

Teil 3 – Ausblick

Ich habe in Teil 1 die aufenthaltsrechtliche Irregularität und Regularisierungen konzeptionell beleuchtet und den unionsrechtlichen Rahmen abgesteckt. Anschließend habe ich in Teil 2 Regularisierungen in Deutschland, Österreich und Spanien rechtsvergleichend untersucht. Anhand der bisherigen Ausführungen, die als Grundlagenarbeit zu verstehen sind, soll eine sachlich zweckmäßige Diskussion betreffend die rechtlichen Möglichkeiten im Umgang mit irregulär aufhältigen Migrant*innen angestoßen werden. Das Kapitel 6 enthält daher abschließend den rechtspolitischen Vorschlag einer zukünftigen RegularisierungsRL, wobei der Rechtsvergleich die Grundlage bildet. Die Vor- und Nachteile der gemeinsamen bzw. unterschiedlichen Lösungsansätze der drei analysierten Mitgliedstaaten konnten zueinander in Beziehung gesetzt werden. Auf die ausgemachten Voraussetzungen und Bedingungen der nationalstaatlichen Regularisierungen kann zurückgegriffen und diese für einen europarechtlichen Rechtsakt fruchtbar gemacht werden.

Kapitel 6 – Eine Regularisierungsrichtlinie der EU²⁴⁶³

In der Folge wird eine RegularisierungsRL der EU vorgeschlagen, obwohl ein derartiger Unionsakt derzeit realpolitisch unrealistisch erscheint.²⁴⁶⁴ Die Rechtsform der VO wird nicht in Erwägung gezogen, da zwingende Regeln für die Mitgliedstaaten ohne innerstaatlichen Umsetzungsspielraum politisch noch weniger tragfähig wären.²⁴⁶⁵ Trotz der politischen Gegebenheiten halte ich es für sinnvoll, einen leistungsfähigen Rechtsakt, der die derzeitige Einwanderungspolitik der EU ergänzen würde, näher zu beschreiben. „There are no easy answers, but their absence does not render the quest for appropriate solutions obsolete”.²⁴⁶⁶ In dem Sinne hat sich bspw. *Menezes Queiroz* überblickshaft mit der potenziell ausgleichenden Rolle von Regularisierungen auf supranationaler Ebene auseinandergesetzt.²⁴⁶⁷

Es bietet sich an, den inhaltlichen Kern einer RL darzustellen, aber vor dem Hintergrund der politischen Realitäten auf die Ausarbeitung eines konkreten Gesetzestextes zu verzichten. Die folgenden Ausführungen bauen auf Teil 1 auf, wobei vor allem die Ausführungen in Kapitel 3 hervorzuheben sind, die sich mit der Einwanderungspolitik der EU, ihren Zielsetzungen und Kompetenzen in rechtsdogmatischer Weise auseinandergesetzt haben. Wesentliches Grundgerüst ist der Rechtsvergleich in Teil 2.

Zunächst wird das komplementäre Konzept der „Einwanderung von innen“ dargestellt (A.). In diesem werde ich darlegen, aus welchen Gründen die bestehende Einwanderungspolitik der Union in Bezug auf irregulär aufhältige Migrant*innen eine Neuausrichtung verlangt und dass sie best-

2463 Einzelne Abschnitte und Gedanken wurden in *Hinterberger in Lanser/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* und auf Englisch in *Hinterberger*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2019 publiziert. Siehe Einleitung D.III.

2464 Siehe bereits die Ausführungen in Kapitel 3.C.I. und insbesondere *Lutz*, EJML 2018, 49f.

2465 Siehe nur die stockenden Verhandlungen betreffend den Erlass einer Statusverordnung. *Rat der EU*, Note from the Presidency to the Council Concerning the Reform of the Common European Asylum System and Resettlement v 30.5.2018, 9520/18, 4.

2466 *Thym*, CMLRev 2013, 734.

2467 *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying* 167ff. Siehe weiters auch *Schieber*, Komplementärer Schutz 334ff.

möglich durch eine RegularisierungsRL auf Unionsebene ergänzt werden könnte. Anschließend präsentiere ich die Grundkonzeption einer derartigen RL (B.) und thematisiere die wichtigsten Regelungsinhalte, die diese beinhalten sollte (C.). Abschließend folgt ein Plädoyer für den Ausbau des allgemeinen Teils des EU-Migrationsrechts mittels einer horizontal ausgestalteten RegularisierungsRL (D.).

A. Komplementäres Konzept der „Einwanderung von innen“

Zum Anfang dieses Kapitels drängt sich die Frage auf, ob die in Kapitel 3 analysierten unionsverfassungsrechtlichen Aufträge und die primärrechtlichen Kompetenzbestimmungen nicht (implizit) sogar eine komplementäre Neuausrichtung der EU-Einwanderungspolitik in Bezug auf irreguläre Einwanderung verlangen. Im Speziellen beziehe ich mich hierbei auf den irregulären Aufenthalt. Das Streben der EU nach einer höheren Wirksamkeit von Rückführungen steht im Einklang mit dem AEUV, doch ist gleichzeitig anzuerkennen, dass die bisher getätigten Maßnahmen die Anzahl irregulär aufhältiger Migrant*innen nicht signifikant verringern bzw nur beschränkt wirksam sein konnten. Die mangelhafte Rechtsdurchsetzung von Rückführungen zeigt den Handlungsbedarf der EU im „Kampf“ gegen irreguläre Einwanderung.²⁴⁶⁸ Regularisierungen beenden genau wie Rückführungen den irregulären Aufenthalt von Migrant*innen.²⁴⁶⁹ Der unionsverfassungsrechtliche Auftrag der „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung würde durch den Einsatz dieser Maßnahme erfüllt werden.²⁴⁷⁰

In Kapitel 3 habe ich herausgearbeitet, dass Art 79 Abs 2 lit a und b AEUV der Unionsgesetzgebung weitreichende Kompetenzen zum Erlass von Regularisierungen einräumen. Die materiellen Bestimmungen und das Verfahren wie auch die damit einhergehenden Status- und Freizügigkeitsrechte könnten in einem Unionsrechtsakt geregelt werden.²⁴⁷¹ Autonom-national ausgestellte Aufenthaltsrechte könnten mit Status- und Freizügigkeitsrechten ausgestattet werden. Gestützt auf Art 79 Abs 2 lit c AEUV könnte auch eine Art unionsrechtlich normierter Duldungsstatus geschaffen werden.²⁴⁷²

2468 Siehe bereits Einleitung A., Kapitel 3.A. und Kapitel 3.C.I.

2469 Siehe Kapitel 3.B.I.

2470 Siehe Kapitel 3.C.I.

2471 Siehe Kapitel 3.D.I. und Kapitel 3.D.II.

2472 Siehe Kapitel 3.D.III.

Zwei – etwas überspitzt formulierte – Herangehensweisen scheinen demnach für die zukünftige Einwanderungspolitik der EU denkbar:

Erstens, den Fokus weiterhin bloß auf die Effektivierung von Rückführungen legen.²⁴⁷³ Regularisierungen werden weiterhin nicht als Teil der Lösung in Betracht gezogen. Dies stellt eine Fortsetzung der aktuellen Politik dar, die vor allem auf eine konsequentere Rechtsdurchsetzung der geltenden Bestimmungen abzielt.²⁴⁷⁴

Zweitens, die hier vertretene Alternative knüpft an die schon bestehenden Regelungen der RückführungsRL an und ergänzt sie um die Harmonisierung der Regularisierungspolitiken der Mitgliedstaaten.²⁴⁷⁵ Dieser komplementäre Ansatz würde sich mit den derzeitigen Bemühungen zur konsequenteren Rechtsdurchsetzung der Rückführungsbestimmungen verbinden lassen und die Anzahl irregulär aufhältiger Migrant*innen tatsächlich senken.²⁴⁷⁶

Eine Regularisierungspolitik der EU wäre vom Primärrecht gedeckt, wie in Kapitel 3 bereits bejaht wurde. Der Kern der Rückführungspolitik würde durch diesen Reformvorschlag nicht berührt werden, den weiterhin die Rückführung irregulär aufhältiger Migrant*innen ausmachen würde, wie auch vom EuGH in *El Dridi* betont wurde. Der Gerichtshof hat in *Zaizoune* aber betont, dass die Mitgliedstaaten anstatt der Durchführung eines Rückkehrverfahrens jederzeit einen Aufenthaltstitel erteilen können. Mein Reformvorschlag geht deshalb dahin, dass Regularisierungen als ergänzende Maßnahmen zur derzeit bestehenden Unionspolitik eingesetzt werden.

Da die EU bis dato auf Regularisierungen als aufenthaltsrechtliches Steuerungsinstrument verzichtet hat, scheint mir die Einführung eines Regularisierungs-Rechtsrahmens in Form einer RL das fehlende Bindeglied in der gemeinsamen Einwanderungspolitik zu sein. Folglich wird die „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung im Einklang mit dem Primärrecht und im Sinne von *Bast* als „Einwanderung von innen“²⁴⁷⁷ verstanden. Ich sehe darin

2473 In dem Sinne COM(2017) 200 final und siehe die Ausführungen bei *Lutz*, EJML 2018, 49 und *Kraler*, Journal of Immigrant and Refugee Studies 2019, 94ff.

2474 In dem Sinne COM(2015) 668 final, 2. Vgl in dem Zusammenhang bereits *Bommes*, *Illegale Migration in der modernen Gesellschaft – Resultat und Problem der Migrationspolitik europäischer Nationalstaaten in Alt/Bommes* (Hrsg), *Illegalität: Grenzen und Möglichkeiten der Migrationspolitik* (2006) 95 (108).

2475 Vgl *Uriarte Torrealday*, *Revista de Derecho Político* 2009, 315.

2476 So auch *Bommes* in *Alt/Bommes*, 108. Vgl *Böhning*, *International Migration* 1983, 161.

2477 *Bast*, ZAR 2012, 6.

eine Chance für die EU, irreguläre Einwanderung wirksamer zu „bekämpfen“, wobei Regularisierungen hierfür das zentrale Korrektiv darstellen.²⁴⁷⁸ Folglich wird – wie bisher in der vorliegenden Arbeit²⁴⁷⁹ – eine individualrechtliche Perspektive eingenommen.

Gegen Regularisierungen im Allgemeinen wird oft vorgebracht, dass jene Ausländer*innen „belohnt“ werden, die die bestehenden rechtlichen Regelungen wie die verpflichtende Ausreise ignorieren.²⁴⁸⁰ Diese Kritik ist berechtigt, doch zeigen Beispiele aus dem Bau- oder Steuerrecht, dass „Legalisierungen“ von rechtswidrig erbauten Bauwerken oder „Steueramnestien“ weit verbreitet sind.²⁴⁸¹ Demnach sollte diese Kritik am Verhalten irregulär aufhältiger Migrant*innen bei der Diskussion für eine RegularisierungsRL berücksichtigt werden, aber diese keinesfalls von vorneherein verhindern.

Dafür spricht, dass Regularisierungen bereits Teil der „tool-box“ des ausdifferenzierten, zeitgenössischen Migrationsmanagements auf nationaler Ebene sind,²⁴⁸² wie etwa im Rechtsvergleich anschaulich gezeigt wurde.²⁴⁸³ Sie stellen auch in der Konzeption der RückführungsRL – neben der Rückführung²⁴⁸⁴ – den Hauptweg aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität dar.²⁴⁸⁵ Durch den Einsatz von Regularisierungen würden auch die unionsverfassungsrechtlichen Vorgaben (wirksamer) erfüllt werden; bspw die Einwanderungspolitik in allen Phasen weiterzuentwickeln, spricht stetig und im Hinblick auf alle aufenthaltsrechtlichen Stufen.²⁴⁸⁶ Der durch die Rspr des EuGH in der Verwaltungspraxis der Mitgliedstaaten auftretende aufenthaltsrechtliche Schwebezustand nicht rückführbarer Personen würde verhindert werden.²⁴⁸⁷

Ein harmonisiertes Vorgehen auf Unionsebene würde der im Rechtsvergleich aufgezeigten Zersplitterung von Regularisierungen auf nationaler Ebene entgegenwirken²⁴⁸⁸ und könnte zur Reduzierung der Anzahl der

2478 In dem Sinne *Costello*, Human Rights 101. Sehr abgeschwächt und teilweise aA *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying* 167ff.

2479 Siehe Einleitung D.II.

2480 In dem Sinne *Pico Lorenzo*, *Jueces para la democracia* 2002, 68f.

2481 Siehe Kapitel 2.A.

2482 Vgl *Kraler*, IMISCOE WP Nr 24 v Februar 2009, 21 und *Desmond* in *Wiesbrock/Acosta Arcarazo* 70.

2483 Siehe im Detail Teil 2.

2484 Siehe oben Kapitel 3.B.I.

2485 Vgl *Triandafyllidou/Vogel* in *Triandafyllidou* 297.

2486 Siehe Kapitel 3.C.II.

2487 Siehe Kapitel 3.B.II.2.

2488 In dem Sinne auch *Schieber*, *Komplementärer Schutz* 333f.

Personen mit einem irregulären Aufenthalt beitragen. Ebenfalls angedeutet wurde bereits, dass eine RegularisierungsRL Vorteile für die jeweiligen Staatsbudgets und die Rechtsstaatlichkeit bringen würde.²⁴⁸⁹ Weiter oben wurde bereits der Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip besprochen, insofern die EU von Regularisierungen als Rechtsinstrument Gebrauch macht.²⁴⁹⁰ Durch die Harmonisierung würde es auch auf Ebene des Vollzugs zu Erleichterungen kommen (Verwaltungsvereinfachung).

Darüber hinaus könnte die wirksame Steuerung der Migrationsströme erreicht werden. Diese spiegelt sich nach der Konzeption des AEUV in einer Annäherung des Rechtsbestands und der -wirklichkeit wider.²⁴⁹¹ Anhand von Regularisierungen könnte die EU das Vollzugsdefizit von Rückführungen verringern und eine „aktive Migrationspolitik betreiben“, die „Einfluss auf die Rechtswirklichkeit“²⁴⁹² ausübt. Derart würden sowohl die Grundrechtspositionen irregulär aufhältiger Migrant*innen²⁴⁹³ als auch die Steuerungsinteressen der Mitgliedstaaten eine Stärkung erfahren und im Sinne eines Ausgleichs befriedigt werden.²⁴⁹⁴

B. Grundkonzeption – ganzheitlicher Ansatz

Meine Grundkonzeption einer RegularisierungsRL geht von einem ganzheitlichen Ansatz aus, der alle irregulär aufhältigen Migrant*innen adressiert und die im Rechtsvergleich ausgemachten Materien in einer einzigen RL zusammenfasst. Derart kann die RückführungsRL bestmöglich ergänzt und der bis dato verfolgte fragmentarische Ansatz der EU und der Mitgliedstaaten harmonisiert werden. Materiell sollten alle Regularisierungen, die unter einen der sechs Regularisierungszwecke fallen, erfasst werden.²⁴⁹⁵ Anders gesagt, es werden all jene Maßnahmen berücksichtigt, die als Regularisierung im Sinne der vorliegenden Arbeit zu verstehen sind.²⁴⁹⁶

2489 Vgl etwa *Bast* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 71 mit Hinweis auf *Dauvergne*, *Illegal* 9ff.

2490 Siehe Kapitel 3.D.IV.

2491 So auch *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 79 AEUV Rn 15.

2492 *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 79 AEUV Rn 15.

2493 Vgl *Bast*, ZAR 2012, 6 und *Thym*, CMLRev 2013, 715 in Bezug auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

2494 Siehe *Bast*, Aufenthaltsrecht 143.

2495 Siehe Tabelle 2 in Kapitel 2.B.III.

2496 Siehe Kapitel 2.A.II.

In einer eigenständigen RegularisierungsRL könnten unterschiedliche Erteilungsvoraussetzungen festgelegt werden, die die derzeitige Praxis der Mitgliedstaaten, wie im Rechtsvergleich dargestellt, widerspiegeln. Der als Ergänzung der RückführungsRL gedachte Rechtsakt sollte klar von dieser abgegrenzt werden, da die inhaltliche Ausrichtung in der „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung zwar dieselbe ist, aber vollkommen andere Regelungsinhalte hat. Um die zersplitterte Rechtslandschaft von Regularisierungen angemessen zu adressieren, schlage ich ein zweistufiges Modell vor.

Bevor dieses Modell präsentiert wird, ist darüber hinaus aber noch eine andere Option zu diskutieren. Die RückführungsRL könnte reformiert und – neben Art 6 Abs 4 RückführungsRL – weitere Bestimmungen betreffend Regularisierungen eingefügt werden.²⁴⁹⁷ In dieser könnten sowohl das Rückkehrverfahren als auch Mindeststandards für die Erteilung von Aufenthaltstiteln festgelegt werden. Hierbei könnten jene Fälle erfasst werden, in denen die Rückführung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich und eine Regularisierung nach der hier vertretenen Meinung daher geboten ist.²⁴⁹⁸ Rechtliche Gründe würden sich, wie im Rechtsvergleich herausgearbeitet, aus dem Non-Refoulement-Gebot und dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens ergeben.²⁴⁹⁹ Besonders wichtig wäre auch, Verfahrensgarantien und strikte Mindesterteilungsvoraussetzungen festzulegen. Ansonsten würde die Gefahr bestehen, dass die reformierte RückführungsRL von den Mitgliedstaaten praktisch unterwandert bzw die völker- und europarechtlichen Standards verwässert werden könnten („race-to-the-bottom“).²⁵⁰⁰ Wie bereits angedeutet, sollte aber einer RegularisierungsRL der Vorzug vor einer reformierten RückführungsRL gegeben werden, da derart die Unterscheidung zwischen Rückführung und Regularisierung in der zukünftigen EU-Gesetzgebung aufrechterhalten werden kann.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass auch die StatusRL ergänzt werden könnte. Diese Variante wird aber nicht weiterverfolgt, da an der Trennung zwischen international Schutzberechtigten und irregulär aufhältigen Migrant*innen festgehalten werden sollte, vor allem um den Schutz der ersteren nicht zu verwässern.

2497 Siehe COM(2018) 634 final zum derzeit bestehenden Reformvorschlag der Europäischen Kommission.

2498 Siehe Kapitel 3.B.II.

2499 Siehe Kapitel 5.A.II. und Kapitel 5.B.-C.

2500 Vgl Bausager/Møller/Ardittis, Studie v 11.3.2013, 84.

I. Erste Harmonisierungsphase

Zweckmäßig wäre es, in einer ersten Harmonisierungsphase die völker- und europarechtlichen Mindeststandards auf der Grundlage des von mir vorgenommenen Rechtsvergleichs zu erfassen und zu definieren. Im Einzelnen sind das Art 3 und 8 EMRK auf völkerrechtlicher Ebene. Auf europarechtlicher Ebene sind die RückführungsRL, die MenschenhandelsopferRL und die SanktionsRL sowie die GRC zu berücksichtigen. Hierbei muss gleichfalls die relevante EuGH- und EGMR-Rspr miteinbezogen werden.

Dies bedeutet, dass im Hinblick auf die erste Phase Mindesterteilungsvoraussetzungen für all jene Regularisierungen festgelegt werden sollten, die von völker- oder europarechtlichen Bestimmungen abgeleitet werden und daher unter die Regularisierungszwecke 1 bis 4 fallen.²⁵⁰¹ Ein Rechtsanspruch auf Regularisierung sollte für all jene Fälle festgelegt werden, in denen – im Einklang mit der vorliegenden Arbeit – eine Regularisierungspflicht besteht.²⁵⁰² Eine solche lässt sich unter anderem aus Art 3 und 8 EMRK bzw der RückführungsRL ableiten. Durch diesen Harmonisierungsschritt könnte die EU irreguläre Einwanderung wirksamer „bekämpfen“ und zur Reduzierung der Anzahl irregulär aufhältiger Migrant*innen beitragen. Als Vorlage für die klar festzulegenden Mindesterteilungsvoraussetzungen sollten die höherrangigen Normen selbst dienen, um die derzeit bestehende mitgliedstaatliche Praxis, die oftmals über die höher-rangigen Verpflichtungen hinausgeht, nicht zu schwächen.²⁵⁰³

Diese Herangehensweise würde die Menschenrechte bzw die dementsprechenden europarechtlichen Rechtsakte in den Mittelpunkt der RegularisierungsRL stellen. Die RL würde durch die „Fundierung in den universellen Menschenrechten [...] eine kosmopolitische Grundlage“²⁵⁰⁴ haben. In diese Richtung geht auch eine Arbeit von *Schmid-Drüner*, die bereits 2007 eine RL „zum Schutz elementarer Grundrechte illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger“²⁵⁰⁵ gefordert hat. Die von *Schmid-Drüner* vorgeschlagene RL „sollte den sog. ‚Illegalen‘ u.a. die Achtung ihrer Menschenwürde, ihres Privat- und Familienlebens, des Rechts auf Gesundheitsschutz und auf

2501 Siehe Kapitel 2.B.III.1.-3.

2502 Siehe Kapitel 3.B.II. und weiters auch Kapitel 2.B.III.2.

2503 Vgl *Bausager/Möller/Ardittis*, Studie v 11.3.2013, 84.

2504 So *Bast*, Vom subsidiären Schutz zum europäischen Flüchtlingsbegriff, ZAR 2018, 41 (46) in Bezug auf den subsidiären Schutz.

2505 *Schmid-Drüner*, Einwanderungsrecht 477.

Bildung sicherstellen“.²⁵⁰⁶ Die Autorin geht in ihrer Forderung zwar teilweise in eine andere Richtung, doch bilden den Kern ebenso die Menschenrechte.

Die Harmonisierung der völker- und europarechtlich geprägten Regularisierungen sollte aber nicht dazu führen, dass dadurch jene Regularisierungen, die aufgrund kontextspezifischer Eigenheiten erlassen wurden, europarechtswidrig werden würden.²⁵⁰⁷ Dementsprechend sollte eine gleichlautende Bestimmung wie Art 6 Abs 4 RückführungsRL in die RegularisierungsRL aufgenommen werden, wobei S 1 leg cit von besonderer Relevanz ist: „Die Mitgliedstaaten können jederzeit beschließen, illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen wegen Vorliegen eines Härtefalls oder aus humanitären oder sonstigen Gründen einen eigenen Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung zu erteilen“.

II. Zweite Harmonisierungsphase

In einer zweiten Phase könnten sodann Mindeststandards betreffend die autonom-nationalen Regularisierungen eingeführt werden, die in den Regularisierungszwecken 5 und 6 kategorisiert wurden. Den Mitgliedstaaten müsste genügend Spielraum eingeräumt werden, um wie derzeit auf die jeweiligen geographischen, ökonomischen und politischen Besonderheiten Rücksicht nehmen zu können, die den Erlass der bereits bestehenden autonom-nationalen Regularisierungen bedingt haben. Folglich sollten keine speziellen Mindesterteilungsvoraussetzungen festgelegt werden, damit die Mitgliedstaaten wie bisher gem Art 6 Abs 4 RückführungsRL auf kontextuelle Gegebenheiten mittels Regularisierungen reagieren können. Die Regelung von verfahrensrechtlichen Aspekten wäre aber auch im Hinblick auf diese Art von Regularisierungen zielführend. Die Priorität sollte aber auf die erste Harmonisierungsphase gelegt werden und erst, wenn diesbezüglich eine Einigung erzielt werden konnte, die zweite – sozusagen zeitlich gestaffelt – in Angriff genommen werden.

2506 Schmid-Drüner, Einwanderungsrecht 477.

2507 Siehe Kapitel 5.G.

C. Regelungsgehalt

Nachdem die Grundkonzeption einer RückführungsRL dargelegt wurde, wird nunmehr der als für notwendige erachtete Regelungsgehalt einer solchen RL ausgeführt, der in einem etwaigen Gesetzgebungsprozess auf Unionebene berücksichtigt werden sollte. Hierbei wird auf die bisherigen Ausführungen in dieser Arbeit zurückgegriffen.

Als Ansatzpunkt für die tiefergehende Ausgestaltung eines derartigen, harmonisierenden Rechtsakts kann das von der Kommission ausgearbeitete Rückkehr-Handbuch 2017 herangezogen werden.²⁵⁰⁸ In diesem widmet sich die Kommission unter anderem dem weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Erteilung von Aufenthaltstiteln und empfiehlt den Mitgliedstaaten hierbei sowohl individuelle als auch horizontale (politikbezogene) Kriterien zu berücksichtigen wie etwa:

- „Die Kooperationsbereitschaft/mangelnde Kooperationsbereitschaft der rückzuführenden Person;
- die Dauer ihres tatsächlichen Aufenthalts im betreffenden Mitgliedstaat;
- ihre Integrationsbemühungen;
- ihr persönliches Verhalten;
- familiäre Bindungen;
- humanitäre Gesichtspunkte;
- die Wahrscheinlichkeit der Rückkehr in absehbarer Zeit;
- die unbedingte Vermeidung der Belohnung der Illegalität;
- die Auswirkungen der Legalisierungsmaßnahmen auf das Migrationsverhalten künftiger (irregulärer) Migranten; [und]
- die Wahrscheinlichkeit von Sekundärmigration innerhalb des Schengen-Raums“.²⁵⁰⁹

Diese Kriterien stellen die wichtigsten Punkte dar, die die Europäische Kommission bei der Entwicklung eines Regularisierungs-Rechtsrahmens bereits 2017 für berücksichtigungswürdig empfunden hat. Vergleicht man diese mit den im Rechtsvergleich ausgearbeiteten Erkenntnissen, zeigt sich schnell, dass hier eine große Deckungsgleichheit besteht. Dies unterstreicht in noch größerem Maße, welche zentrale Grundlage der Rechtsvergleich bei einer zukünftigen RegularisierungsRL spielen kann.

2508 In dem Sinne Lutz in *Hailbronner/Thym* Art 14 Return Directive Rn 14.

2509 Rückkehr-Handbuch 2017, 78.

I. Persönliche Anwendungsbereich

Ein wesentliches Element einer RegularisierungsRL ist der persönliche Anwendungsbereich. Dieser sollte in Abstimmung mit der Rückführungs-RL alle irregulär aufhältigen Migrant*innen erfassen,²⁵¹⁰ um sich kohärent in das geltende Unionsrecht einzufügen und im Sinne des komplementären Konzepts der „Einwanderung von innen“ einen Beitrag zur Reduzierung irregulär aufhältiger Migrant*innen leisten.

II. Erteilungsvoraussetzungen

Die materiellen und formellen Voraussetzungen müssen klar formuliert sein und dürfen den zuständigen Behörden keinen zu großen Ermessensspielraum einräumen, da ansonsten keine Rechtssicherheit gegeben ist.²⁵¹¹ Dies wurde im Rahmen des Rechtsvergleichs bei einigen Regularisierungen festgestellt.²⁵¹² Bei der spanischen „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit gegen organisierte Netzwerke“ ist etwa nicht geklärt, wie der Begriff „Zusammenarbeit“ auszulegen ist.²⁵¹³

Im Rechtsvergleich haben sich einige Voraussetzungen herauskristallisiert, die im Zusammenhang mit vielen Regularisierungen eine zentrale Rolle spielen und deshalb angeführt werden. Die im Mitgliedstaat verbrachte Aufenthaltszeit ist eine wesentliche Voraussetzung, wobei hier die Qualität des Aufenthaltsstatus unterschiedlich gewichtet wird. Dementsprechend werden Zeiten rechtmäßigen Aufenthalts in der Regel höher bewertet als jene, die die betreffende Person geduldet oder irregulär aufhältig war. Besteht gegenüber der irregulär aufhältigen Person eine aufenthaltsbeendende Maßnahme, kann dies einen Versagungsgrund darstellen. Bei der strafgerichtlichen Unbescholtenheit handelt es sich in der Regel um eine Erteilungsvoraussetzung bzw umgekehrt kann eine strafgerichtliche Verurteilung einen Versagungsgrund bilden. Ein weiterer Aspekt wird meist in Betracht gezogen, und zwar, ob die Unmöglichkeit der Ausreise

2510 Siehe hierzu auch Kapitel 6.D.

2511 In dem Sinne *Trinidad García*, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 2002/1, 101f, 110f, zu den aufgetretenen Problemen beim spanischen Regularisierungs-Programm 1999.

2512 Siehe auch Kapitel 5.A.I.3.a. zu den Problemen bei der Erlangung einer Duldung aus faktischen Gründen in Österreich.

2513 Siehe Kapitel 5.F.II.1.

selbst verschuldet wurde. Hierbei wird unterschiedlich bewertet, ob die selbstverschuldete Unmöglichkeit der Ausreise bereits bei der Erteilung der Aufenthaltsberechtigung (Österreich) oder erst beim Zugang zu Sozialleistungen bzw zum Arbeitsmarkt (Deutschland) berücksichtigt wird.²⁵¹⁴ Hierbei ist letztere Ansicht zu bevorzugen.

Darüber hinaus müsste auch festgelegt werden, ob und falls ja, bei Erfüllen welcher Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf Regularisierung besteht. Ein solcher Rechtsanspruch sollte für jene Fälle festgelegt werden, in denen in vorliegender Arbeit eine Regularisierungspflicht argumentiert wird.²⁵¹⁵ Folglich sollte nicht rückführbaren Migrant*innen nach einer bestimmten Aufenthaltsdauer ein Aufenthaltsrecht gewährt werden. Dies hatte die dänische Delegation bereits 1997 im Rahmen der Verhandlungen betreffend die Einführung eines subsidiären Schutzes angemerkt.²⁵¹⁶ Im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht, dass in Fällen dauerhafter Nichtrückführbarkeit eine Regularisierungspflicht besteht, schlage ich daher den Zeitraum von 18 Monaten vor, der sich aus der maximalen Haftdauer ableitet.²⁵¹⁷

III. Aufenthaltsrecht

Von besonderer Bedeutung ist festzulegen, wie lang das eingeräumte Aufenthaltsrecht gültig ist und welche Verlängerungs- bzw Umstiegsmöglichkeiten damit einhergehen. Denkbar ist auch, dass vor der Erteilung eines Aufenthaltsrechts eine Art unionsrechtlich normierter Duldungsstatus eingeführt wird. Dieser könnte als aufenthaltsrechtliche Übergangslösung – vor der Erteilung eines Aufenthaltsrechts bzw bis zur freiwilligen Rückkehr – eine noch größere Rechtssicherheit herbeiführen. Sollte die Duldung als Vorstufe zu einem Aufenthaltsrecht eingeführt werden, ist zu berücksichtigen, dass einerseits die Erlangung der Duldung durch die Einräumung eines weiten Ermessens nicht unmöglich wird.²⁵¹⁸ Andererseits sollten Situationen längerer aufenthaltsrechtlicher Irregularität vermieden

2514 Hierbei ist jedoch die durch das „Geordnete-Rückkehr-Gesetz“ eingeführte „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität“ und deren Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage zu berücksichtigen; siehe Kapitel 5.A.I.2.a.

2515 Siehe Kapitel 3.B.II. und weiters auch Kapitel 2.B.III.2.

2516 *Rat der EU*, Aufzeichnung der dänischen Delegation für die Gruppen „Migration“ und „Asyl“ betreffend subsidiären Schutz v 17.3.1997, 6765/97, 9.

2517 Siehe Kapitel 3.B.II.2.

2518 Siehe Kapitel 5.A.I.3.a.

werden. Nicht zweckmäßig wäre es, dass durch die Einführung eines solchen Status ähnliche Probleme wie mit den sogenannten „Kettenduldungen“ in Deutschland entstehen und irregulär aufhältige Personen erst recht wieder in der dauerhaften Nichtrückführbarkeit festhängen.²⁵¹⁹

Ein im Rahmen einer RegularisierungsRL erlangtes Aufenthaltsrecht muss jedenfalls einen rechtmäßigen Aufenthalt begründen.²⁵²⁰ Ein wesentlicher Punkt im Hinblick auf das gewährte Aufenthaltsrecht ist, dass den irregulär aufhältigen Migrant*innen die Verlängerung des Aufenthaltsrechts oder der Umstieg ins „ordentliche“ Aufenthaltsregime ermöglicht wird. Ein praktisches Problem ist, dass viele irregulär aufhältige Migrant*innen nach der Regularisierung, oftmals wieder in die aufenthaltsrechtliche Irregularität zurückfallen.²⁵²¹ Besonders prägnant war die Situation in Spanien in den 90iger Jahren, die im Zusammenhang mit den eingesetzten Regularisierungs-Programmen aufgetreten ist.²⁵²² Ähnliche Probleme zeigen sich auch im geltenden spanischen Recht bei den unterschiedlichen Verwurzelungstatbeständen wie *Sabater/Domingo* gezeigt haben.²⁵²³ Die Voraussetzungen für die Verlängerung bzw den Umstieg sollten deshalb so formuliert sein, dass sie von den rechtmäßig aufhältigen Migrant*innen erfüllt werden können, da sie ansonsten wieder irregulär aufhältig werden. Als Ausgangspunkt hierfür können die jeweiligen Ausführungen in Kapitel 4 herangezogen werden. Darüber hinaus sollte geregelt werden, ob nach einer Verlängerung bzw einem Umstieg ein Daueraufenthalt erlangt werden kann bzw unter welchen Voraussetzungen dies möglich wäre.

Darüber hinaus sollten mit dem gewährten Aufenthaltsrecht auch bestimmte Statusrechte einhergehen, wobei hier insbesondere an einen Zugang zum Arbeitsmarkt,²⁵²⁴ zu Sozialleistungen und zur Gesundheitsversorgung zu denken ist. In dem Zusammenhang sollte die REGANE I-Studie aus dem Jahr 2014 berücksichtigt werden, die den Titel „Feasibility Study on the Labour Market Trajectories of Regularised Immi-

2519 Siehe Kapitel 5.A.I.2.d.

2520 Siehe Kapitel 2.A.II.2.

2521 *Triandafyllidou/Vogel* in *Triandafyllidou* 295f.

2522 Siehe *Cabellos Espiérrez/Roig Molés* in *Aja/Arango Joaquín* 114 und Kapitel 4.C.I.

2523 Siehe *Sabater/Domingo*, *International Migration Review* 2012/46, 203ff und Fn 1552 und 1553.

2524 In Bezug auf den Arbeitsmarktzugang kann Art 79 Abs 5 AEUV von den Mitgliedstaaten nicht eingewandt werden, um nationale Quoten auf mitgliedstaatlicher Ebene einzuführen. Siehe im Detail Kapitel 3.D.II.2.

grants within the European Union” trägt und den komplexen Zusammenhang zwischen Regularisierungen und Beschäftigung aufzeigt.²⁵²⁵

IV. Verfahrensrechtliche Aspekte

Neben den materiellen Erteilungsvoraussetzungen sollten auch die verfahrensrechtlichen Aspekte in einer RegularisierungsRL geregelt werden. Neben der RückführungsRL könnte die RahmenRL als Vorlage dienen. Diese RL legt ein einheitliches Verfahren für die Erteilung einer einzigen Erlaubnis für Aufenthalt und Arbeit fest. Neben dem Verfahren sind auch verfahrensrechtliche Garantien und bestimmte Rechte wie das Recht auf Gleichbehandlung enthalten. Weiters sollte eine Beschwerdemöglichkeit gegen abweisende/ablehnende Entscheidungen normiert werden, die dem Recht auf wirksame Beschwerde gem Art 6 EMRK und Art 47 GRC entspricht.

D. Ausbau des allgemeinen Teils des EU-Einwanderungsrechts

Mein Harmonisierungsvorschlag müsste so ausgestaltet sein, dass er sich kohärent in das derzeitige Einwanderungs- und Aufenthaltsregime der EU bzw der Mitgliedstaaten einfügt. Deshalb scheint mir eine eigenständige RegularisierungsRL die beste Lösung zu sein, um einerseits einen Ausgleich zwischen den Interessen der EU und der Mitgliedstaaten sowie denen von irregulär aufhältigen Migrant*innen zu finden und andererseits klare Rahmenbedingungen zu schaffen.

Diesbezüglich ist auf die Arbeit von *Tewocht* hinzuweisen, die dargelegt hat, dass im derzeitigen Migrationsrecht der EU lediglich vier RL, darunter die RückführungsRL, einen „horizontalen Regelungsansatz“²⁵²⁶ verfolgen. Mit dem Begriff „horizontal“ umschreibt die Autorin, dass der persönliche und materielle Anwendungsbereich umfassend ist, einerseits also alle Drittstaatsangehörigen adressiert und andererseits alle Aufenthaltstitel erfasst werden. Überträgt man diese Idee auf eine RegularisierungsRL wäre

2525 *Kraler/Reichel/König/Baldwin-Edwards/Şimşek*, Feasibility Study on the Labour Market Trajectories of Regularised Immigrants within the European Union (REGANE I), Final Report v Februar 2009, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=12612&langId=en> (20.12.2018) 81. Vertiefend hierzu auch die Auswertungen der Studie bei *Kraler*, *Journal of Immigrant and Refugee Studies* 2019.

2526 *Tewocht*, ZAR 2012, 219 und *Tewocht*, Drittstaatsangehörige 411f, 449.

es erstrebenswert, wenn tatsächlich alle irregulär aufhältigen Migrant*innen persönlich und alle Regularisierungen materiell von dieser berücksichtigt werden. Ein sektorieller Ansatz, dh Regelungen für einzeln abgrenzbare Personengruppen wie Nichtrückführbare, würde nur zu einer weiteren (gewollten) Differenzierung führen.²⁵²⁷

Dementsprechend sollte die EU von ihren Kompetenzen im Sinne eines horizontalen Regelungsansatzes Gebrauch machen, damit eine zukünftige RegularisierungsRL Bestandteil des allgemeinen Teils des EU-Migrationsrechts wird.²⁵²⁸ Die Kritik am fehlenden Migrationskonzept bzw an der schleppenden Entwicklung der Harmonisierung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts könnte so zumindest für diesen Bereich hintangehalten werden.²⁵²⁹

Im Sinne des komplementären Konzepts der „Einwanderung von innen“ scheint die Einführung einer RegularisierungsRL somit das fehlende Bindeglied in der gemeinsamen Einwanderungspolitik zu sein.²⁵³⁰ Versteht man „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung im Einklang mit dem Primärrecht und im Sinne von *Bast* als „Einwanderung von innen“, ²⁵³¹ ergibt sich für die EU die Chance, irreguläre Einwanderung wirksamer zu „bekämpfen“. Anhand von Regularisierungen könnte die EU somit das Vollzugsdefizit von Rückführungen verringern und eine „aktive Migrationspolitik betreiben“, die „Einfluss auf die Rechtswirklichkeit“²⁵³² ausübt. Derart würden sowohl die Grundrechtspositionen irregulär aufhältiger Migrant*innen als auch die Steuerungsinteressen der Mitgliedstaaten eine Stärkung erfahren und im Sinne eines Ausgleichs befriedigt werden.

2527 Vgl *Tewocht*, Drittstaatsangehörige 417ff, 449, 451.

2528 *Tewocht*, Drittstaatsangehörige 411 bezeichnet dies als „allgemeinen Teil“ des europäischen Einwanderungsrechts“.

2529 Vgl zur Kritik *Tewocht*, ZAR 2012, 219 Fn 29 mwN.

2530 Siehe Kapitel 6.A.

2531 *Bast*, ZAR 2012, 6.

2532 *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 79 AEUV Rn 15.

Überblick der wichtigsten Forschungsergebnisse

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit war die Entwicklung der folgenden These: 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 wurden in drei Teilen bzw sechs Kapiteln entwickelt respektive untersucht. Die wichtigsten Forschungsergebnisse werden in der Folge noch einmal dargestellt.

*A. Die Mehrebenenanalyse der Aufenthaltsrechte von Migrant*innen und des irregulären Aufenthalts in der EU (Kapitel 1)*

In Kapitel 1 wurde einleitend die folgende Frage gestellt: Auf welcher Ebene wurden Rechtsakte erlassen, die quasi-automatische Aufenthaltsrechte von Migrant*innen innerhalb der EU begründen? Ich habe gezeigt, dass sowohl der Völker- als auch Unionsgesetzgeber quasi-automatische Aufenthaltsrechte für bestimmte privilegierte Migrant*innen in der EU geschaffen hat. Um die „statist assumption“ zu widerlegen, habe ich einen differenzierten Ansatz gewählt, der zwischen Migrant*innen mit und ohne quasi-automatischen Aufenthaltsrechten unterscheidet. Diese Kategorisierung verdeutlicht, dass relevante Rechtsakte in der EU auf drei Ebenen erlassen wurden: auf der internationalen, der EU- und der nationalen Ebene.

	Quasi-automatische Aufenthaltsrechte	Keine quasi-automatischen Aufenthaltsrechte
Internationale Ebene	✓	✗
EU-Ebene	✓	✓
Nationale Ebene	✗	✓

Tabelle 1: Die Normierung der Aufenthaltsrechte von Migrant*innen

Tabelle 1 beschreibt, dass die dargestellten quasi-automatischen Aufenthaltsrechte sowohl auf internationaler als auch auf EU-Ebene festgeschrieben wurden. Diese beiden Ebenen können nunmehr selbst als „etatistisch“ bezeichnet werden, da sie die quasi-automatischen Aufenthaltsrechte von Migrant*innen umfassend und beinahe ausschließlich regeln. Der mitgliedstaatliche Entscheidungsspielraum ist auf ein Minimum beschränkt, da die Mitgliedstaaten nur mehr über vollziehende Kompetenzen verfügen. Die geteilte Kompetenz zwischen der EU und den Mitgliedstaaten wurde von der EU bzw dem Völkerrechtsgesetzgeber erschöpfend ausgeübt. Nicht außer Acht gelassen werden darf hierbei, dass die Mitgliedstaaten selbstständig die diesbezüglichen Hoheitsrechte auf die EU bzw den Völkerrechtsgesetzgeber übertragen haben.

Ein anderes Bild ergibt sich bei genauerer Betrachtung der Aufenthaltsrechte von aufenthaltsrechtlich nicht privilegierten Migrant*innen und der institutionalisierten Kompetenzteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten. Im Zusammenhang mit einigen „Restmaterien“ zeigt sich, dass die Mitgliedstaaten tatsächlich noch die zuständigen Gesetzgeber sind, da die EU von ihren gesetzgeberischen Kompetenzen noch keinen Gebrauch gemacht und keinen Rechtsakt erlassen hat. Hierunter fallen etwa Einbürgerungen, aber auch Regularisierungen. In diesen Materien entscheiden die Mitgliedstaaten noch weitgehend alleine über die Genehmigung des Aufenthalts.

Obwohl die „statist assumption“ kaum mehr von Relevanz ist, ist sie in der Lehre immer noch stark vertreten. Um diese überkommene Lehrmeinung zu überwinden, schlägt *Kostakopoulou* vor, dass die Mitgliedstaaten die „floating nature“ ihrer staatlichen Souveränität akzeptieren müssen. Der Autorin ist in diesem Punkt zuzustimmen, da dies einem besseren Verständnis des Souveränitätsbegriffs heutzutage entspricht: Auf den ersten Blick scheint es – zumindest oberflächlich – als ob die Mitgliedstaaten akzeptieren müssten, dass sie ihre staatliche Souveränität in einem Kernbereich verloren haben. Bei genauerem Hinsehen wird jedoch klar, dass dies nicht zutrifft. *Kostakopoulou* argumentiert vielmehr, dass Staaten nicht weniger souverän sind, wenn sie in einem Kernbereich nicht mehr alleine

entscheiden können. Vielmehr ist es genau andersherum, da sich die Mitgliedstaaten mit einem der Kernbereiche der Staatssouveränität – den Aufenthaltsrechten von Migrant*innen – gar nicht mehr oder weniger auseinandersetzen müssen. Folglich verfügen sie nach der Ansicht von *Kostakopoulou* über mehr Kapazitäten „to perform their primary functions as providers of protection and welfare maximizers and thus to elicit the support of their citizens“. Sollten die Mitgliedstaaten daher akzeptieren, dass sie weniger souverän im traditionellen Sinne sind, würde sich dadurch für sie die Möglichkeit eröffnen ihre primären Staatsfunktionen zu stärken. Darunter fallen etwa Sicherheit, der Grundrechtsschutz, Demokratie oder soziale Sicherheit. Weiters könnte man argumentieren, dass eine geteilte Souveränität zwischen der EU und den Mitgliedstaaten die Migrationspolitik und folglich das Migrationsrecht effektiver macht. Letzteres steht im Einklang mit der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht in Bezug auf Regularisierungen und das komplementäre Konzept der „Einwanderung von innen“.

Insgesamt sollte der öffentliche und rechtliche Diskurs die Veränderung der nationalen Rechtsordnungen im Hinblick auf die Aufenthaltsrechte von Migrant*innen und den irregulären Aufenthalt berücksichtigen, um den „fetishism of indivisibility“ der staatlichen Souveränität zu überwinden. Dadurch kann der Weg frei gemacht werden für eine gemeinsame und alle Themenbereiche umfassende Migrationspolitik der EU.

B. Die konzeptionelle Erfassung von Regularisierungen (Kapitel 2)

In Kapitel 2 wurde anfangs ein Überblick über die bestehenden Regularisierungsdefinitionen gegeben. Derart konnte ich herausarbeiten, dass sich diese durch den Statuswechsel von der aufenthaltsrechtlichen Irregularität in die Regularität auszeichnen. Der Begriff wurde wie folgt definiert: Jede administrative oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung, die irregulär aufhältigen Migrant*innen bei Erfüllen der Mindesterteilungsvoraussetzungen ein Aufenthaltsrecht gewährt.

Bei der Definition handelt es sich um einen dogmatischen Begriff, der auch für andere (wissenschaftliche) Arbeiten herangezogen werden kann und gleichzeitig der Systematisierung und Darstellung dieses Rechtsinstituts dient. Ich habe dem Begriff „Regularisierung“ gegenüber jenem der „Legalisierung“ den Vorzug gegeben, weil letzterer irregulär aufhältige Migrant*innen ins Licht der Kriminalität rückt. Der Regularisierungsbegriff setzt sich aus nachfolgend dargestellten Elementen zusammen, wobei nur

die ersten beiden Elemente als konstitutiv zu werten sind: Irregulär aufhältige Migrant*innen, Gewährung eines Aufenthaltsrechts, Entscheidung und Erfüllen von Mindesterteilungsvoraussetzungen.

Die Mindestvoraussetzung einer Maßnahme zur Qualifizierung als Regularisierung ist, dass sie auf irregulär im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates aufhältige Personen abzielt. Diese Eigenschaft muss meist im Zeitpunkt der Antragstellung bzw der Entscheidung oder den gesamten Zeitraum über vorliegen.

Weiters muss irregulär aufhaltigen Personen ein Aufenthaltsrecht gewährt werden. Es wurden die Elemente des Aufenthaltsrechtsbegriffs näher dargestellt, anhand derer überprüft werden kann, ob ein Aufenthaltsrecht gegeben ist. Für die vorliegende Arbeit ist das zentrale Element, dass ein Aufenthaltsrecht einen rechtmäßigen Aufenthalt begründet, der als solcher von der nationalen Rechtsordnung anerkannt ist. Der Statuswechsel ist somit die materielle Kernvorgabe. Daneben wurden noch drei weitere Elemente beschrieben, die im Hinblick auf die Stabilität und Stärke eines Aufenthaltsrechts relevant, aber für das Bestehen ebendieses nicht konstitutiv sind. Hierzu zählt, ob das Aufenthaltsrecht befristet ist, ob mit diesem Statusrechte einhergehen und ob eine Verfestigung des Aufenthalts möglich ist.

Als Oberbegriff für die Erteilung eines Aufenthaltsrechts in einem Verwaltungsverfahren durch eine administrative Entscheidung oder in einem Gerichtsverfahren durch eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung wurde der Begriff der aufenthaltsrechtsbegründenden Entscheidung gewählt. Ich knüpfe an die Entscheidung an, da es sich um den maßgeblichen Zeitpunkt des Statuswechsels handelt. In der vorliegenden Arbeit wird weiters davon ausgegangen, dass Regularisierungen eine individuelle Entscheidung zugrunde liegt. Individuell bezieht sich deshalb fortan darauf, dass eine Entscheidung an eine bestimmte Person gerichtet ist und dementsprechend eine individuelle Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen stattfindet. Das letzte Definitionselement bezieht sich darauf, dass in der Regel gewisse formelle wie auch inhaltliche Erteilungsvoraussetzungen erfüllt werden müssen, um ein Aufenthaltsrecht zu erlangen.

In Kapitel 2 wurde außerdem eine Kategorisierung von Regularisierungen für den Rechtsvergleich erstellt. Die methodische Schwierigkeit bestand darin, dass aufgrund des integrierten Rechtsvergleichs viele Faktoren berücksichtigt werden mussten. Folglich wurden einige bereits erfolgte Systematisierungen daraufhin analysiert, ob sie für die Systematisierung von Regularisierungen geeignet sind.

Beispielsweise wurden in der REGINE-Studie Regularisierungen in Regularisierungs-Programme und -Mechanismen unterteilt. Doch ist die Gliederung in solche Abschnitte von einem rechtlichen Standpunkt unzweckmäßig, weil es hier länderübergreifend zu wenige Unterschiede gibt und so kaum ein wissenschaftlicher Mehrwert erreicht werden kann. Darüber hinaus ist das kategorisierende Merkmal nicht ausreichend auf die in der vorliegenden Arbeit verwendete Regularisierungsdefinition abgestimmt. Weiters sticht eine rechtswissenschaftliche Studie von 2000 durch ihre eigens geschaffene Typologie hervor. Diese kann jedoch nicht herangezogen werden, da sie keine allgemeingültige und operationalisierbare Kategorisierung für den angestrebten Rechtsvergleich ermöglicht.

Ich habe mich schlussendlich für eine Kategorisierung anhand des „Regularisierungszwecks“ entschieden. Der Begriff leitet sich von „Aufenthaltszweck“ ab, der den „für die Erteilung maßgeblichen Rechtsgrund“ umschreibt. Für die vorliegende Arbeit ist der Begriff „Regularisierungszweck“ im Vergleich zu „Aufenthaltszweck“ präziser und besser geeignet, da dadurch nicht alle aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidungen erfasst werden, sondern nur jene, die unter den Regularisierungsbegriff fallen. Abgesehen davon sind die beiden Begriffe aber ident. Da die Regularisierungsdefinition um die individuelle Entscheidung, mit der das Aufenthaltsrecht einhergeht, konstruiert ist, erscheint die Anknüpfung an die Zweckgebundenheit somit der leistungsfähigste Anknüpfungspunkt für den Rechtsvergleich zu sein.

Methodisch wurden die für Regularisierungen relevanten Regularisierungszwecke sodann aus den drei einschlägigen Rechtsquellenebenen herausgearbeitet (Völker-, Europa- und autonom-nationales Recht): „Nicht-rückführbarkeit“, „soziale Bindungen“, „Familieneinheit“, „Vulnerabilität“, „Erwerbstätigkeit und Ausbildung“ und „sonstige staatliche Interessen“.

Wie sich aus Tabelle 2 ergibt, wurden die Regularisierungszwecke in zwei Kategorien eingeteilt, je nachdem ob sie völker- und/oder unionsrechtliche Bezüge haben bzw ob sie nur im autonom-nationalen Recht verankert sind. Die Regularisierungszwecke 1 bis 4 sind völker- bzw europarechtlich geprägt. Diese können zwei unterschiedliche Folgen für die Mitgliedstaaten auslösen: Einerseits ist es möglich, dass die völker- bzw europarechtlichen Bestimmungen ein rechtliches Abschiebehindernis darstellen und dadurch einen besonderen Ausweisungsschutz gewährleisten. Nichtsdestotrotz sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht verpflichtet, ein Aufenthaltsrecht zu erteilen. Die Entscheidung den Aufenthalt von diesen Personen zu genehmigen liegt somit noch im Ermessen der Mit-

gliedstaaten. Ein Anspruch auf Aufenthalt kann aber gegebenenfalls auf nationaler Ebene bestehen. Umgekehrt haben die Migrant*innen in diesen Fällen keinen Rechtsanspruch auf Regularisierung aufgrund höherrangiger Bestimmungen. Die Praxis zeigt allerdings, dass die Mitgliedstaaten auf die rechtlichen Abschiebehindernisse oftmals mit der Erteilung eines Aufenthaltsrechts reagieren und deshalb über die höherrangigen Bestimmungen hinausgehen, auch wenn sie hierzu völker- bzw europarechtlich nicht verpflichtet wären. Dies müsste konsequenterweise im aktuellen Rechtsdiskurs berücksichtigt werden. Andererseits können bestimmte höherrangige Bestimmungen, insofern sie nicht bloß als Ausweisungsschutz ausgelegt werden, eine Pflicht zur Regularisierung, mit anderen Worten zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts, auslösen. Dies erklärt sich durch eine unterschiedliche Auslegung der jeweiligen höherrangigen Bestimmungen, wobei das Bestehen einer rechtlichen Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts im Gegensatz zum Bestehen eines rechtlichen Abschiebehindernisses umstritten ist.

Die Regularisierungszwecke 5 und 6 sind bislang nur im autonom-nationalen Recht verankert und nicht von höherrangigen Bestimmungen abgeleitet. Da diesen Regularisierungszwecken keine völker- oder europarechtlichen Bestimmungen zugrunde liegen, nehme ich bis zur Prüfung dieser Hypothese in Kapitel 5 vorläufig an, dass kontextuelle Eigenheiten zur Entwicklung und Etablierung derart unterschiedlicher Regularisierungen beigetragen haben.

Abschließend wurde eine Abgrenzung von jenen Themenbereichen vorgenommen, die im Rechtsvergleich nicht mitanalysiert werden. Hierbei sind der vorübergehende Schutz sowie die Eheschließung und eingetragene Partnerschaft zu nennen.

C. Die unionsrechtlichen Handlungsspielräume im Bereich der aufenthaltsrechtlichen Irregularität und Regularisierungen (Kapitel 3)

In Kapitel 3 habe ich mich mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Regularisierungspolitik vom Primärrecht gedeckt wäre. Zunächst wurde die Einwanderungspolitik der EU in Bezug auf irreguläre Migration im Allgemeinen umrissen. Unter dem Begriff der Einwanderungspolitik verstehe ich jene Politik der EU, deren Wurzel sich im Primärrecht, in concreto in Art 79 AEUV, wiederfindet. Davon ist sowohl die Einreise als auch der Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen umfasst. Insgesamt setzt die EU die bisher verfolgte (restriktive) Politik, die in der Einleitung der vorliegenden

Arbeit bereits skizziert wurde, beständig fort. Laut den Ausführungen der Kommission versucht sie seit der Migrationsagenda 2015 eine ausgewogenere Einwanderungspolitik zu erreichen, die fair, solide und realistisch sein soll. Hierbei ist jedoch kritisch zu hinterfragen, ob diese Ziele durch die eingesetzten rechtlichen Instrumentarien auch tatsächlich erreicht werden bzw überhaupt erreicht werden können.

Anschließend wurde die RückführungsRL beleuchtet. Vereinfacht kann man sagen, dass sich die Mitgliedstaaten aufgrund dieser zwingend für das Rückkehrverfahren oder die Regularisierung zu entscheiden haben. In jedem Verfahrensstadium bzw selbst nach Erlass der Rückkehrentscheidung steht es den Mitgliedstaaten frei, einen Aufenthaltstitel zu erteilen. Folglich hält die RückführungsRL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen, irregulär aufhältige Migrant*innen zu regularisieren. Aufgrund der EuGH-Rspr und unterschiedlichen Lehrmeinungen ist es umstritten, ob nach der RückführungsRL eine Regularisierungspflicht besteht. Ich argumentiere, dass die Mitgliedstaaten gem Art 6 Abs 4 RückführungsRL in zwei Fallkonstellationen verpflichtet sind irregulär aufhältigen Migrant*innen ein Aufenthaltsrecht zu gewähren. Einerseits handelt es sich hierbei um Fälle, in denen eine Rückführung das Non-Refoulement-Gebot im Sinne der EMRK und GRC verletzen würde, andererseits um jene Fälle, in denen die betreffenden Migrant*innen dauerhaft nicht rückführbar sind. In den beiden Fällen reduziert sich das in Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL eingeräumte Ermessen der Mitgliedstaaten auf null, da die Rückführung als alternative Verfahrensoption nicht durchsetzbar ist.

Weiters habe ich mich den drei maßgeblichen unionsverfassungsrechtlichen Aufträgen in Art 79 Abs 1 AEUV gewidmet, wobei das Hauptaugenmerk auf die „Verhütung und verstärkte Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung gelegt wurde. Auf die Frage, ob die EU basierend auf dem unionsverfassungsrechtlichen Auftrag der „Bekämpfung“ einen Regularisierungs-Rechtsakt erlassen kann oder ob ein solcher notwendigerweise die Verhütung irregulärer Einwanderung bzw die Abschiebung irregulär aufhältiger Migrant*innen zum Inhalt haben muss, ist festzuhalten: Der Erlass eines Regularisierungs-Rechtsaktes muss im Einklang mit dem unionsverfassungsrechtlichen Auftrag der „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung stehen. Diese Auslegung wird auch vom Europäischen Rat vertreten, der Regularisierungen als Instrument im „Kampf gegen illegale Einwanderung“ versteht. Dementsprechend lässt er im Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl aus dem Jahr 2008 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen, einzelfallabhängige Regularisierungen durchzuführen. Die Mitgliedstaaten sollen aber auf sogenannte Regularisierungs-Programme verzich-

ten. Die Ermessensentscheidung, irregulär aufhältigen Migrant*innen anstatt des Erlasses einer Rückkehrentscheidung einen Aufenthaltstitel zu erteilen, wurde in der RückführungsRL kodifiziert.

Abschließend wurden die primärrechtlichen Kompetenzbestimmungen untersucht. In der Analyse habe ich herausgearbeitet, dass Art 79 Abs 2 lit a und b AEUV der Unionsgesetzgebung weitreichende Kompetenzen zum Erlass von Regularisierungen einräumen. Die materiellen Bestimmungen und das Verfahren wie auch die damit einhergehenden Status- und Freizügigkeitsrechte könnten in einem Unionsrechtsakt geregelt werden. Autonomenational ausgestellte Aufenthaltsrechte könnten mit Status- und Freizügigkeitsrechten ausgestattet werden. Gestützt auf Art 79 Abs 2 lit c AEUV könnte auch eine Art unionsrechtlich normierter Duldungsstatus geschaffen werden. Ein Regularisierungs-Rechtsrahmen auf unionsrechtlicher Ebene würde auch im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip stehen. Somit ist zu bejahen, dass eine Regularisierungspolitik der EU vom Primärrecht gedeckt wäre.

D. Der erforderliche Kontext für den integrierten Rechtsvergleich (Kapitel 4)

Die Ausführungen in Kapitel 4 zeigen die besondere Stellung von Regularisierungen im Aufenthaltsrecht, Ausländerrecht bzw Fremdenrecht der Mitgliedstaaten. Die teils unterschiedlich und teils ähnlich verlaufenen historischen Entwicklungen haben zur Herauskristallisierung einer speziellen Kategorie von aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidungen in allen drei Mitgliedstaaten geführt. Für den folgenden Rechtsvergleich ist es besonders fruchtbar, die (strukturellen) Unterschiede und Gemeinsamkeiten noch einmal vertieft darzustellen und zusammenzuführen, um ein vollständigeres Bild der Thematik zu erlangen.

Ganz generell zeigt sich in allen drei Mitgliedstaaten, dass die Regularisierungen im Vergleich zu den aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidungen des „ordentlichen“ Aufenthaltsregimes privilegiert sind. Dies bedeutet, dass die grundsätzlich zu erfüllenden Erteilungsvoraussetzungen nicht zu erfüllen sind bzw umgekehrt speziell normierte Versagungsgründe nicht anzuwenden sind. Ein markantes Beispiel hierfür ist das Visums-erfordernis, das bei den analysierten Regularisierungen in allen drei Mitgliedstaaten entfällt.

Zusammengefasst werden die Regularisierungen, bis auf jeweils ein oder zwei Ausnahmen, in einer auf mitgliedstaatlicher Ebene festgelegten Begrifflichkeit: „Humanitäre Aufenthaltserlaubnisse“ in Deutschland,

„Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ in Österreich und „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen“ in Spanien.

In Spanien kann man wohl vorsichtig davon sprechen, dass die „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen“ zu „ordentlichen“ transformiert sind, da diese beinahe 20 % aller befristeten Aufenthaltsberechtigungen ausmachen. Besonders bedeutsam sind vor allem die Regularisierungen basierend auf Verwurzelungstatbeständen, in concreto die soziale Verwurzelung. In Österreich haben die vorhandenen Statistiken gezeigt, dass die Erteilung von Aufenthaltsrechten im Rahmen von Regularisierungsverfahren quantitativ keine besonders wichtige Rolle spielt. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die Daten in Österreich mangels Genauigkeit am wenigsten aussagekräftig sind. In Deutschland verdeutlichen die Zahlen, dass eine nicht unbedeutende Anzahl an Ausländer*innen im Besitz einer der in vorliegender Arbeit behandelten „humanitären Aufenthaltserlaubnis“ ist.

Die aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidungen müssen in allen drei Mitgliedstaaten individuell – aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität heraus – beantragt werden können, da sie ansonsten den Regularisierungsbegriff nicht erfüllen würden. In Österreich spielt die amtswegige Prüfung der „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ und der „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK“ im Asylverfahren aber auch eine besondere Rolle und zeigt die Verwobenheit der beiden „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ mit dem Asylrecht. In Deutschland zeigt sich diese durch die Titelerteilungssperre nach einem durchlaufenen Asylverfahren, aber auch dadurch, dass – ähnlich wie in Österreich – die „nationalen Abschiebungsverbote“ im Asylverfahren zu prüfen sind. Wie noch gezeigt wird, werden diese nur in den Fällen als Regularisierung qualifiziert, in denen sie aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität heraus beantragt werden können und gerade nicht, wenn sie im Asylverfahren geprüft werden, da der Regularisierungsbegriff mangels irregulärem Aufenthalt nicht erfüllt wird. Zwar wird das Asylrecht in der vorliegenden Arbeit nicht analysiert, doch darf es aus kontextuellen Gründen nicht außen vorgelassen werden, da die Entwicklung der Regularisierungen in Österreich und Deutschland in engem Bezug zu den teilweise hohen Asylantragsstellungen bzw zu den diesbezüglichen politischen Debatten stehen. Dies ist einer der Gründe, weshalb es in den letzten beiden Jahrzehnten zu fast jährlichen Novellierungen gekommen ist. In Spanien zeigt sich im Hinblick darauf ein anderes Bild, da die Entwicklung der Regularisierungen im größeren Rahmen zu sehen ist und vor allem eine der

Folgen des zahlenmäßig rapiden Anstiegs an Ausländer*innen bis zum Jahre 2005 war. Die Entwicklung stand aber nicht in engem Bezug zu den Asylantragszahlen und darüber hinaus kam es auch nicht zu ständigen Reformen.

Auf der iberischen Halbinsel wurden ab Anfang der 90iger Jahre Regularisierungs-Programme eingesetzt, um Ausländer*innen einen Ausweg aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität zu bieten. Dieses Steuerungsinstrument wurde beinahe jährlich eingesetzt, Regularisierungs-Mechanismen haben sich erst 2005 etabliert. Im Gegensatz zu Deutschland und Österreich sind Regularisierungen seit jeher sehr eng von der Wirtschaft und dem Arbeitsmarkt abhängig bzw beruhen stärker auf wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Regularisierungs-Programme kamen in Österreich nie zum Einsatz, da ab Ende der 90iger Jahre Regularisierungs-Mechanismen herangezogen wurden. Deutschland hat einen Mittelweg zwischen Österreich und Spanien gewählt, da ab Anfang der 90iger Jahre Regularisierungs-Mechanismen eingesetzt wurden. Ab Mitte der 90iger wurde dann auch von Regularisierungs-Programmen Gebrauch gemacht. Nunmehr ist in allen drei Staaten die gleiche Art von Regularisierung, in concreto Regularisierungs-Mechanismen, anzutreffen, die in der Folge in Kapitel 5 rechtsvergleichend analysiert wird.

Bedeutsam für die Entwicklung der Regularisierungen ist im weiteren Sinne auch der rechtliche Status von Ausländer*innen bzw Fremden, der teilweise sehr unterschiedlich ausgestaltet ist. Hervorzuheben ist, dass in Spanien irregulär aufhältige Ausländer*innen Zugang zu Sozialleistungen und zur Gesundheitsversorgung haben. Dies stellt einen gravierenden Unterschied zur österreichischen und deutschen Rechtslage dar, da der Status deshalb wesentlich weniger prekär ist. Beim Zugang zu unselbstständiger Beschäftigung zeigt sich in allen drei Mitgliedstaaten ein sehr ähnliches Bild, da für die Ausübung einer Beschäftigung jeweils eine gesonderte Berechtigung erforderlich ist, die an den rechtmäßigen Aufenthalt bzw an die aufenthaltsrechts-begründende Entscheidung geknüpft ist. In Spanien weisen einige Autoren und Autorinnen in dem Zusammenhang darauf hin, dass undokumentierte Beschäftigung sozusagen „geduldet“ wird bzw „geduldet“ worden ist.

Im Hinblick auf den un/rechtmäßigen bzw un/erlaubten Aufenthalt hat sich gezeigt, dass dieser in allen drei Mitgliedstaaten mit einer Verwaltungsstrafe oder gerichtlichen Strafe bedroht ist. In Österreich führt ein „negatives“ Verfahren zur Erteilung eines „Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ automatisch zum Erlass einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme, die in der Folge durchgesetzt werden kann. Auch

in Deutschland führt die Ablehnung eines Antrags auf eine „humanitäre Aufenthaltserlaubnis“ zum Erlass einer Abschiebungsandrohung, die in weiterer Folge vollstreckt werden kann. Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zur spanischen Rechtslage dar. Dort geht mit einer abweisenden Entscheidung über eine Aufenthaltsberechtigung nicht automatisch eine aufenthaltsbeendende Maßnahme einher. Zwar besteht aufgrund des irregulären Aufenthalts eine Ausreiseverpflichtung, diese kann aber mangels Titel nicht durchgesetzt werden.

Eine aufrechte aufenthaltsbeendende Maßnahme kann – in unterschiedlicher Ausprägung – in allen drei Mitgliedstaaten einen Versagungsgrund darstellen. In Österreich stellt eine aufrechte Rückkehrentscheidung samt Einreiseverbot einen Versagungsgrund bei den „Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ dar. In Deutschland führt das Bestehen eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses im Sinne des § 54 Abs 1 Z 2 oder 4 AufenthG zum Versagen einer „humanitären Aufenthaltserlaubnis“. In Spanien stellt ein laufendes Ausweisungsverfahren bzw das Bestehen einer aufrechten Ausweisung einen Zurückweisungsgrund dar, sofern die „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen“ erst nach der Einleitung des Ausweisungsverfahrens bzw dem Erlass der Ausweisung beantragt wird. Wurde die Ausweisung jedoch bloß aufgrund des irregulären Aufenthalts oder der undokumentierten Beschäftigung erlassen und kommt die Behörde in einer ersten Analyse zum Schluss, dass die Voraussetzungen für die beantragte Aufenthaltsberechtigung vorliegen, ist der Antrag auf Erteilung der Aufenthaltsberechtigung zuzulassen und die bestehende rechtskräftige Ausweisung gegebenenfalls aufzuheben.

Keine Besonderheiten ergeben sich bei den jeweils einschlägigen aufenthaltsrechtlichen, ausländerrechtlichen bzw fremdenrechtlichen Behörden. Darüber hinaus stehen den Ausländer*innen bzw Fremden jeweils unterschiedliche Rechtsschutzinstrumentarien sowohl im verwaltungs- als auch im verfassungsgerichtlichen Verfahren zur Verfügung. Unterschiede bestehen, ob mit dem eingebrachten Rechtsmittel aufschiebende Wirkung einhergeht. Dies ist bei ablehnenden/abweisenden Entscheidungen in Deutschland und Österreich besonders relevant, da mit diesen eine aufenthaltsbeendende Maßnahme einhergeht.

E. Der integrierte Rechtsvergleich von Regularisierungen nach dem Regularisierungszweck (Kapitel 5)

Nachdem nunmehr der erforderliche Kontext für den Rechtsvergleich dargestellt wurde, widmet sich dieses Kapitel in einer rechtsvergleichenden Analyse Regularisierungen. Die kontextuelle Methode, die bereits für die Aufbereitung von Kapitel 4 verwendet wurde, wird auch in der Folge angewandt. Regularisierungen werden in einem integrierten Vorgehen anhand eines Gliederungskriteriums, namentlich dem Regularisierungszweck, kategorisiert, verglichen und bewertet. Von einem klassischen Rechtsvergleich im Sinne von Länderberichten wird abgesehen. Der Prüfungsmaßstab ist die Vereinbarkeit mit den einschlägigen völker- und unionsrechtlichen Bestimmungen, wobei in Bezug auf das Völkerrecht nur die EMRK im Detail beleuchtet wird.

Prüfungsmaßstab für den Regularisierungszweck „Nichtrückführbarkeit“ bildet das Non-Refoulement-Gebot und die RückführungsRL. Letztere verpflichtet die Mitgliedstaaten den irregulären Aufenthalt entweder durch die Rückführung oder durch das Erteilen eines Aufenthaltsrechts zu beenden. Nach der hier vertretenen Ansicht resultieren aus der RückführungsRL zwei Regularisierungspflichten. Diese Pflicht greift einerseits, wenn eine Rückführung das Non-Refoulement-Gebot verletzen würde. Vertritt man diese Meinung nicht, besteht aufgrund des Non-Refoulement-Gebots bloß ein besonderer Ausweisungsschutz für Migrant*innen, aber keine Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts. Andererseits besteht nach der hier vertretenen Ansicht eine Regularisierungspflicht nach der RückführungsRL in Fällen dauerhafter Nichtrückführbarkeit, dh, wenn eine Person nicht innerhalb von 18 Monaten vom jeweiligen Mitgliedstaat abgeschoben werden kann.

Betreffend die rechtsvergleichende Untersuchung des Regularisierungszwecks „Nichtrückführbarkeit“ kann eingangs festgehalten werden, dass einerseits Österreich und Deutschland und andererseits Spanien unterschiedliche Wege im Umgang mit irregulär aufhältigen Fremden bzw Ausländer*innen gefunden haben, die nicht rückführbar sind. Dies wurde auch bereits in Kapitel 4 deutlich, wo der jeweils unterschiedlich ausgebildete Zugang zu Sozialleistungen und zur Gesundheitsversorgung thematisiert wurde.

Das spanische Recht lässt die Situation von irregulär aufhältigen Migrant*innen, die nicht abgeschoben werden können, ungeregelt. Man kann von einer de facto bzw außergesetzlichen Duldung irregulär aufhältiger Migrant*innen in den ausgemachten Sachverhaltskonstellationen spre-

chen, da entweder gar keine Regelungen bestehen oder unklar ist wie die Behörden in diesen Situationen vorzugehen haben. Im Gegensatz dazu wurde in Deutschland und Österreich ein eigenes Rechtsinstitut namens Duldung geschaffen, das für rechtliche und tatsächliche/faktische Abschiebehindernisse eine vorübergehende Lösung darstellt und zu mehr Rechtssicherheit beitragen soll. Diese Lösung ist angesichts des Prüfungsmaßstabs als die effektivste Lösung zu bewerten, da sie die Personen nicht in einem noch größeren Schwebezustand lässt und die Mitgliedstaaten derart mehr Kontrolle über die Personengruppe verfügen. So kann die aufenthaltsbeendende Maßnahme, falls das Abschiebehindernis wegfällt, durchgesetzt werden, bzw falls dieses nicht der Fall sein sollte, ihnen ein Aufenthaltstitel erteilt werden. Hervorzuheben ist, dass irregulär aufhältige Ausländer*innen bzw Fremde erst ab der Duldung Anspruch auf Sozialleistungen, Zugang zu Gesundheitsversorgung und unter Umständen Zugang zu unselbstständiger Beschäftigung haben. Viele Duldungstatbestände sind gleichsam als Vorstufe zu einem Aufenthaltsrecht zu qualifizieren. Weiters ist zwischen tatsächlichen/faktischen und rechtlichen Abschiebehindernissen zu unterscheiden.

Im Hinblick auf die faktischen Abschiebehindernisse zeigen sich in Österreich zwei Problemkreise. Einerseits darf der*die Fremde die Abschiebung nicht selbst verschuldet haben, da ansonsten keine Karte für Geduldete und in der Folge auch keine „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ erlangt werden kann. Andererseits verfügt das BFA bei der Beurteilung, ob die Abschiebung selbst verschuldet wurde, über einen zu weiten Ermessensspielraum. Dies führt dazu, dass die Fremden zwar faktisch nicht abschiebbar sind, aus den dargelegten Gründen aber auch nicht geduldet werden. Sie finden sich somit in einer ähnlichen Situation wie in Spanien wieder, wobei nach dem spanischen Recht zumindest ein Zugang zu Sozialleistungen und zur Gesundheitsversorgung für irregulär aufhältige Ausländer*innen besteht. Ob die Ausreise selbst verschuldet ist, wurde in Deutschland bisher „bloß“ in Bezug auf den Anspruch von Sozialleistungen und den Zugang zu unselbstständiger Beschäftigung geprüft, aber nicht hinsichtlich der Entscheidung, ob die Person geduldet wird. Dies scheint bei den tatsächlichen/faktischen Abschiebehindernissen somit zunächst die zweckmäßigste Lösung zu sein. Seit dem kürzlich erlassenen „Geordnete-Rückkehr-Gesetz“ hat sich die deutsche Rechtslage aber mehr der österreichischen angenähert, da ein spezieller Duldungsgrund eingeführt wurde, der auf „Personen mit ungeklärter Identität“ abzielt. Die Erteilung einer solchen Duldung zieht im Vergleich zu anderen Duldungsgründen weitreichende Sanktionen nach sich. Jene Zeiten, in denen man

im Besitz einer „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität“ ist, werden nicht als Vorduldungszeiten angerechnet. Deshalb führt die seit 21.8.2019 in Kraft getretene Gesetzeslage für derart Geduldete zu einer gravierenden Verschlechterung der aufenthaltsrechtlichen Perspektiven, insbesondere in Bezug auf die Erlangung der noch näher zu erläuternden Aufenthaltserlaubnisse gem §§ 25a und 25b AufenthG. Darüber hinaus fällt bei genauerer Betrachtung auf, dass die ebenfalls noch näher darzustellende „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist“, nicht erteilt werden kann, insofern die Ausreise aufgrund der Handlungen des*r Ausländers*in nicht vollstreckt werden konnte. Dementsprechend wird das Problem der Selbstverschuldung nur auf eine andere Ebene verlagert. Die deutsche Lösung scheint gegenüber der österreichischen aber immer noch die zweckmäßigere zu sein, auch wenn es durch das „Geordnete-Rückkehr-Gesetz“ zu Verschlechterungen gekommen ist. Die Betroffenen verfügen zumindest über einen rechtlich gesicherten Status und je nach Duldungsgrund über Zugang zu Sozialleistungen und einen eingeschränkten Arbeitsmarktzugang. Der deutsche Lösungsansatz birgt aber eine andere Problematik in sich. Da die Erlangung eines Aufenthaltsrechts in diesen Fällen nicht möglich ist, bleiben viele Ausländer*innen über Jahre hinweg in der Duldung „stecken“. Dieses Phänomen wird mit dem Begriff „Ketenduldungen“ umschrieben.

Im Hinblick auf die rechtlichen Abschiebehindernisse, in concreto Art 3 EMRK, zeigt sich, dass Ausländer*innen bzw Fremde sowohl in Deutschland als auch in Österreich eine Duldung erhalten können. Gemessen an der hier vertretenen Meinung, dass in solchen Fällen eine Regularisierungspflicht besteht, müssten diese Personen aber sogleich ein Aufenthaltsrecht erhalten. Dieser Anforderung entspricht weder die deutsche noch die österreichische Duldung. Vertritt man die gegenteilige Meinung, dass bei einer drohenden Verletzung des Non-Refoulement-Gebots zwar ein besonderer Ausweisungsschutz besteht, aber keine Regularisierungspflicht, dann bildet die Duldung eine leistungsfähige Regelung, insofern danach tatsächlich eine Aufenthaltsberechtigung erlangt werden kann. In Spanien werden die betroffenen Ausländer*innen entweder de facto geduldet oder sie können eine „befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen“ wegen der Unmöglichkeit sich ins Herkunftsland zu begeben, um ein Visa zu beantragen, erlangen. Aufgrund der sehr offenen Tatbestandsformulierungen scheint diese Aufenthaltsberechtigung aber in der Praxis nicht sehr viele Fälle abzudecken und zu einer großen Rechtsunsicherheit beizutragen. Die spanische Rechtslage ist damit in den Sachver-

haltskonstellationen, in denen die Personen nur de facto geduldet werden, wohl kaum mit den Anforderungen von Art 3 EMRK vereinbar, da der Status derart prekär und unsicher ist. Bezieht man die Erlangung der befristeten Aufenthaltsberechtigung mit ein, könnte man unter Umständen zu dem Schluss kommen, dass der nach Art 3 EMRK verlangte Ausweisungsschutz erfüllt ist. Darüber hinaus wird auch der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht nachgekommen, wonach in diesen Fällen eine Regularisierungspflicht besteht.

In einem ersten Schritt ist festzuhalten, dass die Schaffung eines eigenen Rechtsinstituts eine effektive Lösung darstellt, um irregulär aufhältige Migrant*innen, die aus rechtlichen und tatsächlichen Abschiebehindernissen nicht abgeschoben werden können, nicht in einem Schwebezustand verharren zu lassen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Erteilung einer einjährigen Duldung – wie im österreichischen Recht – eine zweckmäßige Herangehensweise. In Deutschland und Österreich bestehen aus der Duldung heraus unterschiedliche Regularisierungsperspektiven, die dem Grunde nach im Einklang mit der Regularisierungspflicht bei dauerhafter Nichtrückführbarkeit bzw bei drohender Verletzung des Non-Refoulement-Gebots stehen.

Neben der Duldung wurden in den drei Mitgliedstaaten insgesamt drei Regularisierungen analysiert, die die Erlangung eines Aufenthaltsrechts aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Abschiebehindernisse ermöglichen. Das deutsche Recht normiert eine „Aufenthaltserteilung für zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote“, die bspw Sachverhaltskonstellationen erfasst, in denen der subsidiäre Schutz widerrufen wurde oder die Person überhaupt vom subsidiären Schutz ausgeschlossen ist. Die „Aufenthaltserteilung für zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote“ bietet darüber hinaus jenen Ausländer*innen die Möglichkeit der Erlangung eines Aufenthaltsrechts, wenn diese an einer im Zielstaat nicht behandelbaren Krankheit leiden. Die Aufenthaltserteilung wird für ein Jahr erteilt, insofern ein „zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot“ förmlich festgestellt wurde und kein Ausschlussgrund vorliegt. Dies ist praktisch relevant, da bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes die Ausländer*innen nur geduldet werden. Die „Aufenthaltserteilung für zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote“ lässt sich unter anderem aus Art 3 EMRK ableiten und bietet in diesen Fällen einen Ausweisungsschutz in der Form der Erlangung eines Aufenthaltsrechts. Dies ist dem Grunde nach im Einklang mit dem Prüfungsmaßstab. Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes ist die Person aber nur zu dulden, weshalb in diesen Fällen der in der vorliegenden Arbeit

skizzierten Sichtweise, wonach eine Regularisierungspflicht besteht, nicht nachgekommen wird.

Im österreichischen Recht legt die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ für Geduldete fest, dass jene Fremde einen einjährigen Aufenthaltstitel erlangen können, insofern sie ein Jahr geduldet waren. Problematisch ist, dass nicht alle Personen, die aufgrund einer drohenden Non-Refoulement-Verletzung geduldet werden, diese Aufenthaltsberechtigung erlangen können. Dies trifft vor allem jene Sachverhaltskonstellationen, in denen die Personen den Status als Asyl- oder subsidiär Schutzberechtigte*r innehatten, und dieser aufgrund der Begehung eines Verbrechens aberkannt wurde. Der Ausschluss dieser Personengruppe mag einer der Gründe für die beschränkte, praktische Bedeutung dieser Aufenthaltsberechtigung sein. Letztere verharren somit in der Duldung, insofern nicht eine andere Aufenthaltsberechtigung erlangt werden kann, wobei vor allem an den „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK“ zu denken ist. Für die übrigen Geduldeten stellt diese Aufenthaltsberechtigung aber die maßgebliche Regularisierungsperspektive dar. Im Einklang mit dem Prüfungsmaßstab kann somit festgehalten werden, dass die Erlangung eines Aufenthaltsrechts im Einklang mit der hier dargelegten Regularisierungspflicht zwar möglich ist, aber für einen nicht unwichtigen Personenkreis unmöglich ist. Den besonderen Ausweisungsschutz erfüllen alle besprochenen Sachverhaltskonstellationen des österreichischen Fremdenrechts. Nimmt man das Bestehen einer Regularisierungspflicht an, ist jedoch darauf hinzuweisen, dass jene Fälle, die von der Regularisierungsperspektive ausgeschlossen sind, dieser widersprechen.

Wie bereits angedeutet, normiert das spanische Recht eine Aufenthaltsberechtigung für jene Sachverhaltskonstellationen, die über den internationalen Schutz im Sinne der StatusRL hinausgehen. Aufgrund der offenen Tatbestandsformulierung besteht jedoch große Rechtsunsicherheit dahingehend, ob und bzw in welchen Fällen die Voraussetzungen erfüllt sind.

Somit ist in einem zweiten Schritt festzuhalten, dass in den drei analysierten Mitgliedstaaten drei unterschiedliche Regularisierungen bestehen, die bereits darlegen, wie ausdifferenziert dieser Rechtsbereich ist. Alle drei Mitgliedstaaten haben Regelungen geschaffen, die drohende Non-Refoulement-Verletzungen gem Art 3 EMRK verhindern. Sie unterscheiden sich jedoch in unterschiedlichsten Erteilungsvoraussetzungen und Ausschlussgründen, und ganz gravierend danach, ob vorübergehend die Abschiebung ausgesetzt wird, oder sogleich ein Aufenthaltsrecht erlangt werden kann.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die drei Mitgliedstaaten in dem Regularisierungszweck „soziale Bindungen“ vereinfacht gesagt humanitäre Erwägungen als legitimen Grund für die Erteilung eines Aufenthaltsrechts anerkennen. Prüfungsmaßstab für den Regularisierungszweck „soziale Bindungen“ ist der in Art 8 EMRK festgelegte Tatbestand des Rechts auf Achtung des Privatlebens. Nach der EGMR-Rspr besteht – abgesehen von außergewöhnlichen Fällen – keine Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts. Vielmehr reicht es aus, wenn die Staaten die betreffenden Migrant*innen vor einer möglichen Ausweisung schützen.

Die deutsche „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration“ und die deutsche „Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende“ wurden gemeinsam eingeführt und weisen einige Parallelen auf. Im Mittelpunkt beider Aufenthaltserlaubnisse steht die „Integration“, wobei der persönliche Anwendungsbereich unterschiedlich ist. Die „Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende“ zielt auf Personen ab, die zwischen 14 und 21 Jahre alt sind, wodurch der Anwendungsbereich enger als bei der „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration“ ist, die grundsätzlich alle geduldeten Ausländer*innen erfasst. Erstere erfordert darüber hinaus den vierjährigen, erfolgreichen Schulbesuch in Deutschland durch den die „gelungene“ Integration demonstriert wird. Dahingegen setzt letztere eine achtjährige Voraufenthaltsdauer voraus, in der die Person geduldet, gestattet oder erlaubt aufhältig gewesen sein muss. Weiters wird bei der „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration“ die wirtschaftliche Integration vorausgesetzt, was durch eine bereits bestehende Selbsterhaltungsfähigkeit erreicht werden kann. Sollte diese nicht erreicht werden können, ist es ausreichend, wenn die Selbsterhaltungsfähigkeit im Sinne einer Prognoseentscheidung „zu erwarten ist“. Dies ist bei Geduldeten aufgrund des ungesicherten Aufenthaltsstatus und der daraus resultierenden Schwierigkeit einen Arbeitsplatz zu finden von besonderer Relevanz. Darüber hinaus sind auch mündliche Deutschkenntnisse auf A2-Niveau gefordert, die praktischerweise durch Vorsprache bei der Behörde erfüllt werden können. Ein Versagungsgrund, der wiederum für beide Aufenthaltserlaubnisse gilt, ist, dass die Abschiebung nicht aufgrund von falschen Angaben des*r Betroffenen ausgesetzt sein darf. Beide sind bei Vorliegen der Voraussetzungen für zwei („Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration“) bzw drei („Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende“) Jahre zu erteilen und gewähren Anspruch auf Sozialleistungen und einen Zugang zu Beschäftigung. Die Statistiken zeigen, dass die „Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende“ etwa doppelt so vielen

Ausländer*innen erteilt wird als die „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration“. Dies lässt sich wohl durch die – verhältnismäßig betrachtet – einfacheren Erteilungsvoraussetzungen erklären.

Darüber hinaus weisen beide Aufenthaltserlaubnisse eine Besonderheit auf, da sie abgeleitete Aufenthaltsrechte für Familienangehörige normieren. So können der personensorgeberechtigte Elternteil oder die minderjährigen Geschwister eines*r gut integrierten Jugendlichen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht erwerben, insofern sie mit dem*r Stammberechtigten in familiärer Lebensgemeinschaft leben. Dadurch wird dem Schutz der familiären Gemeinschaft im Sinne des Art 6 und Art 8 EMRK zwar Rechnung getragen, jedoch wäre es zweckmäßiger, dass den Familienangehörigen ein eigenständiges Aufenthaltsrecht gewährt wird und dieses vereinfacht gesprochen nicht von dem*r Stammberechtigten „abhängig“ ist.

Der österreichische „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK“ ist das dritte und letzte Aufenthaltsrecht innerhalb des Regularisierungszwecks „soziale Bindungen“. Im Gegensatz zu den beiden deutschen Aufenthaltserlaubnissen ist der österreichische Aufenthaltstitel von der Struktur komplett anders aufgebaut und orientiert sich stark an der Rspr des EGMR zu Art 8 EMRK. Dementsprechend ist ein Kriterienkatalog auf einfachgesetzlicher Ebene normiert, nach dem eine Interessensabwägung zwischen den privaten (bzw familiären) Interessen des*r Fremden am Verbleib in Österreich und den Interessen Österreichs an der Außerlandesbringung vorzunehmen ist. Insgesamt bezieht sich das österreichische „Bleiberecht“ deshalb auf eine schon eingetretene Verwurzelung. Im Vergleich zu den deutschen Aufenthaltserlaubnissen scheint die österreichische Variante „flexibler“ zu sein, jedoch ist es dadurch insgesamt auch schwieriger zu „wissen“ in welchen Fällen ein Aufenthaltsrecht gewährt wird. Aus Perspektive der Rechtssicherheit scheinen deshalb klar festgelegte Erteilungsvoraussetzungen vorzugswürdig zu sein, die jedoch den Nachteil haben, dass sie in der Regel nicht alle Gründe, die für bzw gegen den Verbleib des* Fremden sprechen, berücksichtigen.

Festzuhalten ist daher, dass sowohl Deutschland als auch Österreich dem Grunde nach dem Ausweisungsschutz gem Art 8 EMRK (Privatleben) gerecht werden. Im spanischen Recht ist keine Aufenthaltsberechtigung innerhalb des Regularisierungszwecks „soziale Bindungen“ zu finden. Auf den ersten Blick könnte man daher meinen, dass Spanien seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht nachkommt, bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass der Ausweisungsschutz gem Art 8 EMRK von anderen Aufenthaltsberechtigungen abgedeckt wird, wobei hierbei vor allem die „befristete Aufenthaltsberechtigung aufgrund sozialer Verwurzelung“

hervorzuheben ist. Die soziale Verwurzelung wird in erster Linie aufgrund der Vorlage eines Arbeitsvertrags erteilt, weshalb die Aufenthaltsberechtigung unter den Regularisierungszweck „Erwerbstätigkeit und Ausbildung“ subsumiert wird.

Den Prüfungsmaßstab für den Regularisierungszweck „Familieneinheit“ stellt Art 8 EMRK dar, in concreto der Tatbestand des Rechts auf Achtung des Familienlebens. Um dem Ausweisungsschutz gem Art 8 EMRK gerecht zu werden, ist die Erteilung eines Aufenthaltsrechts nicht erforderlich.

Die spanische „Aufenthaltsberechtigung für das nicht in Spanien geborene Kind“, auch Verwurzelung Minderjähriger genannt, erfasst Minderjährige, die sich für zumindest zwei Jahre in Spanien aufgehalten und die Schule besucht haben. Erschwerend kommt hinzu, dass sich ein Elternteil rechtmäßig aufhalten und über ausreichend finanzielle Mittel verfügen muss. Daraus ergibt sich, dass sich die Länge der Befristung der Aufenthaltsberechtigung von der Befristung des Elternteils ableitet. Problematisch ist, dass keine Mindesterteilungsdauer festgelegt ist und die Befristung vom Elternteil abhängt.

Gleichsam ist die österreichische „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ für unbegleitete minderjährige Fremde in Obhut von Pflegeeltern oder des Kinder- und Jugendhilfeträgers als Ausprägung von Art 8 EMRK zu verstehen, vor allem im Hinblick auf das Kindeswohl, das auch in der KRK festgelegt ist. Ähnlich wie bei der spanischen Aufenthaltsberechtigung muss es sich um Minderjährige handeln, ein wesentlicher Unterschied ist jedoch, dass für den österreichischen Aufenthaltstitel nur „unbegleitete“ Minderjährige in Frage kommen. Eine Parallele besteht dahingehend, dass Minderjährige in den persönlichen Anwendungsbereich fallen, die in Obhut des Kinder- und Jugendhilfeträgers sind. Im spanischen Ausländerrecht ist allgemeiner davon die Rede, dass eine in Spanien ansässige Institution Vormund sein muss. Die österreichische „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ gilt für die Dauer von zwei Jahren und somit ein Jahr länger als die spanische Aufenthaltsberechtigung.

Der österreichische „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK“ erfordert eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in Bezug auf das (Privat- und) Familienleben und ist im Rahmen eines Asylverfahrens oder auf Antrag zu prüfen. Trotz mangelnder Statistiken ist anzunehmen, dass es sich hierbei um die wichtigste Regularisierung des österreichischen Rechts handelt. Hierfür sprechen die Erteilungsvoraussetzungen, die im Vergleich zu den anderen österreichischen Regularisierungen in der Praxis wohl noch am ehesten zu erfüllen sind. Das österreichische Recht ist grundsätzlich mit

dem Ausweisungsschutz gem Art 8 EMRK vereinbar, da es die vom EGMR geforderte Interessensabwägung auf einfachgesetzlicher Ebene kodifiziert hat.

Die deutsche „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist“, zielt vor allem auf „inlandsbezogene Abschiebehindernisse“ ab, wobei Art 8 EMRK und der damit einhergehenden Abwägung zwischen privaten/familiären Interessen und öffentlichem Interesse an der Aufenthaltsbeendigung ein besonderer Stellenwert eingeräumt wird. Folglich erfüllt das deutsche Recht grundsätzlich seine nach Art 8 EMRK bestehende Verpflichtung, Ausländer*innen bei einem bestehenden Privat- und/oder Familienleben einen besonderen Ausweisungsschutz zu garantieren. Gleichzeitig ist die Aufenthaltserlaubnis auch von Art 3 EMRK geprägt, da Sachverhaltskonstellationen, die unter diese Bestimmung fallen, ebenso erfasst werden. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Aufenthaltserlaubnis in der Praxis, wie bereits in Kapitel 5.A.III. ausgeführt, beim Bestehen von tatsächlichen Abschiebehindernissen äußerst schwierig zu erlangen ist (Stichwort „Kettenduldungen“), da die selbstverschuldete Verhinderung der Ausreise einen Versagungsgrund darstellt. Die Aufenthaltserlaubnis wird antragsweise erteilt. Kontextuell bedeutsam ist, dass sie auch im Asylverfahren – nach dem Asylberechtigtenstatus, Flüchtlingsstatus und subsidiären Schutzstatus – geprüft wird. Dem deutschen Recht ist es eigen, dass in offener Weise formuliert ist, dass die Aufenthaltserlaubnis „für längstens drei Jahre“ erteilt werden kann, unter Umständen aber „für längstens sechs Monate“, solange sich die Ausländer*innen „noch nicht mindestens 18 Monate rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten“ haben. Insgesamt stellt die „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist“, die quantitativ wichtigste Regularisierung im deutschen Recht dar.

Die spanische „befristete Aufenthaltsberechtigung aufgrund familiärer Verwurzelung“ ist als Umsetzung von Art 8 EMRK zu verstehen. Sie normiert aber im Gegensatz zum österreichischen „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK“ oder zur deutschen „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist“, keine Interessensabwägung, sondern zwei konkrete Sachverhaltskonstellationen. Die für die vorliegende Arbeit relevante zielt auf Kinder ab, deren Vater oder Mutter ursprünglich spanische*r Staatsbürger*in war. Da der Familienangehörigenbegriff sehr eng ist, sind nicht alle Fälle des von Art 8 EMRK umfassten Schutzbereiches er-

fasst. Einige dieser Sachverhaltskonstellationen fallen wohl unter andere Regularisierungen des spanischen Rechts, wobei vor allem die soziale Verwurzelung zu nennen ist.

Zusammengefasst hat sich gezeigt, dass die Regularisierungen sehr stark an der EGMR-Rspr zu Art 8 EMRK und der darin etablierten Interessensabwägung angelehnt sind. Diese Tendenz hat sich vor allem in Österreich und Deutschland gezeigt. Österreich hat darüber hinaus noch eine spezifische Regularisierung für unbegleitete Minderjährige kreiert. Im Hinblick auf Deutschland dürfen Regularisierungen, die unter andere Regularisierungszwecke fallen, nicht außer Acht gelassen werden, da diese teilweise auch aufgrund familiärer Gründe erteilt werden. Beispielsweise die „Aufenthaltsurlaubnis bei nachhaltiger Integration“ und die „Aufenthaltsurlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende“, die jeweils auch abgeleitete Aufenthaltsrechte für Familienangehörige etablieren. Spanien hat einen entgegengesetzten Weg gewählt und in zwei Regularisierungen spezifische Sachverhaltskonstellationen kodifiziert. Dies scheint eine zu starre Lösung zu sein, die sich nicht in allen Belangen mit Art 8 EMRK vereinen lässt. Hierbei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass einige Fallkonstellationen durch andere Regularisierungen, wie bspw die soziale Verwurzelung abgedeckt werden.

Der vierte Regularisierungszweck zeichnet sich durch ein Abzielen auf vulnerable Personengruppen oder Situationen aus und wird in zwei Unterkategorien unterteilt. Spezifisch für diesen Regularisierungszweck ist, dass den Prüfungsmaßstab für die Unterkategorie „Opferschutz“ das Unionsrecht bildet, wohingegen sich die Unterkategorie „sonstige Härtefälle“ weder aus völker- noch aus unionsrechtlichen Bezügen ableiten lässt und daher als autonom-national zu qualifizieren ist.

Wie bereits angesprochen, bildet das Sekundärrecht der EU, vor allem die MenschenhandelsopferRL und SanktionsRL, den Prüfungsmaßstab der Unterkategorie „Opferschutz“. Demnach haben die Mitgliedstaaten Opfern von speziell festgelegten Straftaten die Möglichkeit einzuräumen einen Aufenthaltstitel zu erlangen, wobei die Festlegung der Voraussetzungen und die Entscheidung über die Erteilung im Ermessen der Mitgliedstaaten bleibt.

Im spanischen Recht ist jeweils eine Regularisierung für Menschenhandelsopfer bzw für Frauen, die Opfer von geschlechtsspezifischer Gewalt geworden sind, normiert. Erstere stellt einerseits eine vorbildliche Umsetzung der MenschenhandelsopferRL dar. Letztere schafft für das Problem der Gewalt an ausländischen Frauen ein leistungsfähiges Schutzregime. Die sehr ähnlich ausgestalteten befristeten Aufenthaltsberechtigungen und

Arbeitserlaubnisse zeichnen sich durch besonders detaillierte Regelungen aus, die sehr stark an den Bedürfnissen der Opfer orientiert sind. Das Verfahren ist in mehrere „Phasen“ gegliedert. Zunächst liegt der Fokus auf der Identifikation der Opfer und einer Erholungs- und Reflexionsphase, die jeweils gesetzlich vorgegeben sind. Anschließend kann der*die Ausländer*in von etwaigen Verwaltungsstrafen, etwa in Bezug auf den irregulären Aufenthalt, befreit werden. Die Befreiung löst eine wichtige Rechtsfolge aus, da der*die Betroffene sodann darüber aufzuklären ist, dass er*sie eine „Aufenthaltsberechtigung und Aufenthaltserlaubnis“ beantragen kann. Anschließend ist unter Umständen eine „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis“ zu erteilen, was die außerordentlich opferfreundliche Ausgestaltung dieses Regimes unterstreicht, da der Aufenthalt folglich bis zum Verfahrensabschluss rechtmäßig ist. Besonders hervorzuheben ist weiters, dass die beiden spanischen Aufenthaltsberechtigungen auf die Dauer von fünf Jahren ausgestellt werden, was im Rechtsvergleich die bei weitem längste Befristung darstellt und folglich den Erwerb eines Daueraufenthaltstitels ermöglicht. Darüber hinaus geht gleichzeitig mit der Erteilung der Aufenthaltsberechtigung die Erteilung einer Arbeitserlaubnis einher.

Ohne zu weit vorgreifen zu wollen, wird im Regularisierungszweck „sonstige staatliche Interessen“ noch eine weitere Regularisierung behandelt, die strukturell ähnlich – wie die beiden eben erläuterten spanischen Aufenthaltsberechtigungen aufgebaut ist. Da sie als zusätzliche Erteilungsvoraussetzung die Zusammenarbeit mit den Behörden normiert, wurde sie in dem Regularisierungszweck „sonstige staatliche Interessen“ eingeordnet. Die „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit gegen organisierte Netzwerke“ setzt die SanktionsRL in Spanien um.

Darüber hinaus ist noch eine dritte Aufenthaltsberechtigung im spanischen Recht normiert, in concreto die „befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen“ für Opfer von Straftaten. Diese knüpft an Situationen besonderer Vulnerabilität an, wie etwa Verbrechen gegen die Rechte von Arbeitnehmer*innen oder Verbrechen, deren Tatmotiv auf rassistischen, antisemitischen oder anderen diskriminierenden Gründen beruht. Problematisch ist bei dieser Aufenthaltsberechtigung, dass eine abschließende, gerichtliche Entscheidung vorgelegt werden muss, wodurch der Anwendungsbereich der Aufenthaltsberechtigung stark eingeschränkt wird, da der Erlass einer gerichtlichen Entscheidung mehrere Jahre dauern kann. Bevor die Voraussetzungen für die „befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen“ für Opfer von Straftaten vorliegen, wird

daher häufig wohl eine „befristete Aufenthaltsberechtigung aufgrund sozialer Verwurzelung“ beantragt und erteilt werden können.

In eine ähnliche Richtung geht die österreichische „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ für Opfer von Straftaten, die ebenfalls minimalistisch ausgestaltet ist. Sie legt lediglich fest, dass Opfer von Gewalt durch die Erteilung eines Aufenthaltsrechts Schutz vor weiterer Gewalt erhalten sollen. Vom persönlichen Anwendungsbereich sind etwa Betroffene oder Opfer von Menschenhandel oder grenzüberschreitender Prostitution oder Opfer von Gewalt in der Familie oder Zwangshe- bzw. -partnerschaft erfasst. Im Gegensatz zu den beiden spanischen Aufenthaltsberechtigungen für Menschenhandelsopfer bzw. Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt ist kein komplexes Verfahren vorgesehen, das aus Opferperspektive ein schutzwürdiges Regime bietet. Darüber hinaus muss die Erteilung des Aufenthaltsrechts zur Gewährleistung der Strafverfolgung von gerichtlich strafbaren Handlungen oder zur Geltendmachung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche vonnöten sein. Diese Voraussetzung schränkt den Anwendungsbereich der Aufenthaltsberechtigung sehr ein. Die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ wird für die Dauer von einem Jahr erteilt und bietet je nach Vorliegen weiterer Voraussetzungen einen beschränkten oder unbeschränkten Arbeitsmarktzugang.

Weiters ist auf die deutsche „Aufenthalts-erlaubnis zur Strafverfolgung“ einzugehen. Diese kann an Opfer von Menschenhandel oder undokumentierter Beschäftigung („Schwarzarbeit“) erteilt werden, wobei jeweils die einschlägigen Strafbestimmungen zur Beurteilung dieser Frage relevant sind. Genau wie bei der österreichischen Regularisierung muss die Anwesenheit des Opfers für das Strafverfahren erforderlich sein und für sachgerecht erachtet werden. Die Aufenthalts-erlaubnis ist im Vergleich zu den beiden spanischen, die Menschenhandelsopfer oder Opfer von geschlechtsspezifischer Gewalt geworden sind, schlechter bzw. genauso schlecht ausgestaltet wie die österreichische „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“. Dies zeigt sich auch in der Praxis, da die deutsche „Aufenthalts-erlaubnis zur Strafverfolgung“ aufgrund der zu hohen Erteilungsvoraussetzungen bedeutungslos ist.

Festzuhalten ist daher, dass alle drei Mitgliedstaaten ihren europarechtlichen Vorgaben nachkommen und Regularisierungen für Menschenhandelsopfer und Opfer im Zusammenhang mit ausbeuterischen Arbeitsbedingungen normieren. Gravierende Unterschiede haben sich in Bezug auf die Ausgestaltung des Schutzregimes gezeigt, wobei hier Spanien als Vorzeigebispiel zu nennen ist. Das dort festgelegte Regime zeichnet sich dadurch aus, dass es besonders opferfreundlich ist. Das deutsche und österrei-

chische Recht mutet dahingegen sehr minimalistisch an und stellt neben den Opferinteressen vor allem den Strafrechtspflegezweck in den Mittelpunkt.

Neben der Unterkategorie „Opferschutz“ besteht weiters noch die Unterkategorie „sonstige Härtefälle“ innerhalb des Regularisierungszwecks „Vulnerabilität“. Diese Unterkategorie ist als autonom-national zu qualifizieren und lässt sich daher nur jeweils aus den nationalstaatlichen Rechtsordnungen ableiten. Dementsprechend sind keine völker- oder europarechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen bzw. einzuhalten.

Die „Aufenthaltsgewährung in Härtefällen“ ist im deutschen Ausländerrecht die letzte Anlaufstelle für unerlaubt aufhältige Ausländer*innen, die kontextuell auch aus genau diesem Grund eingeführt wurde. Eine Antragstellung ist nicht möglich, vielmehr besteht ein „gerichtlich nicht überprüfbares, rein humanitär ausgestaltetes gegenüber allen anderen Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes extralegales Entscheidungsverfahren“. Erfasst werden demnach alle Arten von besonders dringlichen Einzelfallsituationen. Die „Aufenthaltsgewährung in Härtefällen“ ist als mögliches „Auffangbecken“ für anderweitig nicht zu erfassende Fälle ein zweckmäßiger Lösungsansatz, der aber mangels Möglichkeit der Antragsstellung und aufgrund des eigenständigen Verfahrens, bei dem die dem AufenthG zugrundeliegenden Grundsätze nicht zu beachten sind, aus individualrechtlicher Perspektive zu kritisieren ist.

Der österreichische „Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen“ ist als kontextuelle Eigenheit des österreichischen Fremdenrechts zu qualifizieren. Der Aufenthaltstitel wurde erlassen, um Fälle überlanger Asylverfahren, die zu keiner Statusgewährung führen, eine Regularisierungsperspektive einzuräumen. Grundsätzlich werden jene rechtmäßig und unrechtmäßig aufhältige Fremde adressiert, die die Schwelle des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art 8 EMRK nicht erreichen. Die Statistiken unterstreichen, dass die Regularisierung praktisch nicht sehr bedeutsam ist, da die Erteilungsvoraussetzungen sehr hoch angesetzt sind. Neben dem fünfjährigen Aufenthalt wird nämlich unter anderem die Selbsterhaltungsfähigkeit gefordert. Dieses Kriterium ist mangels bestehenden Arbeitsmarktzugangs kaum zu erfüllen.

Die spanische „befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen“ wegen plötzlich auftretender schwerer Krankheit ist als autonom-national zu qualifizieren, aufgrund der nunmehr geltenden EGMR-Rspr ist sie aber mittlerweile wohl auch als Ausprägung von Art 3 EMRK zu verstehen. Die Voraussetzung, dass Erwachsene das plötzliche Auftreten der Krankheit nachweisen müssen, scheint nicht mit den völkerrechtli-

chen Vorgaben vereinbar zu sein. Minderjährige müssen diese Voraussetzung nicht erfüllen. Insgesamt ist aber positiv hervorzuheben, dass die spanische Rechtsordnung für schwer kranke Personen eine eigenständige Aufenthaltsberechtigung geschaffen haben.

In der Unterkategorie „sonstige Härtefälle“ hat sich gezeigt, dass sich in jedem analysierten Mitgliedstaat eine Regularisierung herausgebildet hat, die als kontextuelle Eigenheit der jeweiligen Rechtsordnung zu qualifizieren ist und jene vulnerablen Personengruppen oder Situationen adressiert, die anderweitig keine Möglichkeit zur Erlangung eines Aufenthaltsrechts haben.

Der Regularisierungszweck „Erwerbstätigkeit und Ausbildung“ ist nicht völker- und europarechtlich, sondern autonom-national geprägt, weshalb auch grundsätzlich keine konkreten europa- und völkerrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden müssen.

Das „Steckenpferd“ dieses Regularisierungszwecks ist sicherlich die soziale Verwurzelung, die im spanischen Ausländerrecht die größte Bedeutung hat. Sie hat sich aus der Rspr zu unverhältnismäßigen Ausweisungsentscheidungen entwickelt, ist jedoch ganz anders als die Regularisierungen in Deutschland oder Österreich kodifiziert worden. Die soziale Verwurzelung nimmt grundsätzlich auf die zukünftige Verwurzelung Bezug, wohingegen sich das österreichische „Bleiberecht“ auf eine schon eingetretene Verwurzelung bezieht. Die im spanischen Ausländerrecht normierte soziale Verwurzelung legt konkrete Erteilungsvoraussetzungen fest, die – wie sich durch die Statistiken belegen lässt – von den Ausländer*innen auch erfüllt werden können. So wird der dreijährige Aufenthalt und die Vorlage eines einjährigen Arbeitsvertrags in Bezug auf die besagte spanische Regularisierung verlangt. Kontextuell lässt sich der Erlass dieser Regularisierung durch die Unterordnung der spanischen Migrationspolitik unter die Interessen der Arbeitsmarktpolitik erklären. In dem Zusammenhang kann man von utilitaristischen Gesichtspunkten sprechen. Eine leistungsfähige Regelung stellt die Überprüfung des Beginns der Erwerbstätigkeit bei der sozialen Verwurzelung im spanischen Ausländerrecht dar, da diese von der Anmeldung zur Sozialversicherung abhängig gemacht wird. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt die Wirksamkeit der Aufenthaltsberechtigung gehemmt. Neben dem Arbeitsvertrag und der Aufenthaltsdauer muss die soziale Eingliederung oder ein Familienverhältnis nachgewiesen werden. Die soziale Verwurzelung weist in diesem Punkt sowohl Elemente des Regularisierungszwecks „soziale Bindungen“ als auch des Regularisierungszwecks „Familieneinheit“ auf und deckt deshalb, wie bereits angedeutet, auch von Art 8 EMRK erfasste Sachverhaltskonstellationen ab.

Die Arbeitsverwurzelung hat aus quantitativer Sichtweise im spanischen Ausländerrecht keine große Relevanz, vor allem, wenn man sie mit der sozialen Verwurzelung vergleicht. Der Grundgedanke dahinter, undokumentiert beschäftigen Ausländer*innen eine Regularisierungsperspektive zu bieten, scheint löblich. Die zweijährige Aufenthaltszeit ist bei der Erlangung dieser Aufenthaltsberechtigung ohnehin meist nicht das Problem, sondern vielmehr, dass zurückliegende Arbeitsbeziehungen von sechs Monaten nachgewiesen werden müssen. Die erforderliche Anzeige beim Arbeits- und Sozialversicherungsinspektorat schreckt zu viele Ausländer*innen – aufgrund der damit verbundenen Konsequenzen – ab. Interessanterweise spricht ein Autor deshalb davon, dass die Regularisierung ihren eigentlichen Zweck verfehlt und vielmehr als Abschreckmaßnahme für Arbeitgeber*innen dient.

Die „Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung“ ist als kontextuelle Eigenheit des deutschen Aufenthaltsrechts zu verstehen, die aufgrund des „Fachkräftemangels“ erlassen wurde. Interessanterweise ist sie genau wie die Arbeitsverwurzelung in Spanien praktisch irrelevant, weil die Erteilungsvoraussetzungen derart hoch angesetzt sind, dass sie kaum zu erfüllen sind. Die Aufenthaltserlaubnis soll Geduldeten, die eine qualifizierte Berufsausbildung absolviert haben, eine Regularisierungsperspektive bieten. Darüber hinaus muss ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegen. Dieses Erfordernis ist ähnlich der maßgeblichen Erteilungsvoraussetzung der sozialen Verwurzelung. Darüber hinaus müssen die Ausländer*innen aber auch noch Deutschkenntnisse auf B1-Niveau oder ausreichend Wohnraum vorweisen. Die Feststellung, dass sich unerlaubt aufhältige Ausländer*innen ihr Bleiberecht verdienen können ist zwar zutreffend, faktisch hat diese als Systembruch zu qualifizierende Aufenthaltserlaubnis aber keine Auswirkungen für das deutsche Aufenthaltsrecht. Hierfür müssten die Erteilungsvoraussetzungen vielmehr an die faktisch erreichbaren Voraussetzungen angepasst werden. Der durch die Einführung der Aufenthaltserlaubnis bereits angedeutete „Paradigmenwechsel“ wird auch durch das nach Abschluss der vorliegenden Arbeit (1.1.2019) beschlossene Fachkräfteeinwanderungsgesetz und „Duldungsgesetz“ fortgesetzt.

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass das deutsche Recht darüber hinaus einen Duldungsgrund für junge Ausländer*innen geschaffen hat, die eine Ausbildung in Deutschland absolvieren. Trotz der praktischen Probleme scheint der Grundgedanke der „Ausbildungsduldung“ gem § 60a Abs 2 S 4 AufenthG ein leistungsfähiger Ansatz zu sein, der den postulierten Erfordernissen der deutschen Wirtschaft entspricht. Dieser Weg wird mit dem

„Duldungsgesetz“ fortgesetzt, da überdies eine „Beschäftigungsduldung“ geschaffen wird. Österreich hat den entgegengesetzten Weg wählt, da für abgewiesene Asylwerber*innen die begonnene Lehre ex lege endet und diese folglich abgeschoben werden können. Nach weiteren intensiven politischen Debatten wurde aber im Dezember 2019, also nach Abschluss der vorliegenden Arbeit, im Nationalrat eine Novelle des FPG beschlossen. Diese legt in § 55a FPG idF BGBl I 110/2019 fest, dass die Frist für die freiwillige Ausreise zum Zweck des Abschlusses einer begonnenen Berufsausbildung gehemmt wird. Die Ausreiseverpflichtung beginnt demnach erst nach Lehrabschluss zu laufen. Kontextuell bedeutsam ist, dass – ähnlich wie in Deutschland – wirtschaftliche Interessen ausschlaggebend für diese Novelle waren. Unklar bleibt aber, welche dauerhafte Lösung die österreichische Gesetzgebung für diese Personengruppe findet, da es sich hierbei nur um eine Übergangslösung handelt.

Schließlich ist auf einen weiteren Befund der Untersuchung einzugehen. Im Regularisierungszweck „Erwerbstätigkeit und Ausbildung“ ist keine österreichische Regularisierung zu finden, weshalb sich die Frage nach einem funktionalen Äquivalent stellt. Die österreichische Gesetzgebung scheint bewusst darauf verzichtet zu haben, Regularisierungen für jene Fälle zu schaffen, die im weiteren Sinne an eine Erwerbstätigkeit oder Ausbildung/Lehre anknüpfen. Angedeutet wurde dies bereits im Absatz zuvor, da ja nicht einmal rechtskräftig abgewiesene Asylwerber*innen ihre Lehre fortsetzen können. Dies unterstreicht, ein weiteres Ergebnis der Analyse, auf das ich im Resümee noch weiter eingehen werde. Österreich hat im Vergleich zu Deutschland und Spanien die restriktivste Rechtslage in Bezug auf Regularisierungen.

Der Regularisierungszweck „sonstige staatliche Interessen“ ist eine autonom-nationale Regularisierungskategorie, die sich nur aus den national-staatlichen Rechtsordnungen ableiten lässt. Folglich sind grundsätzlich keine höherrangigen Rechtsnormen zu beachten und die Aufenthaltsberechtigungen gehen über diese hinaus.

Im Rechtsvergleich hat sich gezeigt, dass nur zwei spanische Aufenthaltsberechtigungen in diesen Regularisierungszweck eingeordnet werden konnten. Die beiden Regularisierungen räumen bestimmten öffentlichen Behörden die Möglichkeit ein, Ausländer*innen, die mit den Behörden zusammenarbeiten, eine Aufenthaltsberechtigung zu erteilen. Obwohl nicht ausdrücklich gesetzlich festgelegt, kann unter „Zusammenarbeit“ wohl die Anzeige bestimmter strafbarer Handlungen, das Beisteuern unerlässlicher Angaben oder das Aussagen von relevanten Angaben verstanden werden. Darüber hinaus ist es auch möglich, dass die Aufenthaltsberechtigung auf-

grund der nationalen Sicherheit oder aus öffentlichem Interesse erteilt wird, wobei sich weder aus der Literatur noch aus der Judikatur ermitteln lässt, was darunter zu verstehen ist.

Ein wesentlicher Unterschied besteht in der Ausprägung der Verfahrensbestimmungen. Die „befristete Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit mit den öffentlichen Behörden, der nationalen Sicherheit oder aus öffentlichem Interesse“ wird nur für ein Jahr erteilt und entspricht im Wesentlichen dem für „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen“ festgelegten Verfahren.

Die „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit gegen organisierte Netzwerke“ hingegen ist sowohl verfahrensrechtlich als auch betreffend das Schutzregime vollkommen anders ausgestaltet. Sie entspricht im Wesentlichen den bereits dargestellten Aufenthaltsberechtigungen für Menschenhandelsopfer und Opfer für ausländische Frauen. Die fast idente Ausgestaltung lässt sich dadurch erklären, dass die „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit gegen organisierte Netzwerke“ unter anderem der Umsetzung von Art 13 Abs 4 SanktionsRL dient. So können auch Opfer oder anderweitig Geschädigte der Straftat „Arbeitsausbeutung“ diese beantragen. Im Gegensatz zur Aufenthaltsberechtigung, die Menschenhandelsopfer erteilt werden kann, ist bei der hier besprochenen die „Zusammenarbeit“ eine wesentliche Tatbestandsvoraussetzung. Wie bereits dargelegt, ist auch bei dieser Aufenthaltsberechtigung nicht endgültig geklärt, was unter dem Begriff „Zusammenarbeit“ zu verstehen ist. Die rechtlich geregelte Verwaltungsstrafbefreiung und die mögliche Erteilung einer „vorläufigen Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis“ sowie die fünfjährige Gültigkeitsdauer zeigen, dass es sich um eine leistungsfähige Regelung handelt, die einen rechtlichen Anreiz für die Opfer, Zeug*innen oder anderweitig Geschädigte in der Verfolgung der Täter*innen schafft.

Genau wie in dem Zwischenergebnis hinsichtlich des Regularisierungszwecks „Erwerbstätigkeit und Ausbildung“ ist auf einen weiteren Befund der Untersuchung einzugehen. Sowohl in Deutschland als auch in Österreich findet sich keine Regularisierung, die unter den Regularisierungszweck „sonstige staatliche Interessen“ fällt. Im Hinblick auf die österreichische Rechtslage lässt sich dies wiederum aus der grundsätzlich restriktiven und zurückhaltenden Einstellung gegenüber Regularisierungen erklären. In Bezug auf die deutsche Rechtslage ist aber wohl davon auszugehen,

dass aus kontextueller Sicht kein Bedarf für Regularisierungen besteht, die der Wahrung sonstiger staatlicher Interessen dienen.

Abschließend wurde in Kapitel 5 gezeigt, dass in jedem der drei analysierten Mitgliedstaaten ein ausdifferenziertes System an Regularisierungen existiert. Im Hinblick auf die Einteilung der Regularisierungszwecke zeigt sich deutlich, dass die Mitgliedstaaten einerseits aufgrund höherrangiger rechtlicher Bestimmungen irregulär aufhältigen Migrant*innen ein Aufenthaltsrecht gewähren. Hierbei ist zu unterscheiden. Teilweise ist die Erteilung eines Aufenthaltsrechts zwingend notwendig, um diese zu erfüllen. Teilweise gehen die Mitgliedstaaten aber auch über diese völker- und europarechtlichen Bestimmungen hinaus und gewähren irregulär aufhältigen Migrant*innen Aufenthaltsrechte, obwohl sie hierzu nicht verpflichtet sind. Grob gesprochen ist festzuhalten, dass eine völker- und europarechtliche Durchdringung der nationalen Aufenthaltstitel in großem Maße gegeben ist. Andererseits nehmen Regularisierungen auf unterschiedliche innerstaatliche Kontexte Bezug und Aufenthaltsrechte werden sodann aufgrund dieser erteilt. Die Kategorisierung bildet ein gutes Fundament für die noch näher vorzustellende RegularisierungsRL, da sowohl die völker- und europarechtliche Durchdringung der Regularisierungen als auch die Bezugnahme auf kontextuelle Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten gezeigt wurde.

Die Aufschlüsselung aller Regularisierungen in den drei analysierten Mitgliedstaaten hat weiters gezeigt, wie ausdifferenziert jedes einzelne Regularisierungssystem ist. Österreich steht hier sicherlich am unteren Ende, da im Gegensatz zum deutschen und spanischen Recht quantitativ weniger Regularisierungen bestehen und diese – nach der hier getroffenen Annahme – deshalb in der Praxis auch nicht so wirksam sind bzw sein sollen. Aus der Perspektive irregulär aufhältiger Migrant*innen kommt erschwerend hinzu, dass diese über keinen Zugang zu Sozialleistungen oder Gesundheitsversorgung während der Irregularität verfügen und die meisten Regularisierungen sehr schwierig zu erfüllende Erteilungsvoraussetzungen normieren. Die wichtigste Regularisierung ist hier sicherlich der „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK“, wobei sowohl die Achtung des Privat- als auch des Familienlebens von Relevanz ist.

Das spanische Recht besticht durch eine Fülle an Regularisierungen. Zwei Punkte sind hierbei besonders hervorzuheben. Einerseits die soziale Verwurzelung, die mit am Abstand die wichtigste Regularisierung in quantitativer Hinsicht ist. Die Erteilungsvoraussetzungen bieten aus individualrechtlicher Perspektive einen pragmatischen und effektiven Weg aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität. Andererseits ist im spanischen

Recht jeweils eine Regularisierung für Menschenhandelsopfer bzw für Frauen, die Opfer von geschlechtsspezifischer Gewalt geworden sind, normiert. Die erste setzt die MenschenhandelsopferRL vorbildlich um und die zweite bietet für das Problem der Gewalt an ausländischen Frauen ein leistungsfähiges, aufenthaltsrechtliches Schutzregime. Die sehr ähnlich ausgestalteten befristeten Aufenthaltsberechtigungen und Arbeitserlaubnisse weisen ein besonders ausgeklügeltes Verfahren auf, das sich sehr stark an den Bedürfnissen der Opfer orientiert. Dieses ist in mehrere „Phasen“ gegliedert, die die Identifikation der Opfer und gleichsam die Erteilung einer „vorläufigen Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis“ ermöglicht sowie unter Umständen eine Verwaltungsstrafbefreiung vorsieht.

Das deutsche Recht ist ebenso ausdifferenziert wie das spanische und weist zahlreiche Regularisierungen auf. Hervorzuheben sind die „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration“ und die „Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende“, die sich beide aus Art 8 EMRK ableiten lassen und Geduldeten erteilt werden können. Die deutsche Gesetzgebung hat derart erstmals eine alters- und stichtagsunabhängige Aufenthaltsperspektive für diese Zielgruppe eingeführt, was aufgrund der andauernden Problematik der „Kettenduldungen“ eine zweckmäßige Herangehensweise ist.

F. Eine Regularisierungsrichtlinie der EU (Kapitel 6)

In Kapitel 6 wurde eine RegularisierungsRL der EU vorgeschlagen, obwohl ein derartiger Unionsakt derzeit realpolitisch unrealistisch erscheint. Trotz der politischen Gegebenheiten halte ich es für sinnvoll, einen leistungsfähigen Rechtsakt, der die derzeitige Einwanderungspolitik der EU ergänzen würde, näher zu beschreiben.

Zum Anfang dieses Kapitels hat sich die Frage aufgedrängt, ob die in Kapitel 3 analysierten unionsverfassungsrechtlichen Aufträge und die primärrechtlichen Kompetenzbestimmungen nicht (implizit) sogar eine komplementäre Neuausrichtung der EU-Einwanderungspolitik in Bezug auf irreguläre Einwanderung verlangen. Im Speziellen beziehe ich mich hierbei auf den irregulären Aufenthalt. Das Streben der EU nach einer höheren Wirksamkeit von Rückführungen steht im Einklang mit dem AEUV, doch ist gleichzeitig anzuerkennen, dass die bisher getätigten Maßnahmen die Anzahl irregulär aufhältiger Migrant*innen nicht signifikant verringern bzw nur beschränkt wirksam sein konnten. Die mangelhafte Rechtsdurchsetzung von Rückführungen zeigt den Handlungsbedarf der EU im

„Kampf“ gegen irreguläre Einwanderung. Regularisierungen beenden genau wie Rückführungen den irregulären Aufenthalt von Migrant*innen. Der unionsverfassungsrechtliche Auftrag der „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung würde durch den Einsatz dieser Maßnahme erfüllt werden.

Da die EU bis dato auf Regularisierungen als aufenthaltsrechtliches Steuerungsinstrument verzichtet hat, scheint mir die Einführung eines Regularisierungs-Rechtsrahmens in Form einer RL das fehlende Bindeglied in der gemeinsamen Einwanderungspolitik zu sein. Folglich wird die „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung im Einklang mit dem Primärrecht und im Sinne von *Bast* als „Einwanderung von innen“ verstanden. Ich sehe darin eine Chance für die EU, irreguläre Einwanderung wirksamer zu „bekämpfen“, wobei Regularisierungen hierfür das zentrale Korrektiv darstellen.

Meine Grundkonzeption einer RegularisierungsRL geht von einem ganzheitlichen Ansatz aus, der alle irregulär aufhältigen Migrant*innen adressiert und die im Rechtsvergleich ausgemachten Materien in einer einzigen RL zusammenfasst. Derart kann die RückführungsRL bestmöglich ergänzt und der bis dato verfolgte fragmentarische Ansatz der EU und der Mitgliedstaaten harmonisiert werden. Materiell sollten alle Regularisierungen, die unter einen der sechs Regularisierungszwecke fallen, erfasst werden. Anders gesagt, es werden all jene Maßnahmen berücksichtigt, die als Regularisierung im Sinne der vorliegenden Arbeit zu verstehen sind.

In einer eigenständigen RegularisierungsRL könnten unterschiedliche Erteilungsvoraussetzungen festgelegt werden, die die derzeitige Praxis der Mitgliedstaaten, wie im Rechtsvergleich dargestellt, widerspiegeln. Der als Ergänzung der RückführungsRL gedachte Rechtsakt sollte klar von dieser abgegrenzt werden, da die inhaltliche Ausrichtung in der „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung zwar dieselbe ist, aber vollkommen andere Regelungsinhalte hat. Um die zersplitterte Rechtslandschaft von Regularisierungen angemessen zu adressieren, schlage ich ein zweistufiges Modell vor.

Zweckmäßig wäre es, in einer ersten Harmonisierungsphase die völker- und europarechtlichen Mindeststandards auf der Grundlage des von mir vorgenommenen Rechtsvergleichs zu erfassen und zu definieren. Im Einzelnen sind das Art 3 und 8 EMRK auf völkerrechtlicher Ebene. Auf europarechtlicher Ebene sind die RückführungsRL, die MenschenhandelsopferRL und die SanktionsRL sowie die GRC zu berücksichtigen. Hierbei muss gleichfalls die relevante EuGH- und EGMR-Rspr miteinbezogen werden.

Dies bedeutet, dass im Hinblick auf die erste Phase Mindesterteilungsvoraussetzungen für all jene Regularisierungen festgelegt werden sollten, die von völker- oder europarechtlichen Bestimmungen abgeleitet werden und daher unter die Regularisierungszwecke 1 bis 4 fallen. Ein Rechtsanspruch auf Regularisierung sollte für all jene Fälle festgelegt werden, in denen – im Einklang mit der vorliegenden Arbeit – eine Regularisierungspflicht besteht. Eine solche lässt sich unter anderem aus Art 3 und 8 EMRK bzw der RückführungsRL ableiten. Durch diesen Harmonisierungsschritt könnte die EU irreguläre Einwanderung wirksamer „bekämpfen“ und zur Reduzierung der Anzahl irregulär aufhältiger Migrant*innen beitragen. Als Vorlage für die klar festzulegenden Mindesterteilungsvoraussetzungen sollten die höherrangigen Normen selbst dienen, um die derzeit bestehende mitgliedstaatliche Praxis, die oftmals über die höherrangigen Verpflichtungen hinausgeht, nicht zu schwächen.

In einer zweiten Phase könnten sodann Mindeststandards betreffend die autonom-nationalen Regularisierungen eingeführt werden, die in den Regularisierungszwecken 5 und 6 kategorisiert wurden. Den Mitgliedstaaten müsste genügend Spielraum eingeräumt werden, um wie derzeit auf die jeweiligen geographischen, ökonomischen und politischen Besonderheiten Rücksicht nehmen zu können, die den Erlass der bereits bestehenden autonom-nationalen Regularisierungen bedingt haben. Folglich sollten keine speziellen Mindesterteilungsvoraussetzungen festgelegt werden, damit die Mitgliedstaaten wie bisher gem Art 6 Abs 4 RückführungsRL auf kontextuelle Gegebenheiten mittels Regularisierungen reagieren können. Die Regelung von verfahrensrechtlichen Aspekten wäre aber auch im Hinblick auf diese Art von Regularisierungen zielführend. Die Priorität sollte aber auf die erste Harmonisierungsphase gelegt werden und erst, wenn diesbezüglich eine Einigung erzielt werden konnte, die zweite – sozusagen zeitlich gestaffelt – in Angriff genommen werden.

Die materiellen und formellen Voraussetzungen müssen klar formuliert sein und dürfen den zuständigen Behörden keinen zu großen Ermessensspielraum einräumen, da ansonsten keine Rechtssicherheit gegeben ist. Dies wurde im Rahmen des Rechtsvergleichs bei einigen Regularisierungen festgestellt. Bei der spanischen „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitslaubnis aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit gegen organisierte Netzwerke“ ist etwa nicht geklärt, wie der Begriff „Zusammenarbeit“ auszulegen ist.

Ein im Rahmen einer RegularisierungsRL erlangtes Aufenthaltsrecht muss jedenfalls einen rechtmäßigen Aufenthalt begründen. Ein wesentlicher Punkt im Hinblick auf das gewährte Aufenthaltsrecht ist, dass den ir-

regulär aufhältigen Migrant*innen die Verlängerung des Aufenthaltsrechts oder der Umstieg ins „ordentliche“ Aufenthaltsregime ermöglicht wird.

Mein Harmonisierungsvorschlag müsste so ausgestaltet sein, dass er sich kohärent in das derzeitige Einwanderungs- und Aufenthaltsregime der EU bzw der Mitgliedstaaten einfügt. Deshalb scheint mir eine eigenständige RegularisierungsRL die beste Lösung zu sein, um einerseits einen Ausgleich zwischen den Interessen der EU und der Mitgliedstaaten sowie denen von irregulär aufhältigen Migrant*innen zu finden und andererseits klare Rahmenbedingungen zu schaffen.

Im Sinne des komplementären Konzepts der „Einwanderung von innen“ scheint die Einführung einer RegularisierungsRL somit das fehlende Bindeglied in der gemeinsamen Einwanderungspolitik zu sein. Versteht man „Bekämpfung“ irregulärer Einwanderung im Einklang mit dem Primärrecht und im Sinne von *Bast* als „Einwanderung von innen“, ergibt sich für die EU die Chance, irreguläre Einwanderung wirksamer zu „bekämpfen“. Anhand von Regularisierungen könnte die EU somit das Vollzugsdefizit von Rückführungen verringern und eine „aktive Migrationspolitik betreiben“, die „Einfluss auf die Rechtswirklichkeit“ ausübt. Derart würden sowohl die Grundrechtspositionen irregulär aufhältiger Migrant*innen als auch die Steuerungsinteressen der Mitgliedstaaten eine Stärkung erfahren und im Sinne eines Ausgleichs befriedigt werden.

