischen 1.9

---

16 Vgl *Tapinos* in *OECD* 15.

17 Siehe nur Empfehlung (EU) 2017/432.

18 Art 6 Abs 1 RückführungsRL; siehe Kapitel 3.B.I.

19 COM(2017) 558 final, 9 und COM(2017) 200 final, 2.

20 *Europäische Kommission*, Eine konsequenter und wirksamere europäische Rückführungspolitik v 12.9.2018, [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-returns-policy\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-returns-policy_de.pdf) (24.10.2018).

21 So Lutz, EJML 2018, 30.

22 Vgl Lutz, EJML 2018, 29f und Farcy, Unremovability under the Return Directive: An Empty Protection? in de Bruycker/Cornelisse/Moraru (Hrsg.), Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union (2020) im Erscheinen.

23 Vgl Kovacheva/Vogel, The Size of the Irregular Foreign Resident Population in the European Union in 2002, 2005 and 2008: Aggregated Estimates, WP 4/2009, 11; *Europäische Kommission*, Clandestino Project, Final Report v 23.11.2009, <http://www.statewatch.org/news/2015/mar/eu-com-clandestino-final-report-novem->

und 3.8 Millionen irregulär aufhältiger Migrant\*innen waren auf die damals 27 Mitgliedstaaten verteilt.<sup>24</sup> Die Europäische Kommission geht basierend auf den Eurostat-Statistiken mittlerweile davon aus, dass 2017 rund eine Million Migrant\*innen in der EU irregulär aufhältig waren.<sup>25</sup> Allerdings sind diese Zahlen kritisch zu hinterfragen,<sup>26</sup> weil die Definition von „third country nationals found to be illegally present“ nur jene Personen erfasst, „who are apprehended or otherwise come to the attention of national immigration authorities“.<sup>27</sup> Da nicht alle irregulär aufhältigen Migrant\*innen – bspw den Behörden unbekannte Personen – unter diese Definition fallen, kann angenommen werden, dass die Zahlen auf demselben Niveau wie 2008 geblieben sind (1.9 bis 3.8 Millionen).<sup>28</sup> Es ist weiters denkbar, dass es durch den „langen Sommer der Migration 2015“ sogar zu einem Anstieg der Zahlen irregulär Aufhältiger gekommen ist. Dies lässt sich vor allem aus den im Vergleich zu den Vorjahren hohen Asylantrags-

---

ber-2009.pdf (11.10.2018) 106. Für die herangezogenen Faktoren zur Schätzung der Qualität der Daten siehe *Vogel/Kovacheva*, Classification report: Quality assessment of estimates on stocks of irregular migrants, WP 1/2008. Kritisch *Lazaridis*, International Migration into Europe: From Subjects to Abjects (2015) 10, die die Statistiken etwa als „guesstimates“ beschreibt. Weiters auch *Singleton*, Migration and Asylum Data for Policy-making in the European Union: The problem with numbers, CEPS WP Nr 89 v März 2016, <https://www.ceps.eu/system/files/LSE%202089%20AS%20Migration%20and%20Asylum%20Data.pdf> (11.10.2018).

24 Vgl *Europäische Kommission*, Final Report v 23.11.2009, 11f und 105f.

25 COM(2017) 558 final, 9.

26 Vgl *Wehinger*, Do amnesties pull in illegal immigrants? An analysis of European apprehension data, International Journal of Migration and Border Studies 2014, 231 (234-236) und für eine kritische Analyse der Eurostat-Daten in Bezug auf Asylwerber\*innen siehe *Kleist*, Warum weit weniger Asylbewerber in Europa sind, als angenommen wird: Probleme mit Eurostats Asylzahlen, ZAR 2015, 294.

27 *Eurostat*, Enforcement of Immigration Legislation: Eurostat metadata v 30.4.2015, [http://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/en/migr\\_eil\\_esms.htm](http://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/en/migr_eil_esms.htm) (25.10.2018).

28 Vgl *Triandafyllidou/Vogel*, Irregular Migration in the European Union: Evidence, Facts and Myths in *Triandafyllidou* (Hrsg), Irregular Migration: Myths and Realities (2010) 291 (298f).

zahlen der Jahre 2015 und 2016 erklären,<sup>29</sup> von denen nicht alle einen positiven Verfahrensabschluss haben werden.<sup>30</sup>

In Österreich, einem der drei analysierten Mitgliedstaaten, ging man 2015 von 95.000 bis 254.000 irregulär aufhältigen Personen aus.<sup>31</sup> Gemes- sen an der Gesamtbevölkerung Österreichs sind dies zwischen 1,1 und 2,9 %, was die hohe gesellschaftliche Relevanz der Thematik sichtbar macht.<sup>32</sup>

Faktisch leben irregulär aufhältige Migrant\*innen in der EU, meist sind sie jedoch von jenen Rechten ausgeschlossen, die an den rechtmäßigen Aufenthalt anknüpfen.<sup>33</sup> Unumstritten ist, dass es sich bei irregulär aufhältigen Migrant\*innen daher um eine besonders vulnerable Personengruppe handelt.<sup>34</sup> Hierzu führt *Tohidipur* treffend aus: „Die fehlende Rechtmäßigkeit des Aufenthalts und damit das Fehlen einer aufenthaltsrechtlichen Po-

- 
- 29 *Eurostat*, Rekordzahl von über 1,2 Millionen registrierten erstmaligen Asylbewerbern im Jahr 2015, Pressemitteilung 44/2016 v 4.3.2016, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7203837/3-04032016-AP-DE.pdf/9fcad72ad-c249-4f85-8c6d-e9fc2614af1b> (11.10.2018); *Eurostat*, 1,2 Millionen erstmalige Asylbewerber im Jahr 2016 registriert, Pressemitteilung Nr 46/2017 v 16.3.2017, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7921614/3-16032017-BP-DE.pdf/28884e8a-bb55-48bf-85b6-b4157f131c55> (25.20.2018) und *Eurostat*, 650 000 erstmalige Asylbewerber im Jahr 2017 registriert, Pressemitteilung Nr 47/2018 v 20.3.2018, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8754393/3-20032018-AP-DE.pdf/72fe7d90-d966-425a-832f-28dc3a4cd2e6> (25.10.2018). Vgl *Farcy in de Bruycker/Cornelisse/Moraru*.
- 30 So auch *Desmond*, HRLR 2016, 272 und siehe Kapitel 1.C.II.
- 31 Hierbei muss wiederum an der Zuverlässigkeit der Daten gezwifelt werden, weil aus dem Bericht nicht hervorgeht, auf welche Daten sich dieser bezieht; vgl *Migrationsrat für Österreich*, Bericht des Migrationsrats v 2016, [https://www.bmi.gv.at/Downloads/files/Migrationsratsbericht\\_Deutsch.pdf](https://www.bmi.gv.at/Downloads/files/Migrationsratsbericht_Deutsch.pdf) (25.10.2018) 20.
- 32 Vgl bereits *Dumon*, Effects of Undocumented Migration for Individuals concerned, International Migration 1983, 218 (227f).
- 33 Vgl *Boswell*, The Politics of Irregular Migration in *Azoulai/De Vries* (Hrsg), EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales (2014) 41 (41); *Lazaridis*, International Migration 22, 132; *Engbersen*, The Unanticipated Consequences of Panopticon Europe: Residence Strategies of Illegal Immigrants in *Guiraudon/Joppke* (Hrsg), Controlling a New Migration World (2001) 222; im Zusammenhang mit Regularisierungen *Wehinger*, International Journal of Migration and Border Studies 2014, 241; *Hoffmann*, Leben in der Illegalität – Exklusion durch Aufenthaltsrecht in *Falge/Fischer-Lescano/Sieveking* (Hrsg), Gesundheit in der Illegalität: Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere (2009) 13 (15).
- 34 Vgl *PERCO*, PERCO Position Paper on the Vulnerabilities of Migrants which are caused by the Lack of a Legal Status v 8.5.2015, [https://drk-wohlfahrt.de/uploads/ttx\\_ffpublication/PERCO\\_Position\\_Paper\\_on\\_Vulnerabilities\\_along\\_the\\_migratory\\_trails\\_to\\_the\\_EU\\_and\\_to\\_the\\_Schengen\\_area\\_03.pdf](https://drk-wohlfahrt.de/uploads/ttx_ffpublication/PERCO_Position_Paper_on_Vulnerabilities_along_the_migratory_trails_to_the_EU_and_to_the_Schengen_area_03.pdf) (27.11.2018); *Chole-*

sition der *Sans Papiers* enthebt die politische Gemeinschaft [...] nicht von ihrer Verantwortung und darf folglich nicht zur Rechtlosigkeit führen“.<sup>35</sup> Besonders relevant ist daher für die vorliegende Arbeit, welche Voraussetzungen irregulär aufhältige Migrant\*innen erfüllen müssen, um (wieder) ein Aufenthaltsrecht erlangen zu können.<sup>36</sup> Diese Thematik wurde bisher von der unionalen Gesetzgebung vernachlässigt.<sup>37</sup>

Aufgrund des Rückführungsdefizits und der genannten Zahlen irregulär aufhältiger Migrant\*innen gehören die Erhöhung der Rückführungsquoten und die Reduktion der Zahlen irregulär Aufhältiger zu den Hauptagenden der EU.<sup>38</sup> Dies zeigt sich durch diverse Maßnahmen: So wurde 2016 eine VO über ein europäisches Reisedokument für die Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger erlassen.<sup>39</sup> Durch die Harmonisierung des Formats und der technischen Spezifikationen von Reisedokumenten für irregulär aufhältige Migrant\*innen soll eine erhöhte Rückführungsquote erreicht werden.<sup>40</sup> Weiters wird derzeit ein neues Einreise-/Ausreisesystem (EES) eingeführt, mit dessen Hilfe (grenzüberschreitende) Bewegungen von Migrant\*innen innerhalb der EU erfasst und irregulär Aufhältige

---

winski, Control of Irregular Migration and EU Law and Policy: A Human Rights Deficit in Peers/Rogers (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary (2006) 899 (900f); Europäische Kommission, Final Report v 23.11.2009, 22; Uriarte Torrealday, Algunas reflexiones críticas a partir de la jurisprudencia sobre inmigración irregular, Revista de Derecho Político 2009, 291 (296); bereits Carlin, Statement by the ICM Director James L. Cadin, International Migration 1983, 97 (97); Dumon, International Migration 1983, 228; Böhning, Regularising the Irregular, International Migration 1983, 159 (160). Lazaridis, International Migration 14, weist darauf hin, dass irregulär aufhältige Migrant\*innen ihrer Stimme kein Gehör verschaffen können.

35 Tobiidipur, Grund- und Menschenrechte illegalisierter Migrantinnen und Migranten in Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Hrsg), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere (2012) 41 (44).

36 Siehe Kapitel 5.

37 Vgl Thym, EU migration policy and its constitutional rationale: A cosmopolitan outlook, CMLRev 2013, 709 (733f) und siehe Kapitel 3 und 6.

38 Vgl EMN, Practical Measures to Reduce Irregular Migration, Synthesis Report v Oktober 2012, [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european\\_migration\\_network/reports/docs/emn-studies/irregular-migration/00a\\_emn\\_synthesis\\_report\\_irregular\\_migration\\_october\\_2012\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/irregular-migration/00a_emn_synthesis_report_irregular_migration_october_2012_en.pdf) (14.11.2018). Kritisch Boswell in Azoulai/De Vries 47f, die der Meinung ist, dass die Union die Reduzierung der Anzahl irregulär aufhältiger Migrant\*innen überhaupt nicht erreichen will.

39 ReisedokumentVO.

40 ErwGr 3 ReisedokumentVO und COM(2015) 668 final, 2.

## *Einleitung*

schnell identifiziert werden sollen.<sup>41</sup> Der „EU-Aktionsplan für die Rückkehr“ 2015<sup>42</sup> und der „neue Aktionsplan“ aus dem Jahr 2017<sup>43</sup> enthalten weitere Verbesserungsvorschläge, wie etwa die zusätzliche Förderung der freiwilligen Rückkehr, die anteilmäßig bereits 40 % aller Rückführungen ausmacht. In diese Richtung geht auch der kürzlich eingebrachte Vorschlag zur Reform der RückführungsRL.<sup>44</sup> Die EU schafft es insgesamt aber kaum, Fortschritte im Hinblick auf die Vorgaben der RückführungsRL zu machen.

Die Bemühungen der EU gehen ebenfalls dahin, die irreguläre Einreise von Migrant\*innen zu verhindern, bspw durch eine Abschottungspolitik in Form strikter Einreisevoraussetzungen wie Visa.<sup>45</sup> Diese manifestieren sich in verschiedenen sogenannten „non-entrée“-Politiken der EU.<sup>46</sup> Als Beispiele können Externalisierung und Extraterritorialisierung genannt werden.<sup>47</sup> Diese Begriffe umschreiben die Bemühungen der EU, jegliche Grenz- und Migrationskontrollen räumlich so weit als möglich von den

---

41 Verordnung (EU) 2017/2226 über ein Einreise-/Ausreisesystem (EES) zur Erfassung der Ein- und Ausreisedaten sowie der Einreiseverweigerungsdaten von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten, ABl 2017 L 327/20. Vgl *Klaus*, Überwachung von Reisen Drittstaatsangehöriger durch das Entry/Exit System (EES): Anfang vom Ende aller Overstays?, ZAR 2018, 246; *Cole/Quintel*, Data Retention under the Proposal for an EU Entry/Exit System (EES): Analysis of the impact on and limitations for the EES by Opinion 1/15 on the EU/Canada PNR Agreement of the Court of Justice of the European Union, Legal Opinion v 2017, <http://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/35446/1/Legal%20Opinion.PDF> (25.10.2018) und *Jeandesboz/Rijpma/Bigo*, Smart Borders Revisited: An assessment of the Commission’s revised Smart Borders proposal, Studie v Oktober 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571381/IPOL\\_STU%282016%29571381\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571381/IPOL_STU%282016%29571381_EN.pdf) (25.10.2018).

42 COM(2015) 453 final, 3f.

43 COM(2017) 200 final.

44 COM(2018) 634 final und siehe näher Kapitel 3.B.I.

45 Vgl *Costello*, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law (2015) 3 und 231ff; *Gil-Bazo*, The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union’s Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited, IJRL 2006, 571 (593 and 599f).

46 Vgl *Hathaway*, The Emerging Politics of Non-Entrée, Journal of Refugee Studies 1992, 40 (40f) und *Gammeltoft-Hansen/Hathaway*, Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence, University of Michigan Law and Economics Research Paper No 14-016 v August 2014, 5ff.

47 Siehe nur *Eisele*, The External Dimension of the EU’s Migration Policy (2014); *Bröcker*, Die externen Dimensionen des EU-Asyl- und Flüchtlingsrechts im Lichte der Menschenrechte und des Völkerrechts (2010).

territorialen Außengrenzen<sup>48</sup> der EU weg zu verlagern.<sup>49</sup> Der Fokus der vorliegenden Arbeit wird aber gerade nicht auf die irreguläre Einreise gelegt, da diese im Zusammenhang mit den absoluten Zahlen irregulär auf-hältiger Migrant\*innen eine weitaus weniger bedeutende Rolle spielt als oftmals kolportiert.<sup>50</sup> Zwar hat man bspw im Hinblick auf Spanien die Bilder von Migrant\*innen vor Augen, die versuchen die Grenzzäune in Ceuta und Melilla zu „überwinden“. Die quantitativ größte Gruppe irregulär auf-hältiger Migrant\*innen in der EU sind jedoch „overstayer“. Sie reisen regu-lär mit Visum ein und werden erst nach Ablauf ihres Aufenthaltsrechts unrechtmäßig auf-hältig.

Die dargestellten EU-Politiken betreffend den irregulären Aufenthalt sind nicht alternativlos. Meine Dissertation untersucht deshalb Regulari-sierungen. Dieses Rechtsinstrument wird in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bereits intensiv im „Kampf“ gegen den irregulären Aufent-halt eingesetzt und stellt eine Alternative zu Rückführungen dar. Regulari-sierungen beenden den irregulären Aufenthalt von Migrant\*innen, allerd-ings nicht durch eine Rückführung im Sinne einer Außerlandesbrin-gung, sondern durch die Gewährung eines Aufenthaltsrechts.<sup>51</sup> Dieses interne Steuerungsinstrument ermöglicht es Staaten, (wieder) die Kontrolle über diesen Teil der Bevölkerung zu erlangen,<sup>52</sup> im Speziellen in Bezug auf das Aufenthalts-, Ausländer- bzw Fremdenrecht.<sup>53</sup> Positive Aspekte sind hierbei etwa das Erfassen der faktischen Bevölkerung, die Bekämpfung un-dokumentierter Beschäftigung, der Zugang zu sozialen Rechten oder die

---

48 Vgl zum Begriff Art 67 Abs 2 und Art 77 Abs 1 lit b, c sowie Abs 2 lit d AEUV.

49 Zu externen Migrationskontrollen Ryan/Mitsilegas (Hrsg), Extraterritorial Immi-gration Control (2010); Gammeltoft-Hansen, Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalization of Migration Control (2011); den Heijer, Eu-rope and Extraterritorial Asylum (2012); Moreno-Lax, (Extraterritorial) Entry Con-trols and (Extraterritorial) Non-Refoulement in EU Law in Maes/Foblets/De Bruycker (Hrsg), The External Dimensions of EU Asylum and Immigration Policy (2011) 415.

50 Vgl *Triandafyllidou/Vogel* in *Triandafyllidou* 294.

51 Siehe Kapitel 2.A.II.2.

52 Vgl Hampshire, The Politics of Immigration (2013) und Kraler, Regularization of Irregular Migrants and Social Policies: Comparative Perspectives, Journal of Im-migrant and Refugee Studies 2019, 94 (107-109 und 97): „One overarching con-cern of regularization has been to ‘rectify’ the situation of migrant irregularity and bringing regularized migrants ‘back’ into the orbit of mainstream legal and institutional structures“.

53 Vgl Trinidad García, Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2002/1, 99 (100, 105).

## *Einleitung*

Erhöhung der Staatseinnahmen.<sup>54</sup> Regularisierungen ermöglichen den regularisierten Migrant\*innen außerdem den Zugang zu sozialen Rechten und zum Arbeitsmarkt.<sup>55</sup>

### *B. Fragestellung und Gang der Untersuchung*

In der vorliegenden Arbeit wird die folgende These entwickelt: Durch unionsrechtlich normierte Regularisierungen, die die derzeitige Rückführungspolitik der EU ergänzen, wird die irreguläre Einwanderung auf Unionsebene wirksamer „bekämpft“.

Die drei sich daraus ergebenden Forschungsfragen sind eng miteinander verbunden. Die erste Forschungsfrage lautet: Welche Wege aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität bestehen im deutschen, österreichischen und spanischen Recht? Die zweite Forschungsfrage ist die Folgende: Ob und inwiefern könnten Regularisierungen als wirksames aufenthaltsrechtliches Steuerungsinstrument zur „Bekämpfung“ des irregulären Aufenthalts eingesetzt werden? Die dritte Forschungsfrage ist: Bietet eine Harmonisierung von Regularisierungen auf Unionsebene Vorteile gegenüber mitgliedstaatlichen Regelungen? Die aufgezeigte These und die drei zusammenhängenden Forschungsfragen werden in drei Teilen bzw sechs Kapiteln entwickelt respektive untersucht.

Teil 1 besteht aus drei Kapiteln und beleuchtet die aufenthaltsrechtliche Irregularität und Regularisierungen konzeptionell und steckt den unionsrechtlichen Rahmen ab. In Kapitel 1 werden zunächst die Aufenthaltsrechte von Migrant\*innen und der irreguläre Aufenthalt behandelt. Anhand der Mehrebenenanalyse kann gezeigt werden, dass sich die nationalen Rechtsordnungen durch den Einfluss des Völker- und Europarechts in Bezug auf die Genehmigung des Aufenthalts von Migrant\*innen verändert haben und in diesen Materien nicht mehr alleine die Mitgliedstaaten entscheiden. Diese differenzierte Betrachtung ist mittels der Unterscheidung zwischen Migrant\*innen mit und ohne quasi-automatischen Aufenthaltsrechten möglich, da diese zeigt, dass diese Rechte sowohl auf der interna-

---

<sup>54</sup> KOM(2004) 412 endg, 10-12 sowie Kapitel 3.D.IV. und Kapitel 6.

<sup>55</sup> Außerdem ist aus Perspektive der Migrant\*innen Folgendes hervorzuheben: „On the whole, the beneficiaries of regularization interviewed for this study perceived regularization as a positive factor that enabled them to exercise a greater degree of control over different aspects of their life“; *Kraler, Journal of Immigrant and Refugee Studies* 2019, 107.

tionalen, der EU- als auch auf der nationalen Ebene festgelegt sind. Gleichzeitig kann der inhaltliche und persönliche Gegenstand der vorliegenden Arbeit definiert werden.

Migrant\*innen verfügen über ein quasi-automatisches Aufenthaltsrecht und sind daher aufenthaltsrechtlich privilegiert, insofern sie in eine von vier Kategorien fallen. Eine dieser Kategorien (Staatsangehörigkeit) erfasst Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates, eines EWR-Staates oder der Schweiz. Eine Rechtsfolge, wenn eine Person unter einer dieser Kategorien fällt, ist, dass sie „automatisch“ mit der Einreise ein Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat der EU erwirbt. Der Anspruch auf das Aufenthaltsrecht ist völker- oder europarechtlich begründet, weshalb den Mitgliedstaaten in diesen Fällen kein Spielraum verbleibt. Eine weitere Rechtsfolge ist, dass Migrant\*innen mit quasi-automatischen Aufenthaltsrechten nur in Ausnahmefällen irregulär aufhältig werden können. Umgekehrt sind Migrant\*innen aufenthaltsrechtlich nicht privilegiert, sofern sie über kein quasi-automatisches Aufenthaltsrecht verfügen. Hierbei handelt es sich um Drittstaatsangehörige im Sinne des AEUV.<sup>56</sup> Betreffend diese Personengruppe verfügen die Mitgliedstaaten noch über Spielraum den Aufenthalt zu begründen oder zu versagen, da keine europa- oder völkerrechtlichen Ansprüche auf Aufenthalt gegeben sind. Migrant\*innen, die nicht in den Genuss eines quasi-automatischen Aufenthaltsrechts kommen, und irregulär aufhältig sind, fallen in den Anwendungsbereich der RückführungsRL.

In Kapitel 2 wird sodann der Regularisierungsbegriff im Detail beleuchtet. Einerseits wird eine Definition von Regularisierungen und andererseits eine Kategorisierung von Regularisierungen für den Rechtsvergleich vorgenommen. Diese konzeptionellen Überlegungen sind notwendig, um sich anschließend in Kapitel 3 rechtsdogmatisch mit den unionsrechtlichen Handlungsspielräumen in Bezug auf die aufenthaltsrechtliche Irregularität und Regularisierungen beschäftigen zu können. Zunächst wird das Sekundärrecht, in concreto die RückführungsRL, analysiert. Anschließend wird bei näherer Analyse der primärrechtlichen Bestimmungen deutlich, dass die EU die notwendige Kompetenz besitzt, um einen Rechtsakt betreffend Regularisierungen auf EU-Ebene zu erlassen. In beiden Kapitel werde ich eigenständige Beiträge zur rechtsdogmatischen Klärung auslegungsbedürftiger Begriffe bzw Normen unterbreiten.

Die zweite Forschungsfrage, ob Regularisierungen als wirksames aufenthaltsrechtliches Steuerungsinstrument zur „Bekämpfung“ des irregulären

---

<sup>56</sup> Grundlegend Tewocht, Der Drittstaatsangehörige im Unionsrecht (2016) und siehe Kapitel 1.C.I.

## *Einleitung*

Aufenthalts eingesetzt werden könnten, wird aus rechtswissenschaftlicher Perspektive anhand der unionsverfassungsrechtlichen Vorgaben beurteilt.<sup>57</sup> Wie in Kapitel 3 noch dargelegt wird, muss jeder Rechtsakt der EU einen bestimmten Zweck erfüllen. Der Umstand, dass eine Maßnahme aufgrund primärrechtlicher Vorgaben ein bestimmtes Ziel zumindest erreichen können muss, ist ein Anhaltspunkt dafür, dass das Primärrecht selbst die Wirksamkeit von Rechtsakten in gewissem Umfang verlangt.<sup>58</sup> Ganz generell wird das Verwaltungsrecht in der vorliegenden Arbeit als Steuerungswissenschaft verstanden.<sup>59</sup> Demnach ist Recht ein „taugliches Steuerungsmittel“,<sup>60</sup> dass es zu verbessern gilt.<sup>61</sup> Das analysierte Aufenthalts-, Ausländer- bzw Fremdenrecht unterliegt wie jedes Rechtsgebiet gewissen (faktischen) Grenzen.<sup>62</sup> Die Wirksamkeit der Migrationssteuerung wird vor allem durch die Leistungsfähigkeit staatlicher Behörden und den Willen zur Durchsetzung von geltenden rechtlichen Bestimmungen geprägt. Daneben ist die Ausgestaltung der rechtlichen Gestaltungsfaktoren ein weiterer wesentlicher Punkt für das Gelingen der selbstgesteckten politischen und rechtlichen Ziele.<sup>63</sup>

Teil 2, der aus zwei Kapiteln besteht, widmet sich einer rechtsvergleichenden Untersuchung von Regularisierungen in Deutschland, Österreich und Spanien,<sup>64</sup> wodurch die erste Forschungsfrage beantwortet wird. Der

---

57 Siehe zur Frage der Wirksamkeit des Rechts *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsdee<sup>2</sup> (2006) Kapitel 2 Rn 20ff und Kapitel 3.C. und Kapitel 6.

58 Siehe Kapitel 3.C.I.

59 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht Kapitel 1 Rn 33.

60 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht Kapitel 1 Rn 33f mwN; *Scharpf*, Politische Steuerung und Politische Institutionen, Politische Vierteljahresschrift 1989, 10. Zur sozialwissenschaftlichen Kritik siehe *Luhmann*, Politische Steuerung: Ein Diskussionsbeitrag, Politische Vierteljahresschrift 1989, 4.

61 Siehe zum aktuellen Diskurs betreffend Migrationssteuerung etwa *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung (2011); *Thym*, Migrationssteuerung im Einklang mit den Menschenrechten – Anmerkungen zu den migrationspolitischen Diskursen der Gegenwart, ZAR 2018, 193; *Berlit*, Migration und ihre Folgen – Wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern? (Teil 1), ZAR 2018, 229; *Berlit*, Migration und ihre Folgen – Wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern? (Teil 2), ZAR 2018, 287.

62 Allgemein siehe *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht Kapitel 1 Rn 38f.

63 Vgl *Bast*, Illegale Migration und die Rechte von illegalen Migrantinnen und Migranten als Regelungsgegenstände des Europarechts in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* (Hrsg.), Arbeit in der Illegalität (2012) 71 (71ff mwN).

64 Siehe zur Auswahl der drei Mitgliedstaaten Einleitung D.I.3.

Rechtsvergleich wird anhand der kontextuellen Methode durchgeführt.<sup>65</sup> In Kapitel 4 wird zunächst der Kontext, der für die Durchführung des integrierten Rechtsvergleichs notwendig ist – wie die historische Entwicklung des Aufenthalts-, Ausländer- bzw Fremdenrechts –, in den drei ausgewählten Mitgliedstaaten einzeln analysiert und aufbereitet. Folglich kann ich im rechtsvergleichenden Kapitel 5, das sich Regularisierungen widmet, auf das in Kapitel 4 geschaffene Grundgerüst zurückgreifen und unnötige Wiederholungen vermeiden. Im integrierten Rechtsvergleich werden Regularisierungen nicht klassisch nach Länderberichten beschrieben, sondern integriert anhand von Regularisierungszwecken verglichen und bewertet. Abschließend wird in Teil 3, der nur aus Kapitel 6 besteht, eine zukünftige RegularisierungsRL vorgeschlagen, wobei die bis dahin gesammelten Forschungsergebnisse zusammengeführt werden und das komplementäre Konzept der „Einwanderung von innen“ vorgestellt wird. In diesem Kapitel wird die dritte Forschungsfrage abschließend beantwortet. Bietet eine Harmonisierung von Regularisierungen auf Unionsebene Vorteile gegenüber mitgliedstaatlichen Regelungen?

### C. Forschungsstand

In der vorliegenden Arbeit werde ich mehrere Forschungslücken schließen. Die zentrale Lücke betrifft, dass es keine aktuelle rechtsvergleichende Arbeit von Regularisierungen in Deutschland, Österreich und Spanien gibt. Um diese Lücke schließen zu können, sind einige weitere Ausführungen zu tätigen.

Soweit ersichtlich untersucht bisher kein Werk die aufenthaltsrechtliche Situation von irregulär aufhältigen Migrant\*innen in systematischer Weise. Ein Heft des EJML aus dem Jahr 2011<sup>66</sup> beleuchtet das Problem der ir-

---

65 Siehe Einleitung D.I.

66 Darin findet man unter anderem folgende Beiträge: *Düvwell*, The Pathways in and out of Irregular Migration in the EU: A Comparative Analysis, EJML 2011, 245; *Triandafyllidou/Ambrosini*, Irregular Immigration Control in Italy and Greece: Strong Fencing and Weak Gate-keeping serving the Labour Market, EJML 2011, 251; *Düvwell*, EJML 2011, 275; *Kraler*, Fixing, Adjusting, Regulating, Protecting Human Rights – The Shifting Uses of Regularisations in the European Union, EJML 2011, 297; *Vollmer*, Policy Discourses on Irregular Migration in the EU – ‘Number Games’ and ‘Political Games’, EJML 2011, 317; *Raffaeli*, Criminalizing Irregular Immigration and the Returns Directive: An Analysis of the El Dridi Case, EJML 2011, 467.

## *Einleitung*

regulären Migration aus verschiedenen Perspektiven (sozialer, politikwissenschaftlicher sowie rechtlicher). Das Heft liefert zwar wichtige Impulse, ist großteils allerdings nicht aus rechtswissenschaftlicher Perspektive verfasst. Kapitel 1 schließt die aufgezeigte Forschungslücke.

Um den Rechtsvergleich zweckmäßig durchführen zu können ist es notwendig, sich mit dem Begriff Regularisierungen auseinanderzusetzen. Dies hat bisher in der Literatur nur vereinzelt stattgefunden.<sup>67</sup> In Kapitel 2 werde ich daher Regularisierungen in ihrer Gesamtheit erstmals konzeptionell erfassen.

Im Jahr 2000 wurde die letzte rechtsvergleichende Analyse europäischer Staaten im Hinblick auf Regularisierungen durchgeführt.<sup>68</sup> Mit Ausnahme der REGINE-Studie, die nur einen groben Überblick über die Thematik aus politikwissenschaftlicher Perspektive bietet, gibt es keine detaillierte Analyse von Regularisierungen aus rechtsvergleichender Perspektive.<sup>69</sup> Ein Beitrag von *Desmond* aus dem Jahre 2015 gibt einen kurzen, aber prägnanten rechtsvergleichenden Überblick über den häufigen Einsatz von Regularisierungen in der EU und den Vereinigten Staaten.<sup>70</sup> In dem Zusammenhang kann die Dissertation von *Schieber* ebenfalls nicht unerwähnt bleiben, die sich mit der aufenthaltsrechtlichen Stellung nicht rückführbarer Personen auseinandersetzt.<sup>71</sup> *Schieber* behandelt zwar einen Ausschnitt des Untersuchungsgegenstands der vorliegenden Arbeit, jedoch ist der Großteil dem internationalen Schutz, dh dem Flüchtlingsstatus und subsidiärem Schutz gewidmet, den sie als Bezugspunkt für ihre Arbeit verwenden.

---

67 Siehe den Überblick in Kapitel 2.A.I.

68 *De Bruycker* (Hrsg), *Les regularisations des étrangers illégaux dans l'union européenne. Regularisations of illegal immigrants in the European Union* (2000). Eine Zusammenfassung der Studie wurde als *Apap/de Bruycker/Schmitter, Regularisation of Illegal Aliens in the European Union. Summary Report of a Comparative Study*, EJML 2000, 263 veröffentlicht; siehe Kapitel 2.B.I.

69 *Baldwin-Edwards/Kraler*, *REGINE Regularisations in Europe: Study on the practices in the area of regularization of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU*, Final Report v Jänner 2009, [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/legal-migration/pdf/general/regine\\_report\\_january\\_2009\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/legal-migration/pdf/general/regine_report_january_2009_en.pdf) (11.10.2018) und siehe hierzu im Detail Kapitel 2.B. und Teil 2. Siehe auch *Kraler*, *Journal of Immigrant and Refugee Studies* 2019.

70 *Desmond*, *Regularization in the European Union and the United States. The Frequent Use of an Exceptional Measure* in *Wiesbrock/Acosta Arcarazo* (Hrsg), *Global Migration: Old Assumptions, New Dynamics*. Vol 1 (2015) 69.

71 *Schieber*, *Komplementärer Schutz: Die aufenthaltsrechtliche Stellung nicht rückführbarer Personen in der EU* (2013).

det,<sup>72</sup> und den dazu komplementär zu verstehenden Schutzmechanismen. Die Autorin behandelt die Thematik somit aus dem Blickwinkel des Asylverfahrens. Dahingegen will ich in Teil 2 alle Entscheidungen, die ein Aufenthaltsrecht begründen<sup>73</sup> und irregulär aufhältige Migrant\*innen erfassen, in Deutschland, Österreich und Spanien untersuchen. *Schieber* führt ebenfalls einen Rechtsvergleich durch, wobei sie jedoch andere Mitgliedstaaten (Schweden, Österreich, Großbritannien, Deutschland und Belgien) analysiert und die untersuchten Themen klassisch nach Länderberichten und nicht integriert wie die vorliegende Arbeit aufbereitet.<sup>74</sup> Des Weiteren gibt es eine Studie zu den verschiedenen nationalen Praktiken der Gewährung eines nicht auf EU-Ebene harmonisierten Schutzstatus.<sup>75</sup> Doch auch diese bildet nur Teilespekte der vorliegenden Arbeit ab.<sup>76</sup> Deshalb ist festzuhalten, dass die aufgedeckte Forschungslücke mittels eines Rechtsvergleichs von Regularisierungen in Teil 2 (Kapitel 4 und 5) geschlossen wird.

Einige Werke, die sich mit Nichtrückführbaren beschäftigen, können als Referenzrahmen herangezogen werden. Mit dem EuGH bezeichne ich in der Folge eine Person als nicht rückführbar, wenn ihre „Rückkehrentscheidung nicht vollzogen werden kann oder konnte“,<sup>77</sup> wie an anderer Stelle noch vertiefend ausgeführt wird.<sup>78</sup> Ähnlich wie *Schieber*, beschäftigt sich *Gosme* in seiner Dissertation mit der rechtlichen Frage des Schwebezustands zwischen „illegal and legal stay“.<sup>79</sup> Weiters hat sich *Lutz* erst kürzlich intensiv mit „non-removable returnees“ auseinandergesetzt und mit dem diesbezüglichen Vollzugsdefizit, wobei der Autor den Aspekt der Regularisierungen nur streift.<sup>80</sup> Dasselbe kann über das kürzlich veröffent-

---

72 *Schieber*, Komplementärer Schutz 44ff.

73 Siehe die Definition in Kapitel 2.A.II.3.

74 Siehe Einleitung D.I.2.

75 Vgl EMN, The different national practices concerning granting of non-EU harmonised protection statuses, Synthesis Report v Dezember 2010, [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european\\_migration\\_network/reports/docs/emn-studies/non-eu-harmonised-protection-status/0\\_emn\\_synthesis\\_report\\_noneuharmonised\\_finalversion\\_january2011\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/non-eu-harmonised-protection-status/0_emn_synthesis_report_noneuharmonised_finalversion_january2011_en.pdf) (14.11.2018).

76 Vgl *Kraler*, EJML 2011, 297.

77 EuGH 5.6.2014, C-146/14, ECLI:EU:C:2014:1320, *Mabdi*, Rn 87.

78 Siehe Kapitel 3.B.II.

79 Vgl *Gosme*, Limbo spaces between illegal and legal stay: resulting from EU management of non-removable third country nationals, Dissertation 2014, Sciences Po Paris, <https://spire.sciencespo.fr/hdl/2441/30a6ffj78696ja3eov65066e05/resources/2014iepp0037-gosme-charles-these.pdf> (14.11.2018).

80 *Lutz*, EJML 2018, 46-50.

lichte Werk von *Menezes Queiroz* gesagt werden, in welchem sie unter anderem die Situation von „non-removable migrants“ und „access to legality in the EU“ diskutiert.<sup>81</sup> In dieselbe Richtung geht ein Beitrag von *Farcy*, der sich mit den Garantien bis zur Rückkehr und dem Zugang zu Rechten von nicht rückführbaren Migrant\*innen vor dem Hintergrund der rechtlichen Abschiebehindernisse und den sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen für Nichtrückführbare auseinandersetzt.<sup>82</sup> Zu guter Letzt ist der Beitrag von *Strban/Rataj/Šabič* zu erwähnen, der sich empirisch und rechtlich mit Rückkehrverfahren in Bezug auf abgewiesene Asylwerber\*innen in der EU und deren Möglichkeiten zur Regularisierung auseinandersetzt.<sup>83</sup> Der Beitrag behandelt einige Thematiken, die auch für die vorliegende Arbeit relevant sind, jedoch bestehen einige Unterschiede. Zunächst ist der Fokus nur auf abgewiesene Asylwerber\*innen und deren spezifische Situation in der EU gelegt.<sup>84</sup> Folglich ist der persönliche Gegenstand wesentlich eingeschränkter bzw. der inhaltliche wesentlich weiter, da mehr Gewicht auf das Rückführungsverfahren gelegt wird. Weiters analysieren *Strban/Rataj/Šabič* die unterschiedlichen Regularisierungen nicht im Detail, vielmehr bieten sie nur einen groben Überblick über die Praktiken von 17 Mitgliedstaaten.<sup>85</sup> Zu guter Letzt bietet eine Studie aus dem Jahr 2014, die sich mit der Inhaftierung nicht rückführbarer Migrant\*innen beschäftigt, eine Sammlung von „best-practice“-Beispielen.<sup>86</sup>

Alle aufgezählten Autoren und Autorinnen vereint, dass sie im Gegensatz zu der vorliegenden Arbeit keine konkreten Lösungsvorschläge für das aufgezeigte Problem der Nichtrückführbaren bzw. dem Vollzugsdefizit irregulär aufhältiger Migrant\*innen entwickeln. Der abschließend aufgedeckten Forschungslücke widmet sich Kapitel 6. Zunächst wird das komplementäre Konzept der „Einwanderung von innen“ präsentiert. In diesem lege ich dar, aus welchen Gründen die bestehende EU-Einwanderungspolitik in Bezug auf irregulär aufhältige Migrant\*innen eine Neuausrichtung

---

81 *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 81-116 and 153-181.

82 *Farcy* in *de Bruycker/Cornelisse/Moraru*.

83 *Strban/Rataj/Šabič*, Return Procedures Applicable to Rejected Asylum-Seekers in the European Union and Options for their Regularisation, Refugee Survey Quarterly 2018, 1.

84 *Strban/Rataj/Šabič*, Refugee Survey Quarterly 2018, 4.

85 Die Autoren haben einen Fragebogen mit 28 Fragen an nationale Expert\*innen übermittelt; vgl. *Strban/Rataj/Šabič*, Refugee Survey Quarterly 2018, 4.

86 *Vanderbruggen/Phelps/Sebtouai/Kovats/Pollet*, Point of No Return: The Futile Detention of Unreturnable Migrants, Studie v Jänner 2014, [http://pointofnoreturn.eu/wp-content/uploads/2014/01/PONR\\_report.pdf](http://pointofnoreturn.eu/wp-content/uploads/2014/01/PONR_report.pdf) (13.12.2018).

verlangt und dass sie bestmöglich durch eine RegularisierungsRL auf Unionsebene ergänzt werden könnte. Von diesem Konzept ausgehend werde ich – aufbauend auf dem Rechtsvergleich in Teil 2 – den rechtspolitischen Vorschlag einer derartigen RL unterbreiten.

Summa summarum ist daher festzuhalten, dass ich mehrere Forschungslücken schließen werde, wobei zentral ist, dass Regularisierungen in Deutschland, Österreich und Spanien erstmals rechtsvergleichend in Teil 2 untersucht werden.

#### D. Methodisches Vorgehen

Nachdem einleitend die Problematik dargestellt, die Fragestellung und der Forschungsstand präsentiert wurden, soll geklärt werden, wie die Forschungsfragen methodisch bearbeitet werden. Zunächst wird der kontextuelle Rechtsvergleich behandelt (I.) und anschließend die in der vorliegenden Arbeit eingenommene Perspektive näher ausgeführt (II.). Abschließend gehe ich auf den Stand der Dissertation ein (III.).

#### I. Kontextueller Rechtsvergleich<sup>87</sup>

Der Rechtsvergleich des öffentlichen Rechts<sup>88</sup> kennt verschiedene Methoden.<sup>89</sup> Eine sehr verbreitete Definition im Sinne der funktionalen Methode

---

87 Vgl grundlegend zum Rechtsvergleich *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1996); *Constantinesco*, Rechtsvergleichung; Band I (1971); siehe auch *Trantas*, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts (1998).

88 Zu den Eigenheiten des Rechtsvergleichs im öffentlichen Recht grundlegend *Bernhardt*, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, ZaöRV 1964, 431; weiters auch *Trantas*, Rechtsvergleichung 22f, speziell 64ff mwN; *Krüger*, Eigenart, Methode und Funktion der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht in FS Martin Kriele (1997) 1393; *Bell*, Comparing Public Law in *Harding/Örücü* (Hrsg), Comparative Law in the 21st Century (2002) 235 (240ff); *Beaucamp*, Umweltrechtsvergleichung – Hoffnungen, Probleme und Ausschnitte aus der Realität, Umwelt- und Planungsrecht 2001, 134; zu den Eigenheiten der Verfassungsvergleichung bspw *Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung (2003) 96ff.

89 Vgl *Trantas*, Rechtsvergleichung 43-47 mwN; für die Methoden des Rechtsvergleichs speziell im Verfassungsrecht siehe *Jackson*, Comparative Constitutional Law: Methodologies in *Rosenfeld/Sajó* (Hrsg), The Oxford Handbook of Compa-

## *Einleitung*

beschreibt den Rechtsvergleich wie folgt:<sup>90</sup> Die „unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit oder Verschiedenheit erfolgte Inbezugsetzung der ein- und dieselbe Rechtsfrage regelnden Rechtssätze verschiedener Rechtsordnungen oder auch der Lösungen, die ein und dasselbe Problem in den verschiedenen Rechtsordnungen gefunden hat“.<sup>91</sup>

Innerhalb der EU hat der Rechtsvergleich durch die Annäherung und teilweise Harmonisierung der Rechtsgebiete der Mitgliedstaaten große Bedeutung erlangt.<sup>92</sup> Einer der Gründe hierfür ist das Unionsrecht. Dem Rechtsvergleich wird somit zu Recht eine integrerende Funktion für die EU zugeschrieben,<sup>93</sup> da er für den Erlass von harmonisierenden bzw vereinheitlichenden Rechtsakten der EU herangezogen wird. Umgekehrt kann aber auch argumentiert werden, dass durch die Europäisierung ein Maß an Ähnlichkeit herbeigeführt wurde, das den Vergleich gehaltvoll erscheinen lässt.

---

rative Constitutional Law (2012) 54 und *Tushnet*, Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law (2009) 5ff.

- 90 Siehe zu den Gemeinsamkeiten *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law in *Reimann/Zimmermann* (Hrsg), The Oxford Handbook of Comparative Law (2006) 339 (342ff). Als Begründer gilt *Rabel*; vgl *Peters/Schwenke*, Comparative Law beyond Post-Modernism, ICLQ 2000, 800 (808) mit Hinweis auf *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1925) 4. Kritisch *Frankenberg*, Comparing constitutions: Ideas, ideals, and ideology—toward a layered narrative, ICON 2006, 439 (443 mwN); für eine gute Übersicht über die Kritik *Kischel*, Rechtsvergleichung (2015) § 3 Rn 6ff; für eine kritische Analyse der Critical Legal Studies *Mattei*, Comparative Law and Critical Legal Studies in *Reimann/Zimmermann* (Hrsg), The Oxford Handbook of Comparative Law (2006) 815 (825ff mwN).
- 91 *Kaden*, Stichwort „Rechtsvergleichung“ in *Schlegelberger* (Hrsg), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes: Band VI (1938) 9 (10).
- 92 Zur aktuellen Relevanz des Rechtsvergleichs in Europa *Von Bogdandy*, National legal scholarship in the European legal area – A manifesto, ICON 2012, 614 (621ff mwN); *Sommermann*, Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluß – Analyse aus deutscher Sicht in *Schwarze* (Hrsg), Bestand und Perspektiven des europäischen Verwaltungsrechts (2008) 181 (181ff); *Baer*, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und inter-subjektive Kompetenz, ZaöRV 2004, 735 (754); *Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021 (1026); *Trantaf*, Rechtsvergleichung 27-30.
- 93 Vgl *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht Kapitel 7 Rn 20ff und *Van Hoecke/Warrington*, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law, ICLQ 1998, 495 (533f).

Die funktionale Methode mit Einbezügen von anderen kontextuellen Aspekten spielt durch ihren horizontalen Fokus eine besondere Rolle.<sup>94</sup> Wie noch zu zeigen sein wird, bestreiten Deutschland, Österreich und Spanien in den analysierten Materien unterschiedliche rechtliche Wege.<sup>95</sup> Die gewonnenen Erkenntnisse, die sich aus dem Rechtsvergleich ergeben, können bei der Findung von neuen Lösungen eine große Hilfe und Inspiration sein.<sup>96</sup> Noch wichtiger zu betonen ist hierbei, dass die „Vielgestaltigkeit und Charakter der Lösungen anderer Rechtsordnungen sowie deren mögliche Übertragbarkeit [...] erfasst und konzipiert werden“<sup>97</sup> können. Zur Lösung von Sach- und Rechtsproblemen kann der Rechtsvergleich dementsprechend einen Beitrag leisten.<sup>98</sup> Dies ist der Grund, warum Regularisierungen in Teil 2, in concreto Kapitel 5, dieser Arbeit rechtsvergleichend untersucht werden. Die so gewonnenen Erkenntnisse bieten neue Lösungen und Ansätze,<sup>99</sup> die für eine RegularisierungsRL auf EU-Ebene in Teil 3 herangezogen werden.

In der vorliegenden Arbeit wird daher die funktionale Methode angewandt, nach der „Rechtsnormen [...] in ihrer funktionalen Eigenschaft als Problemlösungen<sup>100</sup> miteinander verglichen“<sup>101</sup> werden. Folglich wird die Frage nach der Funktion – verstanden als Aufgabe und Leistung<sup>102</sup> – einer Rechtsnorm oder Institution innerhalb des jeweiligen Rechts- und Gesellschaftssystems in den Mittelpunkt gestellt.<sup>103</sup>

Innerhalb dieser Methode gibt es einen kontextualistischen Ansatz, der Folgendes umfasst: Das Recht als Ganzes und folglich auch die einzelnen

---

94 Örücü, The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-first Century (2004) 24f.

95 Zur Auswahl ebendieser siehe unten Einleitung D.I.3.

96 Vgl Von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht (2015) 40; Schmidt-Aßmann/Dagron, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen, ZaÖRV 2007, 395 (467).

97 Glaser, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre (2013) 68 mwN.

98 Vgl Trantafyllidis, Rechtsvergleichung 29; Tikhomirov, The Legal Position of Migrants, Electronic Journal of Comparative Law 2007, www.ejcl.org/113/article113-27.pdf (27.11.2018) 13f.

99 Vgl Constantinesco, Rechtsvergleichung: Band II (1972) 372.

100 Für kritische Hinweise hierzu siehe Kischel, Rechtsvergleichung § 3 Rn 8.

101 Vgl Ebert, Rechtsvergleichung (1978) 29.

102 Vgl Ebert, Rechtsvergleichung 29.

103 Sommermann, Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, 1017 (1023); Glaser, Handlungsformenlehre 68.

## *Einleitung*

Normen sind im Kontext der historischen, ökonomischen und politischen Gegebenheiten zu sehen.<sup>104</sup> *Kischel* nennt dies prägnanter kontextuelle Rechtsvergleichung.<sup>105</sup> *Jackson* mahnt in dem Sinne dazu, den Kontext, in den Normen eingebettet sind, und die Eigenheiten von Rechtssystemen bzw Institutionen nie außer Acht zu lassen, da man ansonsten Gefahr läuft, falsche Annahmen zu treffen.<sup>106</sup> Funktionen und Konzepte können auf den ersten Blick gleich, aber in verschiedenen Gesellschaften (rechtlich und tatsächlich) sehr unterschiedlich wirken. Deshalb ist ein tiefergehendes Verständnis der Materie erst möglich, wenn die Eigenheiten und der soziopolitische und historische Kontext verstanden werden. In Bezug auf vorliegende Arbeit ist auch der migrationssoziologische Kontext relevant.

Keinesfalls außer Acht gelassen wird die Kritik an der funktionalen Methode,<sup>107</sup> wobei ich mich in der Folge einem Kritikpunkt und in Einleitung D.I.1. einem weiteren annehmen werde.<sup>108</sup> So wird etwa kritisiert, dass dem Recht eine Funktion unterstellt wird, es jedoch schwierig bzw unmöglich sei die Funktion zu ermitteln.<sup>109</sup> Richtig ist, dass eine Rechtsnorm – je nach eingenommener Perspektive – unterschiedliche Funktionen erfüllen kann. Dies bedeutet umgekehrt aber nicht, dass diese nicht betreffend eine ganz bestimmte Funktion geprüft werden kann, insofern diese Vorgehensweise ausreichend klar dargelegt wird. Da diese Kritik berechtigt ist, werde ich in der Folge darlegen, dass ich die Rechtsnormen grob gesprochen aus der Perspektive irregulär aufhältiger Migrant\*innen beleuchte.<sup>110</sup> Bereits ausgeführt wurde, dass ich Regularisierungen dahingehend untersuche, ob und inwiefern sie als wirksames aufenthaltsrechtliches Steuerungsinstrument zur „Bekämpfung“ des irregulären Aufenthalts

---

104 *Kischel*, Rechtsvergleichung § 3 Rn 200ff; *Legrand*, How to Compare Now, Legal Studies 1996, 232 (236); in dem Sinne auch *Bell* in *Harding/Örüci*; *Von Busse*, Rechtsvergleichung 344; *Glaser*, Handlungsformenlehre 67f. Kritisch *Frankenberg*, ICON 2006, 441f. Vgl zur Bedeutung des kulturellen Umfelds *Kischel*, Vorsicht, Rechtsvergleichung! ZVglRWiss 2005, 10 (20ff) und *Legrand*, European Legal Systems are not Converging, ICLQ 1996, 52 (56f).

105 *Kischel*, Rechtsvergleichung § 3 Rn 182, 199ff.

106 Vgl *Jackson* in *Rosenfeld/Sajó* 66f und 70-72 mwN; weiters *Sommermann*, DÖV 1999, 1023; *Van Hoecke/Warrington*, ICLQ 1998, 496f, 532 mwN; *Tushnet*, Weak Courts 10ff.

107 Für einen Überblick siehe *Kischel*, Rechtsvergleichung § 3 Rn 6ff und *Piek*, Die Kritik an funktionalen Rechtsvergleichung, ZEuP 2013, 60 (62ff).

108 Siehe dort die Ausführungen zu den Besonderheiten bei der Analyse des „heimischen“ Rechts.

109 *Kischel*, Rechtsvergleichung § 3 Rn 7.

110 Siehe Einleitung D.II.

eingesetzt werden könnten.<sup>111</sup> Beurteilt wird dies rechtsdogmatisch anhand der unionsverfassungsrechtlichen Vorgaben, die in Kapitel 3 dargelegt werden. Abschließend ist festzuhalten, dass das Vergegenwärtigen der Kritik an der funktionalen Methode den Blick für die vielen methodischen Schwierigkeiten und Besonderheiten schärft, um diese sodann (kritisch) zu hinterfragen.<sup>112</sup>

## 1. Vergleichsgegenstand

Als Vergleichsgegenstand<sup>113</sup> dienen konkrete Lebenssachverhalte,<sup>114</sup> wobei die dazugehörigen Rechtsprobleme als „gemeinsame Vergleichsgrundlage“ fungieren.<sup>115</sup> Grundsätzlich ist die Methode in „Anlehnung an die Sachproblematik der Untersuchung zu beantworten“.<sup>116</sup> Dies spricht für die Anwendung der kontextuellen Methode, da kontextuelle Bezüge im Zusammenhang mit dem analysierten Sach- und Rechtsproblem eine wesentliche Rolle spielen. Dementsprechend lautet die erste Forschungsfrage, die analytischer Natur ist,<sup>117</sup> wie folgt: Welche Wege aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität bestehen im deutschen, österreichischen und spanischen Recht?

Der Lebenssachverhalt, dem die vorliegende Arbeit zugrunde liegt, sind irregulär aufhältige Migrant\*innen, die sich in einem Mitgliedstaat der EU befinden und versuchen ein Aufenthaltsrecht zu erlangen. Viele von ihnen können aus rechtlichen oder faktischen Gründen (dauerhaft) nicht abgeschoben werden. Aufgrund des irregulären Aufenthalts sind sie mit vielfältigen Problemen konfrontiert, etwa dem Ausschluss von Rechten, und befinden sich meist in einer besonders vulnerablen Situation.<sup>118</sup> Irreguläre Migration stellt somit als soziales, politisches und rechtliches Phänomen sowohl die EU als auch die einzelnen Mitgliedstaaten gleichfalls vor erhebliche (juristische) Herausforderungen.<sup>119</sup> Durch die Erlangung eines Auf-

---

111 Siehe Einleitung B.

112 Vgl Piek, ZEuP 2013, 85-87.

113 Vgl Von Busse, Rechtsvergleichung 343.

114 Michaels in Reimann/Zimmermann 342; vgl auch Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung 33; Bartels, Rechtsvergleichung 66f.

115 Ebert, Rechtsvergleichung 28f.

116 Ebert, Rechtsvergleichung 141.

117 Vgl Kischel, Rechtsvergleichung § 3 Rn 160.

118 Siehe Einleitung A.

119 Siehe Einleitung A.

## *Einleitung*

enthaltungsrechts können sich irregulär aufhältige Migrant\*innen erstmals in das Staatsgefüge „integrieren“ und in der Regel geht damit der (beschränkte) Zugang zum Arbeitsmarkt, zu Sozialleistungen und Gesundheitsversorgung einher. Das Sach- und Rechtsproblem<sup>120</sup> stellt sich somit in vergleichbarer Weise in allen drei Mitgliedstaaten, da in jedem Migrant\*innen irregulär aufhältig sind.

Ausgehend von diesem Sach- und Rechtsproblem wird beleuchtet mit welchen ordnungsrechtlichen Mitteln<sup>121</sup> die ausgewählten Mitgliedstaaten die aufenthaltsrechtliche Irregularität steuern.<sup>122</sup> Anders gesagt, werden je- ne Möglichkeiten in Deutschland, Österreich und Spanien untersucht, die dieser Personengruppe offenstehen, um zu einem rechtmäßigen Aufenthalt zu gelangen. Folglich werden jeweils sowohl die Rechtsnormen und außerrechtlichen Lösungen betreffend die aufenthaltsrechtliche Irregularität und Regularisierungen in Beziehung gesetzt und miteinander verglichen. Im weitesten Sinne müssen diese daher die Funktion erfüllen, Mi- grant\*innen einen rechtmäßigen Aufenthalt zu verschaffen oder damit in Zusammenhang zu stehen. Nicht analysieren werde ich das Asylverfahren, da Personen denen internationaler Schutz gewährt wird, nicht den Gegen- stand der vorliegenden Arbeit bilden.<sup>123</sup> Aus dem gleichen Grund wird das Ausweisungsregime im Rechtsvergleich nicht im Detail untersucht.

Um Regularisierungen und die damit zusammenhängenden außerrechtlichen Lösungen und Rechtsinstitute zweckmäßig vergleichen zu können, ist die Einbeziehung bestimmter kontextueller Bezüge erforderlich. So hat etwa in jedem der drei Mitgliedstaaten die historische und politische Ent- wicklung des Aufenthaltsrechts, Fremdenrechts bzw Ausländerrechts zur Bildung von unterschiedlichen Regularisierungen beigetragen. Dieses Ver- ständnis ist notwendig, um Regularisierungen in Kapitel 5 darstellen und integriert vergleichen zu können.<sup>124</sup> Weitere kontextuelle Aspekte, die ein- bezogen werden, sind die Beschreibung des rechtlichen Status von Auslän- der\*innen bzw Fremden, der jeweils einschlägigen Kompetenzen und Be- hörden sowie des Rechtsschutzes. So variiert etwa der rechtliche Status von unerlaubt aufhältigen Ausländer\*innen in Deutschland, unrechtmäßig auf- hältigen Fremden in Österreich bzw irregulär aufhältigen Ausländer\*in-

---

120 Hierbei handelt es sich um einen klassischen Problemvergleich; vgl *Kischel, Rechtsvergleichung § 3 Rn 166 und 190.*

121 Vgl *Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung 34; Von Busse, Rechtsvergleichung 347.*

122 Siehe Teil 2.

123 Siehe Kapitel 1.C.

124 Siehe Einleitung D.I.2.

nen in Spanien, was zu Unterschieden in Bezug auf die faktische Lebenssituation der betroffenen Personengruppe führt. Ohne die Darstellung des Kontexts würde man deshalb übersehen, dass irregulär aufhältige Ausländer\*innen in Spanien Zugang zu Sozialleistungen haben und in Deutschland und Österreich grundsätzlich hiervon ausgeschlossen werden.

Die Notwendigkeit den Kontext einzubeziehen wird auch anhand eines anderen Beispiels deutlich, in concreto der Duldung. Das Rechtsinstitut der Duldung stellt zwar in Österreich und Deutschland keine Regularisierung dar, da sie keinen rechtmäßigen Aufenthalt begründet, jedoch ist sie aus kontextuellen Gründen miteinzubeziehen.<sup>125</sup> Ist eine Person geduldet, dh die Rückführung ist aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich, kann aus diesem Status heraus oftmals ein Aufenthaltsrecht beantragt werden. Deshalb ist eine Einbeziehung erforderlich, um alle Regularisierungen zweckmäßig erfassen und das Sach- und Rechtsproblem vollständig darstellen zu können. In Spanien stellt sich die Situation anders dar, da dort gerade kein vergleichbares Rechtsinstitut besteht und Personen, die nicht abgeschoben werden können, sozusagen außergesetzlich geduldet werden.<sup>126</sup> Doch auch die Darstellung dieser außerrechtlichen Lösung ist vonnöten, um die spanischen Regularisierungen in ihrer Gesamtheit verstehen zu können. Aus alledem ergibt sich, dass die erste Forschungsfrage daher am adäquatesten und fruchtbringendsten mittels eines kontextuellen Rechtsvergleichs zu beantworten ist.

Analysiert wird in der vorliegenden Arbeit vorrangig die gesetzliche Ebene und nur nachrangig die Judikatur,<sup>127</sup> wobei der Fokus vor allem auf die höchstgerichtliche RspR gelegt wird. Das „law in debate“, dh die unterschiedlichen Rechtsmeinungen, werden ebenfalls in die Analyse miteinbezogen.<sup>128</sup> Den Prüfungsmaßstab bildet das Völker- und Unionsrecht. Die völkerrechtlichen Vorgaben werden in Kapitel 2 und die unionsrechtlichen, insbesondere die primärrechtlichen, in Kapitel 3 rechtsdogmatisch untersucht. Das Heranziehen der höherrangigen Rechtsnormen ergibt sich aus dem Stufenbau der Rechtsordnung. Regularisierungen werden daher auf die Vereinbarkeit mit den relevanten völker- und unionsrechtlichen Anforderungen geprüft. Im Hinblick auf das Völkerrecht bildet nur die EMRK den Prüfungsmaßstab, da eine weitergehende Analyse über den

---

125 Siehe Kapitel 2.B.III.1.a., Kapitel 5.A.I.2. und Kapitel 5.A.I.3.

126 Siehe Kapitel 5.A.I.1.

127 Vgl Michaels in Reimann/Zimmermann 342, der Judikate als Antworten auf Situationen des (echten) Lebens beschreibt.

128 Vgl Kischel, Rechtsvergleichung § 3 Rn 44, 234.

## *Einleitung*

Rahmen der Arbeit hinausgehen würde. Das Verfassungsrecht der analysierten Rechtsordnungen stellt zwar jeweils auch höherrangiges Recht im Verhältnis zur einfachgesetzlichen Ebene dar, jedoch wird es nicht als Prüfungsmaßstab herangezogen. Der Grund hierfür ist, dass die zentralen grundrechtlichen Verbürgungen, die für die (rechtsvergleichende) Analyse von Regularisierungen einschlägig sind, allesamt in völker- und unionsrechtlichen Bestimmungen festgelegt sind, weshalb die verfassungsrechtlich normierten Grundrechte nicht eigens beleuchtet werden.<sup>129</sup> Darüber hinaus würde es den Umfang der vorliegenden Arbeit sprengen. Die Vergleichs- und Bewertungsergebnisse können in Teil 3, in dem eine RegularisierungsRL vorgeschlagen wird, genutzt werden, um die Kerninhalte einer solchen RL darzustellen. Der Bewertungsmaßstab fügt sich somit auch in die Systematik der Arbeit ein, da eine RegularisierungsRL den völker- und europarechtlichen Vorgaben entsprechen müsste. Auch vor diesem Hintergrund ist es nicht erforderlich, Regularisierungen auf die Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu prüfen.

Die Arbeit zielt nicht nur darauf ab, das formal geschriebene Recht zu untersuchen, sondern auch das „law in action“. Dieser Begriff umschreibt, wie das Recht im täglichen Leben praktiziert und umgesetzt wird.<sup>130</sup> *Großfeld* bezeichnet letzteres treffend als „Rechtswirkungsforschung“.<sup>131</sup> „Denn Normativität ohne Faktizität ist totes Recht“.<sup>132</sup> Neben den Rechtsnormen werden deshalb auch die außerrechtlichen Lösungen untersucht.<sup>133</sup> Die Normen werden daraufhin geprüft, wie sie in der Realität „funktionieren“.<sup>134</sup> Das öffentliche Recht wird „mehr als die anderen Rechtsgebiete

---

129 Siehe Kapitel 2.B.III.

130 Grundlegend zur Unterscheidung *Pound*, Law in Books and Law in Action, American Law Review 1910, 12. Vgl auch *Sommermann*, DÖV 1999, 1023; *Kischel*, ZVglRWiss 2005, 26ff; *Frankenberg*, ICON 2006, 442f; *Neumayer*, Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung, RabelsZ 1997, 411 (411ff); *Von Busse*, Rechtsvergleichung 340; ähnlich auch *Krüger* in FS Martin Kriele 1401.

131 *Großfeld*, Kernfragen der Rechtsvergleichung (1996) 117f.

132 *Rehbinder*, Rechtssoziologie<sup>5</sup> (2003) 2; prägnant hierzu *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913) Vorrede, 394 sowie 405.

133 Vgl *Trantas*, Rechtsvergleichung 72ff mwN; *Kischel*, ZVglRWiss 2005, 17ff und speziell 24f mit eindrucksvollen Beispielen. Kritisch *Frankenberg*, Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal 1985, 411 (438).

134 *Ebert*, Rechtsvergleichung 149.

von außerrechtlichen Faktoren bestimmt“.<sup>135</sup> Diese Einschätzung trifft in noch weit größerem Ausmaß auf das Aufenthalts-, Ausländer- und Fremdenrecht zu.<sup>136</sup> In der Folge wird anhand von Gesetzen, Judikaten, Studien, Zeitungsartikeln, Statistiken oder Durchführungsverordnungen ein Bild von der Rechtswirklichkeit gezeichnet.<sup>137</sup> Außerrechtliche Praktiken, die unter Umständen von der Gesetzgebung (nicht) beabsichtigt wurden, können so bestmöglich identifiziert werden. Hierbei muss aber betont werden, dass nie ein vollständiges Bild des „law in action“ gezeichnet werden kann. Ich werde versuchen das erworbene Wissen zur deutschen, österreichischen und spanischen Rechtslage und -wirklichkeit – durch mehrere Forschungsaufenthalte in allen drei Mitgliedstaaten<sup>138</sup> – rückkoppeln.

Abschließend ist auf eine weitere Kritik an der funktionalen Methode einzugehen, wonach eine unvoreingenommene Beschreibung und Bewertung der drei Rechtsordnungen nie ganz möglich ist, da immer die Gefahr besteht, dass die „heimische“, in concreto die österreichische, Rechtsordnung zu sehr durchschlägt.<sup>139</sup> Um dieser Gefahr angemessen Rechnung zu tragen, werden Oberbegriffe verwendet und das erworbene Wissen wird, wie bereits erwähnt, während der Forschungsaufenthalte rückgekoppelt. Die in der vorliegenden Arbeit verwendeten Oberbegriffe („irregulär auf-hältig“, „Migrant\*innen“, „Regularisierung“ und „Aufenthaltsrecht“) wurden speziell so gewählt, dass sie einerseits den Kontext miteinbeziehen (können) und andererseits präzise Rechtsbegriffe darstellen.<sup>140</sup> Dadurch kann ich als Rechtsvergleicher eine Position von außen einnehmen und die ausgewählten Rechtsordnungen mit ausreichend Distanz beleuchten.<sup>141</sup> Bedacht genommen wurde darauf, dass, insofern Systembegriffe der

---

135 Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2005) 83. In dieselbe Richtung gehend Kischel, Rechtsvergleichung § 3 Rn 201; Kaiser, Vergleichung im öffentlichen Recht, ZAöRV 1964, 391 (396) und Krüger in FS Martin Kriele 139ff.

136 Vgl Einwallner, Asyl- und Fremdenrecht 2010 – Bloß noch Spielball der Politik, juridikum 2010, 68.

137 Siehe die Beispiele bei Schmid-Drüner, Der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Einwanderungsrecht ausgewählter EU-Mitgliedstaaten (2007) 47.

138 Siehe die Ausführungen im Vorwort der vorliegenden Arbeit.

139 Vgl im Hinblick auf die Besonderheiten bei der Analyse des „heimischen“ Rechts Ebert, Rechtsvergleichung 144 und die einleitenden Überlegungen in Teil 2.

140 Vgl Dumon, International Migration 1983, 218, 227 und siehe Kapitel 1.A. und Kapitel 2.A.

141 Trantas, Rechtsvergleichung 41; vgl auch Sommermann, DÖV 1999, 1023; Von Busse, Rechtsvergleichung 347; Evan/Grisoli/Treves, Rechtssoziologie und Rechts-

## *Einleitung*

nationalen Rechtsordnungen verwendet werden,<sup>142</sup> die unterschiedlichen Bedeutungen dieser dargelegt werden.

## 2. Integrierte Darstellung

Der angestrebte Rechtsvergleich wird keinen üblichen deskriptiven Teil haben, der sich aus einzelnen Länderberichten zusammensetzt.<sup>143</sup> Vielmehr werden die Rechtsnormen und außerrechtlichen Lösungen der ausgewählten Mitgliedstaaten in einem integrierten Vorgehen<sup>144</sup> in Beziehung gesetzt, analysiert und bewertet.<sup>145</sup> Durch das in Beziehung zueinander setzen, können Funktionsänderungen der Rechtsnormen und/oder der außerrechtlichen Lösungen, die auf den ersten Blick oftmals nicht ersichtlich sind, kenntlich gemacht werden.<sup>146</sup> D.h., dass die identifizierten Regularisierungen in Kapitel 5 gemeinsam und nicht getrennt analysiert werden, wodurch unnötige Wiederholungen vermieden werden. Wie *Kischel* zutreffend ausgeführt hat, sollen „Vergleich und Darstellung zu einer Einheit verschmelzen“.<sup>147</sup>

Der Parameter, der vom bereits dargestellten Prüfungsmaßstab zu unterscheiden ist,<sup>148</sup> anhand dessen die Vergleichsgegenstände verglichen wer-

---

vergleichung in *Drobnig/Rehbinder* (Hrsg), Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung (1997) 35 (51); vgl. ähnlich *Kaiser*, ZaöRV 1964, 391 (396f). Kritisch *Franckenberg*, Harvard International Law Journal 1985, 439 und *Kischel*, Rechtsvergleichung § 3 Rn 186ff mwN.

142 *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 33, beschreiben dies als negatives Funktionalitätsprinzip. Ebenso *Starck*, JZ 1997, 126f; *Glaser*, Handlungsformenlehre 70f im Zusammenhang mit dem autonomen Begriff der „Handlungsform“; so bereits *Gutteridge*, Comparative Law (1946) 117ff; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2017) Rn 33 im Hinblick auf unionsrechtliche Begriffen.

143 Vgl. *Von Busse*, Rechtsvergleichung 36ff. Ein Beispiel für einen Aufbau wie von *Von Busse* dargestellt findet sich etwa bei *Schieber*, Komplementärer Schutz 117ff oder bei *Schmid-Drüner*, Einwanderungsrecht 49ff. Weiters *Kischel*, Rechtsvergleichung § 3 Rn 10, 12, 50, 53.

144 Vgl. *Kischel*, Rechtsvergleichung § 3 Rn 50 und 242ff; *Ebert*, Rechtsvergleichung 145ff; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 43f.

145 Vgl. *Trantas*, Rechtsvergleichung 48f mwN; *Glaser*, Handlungsformenlehre 68f; *Zweigert/Puttfarken*, Critical Evaluation in Comparative Law, The Adelaide Law Review 1976, 343.

146 Vgl. *Lachmayer*, Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte, JRP 2010, 166 (170); *Ebert*, Rechtsvergleichung 154, 158.

147 *Kischel*, Rechtsvergleichung § 3 Rn 243.

148 Siehe Einleitung D.I.1.

den, wird als „tertium comparationis“ bezeichnet.<sup>149</sup> Die Kategorisierung erfolgt anhand des Regularisierungszwecks, wie weiter unten noch im Detail dargestellt wird.<sup>150</sup> Unter diesem Begriff ist der für die Erteilung des Aufenthaltsrechts maßgebliche Rechtsgrund zu verstehen, wobei in Bezug auf Regularisierungen sechs Regularisierungszwecke aus den drei einschlägigen Rechtsquellenebenen herausgearbeitet werden. Die Tiefe der Verzahnung variiert im Hinblick auf jeden Regularisierungszweck, da nur die beiden Regularisierungszwecke „Nichtrückführbarkeit“ und „Vulnerabilität“ in Unterkategorien unterteilt werden.

Vor dem rechtsvergleichenden Kapitel 5 wird in einem eigenständigen Kapitel 4 der Migrationskontext der drei ausgewählten Mitgliedstaaten einzeln behandelt. In diesem folgt ein Abriss der historischen Entwicklung des Aufenthalts-, Ausländer- bzw Fremdenrechts, des rechtlichen Status von Fremden bzw Ausländer\*innen und der jeweils einschlägigen Regularisierungen. Weiters werden die Kompetenzen und zuständigen Behörden sowie der Rechtsschutz umrissen. Diese Darstellung schafft das Grundgerüst für den integrierten Rechtsvergleich, in dem sodann die einzelnen Regularisierungen verzahnt und im Detail beschrieben werden können. Auf allgemeine Aspekte, die für das Verständnis der Maßnahmen relevant sind, kann im integrierten Rechtsvergleich dann verwiesen werden.

### 3. Auswahl der Mitgliedstaaten

In der vorliegenden Arbeit können nicht alle der derzeit noch 28 Mitgliedstaaten der EU analysiert werden,<sup>151</sup> weshalb eine Auswahl getroffen werden musste. Ich habe mich für Deutschland, Österreich und Spanien entschieden. Alle drei Mitgliedstaaten normieren unterschiedliche Regulari-

---

149 Vgl Sommermann, DÖV 1999, 1017; Piek, ZEuP 2013, 67f und Örücü, Enigma 21.

150 Allgemein zur Kategorisierung Kischel, Rechtsvergleichung § 3 Rn 242 und siehe zum Regularisierungszweck unten Kapitel 2.B.II.

151 Bei Abschluss der vorliegenden Arbeit (1.1.2019) war noch nicht absehbar, welche rechtlichen Auswirkungen der „Brexit“ auf die EU-Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs tatsächlich haben wird; siehe nur Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, as agreed at negotiators' level on 14 November 2018.

## *Einleitung*

sierungen in ihren nationalstaatlichen Rechtsordnungen.<sup>152</sup> Der unterschiedliche Umgang mit irregulärer Migration spiegelt sich in der zu analysierenden nationalen Gesetzgebung und Judikatur sowie den außerrechtlichen Ansätzen wider. Der Rechtsvergleich scheint deshalb in Bezug auf diese Aspekte aufschlussreich zu sein.

Spanien – als eines der südeuropäischen Länder<sup>153</sup> – eignet sich als Beispiel, weil dort Regularisierungs-Programme<sup>154</sup> als außerordentliches Rechtsinstrument eingesetzt wurden.<sup>155</sup> Hintergrund dafür war ua., dass Regularisierungen als „alternative to immigration policy“<sup>156</sup> betrachtet wurden. Der hohe Bedarf an Arbeitskräften im Dienstleistungssektor konnte durch bereits im Land aufhältige Migrant\*innen, die regulär gearbeitet haben, aber irregulär aufhältig waren, gedeckt werden.<sup>157</sup> Nun mehr stellen jedoch genau wie in Österreich und Deutschland Regularisierungs-Mechanismen den Standard dar.<sup>158</sup>

Auch der Vergleich zwischen Österreich und Deutschland ist überaus lehrreich, könnte man doch im ersten Moment glauben, dass die beiden Länder aufgrund ähnlicher Rechtstraditionen auch ähnliche Gesetze aufweisen.<sup>159</sup> So existiert etwa jeweils das Rechtsinstitut der Duldung, das jedoch unterschiedlich ausgestaltet ist.<sup>160</sup> Obwohl es sich dabei um keinen rechtmäßigen Aufenthalt handelt, und folglich um keine Regularisierung,

---

152 Siehe *Europäische Kommission*, Final Report v 23.11.2009, 42-46, 54-59, 74-79. Zu Österreich: *Kraler/Hollomey*, Austria: Irregular Migration – A Phenomenon in Transition in *Triandafyllidou* (Hrsg), Irregular Migration: Myths and Realities (2010) 41. Zu Deutschland: *Cyrus/Kovacheva*, Undocumented Migration in Germany: Many Figures, Little Comprehension in *Triandafyllidou* (Hrsg), Irregular Migration: Myths and Realities (2010) 125. Zu Spanien *González-Enríquez*, Spain: Irregularity as a Rule in *Triandafyllidou* (Hrsg), Irregular Migration: Myths and Realities (2010) 247.

153 *Baldwin-Edwards/Kraler*, Final Report v Jänner 2009, 39.

154 Zur Unterscheidung der Begriffe Regularisierungs-Programm und -Mechanismus siehe Kapitel 2.B.I.

155 Siehe Kapitel 4.C.I.

156 *Baldwin-Edwards/Kraler*, Final Report v Jänner 2009, 39.

157 Vgl *Baldwin-Edwards/Kraler*, Final Report v Jänner 2009, 39f; *Pelzer*, Regularisierung des Aufenthalts von Menschen ohne Papiere: Bausteine einer liberalen Migrationspolitik? in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* (Hrsg), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltpapiere (2012) 143 (149) und jüngst *Kraler*, Journal of Immigrant and Refugee Studies 2019, 99 und 102.

158 Siehe Kapitel 4.A.III., Kapitel 4.B.III. und Kapitel 4.C.III.

159 Siehe bspw im Zusammenhang mit dem Zivilrecht *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 130ff sowie *Ebert*, Rechtsvergleichung 57ff.

160 Siehe § 46a FPG und § 60a AufenthG sowie unten Kapitel 5.A.I.2.-3.

ist die Duldung oftmals die erste Stufe zur Erlangung eines Aufenthaltsrechts und damit der erste Schritt aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität.<sup>161</sup> Die Einbeziehung dieses Rechtsinstituts bereichert deshalb den Vergleich. Weiters sind die Regularisierungen in Österreich und Deutschland jeweils an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Der Rechtsvergleich wird hierbei beantworten, ob „dieselbe rechtliche Funktion durch verschiedene Rechtsfiguren wahrgenommen wird“.<sup>162</sup> Obwohl Deutschland und Österreich als „ideological opponents“ von Regularisierungen bezeichnet werden,<sup>163</sup> wird der Rechtsvergleich zeigen, dass diese Behauptung nicht länger aufrechterhalten werden kann, da beide Regularisierungen einsetzen, um den irregulären Aufenthalt von Migrant\*innen zu beenden. Weiters beschäftigen beide Staaten noch die Folgen des „langen Sommers der Migration 2015“, wodurch es zu einer hohen Anzahl an Antragstellungen auf internationalen Schutz gekommen ist.<sup>164</sup>

Alle drei Staaten sind Mitglieder der EU und daher Teil derselben supranationalen Rechtsordnung. Folglich müssen sie auch dieselben unionsverfassungsrechtlichen Vorgaben erfüllen.<sup>165</sup> Anders gesagt, haben sie durch ihre Mitgliedschaft in der EU dieselbe programmatische Zielsetzung. So hat sich die EU die „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung – als eines der Kernelemente der unionalen Einwanderungspolitik<sup>166</sup> – zum Ziel gesetzt. Eine nähere rechtsdogmatische Analyse der unionsrechtlichen Handlungsspielräume im Bereich aufenthaltsrechtlicher Irregularität und Regularisierungen erfolgt in Kapitel 3. Wie bereits kurz dargelegt, werde ich an dieser Stelle eigenständige Beiträge zur rechtsdogmatischen Klärung auslegungsbedürftiger Begriffe und Normen unterbreiten. Auch vor diesem Hintergrund ist der kontextuelle Rechtsvergleich zweckmäßig, da ich in der vorliegenden Arbeit untersuche, ob eine gemeinsame, unionsrechtli-

---

161 Siehe hierzu Kapitel 2.B.III.1.a.

162 Von Busse, Rechtsvergleichung 341.

163 Vgl Baldwin-Edwards/Kraler, Final Report v Jänner 2009, 8, 42; Kraler/Reichel/Hollomey, Undocumented Migration: Country Report Austria, Clandestino Project v November 2008/updated October 2009, [http://irregular-migration.net/typo3\\_upload/groups/31/4.Background\\_Information/4.4.Country\\_Reports/Austria\\_CountryReport\\_Clandestino\\_Nov09\\_2.pdf](http://irregular-migration.net/typo3_upload/groups/31/4.Background_Information/4.4.Country_Reports/Austria_CountryReport_Clandestino_Nov09_2.pdf) (10.10.2018). Jüngst wesentlich vorsichtiger Kraler, Journal of Immigrant and Refugee Studies 2019, 99 und 102.

164 Siehe die diesbezüglichen Verweise in Fn 29.

165 Siehe Kapitel 3.C.

166 Siehe Kapitel 3.A. und Kapitel 3.C. sowie Ter Steeg, Das Einwanderungskonzept der EU (2006) 421ff oder Rossi in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV Kommentar<sup>5</sup> (2016) Art 79 AEUV Rn 6f, 22ff.

## *Einleitung*

che Lösung bezüglich Regularisierungen gefunden werden kann.<sup>167</sup> Die Erkenntnisse des Rechtsvergleichs werden die gemeinsamen bzw unterschiedlichen Lösungsansätze darlegen. Durch die Darstellung der kontextuellen Bezüge kann so eine bessere Analyse der Lösungsansätze erfolgen, die auf EU-Ebene wirksam sein könnten.

Alles in allem sind die drei ausgewählten Mitgliedstaaten individuell sehr unterschiedlich, aber setzen von außen betrachtet ähnliche Regularisierungen ein. Durch die Analyse kann ich zeigen, dass die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Rechtsordnungen eine unterschiedliche Anzahl an Regularisierungen implementiert haben und von diesem Rechtsinstrument intensiv Gebrauch machen.

## II. Rechtsanalyse aus der Perspektive irregulär aufhältiger Migrant\*innen

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf den in der vorliegenden Arbeit eingenommen Standpunkt. Hierzu muss weiter ausgeholt werden. Grundsätzlich finden sich Bestimmungen des (europäischen) Migrationsrechts in drei unterschiedlichen Rechtsquellenebenen:

- Im Völkerrecht, wobei hier vor allem zwischen abgeschlossenen Verträgen im Rahmen der Vereinten Nationen und des Europarats zu unterscheiden ist.
- Im Unionsrecht differenziert man zwischen Primärrecht,<sup>168</sup> Sekundärrecht und völkerrechtlichen Abkommen der EU mit Drittstaaten.<sup>169</sup>
- Im nationalen Recht unterscheidet man zwischen (nationaler) Gesetzgebung und Abkommen der Mitgliedstaaten der EU und Drittstaaten.

Vorliegende Arbeit befasst sich mit allen drei Ebenen und zeigt, dass eine isolierte Betrachtung einer Ebene nicht mehr zeitgemäß ist. Dies wird bereits in Kapitel 1 deutlich, wo die Wechselwirkungen zwischen den dreien dargestellt werden. Kapitel 3 befasst sich, genauso wie Kapitel 6, ausschließlich mit dem Europarecht. Der Schwerpunkt des Rechtsvergleichs in Teil 2 bildet das öffentliche Recht der drei ausgewählten Mitgliedstaaten, wobei den Prüfungsmaßstab jeweils die europa- und völkerrechtlichen Bestimmungen bilden.<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> Vgl allgemein zu dieser Fragestellung *Von Busse*, Rechtsvergleichung 51.

<sup>168</sup> Art 20f und 45ff AEUV.

<sup>169</sup> Art 216 AEUV.

<sup>170</sup> Siehe Einleitung D.I.1.

Im Hinblick auf die behandelten Rechtsquellen ist der Begriff des „transnational law“<sup>171</sup> hervorzuheben. Darunter wird unter anderem Recht verstanden, das Sachverhalte und Handlungen regelt, die nationalstaatliche Grenzen überschreiten.<sup>172</sup> Transnationales Recht umfasst nach einer Ansicht nationale und völkerrechtliche Normen. *Farahat* führt aus, dass besonders „die Wechselbezüglichkeit und Vernetzung dieser verschiedenen Ebenen des Rechts zu verdeutlichen, die sich in einem konkreten Sachverhalt zeigen“,<sup>173</sup> Aufgabe des transnationalen Rechts ist.

Ein methodischer Aspekt der transnationalen Forschung verdient besondere Beachtung: Ausgewählte Fallkonstellationen werden aus der Perspektive des Adressat\*innenkreises beleuchtet, kategorisiert und analysiert.<sup>174</sup> *Farahat* hat diese methodische Herangehensweise etwa auf das Forschungsfeld der transnationalen Migration umgelegt und angewandt.<sup>175</sup> Dieser Zugang bietet auch für die vorliegende Arbeit einen Referenzrahmen und wird deshalb herangezogen.

Folglich steht die aufenthaltsrechtliche Situation der Migrant\*innen, die sich in einen Mitgliedstaat begeben und in diesem irregulär aufhältig sind, im Mittelpunkt der juristischen Analyse. Der Untersuchung liegt dadurch gleichzeitig eine individualrechtliche Perspektive zugrunde. Bisher hat sich die Forschung diesen Thematiken zumeist aus dem Blickwinkel des Aus-

---

171 Grundlegend *Jessup*, Transnational Law (1956); vgl. *Viellechner*, Was heißt Transnationalität im Recht? in *Calliess* (Hrsg), Transnationales Recht: Stand und Perspektiven (2014) 57 (59); *Miller/Zumbansen* (Hrsg), Comparative Law as Transnational Law (2012); *Zumbansen*, Carving Out Typologies and Accounting for Differences Across Systems: Towards a Methodology of Transnational Constitutionalism in *Rosenfeld/Sajó* (Hrsg), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (2012) 75 (75-84); *Fischer-Lescano*, Transnationales Verwaltungsrecht: Privatverwaltungsrecht, Verbandsklage und Kollisionsrecht nach der Aarhus-Konvention, JZ 2008, 373 (375ff); zum transnationalen Flüchtlingsrecht siehe *Goodwin-Gill/Lambert*, The Limits of Transnational Law: Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial Dialogue in the European Union (2010).

172 Vgl. *Jessup*, Transnational 1ff; *Farahat*, Progressive Inklusion: Zugehörigkeit und Teilhabe im Migrationsrecht (2014) 11 mwN; *Viellechner* in *Calliess* 59ff. Für eine Beschreibung im Zusammenhang mit dem Verwaltungsrecht siehe *Kment*, Transnationalität im Verwaltungsrecht in *Calliess* (Hrsg), Transnationales Recht: Stand und Perspektiven (2014) 331 (331). Dazu kritisch *Calliess/Maurer*, Transnationales Recht – eine Einleitung in *Calliess* (Hrsg), Transnationales Recht: Stand und Perspektiven (2014) 1 (6ff).

173 *Farahat*, Progressive Inklusion 12.

174 Vgl. *Farahat*, Progressive Inklusion 12f; *Jessup*, Transnational 11f.

175 Vgl. *Farahat*, Progressive Inklusion 18.

## *Einleitung*

weisungsrechts und damit nur aus der Staatenperspektive genähert.<sup>176</sup> Um einen „Gegenpol“ zur bisherigen Forschung darzustellen, werden die aufenthaltsrechtliche Irregularität und Regularisierungen auch aus der Perspektive irregulär aufhältiger Migrant\*innen beleuchtet.<sup>177</sup> Derart können die vielfältigen nationalen, europarechtlichen und völkerrechtlichen Bestimmungen (neu) erfasst und strukturiert werden.<sup>178</sup> Diese Herangehensweise kommt auch durch den systematisierenden Anknüpfungspunkt des Rechtsvergleichs (Regularisierungszweck) zum Ausdruck, der aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidungen eine kontraktualistische Struktur zugrunde legt.<sup>179</sup>

Somit steht das Aufenthaltsrecht, das den rechtmäßigen bzw unrechtmäßigen Aufenthalt der Migrant\*innen begründet, im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit.<sup>180</sup> Dies scheint im Hinblick auf das sich wandelnde Verständnis des Aufenthalts-, Ausländer- und Fremdenrechts der zeitgemäße und fruchtbringendere Zugang zu sein. Demnach handelt es sich bei aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidungen,<sup>181</sup> um eine rechtsordnungsübergreifende Grundstruktur des Aufenthaltsrechts, das nicht um die Ausweisung<sup>182</sup> als zentrale Bauform organisiert ist.<sup>183</sup> Durch den dargelegten Perspektivenwechsel können neue Forschungsergebnisse erarbeitet werden, die zur bisherigen Forschung aus Staatenperspektive hinzutreten.

---

176 Anstatt vieler *Thym*, Schutz des Aufenthalts zwischen polizeilicher Herkunft und menschenrechtlicher Neuausrichtung in *Arndt/Betz/Farahat/Goldmann/Huber/Keil/Láncos/Schafer/Smrkovj/Sucker/Valta* (Hrsg), 48. Assistententagung Öffentliches Recht (2008) 221.

177 Siehe nur *Handmaker/Mora*, ‘Experts’: the mantra of irregular migration and the reproduction of hierarchies in *Ambrus/Arts/Hey/Raules* (Hrsg), *The Role of ‘Experts’ in International and European Decision-Making Processes: Advisors, Decision Makers or Irrelevant Actors?* (2014) 263, die von einer „migrant-centred perspective“ sprechen.

178 *Farahat*, Progressive Inklusion 13.

179 Siehe Kapitel 2.B.II.

180 So auch *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 8, die Illegalität in der EU in ihren unterschiedlichen Ausformungen aus dem Blickwinkel des Aufenthaltsrechts analysiert.

181 Siehe zur Definition Kapitel 2.A.II.3.

182 Ausweisung wird allgemein als eine Anordnung, das Staatsgebiet zu verlassen, verstanden.

183 Siehe Kapitel 2.B.II.

### III. Stand der Dissertation

Die Dissertation wurde mit Stand 1.1.2019 abgeschlossen, wobei Gesetzesentwicklungen und Rspr bis dahin eingearbeitet wurden. Das sogenannte „Migrationspaket“, ein Bündel aus mehreren Gesetzesvorhaben, wurde erst nach Abschluss der vorliegenden Arbeit im Juni 2019 vom deutschen Bundestag beschlossen<sup>184</sup> und großteils bereits vom Bundesrat gebilligt. Die für die vorliegende Arbeit relevanten Gesetze, die im Zusammenhang mit dem „Migrationspaket“ erlassen wurden, werden an der jeweils einschlägigen Stelle bis inklusive Dezember 2019 berücksichtigt, da sie teils enorme Auswirkungen auf die geltende Rechtslage haben (werden).

Kapitel 1 wurde bereits in deutscher und englischer Sprache in einer älteren Version publiziert.<sup>185</sup> Einzelne Teile der Kapitel 2, 3, 5 und 6 wurden ebenfalls in Vorversionen veröffentlicht.<sup>186</sup>

---

184 Siehe Kapitel 4.A.I.

185 Hinterberger, Die Mehrebenendimension aufenthaltsrechtlicher Irregularität. Konzeptionelle Überlegungen zum Auftreten irregulärer Migration in der EU in Thym/Klarmani (Hrsg), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht (2017) 155 sowie Hinterberger, A Multi-Level Governance Approach to Residence Rights of Migrants and Irregular Residence in the EU, EJML 2018, 182.

186 Kapitel 3: Hinterberger/Klammer, Abschiebungsverbote aus gesundheitlichen Gründen: Die aktuelle Rechtsprechung des EGMR und EuGH zu Non-Refoulement und deren Auswirkungen auf die österreichische, deutsche und spanische Rechtslage – eine Verbesserung der rechtlichen Situation schwer kranker Drittstaatsangehöriger? in Filzwieser/Taucher (Hrsg), Asyl- und Fremdenrecht. Jahrbuch 2017 (2017) 111 sowie die gekürzte Version Hinterberger/Klammer, Abschiebungsverbote aus gesundheitlichen Gründen: Die aktuelle EGMR- und EuGH-Rechtsprechung zu Non-Refoulement und deren Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage – eine Verbesserung der rechtlichen Situation schwer kranker Drittstaatsangehöriger, NVwZ 2017, 1180. In beiden Artikel wurde jeweils eingangs angemerkt, dass ich selbst Autor jener Teile war, die sich in der vorliegenden Arbeit wiederfinden.

Kapitel 5: Hinterberger, Arbeitsmarktzugang von Fremden mit „Duldung“ oder „Aufenthaltstitel aus besonders berücksichtigungswürdigenden Gründen“ – Eine gleichheitsrechtliche Analyse, DRdA 2018, 104.

Kapitel 2, 3, 5 und 6: Hinterberger, An EU Regularization Directive. An effective solution to the enforcement deficit in returning irregularly staying migrants, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2019, 736 und Hinterberger, Eine Regularisierungsrichtlinie der EU: Eine wirksame Lösung für das Vollzugsdefizit von Rückführungen irregulär aufhältiger Migrant\*innen in Lansen/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser (Hrsg), Social Europe? 1. Tagung junger Europarechtler\*innen 2018 (2018) 45.

