Teil 2 – Deutschland, Österreich und Spanien im Rechtsvergleich

Nachdem in Teil 1 die aufenthaltsrechtliche Irregularität und Regularisierungen konzeptionell beleuchtet und die Handlungsspielräume der EU skizziert wurden, widmet sich Teil 2 der Arbeit einer rechtsvergleichenden Untersuchung von Regularisierungen. In diesem Teil werde ich zeigen, dass Regularisierungen auf nationalstaatlicher Ebene weit verbreitet sind. Hierfür wurden Deutschland, Österreich und Spanien ausgewählt.[840] Der Rechtsvergleich wird anhand der kontextuellen Methode durchgeführt.[841]

Wie bei jedem Rechtsvergleich besteht die Gefahr, dass die „heimische" Rechtsordnung zu sehr durchschlägt.[842] In concreto handelt es sich hierbei um die österreichische. Dies wird durch die Verwendung eigenständiger Rechtsbegriffe und die Rückkopplung des während der Forschungsaufenthalte erworbenen Wissens bestmöglich vermieden. Dadurch kann ich als Rechtsvergleicher eine Position von außen einnehmen und die ausgewählten Rechtsordnungen mit ausreichend Distanz beleuchten.[843]

Auf eine „Besonderheit" des spanischen Rechts ist ausdrücklich hinzuweisen. Im deutschen und österreichischen Recht werden Paragraphen die nacheinander folgen als §§ 46, 46a und 46b FPG bezeichnet. Im spanischen Recht wird statt dem Zusatz „a", der Zusatz „bis" bzw statt „b" der Zusatz „ter" verwendet: Art 2, 2bis und 2ter LODYLE.

840 Siehe zur Auswahl der drei Mitgliedstaaten Einleitung D.I.3.
841 Siehe Einleitung D.I.
842 Siehe Einleitung D.I.
843 Siehe Einleitung D.I.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 4 – Der erforderliche Kontext für den integrierten Rechtsvergleich

Im vorliegenden Kapitel wird der Kontext, der für die Durchführung des integrierten Rechtsvergleichs notwendig ist, in den drei ausgewählten Mitgliedstaaten einzeln analysiert und aufbereitet: Deutschland (A.), Österreich (B.) und Spanien (C.). Im integrierten Rechtsvergleich werden Regularisierungen nicht klassisch nach Länderberichten beschrieben, sondern integriert anhand von Regularisierungszwecken verglichen und bewertet. Folglich kann ich im rechtsvergleichenden Kapitel 5 auf das hier geschaffene Grundgerüst zurückgreifen und derart unnötige Wiederholungen vermeiden. Um sich einen Überblick zu verschaffen, der als Einführung in die drei Rechtsordnungen gedacht ist, werden folgende Themenbereiche behandelt.

Zunächst wird jeweils die historische Entwicklung des Ausländer- bzw Fremdenrechts ausgeführt, wobei nur auf die gröbsten historischen Entwicklungen ab 1945 eingegangen wird, da die vor 1945 stattgefundenen Entwicklungen für das heute geltende Recht kaum eine Rolle spielen. Ganz im Sinne der vorliegenden Arbeit wird dabei der Fokus auf den Umgang mit irregulär aufhältigen Ausländer*innen bzw Fremden und Regularisierungen gelegt.

Weiters wird der rechtliche Status von Ausländer*innen bzw Fremden dargestellt. Im Hinblick darauf wird unter anderem der Arbeitsmarktzugang von Ausländer*innen thematisiert.[844] Hierunter kann grundsätzlich jegliche, dh selbständige oder unselbständige, Erwerbstätigkeit verstanden werden. Vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Darstellung unselbständiger Beschäftigung, da diese für Personen ohne Aufenthaltsrecht von wesentlich größerer Relevanz ist. Handelt es sich dabei doch um eine zentrale Forderung dieser Personengruppe, dass ihnen mit einem Aufenthaltsrecht der Zugang zur Erwerbsarbeit ermöglicht wird.[845] Es ist an dieser

844 Vgl *Camas Roda*, Trabajo decente e inmigrantes en España: Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente (2016) 13ff zur Verflechtung von Migration und Erwerbstätigkeit.

845 Vgl *Varela Huerta*, Soziologie der Migrationskämpfe: Die Transformation der Bewegung der „Papierlosen" in Barcelona in eine MigrantInnenbewegung in

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stelle zu erwähnen, dass der Begriff „undokumentiert beschäftigt" anstelle von „Schwarzarbeit" gebraucht wird, wenn eine Person ohne die erforderliche Arbeitserlaubnis innezuhaben einer unselbstständigen Beschäftigung nachgeht. Dies ist unabhängig von der Frage zu beurteilen, ob die betreffende Person zur Sozialversicherung angemeldet wird.[846] Darüber hinaus wird im Zusammenhang mit dem rechtlichen Status von Ausländer*innen bzw Fremden der Zugang zur Gesundheitsversorgung sowie zu Sozialleistungen skizziert.[847] Unter Gesundheitsversorgung wird die Einbeziehung in die (gesetzliche) Krankenversicherung verstanden. Sozialleistungen sind all jene Leistungen, die oftmals als „Sozialhilfe" umschrieben werden. Auf ein näheres Eingehen spezieller Ausgleichs- bzw Förderleistungen für bestimmte Personengruppen – wie „Kindergeld" nach der deutschen bzw „Familienbeihilfe" nach der österreichischen Diktion – oder jegliche Art von Integrationsleistungen wird verzichtet. Es werden vor allem die Leistungen beschrieben, die der Lebenssicherung dienen.

Darüber hinaus wird die geltende Rechtslage in Bezug auf die einschlägigen Regularisierungen überblickshaft skizziert. Eine detaillierte Darstellung der einzelnen Regularisierungen findet anschließend im rechtsvergleichenden Kapitel 5 statt.

Abschließend werden jeweils die Kompetenzen und zuständigen Behörden in Bezug auf das Ausländer- bzw Fremdenrecht sowie der Rechtsschutz dargestellt. Es ist wichtig, den Rechtsschutz, der Betroffenen offensteht, in Grundzügen darzustellen, da es sich um einen grundrechtsintensiven Bereich handelt. Hierbei wird die Darstellung der Rechtsschutzmöglichkeiten auf Rechtsmittel gegen abweisende Entscheidungen über (Duldungen bzw) Aufenthaltstitel der jeweils zuständigen Verwaltungsbehörden beschränkt. Durch diese Darstellung führe ich die in der vorliegenden Arbeit eingenommene Perspektive irregulär aufhältiger Migrant*innen fort.[848]

Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Hrsg), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere (2012) 159 (160f, 165) und siehe Einleitung D.II.

846 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 452.

847 Vgl *Camas Roda*, Trabajo decente 130ff zum besonderen Schutzbedürfnis von Migrant*innen.

848 Siehe Einleitung D.II.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

A. Deutschland

Die Bundesrepublik Deutschland ist ein „demokratischer und sozialer Bundesstaat" gem Art 20 Abs 1 GG und besteht aus 16 Bundesländern. Sie kann jedenfalls als ein Einwanderungsland bezeichnet werden.[849] Dem deutschen Statistischen Bundesamt zufolge waren mit Stichtag 31.12.2017 rund 9.4 der 82.8 Millionen großen Bevölkerung Ausländer*innen, was in etwa 11,3 % entspricht.[850]

I. Historische Entwicklung des Aufenthaltsrechts

In Deutschland hat das Migrationsrecht typischerweise den Namen Ausländerrecht getragen,[851] wird aber zunehmend, so auch in der vorliegenden Arbeit, als Aufenthaltsrecht bezeichnet.[852] Die Entwicklung dieses Rechtsgebiets wurde maßgeblich durch die andauernde hitzige Diskussion zu den Themen Flucht, Migration, und alles was damit verbunden wird, beeinflusst.[853] Davon abzugrenzen ist das Asylrecht, das im dtAsylG geregelt ist.

---

849 Vgl nur *Unabhängige Kommission „Zuwanderung"*, Zuwanderung gestalten – Integration fördern, Bericht v 2001, http://www.jugendsozialarbeit.de/media/raw/Zuwanderungsbericht_pdf.pdf (10.10.2018) 1; *Bast*, DÖV 2013, 221; *Kießling*, Fremdenpolizeirecht im Rechtsstaat (?) – Zu Herkunft und Zukunft des Ausweisungsrechts, ZAR 2016, 45 (52); *Farahat* in *Baer/Lepsius/Schönberger/Waldhoff/Walter* spricht einprägsam von der „superdiversen Einwanderungsgesellschaft".

850 Vgl *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit 2017: Ausländische Bevölkerung – Ergebnisse des Ausländerzentralregisters, Statistik v 2018, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/MigrationIntegration/AuslaendBevoelkerung2010200177004.pdf?__blob=publicationFile (10.10.2018) 18.

851 Siehe nur *Bergmann/Dienelt* (Hrsg), Kommentar Ausländerrecht[12] (2018). Früher wurde es – ähnlich wie heute noch in Österreich (siehe Kapitel 4.B.I.) – als Fremdenrecht bezeichnet; vgl *Doehring*, Neuregelungen des deutschen Fremdenrechts durch das „Ausländergesetz" von 1965, ZaöRV 1965, 478.

852 Grundlegend *Bast*, Aufenthaltsrecht sowie *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht (2017) Rn 1.

853 Siehe allgemein *Herbert*, Ausländerpolitik 9ff oder 299ff und zur „Flüchtlingsdebatte" *Becker*, Die Flüchtlingsdebatte in den Medien Deutschlands – Eine korpus- und diskurslinguistische Untersuchung der Konzeptualisierung von Angst, Sprachreport 2016/2, 1; *Hemmelmann/Wegner*, Flüchtlingsdebatte im Spiegel von Medien und Parteien, Communicatio Socialis 2016/1, 21.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Aufenthaltsrecht ist ein Teil des besonderen Polizeirechts,[854] wird nunmehr aber immer öfter als eigenständiges Gebiet des besonderen Verwaltungsrechts behandelt.[855] Die Legaldefinition „Ausländer" findet sich im AufenthG wieder, der wichtigsten Rechtsquelle des deutschen Aufenthaltsrechts,[856] und umfasst alle Personen, die nicht Deutsche im Sinne des Art 116 Abs 1 GG sind.[857]

Historisch bedeutsam ist die NS-Ausländerpolizeiverordnung, die – vergleichbar mit Österreich[858] – Grundlage für das AuslG 1965 war und erst durch dieses außer Kraft gesetzt wurde.[859] Nach der NS-Ausländerpolizeiverordnung hatten Ausländer*innen keinen Anspruch auf Aufenthalt, vielmehr ging die Verordnung von der freiwilligen Gewährung von Gastfreundschaft aus, derer sich die Ausländer*innen würdig erweisen mussten.[860] Die Erlaubnis zum Aufenthalt wurde von den Behörden nach Ermessen erteilt.[861] Interessanterweise war bereits damals für die Arbeitsaufnahme eine gesonderte Erlaubnis erforderlich.[862] Darüber hinaus waren die Behörden nicht nur ermächtigt, sondern dazu verpflichtet, in jedem Fall die Ausreiseverpflichtung mittels Zwang durchzusetzen.[863]

In den 1950iger Jahren bestand der Großteil der Zuwander*innen nach Deutschland aus Vertriebenen und Flüchtlingen basierend auf den Ereignissen während des Zweiten Weltkrieges und nach diesem.[864] Bis 1959/1960 waren äußerst wenige der in Deutschland lebenden Ausländer*innen beschäftigt. Durch das enorme Wirtschaftswachstum in diesen Jahren wurden politische Überlegungen in Richtung einer Anwerbung von Gastarbeiter*innen angestellt.[865] Ausländische Arbeiter*innen sollten vorübergehende Engpässe am deutschen Arbeitsmarkt ausgleichen. Mit dem deutsch-italienischen Anwerbeabkommen aus dem Jahre 1955 wurde

854 Vgl *Hailbronner*, Ausländerrecht Rn 25.
855 Vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 1 mwN.
856 Vgl nur *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 1.
857 § 2 Abs 1 AufenthG; vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 9ff für weitere Begriffsbestimmungen des AufenthG.
858 Siehe unten Kapitel 4.B.I.
859 § 55 Abs 2 AuslG 1965. Vgl *Doehring*, ZaöRV 1965.
860 § 1 NS-Ausländerpolizeiverordnung.
861 § 2 Abs 1 NS-Ausländerpolizeiverordnung.
862 § 2 Abs 2 NS-Ausländerpolizeiverordnung.
863 § 7 Abs 5 NS-Ausländerpolizeiverordnung.
864 Vgl *Herbert*, Ausländerpolitik 192-197.
865 Siehe nur *Oltmer/Kreienbrink/Sanz Díaz* (Hrsg), Das „Gastarbeiter"-System. Arbeitsmigration und ihre Folgen in der Bundesrepublik Deutschland und Westeuropa (2012).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in den Folgejahren ein Gastarbeiter*innenregime eingeführt. Kurz zuvor wurde die NS-Ausländerpolizeiverordnung und die reichsdeutsche Verordnung über ausländische Arbeitnehmer vom 23.1.1933[866] wiedereingeführt und so die NS-Ausländergesetzgebung im Großen und Ganzen weitergeführt.[867]

Bis 1967 wurden weitere Anwerbeabkommen abgeschlossen (Griechenland, Spanien, Türkei, Portugal und Jugoslawien), wodurch es zu einem starken Anstieg ausländischer Arbeitskräfte kam.[868] Die Konzeption der ausländischen Erwerbstätigen als „Reservearmee" trug maßgeblich zum Erlass des AuslG 1965 bei.[869] In diesem manifestierte sich der Gedanke, dass Gastarbeiter*innen grundsätzlich nur ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht von einem Jahr zukam, das an die jeweiligen Arbeitgeber*innen gebunden war. Wie bisher waren die zuständigen Behörden mit einem großen Ermessensspielraum bei jeglichen Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Aufenthalt ausgestattet.

Trotz der kurzen Rezession von 1967 stieg die Zahl der Gastarbeiter*innen weiter an und erreichte ihren Höhepunkt 1973, wobei türkische Staatsangehörige ab 1972 die größte Gruppe bildeten.[870] Die ersten negativen Auswirkungen des Gastarbeiter*innenregimes wurden in dieser Phase bereits leicht spürbar. Nach und nach wurde klar, dass die Gastarbeiter*innen – genau wie in Österreich – auf Dauer in Deutschland bleiben und außerdem ihre Familien nachholen würden. Eine Reaktion darauf war der Anwerbestopp 1973, wobei die Ölkrise 1973 als Anlass für dessen Erlass genommen wurde. Aus diesem Grund begannen sich die deutsche Politik und die öffentliche Debatte mit den langfristigen Folgen der nur als vorübergehend geplanten Zuwanderung auseinanderzusetzen. Ein Punkt war etwa, welche Kosten für die soziale Einbindung, Arbeitslose oder Sozialhilfe anfallen würden. Mit dem besagten Anwerbestopp sollte der Zustrom von ausländischen Gastarbeiter*innen aus Ländern, die nicht Teil der EG waren, gänzlich gekappt werden.

---

866 RGBl 1933 I 26.

867 Vgl *Kießling*, ZAR 2016, 46.

868 Vgl *Seifert*, Geschichte der Zuwanderung nach Deutschland nach 1950 v 31.5.2012, https://www.bpb.de/politik/grundfragen/deutsche-verhaeltnisse-eine-sozialkunde/138012/geschichte-der-zuwanderung-nach-deutschland-nach-1950?p=all (30.6.2019).

869 Vgl *Herbert*, Ausländerpolitik 211f.

870 Vgl *Luft*, Die Anwerbung türkischer Arbeitnehmer und ihre Folgen v 5.8.2014, https://www.bpb.de/internationales/europa/tuerkei/184981/gastarbeit (30.6.2019).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Jahre von 1973 bis 1990 waren durch eine intensive öffentliche und politische Debatte geprägt. Einerseits sollte jeglicher Zuzug von Einwander*innen vermieden werden, andererseits sollten die bereits in Deutschland lebenden Ausländer*innen bestmöglich „integriert" werden. Die „Nichtwahrnehmung einer faktischen Einwanderungssituation"[871] wurde in der Folge durch diverse Berichte und Leitlinien politisch festgeschrieben. Obwohl die „Integration" auch zumindest immer erwähnt wurde, beschränkte sich der Fokus der politischen Maßnahmen auf die Beschränkung des Zuzugs bzw auf die Förderung der Rückkehr der bereits in Deutschland lebenden Ausländer*innen.

Das AuslG 1965 wurde durch das AuslG 1990 abgelöst, das nach mehreren gescheiterten Gesetzesentwürfen schließlich angenommen wurde. Zwar war es nicht ganz so restriktiv wie die Entwürfe der Jahre zuvor, jedoch wurde die Tatsache, dass Deutschland zu einem Einwanderungsland geworden war, weiterhin negiert.

Genau wie im AuslG 1965 fand sich auch im AuslG 1990 keine umfassende Bestimmung oder Möglichkeit, die es Ausländer*innen ohne Aufenthaltsrecht ermöglicht hätte, ihren Aufenthalt zu regularisieren.[872] Die Ausländerpolitik stand bis dahin stets unter dem Zeichen, dass unrechtmäßig aufhältige Ausländer*innen keinesfalls mit einem Aufenthaltsrecht „belohnt" werden sollten. Dennoch gab es Regularisierungsmöglichkeiten, wie *Hailbronner* zutreffend ausführt. Diese haben in dieser Zeit – grob gesprochen – meist die Form eines „zweistufigen Verfahrens" angenommen.[873] Unrechtmäßig aufhältige Ausländer*innen mussten in einem ersten Schritt zunächst eine Duldung erlangen.[874] Erst wenn ein*e Ausländer*in geduldet war, konnte ihm*ihr in einem zweiten Schritt ein Aufenthaltsrecht gewährt und damit der Aufenthalt regularisiert werden. Dies zeigt die enge Verknüpfung der – damals und heute noch bestehenden – Regularisierungsmöglichkeiten mit der Duldung. Der Hauptweg aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität war demnach die Gewährung einer individuellen „Aufenthaltsbefugnis" gem § 30 AuslG 1990.[875] Die Ausländerbehörde hat hierbei über ein großes Ermessen verfügt.[876]

---

871 *Herbert*, Ausländerpolitik 245.
872 Vgl *Hailbronner* in *De Bruycker* 252.
873 In dem Sinne *Hailbronner* in *De Bruycker* 253f. So auch *Kraler*, Journal of Immigrant and Refugee Studies 2019, 102.
874 §§ 55f AuslG 1990; vgl *Hailbronner* in *De Bruycker* 264.
875 Vgl *Hailbronner* in *De Bruycker* 252.
876 Vgl *Hailbronner* in *De Bruycker* 264f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nach dem Erlass des AuslG 1990 wurde die Asylpolitik zu einem (politischen und öffentlichen) Brennpunkt der Debatte. Die erhöhten Asylantragszahlen, zunächst aus Osteuropa und anschließend aus dem ehemaligen Jugoslawien, führten ab Mitte der 1985iger zu Verschärfungen des Asylverfahrensrechts. Weiters wurde die Novellierung des Grundrechts auf Asyl heiß diskutiert, die schließlich im „Asylkompromiss" 1993 mündete.[877] Dadurch wurde allem voran das Asylrecht durch die Einführung der Konzepte des sicheren Herkunftsstaates bzw Drittstaates deutlich eingeschränkt. Mit dem Kompromiss konnten die Asylantragszahlen auf einen Schlag drastisch gesenkt werden, gleichzeitig war aber eine zentrale Frage nur aufgeschoben worden, und zwar ob Deutschland ein Einwanderungsgesetz brauchen würde.[878]

Im Zuge dessen stellte sich immer öfter die Frage, wie man mit abgelehnten Asylbewerber*innen umgehen sollte, die nicht abgeschoben werden konnten.[879] Regularisierungen wurden derart erstmals Teil der politischen Debatte. So wurde 1995 ein Gesetzesvorschlag eingebracht, der eine „Altfallregelung für seit langem in Deutschland lebende Asylsuchende" beinhaltete.[880] Dieser scheiterte genau wie weitere Gesetzesvorschläge, und folglich wurde keine einheitliche Regularisierungsmöglichkeit auf Gesetzesebene für abgelehnte Asylbewerber*innen geschaffen.[881] Grund hierfür war der durch Regularisierungen vermeintlich bewirkte „Pull-Faktor"[882] und die angeblich ablehnende öffentliche Meinung.[883] Es wurde aber eine andere politische Lösung gefunden. Unrechtmäßig aufhältige Ausländer*innen konnten sich neben dem schon dargestellten Weg der „Aufenthaltsbefugnis" gem § 30 AuslG 1990 teilweise auch durch eine „Aufenthaltsbefugnis" gem § 32 AuslG 1990 regularisieren: Die oberste Landesbehörde erlässt im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Inneres eine „Anordnung" auf der Grundlage dieser Bestimmung,[884] die es einer genau definierten Personengruppe erlaubt eine „Aufenthaltsbefugnis" zu erlangen. Diese „Anordnungen" haben quasi-legislativen Charakter im

877 Siehe nur die Beiträge in *Luft/Schimany* (Hrsg), 20 Jahre Asylkompromiss. Bilanz und Perspektiven (2014).
878 Vgl *Herbert*, Ausländerpolitik 320ff.
879 Vgl *Hailbronner* in *De Bruycker* 254.
880 BT-Drs 13/3877.
881 Vgl *Hailbronner* in *De Bruycker* 254f.
882 Siehe etwa BT-Drs 13/1189, 6.
883 Vgl *Hailbronner* in *De Bruycker* 254 und siehe auch 252.
884 Diese Entscheidung wird meist im Rahmen der IMK diskutiert; vgl *Hailbronner* in *De Bruycker* 269f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rang unterhalb von Rechtsverordnungen.[885] 1996 wurde etwa eine Härtefallregelung für ausländische Familien mit langjährigem Aufenthalt in Form einer „Anordnung" gem § 32 AuslG 1990 erlassen.[886] Insgesamt wurden von 1995 bis 2007 mehrere solcher „Anordnungen" erlassen, die jeweils unterschiedliche Erteilungsvoraussetzungen hatten und unterschiedliche Personengruppen erfassten.[887] Sie sind nach *Hailbronner* als Regularisierungs-Programme zu qualifizieren.[888]

All diese Diskussionen sind im „Zuwanderungskompromiss" und dem Erlass des Zuwanderungsgesetzes 2005 gemündet,[889] das von *Bast* als „Totalrevision des geltenden Migrationsrechts"[890] bezeichnet wird. Dieses enthält 15 Art in denen das AufenthG und FreizügG/EU sowie Änderungen einzelner Gesetze, wie bspw dem AsylbLG, zu finden sind. Das Kernstück und die wichtigste Rechtquelle des geltenden Aufenthaltsrechts ist das AufenthG.[891] Dieses hat einen Paradigmenwechsel eingeleitet, der sich im Zweiklang Einwanderungschance und Integrationserwartung ausdrückt.[892] Grundsätzlich regelt das AufenthG die Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländer*innen nach Deutschland.[893] Es normiert die Einreise, den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration.

Im Anschluss an den Erlass des AufenthG wurde die wohl bedeutendste „Anordnung" erlassen, die auf § 23 Abs 1 AufenthG, die Nachfolgebestimmung des § 32 AuslG 1990, gestützt wurde.[894] Durch den sogenannten

885 Vgl *Huber/Eichenhofer/de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 456 mwN.
886 Siehe zur Umsetzung BT-Drs 13/9936.
887 Für einen umfassenden und detaillierten Überblick siehe *Bundesministerium für Inneres*, Verwaltungsvorschriften des Innenministeriums zum Ausländerrecht (VwV-AuslR-IM) ABSCHNITT B II Eingeschränkt gültige Bleiberechtsregelungen (nur Verlängerungen) v 2.11.2010, https://im.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-im/intern/dateien/pdf/ABSCHNITT_B_II.pdf (30.6.2019) und *Hailbronner* in *De Bruycker* 256ff.
888 *Hailbronner* in *De Bruycker* 263f: „Regularisation decisions based upon Sec. 32 of the Aliens Law are not meant to provide for a general pattern of regularisation for clandestine immigrants but rather as an instrument to accommodate the special needs and interests of particular groups after a long residence in Germany".
889 Gesetz v 30.7.2004 (BGBl I 1950); vgl *Unabhängige Kommission „Zuwanderung"*, Bericht v 2001, 16 sowie *Huber*, Das Zuwanderungsgesetz, NVwZ 2005, 1.
890 *Bast*, DÖV 2013, 214.
891 Vgl *Huber/Eichenhofer/de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 1.
892 Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 218ff; aA *Hailbronner*, Ausländerrecht Rn 25, der vom „Dreiklang Steuerung, Begrenzung und Integration" spricht.
893 § 1 Abs 1 AufenthG; vgl *Hailbronner*, Ausländerrecht Rn 24.
894 Vgl *Huber/Eichenhofer/de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 455.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Bleiberechtsbeschluss“ vom 17.11.2006 der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder (IMK) wurden bundesweit abgestimmte, sozusagen harmonisierte, Mindestvoraussetzungen für eine Bleiberechtsregelung normiert.[895] Kontextuell bedeutsam ist, dass im Zuge dessen erstmals umfassende Altfallregelungen für langjährige Geduldete geschaffen wurden.[896] Diese Altfallregelungen, die mittlerweile in §§ 104a und 104b AufenthG normiert sind,[897] haben wiederum als Vorlage für die geltenden §§ 25a und 25b AufenthG gedient, die in Kapitel 5 näher dargestellt werden.[898]

Seither wurde das AufenthG zahlreiche Male novelliert.[899] Zu den wichtigsten Änderungsgesetzen zählt das Richtlinienumsetzungsgesetz 2007,[900] das Arbeitsmigrationssteuerungsgesetz 2008[901] und das zweite Richtlinienumsetzungsgesetz 2011.[902] Aufgrund der Folgen des „langen Sommers der Migration 2015“ wurden weitere Gesetze wie das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz 2015[903], das Bleiberechtsänderungsgesetz 2015[904] und das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht 2017[905] erlassen. Daneben ist das Arbeitsmigrationsgesetz 2017[906] zu nennen.

Das sogenannte „Migrationspaket“,[907] ein Bündel aus mehreren Gesetzesvorhaben, wurde erst nach Abschluss der vorliegenden Arbeit

895 Dieser ist abrufbar unter http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Bleiberecht_IMK_2006.pdf (30.6.2019).

896 Vgl hierzu BT-Drs 16/4503 und *Zentrum für Politik, Kultur und Forschung Berlin*, Expertise zur Umsetzung des IMK-Bleiberechtsbeschlusses vom 17. November 2006, Bericht v Jänner 2008, http://www.fluchtort-hamburg.de/fileadmin/pdf/EQUAL/080114_Expertise_IMK-Bleiberechtsbeschluss.pdf (15.11.2018).

897 Siehe auch Kapitel 4.A.III.4.

898 Siehe unten Kapitel 5.B.I.-II.

899 Vgl *Bast*, DÖV 2013, 215; *Hailbronner*, Ausländerrecht Rn 26-29.

900 Gesetz v 19.8.2007 (BGBl I 1970).

901 Gesetz v 20.12.2008 (BGBl I 2846).

902 Gesetz v 22.11.2011 (BGBl I 2258).

903 Gesetz v 20.10.2015 (BGBl I 1722). Vgl *Neundorf*, Neuerungen im Aufenthalts- und Asylrecht durch das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, NJW 2016, 5 und *Kluth*, Das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, ZAR 2015, 337.

904 Gesetz v 27.7.2015 (BGBl I 1386). Vgl *Beichel-Benedetti*, Die Neuregelung der Abschiebungshaft im Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, NJW 2015, 2541 oder *Huber*, Das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, NVwZ 2015, 1178.

905 Gesetz v 20.7.2017 (BGBl I 2780); vgl *Hörich/Tewocht*, Zum Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, NVwZ 2017, 1153.

906 Gesetz v 27.5.2017 (BGBl I 1106).

907 Vgl *Kluth*, Next Steps: Die Gesetze des Migrationspakets 2019 folgen jeweils eigenen Pfaden, NVwZ 2019, 1305 und die Beiträge in der Beilage zum Asylma-

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1.1.2019) im Juni 2019 vom Bundestag beschlossen[908] und großteils bereits vom Bundesrat gebilligt. Die für die vorliegende Arbeit relevanten Gesetze sind das Fachkräfteeinwanderungsgesetz,[909] das „Geordnete-Rückkehr-Gesetz",[910] das „Duldungsgesetz"[911] und das Dritte Gesetz zur Änderung des AsylbLG.[912] Diese werden an der jeweils einschlägigen Stelle mitbehandelt, da sie teils enorme Auswirkungen auf die geltende Rechtslage haben (werden). Das „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" ist am 21.8.2019 und das Dritte Gesetz zur Änderung des AsylbLG am 1.9.2019 in Kraft getreten. Das „Duldungsgesetz" tritt am 1.1.2020 in Kraft. Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz tritt mehrheitlich am 1.3.2020 in Kraft. *Kluth* hat herausgearbeitet, dass durch das Fachkräfteeinwanderungsgesetz und das „Duldungsgesetz" „das Interesse des Arbeitsmarkts an zusätzlichen Fachkräften unterstützt" wird und durch das „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" die „staatlichen Steuerungsinteressen im Bereich der Rückführung"[913] in den Vordergrund gestellt werden. Das Dritte Gesetz zur Änderung des AsylbLG passt die Leistungen entsprechend an.

Wie in Österreich ist es auch in Deutschland zu häufigen Reformen seit Erlass des AufenthG gekommen, was sich in einer immer komplexeren Rechtslage manifestiert und zu Recht kritisiert wird.[914]

---

gazin 8–9/2019, wie bspw *Informationsverbund Asyl und Migration*, Neuregelungen durch das Migrationspaket, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 2.

908 Siehe *Roßbach*, Bundestag beschließt Gesetzespaket zu Abschiebung und Migration, Süddeutsche Zeitung v 7.6.2019, https://www.sueddeutsche.de/politik/migration-bundestag-geordnete-rueckkehr-gesetz-1.4478900 (30.6.2019) und *Lau*, Ein kleines Ja und ein großes Nein, Zeit Online v 7.6.2019, https://www.zeit.de/politik/deutschland/2019-06/migrationspaket-grosse-koalition-abschiebung-zuwanderung (30.6.2019).

909 Gesetz v 15.8.2019 (BGBl I 1307); vgl BT-Drs 19/8285.

910 Gesetz v 15.8.2019 (BGBl I 1294); vgl BT-Drs 19/10047. Der offizielle Titel lautet „Zweites Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht".

911 Gesetz v 8.7.2019 (BGBl I 1021). Der offizielle Titel lautet „Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung".

912 Gesetz v 13.8.2019 (BGBl I 1290); vgl BT-Drs 19/10052.

913 *Kluth*, NVwZ 2019, 1306. Kritisch *Hruschka*, Ad-Hoc-Reparaturbetrieb statt kohärenter Rechtsrahmen: das „Geordnete-Rückkehr-Gesetz", Verfassungsblog v 21.5.2019, https://verfassungsblog.de/ad-hoc-reparaturbetrieb-statt-kohaerenter-rechtsrahmen-das-geordnete-rueckkehr-gesetz/ (30.6.2019).

914 Anstatt vieler das Vorwort in *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Rechtlicher Status von Ausländer*innen

Bevor die einschlägigen humanitären Aufenthaltserlaubnisse dargestellt werden, wird der rechtliche Status von Ausländer*innen im Aufenthaltsrecht beschrieben. Zunächst wird der un/erlaubte Aufenthalt beschrieben, anschließend der Zugang zu unselbstständiger Beschäftigung, zu Sozialleistungen und zur Gesundheitsversorgung.

1. Un/erlaubter Aufenthalt

Gem § 4 Abs 1 S 1 AufenthG benötigen Ausländer*innen für den erlaubten Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis.[915] Das AufenthG unterscheidet zwischen verschiedenen Aufenthaltstiteln.[916] Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit steht die „befristete Aufenthaltserlaubnis" im Mittelpunkt. Grundsätzlich steht der Aufenthalt unter „Erlaubnisvorbehalt".[917] Insofern eine Person keinen Aufenthaltstitel und kein anderweitiges Aufenthaltsrecht besitzt, hält sie sich also unerlaubt auf deutschem Hoheitsgebiet auf. Unter den unerlaubten Aufenthalt fällt auch der geduldete Aufenthalt,[918] da die „Systematik des AufenthG […] grundsätzlich keinen Raum für einen ungeregelten Aufenthalt"[919] zulässt. Diese Behauptung ist auch betreffend die in § 10 Abs 3 S 2 AufenthG normierte Titelerteilungssperre aufrecht zu halten, die sogleich näher behandelt wird.[920]

Daneben müssen Ausländer*innen grundsätzlich im Besitz eines anerkannten und gültigen Passes oder Passersatzes sein (Passpflicht).[921] Dazu zählt auch ein Ausweisersatz gem § 48 Abs 2 AufenthG, der einer Person erteilt werden kann, wenn sie einen Pass weder besitzt noch in zumutbarer Weise erlangen kann.[922]

---

915 Vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 37f. Ausnahmen bestehen etwa für Unionsbürger*innen oder assoziierte Drittstaatsangehörige.

916 § 4 Abs 1 AufenthG und siehe sogleich unten Kapitel 4.A.III.1.

917 Nr 4.1.0.1 AVV-AufenthG.

918 Siehe Kapitel 5.A.I.2.

919 *Masuch/Gordzielik* in *Huber* (Hrsg), Kommentar Aufenthaltsgesetz[2] (2016) § 60a AufenthG Rn 7 mwN.

920 Siehe sogleich unten Kapitel 4.A.III.2.c.

921 § 3 AufenthG und § 2ff Aufenthaltsverordnung v 25.11.2004 (BGBl I 2945), zuletzt geändert durch Verordnung v 1.8.2017 (BGBl I 3066); vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 28ff.

922 Vgl *Weichert/Stoppa* in *Huber* (Hrsg), Kommentar Aufenthaltsgesetz[2] (2016) § 48 AufenthG Rn 8a-14.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unerlaubt aufhältige Ausländer*innen trifft – im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage[923] – von Gesetzes wegen eine Ausreisepflicht,[924] wobei speziell festgelegt ist, in welchen Fällen eine Person keinen Aufenthaltstitel (mehr) besitzt. Ein solche Konstellation ist gegeben, wenn der Aufenthaltstitel erlischt,[925] widerrufen[926] oder der*die Betroffene ausgewiesen wird.[927] Davon ist die Frage abzugrenzen, ob die Ausreisepflicht durchgesetzt, mit anderen Worten vollstreckt, werden kann.[928]

Eine wichtige Fallkonstellation ist die Folgende: Stellt eine Person einen Antrag auf Erteilung oder Verlängerung einer (humanitären) Aufenthaltserlaubnis, und wird dieser von der zuständigen Ausländerbehörde abgelehnt, erlässt die Behörde gleichzeitig eine Abschiebungsandrohung.[929] Im Vergleich zur österreichischen Diktion wird die inhaltlich negative Entscheidung als Ablehnung und nicht als Abweisung bezeichnet.[930] Zu beachten ist außerdem, wie weiter unten noch ausgeführt wird,[931] dass Rechtsmittel gegen die ablehnende Entscheidung bzw die Abschiebungsandrohung grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben. Die Ausreisepflicht wird daher vollziehbar, sobald die gesetzliche Ausreisefrist verstrichen ist und insofern kein Eilrechtsschutz erhoben wurde.[932] Das AufenthG verpflichtet grundsätzlich zur unverzüglichen Ausreise, es sei denn es wurde eine Ausreisefrist gesetzt.[933] Letztere beträgt zwischen sieben und 30 Tagen.[934]

---

923 Im österreichischen Recht können Fremde zwar unrechtmäßig aufhältig sein, aber es ist in der Regel ein Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme vonnöten, um dem*der Fremden die Pflicht zur Ausreise aufzuerlegen; siehe Kapitel 4.B.II.1.

924 § 50 Abs 1 AufenthG; vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 1045-1049.

925 § 51 AufenthG. Vgl *Hörich*, Abschiebungen 78-80.

926 § 52 AufenthG.

927 § 53-56 AufenthG; vgl *Hörich*, Abschiebungen 80ff.

928 Siehe hierzu § 58 Abs 2 AufenthG; vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 7 Rn 287.

929 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 2 Rn 240.

930 Siehe auch unten Kapitel 4.B.II.1.

931 Siehe unten Kapitel 4.A.V.1.

932 § 58 Abs 2 AufenthG; vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 7 Rn 287.

933 § 50 Abs 2 AufenthG; vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 2 Rn 288.

934 § 59 Abs 1 S 1 AufenthG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Ausweisung nach § 53 AufenthG begründet die Ausreisepflicht für Ausländer*innen,[935] die bspw eine Gefahr für die Bundesrepublik Deutschland darstellen. Beim Erlass einer Ausweisung wird das öffentliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung gegenüber dem Bleibeinteresse des*der Betroffenen abgewogen.[936] Die Ausweisung lässt einen etwaigen Aufenthaltstitel erlöschen[937] und sie kann mittels behördlichen Zwangs durchgesetzt bzw vollstreckt werden (Abschiebung), wenn die Ausreisepflicht vollziehbar ist.[938]

Ist eine Person unrechtmäßig aufhältig und nicht geduldet, ist dies gem § 95 Abs 1 Z 2 AufenthG außerdem strafbar, wenn er*sie vollziehbar ausreisepflichtig ist.[939] Dieses strafbare Delikt ist dem Ausländerstrafrecht zugeordnet,[940] wobei die Strafdrohung in concreto bei einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr bzw einer Geldstrafe liegt. Auch die Verletzung der Passpflicht stellt nach dem deutschen AufenthG eine solche strafbare Handlung dar.[941] Dadurch unterscheidet sich die deutsche Qualifizierung der Tatbestände sowohl von der österreichischen als auch von der spanischen Rechtslage, wo es sich jeweils nur um einen Verwaltungsstraftatbestand handelt.[942]

2. Unselbstständige Beschäftigung

Grundsätzlich sind Ausländer*innen nur zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt, wenn sie im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis sind und

935 Siehe zum diesbezüglichen Diskussionsstand und der überzeugenden Meinung von *Hörich*, Abschiebungen 86f und 90, dass die Ausweisung als Rückkehrentscheidung im Sinne der RückführungsRL zu qualifizieren ist.

936 Vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 1087ff.

937 § 51 Abs 1 Z 5 AufenthG.

938 § 58 Abs 2 AufenthG.

939 Vgl *Hörich* in *Huber* (Hrsg), Kommentar Aufenthaltsgesetz[2] (2016) § 95 AufenthG Rn 29ff.

940 Vgl zum Ausländerstrafrecht in Deutschland *Hörich* in *Huber* Vorbemerkungen § 95 AufenthG Rn 1ff.

941 § 95 Abs 1 Z 1 AufenthG.

942 Kritisch *Hörich* in *Huber* Vorbemerkungen § 95 AufenthG Rn 11, der die Klassifizierung als Ordnungswidrigkeit, dh als verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestand, vorschlägt. Siehe zur österreichischen Rechtslage Kapitel 4.B.II.1. und zur spanischen Kapitel 4.C.II.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diese sie hierzu berechtigt.[943] Erwerbstätigkeit umfasst nach § 2 Abs 2 AufenthG sowohl eine selbstständige Tätigkeit als auch unselbstständige Beschäftigung.[944] Zuerst ist demnach zu prüfen, ob mit der erteilten Aufenthaltserlaubnis die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit eingeräumt wird.[945] Wird eine solche Berechtigung nicht eingeräumt, kann die zuständige Ausländerbehörde eine Beschäftigungserlaubnis erteilen, wobei in der Regel die Bundesagentur für Arbeit zu beteiligen ist.[946] Insofern eine Person im Besitze einer humanitären Aufenthaltserlaubnis ist, ist die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit im Verfahren zur Erteilung der besprochenen Berechtigung nicht erforderlich.[947] Dadurch entfällt die Vorrangprüfung,[948] die in der österreichischen Diktion als Arbeitsmarktprüfung bezeichnet wird.[949]

Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass unrechtmäßig aufhältige Ausländer*innen grundsätzlich nicht berechtigt sind, eine unselbstständige Beschäftigung auszuüben. Demnach ist auch geduldeten Personen die Beschäftigung grundsätzlich versagt.[950] Der Arbeitsmarktzugang von Geduldeten wird an anderer Stelle noch näher ausgeführt.[951]

Durch das Fachkräfteeinwanderungsgesetz kommt es ab 1.3.2020 zu einem „Paradigmenwechsel",[952] wonach ex lege mit jedem Aufenthaltstitel das Recht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit verbunden ist, insofern dies gesetzlich nicht ausdrücklich verboten ist.[953] Praktisch wird diese Umkehr von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu einer Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt aber wohl kaum Auswirkungen haben,[954] da jeder Aufenthaltstitel

943 § 4 Abs 2 und 3 AufenthG; vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 44f.
944 Zum Begriff der Beschäftigung siehe § 7 SGB IV.
945 Siehe für eine Aufzählung aller Aufenthaltserlaubnisse *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht für Zuwanderer[2] (2018) Rn 56.
946 Vgl *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 57-65.
947 § 31 BeschV.
948 Vgl nur *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 834 im Zusammenhang mit der Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 5 AufenthG.
949 Siehe Kapitel 4.B.II.2.
950 § 32 Abs 1 S 1 BeschV.
951 Siehe Kapitel 5.A.I.2.b.
952 *Klaus/Hammer*, Fachkräfteeinwanderungsgesetz (FEG): Signal mit Fragezeichen oder echter Quantensprung?, ZAR 2019, 137 (137). *Kluth*, NVwZ 2019, 1306 spricht von einer „strukturellen Neuausrichtung".
953 § 4 Abs 1 AufenthG idF Fachkräfteeinwanderungsgesetz.
954 In diesem Sinne *Klaus/Hammer*, ZAR 2019, 137 und *Kluth*, NVwZ 2019, 1306.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weiterhin erkennen lassen muss, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist und ob er Beschränkungen unterliegt.[955]

3. Sozialleistungen

In Deutschland ist zwischen dem Arbeitslosengeld II („Hartz IV"), der allgemeinen Sozialhilfe und der „Sonder-Sozialhilfe" zu unterscheiden.[956] Die sozialen Teilhabeansprüche sind in der Regel direkt an die erteilte Aufenthaltserlaubnis geknüpft.

Ausländer*innen haben denselben Anspruch wie Deutsche auf das sogenannte Arbeitslosengeld II gem SGB II, bei dem es sich um eine Grundsicherung für Arbeitssuchende, jedoch um keine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung handelt, wie der Name im ersten Moment nahelegt. Personen sind leistungsberechtigt, wenn sie erwerbsfähig, hilfsbedürftig und das 15te Lebensjahr vollendet haben.[957] Ausgenommen sind unter anderem Personen, die nach dem AsylbLG anspruchsberechtigt sind oder über kein Aufenthaltsrecht verfügen.[958] Folglich sind Ausländer*innen im Besitz einer humanitären Aufenthaltserlaubnis deshalb grundsätzlich leistungsberechtigt.[959] Nachrangig hierzu kommt auch ein Anspruch auf Sozialhilfe nach dem SGB XII in Betracht.[960] Welcher der beiden Sozialleistungsansprüche besteht ist aufgrund der komplizierten Regelung im Hinblick auf die jeweils erteilte humanitäre Aufenthaltserlaubnis und den einschlägigen Tatbestand zu ermitteln.[961]

Die Inhaber*innen bestimmter humanitärer Aufenthaltserlaubnisse erhalten bloß die – im Vergleich zum SGB II und SGB XII – niedrigeren

955 § 4 Abs 2 und 3 AufenthG idF Fachkräfteeinwanderungsgesetz.
956 Vgl *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung 128 und 133.
957 § 7 Abs 1 S 1 SGB II.
958 § 7 Abs 1 S 2 Z 2 und 3 SGB II. Siehe zu den allgemeinen Voraussetzungen und zu den Ausschlusstatbeständen für Ausländer*innen *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 87ff.
959 § 7 Abs 1 S 3 SGB II. Vgl *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 106.
960 § 23 SGB XII. Vgl *Groth* in *Rolfs/Giesen/Keikebohm/Udsching* (Hrsg), BeckOK Sozialrecht (50. Edition, 1.9.2018) § 23 SGB XII Rn 10 und *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 130-144.
961 Vgl *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 690ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Leistungen[962] nach dem AsylbLG.[963] Eine solche Ausnahme besteht bspw für Ausländer*innen mit einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 5 AufenthG.[964] Mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des AsylbLG, das am 1.9.2019 in Kraft getreten ist, wurden die Grundleistungen in § 3 AsylbLG neu strukturiert und in dem neu geschaffenen § 3a AsylbLG die Leistungssätze kodifiziert.[965]

Die SGB-Bücher sind auf vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer*innen nicht anwendbar, wodurch diese Personen von den dort normierten Sozialleistungsansprüchen ausgeschlossen sind. Ein Anspruch auf „Sonder-Sozialhilfe" kann sich jedoch nach dem AsylbLG ergeben, wenn gerade kein Anspruch nach dem SGB II oder nach dem SGB XII besteht.[966] Nach einem Leistungsbezug über einen Zeitraum von mindestens 15 Monaten[967] nach dem AsylbLG haben Ausländer*innen Anspruch auf Analogleistungen nach dem SGB XII, wenn sie die Dauer ihres Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben und sich ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufhalten.[968] „Analogleistungen" bedeutet, dass sich diese nach den Regelsätzen des SGB II richten.[969] Mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des AsylbLG wird die für Analogleistungen notwendige Voraufenthaltszeit von 15 auf 18 Monate verlängert.[970]

---

962 Zum Leistungsumfang siehe §§ 1a und 3 AsylbLG. Vgl *Schneider*, NZS-Jahresrevue 2017 – Asylbewerberleistungsgesetz, NZS 2018, 559 (560-563) und *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 146 und 150-159.

963 Der berechtigte Personenkreis ist in § 1 AsylbLG definiert; vgl *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 147.

964 Siehe im Detail Kapitel 5.C.II.

965 Vgl *Genge*, Das geänderte Asylbewerberleistungsgesetz, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 14 (15-18).

966 Vgl *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 145ff.

967 Dies ist der Zeitraum, den ein durchschnittliches, behördliches Asylverfahren in Deutschland benötigt; vgl BT-Drs 18/2592, 19 mwN.

968 § 2 Abs 1 AsylbLG; vgl *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 179ff; *Korff* in *Rolfs/Giesen/Keikebohm/Udsching* (Hrsg), BeckOK Sozialrecht (50. Edition, Stand 1.9.2018) § 2 AsylbLG Rn 1-17.

969 *Schneider*, NZS 2018, 563.

970 § 2 Abs 1 AsylbLG idF Dritte Gesetz zur Änderung des AsylbLG. Kritisch *Genge*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 18f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Gesundheitsversorgung

Ansprüche aus der gesetzlichen Krankenversicherung richten sich in Deutschland nach dem SGB V. Die Frage, wer versicherungspflichtig ist, richtet sich konkret nach § 5 SGB V. Beziehen Ausländer*innen Arbeitslosengeld II sind sie in der Regel pflichtversichert.[971] Der Bezug von Sozialhilfe, wie gerade ausgeführt wurde,[972] löst keine Pflichtversicherung aus. Personen ohne Aufenthaltsrecht können einen Anspruch auf Einbeziehung in die gesetzliche Krankenversicherung dadurch auslösen, dass sie beschäftigt sind und ein Einkommen beziehen.[973] Besitzen sie hierfür nicht die erforderliche Erlaubnis, sind sie undokumentiert beschäftigt.[974] Festzuhalten ist, dass unerlaubt aufhältige Ausländer*innen grundsätzlich über keinen gesetzlichen Krankenversicherungsanspruch verfügen.

Ausländer*innen, die Leistungen nach dem AsylbLG beziehen, sind nur über das AsylbLG abgesichert und ebenfalls nicht in die gesetzliche Krankenversicherung miteinbezogen. Im Vergleich zur gesetzlichen Krankenversicherung decken die Gesundheitsleistungen nach dem AsylbLG auch nur die Behandlung von akuten Erkrankungen und Schmerzzuständen ab.[975] Hierunter fallen auch Schwangerschaft und Geburt.[976] Bezieher*innen von Analogleistungen gem § 2 AsylbLG erhalten Leistungen aus der Krankenversicherung.[977]

III. Allgemeines zu den „humanitären Aufenthaltserlaubnissen“

Für die vorliegende Arbeit ist der fünfte Abschnitt des zweiten Kapitels des AufenthG maßgeblich, in dem sich die Bestimmungen über den Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen finden (§§ 22-26 AufenthG). Diese werden in der Folge als „humanitäre Aufenthaltserlaubnisse“ bezeichnet.[978] Sie wurden mit dem Erlass des AufenthG durch das Zuwanderungsgesetz 2005 eingeführt, wobei sich die Gesetzgebung an den Vorläuferbestimmungen im AuslG 1990 orientiert und die

971 § 5 Abs 1 Z 2a SGB V; vgl *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 102.
972 Siehe oben Kapitel 4.A.II.3.
973 § 5 Abs 1 Z 1 SGB V. Siehe auch § 7 Abs 4 SGB IV und §§ 98a-98c AufenthG
974 Siehe Kapitel 4.A.II.2.
975 § 4 Abs 1 AsylbLG. Vertiefend *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 160f.
976 In dem Sinne *Schneider*, NZS 2018, 564.
977 § 264 Abs 2 SGB V; vgl *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 190.
978 So auch *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 4438

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bestimmungen im AufenthG seither vielfach novelliert hat.[979] Die „Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung" gem § 18a AufenthG fällt als einzige Regularisierung in Deutschland nicht unter die Kategorie der „humanitären Aufenthaltserlaubnisse", weshalb sie aus Gründen der vereinfachten Darstellung an dieser Stelle nicht näher thematisiert wird.[980]

1. Überblick

Jeder Aufenthaltstitel ist nach dem AufenthG an einen bestimmten Aufenthaltszweck gebunden.[981] An der Zahl können fünf unterschieden werden,[982] wobei das AufenthG diese in über fünfzig einzelne Kategorien unterteilt. Folglich bezeichnet *Groß* den Detaillierungsgrad der Aufenthaltszwecke im AufenthG im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten als außergewöhnlich hoch.[983] Erstaunlich ist dabei aber, dass das AufenthG nur mehr drei „Grundformen"[984] von Aufenthaltstiteln, in concreto die „befristete Aufenthaltserlaubnis", die „unbefristete Niederlassungserlaubnis" und die „Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU", kennt.[985] Die „Blaue Karte EU", die „ICT-Karte" und die „Mobiler-ICT-Karte" werden hierbei nicht mitgezählt.[986] Im Vergleich dazu normiert die österreichische Rechtsordnung 25 Aufenthaltsberechtigungen.[987]

Aufenthaltstitel werden als „begünstigende Verwaltungsakte" qualifiziert.[988] „Ein Aufenthaltstitel ist [seit dem Erlass des AufenthG] eine kombi-

979 Vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 404 mit Verweis auf §§ 30-35 AuslG 1990.
980 Siehe Kapitel 5.E.III.
981 Vgl *Groß*, AöR 2014, 423.
982 Neben dem hier behandelten sind dies Ausbildung, Erwerbstätigkeit, familiäre Gründe und besondere Aufenthaltsrechte.
983 *Groß*, AöR 2014, 426; ähnlich kritisch *Bast*, DÖV 2013, 216 mwN und *Bergmann/Eichenhofer/Hörich/Janda/Nestler/Stamm/Tewocht/Vogt*, Einwanderungsgesetz: Hallescher Entwurf zur Neuordnung der Dogmatik des Aufenthaltsrechts (2019) 68-71.
984 So *Bast*, DÖV 2013, 216, der vor dem Inkrafttreten des Gesetzes v 29.8.2013 (BGBl I 3484) und der Einführung der „Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU" noch von zwei „Grundformen" gesprochen hat.
985 §§ 4 Abs 1, 7, 9 und 9a AufenthG.
986 §§ 19a, 19b und 19c AufenthG.
987 Siehe unten Kapitel 4.B.III.1.
988 Siehe Fn 473.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nierte Erlaubnis, die die Entscheidung über Einreise, Aufenthalt und den Zugang zum Arbeitsmarkt in einer einzigen Verwaltungsentscheidung bündelt, die die Ausländerbehörde trifft".[989]

Laut Statistischem Bundesamt verfügten Ende September 2017 etwa „59 000 Personen […] über eine Aufenthaltserlaubnis infolge von Bleiberechts- oder Aufnahmeregelungen (§§ 22, 23 Absatz 1, §§ 104a, 18a und 25a und 25b AufenthG), etwa 51 000 wegen langjährigen Aufenthalts und unzumutbarer Ausreise (§ 25 Absatz 5 AufenthG) und 23 000 Personen wegen dringender humanitärer oder persönlicher Gründe (§ 25 Absatz 4 AufenthG). Etwa 6 750 Personen verfügten über einen Aufenthaltstitel aufgrund einer individuellen Härtefallentscheidung nach § 23a AufenthG".[990]

2. Verwaltungsverfahren

Auf das Verwaltungsverfahren zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sind die allgemeinen verfahrensrechtlichen Regeln, in concreto das VwVfG, anwendbar.[991]

a. Antragstellung

Das AufenthG normiert grundsätzlich ein Antragserfordernis auf Erteilung und Verlängerung eines Aufenthaltstitels.[992] Sowohl die zuständige Ausländerbehörde als auch das VG im Rechtsmittelverfahren haben bei Antragstellung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis „einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach jeder in Betracht kommenden Vorschrift des AufenthG zu prüfen".[993] Stellt also ein*e Ausländer*in bspw einen Antrag auf eine „Aufenthaltserlaubnis bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten" gem § 25 Abs 3 AufenthG,[994] hat die zuständige Aus-

989 *Bast*, DÖV 2013, 216 mit Hinweis auf § 4 Abs 2 und 3 AufenthG.
990 BT-Drs 19/633, 2.
991 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 2 Rn 220.
992 § 81 Abs 1 AufenthG; vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 2 Rn 233-235 und *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 1384.
993 *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 1 mwN und vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 420.
994 Siehe Kapitel 5.A.II.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

länderbehörde gleichsam alle anderen in Frage kommenden (humanitären) Aufenthaltserlaubnisse nach dem AufenthG zu prüfen.

Die Befristung der humanitären Aufenthaltserlaubnisse variiert je nach Erteilungsgrund, wobei sie für längstens drei Jahre erteilt werden kann.[995] Ein näheres Eingehen auf diesen Punkt erfolgt daher im Hinblick auf die jeweils beschriebenen Regularisierungen in Kapitel 5.

Gem § 12 Abs 2 AufenthG kann jede Aufenthaltserlaubnis mit Bedingungen erteilt bzw nachträglich mit Auflagen – wie einer räumlichen Beschränkung – verbunden werden. Besonders zu beachten gilt hierbei der 2016 neu eingeführte § 12a Abs 1 AufenthG, der als lex specialis eine Wohnsitzregelung für Ausländer*innen normiert,[996] denen erstmalig eine humanitäre Aufenthaltserlaubnis gem §§ 22, 23 oder 25 Abs 3 AufenthG erteilt wird.[997]

In dem Zusammenhang ist auch auf § 11 Abs 4 S 2 AufenthG hinzuweisen, wenn eine humanitäre Aufenthaltserlaubnis – trotz Bestehens eines Einreise- oder Aufenthaltsverbots – beantragt wird.[998] Nach dieser Bestimmung ist ein Einreise- oder Aufenthaltsverbot aufzuheben, um „die Erteilung einer [humanitären] Aufenthaltserlaubnis zu ermöglichen".[999] Der Gesetzesentwurf nimmt speziell auf § 25 Abs 4a bis 5 sowie §§ 25a und 25b AufenthG Bezug.[1000]

b. Erteilungsvoraussetzungen und Versagungsgründe

Die Erteilung eines Aufenthaltstitels bedarf grundsätzlich des Vorliegens diverser allgemeiner Erteilungsvoraussetzungen.[1001] Diese müssen – wie nach dem deutschen Verwaltungsrecht üblich – im Zeitpunkt der behördlichen bzw verwaltungsgerichtlichen[1002] Entscheidung vorliegen. Grundsätzlich unterscheidet das AufenthG zwischen Regelerteilungsvoraussetzungen

995 § 26 AufenthG; vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 639.
996 Vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 662-682.
997 Siehe Kapitel 5.A.II.1.
998 Vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 441f.
999 Vgl BT-Drs 18/4097, 37.
1000 Siehe unten Kapitel 5.B.I.-II., Kapitel 5.C.II. sowie Kapitel 5.D.I.2.
1001 § 5 Abs 1 und 2 AufenthG.
1002 § 113 VwGO; vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 2 Rn 244 mwN und *Decker* in *Posser/Wolff*, BeckOK VwGO (47. Edition, 1.10.2018) § 113 VwGO Rn 21f. Für die relevanten Ausnahmen im aufenthaltsrechtlichen Verfahren siehe Rn 22.3-22.5.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und zwingenden Erteilungsvoraussetzungen.[1003] Zu den zwingenden Erteilungsvoraussetzungen zählt einerseits, dass man im Besitz des für die Einreise erforderlichen Visums ist und andererseits, dass die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumsantrag angeführt wurden. Von beiden kann bei Erteilung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis abgesehen werden,[1004] da die Ausreise zur Durchführung des Visumsverfahrens in der Regel unmöglich oder unzumutbar sein dürfte.[1005] In § 5 Abs 3 AufenthG wurde eine „Sonderregelung" für humanitäre Aufenthaltserlaubnisse geschaffen, da die Erteilung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis „typischerweise nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen des § 5 [AufenthG] abhängig gemacht werden"[1006] kann. Folglich soll Ausländer*innen, die die Voraussetzungen einer humanitären Aufenthaltserlaubnis erfüllen, „für die Dauer der humanitären Notlage die Möglichkeit eines legalen Aufenthaltsstatus"[1007] ermöglicht werden, da in der Mehrheit dieser Fälle der Aufenthalt ohnehin nicht beendet werden kann.

Die positiven Regelerteilungsvoraussetzungen gem § 5 Abs 1 AufenthG sind die Lebensunterhaltssicherung,[1008] die Identitätsklärung[1009] und die Passpflicht.[1010] Die negativen Regelerteilungsvoraussetzungen sind, dass kein Ausweisungsinteresse[1011] und keine Beeinträchtigung oder Gefährdung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland bestehen.[1012] Von diesen kann wiederum bei humanitären Aufenthaltserlaubnissen aufgrund der besagten „Sonderregelung" abgesehen werden.

Das AufenthG kennt weiters auch Gründe aufgrund derer die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis versagt werden kann. Ein solcher liegt vor, wenn

---

1003 Vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 422.

1004 § 5 Abs 3 S 2 AufenthG.

1005 So *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 435.

1006 Nr 5.3.0.1 AVV-AufenthG und BTS-Drs 15/420, 70. Vgl hierzu auch *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 86-92 und 423.

1007 Nr 5.3.0.1 AVV-AufenthG.

1008 Vertiefend *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 12ff und 65 sowie zur Ausnahme gem § 5 Abs 3 AufenthG Rn 427-429.

1009 Vertiefend *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 28ff und zur Ausnahme gem § 5 Abs 3 AufenthG Rn 430.

1010 Siehe bereits oben Kapitel 4.A.II.1. und vertiefend *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 75 und zur Ausnahme gem § 5 Abs 3 AufenthG Rn 435.

1011 Vertiefend *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 67-70 und zur Ausnahme gem § 5 Abs 3 AufenthG Rn 431.

1012 Vertiefend *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 71-74 und zur Ausnahme gem § 5 Abs 3 AufenthG Rn 431.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse im Sinne des § 54 Abs 1 Z 2 oder 4 AufenthG besteht.[1013] Dieser Versagungsgrund ist auch auf humanitäre Aufenthaltserlaubnisse anwendbar.[1014]

c. Titelerteilungssperre nach Asylverfahren

Spezielle Regelungen bestehen für die Titelerteilung nach einem durchlaufenen Asylverfahren. Dies zeigt – ähnlich wie in Österreich die amtswegige Prüfung von zwei „Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen" während des Asylverfahrens –,[1015] dass die humanitären Aufenthaltserlaubnisse eng mit dem Asylverfahren verwoben sind. Gem § 10 Abs 3 S 1 AufenthG darf Ausländer*innen, deren Asylantrag unanfechtbar abgelehnt wurde oder die ihren Antrag zurückgenommen haben, vor der Ausreise nur eine humanitäre Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.[1016] Eine Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aufgrund eines anderen Aufenthaltszwecks scheidet aufgrund dieser Bestimmung aus. Besonderes gilt weiters, wenn der Asylantrag eines*r Ausländers*in aus spezifisch normierten Gründen – wie Täuschung – als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde.[1017] Dieser Personengruppe darf vor der Ausreise grundsätzlich überhaupt kein Aufenthaltstitel erteilt werden (sogenannte Titelerteilungssperre). Hiervon darf nur in zwei Fällen abgewichen werden: Insofern die Voraussetzungen für die Erteilung einer „Aufenthaltserlaubnis bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten" gem § 25 Abs 3 AufenthG vorliegen[1018] oder ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels besteht.[1019] Darüber hinaus kann die „Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung" gem § 18a Abs 3 AufenthG auch – in Abweichung von der Titelerteilungssperre – erteilt werden.[1020] Die Titelertei-

1013 § 5 Abs 4 AufenthG.
1014 So *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 436f und Nr 5.4.2 AVV-AufenthG.
1015 Siehe Kapitel 4.B.III.2.b.
1016 § 10 Abs 3 S 1 AufenthG.
1017 § 10 Abs 3 S 2 AufenthG; vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 138.
1018 Siehe Kapitel 5.A.II.1.
1019 Vertiefend *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 139-141 und 439f mwN.
1020 § 18a Abs 3 AufenthG; vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 142.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lungssperre steht seit Langem in Kritik, da diese zu „Kettenduldungen trotz vorhandener Integrationsleistungen und unverschuldeter Ausreise- oder Abschiebungshindernisse“[1021] führt und Bedenken im Hinblick auf völker- und europarechtliche Vorgaben bestehen.[1022]

3. Verfestigung des Aufenthalts

§ 8 Abs 1 AufenthG normiert, dass Aufenthaltserlaubnisse grundsätzlich nach den gleichen Regeln, die für die Erteilung gelten, verlängert werden können. Speziell für humanitäre Aufenthaltserlaubnisse normiert § 26 Abs 2 AufenthG einen Verlängerungsausschluss, „wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind“.[1023] Diese Vorschrift hat klarstellende Funktion und unterstreicht laut AVV-AufenthG, „dass der Aufenthalt aus humanitären Gründen vom Grundsatz des temporären Schutzes geprägt ist“.[1024] Dies bedeutet, dass die Erteilungsvoraussetzungen bei der Verlängerung genau wie bei der erstmaligen Erteilung weiterhin vorliegen und beachtet werden müssen.[1025] Für jene humanitären Aufenthaltserlaubnisse, die eine langfristige Aufenthaltsperspektive eröffnen, ist der Verlängerungsausschluss nicht anwendbar,[1026] wovon die meisten, die in Kapitel 5 analysiert werden, umfasst sind.[1027]

Eine Aufenthaltserlaubnis wird, wie bereits ausgeführt, immer zu einem bestimmten Zweck erteilt, weshalb ein Zweckwechsel bei der Verlängerung nicht in Betracht kommt. Für außergewöhnliche Härtefälle normiert § 25 Abs 4 S 2 AufenthG daher, dass unabhängig von § 8 Abs 1 und 2 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis verlängert werden kann.[1028] Voraussetzung für die

---

1021 *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme zur Abschaffung des § 10 Absatz 3 Satz 2 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) v April 2013, https://dav-migrationsrecht.de/files/page/0_47513700_1402160616s.pdf (11.10.2018), 3.

1022 Der Deutsche Anwaltverein führt etwa Art 8 EMRK und die Bestimmungen der RückführungsRL und FamilienzusammenführungsRL an; vgl *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme v April 2013.

1023 § 26 Abs 2 AufenthG.

1024 Nr 26.2 AVV-AufenthG.

1025 Nr 26.2 AVV-AufenthG.

1026 In dem Sinne *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 644.

1027 §§ 25 Abs 4 S 2, 25 Abs 4a S 3, 25a und 25b AufenthG. §§ 104a und 104b AufenthG werden von der Analyse ausgenommen; siehe Kapitel 4.A.III.4.

1028 Vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* (Hrsg), BeckOK Ausländerrecht (18. Edition, Stand 1.11.2018) § 25 AufenthG Rn 78f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anwendung dieser Bestimmung ist, dass die Verlängerung nach den allgemeinen Vorschriften nicht möglich ist und der*die Ausländer*in im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist.[1029]

Gem § 25 Abs 3 AufenthG kann Ausländer*innen mit einer humanitären Aufenthaltserlaubnis auch eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden. Die Niederlassungserlaubnis wird von *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira* als „die höchste Stufe der aufenthaltsrechtlichen Verfestigung"[1030] im deutschen Aufenthaltsrecht bezeichnet, da sie unbefristet ist und zur Ausübung jeder Erwerbstätigkeit berechtigt. Die Grundvoraussetzung ist, dass der*die Ausländer*in fünf Jahre im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis war.[1031] Bestimmte Voraufenthaltszeiten eines vorangegangenen Asylverfahrens können hierbei angerechnet werden.[1032] Kinder, die vor Erreichung der Volljährigkeit nach Deutschland eingereist sind, werden dabei privilegiert.[1033]

4. Abgrenzungsfragen

Zur Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes werden in der Folge jene Bestimmungen angeführt, die zwar als humanitäre Aufenthaltserlaubnis zu qualifizieren sind, aber in der vorliegenden Arbeit aus noch näher zu erläuternden Gründen nicht analysiert werden. § 22 AufenthG normiert die Aufenthaltserlaubnis „Aufnahme aus dem Ausland". Wie der Name bereits indiziert, muss sich die Person zur Inanspruchnahme der Bestimmung im Ausland befinden. Dasselbe gilt für die Neuansiedlung von Schutzsuchenden gem § 23 Abs 4 AufenthG.[1034] Folglich sind die Aufenthaltserlaubnisse nicht als Regularisierung im Sinne der vorliegenden Arbeit zu werten und werden vom Untersuchungsbereich der vorliegenden Arbeit ausgeschlossen.

Die „Aufenthaltsgewährung zur Wahrung völkerrechtlicher oder humanitärer Gründe oder politischer Interessen" gem § 23 Abs 1 AufenthG wird im rechtsvergleichenden Kapitel 5 ebenfalls nicht beleuchtet. Die tiefergehende Analyse entfällt im rechtsvergleichenden Kapitel, weil derzeit keine

---

1029 Zu den Voraussetzungen siehe *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 80ff.

1030 *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 929.

1031 § 26 Abs 4 S 1 iVm § 9 Abs 2 AufenthG.

1032 § 26 Abs 4 S 3 AufenthG und vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 655.

1033 § 26 Abs 4 S 4 iVm § 35 AufenthG.

1034 Vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 479ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Anordnungen" gem § 23 Abs 1 AufenthG in Kraft sind und daher keine vertiefte Analyse derselben möglich ist.[1035] Die historisch bedeutsame Vorgängerbestimmung, § 32 AuslG, wurde bereits ausführlich dargestellt.[1036]

Die Altfallregelungen gem §§ 104a und 104b AufenthG wurden ebenfalls bereits kurz thematisiert.[1037] Sie haben als Vorlage für die geltenden §§ 25a und 25b AufenthG gedient,[1038] die in Kapitel 5 näher dargestellt werden. Obwohl die Altfallregelungen gem §§ 104a und 104b AufenthG noch geltendes Recht darstellen, werden sie kaum angewandt, da sie an einen Stichtag (1.7.2007) gebunden sind.[1039] Da ohnehin die Nachfolgebestimmungen §§ 25a und 25b AufenthG analysiert werden, erfolgt keine nähere Analyse der §§ 104a und 104b AufenthG.

Weiters regelt § 24 AufenthG eine „Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz". Diese Bestimmung fußt auf der vorübergehender-Schutz-RL, weshalb sie – wie oben bereits ausgeführt – nicht im Detail analysiert wird.[1040] Ebenso wenig die Aufenthaltserlaubnisse für Asylberechtigte,[1041] anerkannte Flüchtlinge[1042] und subsidiär Schutzberechtigte,[1043] da diese auch nicht vom Gegenstand der vorliegenden Arbeit erfasst sind.[1044] Aus dem gleichen Grund wird die Aufnahmeanordnung durch das Bundesministerium für Inneres bei besonders gelagerten politischen Interessen nach § 23 Abs 2 AufenthG nicht beleuchtet.[1045]

Die „Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen oder erheblichen öffentlichen Interessen" wird nicht analysiert,[1046] da das damit einhergehende Aufenthaltsrecht für maximal sechs Monate erteilt wird.[1047] Folglich fällt sie, wie noch ausgeführt wird, aus der Analyse in Kapitel 5, weil sie die Mindesterteilungsdauer nicht erfüllt.[1048]

1035 Ebenso wenig wird die Duldung gem § 60a Abs 1 AufenthG beleuchtet, die in S 2 auf § 23 Abs 1 AufenthG Bezug nimmt; siehe Kapitel 5.A.I.2.a.
1036 Siehe Kapitel 4.A.I.
1037 Siehe Kapitel 4.A.I.
1038 Siehe unten Kapitel 5.B.I.-II.
1039 In dem Sinne *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 688.
1040 Siehe oben Kapitel 2.B.IV.1.
1041 § 25 Abs1 AufenthG.
1042 § 25 Abs 2 S 1 AufenthG.
1043 § 25 Abs 2 S 1 AufenthG.
1044 Siehe oben Kapitel 1.C.
1045 Vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 470ff.
1046 § 25 Abs 4 S 1 AufenthG.
1047 § 26 Abs 1 S 1 AufenthG.
1048 Siehe die einleitenden Ausführungen in Kapitel 5.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Kompetenzen und Behörden in Bezug auf das Aufenthaltsrecht

Das deutsche Verwaltungsrecht normiert in Art 30 GG, dass die „Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben", mit anderen Worten die unmittelbare Staatsverwaltung, grundsätzlich „Sache der Länder"[1049] ist und deshalb von diesen vollzogen wird. Die einzelnen Kompetenzregelungen unterscheiden sodann zwischen Gesetzgebung und Verwaltung.[1050]

Zunächst zu den Bestimmungen betreffend die Gesetzgebung. Die für das Aufenthaltsrecht bislang einschlägigste Kompetenzbestimmung findet sich in Art 74 Abs 1 Z 4 GG („Aufenthalts- und Niederlassungsrecht der Ausländer"), wobei auch Art 73 Abs 1 Z 3 („Ein- und Auswanderung") und Art 74 Abs 1 Z 6 GG („Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen") nicht außer Acht gelassen werden dürfen.[1051] *Bast* beschreibt Art 74 Abs 1 Z 4 GG als „solide abgesichertes Sonderordnungsrecht des Bundes, in dem die Länder keine legislativen Gestaltungsspielräume mehr besitzen".[1052]

Die Verwaltung wird von den Ländern vollzogen,[1053] die dabei grundsätzlich an die Gesetze gebunden (gesetzesabhängige Verwaltung)[1054] sind und hoheitlich, dh öffentlich-rechtlich,[1055] tätig werden. Art 83 GG normiert demnach, dass Bundesgesetze, wie das AufenthG, durch die Verwaltungsbehörden der Länder zu vollziehen sind („in eigener Angelegenheit").[1056] Der Vollzug des Aufenthaltsrechts im Inland ist grundsätzlich bei den Ausländerbehörden der Länder angesiedelt.[1057] Für die Vollziehung asylrechtlicher Materien und bestimmter aufenthaltsrechtlicher Entscheidungen nach dem dtAsylG ist das BAMF zuständig,[1058] bei dem es sich um eine „selbstständige Bundesoberbehörde" im Sinne des Art 87 Abs 3 S 1 GG handelt.

1049 *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 22 Rn 1 und siehe Art 83ff GG.
1050 Art 72ff bzw Art 83ff GG.
1051 Zum Verhältnis der einzelnen Bestimmungen vertiefend *Bast*, Aufenthaltsrecht 118-139.
1052 *Bast*, Aufenthaltsrecht 119 mwN.
1053 Siehe Fn 1049.
1054 Vgl *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 1 Rn 26.
1055 Vgl *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 1 Rn 25 und § 9 Rn 12-14.
1056 Vgl *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 22 Rn 3.
1057 § 71 Abs 1 S 1 AufenthG; vgl *Bast*, DÖV 2013, 216 und *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 2 Rn 221.
1058 § 5 Abs 1 dtAsylG; vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht 1729-1732.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

V. Rechtsschutz

Der Rechtsschutz in Deutschland unterscheidet grundsätzlich zwischen der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, die in der Folge dargestellt werden. Davor ist die besondere Bedeutung des Vorliegens eines subjektiv öffentlichen Rechts näher zu beschreiben. Gem Art 19 Abs 4 GG steht jeder Person, die durch die öffentliche Gewalt in ihren subjektiven Rechten verletzt worden ist, der Rechtsweg offen.[1059] Insofern ein subjektives Recht des*der Klägers*in besteht, wird die Entscheidung der Verwaltung vollumfänglich gerichtlich überprüft.[1060] Wichtig für das Verständnis der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist, dass sich die Verwaltungsbehörde und der*die Betroffene vor Gericht „als grundsätzlich gleichgestellte Verfahrensbeteiligte"[1061] gegenüberstehen.

1. Verwaltungsgerichtsbarkeit

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren können drei Arten von Klagen gegen das Handeln der Verwaltung beim zuständigen Verwaltungsgericht (VG) erhoben werden: die Anfechtungsklage, die Feststellungsklage und die Verpflichtungsklage.[1062] Gegen die ablehnende Entscheidung über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis kann der*die Betroffene eine Verpflichtungsklage erheben und gegen die Abschiebungsandrohung die Anfechtungsklage.[1063] *Marx* weist zutreffend darauf hin, dass die beiden Klagen aus prozessrechtlichen Gründen immer gemeinsam zu erheben sind.[1064] Die genannten Rechtsmittel verfügen in diesen Fällen über keine aufschiebende Wirkung.[1065] Die Verpflichtungsklage zielt auf Erlass „eines Verwaltungsakts"[1066] ab. Betreffend der Anfechtungsklage hat das VG die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts zu prüfen und im Falle der Rechtswidrig-

1059 *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 8 Rn 5.
1060 Siehe zum Vorliegen eines subjektiven Rechts § 42 Abs 2 VwGO; *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 8 Rn 5 mwN und § 8 Rn 6ff zu den Voraussetzungen.
1061 *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 8 Rn 5.
1062 §§ 1ff VwGO.
1063 §§ 42ff VwGO; vgl *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 10 Rn 80-83.
1064 *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 2 Rn 244 mwN.
1065 § 84 Abs 1 Z 1 AufenthG. Siehe allgemein § 80 VwGO.
1066 *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 10 Rn 82.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit und insofern der*die Betroffene in seinen*ihren Rechten verletzt wurde aufzuheben.[1067]

Um eine drohende Abschiebung (und die Unerlaubtheit des Aufenthalts) zu verhindern, muss ein*e Betroffene*r daher Eilrechtsschutz gem § 80 Abs 5 VwGO suchen. Nach dieser Bestimmung kann ein Eilrechtsschutzantrag eingebracht werden, wenn der Antrag auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis aufenthaltsrechtliche Wirkungen gem § 81 Abs 3 und 4 AufenthG ausgelöst hat.[1068] Bei letzteren handelt es sich um sogenannte „Fiktionswirkungen".[1069] Dies bedeutet, dass mit der Antragstellung von Gesetzes wegen ein Recht auf einen fiktiven erlaubten oder geduldeten Aufenthalt einhergeht. Sollte ein solcher Antrag auf Erteilung bzw Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis keine Fiktionswirkungen entfalten, da die Ausreisepflicht – unabhängig von der Antragstellung – vollziehbar ist, ist ein Eilantrag gem § 123 VwGO zu stellen.[1070] Dieser unterliegt im Vergleich zu § 80 Abs 5 VwGO wesentlich strengeren Voraussetzungen.[1071] Konkret für den Vollzug der Ausreisepflicht bedeutet dies, dass die Ausreisepflicht grundsätzlich nach Ablauf der gesetzten Ausreisefrist vollziehbar wird. Sollte ein Eilrechtsschutzantrag eingebracht worden sein, tritt die Vollziehbarkeit erst nach rechtskräftigem Abschluss des Eilrechtsschutzverfahrens ein.[1072]

Die Verwaltungsgerichte (VG) prüfen die „Verwaltungstätigkeit auf ihre Rechtmäßigkeit".[1073] Die rechtskräftige Entscheidung eines überprüfenden VG ist verbindlich und abschließend.[1074] Eine Ausnahme besteht, insofern der Verwaltung ein Ermessen bzw Beurteilungsspielraum[1075] eingeräumt wird. Das in der vorliegenden Arbeit relevante Ermessen zielt immer auf die Rechtsfolgenseite einer gesetzlichen Norm ab.[1076] In diesen Fällen hat die Verwaltung das Recht zur „Letztentscheidung".[1077] Den VG bleibt nur die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung bzw ob das Ermessen im

1067 § 113 Abs 1 VwGO.
1068 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 2 Rn 245f.
1069 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 2 Rn 248-264.
1070 Vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 1398.
1071 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 2 Rn 247 und 281.
1072 § 58 Abs 2 AufenthG; vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 2 Rn 240.
1073 *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 7 Rn 4.
1074 Vgl *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 7 Rn 5.
1075 Zum Beurteilungsspielraum bzw zum unbestimmten Gesetzesbegriff siehe *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 7 Rn 26ff.
1076 Vgl *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 7 Rn 7.
1077 *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 7 Rn 6 mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sinne des Gesetzes ausgeübt wurde. In der deutschen Diktion spricht man hier von der „Ermessens(rechts)bindung".[1078] Man hat Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde.[1079]

Im Anschluss an das Rechtsmittelverfahren vor dem VG kann das zuständige Oberverwaltungsgericht, das mittels Urteil über das Rechtsmittel der Berufung entscheidet, innerhalb einer einmonatigen Frist angerufen werden.[1080] Ab dem Oberverwaltungsgericht besteht Rechtsanwält*innenzwang.[1081] Im gesamten verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann mittelosen Personen auf Antrag Prozesskostenhilfe, in der österreichischen Diktion Verfahrenshilfe genannt,[1082] gewährt werden.[1083] Als letzte Instanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann eine Revision – ebenfalls unter Einhaltung einer einmonatigen Frist – beim Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) eingebracht werden.[1084] Darüber hinaus kann bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen direkt nach einer Entscheidung des VG unter Umgehung der Berufungsinstanz eine sogenannte „Sprungrevision" beim BVerwG eingebracht werden.[1085]

2. Verfassungsgerichtsbarkeit

Das Bundesverfassungsgericht kann das gesamte staatliche Handeln auf die Verfassungsmäßigkeit hin prüfen. Für natürliche Personen ist die Individualverfassungsbeschwerde von besonderer Bedeutung: Dabei handelt es sich um einen außerordentlichen Rechtsbehelf.[1086] Diese Verfassungsbeschwerde kann von jeder natürlichen Person eingebracht, wenn er*sie in ihren Grundrechten[1087] oder bestimmten grundrechtsgleichen Rechten[1088] durch die öffentliche Gewalt, in concreto meist Rspr oder Verwaltung, verletzt

1078 § 40 VwVfG; vgl *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 7 Rn 17.
1079 Vgl *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 8 Rn 15.
1080 §§ 124ff VwGO.
1081 § 67 Abs 4 VwGO.
1082 Siehe unten Kapitel 4.B.V.1.
1083 § 166 VwGO verweist auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung v 5.12.2005 (BGBl I 3202; 2006 I 431; 2007 I 1781), zuletzt geändert durch Gesetz v 18.12.2018 (BGBl I 2639).
1084 §§ 132ff VwGO.
1085 § 134 VwGO.
1086 Art 93 Abs 1 Z 4a GG und §§ 90ff BVerfGG.
1087 Art 1-19 GG.
1088 Art 20 Abs 4, Art 33, 38, 101, 103 und 104 GG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wurde. Die Frist für die Einbringung der Verfassungsbeschwerde beträgt einen Monat.[1089]

B. Österreich

Österreich ist eine demokratische Republik mit neun Bundesländern.[1090] Zu den Grundprinzipien der Bundesverfassung,[1091] auch Baugesetze genannt, zählen das demokratische, republikanische, bundesstaatliche und rechtsstaatliche Prinzip.[1092] Obwohl verfassungsrechtlich nicht verankert, kann Österreich als Sozialstaat bezeichnet werden.[1093]

Österreich ist ein Einwanderungsland.[1094] Dies geht allein aus dem Bevölkerungswachstum zwischen 1961 und 2015 hervor, wonach die Bevölkerungszahl bloß durch Zuwanderung um rund 1.154 Millionen angestiegen ist.[1095] Mit 1.1.2018 lebten rund 1.396 Millionen nichtösterreichische Staatsangehörige in Österreich (15,8 %).[1096]

1089 § 93 Abs 1 BVerfGG.

1090 Art 1 und 2 Abs 2 B-VG; vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[11] (2016) Rn 330ff und *Berka*, Verfassungsrecht[7] (2018) Rn 1ff.

1091 Ein kurzer Abriss der Geschichte der österreichischen Bundesverfassung findet sich bei *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rn 40-61a.

1092 *Berka*, Verfassungsrecht Rn 114ff und *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rn 62-88a.

1093 *Kaspar*, Sozialhilferechtliche Differenzierung aufgrund des Aufenthaltsstatus von subsidiär Schutzberechtigten: Ausschluss nach dem NÖ MSG – VfGH 28. Juni 2017, E 3297/2016, juridikum 2017, 476 (480); vertiefend *Wiederin*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 2005/64, 53 (69-72).

1094 Siehe nur *Fassmann/Reeger*, Austria: From guest worker migration to a country of immigration, IDEA WP Nr 1 v Dezember 2008, https://pdfs.semanticscholar.org/6a3e/fa964375b82ede1eec0a5243a94fe7cf509f.pdf (11.10.2018).

1095 Vgl *Musil*, Migration und Asyl in Österreich – Ein statistischer Überblick, 1961–2016 in *Eppel/Reyhani* (Hrsg), Handbuch Asyl- und Fremdenrecht (2016) Register 1 Kapitel 2; *EMN*, Die Gestaltung der Asyl- und Migrationspolitik in Österreich v Dezember 2015, https://www.emn.at/wp-content/uploads/2017/01/Organisationsstudie_AT-EMN-NCP_2016.pdf (19.11.2018) 27-40 und vertiefend *Fassmann/Münz*, Einwanderungsland Österreich? Historische Migrationsmuster, aktuelle Trends und politische Maßnahmen (1995).

1096 Siehe *Statistik Austria*, Bevölkerung 2001-2018 nach Staatsangehörigkeit und Geburtsland, Statistik v 17.5.2018, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/bevoelkerungsstruktur/bevoelkerung_nach_staatsangehoerigkeit_geburtsland/031396.html (19.11.2018).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Über die letzten Jahre hinweg waren die Themen Flucht, Asyl und Migration stets durch eine intensive Debatte in der österreichischen Medien- und Politiklandschaft geprägt,[1097] die insbesondere durch den „langen Sommer der Migration 2015" befeuert wurde.[1098] Sie wurde sehr oft unter dem Themenkomplex der „securitization" geführt,[1099] wobei unter anderem die „Angst" vor einer „Überfremdung" oder das missbräuchliche „Ausnützen" von Sozialleistungen durch Fremde im Mittelpunkt stand.[1100] Ganz allgemein hatte die Flüchtlingsdebatte bzw hatten die (relativ hohen) Asylantragszahlen stets einen großen Einfluss auf den Gesetzgebungsprozess.[1101]

1097 Vgl *Langthaler/Trauner*, Zivilgesellschaftliche und politische Partizipation und Repräsentanz von Flüchtlingen und AsylwerberInnen in der EU, Forschungsbericht v Februar 2009, http://medienservicestelle.at/migration_bewegt/wp-content/uploads/2011/05/Politische-Partizipation-von-Fl%C3%BCchtlingen.pdf (9.10.2018) 14-31; *Ataç*, Die diskursive Konstruktion von Flüchtlingen und Asylpolitik in Österreich seit 2000 in *Hunger/Pioch/Rother* (Hrsg), Migrations- und Integrationspolitik im europäischen Vergleich – Jahrbuch Migration 2012/2013 (2014) 113; *Drüeke/Fritsche*, Geflüchtete in den Medien – Medien für Geflüchtete, Medien Journal 2015/4, 12; *Sponholz*, Als der Sommer zu Ende ging: Die Flüchtlingsdebatte im Wiener Wahlkampf auf Facebook, SWS-Rundschau 2016/3, 371; *Huber-Mumelter/Waitz*, Regelungen des dauerhaften Verbleibs von Fremden in Österreich und in der Schweiz – ein rechtsvergleichender Überblick zum aktuellen Stand im Asyl- und Aufenthaltsrecht, FABL 1/2009-I, 12 (14). Siehe zur Debatte in Deutschland oben Kapitel 4.A.I.

1098 Siehe hierzu überblicksartig zur daraus resultierenden Anlassgesetzgebung *Hinterberger*, Das österreichische Asylgesetzänderungsgesetz 2016 in *Bungenberg/Giegerich/Stein* (Hrsg), ZEuS-Sonderband: Asyl und Migration in Europa – rechtliche Herausforderungen und Perspektiven (2016) 185 (188 mwN) und bereits Einleitung A.

1099 Vertiefend zur EU *Huysmans*, The European Union and the Securitization of Migration, Journal of Common Market Studies 2000/38, 751.

1100 Siehe *Langthaler/Trauner*, Forschungsbericht v Februar 2009, 30f und auch bereits Kapitel 3.C.I.

1101 Vor allem in Bezug auf das Fremden- und Asylrecht. Siehe hierzu nur *Bauer*, Zuwanderung nach Österreich, Studie v Jänner 2008, http://www.forschungsnetzwerk.at/downloadpub/zuwanderung_nach_oesterreich_studie2008_oegpp.pdf (11.10.2018) 4ff und *Reyhani*, Einleitende Bemerkungen – Asyl- und Fremdenrecht im Kontext in *Eppel/Reyhani* (Hrsg), Handbuch Asyl- und Fremdenrecht (2016) Register 1 Kapitel 1 5ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Historische Entwicklung des Fremdenrechts

Das Rechtsgebiet, das die Stellung von Nichtösterreicher*innen in Österreich regelt, wird typischerweise als Fremdenrecht bezeichnet. Dieses gehört zusammen mit dem Asylrecht zu den komplexesten Rechtsmaterien der österreichischen Rechtsordnung; dies zeigt sich etwa an der fast jährlichen Novellierung seit 2005.[1102] Das Fremdenrecht richtet sich grundsätzlich an „Fremde"; nach der Legaldefinition sind dies all jene Personen, die die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzen.[1103]

Die Grundlage für das Fremdenpolizeigesetz 1954 war die NS-Ausländerpolizeiverordnung,[1104] die bereits im Zusammenhang mit der historischen Entwicklung des Aufenthaltsrechts in Deutschland näher dargestellt wurde.[1105] Bereits aus der Begrifflichkeit „Fremdenpolizeigesetz" wird klar, dass das Thema Migration unter dem Aspekt des Polizeirechts diskutiert wurde.[1106] Das Fremdenpolizeigesetz 1954 wurde bei Erlass lediglich von den auffallendsten rassistischen Begrifflichkeiten bereinigt und gab dem österreichischen Staat eine Fülle an rechtlichen Instrumentarien, um Fremde mittels aufenthaltsbeendender Maßnahmen außer Landes zu bringen und so zu disziplinieren und selektieren.[1107] Das Gesetz war sodann über dreißig Jahre lang in Kraft.[1108] Die Regelungen des Fremdenpolizeigesetz 1954 müssen im Kontext zu den Anwerbejahren ab 1960 gesehen werden.[1109] Durch das hohe Wirtschaftswachstum und die niedrige Ar-

1102 Vgl *Muzak*, Die Kasuistik, Komplexität und Kurzfristigkeit des österreichischen Fremdenrechts in *ÖJT* (Hrsg), 19. ÖJT Band I/2: Migration und Mobilität (2016) 23; *Hinterberger* in *Bungenberg/Giegerich/Stein* 188 mwN; *Peyrl*, Arbeitsmarkt 313; *Reyhani* in *Eppel/Reyhani* Register 1 Kapitel 1 2f. In dem Sinne auch bereits *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zur Zurückschiebung, Ausweisung und Abschiebung nach dem Fremdengesetz 1992 (1993) 1-7.

1103 § 2 Abs 4 Z 1 FPG.

1104 Siehe BGBl 75/1954 und §§ 15 und 17 Fremdenpolizeigesetz 1954; vgl *Grösel*, Fremde von Staats wegen. 50 Jahre »Fremdenpolitik« in Österreich (2016) 47.

1105 Siehe oben Kapitel 4.A.I.

1106 Vgl *Pöschl*, Zusammenfassung des Gutachtens in *ÖJT* (Hrsg), 19. ÖJT Band I/2: Migration und Mobilität (2016) 14 (14).

1107 Siehe §§ 3ff Fremdenpolizeigesetz 1954 und die eindrücklichen Erläuterungen von *Grösel*, Fremde 47 und 56 sowie zur Entwicklung aufenthaltsbeendender Maßnahmen ab 1954 *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 1-7.

1108 *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 1 mwN.

1109 Vgl *Grösel*, Fremde 46ff und 52ff mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beitslosenquote begannen die Sozialpartner[1110] über die bis dahin sehr strikt reglementierte Öffnung des Arbeitsmarkts für ausländische Gastarbeiter*innen zu verhandeln.[1111] Ab 1961 wurde daher jedes Jahr ein Kontingent an „ausländischen" Gastarbeiter*innen befristet zugelassen, die den diesbezüglichen Mangel an „billigen" Arbeitskräften decken sollten.[1112] Dieser war unter anderem dadurch bedingt, dass österreichische Arbeitskräfte nach Deutschland auswanderten.[1113] Die Personen stammten vorwiegend aus der Türkei und dem ehemaligen Jugoslawien. Obwohl der Aufenthalt der Gastarbeiter*innen von der österreichischen Politik grundsätzlich nur für jeweils ein Jahr gedacht war,[1114] hat sich in der Praxis gezeigt, dass die meisten von ihnen dauerhaft in Österreich geblieben sind.[1115] Die dargestellten fremdenrechtlichen Regelungen brachten die wirtschaftlichen Interessen Österreichs und des Arbeitsmarkts zum Ausdruck.[1116]

Mit dem Eintreten der Ölkrise Mitte der 1970iger Jahre und der darauffolgenden Rezession ging der Bedarf an ausländischen Gastarbeiter*innen schlagartig zurück. Österreich versuchte, die Arbeitskräftemigration daher zu drosseln bzw weitestgehend einzuschränken, da Gastarbeiter*innen in der öffentlichen Wahrnehmung als „negativ" wahrgenommen wurden.[1117] Das Paßgesetz 1969[1118] bot hierzu bereits ein Rechtsinstrumentarium, das fortan mehr und mehr ausgeschöpft wurde.[1119] In weiterer Folge wurden

---

1110 Diese setzen sich typischerweise aus den Arbeitgeber- und Arbeiternehmer*innenverbänden zusammen; bei der Gründung bestanden die Sozialpartner somit aus der Bundeswirtschaftskammer, dem Österreichischen Arbeiterkammertag (Bundesarbeitskammer), dem Österreichischen Gewerkschaftsbund und der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammer; vgl *Kietaibl*, Arbeitsrecht I[10] (2017) 79f.

1111 Vgl *Grösel*, Fremde 52ff.

1112 Siehe hierzu das sogenannte Raab-Olah-Abkommen, das zwischen dem damaligen Bundeskanzler *Julius Raab* und dem damaligen Präsidenten des Österreichischen Gewerkschaftsbundes *Franz Olah* unterzeichnet wurde. Vgl *Fassmann/Reeger*, IDEA WP Nr 1 v Dezember 2008, 22f.

1113 Vgl *Bauer*, Studie v Jänner 2008, 5.

1114 Dies wird schon durch die Begrifflichkeit „Gastarbeiter*innen" klar, durch die eine zeitliche Befristung zum Ausdruck kommt.

1115 Vgl *Fassmann/Reeger*, IDEA WP Nr 1 v Dezember 2008, 22 und 24; *Bauer*, Studie v Jänner 2008, 6; *Pöschl* in *ÖJT* 16.

1116 *Fassmann/Reeger*, IDEA WP Nr 1 v Dezember 2008, 23 und *EMN*, Die Gestaltung der Asyl- und Migrationspolitik in Österreich v Dezember 2015, 29.

1117 Vgl *Fassmann/Reeger*, IDEA WP Nr 1 v Dezember 2008, 22.

1118 BGBl 422/1969.

1119 Vgl *Muzak* in *ÖJT* 24f, der auf § 25 Paßgesetz 1969 verweist.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit dem AuslBG im Jahre 1975 weitere Restriktionen umgesetzt, das bis heute – trotz zahlreicher Novellierungen – in Kraft ist.[1120] Obwohl weniger ausländische Arbeitskräfte nach Österreich gekommen sind, blieben die Einwanderungszahlen konstant hoch. Grund hierfür war, dass viele Familienmitglieder von bereits in Österreich aufhältigen Gastarbeiter*innen im Rahmen des Familiennachzugs nach Österreich gekommen sind.[1121] Dies wurde von der österreichischen Politik überhaupt nicht als „Einwanderungsfaktor" bedacht.

Die (im Vergleich zu den Vorjahren relativ hohen) Asylantragszahlen Anfang der 1990iger Jahre, die aus dem Zusammenbruch des Eisernen Vorhangs und dem Jugoslawienkrieg resultierten,[1122] führten zu einer weiteren Verschärfung der Gesetze und einer „härteren" Gangart gegenüber Geflüchteten und Fremden im Allgemeinen. Durch die beiden Ereignisse sind hunderttausende Menschen nach Österreich geflüchtet, in concreto stieg die ausländische Bevölkerung von ca 400.000 auf 690.000 an. Vor diesem Hintergrund sind der Erlass des Asylgesetz 1991[1123] sowie des Fremdengesetz 1993[1124] und des Aufenthaltsgesetz 1993[1125] hervorzuheben.[1126] Das Fremdengesetz 1993 führte erstmals „viele bis dahin nicht bekannte Regelungen etwa hinsichtlich fremdenpolizeilicher Kontrollbefugnisse, Ausweisungstatbeständen und Strafbestimmungen"[1127] ein. Im Aufenthaltsgesetz 1993 wurde unter anderem „die Antragstellung vom Ausland, die Unterscheidung nach Aufenthaltszwecken und das Quotensystem"[1128] normiert. Insgesamt hat die österreichische Gesetzgebung derart versucht, die Einwanderung gezielter zu steuern.[1129]

Das Fremdengesetz 1993 und Aufenthaltsgesetz 1993 wurden in der Folge im Fremdengesetz 1997 (FrG) zusammengefasst. Letzteres wurde als „Neukodifikation" bezeichnet:[1130] Laut *Muzak* kam es hierdurch zu einer

---

1120 Vgl *EMN*, Die Gestaltung der Asyl- und Migrationspolitik in Österreich v Dezember 2015, 29f.
1121 Vgl *Fassmann/Reeger*, IDEA WP Nr 1 v Dezember 2008, 22f.
1122 Vgl *Huber-Mumelter/Waitz*, FABL 1/2009-I, 14 und *Bauer*, Studie v Jänner 2008, 7f.
1123 BGBl 8/1992; vgl Entwicklung *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 5.
1124 BGBl 838/1992.
1125 BGBl 466/1992.
1126 Siehe zur Entwicklung *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 4-7.
1127 *Muzak* in *ÖJT* 25.
1128 *Muzak* in *ÖJT* 25.
1129 *Fassmann/Reeger*, IDEA WP Nr 1 v Dezember 2008, 25f.
1130 *Muzak* in *ÖJT* 26f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Erhöhung rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Standards und der Garantie einer gewissen Aufenthaltssicherheit". In § 10 Abs 4 FrG wurde der Grundstein für die heute geltenden „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen", mit anderen Worten die österreichischen Regularisierungen, gelegt.[1131] Nach dieser Bestimmung war von Amts wegen „in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen aus humanitären Gründen" eine „Aufenthaltserlaubnis" zu erteilen.[1132] Die Erteilung war gegenüber anderen Aufenthaltsrechten „privilegiert",[1133] da sie trotz Vorliegens bestimmter Sichtvermerksversagungsgründe möglich war.[1134] „Besonders berücksichtigungswürdige" Gründe waren gegeben, wenn der*die Fremde einer Gefahr im Sinne des § 57 Abs 1 und 2 FrG ausgesetzt gewesen ist.[1135] Hierunter sind bspw Fremde gefallen, die ihre Heimat aufgrund eines Konflikts verlassen haben, die Opfer des Menschenhandels wurden oder weil ihnen dort Folter im Sinne einer Non-Refoulement-Verletzung gedroht hat.[1136] Eine Antragstellung war zu diesem Zeitpunkt nicht möglich, nur die amtswegige Erteilung. Die Möglichkeit einer Antragstellung wurde erst durch die Fremden- und Asylgesetz-Novelle 2002[1137] mit 1.1.2003 eingeführt und war auch nur bis zum 31.12.2005 möglich.[1138] Gleichzeitig wurde die Erteilung dieser humanitären „Aufenthaltserlaubnis" an die Zustimmung des*r Bundesministers*in für Inneres geknüpft,[1139] welche der VfGH für verfassungskonform erklärt hatte.[1140]

1131 Siehe Kapitel 4.B.III.
1132 Vgl *Wiederin*, Die Einreise- und Aufenthaltstitel nach dem Fremdengesetz 1997, ecolex 1997, 719.
1133 Vgl *Wiederin*, ecolex 1997.
1134 Der Begriff „Sichtvermerk" wurde als terminus technicus anstatt „Visum" verwendet; vgl *Muzak*, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht (1995) 27.
1135 § 10 Abs 4 S 2 FrG.
1136 Vgl *Wiederin*, ecolex 1997.
1137 BGBl I 126/2002.
1138 § 14 Abs 2 S 3 FrG idF BGBl I 126/2002; ErläutRV 1172 BlgNR 21. GP, 29 und vgl *Peyrl*, Neuregelung des Aufenthaltsrechts aus humanitären Gründen („Bleiberecht"), DRdA 2009, 283 (283 Fn 1).
1139 § 90 Abs 1 FrG idF BGBl I 126/2002; vgl ErläutRV 1172 BlgNR 21. GP, 28 und 36.
1140 VfGH 13.12.1999, G 2/99.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bedeutsam und eine große Zäsur stellte das Fremdenrechtspaket 2005 dar.[1141] Durch dieses wurde das bis dahin geltende FrG aufgehoben und durch das FPG, AsylG und NAG ersetzt[1142] und zahlreiche RL der EG umgesetzt.[1143] Das FPG regelt unter anderem den Erlass von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen im Falle der Nichtzuerkennung bzw Aberkennung von Asyl bzw subsidiärem Schutz und die Erteilung von Visa. Grob gesprochen also alle fremdenpolizeilichen Materien. Das AsylG normiert das Asylverfahren und die Erteilung der „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen". Das NAG legt das Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht fest und dient der Zuwanderungssteuerung. Die bis dato vorherrschende „restriktive Einwanderungspolitik"[1144] wurde mit den neuen Gesetzen weitergeführt. Erstmals wurden die „Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen" in systematisierter Form im NAG normiert.[1145] Die „Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen" und die „Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen" konnten aber – wie anfangs die humanitäre „Aufenthaltserlaubnis" im FrG – von den betroffenen Personen nicht beantragt, sondern nur von Amts wegen zuerkannt werden.[1146] Erst im Jahre 2008 hob der VfGH das Erfordernis der Amtswegigkeit aus rechtsstaatlichen Gründen auf.[1147] Umgesetzt wurde das Erkenntnis des VfGH durch die sogenannte „Bleiberechtsnovelle" 2009, die zu einer Reformierung der „Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen" führte und nunmehr ausdrücklich ein Antragsrecht vorgesehen hat.[1148] Die Aufenthaltstitel wurden gleichzeitig vom NAG wieder ins FPG transferiert.[1149] Der bedeutendste Aufenthaltstitel war und ist in der geltenden

---

1141 Vgl *Muzak* in *ÖJT* 27f und *EMN*, Die Gestaltung der Asyl- und Migrationspolitik in Österreich v Dezember 2015, 27ff.

1142 Siehe BGBl I 75/1997 und BGBl I 100/2005. Zu einer Kurzdarstellung der Regelungsgehalte der einzelnen Gesetze siehe *Huber-Mumelter/Waitz*, FABL 1/2009-I, 14-20.

1143 Vgl ErläutRV 952 BlgNR 22. GP, 2.

1144 *Huber-Mumelter/Waitz*, FABL 1/2009-I, 35.

1145 §§ 72-75 NAG idF BGBl I 2005/100; siehe auch ErläutRV 952 BlgNR 22. GP, 147f.

1146 Kritisch *Mayer*, Das humanitäre Bleiberecht – ein schrankenloses Ermessen, migraLex 2008, 36; *Bachmann*, Das Bleiberecht – eine vorläufige Bilanz, migraLex 2010, 95 (95f mwN) und *Peyrl*, Autoritäre Tendenzen im Aufenthaltsrecht seit 2006, juridikum 2018, 103.

1147 VfGH 27.6.2008, G 246/07; vgl *Bachmann*, migraLex 2010, 95.

1148 Vgl *Bachmann*, migraLex 2010, 95; *Peyrl*, DRdA 2009, 283; *Huber-Mumelter/Waitz*, FABL 1/2009-I, 16f.

1149 § 43 Abs 2, § 44 Abs 3 und 4 sowie § 69a NAG idF BGBl I 29/2009.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fassung immer noch das sogenannte „Bleiberecht".[1150] Dieser wird erteilt, wenn die zuständige Behörde festgestellt hat, dass die Ausweisung aufgrund des Rechts auf Achtung des Privat- und/oder Familienlebens auf Dauer unzulässig war.[1151] Je nachdem welche weiteren Voraussetzungen erfüllt wurden, konnte eine „Niederlassungsbewilligung – beschränkt" oder „unbeschränkt" erteilt werden, die sich etwa durch den eingeräumten Arbeitsmarktzugang unterschieden haben.[1152] Daneben wurde eine „Altfallregelung" in „besonders berücksichtigungswürdigen Fällen"[1153] für jene Sachverhaltskonstellationen geschaffen, die die Schwelle des Art 8 EMRK knapp nicht erreichen konnten.[1154] Eine der Voraussetzungen war, dass sie sich seit dem Stichtag (1.5.2004) durchgehend in Österreich aufgehalten haben mussten und wiederum zumindest die Hälfte dieses Zeitraums rechtmäßig sein musste. In der Praxis erhielten vor allem jene Fremde aufgrund der „Altfallregelung" eine „Niederlassungsbewilligung – beschränkt", deren Asylverfahren überlang gedauert hat und sie während dieser Zeit rechtmäßig aufhältig waren, ihr Antrag aber inhaltlich abgewiesen wurde.[1155] Die Erteilung der „Niederlassungsbewilligung – beschränkt" war an die Zustimmung des*r Bundesministers*in für Inneres gebunden.[1156] Der VfGH hatte die Zustimmungsbefugnis für verfassungskonform erklärt, wobei der*die Bundesminister*in für Inneres „bei der Ausübung seines Zustimmungsrechts an dieselben gesetzlichen Kriterien gebunden ist wie die zur Bescheiderlassung zuständige Behörde".[1157] Überdies waren die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen wie etwa Krankenversicherung und Unterkunft zu erfüllen gewesen, die nach *Peyrl* aber

1150 § 43 Abs 2 und § 44 Abs 3 NAG idF BGBl I 29/2009.

1151 Vertiefend *Gruber*, „Bleiberecht" und Art 8 EMRK in FS Rudolf Machacek und Franz Matscher (2008) 159; *Peyrl*, DRdA 2009, 284f und *Bachmann*, migraLex 2010, 97ff. Siehe zur Interessensabwägung auch *Heißl*, Die Ausweisung in der Judikatur der Höchstgerichte, ZfV 2008, 1145. Zur Prüfung und Erteilung im Asylverfahren vertiefend *Marth*, Das Bleiberecht im Asylverfahren, migraLex 2009, 45.

1152 § 8 Abs 2 Z 3 und 4 NAG idF BGBl I 29/2009.

1153 § 44 Abs 4 NAG idF BGBl I 29/2009.

1154 VwGH 29.4.2010, 2009/21/0255 zur Vorgängerbestimmung § 44 Abs 4 NAG idF BGBl I 29/2009; vgl *Peyrl*, DRdA 2009, 286.

1155 So auch *Peyrl*, DRdA 2009, 286 Fn 26 und *Bachmann*, migraLex 2010, 99.

1156 § 74 FPG idF BGBl I 29/2009.

1157 VfGH 27.6.2008, G 246/07. Der*die Minister*in wurde in dem Zusammenhang von einem „Beirat zur Beratung besonders berücksichtigungswürdiger Fälle" beraten, der als Art „Einzelfallkommission" Empfehlungen abgab; § 75 FPG idF BGBl I 29/2009.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

praktisch wohl nur durch Verpflichtung eines*r Paten*in erfüllt werden konnten.[1158] Weiters wurde durch die „Bleiberechtsnovelle" 2009 die „Aufenthaltsbewilligung – Besonderer Schutz" eingeführt.[1159] Erteilungsvoraussetzung hierfür war etwa, dass ein Durchsetzungsaufschub mehr als einmal für mindestens ein Jahr erteilt wurde[1160] oder dass es sich um Opfer des Menschenhandels gehandelt hat. Der Durchsetzungsaufschub war im weiteren Sinne ein Vorläufer der heute geltenden Duldung.[1161]

Weitere wesentliche Novellierungen stellen das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009,[1162] das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011,[1163] sowie das Fremdenbehördenneustrukturierungsgesetz 2012[1164] und das Fremdenbehördenneustrukturierungsgesetz-Anpassungsgesetz 2013[1165] dar. Mit den letzten beiden kam es zu einer weiteren Zäsur im österreichischen Asyl- und Fremdenrecht. Durch diese wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle in Bezug auf das Asyl- und Fremdenrecht umgesetzt[1166] und das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl-Einrichtungsgesetz[1167] und BFA-VG erlassen, wodurch das BFA als neue Behörde in asyl- und fremdenpolizeilichen Verfahren geschaffen wurde. Gleichzeitig wurden die „humanitären Aufenthaltstitel" reformiert.[1168] Da diese Reformen teilweise noch immer geltendes Recht darstellen, werden sie weiter unten im Detail analysiert.[1169] Anschließend wurde das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015 erlassen,[1170] mit dem 208 Novellierungsanordnungen beschlossen und etwa die Duldung gem

1158 *Peyrl*, DRdA 2009, 286.
1159 § 69a NAG idF BGBl I 29/2009.
1160 § 46 Abs 3 iVm § 46 Abs 1 FPG idF BGBl I 29/2009.
1161 In dem Sinne *Hinterberger/Klammer*, Das Rechtsinstitut der fremdenpolizeilichen Duldung, migraLex 2015, 73 (77f) und siehe vertiefend Kapitel 5.A.I.3.
1162 BGBl I 122/2009; vgl *Szymanski*, Das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 oder der Boulevard freut sich, doch das Recht ist für Rechtsanwender und Rechtsunterworfene schwer durchschaubar, migraLex 2009, 99.
1163 BGBl I 38/2011; vgl *Schmied*, Die aufenthaltsbeendenden Maßnahmen im Fremdenpolizeigesetz nach dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 - eine Bankrotterklärung der Fremdenrechtslegistik, Zeitschrift der Unabhängigen Verwaltungssenate 2011, 149.
1164 BGBl I 87/2012.
1165 BGBl I 68/2013.
1166 Vgl *Muzak* in *ÖJT* 29f.
1167 BGBl I 87/2012 idF BGBl I 56/2018.
1168 Vgl *Fouchs/Schweda*, Die Neuregelung der humanitären Aufenthaltstitel im Asylrecht, migraLex 2014, 58.
1169 Siehe Kapitel 4.B.III.1.
1170 BGBl I 70/2015.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 46a FPG neugeregelt wurde.[1171] Diesem folgte das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017,[1172] durch das es zu Änderungen im Bereich der qualifizierten Arbeitsmigration mit „Rot-Weiß-Rot – Karte" oder zur Wohnsitznahmepflicht in einem zugewiesenen Quartier für abgewiesene Asylwerber*innen gekommen ist.[1173] 2018 wurde das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018 erlassen,[1174] mit dem unter anderem Bestimmungen im Zusammenhang mit der Schubhaft gegen Asylwerber*innen oder der beschleunigten Aberkennung des Status der*s Asylberechtigten gekommen ist.[1175]

Nach Abschluss der vorliegenden Arbeit (1.1.2019) wurde das BBU-Errichtungsgesetz (BBU-G) erlassen, mit dem eine Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (BBU) eingerichtet wurde.[1176] Dies wurde heftig kritisiert,[1177] weil dadurch einer im Eigentum des Bundes stehenden Agentur die ausschließliche Durchführung der Rechtsberatung und Rückkehrberatung übertragen wird.[1178] Das BBU-G ist am 1.8.2019 in Kraft getreten und die BBU wird sukzessive ab 1.7.2020 operativ tätig werden.[1179] Inhaltlich hat das BBU-G im Hinblick auf die in vorliegender Arbeit behandelten Materien keine Auswirkungen.

1171 Siehe überblickshaft *Szymanski*, Und das Hamsterrad dreht sich … (Teil I). Zum Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015, migraLex 2015, 54 und *Szymanski*, Und das Hamsterrad dreht sich … (Teil II). Zum Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015, migraLex 2016, 18.

1172 BGBl I 145/2017.

1173 Siehe überblickshaft *Peyrl*, Das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 und die Novelle des AuslBG 2017 oder die jährlichen Grüße des Murmeltiers, DRdA-infas 2017, 387 und *Völker/Krumphuber*, Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 und Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 Teil II in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Asyl- und Fremdenrecht. Jahrbuch 2017 (2017) 63.

1174 BGBl I 56/2018.

1175 Siehe überblickshaft *Krisper/Krumphuber*, Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018 in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Asyl- und Fremdenrecht. Jahrbuch 2018 (2018) 79.

1176 BGBl I 53/2019.

1177 Siehe nur *Caritas Österreich*, Stellungnahme zum BBU-G v 12.4.2019, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/SNME/SNME_04210/imfname_749935.pdf (30.6.2019) oder *Österreichische Rechtsanwaltskammertag*, Stellungnahme zum BBU-G v 12.4.2019, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/SNME/SNME_04091/imfname_747934.pdf (30.6.2019).

1178 § 2 Abs 1 BBU-G.

1179 § 2 Abs 3 BBU-G.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Rechtlicher Status von Fremden

Bevor die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" dargestellt werden, beschreibe ich den rechtlichen Status von Fremden im geltenden Fremdenrecht. Hierbei liegt der Fokus vor allem auf allgemeinen aufenthaltsrechtlichen Aspekten, dem Zugang zu unselbstständiger Beschäftigung, zu Sozialleistungen und zur Gesundheitsversorgung.

1. Un/rechtmäßiger Aufenthalt

§ 31 FPG legt fest, in welchen Situationen sich Fremde rechtmäßig oder unrechtmäßig in Österreich aufhalten. Zunächst sind jene Sachverhaltskonstellationen taxativ aufgezählt, die einen rechtmäßigen Aufenthalt begründen.[1180] Alle Fälle, die hiervon nicht erfasst sind, sind als unrechtmäßiger Aufenthalt einzustufen,[1181] folglich auch das Rechtsinstitut der Duldung.[1182]

Halten sich Fremde unrechtmäßig auf und werden sie aufgegriffen, ist ein Verfahren zum Erlass einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme einzuleiten.[1183] In Bezug auf Drittstaatsangehörige handelt es sich hierbei um die Rückkehrentscheidung.[1184] Mit Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung wird der*die Drittstaatsangehörige zur unverzüglichen Ausreise verpflichtet, insofern die Frist für die freiwillige Ausreise abgelaufen ist.[1185]

Eine wichtige Fallkonstellation in Bezug auf das österreichische Recht sind Fremde, die einen Antrag auf internationalen Schutz nach dem AsylG stellen, ihr Antrag aber zurück- oder abgewiesen wird.[1186] Erhalten sie weder den Status als Asylberechtige*r noch den Status als subsidiär Schutzberechtige*r noch eine „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" oder einen „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK", ist eine Rückkehrentscheidung zu erlassen.[1187] Dasselbe gilt für den Fall, dass der Status als Asylberechtigter aberkannt und kein subsidiärer Schutz zuerkannt oder

1180 § 31 Abs 1 FPG.
1181 § 31 Abs 1a FPG.
1182 § 31 Abs 1a Z 3 FPG; siehe Kapitel 5.A.I.3.
1183 Siehe nur §§ 52ff FPG.
1184 § 52 FPG.
1185 § 52 Abs 8 FPG.
1186 § 10 AsylG.
1187 Vertiefend *Hinterberger*, Asyl- und Fremdenpolizeirecht (2017) 4f, 27f, 37, 71.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Status als subsidiär Schutzberechtigter aberkannt wird.[1188] Das BFA hat ebenso vorzugehen, wenn ein Antrag auf einen „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" gestellt wird. Mit der Zurück- oder Abweisung des Antrags hat das BFA grundsätzlich eine Rückkehrentscheidung zu erlassen.[1189] Eine Ausnahme besteht, insofern bereits eine rechtskräftige und noch aufrechte Rückkehrentscheidung erlassen wurde und sich der Sachverhalt seit dem Erlass ebendieser nicht geändert hat.[1190]

2. Unselbstständige Beschäftigung

Das AuslBG stellt die einschlägige Rechtsvorschrift für den Zugang von Fremden bzw Ausländer*innen[1191] zu unselbstständiger Beschäftigung in Österreich dar. Diese ist grundsätzlich genehmigungspflichtig.[1192] Folglich ist unrechtmäßig aufhältigen Fremden der Zugang zum Arbeitsmarkt verwehrt, wovon mit einer Ausnahme auch Geduldete umfasst sind.[1193]

Die Genehmigung zum Ausüben der unselbstständigen Beschäftigung wird in Österreich als „Beschäftigungsbewilligung" bezeichnet. Die Erteilung ist an den rechtmäßigen Aufenthalt gebunden.[1194] Die Beschäftigungsbewilligung wird in der Regel den Arbeitgeber*innen und für den im Antrag bezeichneten Arbeitsplatz erteilt.[1195] Folglich können die Arbeitnehmer*innen selbst keinen Antrag auf eine Beschäftigungsbewilligung stellen.[1196] Sie erlischt mit Beendigung der Erwerbstätigkeit.[1197] *Peyrl* führt deshalb überzeugend aus, dass „es sich um eine für Migrant*innen äußerst nachteilige Bewilligung handelt, da das Beschäftigungsrecht in

---

1188 §§ 7 und 9 AsylG und siehe Kapitel 5.A.I.3.a.
1189 § 52 Abs 3 FPG und § 10 Abs 3 AsylG. Siehe auch unten Fn 1280.
1190 VwGH 16.12.2015, Ro 2015/21/0037.
1191 Die Legaldefinition für nichtösterreichische Staatsangehörige ist im AuslBG der Begriff „Ausländer"; § 2 Abs 1 AuslBG.
1192 Zu jenen Ausländer*innen, die vom Anwendungsbereich des AuslBG gem § 1 Abs 2 AuslBG ausgenommen sind, vertiefend *Deutsch/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht Kommentar[2] (2018) § 1 AuslBG Rn 2ff und *Marhold/Başar*, Erwerbstätigkeit von AusländerInnen in Österreich: Die Hürden und Fallen der AusländerInnenbeschäftigung, juridikum 2016, 93 (95ff).
1193 Vgl *Hinterberger*, DRdA 2018, 107-109.
1194 §§ 3ff AuslBG; hierzu *Deutsch/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht §§ 3ff AuslBG.
1195 Siehe nur § 4 Abs 1 und § 19 Abs 1 AuslBG.
1196 Vgl *Marhold/Başar*, juridikum 2016, 98.
1197 §§ 6 und 7 Abs 6 AuslBG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Österreich an die*den konkrete*n Arbeitgeber*in geknüpft ist und dieses bei Beendigung ipso iure wegfällt".[1198]

Um eine Beschäftigungsbewilligung zu erlangen, sind bestimmte Voraussetzungen zu erfüllen.[1199] Besonders bedeutsam ist die Arbeitsmarktprüfung. Das Arbeitsmarktservice prüft, ob die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung des*r geduldeten Fremden zulassen.[1200] Dies ist dann der Fall, wenn für die zu besetzende offene Stelle weder ein*e Inländer*in noch ein*e am Arbeitsmarkt verfügbare*r Fremde*r[1201] zur Verfügung steht, der*die bereit und fähig ist, die beantragte Beschäftigung auszuüben.[1202] Werden die Voraussetzungen für das Erteilen einer Beschäftigungsbewilligung kumulativ erfüllt, hat der*die Arbeitgeber*in hierauf einen Rechtsanspruch.[1203]

Die innerstaatliche Umsetzung der RahmenRL hat den Anwendungsbereich der Beschäftigungsbewilligung stark eingeschränkt,[1204] da seither nur mehr ausgewählte Personengruppen wie etwa Geduldete, die früher asylberechtigt oder subsidiär schutzberechtigt waren, oder Inhaber*innen einer „Aufenthaltsberechtigung" oder „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" erfasst sind.[1205] Alle anderen Fremden bzw Ausländer*innen erhalten einen Aufenthaltstitel, der in der Regel einen Zugang zu unselbstständiger Beschäftigung umfasst.

3. Sozialleistungen

Für den Fall der Hilfsbedürftigkeit von Fremden gibt es in Österreich sowohl die Grundversorgung[1206] als auch die Bedarfsorientierte Mindestsicherung. Die Gewährleistung von Grundversorgungsleistungen für hilfs- und schutzbedürftige Fremde wurde auf Grundlage einer Art 15a B-VG-

1198 *Peyrl*, Arbeitsmarkt 261.
1199 § 4 Abs 1 und 3 AuslBG.
1200 § 4 Abs 1 AuslBG; vertiefend *Deutsch/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht § 4 AuslBG Rn 4-6.
1201 Wie etwa EWR-Bürger*innen; § 2 Abs 6 AuslBG.
1202 § 4b Abs 1 AuslBG; näher zu dieser Bestimmung *Deutsch/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht § 4b AuslBG.
1203 Vgl *Deutsch/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht § 4 AuslBG Rn 2.
1204 BGBl I 72/2013.
1205 Vgl *Deutsch/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht § 4 AuslBG Rn 2.
1206 Siehe Grundversorgungsgesetz - Bund 2005, BGBl 405/1991 idF BGBl I 56/2018; vertiefend *Frahm*, Zugang zu adäquater Grundversorgung für Asylsuchende aus menschenrechtlicher Perspektive, juridikum 2013, 464.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern vereinheitlicht.[1207] Hierbei handelt es sich um die sogenannte Grundversorgungsvereinbarung (GVV). Grundsätzlich erhalten Asylwerber*innen Grundversorgungsleistungen.[1208] Daneben kommt schutzbedürftigen, unrechtmäßig aufhältigen Fremden ein Anspruch auf Leistungen aus der Grundversorgung zu, wenn sie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar sind.[1209] Bis zur Feststellung der Unmöglichkeit der Abschiebung, dh der „Duldung",[1210] haben diese Personen aber sohin kein Recht auf Einbeziehung in die Grundversorgung.

Die Bedarfsorientierte Mindestsicherung stellt das „dritte oder letzte Netz der sozialen Sicherheit"[1211] in Österreich dar und soll vor Armut und sozialer Ausgrenzung schützen. Sie greift in Fällen, in denen die vorgelagerten Systeme aus Sozialversicherung, Erwerbsarbeit oder anderen sozialen Transfers kein festgesetztes Mindesteinkommen garantieren. Österreichweit hat der Bund von der Möglichkeit der Erlassung eines Grundsatzgesetzes derzeit keinen Gebrauch gemacht.[1212] Deshalb richtet sich die Frage der Anspruchsberechtigung auf Leistungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung nach den jeweiligen Landesgesetzen.[1213] Diese werden seit 2017 im öffentlichen Diskurs heiß debattiert. Ende November 2018 wurde von der österreichischen Bundesregierung ein bundeseinheitlicher Entwurf für eine Mindestsicherung eingebracht (Sozialhilfe-Grundsatzgesetz),[1214] der einen Pauschalsatz von 863 € pro Monat vorsieht,[1215] wobei eine allgemeine Wartefrist von fünf Jahren grundsätzlich für Drittstaatsan-

---

1207 Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rn 318-321 mwN. Hierbei handelt es sich um einen sogenannten „Bund-Länder-Vertrag".

1208 Art 2 Abs 1 Z 1 GVV.

1209 Art 2 Abs 1 Z 4 GVV; vertiefend zu dieser Bestimmung *Frahm*, juridikum 2013, 469f.

1210 Siehe Kapitel 5.A.I.3.b.

1211 *Kammer für Arbeiter und Angestellte*, Sozialleistungen im Überblick 2018[20] (2018) 376.

1212 *Pfeil*, (Vorläufiges) Aus für die einheitliche Mindestsicherung, ÖZPR 2017/14, 24.

1213 Zu den verfassungsrechtlich bedenklichen Entwicklungen siehe *Hiesel*, Mindestsicherung neu. Erste Gedankenskizzen, juridikum 2017, 80; *Sußner*, Warten auf … ? Verfassungs- und unionsrechtliche Perspektiven auf den Mindestsicherungszugang nach einem positiv abgeschlossenen Asylverfahren (NÖ MSG), juridikum 2017, 207; *Kaspar*, juridikum 2017, 476.

1214 Ministerialentwurf Sozialhilfe-Grundsatzgesetz 2018, 104/ME 26. GP.

1215 *Fritzl*, Mindestsicherung: Die Reform im Detail, diepresse.com v 28.11.2018, https://diepresse.com/home/innenpolitik/5537388/Mindestsicherung_Die-Reform-im-Detail (28.11.2018).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gehörige vorgesehen ist. Das Sozialhilfe-Grundsatzgesetz wurde sodann im Frühjahr 2019 nach Abschluss der vorliegenden Arbeit (1.1.2019) angenommen und ist am 1.6.2019 in Kraft getreten.[1216] Dieses wird gemeinsam mit den Ausführungsgesetzen[1217] der Bundesländer die noch geltende Bedarfsorientierte Mindestsicherung ablösen.[1218] Zu beachten ist, dass derzeit ein Gesetzesprüfungsverfahren beim VfGH anhängig ist,[1219] da laut Individualantrag von 21 SPÖ-Bundesrats-Mitgliedern „mehrere Bestimmungen dieses Grundsatzgesetzes gegen den Gleichheitssatz, das Legalitätsprinzip sowie – wegen ihres hohen Detaillierungsgrades – gegen das ‚Wesen' eines Grundsatzgesetzes"[1220] verstoßen.

4. Gesundheitsversorgung

Die Einbeziehung in die Krankenversicherung ist in Österreich in der Regel an das Bestehen einer Erwerbstätigkeit, das Erhalten einer Pension oder das Erfüllen der Familienangehörigeneigenschaft geknüpft.[1221] Darüber hinaus werden Grundversorgungsbezieher*innen und solche der Bedarfsorientierten Mindestsicherung in die Krankenversicherung miteinbezogen.[1222]

1216 BGBl I 41/2019; vertiefend *Pfeil*, „Sozialhilfe neu" - viele Verschärfungen, aber wenig Vereinheitlichung, ÖZPR 2019/18, 26 und *Leitner*, Das neue Sozialhilfe-Grundsatzgesetz, Arbeits- und SozialrechtsKartei 2019, 304.

1217 Diese sind innerhalb von sieben Monaten nach Inkrafttreten des Sozialhilfe-Grundsatzgesetzes zu erlassen und in Kraft zu setzen.

1218 Vgl *Leitner*, Arbeits- und SozialrechtsKartei 2019, 304.

1219 VfGH G 164, 171/2019.

1220 *NN*, VfGH-Oktober-Session 2019: Sozialversicherungs-Organisationsreform, Gastronomie-Rauchverbot und Sicherheitspaket auf der Agenda, vfgh.gv.at v 19.9.2019, https://www.vfgh.gv.at/medien/Sozialversicherungs-Organisations reform__Sicherheitsp.de.php (1.10.2019). Am 12.12.2019 hat der VfGH sodann zwei Bestimmungen (den Arbeitsqualifizierungsbonus und das Höchstsatzsystem für Kinder) des Sozialhilfe-Grundsatzgesetzes als verfassungswidrig aufgehoben; VfGH 12.12.2019, G 164/2019-25, G 171/2019-24.

1221 Siehe §§ 4-12 ASVG.

1222 Kritisch *Lukits*, Die gesetzliche Krankenversicherung von Asylwerbern und Asylberechtigten, migraLex 2017, 14 (15ff mwN).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Allgemeines zu den „Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen“

Bevor die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ näher dargestellt werden, ist darauf hinzuweisen, dass eine in Österreich festgelegte Regularisierung nicht in diese Kategorie fällt. Hierbei handelt es sich um die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ für unbegleitete minderjährige Fremde in Obhut von Pflegeltern oder des Kinder- und Jugendhilfeträgers,[1223] die aus Gründen der vereinfachten Darstellung an dieser Stelle nicht näher thematisiert wird.

1. Überblick

Mit Inkrafttreten des Fremdenbehördenneustrukturierungsgesetzes[1224] am 1.1.2014 sind die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ vom NAG in das 7. Hauptstück des AsylG transferiert und neu geregelt worden.[1225] Für diese ist das BFA, das gleichzeitig neu geschaffen wurde, zuständig.[1226] Innerhalb des AsylG wirken die Aufenthaltstitel in der derzeit normierten Form systemfremd, da sie anders als der Flüchtlingsbegriff und der subsidiäre Schutz nicht in direktem Zusammenhang mit dem europarechtlich vorgegebenen Verfahren auf internationalen Schutz stehen. *Muzak* spricht sich etwa dafür aus, dass diese Aufenthaltstitel „im Migrationsrecht in Form von Ausnahmen zu bestimmten Versagungsgründen ohne aufwendiges Sonderverfahrensrecht geregelt werden“ sollten.[1227]

Die Entscheidungen des BFA ergehen als Bescheid.[1228] Hierbei handelt es sich um eine administrative Entscheidung, die sich an Rechtsunterworfene richtet.[1229] Das österreichische Recht kennt 25 Aufenthaltsberechtigungen, wobei „die verschiedenen Formen des Aufenthaltsrechts im Asylverfahren bzw Asylrecht und kurzfristige Berechtigungen (Visa) noch gar nicht mitgezählt“[1230] werden. Die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ können im Hinblick auf die maßgeblichen Ertei-

1223 § 41a NAG und siehe Kapitel 5.C.V.
1224 BGBl I 87/2012.
1225 §§ 54ff AsylG; vgl ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 44.
1226 § 3 Abs 2 Z 2 BFA-VG.
1227 *Muzak* in *ÖJT* 47.
1228 § 12 BFA-VG.
1229 Siehe bereits Fn 472.
1230 *Peyrl*, Arbeitsmarkt 3 Fn 8.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:11
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lungsgründe unterschieden werden: „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK"; „Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen"; „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz". Betreffend den Berechtigungsumfang können sie wie folgt unterschieden werden:[1231]

	Erteilungsvoraussetzungen	**Arbeitsmarktzugang**
„Aufenthaltsberechtigung"	Voraussetzungen des „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK" oder des „Aufenthaltstitels in besonders berücksichtigungswürdigen Gründen"	Beschränkt – Beschäftigungsbewilligung erforderlich
„Aufenthaltsberechtigung plus"	Allgemeine und zusätzliche Voraussetzungen des „Aufenthaltstitels aus Gründen des Art 8 EMRK" oder des „Aufenthaltstitels in besonders berücksichtigungswürdigen Gründen"	Unbeschränkt
„Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz"	Voraussetzungen der „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz"	Beschränkt – Beschäftigungsbewilligung erforderlich, wobei Arbeitsmarktprüfung entfällt

Tabelle 4: Erteilungsvoraussetzungen und Arbeitsmarktzugang der „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen"

Daten zu den „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" sind innerhalb der Asylstatistiken zu finden. In diesen ist aber nur die Kategorie „humanitäre Aufenthaltstitel" zu finden, die laut Definition bloß die „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK" und die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" umfassen.[1232] Zum „Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen" gab es bislang überhaupt keine offiziellen Daten. Nach Abschluss der vorliegenden Arbeit wurden solche erstmals in einer Studie veröffentlicht, wonach im Zeitraum zwischen 2014 und 2018 169 erteilt wurden.[1233]

1231 Siehe näher Kapitel 4.B.III.4.

1232 „Ist ein Asylantrag abzuweisen, hat die Behörde von Amts wegen oder auf Antrag bescheidmäßig zu prüfen, ob ein ‚Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründe' im Sinne des Asylgesetzes 2005 als ‚humanitärer Aufenthaltstitel' erteilt werden kann"; *Bundesministerium für Inneres*, Asylstatistik 2017, https://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/files/Jahresstatistiken/Asyl-Jahresstatistik_2017.pdf (19.11.2018) 54.

1233 *Bassermann*, Überblick über nationale Schutzstatus in Österreich v Mai 2019, https://www.emn.at/wp-content/uploads/2019/09/emn-natioanler-bericht-2019_nationale-schutzstatus.pdf (15.10.2019) 24-26.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nach den Asylstatistiken gab es 2017 1.580 rechtskräftige Erteilungen von „humanitären Aufenthaltstiteln" und 9.356 negative Entscheidungen;[1234] 2016 1.546 Erteilungen und 9394 negative Entscheidungen;[1235] 2015 2.112 Erteilungen und 6540 negative Entscheidungen[1236] sowie 2014 184 Erteilungen und 1.555 negative Entscheidungen.[1237] Die Daten sind jedoch kritisch zu hinterfragen, da sie unter anderem keinen Rückschluss darauf zulassen, in welchem Jahr die diesbezüglichen Verfahren eingeleitet wurden oder welcher der beiden Aufenthaltstitel erteilt wurde bzw was unter „rechtskräftig negativer Entscheidung" zu verstehen ist.[1238] Die niedrigen Erteilungszahlen zeigen aber jedenfalls die untergeordnete Rolle, die „humanitären Aufenthaltstitel" im österreichischen Fremdenrecht derzeit spielen, vor allem wenn man diese in Relation zu den rechtskräftigen Entscheidungen in Asylverfahren setzt. 2017 wurden 21.767 rechtskräftig positive Entscheidungen, 14.320 negative Entscheidungen und 7.005 sonstige Entscheidungen erlassen.[1239]

2. Verwaltungsverfahren

Die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" können einerseits beantragt werden und andererseits amtswegig im Asylverfahren geprüft werden. Im Hinblick auf die vorliegende Arbeit ist besonders relevant, dass die Antragstellung aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität heraus möglich ist. Folglich sind die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" als Regularisierungen zu qualifizieren. Aus kontextuellen Gesichtspunkten wird auch das amtswegige Verfahren untersucht, auch wenn es für die vorliegende Arbeit nicht einschlägig ist. Da-

1234 *Bundesministerium für Inneres*, Asylstatistik 2017, 47-52.

1235 *Bundesministerium für Inneres*, Asylstatistik 2016, https://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/files/Jahresstatistiken/Jahresstatistik_Asyl_2016.pdf (19.11.2018) 32.

1236 *Bundesministerium für Inneres*, Asylstatistik 2015, https://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/files/Jahresstatistiken/Asyl_Jahresstatistik_2015.pdf (19.11.2018) 14.

1237 *Bundesministerium für Inneres*, Asylstatistik 2014, https://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/files/Jahresstatistiken/Asyl_Jahresstatistik_2014.pdf (19.11.2018)14.

1238 Die allgemeinen Hinweise am Ende jeder Statistik lassen hierauf keinen Rückschluss zu.

1239 *Bundesministerium für Inneres*, Asylstatistik 2017, 7. Wiederum ist die in der Statistik verwendete Terminologie derart ungenau, dass diese Zahlen nur einen groben Überblick geben können und keine genauen Rückschlüsse zulassen.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rüber hinaus werden die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen und Versagungsgründe sowie das Verfahrensende dargestellt.

a. Antragstellung

Der Antrag auf einen „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" kann persönlich beim BFA gestellt werden,[1240] auch wenn der*die Fremde bei der Antragsstellung über kein Aufenthaltsrecht verfügt. Der angestrebte Aufenthaltstitel ist hierbei genau zu bezeichnen,[1241] ansonsten hat das BFA einen Verbesserungsauftrag zu erteilen.[1242] Nach den Grundsätzen des österreichischen Verwaltungsrechts müssen die Voraussetzungen nicht nur im Zeitpunkt der Antragstellung, sondern – vereinfacht gesagt – auch im Entscheidungszeitpunkt der zuständigen Behörde[1243] bzw des zuständigen Verwaltungsgerichts[1244] vorliegen.

Für unrechtmäßig aufhältige Fremde ist besonders relevant, dass ein Antrag auf Erteilung eines „Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen" kein Aufenthaltsrecht[1245] begründet und dem Erlass und der Durchführung aufenthaltsbeendender Maßnahmen grundsätzlich nicht entgegensteht.[1246] Das AsylG normiert jedoch eine Ausnahme, wonach das BFA die rechtskräftige Entscheidung des Verfahrens abzuwarten hat und eine aufenthaltsbeendende Maßnahme daher nicht vollstrecken kann (faktischer Abschiebeschutz):[1247] Wenn das Verfahren zum Erlass der Rück-

1240 § 58 Abs 5 AsylG.
1241 § 58 Abs 6 AsylG.
1242 § 13 Abs 3 AVG.
1243 Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG (Stand 1.7.2005, rdb.at) § 39 AVG Rn 41f. Siehe etwa zum NAG VwGH 22.2.2018, Ra 2018/22/0018 oder zur Asylgewährung gem AsylG VwGH 3.5.2016, Ra 2015/18/0212.
1244 VwGH 21.10.2014, Ro 2014/03/0076
1245 § 58 Abs 13 S 1 AsylG und § 16 Abs 5 BFA-VG. AA *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer* (Hrsg), Kommentar Asyl- und Fremdenrecht (2016) § 55 AsylG K 7, § 56 AsylG K 6 und § 57 AsylG K 5 mit Hinweis auf VwGH 22.10.2009, 2009/21/0293. *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer* weisen hierbei auf die Rspr des VwGH betreffend die alte Rechtslage hin, wonach „ein allgemeines Recht abgeleitet werden [kann], die Entscheidung über einen Antrag" nach §§ 55-57 AsylG im Inland abzuwarten.
1246 Vertiefend zur Vorgängerbestimmung § 44b Abs 3 NAG idF BGBl I 122/2009 *Völker*, Verschafft die bloße Antragstellung auf einen „humanitären" Aufenthaltstitel ein Bleiberecht? VfGH versus VwGH, migraLex 2010, 60.
1247 § 58 Abs 13 S 4 AsylG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kehrentscheidung erst nach Antragstellung eingeleitet wurde und die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des „Aufenthaltstitels in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen“ gegeben sind und folglich die Erteilung wahrscheinlich ist.[1248]

b. Amtswegigkeit

Die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ und der „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK“ werden auch im Asylverfahren vom BFA geprüft, wenn weder Asylgründe noch Gründe für die Erteilung von subsidiärem Schutz vorliegen. Verfahrensrechtlich wird zunächst die Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ geprüft.[1249] Anschließend wird der „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK“ im Rahmen der amtswegigen Erlassung einer Rückkehrentscheidung geprüft.[1250] Vereinfacht ausgedrückt ist eine solche amtswegige Prüfung folglich immer dann vorzunehmen, wenn ein Asylantrag zurückgewiesen wird; inhaltlich die ersten beiden Spruchpunkte (Asyl bzw subsidiärer Schutz) abgewiesen werden; oder in einem Aberkennungsverfahren Asyl aberkannt und kein subsidiärer Schutz zuerkannt oder subsidiärer Schutz aberkannt wird.[1251]

Werden die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ und der „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK“ im Asylverfahren geprüft, sind sie in diesen Fällen nicht als Regularisierung zu qualifizieren, da die Fremden während des Asylverfahrens über ein Aufenthaltsrecht verfügen und daher der Regularisierungsbegriff nicht erfüllt ist.[1252] Die amtswegige Prüfung zeigt aber wie verstrickt die beiden „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ mit dem Asylverfahren und daher kontextuell von Bedeutung sind.

1248 Siehe Kapitel 5.D.II.2.a.

1249 § 10 Abs 2 und § 58 Abs 1 AsylG; vgl *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht § 55 AsylG K 3.

1250 In dem Sinne *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht § 55 AsylG K 3.

1251 §§ 7 und 9 AsylG und siehe Kapitel 5.A.I.2.a.

1252 Siehe Kapitel 2.A.II.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen und Versagungsgründe

Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen für die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" sind in § 60 AsylG festgelegt.[1253] Terminologisch überzeugender ist aber von Versagungsgründen zu sprechen, da die normierten Tatbestände nicht zu erfüllen sind, sondern deren Vorliegen einen Hinderungsgrund für die Erteilung darstellt.[1254] Ein solcher Versagungsgrund besteht dann, wenn der rechtmäßige Aufenthalt des*r Fremden den öffentlichen Interessen widersprechen würde.[1255] Im Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 wurden explizit zwei Sachverhaltskonstellationen angeführt, die normieren, wann dies der Fall ist, bspw wenn ein Naheverhältnis des*der Fremden zu extremistischen oder terroristischen Gruppierungen aufgrund bestimmter Verhaltensweisen nicht ausgeschlossen werden kann.[1256]

Ein weiterer Versagungsgrund ist das Bestehen einer aufrechten Rückkehrentscheidung iVm einem Einreiseverbot.[1257] Der Ausschlussgrund ist nur auf den „Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen" bzw die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" anwendbar.[1258] Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass jeder der „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" beantragt werden kann, insofern „bloß" eine Rückkehrentscheidung gegen einen unrechtmäßig aufhältigen Fremden erlassen wurde.

Fremde trifft überdies eine allgemeine Mitwirkungspflicht im Verfahren zu Erteilung eines „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen". Die Verletzung dieser führt bei amtswegig eingeleiteten Verfahren zur Einstellung ebendieses bzw bei Verfahren, die durch einen Antrag eingeleitet wurden, zur Zurückweisung des Antrags.[1259] Eine solche Verletzung stellt die Nichtvorlage eines Identitätsdokuments wie etwa eines gültigen Reisedokuments dar, die jedoch durch das Stellen eines Heilungsan-

1253 VwGH 14.4.2016, Ra 2016/21/0077.
1254 Ausgenommen ist hierbei § 60 Abs 2 AsylG, der sich aber ohnehin nur auf die „Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen" bezieht und deshalb keine allgemeine Erteilungsvoraussetzung für die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" darstellt; siehe Kapitel 5.D.II.2.
1255 § 60 Abs 3 AsylG.
1256 Vgl ErläutRV 1523 BlgNR 25. GP, 44f.
1257 § 60 Abs 1 Z 1 AsylG verweist hier auf § 52 iVm § 53 Abs 2 oder 3 FPG.
1258 VwGH 16.12.2015, Ro 2015/21/0037.
1259 § 58 Abs 11 AsylG; vgl VwGH 30.6.2015, Ra 2015/21/0039.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trags behoben werden kann.[1260] Wird ein solcher Antrag trotz Belehrung durch das BFA nicht eingebracht, ist der Antrag zurückzuweisen bzw das Verfahren einzustellen.[1261]

Verfahrensrechtlich sind alle Anträge auf Erteilung eines „Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen" zurückzuweisen, wenn sich kein geänderter Sachverhalt zu einem zuvor gestellten, gleich gelagerten Antrag ergibt.[1262] Besonderheiten ergeben sich in den Fällen von res iudicata bei dem „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK".[1263]

d. Verfahrensende

In jedem Fall ergeht die Entscheidung über die Erteilung bzw Nichterteilung eines Aufenthaltstitels mit verfahrensabschließendem Bescheid.[1264] Sollte dem Antrag stattgegeben bzw die amtswegige Prüfung positiv abgeschlossen werden, hat das BFA mit Rechtskraft des Spruchpunkts die Aufenthaltsberechtigungskarte auszustellen.[1265] Weiters ist im Hinblick auf den Berechtigungsumfang zu unterscheiden:[1266] Die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" kann – wie bereits dem Namen zu entnehmen ist – nur jenen Personen erteilt werden, die die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen. Die „Aufenthaltsberechtigung" ist jenen Personen zu erteilen, die die Voraussetzungen für die „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK" oder „Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen" erfüllen, welche in Kapitel 5 noch näher ausgeführt werden.[1267] Neben diesen müssen zur Erlangung der „Aufenthaltsberechtigung plus" zusätzliche Voraussetzungen erfüllt werden. Diese umfassen Deutsch auf A2-Niveau (Grundkenntnisse)[1268] oder das Ausüben einer erlaubten Erwerbstätigkeit im Entscheidungszeitpunkt, mit der die Geringfügigkeits-

1260 § 4 Abs 1 Z 3 iVm § 8 Abs 1 Z 1 Asylgesetz-Durchführungsverordnung idF BGBl II 228/2018.
1261 Anstatt vieler VwGH 15.9.2016, Ra 2016/21/0206.
1262 § 58 Abs 10 AsylG.
1263 VwGH 16.12.2015, Ro 2015/21/0037.
1264 § 58 Abs 3, 4, 7 und 8 AsylG.
1265 § 58 Abs 4 S 1 und Abs 7 AsylG.
1266 Siehe Tabelle 4 in Kapitel 4.B.III.1.
1267 Siehe Kapitel 5.B.III.1., Kapitel 5.C.III.1. und Kapitel 5.D.II.2.a.
1268 Das AsylG verweist hier auf § 9 Integrationsgesetz, BGBl I 68/2017 idF BGBl I 37/2018, in dem das Modul 1 der Integrationsvereinbarung normiert ist.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grenze überschritten wird.[1269] Die Geringfügigkeitsgrenze liegt im Kalenderjahr 2018 bei 438,05 € pro Monat.[1270] Die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" vereint,[1271] dass sie befristet sind und zum Aufenthalt für die Dauer von zwölf Monaten berechtigen.[1272] Mit der Erteilung des Aufenthaltstitels wird eine zuvor erlassene Rückkehrentscheidung gegenstandslos.[1273]

Mit der „Aufenthaltsberechtigung plus" geht ein unbeschränkter Arbeitsmarktzugang einher.[1274] Die „Aufenthaltsberechtigung" und „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" berechtigen sowohl zur Ausübung einer selbstständigen als auch unselbständigen Erwerbstätigkeit. Für die Ausübung letzterer ist allerdings eine Beschäftigungsbewilligung nach dem AuslBG erforderlich.[1275] Bei der „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" entfällt im Rahmen der Beantragung der Beschäftigungsbewilligung die Arbeitsmarktprüfung, was bei der „Aufenthaltsberechtigung" nicht der Fall ist.[1276] *Peyrl* hat diesbezüglich zutreffend ausgeführt, dass das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit grundsätzlich unionsrechtlich zulässig ist.[1277] Hierbei hat der Autor vor allem die RahmenRL analysiert, wonach die Mitgliedstaaten nur eine einzige Bewilligung für Arbeit und Aufenthalt erteilen.[1278] Ich habe an anderer Stelle ausgeführt, dass der unterschiedliche Arbeitsmarktzugang zwischen „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" und „Aufenthaltsberechtigung" als verfassungswidrig zu qualifizieren ist, da die Ungleichbehandlung sachlich nicht gerechtfertigt ist.[1279]

Bei einem negativen Verfahrensende hat das BFA in der Regel gleichzeitig mit der Zurück- oder Abweisung des Antrags eine Rückkehrentschei-

---

1269 § 55 Abs 1 Z 2 AsylG bzw § 56 Abs 1 Z 3 iVm § 56 Abs 2 AsylG.
1270 § 5 Abs 2 ASVG.
1271 Siehe hierzu etwa VwGH 14.4.2016, Ra 2016/21/0077 und 16.9.2015, Ro 2015/22/0026. Vertiefend *Hinterberger*, DRdA 2018, 111.
1272 § 54 Abs 2 Satz 1 AsylG; vgl VwGH 14.4.2016, Ro 2016/21/0077.
1273 § 60 Abs 3 Z 2 FPG. Siehe für die Aufhebung einer Rückkehrentscheidung samt Einreiseverbot VwGH 16.12.2015, Ro 2015/21/0037.
1274 § 54 Abs 1 Z 1 AsylG und § 17 AuslBG.
1275 §§ 4ff AuslBG; vgl VwGH 14.4.2016, Ra 2016/21/0077.
1276 § 4 Abs 7 Z 5 AuslBG; vgl *Deutsch/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht § 4 AufenthG Rn 41 und 54. Siehe auch § 4 Abs 3 Z 9 AuslBG.
1277 *Peyrl*, Arbeitsmarkt 320f.
1278 Art 6 RahmenRL.
1279 *Hinterberger*, DRdA 2018, 111.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dung zu erlassen.[1280] Dasselbe gilt im Asylverfahren, wenn im Zuge der amtswegigen Prüfung des „Aufenthaltstitels aus Gründen des Art 8 EMRK“ oder der „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ festgestellt wurde, dass die jeweiligen Voraussetzungen nicht vorliegen.[1281]

3. Verfestigung des Aufenthalts

Fremde, die einen der „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigenden Gründen“ für zwölf Monate innehaben, steht die Umstiegsmöglichkeit ins Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht offen. Demnach können Inhaber*innen einer „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ diese entweder verlängern[1282] oder auf eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ umsteigen. Ein rechtzeitig vor Ablauf gestellter Antrag bewirkt,[1283] dass das Aufenthaltsrecht bis zur Verlängerung bzw bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen aufenthaltsbeendenden Maßnahme bestehen bleibt.[1284] Die Wirkungen eines solchen Antrags ähneln den „Fiktionswirkungen“ des deutschen AufenthG.[1285] Die Rechtsfolge eines Verlängerungsantrags besteht einerseits darin, dass bei erneutem Vorliegen der Voraussetzungen wiederum eine „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ ausgestellt wird; andererseits, dass bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ erteilt wird.[1286] Letztere sind der Nachweis von Deutschkenntnissen auf A2-Niveau, ein Rechtsanspruch auf eine ortsübliche Unterkunft, eine ausreichende Krankenversicherung sowie dass der Aufenthalt des*r Fremden zu keiner finanziellen Belastung für den öster-

1280 § 52 Abs 3 FPG und § 10 Abs 3 AsylG. Vgl hierzu VwGH 21.9.2017, Ra 2017/22/0128 Rn 15 und 14.4.2016, Ra 2016/21/0077 Rn 25 in Bezug auf die Ausnahme gem § 10 Abs 3 S 2 iVm § 58 Abs 9 AsylG.

1281 § 10 Abs 1 AsylG und § 52 Abs 2 FPG. Siehe VwGH 12.11.2015, Ra 2015/21/0023 in Bezug auf die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“.

1282 Betreffend die Verlängerung der „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ trifft das BFA eine kürzere Entscheidungspflicht von vier Monaten. § 59 Abs 4 AsylG; vgl *Ecker*, Schnittstellen zwischen AsylG 2005 und NAG unter besonderer Berücksichtigung von „Bleiberecht“ und Familienzusammenführung in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Asyl- und Fremdenrecht. Jahrbuch 2016 (2016) 83 (99).

1283 Jedoch frühestens drei Monate vor Gültigkeitsende.

1284 § 59 Abs 1 AsylG.

1285 Siehe Kapitel 4.A.V.1.

1286 § 59 Abs 4 AsylG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

reichischen Staat wird.[1287] Die Prüfung der zusätzlichen Voraussetzungen erfolgt amtswegig, wobei das BFA die nach dem NAG zuständige Behörde hierüber unverzüglich zu verständigen hat.[1288] Teilt das BFA das Erfüllen der zusätzlichen Voraussetzungen mit, ist die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" ohne weitere Prüfung zu erteilen.[1289] Mit der Erteilung der „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" geht ein uneingeschränkter Arbeitsmarktzugang einher[1290] und sie gilt für die Dauer von zwei Jahren.[1291] Liegen die zusätzlichen Voraussetzungen nicht vor, ist erneut eine „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" zu erteilen.[1292]

Fremde mit einer „Aufenthaltsberechtigung" oder „Aufenthaltsberechtigung plus" können lediglich eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" gem § 41a Abs 9 Z 1 und 2 NAG beantragen, wobei eine amtswegige Erteilung nicht vorgesehen ist.[1293] Eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" hat das BFA an jene Fremde zu erteilen, die seit zwölf Monaten eine „Aufenthaltsberechtigung plus" oder eine „Aufenthaltsberechtigung" besitzen und über Deutschkenntnisse auf A2-Niveau verfügen oder zum Entscheidungszeitpunkt eine Erwerbstätigkeit ausüben und damit die Geringfügigkeitsgrenze überschreiten.[1294] Bei Vorliegen der Voraussetzungen besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung.[1295] Die Antragsstellung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" ist als Erstantrag im Sinne des NAG zu werten.[1296] Da es sich um keinen Verlängerungsantrag handelt, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Qualität des Aufenthalts vor allem im Zusammenhang mit der Erlangung eines unbefristeten Niederlassungsrechts, insofern die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" erst nach Ablauf der „Aufenthaltsberechtigung" oder „Aufenthaltsberechtigung plus" erteilt wird. Nach der VwGH-Rspr ist der Aufenthalt nach Ablauf der „Aufenthaltsberechtigung" oder „Aufenthaltsberech-

1287 § 59 Abs 4 Z 3 iVm § 60 Abs 2 AsylG.
1288 § 59 Abs 5 AsylG.
1289 ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 51.
1290 § 3 Abs 1 AuslBG und § 8 Abs 1 Z 2 NAG; vertiefend *Peyrl*, Die Neuordnung der Arbeitskräftemigration nach Österreich („Rot-Weiß-Rot-Karte"), DRdA 2011, 476 und *Kreuzhuber*, Arbeitsmigration nach Österreich – Eckpunkte und erste Erfahrungen zur Rot-Weiß-Rot-Karte, ZAR 2014, 13.
1291 § 41 Abs 5 S 1 NAG.
1292 § 59 Abs 4 AsylG.
1293 ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 77.
1294 Siehe hierzu bereits Kapitel 4.B.III.2.d.
1295 *Peyrl* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl* (Hrsg), NAG Kommentar[2] (2019) § 41a NAG Rn 16.
1296 ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 73f und VwGH 23.6.2015, Ra 2014/22/0199.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tigung plus“ aufgrund der Erstantragstellung der „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ als unrechtmäßig zu beurteilen.[1297]

Liegen die Voraussetzungen für die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ nicht vor, ist weder die neuerliche Erteilung einer „Aufenthaltsberechtigung“ oder „Aufenthaltsberechtigung plus“ noch die Verlängerung – wie bei der „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ – gesetzlich vorgesehen.[1298] In diesen Fällen wird sodann eine „Niederlassungsbewilligung“ erteilt.[1299] Aus gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten scheint es bedenklich, dass mit der „Niederlassungsbewilligung“ keine unselbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt werden kann[1300] und es dadurch zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung der Betroffenen kommt.[1301] Fremde im Besitz einer „Aufenthaltsberechtigung“ erfüllen ja sogar weiterhin dieselben Voraussetzungen. Waren sie im Besitz einer „Aufenthaltsberechtigung plus“, hatten sie zumindest bereits einmal die zusätzlichen Voraussetzungen erfüllt. Sie erfüllen diese zwar nicht mehr, eine sich daraus ergebende Schlechterstellung scheint sachlich aber nicht gerechtfertigt.

4. Abgrenzungsfragen

An dieser Stelle ist auf die in § 62 AsylG festgelegte Bestimmung einzugehen, die ein „Aufenthaltsrecht für Vertriebene“ normiert.[1302] In den 90iigern wurden so Flüchtlinge aus Kroatien oder Bosnien aufgrund des Jugoslawienkriegs aufgenommen.[1303] Die Bestimmung stellt die nationale Transposition der vorübergehender-SchutzRL in Österreich dar, weshalb

---

1297 VwGH 23.6.2015, Ra 2014/22/0199. AA *Ecker* in *Filzwieser/Taucher* 99f. ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 45.

1298 ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 45.

1299 § 43 Abs 3 NAG; vertiefend *Kind* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl* (Hrsg), NAG Kommentar[2] (2019) § 43 NAG Rn 9-18.

1300 § 8 Abs 1 Z 4 NAG. Eine selbständige Erwerbstätigkeit kann hingegen weiterhin ausgeübt werden.

1301 *Peyrl*, Arbeitsmarkt 316 spricht in dem Zusammenhang von „Bestrafung“.

1302 § 62 AsylG war bis zum BGBl I 87/2012 in § 76 NAG geregelt; vgl ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 41. Vor dem Inkrafttreten des NAG war es in § 29 FrG geregelt; siehe ErläutRV 952 BlgNR 22. GP, 148. Da die Bestimmung im Wesentlich gleich geblieben ist, sind die Ausführungen von *Muzak*, Die Aufenthaltsberechtigung für „De-facto-Flüchtlinge“ durch Verordnung der Bundesregierung, ÖJZ 1999, 13, weiterhin relevant.

1303 Vgl *Asylkoordination/Diakonie/Volkshilfe/Integrationshaus/SOS Mitmensch* (Hrsg), Ein Jahr „Bleiberecht“: Eine Analyse mit Fallbeispielen, April 2010, http://s3we

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sie bzw die Vorgängerbestimmungen in der Praxis seit 1999 keine praktische Relevanz entfalten.[1304] Das Besondere hierbei ist, dass das „vorübergehende Aufenthaltsrecht" nicht wie üblicherweise in der österreichischen Rechtsordnung durch einen Bescheid, also individuellen Verwaltungsakt, sondern unmittelbar aufgrund einer Verordnung[1305] der österreichischen Bundesregierung entsteht.[1306] Diese Norm nimmt somit einen Sonderstatus ein.[1307] Folglich ist die Erteilung des Aufenthaltsrechts ohne individuelle Entscheidung und Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen möglich, weshalb § 62 AsylG nicht unter die Regularisierungsdefinition fällt und vom Gegenstand der vorliegenden Arbeit ausgeschlossen ist.[1308]

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Aufenthaltstitel im NAG, bei denen eine Inlandsantragstellung gem § 21 Abs 2 NAG möglich ist, grundsätzlich nicht untersucht werden, da es sich in der Regel um keine Regularisierungen im Sinne der vorliegenden Arbeit handelt.[1309] §§ 30a und 41a Abs 10 NAG werden in Kapitel 5.D.I.1.a. bzw Kapitel 5.C.V. thematisiert.

IV. Kompetenzen und Behörden in Bezug auf das Fremdenrecht

Die Kompetenzen zur Gesetzgebung und Vollziehung sind im B-VG allgemein zwischen Bund und Ländern aufgeteilt,[1310] dies basiert auf dem bundesstaatlichen Prinzip, das der österreichischen Verfassung innewohnt.[1311] Im Hinblick auf das Fremden- und Asylrecht fällt die Kompetenz in Gesetzgebung und Vollziehung vor allem dem Bund zu.[1312] In Österreich ist

---

b0314.peakserver.net/wp-content/uploads/2015/02/bleiberechtsbericht_03_10.pdf (11.10.2018) 4.

1304 Siehe Verordnung der Bundesregierung, mit der das Aufenthaltsrecht kriegsvertriebener Kosovo-Albaner geregelt und die Niederlassungsverordnung 1999 geändert wird, BGBl II 133/1999; vgl *Muzak*, ÖJZ 1999.

1305 Siehe zur Verordnung im österreichischen Verwaltungsrecht *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rn 724ff.

1306 Vgl *Muzak*, ÖJZ 1999.

1307 So auch schon *Muzak*, ÖJZ 1999.

1308 Siehe Kapitel 2.A.II.3.a.

1309 Siehe Kapitel 2.A.II. und vertiefend *Kind* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl* § 21 NAG Rn 19-23.

1310 Art 10-15 B-VG; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rn 235-289.

1311 Art 2 Abs 1 B-VG. Vgl *Berka*, Verfassungsrecht Rn 155.

1312 Art 10 Abs 1 Z 3 und 7 B-VG; vgl *Muzak* in *Kolonovits/Muzak/Piska/Perthold/Strejcek* 189 und allgemein zur Kompetenz nach Art 10 B-VG *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rn 241f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit 1.1.2014 das BFA eingerichtet worden,[1313] das in unmittelbarer Bundesverwaltung[1314] unter anderem für folgende Bereiche zuständig ist: Die Zu- und Aberkennung von Asyl und subsidiärem Schutz im Zusammenhang mit Anträgen auf internationalen Schutz; die Gewährung von „Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen"; die Anordnung der Abschiebung, die Feststellung der „Duldung" und die Vollstreckung von Rückführungsentscheidungen von EWR-Staaten sowie die Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen.[1315] Die für die vorliegende Arbeit wesentlichen Kompetenzbereiche fallen somit in die Zuständigkeit des BFA. Die einschlägigen Regelungen finden sich sowohl im BFA-VG, AsylG als auch im FPG. Bei den fremdenpolizeilichen Materien handelt es sich um einen Teil des besonderen Verwaltungsrechts.[1316] Auf die im FPG geregelten Verfahren sind daher die Verwaltungsgesetze, wie das AVG, anzuwenden, insofern nicht das FPG, AsylG oder das BFA-VG speziellere Bestimmungen enthalten.

Weiters ist die Kompetenzmaterie des „Ein- und Auswanderungswesens" relevant.[1317] Sie ist in mittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen.[1318] Dies bedeutet, dass die Aufgaben von Landesorganen vollzogen werden.[1319] Die zuständigen Landesbehörden sind nach dem NAG für die Erteilung, Versagung und Entziehung von Aufenthaltstiteln von Fremden, die sich länger als sechs Monate im Bundesgebiet aufhalten oder aufhalten wollen, sowie die Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts zuständig,[1320] die sie in mittelbarer Bundesverwaltung vollziehen.

V. Rechtsschutz

Die österreichische Judikative lässt sich in die ordentliche Gerichtsbarkeit, die für Zivil- und Strafsachen zuständig ist, und in die Gerichtsbarkeit des

1313 Siehe BGBl I 87/2012 und § 1 BFA-VG.
1314 Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rn 261.
1315 § 3 Abs 2 BFA-VG.
1316 Vgl *Muzak* in *Kolonovits/Muzak/Piska/Perthold/Strejcek*.
1317 Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG.
1318 Dies ergibt sich e contrario aus Art 102 Abs 1 und 2 B-VG; vgl *Muzak* in *Kolonovits/Muzak/Piska/Perthold/Strejcek* 189 und allgemein zur mittelbaren Bundesverwaltung *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rn 261.
1319 § 3 Abs 1 NAG.
1320 § 1 Abs 1 NAG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

öffentlichen Rechts teilen.[1321] Letztere umfasst sowohl die Verwaltungs- als auch die Verfassungsgerichtsbarkeit, welche Fremden bestimmte Rechtsschutzmöglichkeiten gegen das Verwaltungshandeln bieten. In dem Zusammenhang ist das rechtsstaatliche Baugesetz relevant, dessen wesentlicher Bestandteil das Legalitätsprinzip im Sinne des Art 18 B-VG ist. Nach diesem ist die Verwaltung an die Gesetze gebunden.[1322] Folglich müssen Rechtsschutzeinrichtungen wie der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof dies überprüfen und gewährleisten können.[1323]

1. Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, die mit 1.1.2014 in Kraft getreten ist,[1324] grundlegend reformiert und besteht nunmehr aus zwei Instanzen: In erster Instanz sind die Verwaltungsgerichte zuständig.[1325] Österreich hat sich für das sogenannte „9+2-Modell" entschieden ein. Demnach gibt es je ein Landesverwaltungsgericht pro Bundesland sowie ein Bundesverwaltungsgericht (BVwG) und ein Bundesfinanzgericht.

Das BVwG ist in erster Instanz für Bescheidbeschwerden gegen Entscheidungen des BFA und somit für die in der vorliegenden Arbeit relevanten Bereiche zuständig.[1326] Das BVwG kann und muss teilweise,[1327] in der Sache (meritorisch) mittels Erkenntnis entscheiden.[1328] Die Beschwerdefrist gegen Entscheidungen des BFA hat nach einem VfGH Erkenntnis[1329] grundsätzlich wieder – wie allgemein im Verwaltungsverfahren – vier Wochen zu betragen.[1330] Mit dem Fremdenrechtsänderungsgesetz

1321 Vgl *Berka*, Verfassungsrecht Rn 895ff.
1322 Vgl *Berka*, Verfassungsrecht Rn 190ff, 492ff sowie *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rn 597ff.
1323 VfGH 11.12.1986, G 119/86 mwN.
1324 BGBl I 51/2012; vgl *Wessely*, Grundrechtliche Aspekte der Verwaltungsgerichte in *Larcher* (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichte: Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit I. Instanz (2013) 204 (205).
1325 Art 129 B-VG; vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rn 235-289.
1326 § 7 Abs 1 Z 1 BFA-VG; siehe allgemein auch Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG.
1327 Siehe im Detail § 28 VwGVG.
1328 §§ 7ff und 28 VwGVG; vgl allgemein Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht Rn 18/1.
1329 VfGH 26.9.2017, G 134/2017-12. In diesem hat der VfGH die zweiwöchige Beschwerdefrist wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben.
1330 § 7 Abs 4 VwGVG und § 16 Abs 1 BFA-VG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2018[1331] wurde vonseiten der österreichischen Gesetzgebung jedoch (abermals) eine verkürzte, zweiwöchige Beschwerdefrist bei zurückweisenden Entscheidungen, die mit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme verbunden werden, eingeführt.[1332] Dies betrifft also in der Regel auch abweisende Entscheidungen zu den hier behandelten „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen". Ausnahmen bestehen in jenen Fällen, in denen es sich um unbegleitete Minderjährige handelt oder die aufenthaltsbeendende Maßnahme mit der Feststellung verbunden ist, dass die Abschiebung unzulässig ist.[1333]

In zweiter Instanz ist der VwGH zuständig, der unter anderem über die Entscheidungen des BVwG abspricht.[1334] Das Rechtsmittel gegen Erkenntnisse des BVwG heißt Revision.[1335] Die Revisionsfrist beträgt sechs Wochen.[1336] Verfügen die Beschwerdeführer*innen nicht über ausreichend finanzielle Mittel zur Erhebung der Revision, können sie Verfahrenshilfe beantragen.[1337] Es besteht Rechtsanwält*innenpflicht.

2. Verfassungsgerichtsbarkeit

Die maßgeblichste Rechtsquelle des österreichischen Verfassungsrechts ist das B-VG. Daneben gibt es noch zahlreiche, weitere Bundesverfassungsgesetze sowie einzelne Bestimmungen und wichtige grundrechtliche Verbürgungen, die im Verfassungsrang stehen.[1338] Exemplarisch kann hier das Staatsgrundgesetz[1339] oder die EMRK genannt werden. Letztere ist in Österreich aufgrund des Stehens im Verfassungsrang unmittelbar anwendbar,[1340] weshalb ihre Bestimmungen vom VfGH als „verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte" geprüft werden können.[1341]

1331 BGBl I 56/2018.
1332 § 16 Abs 1 BFA-VG.
1333 Siehe Kapitel 5.A.I.3.
1334 Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rn 663ff und *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015).
1335 Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG. Hier ist zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Revision zu unterscheiden.
1336 § 26 Abs 1 VwGG.
1337 § 61 VwGG verweist in dem Zusammenhang auch auf die Vorschriften der ZPO, wobei in concreto §§ 63ff ZPO einschlägig sind.
1338 Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rn 6ff.
1339 Staatsgrundgesetz, RGBl 142/1867 idF BGBl 684/1988.
1340 BGBl 210/1958 idF BGBl III 139/2018.
1341 Art 144 B-VG; vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rn 131.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Hinblick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit ist der VfGH das zentrale rechtsprechende Organ.[1342] Grundsätzlich kann der*die Beschwerdeführer*in im Falle der Abweisung der Beschwerde durch das BVwG eine Erkenntnisbeschwerde an den VfGH erheben.[1343] Die Beschwerdefrist beträgt sechs Wochen.[1344] Verfügen die Beschwerdeführer*innen nicht über ausreichend finanzielle Mittel zur Erhebung der Erkenntnisbeschwerde, können sie Verfahrenshilfe beantragen.[1345] Es besteht Rechtsanwält*innenpflicht.

C. *Spanien*

Spanien ist ein sozialer und demokratischer Staat, wobei die Staatsform eine parlamentarische Monarchie ist.[1346] Spanien besteht aus 17 autonomen Regionen („Comunidades Autónomas").[1347] Spanien kann – genau wie Deutschland und Österreich – spätestens ab Ende der 1980iger Jahre als Einwanderungsland bezeichnet werden.[1348] Aktuell erholt sich Spanien immer noch von der seit 2008 andauernden „Wirtschaftskrise", die es besonders hart getroffen hat (Stichwort Immobilienblase).[1349] Dadurch haben sich auch die Migrationsströme verändert. Grundsätzlich migrieren bedeutend weniger Ausländer*innen nach Spanien; zahlreiche Ausländer*innen sowie spanische Staatsbürger*innen haben das Land verlassen.[1350] Einer der Hauptgründe für die Emigrationsbewegungen war bzw

1342 Vgl *Berka*, Verfassungsrecht Rn 987ff und *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rn 984ff.
1343 Art 144 B-VG.
1344 § 82 Abs 1 VfGG.
1345 § 82 Abs 3 VfGG verweist auf § 64 ZPO.
1346 Art 1 CE; vertiefend *López Guerra/Espín/García Morillo/Pérez Tremps/Satrústegui*, Derecho Constitucional: Vol I[11] (2018).
1347 Art 143-158 CE.
1348 Vgl *Delgado Godoy*, Política de inmigración y cambio de gobierno in *Palomar Olmeda* (Hrsg), Tratado de Extranjería[5] (2012) 113 (115-117); *Gómez Díaz*, Seguridad Social de los extranjeros. Inmigración y Seguridad Social, una gestión integrada in *Balado Ruiz-Gallegos* (Hrsg), Inmigración, Estado y Derecho: Perspectivas desde el siglo XXI (2008) 883 (883) oder *Cerdán/Maas*, Ein Überblick über die Neuerungen im spanischen Ausländerrecht, ZAR 2010, 105 (105).
1349 Siehe nur *Iglesias Martínez*, La inmigración que surgió del frío. Población de origen inmigrante y nuevos retos de las políticas de integración tras la crisis, Estudios Empresariales 2015/2 Nr 148, 1 (1).
1350 Vgl *Camas Roda*, Trabajo decente 98.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist die hohe Arbeitslosigkeit und der Wegfall eines großen Teils des informellen Arbeitssektors durch die „Wirtschaftskrise".[1351] Allein im Zeitraum von 2012 bis 2017 sind rund 812.000 Ausländer*innen weniger in Spanien aufhältig.[1352] Dies täuscht aber über einen anderen Faktor hinweg, und zwar, dass zwischen 2008 und 2014 die Zahl der spanischen Staatsbürger*innen mit ausländischer Herkunft von 1.037.663 auf 1.729.335 angestiegen ist.[1353] 2016 wurden sogar 150.000 Ausländer*innen eingebürgert,[1354] wobei die meisten von ihnen in den Genuss der erleichterten Einbürgerungsvoraussetzungen für Personen mit lateinamerikanischen Wurzeln gekommen sind.[1355] Folglich ist es insgesamt zu keiner „Abnahme" der ausländischen Bevölkerung gekommen.[1356] Mit 1.1.2018 waren rund 9,8 % aller in Spanien lebenden Personen Ausländer*innen (4.572.055 Ausländer*innen von 46.659.302 registrierten Einwohner*innen),[1357] wobei es 2018 auch erstmals wieder zu einem Anstieg der ausländischen Bevölkerung seit Beginn der „Wirtschaftskrise" gekommen ist.[1358]

Im Gegensatz zu Österreich und Deutschland spielen Themen in Bezug auf Ausländer*innen derzeit keine annähernd relevante Rolle in der öffentlichen Debatte.[1359] Weiters ist zu betonen, dass das Asylrecht ebenfalls keinen besonders großen Stellenwert im Vergleich zum übrigen Ausländer-

1351 Vgl *Carbajal García*, El arraigo como circunstancia excepcional para poder residir y trabajar legalmente en España, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 55 (57) und *Sabater/Domingo*, A New Immigration Regularization Policy: The Settlement Program in Spain, International Migration Review 2012/46, 191 (214f).

1352 Vgl *Instituto Nacional de Estadística*, Cifras de Población a 1 de enero de 2017, Estadística de Migraciones 2016, Datos Provisionales v 29.6.2017, https://www.ine.es/prensa/cp_2017_p.pdf (20.11.2018) 1.

1353 Vgl *Iglesias Martínez*, Estudios Empresariales 2015/2 Nr 148, 5f.

1354 *NN*, España concedió la nacionalidad a 150.000 extranjeros en 2016, un 32% más, eleconomista.es v 9.4.2018, https://www.eleconomista.es/economia/noticias/9057786/04/18/Espana-fue-el-segundo-pais-de-la-UE-que-mas-extranjeros-nacionalizo-en-2016-segun-Eurostat.html (20.11.2018).

1355 Vgl *Sabater/Domingo*, International Migration Review 2012/46, 215.

1356 In dem Sinne *Iglesias Martínez*, Estudios Empresariales 2015/2 Nr 148, 5f.

1357 Vgl *Instituto Nacional de Estadística*, Cifras de Población a 1 de enero 2018, Estadística de Migraciones. Año 2017, Datos Provisionales v 25.6.2018, https://www.ine.es/prensa/cp_e2018_p.pdf (20.11.2018) 1.

1358 Vgl *Poncini*, La población extranjera en España aumenta por primera vez desde la crisis, elpais.com v 24.8.2018, https://elpais.com/politica/2018/04/24/actualidad/1524564519_812661.html (20.11.2018).

1359 Vgl *Iglesias Martínez*, Estudios Empresariales 2015/2 Nr 148, 9.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

recht hat.[1360] Dies wird durch die Tatsache unterstrichen, dass nur ein Bruchteil der Ausländer*innen, die im Besitz einer „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" sind, diese aufgrund von internationalem Schutz („protección internacional") erhalten haben.[1361] Nur ein Grund hierfür ist, dass zwei von drei Asylanträgen zurückgewiesen werden.[1362] Insgesamt sind die Asylantragszahlen in den letzten Jahren leicht gestiegen.[1363]

I. Historische Entwicklung des Ausländerrechts

Das spanische Ausländerrecht („derecho de extranjería") hat eine kürzere „Geschichte" als in anderen Mitgliedstaaten.[1364] Vor allem während der Franco-Diktatur von 1939 bis 1975, war die Situation von Ausländer*innen durch einen großen Ermessensspielraum der Behörden geprägt. Dahingegen brachte die Annahme der spanischen Verfassung im Jahre 1978 eine positive Entwicklung, wobei hier Art 13 Abs 1 CE zu nennen ist, der die Grundrechte von Ausländer*innen in Spanien normiert.[1365] Das spani-

1360 Siehe hierzu nur die Zahlen bei *Fernández Bessa/Brandariz García*, „Perfiles" de deportabilidad: el sesgo del sistema de control migratorio desde la perspectiva de nacionalidad, Estudios penales y criminológicos 2017/27, 307 (338f) und weiters *Defensor del Pueblo*, Estudio sobre el asilo en España, Bericht v Juni 2016, https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo_en_Espa%C3%B1a_2016.pdf (8.10.2018).

1361 Siehe die Nachweise in Fn 1495 und Fn 1497.

1362 *Sanmartín*, España rechaza dos de cada tres solicitudes de asilo, elmundo.es v 18.6.2018, https://www.elmundo.es/espana/2018/06/18/5b276a2ee2704ecd3f8b45d4.html (20.11.2018).

1363 Siehe nur *NN*, España ya lleva 17.000 peticiones de asilo en 2018 y podría superar su récord, aunque rechaza la mayoría, europapress.es v 18.6.2018, https://www.europapress.es/sociedad/noticia-espana-ya-lleva-17000-peticiones-asilo-2018-podria-superar-record-rechaza-mayoria-20180618143346.html (20.11.2018).

1364 Vgl *Pico Lorenzo*, Nuestra errática normativa sobre extranjería. Especial referencia a las regularizaciones y al arraigo, Jueces para la democracia 2002, 62 (62f) und *Solanes Corella*, Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 77 (97f).

1365 Allgemein zu den Grundrechten von Ausländer*innen in Spanien *Fernández Pérez*, Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España: Una visión desde la doctrina del tribunal constitucional (2016); *Aja* (Hrsg), Los derechos de los inmigrantes en España (2009) und *García Ruiz*, La condición de extranjero y el Derecho Constitucional español in *Revenga Sánchez* (Hrsg), Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España (2005) 489.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sche Verfassungsgericht hat diese Bestimmung ausgehend von der Menschenwürde[1366] derart interpretiert, dass einige von den Grundrechten auch irregulär aufhältigen Ausländer*innen zustehen.[1367] Ausländer*innen („extranjeros") werden als jene Personen legaldefiniert, die die spanische Staatsbürgerschaft nicht besitzen.[1368]

Im Jahre 1985 hat Spanien erstmals ein Organgesetz („Ley Orgánica")[1369] erlassen,[1370] das die Rechte und Freiheiten von Ausländer*innen in Spanien geregelt hat: das Organgesetz 7/1985 (LOE).[1371] Durch das LOE wurden alle Bestimmungen in Bezug auf Ausländer*innen in einem Rechtsakt zusammengefasst.[1372] Der Fokus lag auf den Einreisebestimmungen und der Ausweisung von Ausländer*innen. Kontextuell lässt sich dies mit der Aufnahme Spaniens 1986 in die EG begründen. Mit dem LOE wollte Spanien den anderen Mitgliedstaaten zeigen, dass Ausländer*innen nicht ohne Weiteres in das spanische Hoheitsgebiet einreisen können.[1373] Dementsprechend restriktiv waren die Einreisevoraussetzungen, die praktisch kaum zu erfüllen waren.[1374] So war für die Einreise neben einem Visum die Vorlage eines unterzeichneten Arbeitsvertrags mit einer spani-

1366 STC 107/1984, ECLI:ES:TC:1984:107; vgl *Pico Lorenzo*, Jueces para la democracia 2002, 63 und *Rodríguez/Rubio-Marín*, The constitutional status of irregular migrants: testing the boundaries of human rights protection in Spain and the United States in *Dembour/Kelly* (Hrsg), Are Human Rights for Migrants? Critical Reflection on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States (2011) 73.

1367 STC 236/2007, ECLI:ES:TC:2007:236; STC 257/2007, ECLI:ES:TC:2007:257; vgl *Flores*, Los derechos fundamentales de los extranjeros irregulares in *Revenga Sánchez* (Hrsg), Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España (2005) 153; *Camas Roda*, Trabajo decente 80f sowie *Cerdán/Maas*, ZAR 2010, 107.

1368 Art 1 LODYLE; vgl *Monereo Pérez/Gallego Morales*, Art 1 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* (Hrsg), Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 43.

1369 Vgl zur Rechtsnatur der Organgesetze *Parejo Alfonso*, Lecciones de Derecho Administrativo[9] (2018) 183ff.

1370 Vgl *Aja*, La evolución de la normativa sobre inmigración in *Aja/Arango* (Hrsg), Veinte Años de Inmigración en España: Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004) (2006) 17 (17-20). Zuvor gab es kein einschlägiges höherrangiges Recht.

1371 Vgl *Aja* in *Aja/Arango* 20ff und *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 125.

1372 *Solanes Corella*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 78.

1373 Vgl *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 125.

1374 Vgl *Aja* in *Aja/Arango* 21; zutreffend *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 125ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schen Firma notwendig.[1375] Folglich reisten die meisten Ausländer*innen irregulär ein;[1376] unter Umständen war der Erwerb eines Touristenvisums zur regulären Einreise möglich, jedoch wurden diese Personen spätestens nach Ablauf der befristeten Aufenthaltsdauer irregulär aufhältig. Daneben waren die Ausweisungstatbestände derart offen formuliert, dass die zuständigen Behörden durch den großen Ermessensspielraum[1377] hiervon jederzeit Gebrauch machen konnten.[1378]

Obwohl das LOE eine restriktive Rechtsordnung für Ausländer*innen geschaffen hatte, konnte dadurch der Anstieg der Einwanderung nicht verhindert werden. Ganz im Gegenteil hat die Einwanderung bedingt durch zahlreiche weitere Faktoren ab Ende der 1980iger Jahre bis zum Höhepunkt im Jahr 2005 enorm zugenommen.[1379] Neben dem Anstieg in absoluten Zahlen, stieg die Anzahl irregulär aufhältiger Ausländer*innen ebenso. Der wirtschaftliche Boom, der ab Ende der 1990iger Jahre eingetreten ist, hat zu einem erhöhten Bedarf an billigen Arbeitskräften etwa im Bau- oder Agrarsektor geführt, die mehrheitlich durch die ausländische Bevölkerung abgedeckt wurden.[1380] Viele von diesen Jobs wurden und werden immer noch von irregulär aufhältigen Ausländer*innen ausgeübt, die in der Regel undokumentiert beschäftigt sind. *Sabater/Domingo* führen hierbei zutreffend aus, dass diese nicht als Problem, sondern als Notwendigkeit für den Erhalt der florierenden Wirtschaft angesehen wurden.[1381] Alles in allem war bzw ist Spanien als Einwanderungsland für neuankommende Ausländer*innen besonders attraktiv, wie *González-Enríquez* ausführt: „First, there is the existence of this strong and rather vibrant informal economy where irregular migrants can find employment. Second, the relatively positive social attitudes towards immigrants, in comparison with other European countries, third, the traditional tolerance towards illegality embedded in South European political culture, and, fourth, the treatment of social rights for irregular immigrants in Spanish laws. Since year 2000 irregular migrants enjoy free access to the public health system and to education (from 3 to 16 years) in the same conditions as Spaniards or regular

1375 Vgl *Solanes Corella*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 79.
1376 Vgl *Solanes Corella*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 82.
1377 Vgl *Solanes Corella*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 79.
1378 Vgl *Aja* in *Aja/Arango* 21f und *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 126.
1379 Vgl *Moya Malapeira*, La evolución de control migratorio de entrada en España in *Aja/Arango* (Hrsg), Veinte Años de Inmigración en España: Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004) (2006) 47 (47).
1380 Vgl *Iglesias Martínez*, Estudios Empresariales 2015/2 Nr 148, 2ff.
1381 *Sabater/Domingo*, International Migration Review 2012/46, 215.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

migrants with the only condition of register themselves in the Municipal Register (called Padrón)".[1382] Dass diese Aussagen dem Grunde nach immer noch zutreffen, werde ich in der Folge zeigen.

1991 ist deshalb eine politische Debatte entbrannt,[1383] die zum Einsatz von außerordentlichen Normalisierungs-Programmen („procesos de normalización") geführt hat.[1384] Diese Art von Regularisierungen wurden als Steuerungsinstrument eingesetzt,[1385] um die Anzahl irregulär aufhältiger Personen zu reduzieren.[1386] Bei diesen, die in der Folge als Regularisierungs-Programme bezeichnet werden,[1387] handelt es sich um außerordentliche Verfahren, die im spanischen Ausländerrecht angesiedelt waren. Ziel ist die Überführung von einem irregulären in einen regulären Aufenthalt.[1388] In der Regel wurden die Programme im Vorfeld angekündigt, damit ein größerer Kreis an Antragsteller*innen erreicht werden konnte. Irregulär aufhältige Ausländer*innen konnten demnach innerhalb eines bestimmten Zeitraumes einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung und oftmals gleichzeitig auch einer Arbeitserlaubnis stellen.[1389] Zielgruppe waren undokumentiert beschäftige Arbeitnehmer*innen, die eine gewisse „Integration" bzw Verwurzelung vorweisen konnten.[1390]

In den Folgejahren hat sich diese Art der Ausländerpolitik manifestiert[1391] und Spanien hat seither eine lange Tradition, den irregulären Aufenthalt von Ausländer*innen zu regularisieren.[1392] 1985 und 1991 wurden Regularisierungs-Programme durchgeführt, wobei bei letzterem ca 108.000 Aufent-

---

1382 *González-Enríquez*, Undocumented Migration: Country Report Spain, Clandestino Project v Jänner 2009, http://irregular-migration.net/typo3_upload/groups/31/4.Background_Information/4.4.Country_Reports/Spain_CountryReport_Clandestino_Nov 09_2.pdf (9.10.2018) 7.

1383 Vgl *Pico Lorenzo*, Jueces para la democracia 2002, 65f.

1384 Vgl *Solanes Corella*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 82.

1385 Vgl *González-Enríquez*, Spain, the Cheap Model. Irregularity and Regularisation as Immigration Management Policies, EJML 2009, 139.

1386 Vgl *Aja* in *Aja/Arango* 24.

1387 Siehe hierzu bereits Kapitel 2.B.I.

1388 *Sánchez Alonso*, La Política Migratoria en España: Un análisis de largo plazo, Revista Internacional de Sociología 2011, 243 (249, 259, 262).

1389 Vgl *Gortázar* in *De Bruycker* 334f.

1390 Vgl *Pico Lorenzo*, Jueces para la democracia 2002, 65f und *Gortázar* in *De Bruycker* 293. Letztere weist darauf hin, dass manche Regularisierungen auch auf abgelehnte Asylwerber*innen abgezielt haben.

1391 Vgl *Solanes Corella*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 80f.

1392 Vgl für einen systematischen Überblick bis zum Jahr 2001 *Puerta Vílchez* in *Moya Escudero* 391; weiters *Gortázar* in *De Bruycker* 301ff; *González-Enríquez*, EJML 2009; *Arango/Finotelli*, Country Report Spain in *Baldwin-Edwards/Kraler*

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

haltsberechtigungen erteilt wurden.[1393] Zwischen 1993 und 1999 wurde jedes Jahr ein Kontingent[1394] an Ausländer*innen regularisiert, wobei die Verfahren als Vorläufer der Regularisierungs-Mechanismen betrachtet werden können.[1395] Gesetzlich wurden diese aber nicht als Regularisierungen oder dergleichen bezeichnet, obwohl es sich um versteckte Regularisierungs-Programme gehandelt hat.[1396] 2000 wurde quantitativ ein größeres Regularisierungs-Programm durchgeführt.[1397] Spannend ist hierbei der Faktor, dass bis zum Jahr 2004 die Mehrheit der Ausländer*innen trotz Regularisierungs-Programmen irregulär aufhältig war.[1398]

Aja kritisiert an der derart praktizierten Ausländerpolitik der 1990iger Jahre, dass sie durch zwei Extreme gekennzeichnet war. Einerseits wurden keine zweckmäßigen Einreisebedingungen geschaffen, sondern „bloß" undokumentiert arbeitende Ausländer*innen regularisiert, die sich über Jahre hinweg ohne Aufenthaltsberechtigung in Spanien aufgehalten haben. Das Argument des Autors zielt an der Stelle wohl darauf ab, dass irregulär aufhältige Ausländer*innen für den Rechtsbruch „belohnt" werden.[1399] Andererseits hält *Aja* dem Erschaffen einer „ernsthaften" Politik entgegen, dass die jährlichen Regularisierungs-Programme ein „Pull-Effekt" für weitere irreguläre Einwanderung gewesen seien. Das Annehmen eines „Pull-

---

(Hrsg), REGINE Regularisations in Europe: Appendix A Country Studies v Jänner 2009, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/legal-migration/pdf/general/regine_appendix_b_Jännery_2009_en.pdf (11.10.2018) 83 und *Pico Lorenzo*, Jueces para la democracia 2002, 65ff.

1393 Vgl hierzu ausführlich die gesammelten Zeitungsartikel und Beiträge in *Comisión Española de Ayuda al Refugiado*, Dossier: Proceso de regularización de trabajadores extranjeros ilegales v 1991; *Pico Lorenzo*, Jueces para la democracia 2002, 65f und zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen *Gortázar* in *De Bruycker* 301-304 und 319-322.

1394 Dieses hat jährlich in etwa zwischen 20.000 und 30.000 Personen umfasst; vgl *Aja* in *Aja/Arango* 24 und zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen *Gortázar* in *De Bruycker* 305f und 326-329.

1395 Vgl *Pico Lorenzo*, Jueces para la democracia 2002, 66. Speziell zum Regularisierungs-Programm im Jahre 1999 siehe *Trinidad García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2002/1, 99-104.

1396 Vgl *Gortázar* in *De Bruycker* 294.

1397 Vgl im Detail *Gortázar* in *De Bruycker* 305.

1398 Vgl *Cabellos Espiérrez/Roig Molés*, El tratamiento jurídico del extranjero en situación regular in *Aja/Arango Joaquín* (Hrsg), Veinte Años de Inmigración en España: Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004) (2006) 113 (114).

1399 Vgl zu einer ähnlichen Argumentation *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 554 und zur Kritik an dieser Argumentation Kapitel 3.D.IV.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Faktors“ hat sich auch in der medialen Berichterstattung[1400] über die Regularisierungs-Programme niedergeschlagen.[1401] Dies lässt sich vermutlich aus ihren spezifischen Charakteristika erklären, wie der großen personellen Reichweite oder dass diese die Antwort einer bestimmten Regierung auf eine konkrete politische Situation sind. Die Annahme, dass Regularisierungs-Programme (bzw Regularisierungen) Ausländer*innen ohne Einreise- bzw Aufenthaltsrecht anziehen, beruht nicht auf wissenschaftlichen Belegen, wie bereits ausgeführt wurde.[1402] Darüber hinaus zeigt das Zurückgreifen auf derartige „außerordentliche“ Rechtsinstrumente laut einigen Autorinnen und Autoren das Scheitern der damaligen spanischen Ausländerpolitik.[1403] Dieser Ansicht kann nicht hundertprozentig gefolgt werden, da durch die eingesetzten Programme auch Fehler bzw Härtefälle, die im damaligen Ausländerrecht nicht berücksichtigt wurden, korrigiert und die betroffenen Personen derart in den Staat „integriert“ werden konnten.

Einige wichtige Änderungen wurden durch den Erlass des Organgesetz 4/2000 (LODYLE) eingeläutet,[1404] das trotz mehrfacher Reformen immer noch in Kraft ist. Gemeinsam mit diesem ist die Ausführungsverordnung (REDYLE) zum LODYLE von Bedeutung. Darüber hinaus sind sogenannte Anordnungen („instrucción“) zu beachten, die nicht im Gesetzesrang stehen, aber als prozessuale Weisungen der ausländerrechtlichen Bestimmungen für die Verwaltungsbehörden von maßgeblicher Bedeutung sind.[1405] Durch das LODYLE wurde erstmals die Rechtsstellung der Ausländer*innen eindeutig und abschließend unter Bezugnahme auf die bis-

1400 Vgl zum Regularisierungs-Programm 2005 *Schweizerisches Bundesamt für Migration*, Spanien: Die Regularisierungsaktion 2005 v 7.7.2005, https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/internationales/transit-ziellaender/ESP-regularisierung-d.pdf (27.11.2018) 4 und *Möller-Holtkamp*, Legalisierungspolitik in Spanien in der Kritik, dw.com v 12.5.2005, https://www.dw.com/de/legalisierungspolitik-in-spanien-in-der-kritik/a-1581274 (27.11.2018).

1401 Vgl *Pérez/Leraul*, El arraigo en España. De figura excepcional a instrumento de gobernanza de las migraciones, Comunicación aceptada para el VII Congreso de las Migraciones Internacionales en España, 11-13.4.2012, 5f.

1402 Siehe Kapitel 3.D.IV.

1403 *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 126f; in dem Sinne auch *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 554; *Trinidad García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2002/1, 100 sowie *Solanes Corella*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 80.

1404 Siehe zum politischen Entstehungsprozess *Aja* in *Aja/Arango* 27.

1405 Anstatt vieler *Moreno Rebato*, Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico, Revista de Administración Pública 1998/147, 159.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

herige Rspr des Verfassungsgerichts geregelt.[1406] In einer Gesamtschau ist das LODYLE rund um die Aufenthaltsberechtigung als Bauform konzipiert.[1407] Durch das Organgesetz wurden Ausländer*innen erstmals als struktureller Bestandteil der spanischen Gesellschaft anerkannt, was sich unter anderem durch die Aufnahme des Begriffs Integration („integración") in den Titel zeigt.[1408] Kritischer sieht dies *Pico Lorenzo*, der von keiner klaren Zielsetzung des Ausländerrechts spricht und diese gar als „verworren" bezeichnet.[1409] Im Hinblick auf irregulär aufhältige Ausländer*innen wurden einige Mindestrechte festgelegt, bspw der Zugang zur Gesundheitsversorgung und zur Ausbildung. Neben den bisher eingesetzten Regularisierungs-Programmen wurden auch erstmals Regularisierungs-Mechanismen eingeführt, die im Gegensatz zu den Programmen jederzeit in Anspruch genommen werden konnten.[1410] Die Regularisierungen basierend aufgrund der Verwurzelung („arraigo") von Ausländer*innen stellen bis heute geltendes Recht dar.[1411]

Kurze Zeit nach dem Erlass des LODYLE wurde das Ausländerrecht erneut modifiziert. Hauptgrund hierfür war der Ausgang der Parlamentswahlen im Jahre 2000, aus der die konservative Volkspartei („partido popular") als Siegerin hervorgegangen ist.[1412] Bei einer näheren Betrachtung der Reform zeigt sich, dass die Grundstruktur durch das Organgesetz 8/2000 beibehalten wurde und es sich nur um eine teilweise Neukodifizierung handelt.[1413] Die meisten Bestimmungen wurden verschärft, um im „Kampf" gegen die irreguläre Einwanderung, der vor dem Hintergrund der stark steigenden Einwanderungszahlen im Mittelpunkt des Erlasses stand, angemessene rechtliche Instrumentarien vorzufinden.[1414]

1406 *Aja* in *Aja/Arango* 27 und *Solanes Corella*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 82-85.

1407 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 438f.

1408 Zur Entwicklung des Integrationsbegriffs im Rahmen des Organgesetzes 2/2009 siehe Art 2ter LODYLE; vgl *Solanes Corella*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 93f und *Cerdán/Maas*, ZAR 2010, 106.

1409 *Pico Lorenzo*, Jueces para la democracia 2002, 63f.

1410 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 438f.

1411 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 439 sowie *Pérez/Leraul*, El arraigo en España, 11-13.4.2012, 3f und *Pico Lorenzo*, Jueces para la democracia 2002, 68f.

1412 Vgl *Solanes Corella*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 84 und *Aja* in *Aja/Arango* 29f.

1413 Vgl *Aja* in *Aja/Arango* 30f.

1414 Vgl *Ruiz Paredes*, La regulación de la extranjería. Enfoque mercantil. Aproximación al empresariado inmigrante en España in *Balado Ruiz-Gallegos* (Hrsg),

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2005 ist letztmals ein außergewöhnliches Regularisierungs-Programm[1415] durchgeführt worden, das zugleich quantitativ das bisher umfangreichste war.[1416] Von Februar bis Mai 2005 konnten irregulär aufhältige Ausländer*innen eine Aufenthaltsberechtigung und Aufenthaltserlaubnis beantragen. Die Hauptvoraussetzungen für die Erteilung einer solchen waren, dass die Ausländer*innen seit August 2004 in irgendeiner spanischen Gemeinde durchgehend wohnhaft und gemeldet waren.[1417] Um die undokumentierte Beschäftigung zurückzudrängen,[1418] wurde zusätzlich die Vorlage eines Arbeitsvertrags verlangt. Mit einem zukünftigen Arbeitsverhältnis von mindestens sechs Monaten konnte eine Person sohin nicht nur eine Aufenthaltsberechtigung, sondern gleichzeitig auch eine Arbeitserlaubnis erhalten. Die Rechtskraft der Aufenthaltsberechtigung als auch der Arbeitserlaubnis war an die Anmeldung zur Sozialversicherung geknüpft;[1419] dies ist bei der sozialen Verwurzelung im geltenden spanischen Recht immer noch der Fall.[1420] So konnte verhindert werden, dass Scheinarbeitsverträge eingereicht werden, die lediglich der Erlangung eines Aufenthaltsrechts dienen. Summa summarum wurden in diesem Zeitraum ca 700.000 Anträge gestellt, wovon rund 578.000 positiv (83 %) erledigt wurden.[1421] Ein spannender Aspekt ist die Tatsache, dass nicht die betroffenen Ausländer*innen selbst, sondern die zukünftigen Arbeitgeber*innen den Antrag stellen mussten.[1422] So sollte genau wie im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Anmeldung zur Sozialversicherung das tatsächliche Bestehen einer Arbeitsbeziehung sichergestellt werden. Das Regularisie-

---

Inmigración, Estado y Derecho: Perspectivas desde el siglo XXI (2008) 631 (633-635).

1415 Vgl die Überschrift der Übergangsbestimmung 3 REDYLE idF Königliche Verordnung 2393/2004.

1416 REDYLE idF Königliche Verordnung 2393/2004; vgl *Arango/Finotelli* in *Baldwin-Edwards/Kraler* 85ff.

1417 Vgl zum Überblick *Aguilera Izquierdo*, El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2006, 175 oder *Gómez Díaz* in *Balado Ruiz-Gallegos* 887ff.

1418 *Gómez Díaz* in *Balado Ruiz-Gallegos* 888, behauptet in dem Zusammenhang sogar, dass es die größte bis dato vorgenommene Maßnahme gegen undokumentierte Beschäftigung in Spanien war.

1419 Vgl hierzu *Gómez Díaz* in *Balado Ruiz-Gallegos* 895ff.

1420 Siehe Kapitel 5.E.I.

1421 Vgl zu den Zahlen *Gómez Díaz* in *Balado Ruiz-Gallegos* 891ff und *Cerezo Mariscal*, La gestión de los procesos de la irregularidad estructural y sobrevenida en España. Análisis maquetado del arraigo, Revista de Derecho 2015, 657 (672).

1422 Vgl *Gómez Díaz* in *Balado Ruiz-Gallegos* 887.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rungs-Programm 2005 wurde als Erfolg gegen die undokumentierte Beschäftigung verbucht.[1423] Die derart regularisierten Ausländer*innen würden nunmehr durch ihre reguläre und dokumentierte Beschäftigung in die Sozialversicherung einzahlen. Darüber hinaus sollte der Rückfall in die Irregularität und undokumentierte Beschäftigung durch die Möglichkeit der Verlängerung des Aufenthaltsrechts verhindert werden.[1424] Innerhalb der EU hat jedoch die politische Ablehnung anderer Mitgliedstaaten gegenüber den Programmen schließlich dazu geführt, dass der Europäische Rat im Pakt für Einwanderung und Asyl 2008 festgestellt hat, dass die Mitgliedstaaten sich ab sofort nur mehr auf „einzelfallabhängige" Regularisierungen beschränken sollten.[1425] Obwohl es sich dabei um keinen verbindlichen Rechtsakt handelt, hat sich Spanien seither an den Pakt gehalten und keine Regularisierungs-Programme mehr durchgeführt.[1426]

An dieser Stelle ist die bereits kurz erwähnte Bedeutung ausländischer Arbeitskräfte für die spanische Wirtschaft hervorzuheben.[1427] Nach *Gómez Díaz* stehen die außergewöhnlichen Regularisierungs-Programme in engem Zusammenhang mit dem Versuch, den Arbeitsmarkt zu regulieren und auf die Realitäten und Notwendigkeiten ebendieses Antworten zu finden.[1428] *Camas Roda* und *Triguero Martínez* gehen sogar noch weiter und sprechen davon, dass die Einwanderungspolitik vom Arbeitsmarkt abhängt und sich nach diesem richtet.[1429] Dies zeigt sich etwa durch die Tatsache, dass in der Amtszeit von *Zapatero* als spanischem Ministerpräsidenten die hauptsächliche Zuständigkeit zur Entwicklung der Migrationspolitik vom Innen- dem damaligen Arbeitsministerium („Ministerio de Traba-

---

1423 Vgl *Gómez Díaz* in *Balado Ruiz-Gallegos* 887f; allgemeiner *González Calvet*, El arraigo como instrumento de regularización individual y permanente del trabajador inmigrante indocumentado en el reglamento de extranjería aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, Revista de Derecho Social 2007/37, 105 (107).

1424 Siehe zu dieser Entwicklung, die ihren Ursprung bereits im Regularisierungs-Programm 1991 hatte, *Gortázar* in *De Bruycker* 335.

1425 *Europäischer Rat*, Europäischer Pakt zu Einwanderung und Asyl v 24.9.2008, 13440/08, 7.

1426 In dem Sinne auch *Sabater/Domingo*, International Migration Review 2012/46, 214f.

1427 Vgl *Fernández Bessa/Brandariz García*, Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación, Revista para el Análisis del Derecho 2016/4, 1 (4 mwN).

1428 Vgl *Gómez Díaz* in *Balado Ruiz-Gallegos* 887.

1429 Vgl *Camas Roda*, Trabajo decente 82 mwN und zur Entwicklung *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 441-447.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

jo“) übertragen wurde.[1430] Aktuell ist hierfür das Staatssekretärsamt für Migration („Secretaría de Estado de Migraciones“) innerhalb des Arbeits-, Migrations- und Sozialministeriums („Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social“) zuständig.

Mit dem Organgesetz 10/2011 wurden Verbesserungen in Bezug auf die „befristete Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Opfer des Menschenhandels“ und die „befristete Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Frauen, die Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt geworden sind“, eingeführt.[1431] Im Vergleich zur deutschen und österreichischen Rechtslage ist beachtlich, dass es seit 2009 kaum zu Reformen im spanischen Ausländerrecht gekommen ist.[1432]

II. Rechtlicher Status von Ausländer*innen

Bevor das geltende Ausländerrecht in Form der „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen“ dargestellt wird, beschreibe ich den rechtlichen Status von Ausländer*innen. Der Fokus liegt auf den allgemeinen aufenthaltsrechtlichen Aspekten, dem Zugang zu unselbstständiger Beschäftigung, zur Gesundheitsversorgung und zu Sozialleistungen.

1. Ir/regulärer Aufenthalt

Das spanische Ausländerrecht unterscheidet grundsätzlich zwischen leichten, schweren und sehr schweren Ordnungswidrigkeiten („infracciones leves, graves y muy graves“).[1433] Der irreguläre Aufenthalt stellt in Spanien – von einer Ausnahme abgesehen[1434] – eine schwere Ordnungswidrigkeit

1430 Vgl *Donaire Villa/Moya Malapeira* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 545f.

1431 BOE 180 v 28.7.2011. Siehe Kapitel 5.D.I.4.-5.

1432 Siehe Kapitel 4.A.I. und Kapitel 4.B.I.

1433 Art 52, 53 und 54 LODYLE und *Solanes Corella*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2010, 81.

1434 Gem Art 52 lit b und Art 55 Abs 1 lit a LODYLE ist der irreguläre Aufenthalt von Personen, die ihre Aufenthaltsberechtigung nicht rechtzeitig verlängert haben, während der ersten drei Monate nach Ablauf nur mit einer leichten Ordnungswidrigkeit und folglich mittels Geldbuße zu bestrafen; vgl *Arrese Iriondo*, La problemática jurídica de las situaciones irregulares: la expulsión

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dar.[1435] Ausländer*innen, die die Einreise- und/oder Aufenthaltsvoraussetzungen nicht erfüllen, sind zur Ausreise verpflichtet.[1436] Werden irregulär aufhältige Ausländer*innen aufgegriffen, wird in der Regel ein eigenständiges Ausweisungsverfahren eingeleitet.[1437] Dieses kann mit einer Ausweisungsentscheidung oder Geldbuße enden.[1438] Ab dem Zeitpunkt des Erlasses der Ausweisungsentscheidung ist diese rechtskräftig und durchsetzbar.[1439]

Im Vergleich zur österreichischen und deutschen Rechtslage ist hervorzuheben, dass mit einer abweisenden Entscheidung über eine Aufenthaltsberechtigung nicht automatisch eine aufenthaltsbeendende Maßnahme einhergeht.[1440] Es besteht lediglich die genannte Ausreiseverpflichtung.[1441] Damit diese durchgesetzt werden kann, muss ein eigenständiges Ausweisungsverfahren eingeleitet und eine Ausweisung erlassen werden.

2. Unselbstständige Beschäftigung

Gem der Überschrift in Art 10 LODYLE haben Ausländer*innen ein Recht auf Arbeit und soziale Sicherheit.[1442] Entgegen dem Wortlaut handelt es

---

como sanción a la situación irregular, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2010/25, 73 (74 und 83-86).

1435 Art 53 Abs 1 lit a LODYLE; vgl hierzu *Boza Martínez*, El procedimiento sancionador en general y, particularmente, los procedimientos de expulsión in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* (Hrsg), Comentario a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009) (2011) 261 (263ff); *Castanedo García*, Examen de la jurisprudencia existente relativa a los artículos 57 y 58 de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero y su desarrollo reglamentario, y las sentencias de distintos tribunales superiores de justicia sobre la materia, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2014/36, 261 (262); *Lorenzo Jiménez*, La expulsión de extranjeros que se encuentran en trámite de regularización, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2015/38, 13 (24f).

1436 Art 28 Abs 3 lit c LODYLE und Art 24 REDYLE.

1437 Zur Unterscheidung zwischen regelmäßigem („ordinario") und vorrangigem („preferente") Verfahren siehe Art 226-233 bzw Art 234-237 REDYLE und vertiefend *Arrese Iriondo*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2010/25, 80-82.

1438 Siehe Kapitel 5.A.I.1.

1439 Art 21 Abs 2 und Art 63 Abs 7 LODYLE; vgl *Lorenzo Jiménez*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2015/38, 32.

1440 Zur österreichischen Rechtlage siehe Kapitel 4.B.II.1. und zur deutschen Rechtslage siehe Kapitel 4.A.II.1.

1441 Art 24 REDYLE.

1442 Vgl *Camas Roda*, Trabajo decente 79-82.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich aber um kein unbeschränktes Recht auf Arbeit, wie es Spanier*innen zusteht.[1443] Es handelt sich vielmehr um das Recht eine Erwerbstätigkeit auszuüben, wenn eine Arbeitserlaubnis erteilt wurde.[1444] Dh, es müssen die jeweils im LODYLE festgelegten Voraussetzungen erfüllt werden, damit eine Arbeitserlaubnis erteilt wird, mittels derer sodann eine unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt werden kann.[1445] Gem Art 36 Abs 1 LODYLE ist hierfür sowohl eine Aufenthaltsberechtigung als auch eine Arbeitserlaubnis erforderlich,[1446] die in der Regel gemeinsam erteilt werden.[1447] Die Rechtskraft beider Berechtigungen ist durch die Anmeldung zur Sozialversicherung bedingt,[1448] die als Instrument zur Bekämpfung des Betrugs und Missbrauchs im Zusammenhang mit Arbeitsverträgen und der Rechtmäßigkeit der Arbeitsbeziehungen dient.[1449] Undokumentierte Beschäftigung soll derart bestmöglich verhindert und „bekämpft" werden.

Innerhalb des Regimes der „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen" muss die Arbeitserlaubnis entweder bei Antragstellung oder während der Befristung extra beantragt werden.[1450] Hiervon ausgenommen sind die Aufenthaltsberechtigungen aufgrund von Verwurzelung, da bei diesen mit der Aufenthaltsberechtigung gleichzeitig eine

---

1443 Art 35 CE; vgl *Monereo Pérez/Triguero Martínez*, Art 10 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez*, Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 203.

1444 Vgl *Barcelón Cobedo*, Autorización de Residencia por motivos laborales. Régimen general in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* (Hrsg), La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España (2012) 364 (365ff).

1445 Vgl *Monereo Pérez/Triguero Martínez* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 203 und *Nieves Moreno Vida*, Art 36 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* (Hrsg), Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 614 (614).

1446 Vgl *Nieves Moreno Vida* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 614, 618ff.

1447 Von Ausnahmefällen wie strafrechtlich verurteilten Ausländer*innen abgesehen; vgl *Nieves Moreno Vida* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 619.

1448 Art 36 Abs 2 und Art 67 Abs 7 REDYLE sowie Art 128 Abs 6 REDYLE.

1449 Vgl *Nieves Moreno Vida* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 620.

1450 Art 129 Abs 2 REDYLE: vgl *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 575 und *Esteban de la Rosa*, Art 31 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* (Hrsg), Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 491 (508f).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Arbeitserlaubnis erteilt wird.[1451] Dies bedeutet, dass die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis erfüllt werden müssen.[1452] Eine allgemeine Erteilungsvoraussetzung für das Erlangen einer Arbeitserlaubnis ist die Vorlage eines Arbeitsvertrags mit dem*r zukünftigen Arbeitgeber*in.[1453] Wird etwa gemeinsam mit einer „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" eine Arbeitserlaubnis zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit („por cuenta ajena") beantragt, wird die nationale Arbeitsmarktsituation Spaniens nicht mitgeprüft.[1454] Dies stellt eine große Abweichung zum ordentlichen Aufenthaltsregime dar.[1455] Bei der nationalen Arbeitsmarktprüfung handelt es sich wie in Deutschland und Österreich um ein Steuerungsinstrument der Migrationsströme, das auf ökonomischen Kriterien beruht und die nationale und der ihr gleichgestellte Bevölkerung bevorzugt.[1456]

Mangels Arbeitserlaubnis, die in Spanien zwangsläufig an ein Aufenthaltsrecht geknüpft ist, können irregulär aufhältige Personen in Spanien keine Erwerbstätigkeit rechtmäßig ausüben,[1457] weshalb sie deshalb nur undokumentiert beschäftigt sein können.[1458] Dies heißt aber gleichzeitig nicht, dass ihnen nicht dieselben Rechte wie regulär beschäftigten Ausländer*innen zustehen.[1459]

1451 Art 129 Abs 1 REDYLE und siehe Kapitel 4.C.III.2.

1452 Art 129 Abs 2 REDYLE, der auf Art 64 Abs 3 und 105 Abs 3 REDYLE verweist; vgl *García Vitoria*, Residencia por Circunstancias Excepcionales. El Arraigo in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* (Hrsg), La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España (2012) 287 (304).

1453 Art 64 Abs 3 lit b REDYLE; siehe Kapitel 5.E.1. zur sozialen Verwurzelung.

1454 Vgl *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 556 und *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 57.

1455 Vertiefend *Camas Roda*, Trabajo decente 86ff.

1456 Siehe Kapitel 4.A.II.2. und Kapitel 4.B.II.2.

1457 Vgl *Pérez Milla*, De un status laboral mínima para situaciones de migración irregular, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2004/5, 9 (20ff).

1458 Für die Auswirkungen undokumentierter Beschäftigung auf das Arbeitsverhältnis siehe Art 36 Abs 3 LODYLE und *Nieves Moreno Vida* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 625 sowie *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 108-112.

1459 Vgl *Camas Roda*, Trabajo decente 143ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Sozialleistungen

Irregulär aufhältige Ausländer*innen haben lediglich Anspruch auf Grundleistungen, die eine Form der Sozialhilfe darstellen.[1460] Diese Sozialleistungen fallen in den Zuständigkeitsbereich der autonomen Regionen, was zu einer sehr unterschiedlichen Ausprägung der zu erteilenden Leistungen führt.[1461] Zu den Grundleistungen zählen etwa das Übergangsgeld zur Eingliederung („renta mínima de inserción"),[1462] dessen Zweck laut Verfassungsgericht die Linderung der Notsituation von bestimmten Personengruppen ist.[1463] Weiters handelt es sich beim Wohngeld („prestación complementaria de vivienda") und bei der Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten oder Eingliederungshilfen („ayudas a la inserción") um derartige Leistungen.[1464]

Rechtmäßig aufhältige Ausländer*innen werden in das beitragsorientierte Sozialleistungssystem miteinbezogen[1465] und haben Anspruch auf Sozialleistungen und Dienste der sozialen Sicherheit zu den gleichen Bedingungen wie Spanier*innen.[1466] Unter letztere fallen die Grundsicherung im Alter, die Grundsicherung bei Erwerbsminderung und die Leistungen für behinderte Kinder sowie die medizinische Versorgung für bedürftige Personen.[1467]

1460 Art 14 Abs 3 LODYLE; vgl *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung 245 mwN und *Vázquez Garranzo*, Los servicios sociales y la dependencia in *Palomar Olmeda* (Hrsg), Tratado de Extranjería[5] (2012) 1111 (1129ff).

1461 Vgl *Vázquez Garranzo* in *Palomar Olmeda* 1123-1129, 1137 und *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung 243ff mwN.

1462 Vgl *Vázquez Garranzo* in *Palomar Olmeda* 1147-1150.

1463 STC 239/2002, ECLI:ES:TC:2002:239.

1464 Vgl *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung 243-257 mit einer detaillierten Darstellung der Situation im Baskenland.

1465 Art 7 Abs 1 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE 261 v 31.10.2015 letzte Änderung v 4.7.2018; vgl *Pajuelo*, La protección social de los extranjeros en España in *Palomar Olmeda* (Hrsg), Tratado de Extranjería[5] (2012) 957 und *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung 214 und 257ff.

1466 Art 14 Abs 1 LODYLE; vgl *Camas Roda*, Trabajo decente 140f und *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung 242f und 245ff.

1467 *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung 242f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Gesundheitsversorgung

Der Zugang zu Gesundheitsversorgung wurde bis zur Notverordnung 16/2012 („Real Decreto-ley 16/2012")[1468] allen Ausländer*innen unabhängig von ihrem aufenthaltsrechtlichen Status gewährt, insofern sie sich im Melderegister eingetragen haben.[1469] *González-Enríquez* sah darin einen Grund, warum Ausländer*innen Spanien als Einwanderungsland „anziehend" fanden.[1470] Seit dem Erlass der Notverordnung 16/2012 ist in Bezug auf drittstaatsangehörige Ausländer*innen zwischen drei Ebenen zu unterscheiden:[1471] Minderjährige haben weiterhin denselben Zugang wie Spanier*innen. Daneben haben irregulär aufhältige Personen, die volljährig sind, nur mehr Zugang zur Gesundheitsversorgung im Falle von Schwangerschaft und bei Notfällen aufgrund schwerer Krankheit oder Unfällen. Ansonsten ist eine Aufenthaltsberechtigung für den Zugang zur Gesundheitsversorgung erforderlich.[1472] Trotz der Einschränkung der Zentralregierung ist der Zugang zur Gesundheitsversorgung auf Ebene der autonomen Regionen für irregulär aufhältige Ausländer*innen fast zur Gänze wieder eingeführt worden.[1473] Außerdem plant die Zentralregierung eine Notverordnung, die jene aus dem Jahr 2012 ablösen und den uneinge-

1468 Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, BOE 98 v 24.4.2012, letzte Änderung v 1.7.2017.

1469 Vgl *Sangüesa Ruiz*, El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012, Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja 2015, 233 (234f) und *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung 306f.

1470 *González-Enríquez*, Clandestino Project v Jänner 2009, 7.

1471 Vgl *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 101f.

1472 Vgl *Sangüesa Ruiz*, Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja 2015, 234f; kritisch *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 243ff und *Red Acoge*, Los efectos de la exclusión sanitaria en las personas inmigrantes más vulnerables, Studie v Juli 2015, https://www.redacoge.org/mm/file/2015/Jur%C3%ADdico/Informe%20Sanidad%20RED_ACOGE.pdf (27.11.2018).

1473 Vgl *Sangüesa Ruiz*, Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja 2015, 237f; *Ramírez de Castro*, Los «sin papeles» deberán estar 6 meses empadronados para tener asistencia sanitaria, abc.es v 2.9.2015, https://www.abc.es/sociedad/20150902/abci-interior-sanidad-irregulares-201509012119.html (26.11.2018); *Mouzo Quintans*, El Parlamento blinda hoy la sanidad universal, elpais.com v 15.7.2017, https://elpais.com/ccaa/2017/06/14/catalunya/1497459112_092105.html (27.11.2018).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schränkten Zugang zur Gesundheitsversorgung auch für irregulär aufhältige Ausländer*innen wieder einführen soll.[1474]

III. Allgemeines zu den „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen"[1475]

Die im Rechtsvergleich analysierten Regularisierungen zählen von einer Ausnahme abgesehen zu den „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen" („residencia temporal por circunstancias excepcionales").[1476] Bei dieser handelt es sich um die „Aufenthaltsberechtigung für das nicht in Spanien geborene Kind", die später im Detail analysiert wird, weshalb die überblickshafte Darstellung hierauf keinen Bezug nimmt.[1477]

Die Außergewöhnlichkeit der „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen" rührt einerseits aus den Erteilungsgründen und andererseits aus der Befreiung von allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen, die in der Regel bei ordentlichen Aufenthaltsberechtigungen zu erfüllen sind.[1478] Die mit Abstand wichtigste Befreiung ist, dass bei Antragstellung kein Visum erforderlich ist.[1479] Von Bedeutung ist außerdem, dass die Ausländer*innen in der Regel auch nicht über ausreichend finanzielle Mittel verfügen müssen.[1480] Grundsätzlich werden die in der vorliegenden Arbeit relevanten Entscheidungen über Aufenthaltsberechtigungen als Bescheid

1474 *De Benito*, Los migrantes tendrán sanidad desde el primer día sin necesidad de padrón, elpais.com v 17.7.2018, https://elpais.com/politica/2018/07/16/actualidad/1531764444_944908.html (27.11.2018).

1475 Zum Begriff der außergewöhnlichen Gründe siehe *Peña Pérez*, Arraigo, circunstancias excepcionales y razones humanitarias: Evolución histórica dentro del derecho de extranjería, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/30, 35 (43f).

1476 Art 31 Abs 3 LODYLE und Art 123ff REDYLE; vgl *Esteban de la Rosa*, Art 31 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 503-509.

1477 Siehe Kapitel 5.C.I.

1478 *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 553; vgl auch *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 439f.

1479 Art 31 Abs 3 LODYLE; vgl *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 553f und *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 287.

1480 Vgl *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 572.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(„resolución“ oder „decisión“)[1481] erlassen, die den Verwaltungsweg erschöpfen.[1482]

1. Überblick

Spätestens seit der Durchführung des letzten Regularisierungs-Programmes 2005 haben sich im spanischen Recht Regularisierungs-Mechanismen etabliert, die einen dauerhaften Weg aus der Irregularität bieten.[1483] Diese wurden unter anderem aufgrund der veränderten Migrationsverhältnisse, vor allem im Hinblick auf den Anstieg der in Spanien aufhältigen Ausländer*innen,[1484] eingeführt.[1485] Genau genommen hat es schon ab dem ersten Organgesetz aus dem Jahr 1985 „verstecke“ ordentliche Regularisierungsmöglichkeiten gegeben, die vor allem durch das LODYLE erweitert[1486] und schließlich durch das Organgesetz 8/2000 als „arraigo“ definiert und neu konzeptioniert wurden.[1487] *Heredia Fernández* begrüßt diese Kodifizierung, da so nicht zwangsläufig auf Regularisierungs-Programme zurückgegriffen werden muss, um die Anzahl irregulär aufhältiger Ausländer*innen zu reduzieren.[1488] Durch das Organgesetz 14/2003 wurde Art 31 Abs 3 LODYLE in seiner heute noch weitgehend bestehenden Form eingeführt.[1489] Quantitativ haben die „Aufenthaltsberechtigungen aus außerge-

1481 Siehe hierzu auch Fn 474.

1482 Zusatzbestimmung 14 REDYLE; vgl *Conde Antequera*, Art 21 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* (Hrsg), Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 337 (339). Der Begriff „Zusatzbestimmung“ ist die Übersetzung von „disposición adicional”.

1483 Vgl *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 659, 668; *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 554 und *Pérez/Leraul*, El arraigo en España, 11-13.4.2012, 5.

1484 Siehe bereits oben Kapitel 4.C.I.

1485 Vgl *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 105f.

1486 Art 29 Abs 3 LODYLE; vgl *Trinidad García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2002/1, 105ff und *Peña Pérez*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/30, 46ff.

1487 Art 31 LODYLE und Art 45 REDYLE idF Königliche Verordnung 2393/2004 und siehe bereits Kapitel 4.C.I.

1488 *Heredia Fernández*, Las situaciones de los extranjeros en España in *Moya Escudero* (Hrsg), Comentario sistemático a la ley de extranjería (2001) 53 (67).

1489 Vgl *Fernández Collados*, Régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España in *Palomar Olmeda* (Hrsg), Tratado de Extranjería[5]

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wöhnlichen Gründen“ erst nach Ende des letzten Regularisierungs-Programmes 2005 an Bedeutung gewonnen.[1490]

Ausländer*innen können im geltenden spanischen Recht jederzeit, dh ohne auf ein außerordentliches Regularisierungs-Programm angewiesen zu sein, eine „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen“ beantragen. Unter Umständen haben sie hierauf sogar einen Rechtsanspruch, da der Ermessensspielraum der zuständigen Behörde sehr eingeschränkt ist.[1491] *Cerezo Mariscal* geht sogar so weit zu behaupten, dass diese Aufenthaltsberechtigungen im weiteren Sinne mittlerweile zu „ordentlichen“ transformiert sind.[1492] So waren am 31.12.2017 34.519 Ausländer*innen im Besitz einer „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen“.[1493] Das sind 17,4 % aller befristeten Aufenthaltsberechtigungen („autorización de residencia temporal“). Hierbei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es – ähnlich wie in Österreich[1494] – keine genauen Daten zur Frage gibt, aufgrund welcher Tatbestände wie viele Aufenthaltsberechtigungen erteilt wurden.[1495] Interessanterweise sinken die Zahlen an Ausländer*innen im Besitz einer solchen Aufenthaltsberechtigung jährlich, 2009 waren es bspw noch immerhin 84.522.[1496]

(2012) 359 (409f) und *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 119ff.

1490 In dem Sinne auch *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 119 und siehe die Statistik bei *Pérez/Leraul*, El arraigo en España, 11-13.4.2012, 7.

1491 Vgl *Esteban de la Rosa*, Art 31 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 503 und Triguero Martínez, Migraciones 2014, 448f.

1492 Vgl *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 682. So auch *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 440, 450.

1493 Vgl *Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Flujo de autorizaciones de residencia concedidos a extranjeros 2017: Principales resultados v 15.11.2018, http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/flujos-autorizacion/2017/Residentes_PRFlujo2017.pdf (20.11.2018) 14.

1494 Siehe Kapitel 4.B.III.1.

1495 Die Statistik unterscheidet nur zwischen den Verwurzelungstatbeständen und jenen aus humanitären und anderen Gründen („razones humanitarias y otras“). Letztere werden wie folgt definiert: „La categoría ‚Razones humanitarias y otras‘ incluye las autorizaciones que se conceden por circunstancias excepcionales por: Razones de Protección internacional, Razones humanitarias, Colaboración con autoridades, Seguridad nacional o interés público, Mujeres víctimas de violencia de género, Colaboración contra redes organizadas y Víctimas de trata de seres humanos“; vgl *Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Principales resultados v 15.11.2018, 20.

1496 Vgl *Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Principales Series 2009 - 2017: Flujo de autorizaciones de residencia concedidas a extranjeros en Régimen General v 15.11.2018, http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/Estadisticas/o

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Verwurzelung

Die große Mehrheit der Ausländer*innen im Besitze einer „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" hat diese auf Grundlage von einem der Verwurzelungstatbestände erhalten, in concreto 30.579, was ca 83 % entspricht.[1497] Nur 3.940 Aufenthaltsberechtigungen entfallen auf die übrigen Tatbestände. Obwohl die offizielle Statistik nicht weiter zwischen den unterschiedlichen Verwurzelungstatbeständen unterscheidet,[1498] ergibt sich aus der Literatur, dass die soziale Verwurzelung quantitativ die wichtigste Rolle spielt, anschließend die familiäre Verwurzelung und am wenigsten bedeutsam ist die Arbeitsverwurzelung. So wurden von den 747.685 beantragten „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen" zwischen 2006 und 2014 nur 6,44 % aufgrund familiärer Verwurzelung und 1,65 % aufgrund Arbeitsverwurzelung erteilt.[1499] Die Verwurzelungstatbestände sind sowohl quantitativ als auch praktisch der wichtigste Weg aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität in Spanien.[1500] Dies ergibt sich neben den dargestellten Statistiken auch aus der im Gesetz normierten Aufzählung. Die Verwurzelungstatbestände zählen seit dem REDYLE zur Kategorie der „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen"[1501] und werden innerhalb dieser als erste angeführt, sogar noch vor der hier nicht näher behandelten „Aufenthaltsberechtigung aus Gründen des internationalen Schutzes".[1502]

---

peraciones/flujos-autorizacion/principales_series_2009_2017/PS_Residentes_Flujo_RG_2009_2017.xlsx (20.11.2018) Tabla RG.7.

1497 Vgl *Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Flujo de autorizaciones de residencia concedidos a extranjeros 2017: Principales resultados – Anexo de Tablas v 15.11.2018, http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/flujos-autorizacion/2017/Residentes_Tablas_PRFlujo2017.pdf (20.11.2018) 32. Siehe auch die Zahlen zu den erteilten Regularisierungen aufgrund von Verwurzelung aus den Jahren 2002 bis 2012 *Pérez/Leraul*, El arraigo en España, 11-13.4.2012, 6-9 sowie allgemein *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 56f.

1498 Siehe bereits Fn 1495.

1499 Vgl *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 673, 676f und 680.

1500 Vgl *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 561 und *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 287. Vgl zur Entwicklung *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 440 und 450.

1501 Art 123 Abs 1 REDYLE und vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 449.

1502 Vgl *Goizueta Vértiz*, La entrada a España, los visados y las situaciones de los extranjeros en España: estancia y residencia e irregularidad y arraigo in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* (Hrsg), Comentario a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009) (2011) 157 (160).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Begriff Verwurzelung beschreibt im spanischen Ausländerrecht drei unterschiedliche „Aufenthaltsberechtigungen.[1503] In der Entwicklung waren das LODYLE,[1504] das Organgesetz 8/2000,[1505] das Organgesetz 14/2003 sowie die königliche Verordnung 2393/2004[1506] maßgeblich.[1507] Vor dieser normativen Entwicklung wurde der Rechtsbegriff bereits ab Mitte der 1990er Jahre durch die Rspr verwendet und hat die legislative Entwicklung mitgeprägt.[1508] So wurden Ausweisungsentscheidungen aufgrund der Verwurzelung von Ausländer*innen in Spanien als unverhältnismäßig bezeichnet, wenn durch diese Art 8 EMRK verletzt wird.[1509] Das spanische Verfassungsgericht hat in dem Zusammenhang einige Kriterien herauskristallisiert, die hierbei beachtet werden müssen.[1510] Vergleichbar ist dies mit der Entwicklung des „Bleiberechts" in Österreich, das nunmehr als „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK" im AsylG normiert ist.[1511]

Beim Verwurzelungsbegriff handelt es sich somit um einen unbestimmten Rechtsbegriff,[1512] der durch die Rspr geprägt wurde[1513] und nunmehr im Ausländerrecht eigenständig normiert ist.[1514] Die drei Verwurzelungstatbe-

1503 Art 124 REDYLE.

1504 Art 29 Abs 3 LODYLE; vgl *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 116-118.

1505 Art 31 Abs 3 LODYLE; vgl *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 118f.

1506 Art 45 REDYLE idF Königliche Verordnung 2393/2004.

1507 Zur normativen Entwicklung der Verwurzelung im spanischen Ausländerrecht *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 437-440; *Massó Garrote*, El nuevo reglamento de extranjería (2002) 40f; *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 62-65. Vgl auch *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 561ff mwN. Der Autor zeigt hierbei, dass der durchgehende Aufenthalt das maßgeblichste Kriterium ist (563).

1508 Vgl *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 116-119 und *Ques Mena*, El arraigo, social, económico y familiar en el Derecho de extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial, Diario la Ley 2008/7067, 1 (2 mwN).

1509 Vgl *García Vitoria*, El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la expulsión de inmigrantes, Revista General de Derecho Constitucional 2015/20, 1 (14-16) und *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 116-118.

1510 *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 670f.

1511 Siehe Kapitel 5.B.III. und Kapitel 5.C.III.

1512 Vgl ausführlich *Peña Pérez*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/30, 37-43 und zur Herkunft des Begriffs *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 58ff.

1513 *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 436f mwN.

1514 Art 124 REDYLE; zur Entwicklung des Begriffs im Ausländerrecht siehe Kapitel 4.C.I.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stände beruhen allesamt auf der Verwurzelung bzw Verankerung der Ausländer*innen in Spanien,[1515] weshalb sie als Rechtsinstrument zur Verfestigung der sozialen Integration in die spanische Gesellschaft bezeichnet werden können.[1516] *García Vitoria* kritisiert in dem Zusammenhang aber, dass sich Lücken zwischen der gefestigten Rspr der spanischen Höchstgerichte und den Verwurzelungstatbeständen aufgetan haben, die unvereinbar mit Art 8 EMRK sind, wobei er als Beispiel das Recht auf Achtung des Privatlebens anführt.[1517]

In einer Gesamtschau bin ich der Ansicht, dass die Verwurzelungstatbestände zur Lösung und Behebung systematischer und struktureller Fehler des spanischen Ausländerrechts beigetragen haben.[1518] Sie haben sich als dauerhafte Lösung zur Reduzierung der immer wieder steigenden Zahlen irregulär aufhältiger Ausländer*innen etabliert. *Sabater/Domingo* sprechen deshalb zu Recht von einer „New Immigration Regularization Policy".[1519] Im Gegensatz zu den Regularisierungs-Programmen haben sie keinen derartigen medialen und politischen Aufruhr erzeugt,[1520] und bieten aus rechtsstaatlicher Perspektive eine zweckmäßige Lösung.

3. Verwaltungsverfahren

a. Antragstellung

Ausländer*innen steht es offen, einen Antrag auf eine „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" zu stellen oder gleichzeitig mehrere Aufenthaltsberechtigungen basierend auf unterschiedlichen Tatbeständen zu beantragen.[1521] Dies ist insofern relevant, da es Ausländer*innen die Möglichkeit eröffnet, zwei Aufenthaltsberechtigungen – bspw auf-

1515 Vgl *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 670f und *Ques Mena*, Diario la Ley 2008/7067, 1-5. Siehe etwa auch ATC 54/2010, ECLI:ES:TC:2010:90A, FJ 4f.

1516 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 449.

1517 Vgl *García Vitoria*, Revista General de Derecho Constitucional 2015/20, 15ff und siehe Kapitel 5.C.IV.1. zur familiären Verwurzelung.

1518 Vgl *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 669f und 673ff; so auch *Sabater/Domingo*, International Migration Review 2012/46, 213 und bereits *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 126f.

1519 Vgl *Sabater/Domingo*, International Migration Review 2012/46, 191.

1520 Vgl hierzu *González-Enríquez*, EJML 2009, 149.

1521 STSJ Castilla-La Mancha 225/2016, ECLI:ES:TSJCLM:2016:225.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grund der sozialen Verwurzelung und aufgrund von humanitären Gründen – zu beantragen, und im Falle das einer abgewiesen wird, der andere unter Umständen zuerkannt wird. Das Verfahren findet sich grundsätzlich in Art 128 REDYLE, obwohl es bei einzelnen Aufenthaltsberechtigungen Abweichungen gibt, die an der jeweils einschlägigen Stelle erläutert werden.[1522]

Die „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen" erfordern die persönliche Antragstellung des*r Ausländers*in.[1523] Dies stellt eine Abweichung vom allgemeinen Verwaltungsrecht in Spanien dar,[1524] die von *Fernández Pérez* als verfassungswidrig qualifiziert wird.[1525] Im Zeitpunkt der Antragstellung sind abhängig von der jeweils beantragten Aufenthaltsberechtigung unterschiedliche Dokumente vorzuweisen; allgemein ist hierfür jedoch ein Reisepass erforderlich.[1526] Daraus ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die Erteilung sowohl bei der Antragsstellung und daher folglich auch im Entscheidungszeitpunkt vorliegen müssen.[1527]

Im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage ist eine amtswegige Erteilung der Aufenthaltsberechtigungen grundsätzlich nicht vorgesehen,[1528] lediglich im Hinblick auf die „befristete Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit mit den öffentlichen Behörden, der nationalen Sicherheit oder aus öffentlichem Interesse" kann die Erteilung von bestimmten Behörden angeregt werden.[1529]

Liegen die Voraussetzungen für die Erteilung einer „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" vor, wird diese in der Regel für ein Jahr erteilt.[1530]

1522 Vgl *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 417f. Hier sind insbesondere Art 132-134 REDYLE, Art 136-137 REDYLE und Art 144 REDYLE sowie Art 186 REDYLE zu nennen.

1523 Art 128 Abs 5 REDYLE; vgl *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 418.

1524 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 300f.

1525 Vgl *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 258-264.

1526 Art 128 Abs 1 lit a REDYLE; vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 301 und *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 418f.

1527 Art 128 Abs 1 REDYLE.

1528 Siehe Kapitel 4.B.III.2.a.

1529 Siehe Kapitel 5.F.I.

1530 Art 130 Abs 1 REDYLE.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Versagungs- und Zurückweisungsgründe

Einschlägige negative Erteilungsvoraussetzung ist, dass gegen die Ausländer*innen weder in Spanien noch in den vorigen Aufenthaltsstaaten[1531] Vorstrafen („antecedentes penales") bestehen dürfen.[1532] Das spanische Verfassungsgericht hat diese Voraussetzung als verfassungskonform gewürdigt, weil sie dem Schutz der öffentlichen Ordnung dient.[1533] Ein weiterer Versagungsgrund ist, dass der*die Ausländer*in nicht im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben ist.[1534]

Grundsätzlich stellt ein laufendes Ausweisungsverfahren bzw das Bestehen einer aufrechten Ausweisung einen Zurückweisungsgrund dar, wenn die „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" nach der Einleitung bzw dem Erlass beantragt wird.[1535] In dem Zusammenhang normiert Art 241 Abs 2 und 3 REDYLE eine Ausnahme, wonach der Antrag zuzulassen ist und gleichermaßen die bestehende rechtskräftige Ausweisung amtswegig aufzuheben ist:[1536] Voraussetzung hierfür ist, dass die Ausweisung noch nicht vollzogen wurde und der Grund für die Ausweisung der bloße irreguläre Aufenthalt und/oder die undokumentierte Beschäftigung ist.[1537] Weiters muss die Behörde in einer ersten Analyse zum Schluss kommen, dass die Voraussetzungen für die beantragte Aufenthaltsberechtigung vorliegen.[1538] Dies bedeutet, dass jede*r Ausländer*in, deren Ausweisung noch nicht vollzogen wurde, eine „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" beantragen und sich so regularisieren

1531 In denen er*sie in den letzten fünf Jahren gewohnt hat.

1532 Art 31 Abs 5 LODYLE; vgl Instrucción DGI/SGJR/06/2008, 2f; *Esteban de la Rosa*, Art 31 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 494f und *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 451, und *Ques Mena*, Diario la Ley 2008/7067, 7f mwN im Zusammenhang mit der Verwurzelung.

1533 ATC 54/2010, ECLI:ES:TC:2010:90A, FJ 4; kritisch *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 287.

1534 Art 31 Abs 5 LODYE; vgl *Esteban de la Rosa*, Art 31 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 495.

1535 Zusatzbestimmung 4 Abs 1 LODYLE; siehe auch Art 241 REDYLE; vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 301f und *Lorenzo Jiménez*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2015/38, 24, 27-29.

1536 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 302 sowie *Boza Martínez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 274. Für Rspr siehe etwa STSJ Andalucía 3694/2016, ECLI:ES:TSJAND:2016:3694.

1537 Art 53 lit a und b LODYLE.

1538 Vgl *Defensor del Pueblo*, Sugerencia v 20.5.2016, Queja 15004478.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kann.[1539] Darüber hinaus wird gleichzeitig mit der Erteilung der Aufenthaltsberechtigung die aufenthaltsbeendende Maßnahme aufgehoben.

Hat der*die betroffene Ausländer*in einen Antrag auf eine „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" vor Einleitung eines Ausweisungsverfahrens gestellt und wird ein solches erst danach eingeleitet, ist letzteres bis zur Entscheidung über die Aufenthaltsberechtigung auszusetzen.[1540] Dies stellt eine Umsetzung von Art 6 Abs 5 RückführungsRL dar.[1541] Endet das Verfahren mit der Erteilung der Aufenthaltsberechtigung wird das Ausweisungsverfahren endgültig eingestellt.[1542] Werden die Voraussetzungen für die beantragte Aufenthaltsberechtigung nicht erfüllt, wird das Ausweisungsverfahren fortgesetzt.

4. Verfestigung des Aufenthalts

Der Umstieg der „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" auf eine andere Aufenthaltsberechtigung ist in Art 130 und 202 REDYLE festgelegt.[1543] Der Grundgedanke der spanischen Gesetzgebung dahinter ist, dass die „Außergewöhnlichkeit" des Aufenthaltsstatus nicht verlängert werden soll. Vielmehr sollen die betroffenen Ausländer*innen in das ordentliche Aufenthaltsregime wechseln (können).[1544] Dh, wenn Ausländer*innen mindestens ein Jahr aufgrund der „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" aufenthaltsberechtigt waren, können sie eine Aufenthaltsberechtigung des „ordentlichen" Aufenthaltsregimes erlangen, wobei das Visumserfordernis wiederum entfällt.[1545] In Frage kommt etwa eine „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis zur un-

1539 Zu nennen ist an dieser Stelle bloß die soziale Verwurzelung; *Defensor del Pueblo*, Sugerencia v 20.5.2016, Queja 15004478 und siehe Kapitel 5.E.I.

1540 Art 63 Abs 6 LODYLE und Art 241 Abs 1 REDYLE; vgl *Lorenzo Jiménez*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2015/38, 25-30 und *Boza Martínez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 273f.

1541 In dem Sinne *Lorenzo Jiménez*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2015/38, 26 und 28.

1542 Vgl *Luján Alcaraz*, Art 63 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* (Hrsg), Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 1019 (1024).

1543 Vgl *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 439f und *Abarca Junco/Alonso-Olea García/Lacruz López/Martín Dégano/Vargas Gómez-Urrutia*, Inmigración y Extranjería: Régimen jurídico básico[5] (2011) 219f.

1544 Vgl *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 556.

1545 Art 201 Abs 1 REDYLE.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

selbstständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit", die auf zwei Jahre befristet ist.[1546] Das Erfüllen der Voraussetzungen der genannten Aufenthaltsberechtigung variiert im Hinblick darauf, ob der*die Ausländer*in zuvor eine Arbeitserlaubnis innehatte oder nicht.[1547] Ist dies zu bejahen, ist die „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" von dem*r Ausländer*in selbst zu beantragen, wobei die Voraussetzungen des Art 71 REDYLE zu erfüllen sind. Hatte der*die Ausländer*in keine Aufenthaltserlaubnis inne, ist der*die jeweilige Arbeitgeber*in befähigt die „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" zu beantragen. In diesem Fall sind gem Art 202 Abs 3 REDYLE die Voraussetzungen gem Art 64 REDYLE zu erfüllen.

Eine solche „Aufenthaltsberechtigung und Aufenthaltserlaubnis" kann bis zu 60 Tage vor Ablauf der Befristung beantragt werden.[1548] Dadurch wird das Aufenthaltsrecht bis zum Verfahrensabschluss verlängert. Selbiges gilt für den Fall, dass die Aufenthaltsberechtigung bis 90 Tage nach dem Ablauf der Befristung beantragt wird. Die verspätete Beantragung führt aber zur Einleitung eines diesbezüglichen Verwaltungsstrafverfahrens.[1549]

Grundsätzlich ist außer in speziell normierten Fällen die Erneuerung („renovación") oder Verlängerung („prórroga") der außergewöhnlichen Aufenthaltsberechtigungen nicht möglich.[1550] Problematisch ist deshalb der Fall, dass eine Person die Voraussetzungen für die Erlangung einer ordentlichen Aufenthaltsberechtigung nicht erfüllt, da sie derart in die aufenthaltsrechtliche Irregularität zurückfallen kann.[1551] Das REDYLE gibt keine Antwort auf die Frage, ob in diesen Fällen die erneute Beantragung derselben „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" möglich ist. *Sabater/Domingo* haben in dem Zusammenhang das Regularisierungs-Programm 2005 und die Verwurzelungstatbestände ab 2006 dahingehend analysiert, wie viele Personen nach einem Jahr weiterhin rechtmäßig aufhältig

1546 Art 202 Abs 2-4 REDYLE sowie *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 306.

1547 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 306 und *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 439f.

1548 Art 130 Abs 5 REDYLE.

1549 Art 130 Abs 5 letzter Satz REDYLE und Art 52 lit b LODYLE normiert hierfür eine leichte Ordnungswidrigkeit; vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 305f.

1550 Art 130 Abs 2 REDYLE und siehe Kapitel 5.F.I.

1551 Kritisch *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 305 und *Defensor del Pueblo*, Recomendación v 20.1.2014, Queja 12276555.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bzw in die Irregularität zurückgefallen sind.[1552] In Bezug auf die Arbeitsverwurzelung und soziale Verwurzelung sind 24 % bzw 29,2 % der regularisierten Ausländer*innen nach einem Jahr wieder irregulär aufhältig geworden, da sie keine andere Aufenthaltsberechtigung erlangen konnten. Die beiden Autoren sprechen sich daher für eine Anpassung der Verwurzelungstatbestände an die neuen ökonomischen Gegebenheiten aus, die vor allem durch die „Wirtschaftskrise" eingetreten sind.[1553]

5. Abgrenzungsfragen

Das LODYLE normiert eine befristete „Aufenthaltsberechtigung und/oder Arbeitserlaubnis in nicht geregelten Fällen von besonderer Bedeutung" („autorización temporal y/o trabajo en supuestos no reguladas de especial relevancia").[1554] Hierbei wird zwischen zwei Tatbeständen unterschieden:

Einerseits kann das Staatssekretärsamt für Migration basierend auf einer Stellungnahme des Staatssekretärsamts für nationale Sicherheit („Secretaría de Estado de Seguridad") eine Aufenthaltsberechtigung erteilen, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, die im REDYLE nicht verankert sind. Dieser Tatbestand wird nicht analysiert, weil nicht näher ausgeführt wird, welche Mindesterteilungsvoraussetzungen erfüllt werden müssen, damit die Aufenthaltsberechtigung erteilt wird. Folglich ist die Analyse nicht zweckmäßig.

Andererseits können basierend auf einer Anordnung des Ministerrats („Consejo de Ministros"), der die genauen Erteilungsvoraussetzungen festlegt, solche Aufenthaltsberechtigungen erteilt werden.[1555] Genau wie beim Tatbestand zuvor ist unklar, ob solche Anordnungen bereits erlassen wurden oder bestehen bzw was deren Inhalt ist und folglich welche Mindesterteilungsvoraussetzungen erfüllt werden müssten. Deshalb entfällt die Analyse ebenso.

1552 *Sabater/Domingo*, International Migration Review 2012/46, 206f und 213. Siehe auch *Baldwin-Edwards*, Regularisations and Employment in Spain, REGANE Assessment Report v Februar 2014, http://research.icmpd.org/fileadmin/Research-Website/Project_material/REGANE/REGANE_Assessment_Spain_Final_Sentout.pdf (31.7.2019) 15f.

1553 *Sabater/Domingo*, International Migration Review 2012/46, 215.

1554 Art 123 Abs 2 S 2 REDYLE; Zusatzbestimmung 1 Abs 4 REDYLE. Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 299f und *Ques Mena*, Diario la Ley 2008/7067, 10f.

1555 Vgl im Detail Zusatzbestimmung 1 Abs 4 REDYLE.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass die im LODYLE bzw REDYLE festgelegten „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen“ durch die Rspr erweitert werden können.[1556] Weiters werden im Zusammenhang mit der „Aufenthaltsberechtigung für das nicht in Spanien geborene Kind“ noch zwei weitere Aufenthaltsberechtigungen besprochen, die in der vorliegenden Arbeit aus noch näher auszuführenden Gründen nicht analysiert werden.[1557]

IV. Kompetenzen und Behörden in Bezug auf das Ausländerrecht

Im Einwanderungs- und Ausländerwesen besteht grundsätzlich eine ausschließliche Zuständigkeit des Zentralstaates.[1558] Die vormals herrschende Lehre hat sich in den letzten Jahrzehnten jedoch gewandelt, weshalb nunmehr auch den autonomen Regionen eingeschränkte Zuständigkeiten eingeräumt werden.[1559] Hierzu hat die Reform verschiedener Autonomiestatute, der Erlass des Organgesetzes 2/2009 sowie die (versöhnende) Rspr des spanischen Verfassungsgerichts beigetragen.[1560] Ein Beispiel für eine eingeschränkte Zuständigkeit der autonomen Regionen wären etwa die von ihnen zu erlassenden Stellungnahmen („informe“) im Zusammenhang mit der „befristeten Aufenthaltsberechtigung aufgrund sozialer Verwurzelung“.[1561]

Im Ausländerwesen sind grundsätzlich die Ausländerbehörden („Oficina de Extranjería“) zuständig.[1562] Die Ausländerbehörden sind den Vertre-

1556 Vgl *Giménez Bachmann*, La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España, Dissertation 2014, Universitat Abab Oliba CEU, http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/295836/Tmgb.pdf?sequence=1 (8.10.2018) 175.

1557 Siehe Kapitel 5.C.I.

1558 Art 149 Abs 1 Z 2 CE; vgl allgemein *Roig*, Autonomía e inmigración: competencias y participación de las Comunidades Autónomas y los Entes locales en materia de inmigración in *Revenga Sánchez* (Hrsg), Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España (2005) 359.

1559 Vgl zur Entwicklung *Donaire Villa/Moya Malapeira*, Marco competencial y organización administrativa de la inmigración in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* (Hrsg), La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España (2012) 521 (521ff).

1560 STC 31/2010, ECLI:ES:TC:2010:31.

1561 Vgl *Donaire Villa/Moya Malapeira* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 536f und siehe Kapitel 5.E.I.

1562 Art 259-263 REDYLE und vgl *Donaire Villa/Moya Malapeira* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 549ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter*innen der Zentralregierung bzw Regierungsbeauftragten („Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno") untergeordnet, die wiederum dem Ministerium für die Territorialpolitik und den Öffentlichen Dienst („Ministerio de la Política Territorial y Función Pública") unterstellt sind. Zu ihren Aufgaben zählen etwa die Erteilung von Aufenthaltsberechtigungen oder das Führen von Verwaltungsstrafverfahren.[1563]

Das Melderegister („Padrón") spielt ebenfalls eine zentrale Rolle. Ist doch die Eintragung in diesem für den Nachweis der in Spanien verbrachten Zeit von großer Bedeutung,[1564] bspw im Zusammenhang mit der sozialen Verwurzelung.[1565] Wie bereits ausgeführt wurde, war die Meldung außerdem für den Zugang zur Gesundheitsversorgung vonnöten.[1566] Für die Eintragung wird nur ein offizielles Dokument, wie etwa ein Reisepass, für den Nachweis der Identität benötigt, wodurch sich grundsätzlich auch irregulär aufhältige Ausländer*innen in dieses eintragen können.[1567] Die Eintragung wird sogar von staatlicher Seite gefördert.[1568] Selbst die Entwicklung, dass die Ausländerbehörden oder die Grenzpolizei hierauf – bspw zur Ermittlung des Aufenthaltsorts eines*r Ausländers*in – zugreifen können, hat den Meldungen keinen Abbruch getan.[1569]

V. Rechtsschutz

Sowohl unrechtmäßig als auch rechtmäßig aufhältige Ausländer*innen[1570] genießen gem der spanischen Verfassung das Recht auf effektiven gerichtlichen Schutz („Tutela Judicial Efectiva").[1571] Zur Wahrung ihrer Rechte

1563 Art 261 RDYLE und Zusatzbestimmung 1 REDYLE; vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 300 und *Donaire Villa/Moya Malapeira* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 549f.

1564 Vgl *Cerdán/Maas*, ZAR 2010, 109.

1565 Siehe Kapitel 5.E.I.

1566 Siehe Kapitel 4.C.II.4.

1567 Vgl *González-Enríquez* in *Triandafyllidou* 250.

1568 In dem Sinne *González-Enríquez*, Clandestino Project v Jänner 2009, 20ff.

1569 Zusatzbestimmung 5 Abs 2 LODYLE; kritisch *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 265-270 mwN.

1570 Vgl *González García*, Algunas cuestiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la Ley Orgánica 2/2009, Teoría y Realidad Constitucional 2010, 515 (521).

1571 Art 24 CE und Art 20 Abs 1 LODYLE; vgl *González García*, Teoría y Realidad Constitucional 2010, 518ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

können sie sowohl die Verwaltungs- als auch die Verfassungsgerichtsbarkeit in Anspruch nehmen.

1. Verwaltungsgerichtsbarkeit

In Spanien ist seit langem eine Verwaltungsgerichtsbarkeit etabliert, die eine vollumfängliche Kontrolle jeglichen Verwaltungshandelns, vor allem der Exekutive, erlaubt.[1572] Sie ist Teil der ordentlichen Gerichtsbarkeit.[1573]

Bevor die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Detail dargestellt wird, ist es zuvor notwendig, kurz auf die verwaltungsrechtlichen Rechtsmittel einzugehen.[1574] Gegen abweisende Entscheidungen über eine Aufenthaltsberechtigung, die in der Regel den Verwaltungsweg erschöpfen,[1575] ist das Erheben eines Einspruchs („Recurso de Reposición") möglich.[1576] Dieser ist an die Ausländerbehörde zu richten,[1577] die den Bescheid erlässt. Deshalb ist eine Berufung („Recurso Ordinario de Alzada"), die an die höherrangige Verwaltungsbehörde zu richten wäre, unzulässig.[1578] Der Einspruch genießt keine aufschiebende Wirkung.[1579] Dieses verwaltungsrechtliche Rechtsmittel ist fakultativ, dh es kann, muss aber von den Betroffenen nicht in Anspruch genommen werden, um anschließend den verwaltungsgerichtlichen Weg zu bestreiten. Die Frist zur Einbringung beträgt einen Monat.[1580]

Greift der*die Ausländer*in jedoch auf den Einspruch als Rechtsmittel zurück, prüft die zuständige Ausländerbehörde, ob die vorgebrachten Argumente zutreffen oder nicht. Bis zur Entscheidung über den Einspruch ist das Einbringen einer verwaltungsgerichtlichen Klage unzulässig.[1581] Im Gegensatz zur verwaltungsgerichtlichen Klage beläuft sich die Entschei-

---

1572 LJCA und vgl *Parejo Alfonso*, Derecho Administrativo 1029ff.

1573 Art 3 und 24 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE 157 v 2.7.1985 letzte Änderung v 28.10.2015; vgl *Parejo Alfonso*, Derecho Administrativo 1034f.

1574 Vgl zur alten Rechtslage *Conde Antequera* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero* 337-339.

1575 Zusatzbestimmung 14 REDYLE und siehe Fn 1482.

1576 Art 123f LPAC.

1577 Zur Zuständigkeit der Ausländerbehörden siehe bereits Kapitel 4.C.IV.

1578 Art 121f LPAC; vgl *Parejo Alfonso*, Derecho Administrativo 1004f.

1579 Siehe nur Art 117 LPAC; vgl *Parejo Alfonso*, Derecho Administrativo 1003 und 1007 sowie *García Vitoria*, Revista General de Derecho Constitucional 2015/20, 9f in Bezug auf Ausweisungsentscheidungen.

1580 Art 124 Abs 1 LPAC.

1581 Art 123 Abs 2 LPAC; vgl *Parejo Alfonso*, Derecho Administrativo 1005.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dungsfrist auf einen Monat.[1582] Wenn nicht innerhalb dieser entschieden wird, ist das „Schweigen" der Behörde als Abweisung zu werten.[1583]

Im Anschluss an das fakultative Einbringen des Einspruchs oder direkt nach dem Erhalt des abweisenden Bescheids kann eine verwaltungsgerichtliche Klage („Recurso Contencioso-Administrativo") eingebracht werden.[1584] Diese entfaltet grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Gem Art 129ff LJCA kann in jedem Stadium des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens eine einstweilige Anordnung – mit der die aufschiebende Wirkung einhergeht – beantragt werden.[1585] Die Verwaltungsgerichte entscheiden sodann mittels Urteil („Sentencia") und können den betreffenden Verwaltungsakt bei Rechtswidrigkeit aufheben und/oder in der Sache selbst entscheiden.[1586] Die Klagefrist beträgt bei Bescheiden im ordentlichen Verfahren zwei Monate[1587] und im speziellen Verfahren zum Schutz der Grundrechte zehn Tage.[1588] Im Gegensatz zum verwaltungsrechtlichen besteht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Anwält*innenpflicht.[1589] Unentgeltlicher rechtlicher Beistand kann beantragt werden, wenn der*die Betroffene nicht über ausreichend finanzielle Mittel verfügt.[1590]

Über die eingebrachte Klage entscheidet zunächst das Verwaltungsgericht in Form eines*r Einzelrichters*in. („Juzgado de lo Contencioso-Ad-

---

1582 Vgl *Parejo Alfonso*, Derecho Administrativo 1005 mit Hinweis auf STC 40/2007, ECLI:ES:TC:2007:40.

1583 Vgl zur alten Rechtslage *Conde Antequera* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 339.

1584 Art 25 LJCA; vgl grundsätzlich zum verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren *Parejo Alfonso*, Derecho Administrativo 1069ff und *Conde Antequera* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 340 in Bezug auf das Ausländerrecht.

1585 Vertiefend *Parejo Alfonso*, Derecho Administrativo 1079-1083; *Conde Antequera* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 346-350 zum ordentlichen und *Mercader Uguina/Tolosa Tibiño*, Art 24 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* (Hrsg), Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 371 (376) zum speziellen Verfahren.

1586 Art 67 und 71 Abs 1 LJCA.

1587 Art 46 Abs 1 LJCA.

1588 Art 115 Abs 1 LJCA.

1589 Art 23 LJCA.

1590 Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, BOE 11 v 12.1.1996 letzte Änderung v 12.6.2018, und Art 22 Abs 3 LODYLE; vgl *Colomer Hernández*, Tutela jurisdiccional y extranjería in *Palomar Olmeda* (Hrsg), Tratado de Extranjería[5] (2012) 633 (642-665) und in Bezug auf Ausweisungsentscheidungen *Arrese Iriondo*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2010/25, 90f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ministrativo").[1591] Ist die Entscheidung des Verwaltungsgerichts wiederum unzureichend, kann gegen diese eine Berufung („Recurso de Apelación") an den Obersten Gerichtshof einer autonomen Region („Tribunal Superior de Justicia") eingebracht werden.[1592] Danach ist eine außerordentliche Revision („Recurso de Casación") an den Obersten Gerichtshof („Tribunal Supremo") möglich.[1593]

Innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann zwischen dem ordentlichen und speziellen Verfahren unterschieden werden, wobei jeweils die genannten Rechtsmittel eingebracht bzw der Instanzenzug angerufen werden können. Der*die Ausländer*in kann sowohl auf beide Verfahren gleichzeitig, als auch auf jeweils nur eines der beiden zurückgreifen.[1594] Im Ausländerwesen wird das ordentliche, verwaltungsgerichtliche Verfahren als beschleunigtes Verfahren („Procedimiento Abreviado") geführt.[1595] Als spezielles Verfahren kommt das Verfahren zum Schutz der Grundrechte („Procedimiento para la Protección de los Derechos Fundamentales") in Frage.[1596] Voraussetzung hierfür ist, dass es eine Verletzung eines Grundrechts geltend gemacht wird, die aus einer Diskriminierung hervorgeht.[1597] Genau wie bei der noch näher zu erläuternden Verfassungsbeschwerde kann nur die Verletzung bestimmter Grundrechte geltend gemacht werden.[1598] Das spezielle Verfahren hat Vorzugscharakter.[1599] Die Frist zur Einbringung einer solchen Klage beläuft sich auf lediglich zehn Tage.[1600]

1591 Art 8 Abs 4 LJCA; vgl *Conde Antequera* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 341f.

1592 Art 81ff LJCA.

1593 Art 88 LJCA; vgl *Huelin Martínez de Velasco*, La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos), Revista General de Derecho Constitucional 2017/24, 1.

1594 Vgl *Mercader Uguina/Tolosa Tibiño* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 375 mwN.

1595 Art 78 Abs 1 LJCA; vgl *Parejo Alfonso*, Derecho Administrativo 1096ff und *Conde Antequera* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 343.

1596 Art 53 Abs 2 CE iVm Art 24 LODYLE und Art 114-122 LJCA; vgl *Conde Antequera* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 343-345 und *Mercader Uguina/Tolosa Tibiño* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 371.

1597 Vgl *Conde Antequera* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 344.

1598 Vgl *Mercader Uguina/Tolosa Tibiño* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 372 und *Conde Antequera* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 343.

1599 Art 114 Abs 3 LJCA.

1600 Art 115 Abs 1 LJCA.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Verfassungsgerichtsbarkeit

Neben der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Verfassungsgerichtsbarkeit für den Rechtsschutz von Ausländer*innen bedeutsam.[1601] Diese zählt nicht zur ordentlichen Gerichtsbarkeit, sondern wird in der Doktrin als eigenständige, spezielle Gerichtsbarkeit angeführt.[1602]

Das spanische Verfassungsgericht („Tribunal Constitucional")[1603] kann mittels Verfassungsbeschwerde („Recurso de Amparo Constitucional") von jedem*r angerufen werden, der*die sich in seinen*ihren verfassungsrechtlich geschützten Grundrechten oder -freiheiten verletzt fühlt.[1604] Die Frist hierfür beträgt zwanzig bzw dreißig Tage, je nachdem ob sich die Verfassungsbeschwerde gegen einen Verwaltungsakt oder eine judizielle Entscheidung richtet.[1605] In Frage kommt jede Handlung der Staatsgewalten, die zu einer Grundrechtsverletzung führt.[1606] Sowohl qualitativ als auch quantitativ ist die Verfassungsbeschwerde das wichtigste und meist angerufene Rechtsinstrument des Verfassungsgerichts.[1607] Grundsätzlich besteht Anwält*innenpflicht für das Einbringen der Beschwerde.[1608] Jede natürliche oder juristische Person, die ein berechtigtes Interesse hat, kann eine solche Verfassungsbeschwerde einlegen.[1609] Dazu zählen auch Ausländer*innen.[1610] Aus der Betroffenenperspektive ist die Verfassungsbeschwerde das letzte Rechtsmittel, das dem Schutz der Grundrechte dient, da es subsidiär zum übrigen Rechtsschutzsystem besteht.[1611] Dh, dass die Verletzung der betroffenen Grundrechte schon zuvor erfolglos im ordentlichen

1601 Art 53 Abs 2 iVm Art 21 Abs 1 LODYLE und *Fernández Pérez* Art 57 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez*, Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 900 (921).

1602 *Carrillo*, La jurisdicción constitucional española y el caso chileno, Revista de Derecho 2001, 75 (75).

1603 Vgl *Pérez Tremps*, Sistema de Justicia Constitucional[2] (2016) 21 und 55.

1604 Art 53 Abs 2 und Art 161 Abs 1 lit b CE; vgl *Pérez Tremps*, Justicia Constitucional 119.

1605 Art 43 Abs 2 und Art 44 Abs 2 LOTC; vgl *Pérez Tremps*, Justicia Constitucional 128.

1606 Art 41 Abs 2 LOTC.

1607 Vgl *Pérez Tremps*, Justicia Constitucional 119.

1608 Art 81 Abs 1 LOTC.

1609 Art 162 lit b CE.

1610 Vgl *Pérez Tremps*, Justicia Constitucional 129.

1611 Vgl *Pérez Tremps*, Justicia Constitucional 119-121.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsweg geltend gemacht und dieser ausgeschöpft werden muss.[1612] Im Ausländerwesen steht das eben dargestellte verwaltungsgerichtliche Verfahren als ordentlicher Rechtsweg zur Verfügung.[1613]

Überdies ist der außerordentliche Charakter der Verfassungsbeschwerde hervorzuheben. Können doch nur taxativ normierte Grundrechte bzw -freiheiten geltend gemacht werden.[1614] Hierzu zählen die klassischen Freiheitsrechte wie das Recht auf Leben gem Art 15 CE oder die Meinungsfreiheit gem Art 20 CE. Kritisiert wird in dem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen dem Schutz des Familienlebens gem Art 39 CE, der nicht im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann, und dem Recht auf Achtung des Familienlebens, das sehr wohl geltend gemacht werden kann.[1615]

D. Resümee – Die besondere Stellung von Regularisierungen im Aufenthalts-, Fremden- bzw Ausländerrecht

Die Ausführungen 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-

1612 STC 186/1997, ECLI:ES:TC:1997:186, FJ 2; vgl *Pérez Tremps*, Justicia Constitucional 131-135.

1613 Siehe Kapitel 4.C.V.1.

1614 Art 14-29 und Art 30 Abs 2 CE und vgl *Pérez Tremps*, Justicia Constitucional 121-123 mwN.

1615 Vgl *Díaz Crego/García Vitoria*, Los derechos de los migrantes in *García Roca* (Hrsg), ¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana (2017) 363 (394-398).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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,[1616] da der Regularisierungsbegriff mangels irregulärem Aufenthalt nicht erfüllt wird.[1617] Zwar wird das Asylrecht in

1616 Siehe Kapitel 5.A.I.2.a.
1617 Siehe Kapitel 2.A.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.[1618] 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 Be-

1618 Siehe nur jüngst zu Deutschland *Kraler*, Journal of Immigrant and Refugee Studies 2019, 102.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtigung 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 unter-

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schiedliche 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.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 5 – Der integrierte Rechtsvergleich von Regularisierungen nach dem Regularisierungszweck[1619]

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.[1620] Regularisierungen werden in einem integrierten Vorgehen anhand eines Gliederungskriteriums, namentlich dem Regularisierungszweck,[1621] 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.[1622]

Die analysierten Regularisierungen sind im Rechtsvergleich nicht nach formalistischen Gesichtspunkten kategorisiert worden. Um ein konkretes Beispiel zu nennen: Die österreichische „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz", die in § 57 AsylG normiert ist, vereint drei verschiedene Tatbestände. Jeder einzelne Tatbestand wurde als eigenständige Regularisierung gewertet, denn die maßgeblichen Erteilungsgründe variieren.[1623] Grundsätzlich werden also einzelne Tatbestände, wenn sie unterschiedliche Erteilungsgründe festlegen, in unterschiedlichen Regularisierungszwecken bzw Unterkategorien systematisiert.

Regularisierungen können unter mehr als einen Regularisierungszweck bzw eine Unterkategorie fallen. Um hier methodisch sauber vorzugehen, wird anhand einer Abwägungsentscheidung der als maßgeblich identifizierte Erteilungsgrund zur Einordnung herangezogen. Als Parameter dient das

---

1619 Einzelne Regularisierungen wurden in *Hinterberger*, DRdA 2018; *Hinterberger* in *Lanser/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* und *Hinterberger*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2019 besprochen. Siehe Einleitung D.III.

1620 Siehe Einleitung D.I.

1621 Siehe Kapitel 2.B.II.

1622 Siehe bereits Einleitung D.I.1.

1623 Siehe Kapitel 5.A.II.2. und Kapitel 5.D.I.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

primäre, staatliche Genehmigungsinteresse, da dieses im Gegensatz zum privaten Migrationsinteresse im Vordergrund des kontraktualistischen Verständnisses von aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidungen steht.[1624]

Innerhalb jedes Regularisierungszwecks werden Regularisierungen nach ihrem Berechtigungsumfang aufsteigend geordnet. Hierbei beziehe ich mich auf die Erteilungsdauer. Haben zwei oder mehrere Regularisierungen exakt dieselbe Mindesterteilungsdauer, folgt die Reihung abschließend alphabetisch (Deutschland, Österreich, Spanien).

Die bereits gebildete Regularisierungsdefinition wird für die rechtsvergleichende Analyse herangezogen, aber noch weiter eingegrenzt.[1625] Es werden nur jene Aufenthaltsrechte beleuchtet, die einen rechtmäßigen Aufenthalt von zumindest zwölf Monaten normieren (Mindesterteilungsdauer). Diese Untergrenze wird als Abgrenzungskriterium verwendet. In Bezug auf einige deutsche Regularisierungen ist aber normiert, dass der Aufenthalt von sechs Monaten bis zu zwei oder drei Jahren befristet werden kann.[1626] Sie werden dennoch in die Analyse miteinbezogen, da die festgelegte Untergrenze überschritten werden kann.

Damit Regularisierungen zweckmäßig verglichen werden können, werden innerhalb jeder Regularisierung zunächst die Erteilungsvoraussetzungen und anschließend das erteilte Aufenthaltsrecht besprochen, insofern dies nicht bereits in Kapitel 4 dargestellt wurde.[1627] Das heißt, dass jede Regularisierung iVm den jeweils einschlägigen Ausführungen in besagtem Kapitel zu lesen ist, um ein vollständiges Bild zu erhalten, da der dort dargestellte Kontext von Relevanz ist. So werden die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen oder Versagungsgründe nicht erneut angeführt. Arbeitsmarktzugang, Zugang zu Sozialleistungen und Rechtsschutz werden nur in den Fällen näher dargestellt, in denen es Abweichungen von den allgemeinen Ausführungen in Kapitel 4 gibt. Es wird wiederum die jeweils einschlägige Terminologie in Bezug auf die analysierte Rechtslage gebraucht: Ausländer*innen (Deutschland und Spanien) bzw Fremde (Österreich).[1628]

1624 Siehe bereits oben Kapitel 2.B.II.
1625 Siehe Kapitel 2.A.II.
1626 Siehe Kapitel 5.B.I.2., Kapitel 5.C.II.2. und Kapitel 5.D.I.2.
1627 Siehe etwa die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ in Kapitel 4.B.III.2.d.
1628 Siehe die einleitenden Ausführungen zu Teil 2.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

A. Nichtrückführbarkeit

I. Duldung[1629]

Der Begriff der Duldung umfasst einerseits das Rechtsinstitut und andererseits die außergesetzliche Duldung. Das Rechtsinstitut der Duldung beschreibt in der Folge die rechtlichen Regelungen in Deutschland und Österreich, die bereits weiter oben als Aufschub der Abschiebung gem Art 9 RückführungsRL qualifiziert wurden.[1630] Die „außergesetzliche Duldung" bezieht sich auf die (rechtliche) Situation in Spanien.

Die Gliederung erfolgt – wie bei Regularisierungen – nach dem Berechtigungsumfang. Da es hier mangels Aufenthaltsrecht keine Mindesterteilungsdauer gibt, folgt die Reihung wie folgt: Zuerst wird die rechtliche und außerrechtliche Lage in Spanien analysiert, da kein der Duldung ähnliches Rechtsinstitut existiert. Vielmehr bestehen Situationen, in denen Personen de facto geduldet sind. Diese außergesetzliche Duldung stellt daher bloß einen irregulären Aufenthalt dar. Im Gegensatz dazu normiert sowohl das deutsche als auch das österreichische Recht ein Rechtsinstitut, das als Duldung bezeichnet wird. Dieses kann in beiden Ländern, je nach analysiertem Tatbestand, als qualifizierter irregulärer Aufenthalt oder Vorstufe zu einem Aufenthaltsrecht beschrieben werden.[1631] Die Reihung erfolgt nach der Mindestduldungsdauer, weshalb Deutschland vor Österreich analysiert wird.

1. Außergesetzlich geduldete und irreguläre Aufenthalt – Spanien

In Spanien existiert – im Gegensatz zu Deutschland und Österreich – kein vergleichbares Rechtsinstitut zur Duldung. Doch gibt es eine Art „faktischer" Duldung, mit anderen Worten einen irregulären und außergesetzlich geduldeten Aufenthalt („situación tolerada de la estancia irregular").[1632] *Sagarra Trias* hat bereits 2002 den Aufenthalt von Ausländer*innen wie folgt beschrieben: Sie können rechtmäßig irregulär leben („el extranjero ‚legal-

1629 Siehe Kapitel 2.B.III.1.a.
1630 Siehe Kapitel 3.B.I.
1631 Siehe Kapitel 2.B.III.1.a.
1632 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 289; *Sainz de la Maza Quintanal*, Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España, Dissertation 2015, Universidad Complutense de Madrid, https://eprints.ucm.es/34472/ (8.10.2018) 41.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mente' podrá vivir irregularmente").[1633] Obwohl die Problematik auch von *Arrese Iriondo* als solche erkannt und kritisiert wurde, lässt die spanische Gesetzgebung diese Situation weiterhin (bewusst) ungeregelt.[1634]

Wie bereits weiter oben in Kapitel 4 betreffend den Kontext ausgeführt wurde, stellt der irreguläre Aufenthalt in Spanien eine schwere Ordnungswidrigkeit dar[1635] und führt – bspw bei einem Aufgriff des*r Betroffenen – in der Regel zur Einleitung eines eigenständigen Ausweisungsverfahrens, in dem das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden muss.[1636] Im Vergleich zu Österreich und Deutschland geht mit einer abweisenden Entscheidung über eine Aufenthaltsberechtigung nicht automatisch eine aufenthaltsbeendende Maßnahme einher.[1637] Das spanische Recht sieht anschließend zwei unterschiedliche Verfahrensoptionen vor: Einerseits das Erteilen einer Geldbuße oder andererseits die Ausweisung der irregulär aufhältigen Person.[1638]

Bis zum *Zaizoune*-Urteil des EuGH im Jahre 2015 war der Regelfall, dass Ausländer*innen, gegen die ein Ausweisungsverfahren aufgrund des irregulären Aufenthalts eingeleitet wurde, lediglich eine Geldbuße erhielten.[1639] Dies wurde mit dem Wortlaut von Art 57 Abs 1 LODYLE begründet, wonach die Ausweisung einer speziellen Begründung bedarf.[1640] Durch den Erlass einer Geldbuße waren Ausländer*innen (weiterhin) faktisch geduldet und irregulär aufhältig, da die Ausreiseverpflichtung nicht vollzogen wurde.[1641]

1633 *Sagarra Trias*, Un nuevo „status" de extranjero en España (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión), Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2002/1, 89 (96).

1634 *Arrese Iriondo*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2010/25, 94f.

1635 Art 53 Abs 1 lit a LODYLE und siehe Kapitel 4.C.II.1.

1636 Art 55 Abs 3 LODYLE und Art 57 Abs 1 LODYLE sowie Art 222 Abs 3 und 242 Abs 1 S 1 REDYLE; vgl *Arrese Iriondo*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2010/25, 77f.

1637 Siehe Kapitel 4.C.II.1.

1638 *Arrese Iriondo*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2010/25, 75-82.

1639 Zum Spannungsverhältnis mit der RückführungsRL vor *Zaizoune* siehe *Boza Martínez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 270 und *González Saquero*, La Directiva „retorno" y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros, WP on European Law and Regional Integration No 6 v 2011, https://ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20directiva%20retorno.pdf (11.10.2018) 12-15.

1640 Vgl *Castanedo García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2014/36, 263f. Siehe nunmehr aber auch Art 242 Abs 1 REDYLE.

1641 *Arrese Iriondo*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2010/25, 94f mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der gleichzeitige Erlass einer Geldbuße sowie einer Ausweisung war bzw ist nach dem spanischen Ausländerrecht nicht möglich.[1642]

In *Zaizoune* hat der EuGH aber sodann die spanische Rechtslage gerügt und festgestellt, dass diese unvereinbar mit der RückführungsRL ist.[1643] Hauptgrund hierfür war die Feststellung, dass der Erlass einer Geldbuße mangels Durchsetzung keine effiziente Rückführung irregulär aufhältiger Ausländer*innen darstellen würde. Diesem Argument hielt die spanische Regierung entgegen, dass selbst wenn nur eine Geldbuße erlassen wurde, mit dieser aber immer auch eine Ausreiseverpflichtung einhergehen würde,[1644] was für den EuGH aber nicht ausreichend war. Die EuGH-Rspr wurde von den spanischen Höchstgerichten bereits aufgegriffen, wonach nunmehr anstatt der Geldbuße bei bloßem irregulärem Aufenthalt eine Ausweisung zu erlassen ist.[1645] Trotz dieses Wandels in der spanischen Rspr, ist es aufgrund des Gesetzeswortlauts weiterhin möglich, dass eine Person aufgrund des irregulären Aufenthalts bloß eine Geldbuße erhält. In diesen Sachverhaltskonstellationen sind die Betroffenen folglich de facto geduldet, da die Ausreiseverpflichtung nicht vollstreckt werden kann.

Daneben gibt es aber noch zwei weitere Fallkonstellationen, in denen ein solcher Status entstehen kann: Hierzu weist *Boza Martínez* auf den gesetzlich normierten Unterschied zwischen der Unmöglichkeit des Erlasses und der Durchsetzung der Ausweisung hin.[1646] Die Unmöglichkeit des Erlasses der Ausweisung betrifft jene Tatbestände, die in Art 57 Abs 5 LODYLE aufgezählt sind. Gem Art 57 Abs 5 lit d LODYLE sind etwa Fälle erfasst, in denen eine Person rechtmäßig aufhältig und beschäftigt war, nach Ablauf ihres Aufenthaltsrechts Arbeitslosengeld („prestación de desempleo") erhält und aufgrund des Erhalts dieser Versicherungsleistung nicht

1642 Art 57 Abs 3 LODYLE:

1643 EuGH *Zaizoune*, Rn 32ff; vgl *Acosta Arcarazo/Romano*, The Returns Directive and the Expulsion of Migrants in an Irregular Situation in Spain, EU Law Analysis, Blog v 2. 5. 2015, www.eulawanalysis.blogspot.co.uk/2015/05/the-returns-directive-and-expulsion-of.html (27.11.2018); *Fernández Rojo*, La detención de extranjeros en situación irregular: impacto de la directiva 2008/115/CE y la jurisprudencia del TJUE en la legislación española, Revista de Derecho Comunitario Europeo 2016, 233 (242ff).

1644 Art 28 Abs 3 lit c LODYLE und Art 24 REDYLE.

1645 STSJ Galicia 6738/2016, ECLI:ES:TSJGAL:2016:6738, FJ 4; STSJ Aragón 1005/2016, ECLI:ES:TSJAR:2016:1005.

1646 Siehe Art 57 Abs 5-6 LODYLE und *Boza Martínez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 271.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ausgewiesen werden kann.[1647] Ist einer der Tatbestände in Art 57 Abs 5 LODYLE gegeben, muss er berücksichtigt werden, und der Erlass der Ausweisung ist sohin unmöglich, mit anderen Worten gesetzwidrig. Unklar ist in diesen Fällen, ob verfahrensrechtlich sohin eine Geldbuße – anstatt der Ausweisung – erlassen wird bzw wie die Behörden genau vorzugehen haben, da hierzu gesetzliche Bestimmungen fehlen.[1648]

Die Unmöglichkeit der Durchsetzung der Ausweisung erfasst jene Fälle, bei denen eine Ausweisung erlassen wurde, diese aber unmöglich geworden ist, dh nicht durchgesetzt werden kann. Als Gründe für die Unmöglichkeit werden das Verletzen des Non-Refoulement-Gebots, das ein absolutes Verbot darstellt, und Schwangerschaft angeführt.[1649] Hierbei ist verfahrensrechtlich wiederum unklar, wie die Behörde vorzugehen hat, da nähere gesetzliche Bestimmungen und Erläuterungen fehlen. Art 57 Abs 4 LODYLE normiert zwar grundsätzlich die Möglichkeit der Aufhebung einer Ausweisungsentscheidung, jedoch fehlt eine spezielle Bestimmung, die die Aufhebung in diesen Sachverhaltskonstellationen ermöglicht.[1650] Ebenfalls nicht geregelt ist der Fall, dass die Unmöglichkeit der Durchsetzung der Ausweisung festgestellt wird.[1651] Verfahrensrechtlich ist es nur möglich die Ausweisung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu bekämpfen, wobei das zuständige Verwaltungsgericht die Aussetzung der Ausweisung beschließen könnte.[1652] Dies ist aber wiederum nur möglich, wenn eine Klage gegen die Ausweisung eingebracht wurde.[1653]

Abschließend bleibt deshalb festzuhalten, dass drei Sachverhaltskonstellationen bestehen, in denen Ausländer*innen irregulär aufhältig und außerge-

---

1647 STS 1864/2008 - ECLI: ES:TS:2008:1864, FJ 7; vgl *Nieves Moreno Vida* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 627f. Der Oberste Gerichtshof führt weiters aus, dass dies keinesfalls Fälle undokumentierter Beschäftigung betreffen kann, da es sich ansonsten um eine Art versteckter Regularisierung handeln würde, weil die Personen aufgrund des Bezugs von Arbeitslosengeld – trotz undokumentierter Beschäftigung – nicht ausgewiesen werden könnten.

1648 Vgl *Boza Martínez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 270f.

1649 Art 57 Abs 6 LODYLE und Art 246 Abs 7 REDYLE; vgl *Consejo de Estado*, Dictamen 320/2016 v 12.5.2016. Bei Schwangeren darf die Ausweisung kein Risiko für die Gesundheit oder die Schwangerschaft der Frau bzw des „nasciturus" darstellen.

1650 Vgl *Boza Martínez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 270f.

1651 Dies schlägt *Boza Martínez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 271f vor.

1652 Art 129 LJCA.

1653 Siehe Kapitel 4.C.V.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzlich geduldet bleiben.[1654] Sie verharren in diesem „Schwebezustand" bis sie die Voraussetzungen einer „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" erfüllen. In diesen Fällen wird die Ausweisungsentscheidung aufgehoben.[1655] Im weiteren Sinne ist deshalb die Behauptung zulässig, dass Spanien den Aufenthalt von irregulär aufhältigen Ausländer*innen faktisch duldet.[1656] Dies bedeutet gleichzeitig, dass der spanische Staat alle damit einhergehenden Konsequenzen, wie die dadurch entstehenden prekären Lebenssituationen, in Kauf nimmt. Ausgeglichen wird dies aber zumindest durch den Zugang zu Sozialleistungen auch während des irregulären Aufenthalts und die im Vergleich zu Deutschland und Österreich erleichterten Voraussetzungen zur Erlangung eines Aufenthaltsrechts, wie das Beispiel der sozialen Verwurzelung verdeutlicht.[1657] Insgesamt verfügen irregulär aufhältige Ausländer*innen über zahlreiche Regularisierungsperspektiven, unabhängig davon, ob sie außergesetzlich geduldet sind.

2. Rechtsinstitut der Duldung – Deutschland

Grundsätzlich sind Ausländer*innen, insofern sie gem § 50 Abs 1 AufenthG ausreisepflichtig sind und die Ausreisepflicht vollstreckbar ist,[1658] abzuschieben. Da die Abschiebung aber oftmals nicht unmittelbar vollzogen werden kann, wurde in Deutschland das Rechtsinstitut der Duldung in § 60a AufenthG eingeführt. Die Duldung betrifft somit die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung, wobei die Ausreisepflicht oder ihre Vollstreckbarkeit dadurch nicht beseitigt werden.[1659] In Deutschland geht genau wie in Österreich mit der Duldung kein rechtmäßiger Aufenthalt einher.[1660] Ende 2017 waren rund 166.000 Ausländer*innen geduldet,[1661] was im Vergleich zu

1654 Vgl *Fernández Bessa/Brandariz García*, Revista para el Análisis del Derecho 2016/4, 1 (8f).
1655 Siehe bereits ausführlich Kapitel 4.C.III.3.b.
1656 Vgl *Sagarra Trias*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2002/1, 96; *González-Enríquez*, Clandestino Project v Jänner 2009, 7, 17f; *Arrese Iriondo*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2010/25, 94f; *Sabater/Domingo*, International Migration Review 2012/46, 215f.
1657 Kapitel 5.E.I.
1658 § 58 Abs 2 AufenthG und siehe Kapitel 5.A.I.2.
1659 *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 34.
1660 § 60a Abs 3 AufenthG und siehe Kapitel 5.A.I.3.
1661 BT-Drs 19/633, 38-40.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Österreich ein Vielfaches ist und die Relevanz dieses Rechtsinstituts für das deutsche Aufenthaltsrecht unterstreicht.[1662]

a. Erteilungsvoraussetzungen

Im deutschen AufenthG sind zahlreiche Duldungstatbestände normiert.[1663] Eine tiefergehende Darstellung aller Duldungsgründe würde den Umfang der Arbeit sprengen. So wurde durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht 2017 eine Duldung zur Prüfung einer Vaterschaftsanerkennung gem § 60a Abs 2 S 13 AufenthG eingeführt.[1664] Die „Ausbildungsduldung" gem § 60a Abs 2 S 4 AufenthG wird aus kontextuellen Gründen im Zusammenhang mit der „Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung" thematisiert.[1665] Dasselbe gilt für die „Beschäftigungsduldung", die sowohl im Rahmen der „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" als auch der „Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung" besprochen wird.[1666] Darüber hinaus wurde mit dem „Geordnete-Rückkehr-Gesetz", das am 21.8.2019 in Kraft getreten ist, eine „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität" eingeführt. Diese wird auch als „Duldung light" oder „Duldung minus" bezeichnet und ist in § 60b AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" geregelt.[1667] Dieser Duldungsgrund wird im Rahmen der tatsächlichen Abschiebehindernissen mitbehandelt, da er beträchtliche Auswirkungen auf die geltende Rechtslage hat.

Die Duldung ist durch die rechtliche bzw faktische Unmöglichkeit der Abschiebung gekennzeichnet, weshalb bloß die damit zusammenhängenden „Grundtatbestände" näher vorgestellt werden. Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit sind daher die individuellen Duldungsgründe gem § 60a Abs 2 S 1 AufenthG relevant, die auch als Abschiebehindernisse bezeichnet werden.[1668] Diese werden weiters in rechtliche und tatsächliche Ab-

1662 Siehe Kapitel 5.A.I.3.
1663 § 60a AufenthG.
1664 Vgl *Hörich/Tewocht*, NVwZ 2017, 1156.
1665 Siehe Kapitel 5.E.III.1.
1666 Siehe Kapitel 5.B.I. und Kapitel 5.E.III.1.
1667 Vgl *Eichler*, Das Sanktionsregime der „Duldung light". Die neue „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität" nach § 60b AufenthG, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 64 und *Hruschka*, Verfassungsblog v 21.5.2019.
1668 Vgl *Hoffmann*, Asylmagazin 2010, 369f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schiebehindernisse unterteilt.[1669] § 60a Abs 2 AufenthG normiert, dass die Abschiebung auszusetzen ist, solange diese aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht vollziehbar ist, mit anderen Worten unmöglich ist, und nach anderen Bestimmungen keine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist.[1670] Unmöglichkeit bezieht sich hier auf die Frage, ob die Abschiebung zeitnah vollstreckt werden kann oder ob diese aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Hindernisse ausgeschlossen ist.[1671] Nach der BVerwG-Rspr ist dies unabhängig davon zu beurteilen, ob der*die Betroffene freiwillig ausreisen könnte.[1672] Gem § 60a Abs 2 S 1 AufenthG besteht in diesen Fällen ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Duldung.[1673]

Die rechtliche Unmöglichkeit der Abschiebung kann sich aus gesetzlichen, verfassungs-, europa- oder völkergewohnheitsrechtlichen Gründen ergeben.[1674] Das Verhältnis zwischen der betreffenden Person und Deutschland ist hierfür maßgeblich.[1675] Für die vorliegende Arbeit sind besonders die „nationalen Abschiebungsverbote" gem § 60 Abs 5 oder 7 AufenthG relevant, die beide über den internationalen Schutz im Sinne der Status-RL hinausgehen und diesem (verfahrensrechtlich) nachgelagert sind.[1676] Diese werden dementsprechend nach dem Flüchtlings- und subsidiären Schutz als „dritte Kategorie der Schutzgewährung"[1677] bezeichnet. Für die vorliegende Arbeit sind die „nationalen Abschiebungsverbote" sowohl als Duldungsgründe als auch als Erteilungsvoraussetzungen für die Aufenthaltserlaubnisse gem § 25 Abs 3 und 5 AufenthG von Relevanz.[1678] Dementsprechend charakterisiert sie eine Doppelnatur. Grundsätzlich entscheidet die Ausländerbehörde über die Duldung, wobei das BAMF bei der Entschei-

1669 Anstatt vieler *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 7 Rn 297-302.
1670 Vgl *Hörich*, Abschiebungen 122.
1671 *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 12 mwN.
1672 *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 1202 mwN. Dies spielt erst bei Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 5 AufenthG eine Rolle; siehe Kapitel 5.C.II.
1673 Vgl *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 11 mwN.
1674 Vgl *Funke-Kaiser* in *Fritz/Vormeier* (Hrsg), Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz (79. Lfg, März 2015) § 60a AufenthG Rn 126.
1675 Vgl *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 17.
1676 Vgl *Göbel-Zimmermann/Hruschka* in *Huber* (Hrsg), Kommentar Aufenthaltsgesetz[2] (2016) Vorbemerkungen Abschnitt 2 AsylG Rn 21 und *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* in *Huber* § 60 AufenthG Rn 55 und 70 sowie *Koch* in *Kluth/Heusch* (Hrsg), BeckOK Ausländerrecht (18. Edition, Stand 15.8.2016) § 60 AufenthG Rn 2.
1677 *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 36.
1678 Siehe Kapitel 5.A.II.1. und Kapitel 5.C.II.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dung über die beiden „nationalen Abschiebungsverbote" zu beteiligen ist und diese bei Vorliegen der Voraussetzungen feststellt.[1679] Weiters ist zu beachten, dass diese auch im Asylverfahren geprüft werden. Bei den „nationalen Abschiebungsverboten" wird zwischen „inlandsbezogenen" und „zielstaatsbezogenen Abschiebehindernissen" unterschieden.[1680]

„Inlandsbezogene Abschiebehindernisse" zeichnen sich dadurch aus, dass durch die Abschiebung ein in Deutschland geschütztes Rechtsgut verletzt werden würde. Sie werden im Rahmen des § 60 Abs 5 und 7 AufenthG geprüft.[1681] Bei dauerhafter Unmöglichkeit der Abschiebung können sie zu einer „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist", führen.[1682] Ein solches „inlandsbezogenes Abschiebehindernis" aus gesundheitlichen Gründen lässt sich aus Art 2 Abs 2 S 1 GG, dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, ableiten.[1683] Man kann zwischen Reiseunfähigkeit im engeren Sinne und im weiteren Sinne unterscheiden. Die Reiseunfähigkeit im engeren Sinne beschreibt Fälle in denen im Zusammenhang mit dem Abschiebevorgang eine gravierende Verschlechterung des Gesundheitszustands eintritt oder eine Lebens- oder Gesundheitsgefahr entsteht. Die Reiseunfähigkeit im weiteren Sinne bezieht sich ebenfalls auf die Abschiebung an sich, jedoch ist hierbei das damit einhergehende ernsthafte Risiko der wesentlichen oder gar lebensbedrohlichen Verschlechterung des Gesundheitszustands maßgeblich. Mögliche konkrete Beispiele sind die Folgenden: der Abbruch einer lebenswichtigen medizinischen Behandlung; eine Risikoschwangerschaft; die akute und ernsthafte Suizidgefahr und eine bevorstehende Geburt. [1684]

Die „zielstaatsbezogenen Abschiebungsverbote" betreffen Gefahren, die im Zielstaat der Abschiebung drohen und sich dort durch die Abschiebung konkretisieren können.[1685] Dies bedeutet, dass die Abschiebung nicht gegen die in der EMRK normierten Hindernisse verstoßen darf.[1686] Diese werden wiederum gem § 60 Abs 5 und 7 AufenthG geprüft. Die dauerhafte Unmöglichkeit der Abschiebung kann primär zur Erteilung einer

1679 § 72 Abs 2 AufenthG; vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 36f.
1680 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 7 Rn 297.
1681 *Hoffmann*, Asylmagazin 2010, 369f.
1682 Siehe Kapitel 5.C.II.
1683 Vgl *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 20.
1684 Vertiefend *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 20 mwN.
1685 Vgl *Hoffmann*, Asylmagazin 2010, 369f.
1686 Vgl *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* in *Huber* § 60 AufenthG Rn 57.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Aufenthaltserlaubnis bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten“ und subsidiär zu einer „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist“, führen.[1687] Darüber hinaus sind die Ausschlussgründe zu beachten, weil bei Vorliegen dieser, trotz dauerhafter Unmöglichkeit der Abschiebung, unter Umständen nur eine Duldung erteilt werden kann.[1688] Daneben gibt es noch zahlreiche weitere rechtliche Duldungsgründe, wie der durch Art 6 GG und Art 8 EMRK gebotene Ausweisungsschutz, auf die an dieser Stelle nur verwiesen wird.[1689]

Tatsächliche Abschiebehindernisse „betreffen die Art und Weise der Durchsetzung der gesetzlichen Ausreisepflicht“.[1690] Hierbei ist denkbar, dass die Abschiebung faktisch nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand oder erheblichen Verzögerungen durchsetzbar ist,[1691] etwa mangels Reisedokumenten oder weil sich der Zielstaat weigert die Person aufzunehmen.[1692] Gleichsam kann Staatenlosigkeit ein tatsächliches Abschiebehindernis sein.[1693] Auch das Vorliegen einer Krankheit kann einen solchen Grund darstellen, da die Reise- und Transportfähigkeit nicht gegeben ist.[1694] Im Gegensatz zu den faktischen Gründen in Österreich, wird bei der Erteilung der Duldung nicht geprüft, ob der*die Ausländer*in die Unmöglichkeit der Ausreise selbstständig verschuldet hat.[1695] Ob die Abschiebung selbst verschuldet nicht vollstreckt werden konnte, wird „nur“ in Bezug auf Sozialleistungen und den Arbeitsmarktzugang schlagend, da dies einen aufenthaltsrechtlichen Versagungsgrund für die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung darstellt.[1696] Die Prüfung auf dieser zweiten Ebene scheint wesentlich zweckmäßiger zu sein, da derart die Aussetzung der Abschiebung festgestellt wird, die ja ohnehin faktisch nicht durchsetzbar ist, auch wenn sie der*die Ausländer*in selbst verschuldet hat und er*sie erst anschließend für sein Verhalten beim Zugang zu unselbstständiger Be-

1687 Siehe Kapitel 5.A.II.1. und Kapitel 5.C.II.
1688 Siehe Kapitel 5.A.II.1.b.
1689 Vgl *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 1204-1206 mwN und siehe auch Kapitel 5.C.II.1.
1690 *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 13.
1691 BT-Drs 11/6321, 76 zur Vorgängerbestimmung § 55 AuslG 1990.
1692 *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 1203 mwN.
1693 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 7 Rn 303-305.
1694 Siehe VGH Kassel, Urteil v 11.5.1992, 13 UE 1608/91, Entscheidungssammlung zum Ausländer- und Asylrecht 045 Nr 2, zum Fall einer lebensbedrohlichen Krankheit, speziell einer amtsärztlich bestätigten Suizidgefahr.
1695 Siehe Kapitel 5.A.I.3.a.
1696 § 60a Abs 6 Z 2 AufenthG und siehe Kapitel 5.A.I.2.b.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schäftigung bzw zu Sozialleistungen „bestraft" wird. Darüber hinaus spielt das Verschulden bei der Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis eine Rolle.[1697]

In Bezug auf die tatsächlichen Abschiebehindernisse ist auch auf den neu eingeführten § 60b AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" hinzuweisen. Jenen vollziehbar ausreisepflichtigen Personen, bei denen Grund zur Annahme besteht, dass die Abschiebung aus selbst zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden kann, wird eine Duldung gem § 60a Abs 4 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" mit dem Zusatz „für Personen mit ungeklärter Identität" erteilt.[1698] Diese stellt somit einen „Unterfall"[1699] der Duldung dar. Gem § 60b Abs 1 S 1 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" verfügen die Behörden im Hinblick auf die Frage, ob ein selbstverschuldetes Ausreisehindernis vorliegt, über keinen Ermessensspielraum mehr.[1700] Neben den bereits bestehenden Passbeschaffungsplichten, wurden „besondere" in § 60 Abs 3 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" festgelegt.[1701] Die „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität" wird nicht nur auf jene Ausländer*innen Anwendung finden, die nach Inkrafttreten am 21.8.2019 erstmals geduldet werden, sondern auch auf jene, die bereits zuvor geduldet wurden, und deren Duldung verlängert wird oder bei denen die Duldung aus einem anderen Grund geprüft wird.[1702] § 60b AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" findet keine Anwendung auf Ausländer*innen, die eine Ausbildungs- oder Beschäftigungsduldung besitzen.[1703]

Mit der Erteilung der „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität" gehen weitreichende Sanktionen einher, die vor allem den Status betreffen (Erwerbstätigkeitsverbot und Leistungskürzungen).[1704] Außerdem werden jene Zeiten, in denen man im Besitz einer solchen Duldung ist, nicht als Vorduldungszeiten angerechnet.[1705] Dies wird beträchtliche Auswirkungen

---

1697 Siehe Kapitel 5.C.II.1.
1698 § 60b S 2 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz".
1699 *Eichler*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 64.
1700 Dies ergibt sich aus dem Wortlaut „wird (…) erteilt". In diesem Sinne *Eichler*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 65.
1701 Kritisch *Eichler*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 65-68.
1702 § 105 Abs 1 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz".
1703 § 105 Abs 3 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" und siehe Kapitel 5.E.III.1.
1704 Siehe Kapitel 5.A.I.2.b.
1705 § 60b Abs 5 S 1 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz"; vgl BT-Drs 19/10047, 39.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf die Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis gem §§ 25a und 25b AufenthG und einer Beschäftigungs- oder Ausbildungsduldung haben, weshalb es zu einer gravierenden Verschlechterung der aufenthaltsrechtlichen Perspektiven kommt.[1706] Laut *Eichler* wird dadurch „die seit langem beabsichtigte Stigmatisierung und Entrechtung einer ganzen Personengruppe"[1707] umgesetzt. Zu beachten ist jedoch, dass man die unterlassenen Passbeschaffungshandlungen jederzeit nachholen und derart die Pflichtverletzung heilen kann.[1708] Folglich ist dem*der Ausländer*in die Duldung „ohne den Zusatz ‚für Personen mit ungeklärter Identität' auszustellen".[1709] Durch die Heilung entfalten die die Duldungszeiten vor Ausstellung der „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität" wieder „aufenthaltsrechtliche Wirkung" und sind in der Folge „auf die Voraufenthaltszeiten für die §§ 25a und b AufenthG anrechenbar".[1710] Insgesamt ist die „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität" im Sinne der vorliegenden Arbeit als qualifizierter irregulärer Aufenthalt zu werten.[1711]

Durch die Einführung der „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität" nähert sich die deutsche Rechtslage der bestehenden österreichischen Rechtslage an.[1712] So wird nämlich bereits bei der Erteilung der Duldung geprüft, ob der*die Ausländer*in die Unmöglichkeit der Ausreise selbstständig verschuldet hat und dementsprechend bloß die „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität" erteilt. Aus den dargelegten Gründen ist die vor dem „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" bestehende Rechtslage vorzugswürdig.

b. Status

Die Duldung ist schriftlich in Form einer Bescheinigung auszustellen,[1713] wobei es sich hier nach deutschem Verwaltungsrecht um einen begünsti-

1706 Vgl *Eichler*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 71 und siehe Kapitel 5.B.I.1.-2. und Kapitel 5.E.III.1.
1707 *Eichler*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 64.
1708 § 60b Abs 4 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" und siehe Kapitel 5.E.III.1.
1709 § 60b Abs 4 S 4 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz".
1710 *Eichler*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 71 mit Verweis auf BT-Drs 19/10047, 39.
1711 Siehe Kapitel 2.B.I.a.
1712 Siehe Kapitel 5.A.I.3.a.
1713 § 60a Abs 4 AufenthG. Siehe zum Inhalt § 78 Abs 7 AufenthG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

genden Verwaltungsakt handelt.[1714] Ein begünstigender Verwaltungsakt begründet oder bestätigt ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil.[1715] Nach *Masuch/Gordzielik* ist die Duldung als „sonstige Aufenthaltsberechtigung" im Sinne der RückführungsRL zu qualifizieren.[1716] Da die Duldung nach dem AufenthG aber gerade keinen rechtmäßigen Aufenthalt begründet,[1717] ist diese Meinung nicht haltbar. Sie ist vielmehr als Aufschub der Abschiebung gem Art 9 RückführungsRL zu qualifizieren.[1718]

Die Gültigkeit der Duldung variiert grob gesprochen zwischen drei Monaten und einem Jahr,[1719] wobei sich die Länge der Befristung nach *Marx* grundsätzlich danach richtet, „wie lange ein Abschiebehindernis der Vollstreckung der vollziehbaren Ausreisepflicht voraussichtlich entgegensteht".[1720] Strittig ist, ob die erforderliche Mitwirkung im Verfahren zu einer kürzeren Befristung führen kann.[1721] Gem § 95 Abs 1 Z 2 lit c AufenthG entfällt die gerichtliche Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts insofern die Abschiebung ausgesetzt und folglich die Person geduldet wurde.[1722] Auch wenn noch keine Duldungsbescheinigung ausgestellt wurde, jedoch die gesetzlichen Voraussetzungen für diese vorliegen, entfällt die Strafbarkeit.[1723] Nach dem AufenthG ist eine Abschiebung anzukündigen, insofern eine Person länger als ein Jahr geduldet war und die Duldung widerrufen wurde.[1724] Mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht 2017 wurde die Ankündigungspflicht aber abgeschafft, insofern der*die Betroffene am Verfahren nicht mitgewirkt hat.[1725]

In den ersten drei Monaten des geduldeten Aufenthalts dürfen sich geduldete Personen grundsätzlich nur im Gebiet des jeweiligen Bundeslan-

---

1714 Vgl *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 42.
1715 § 48 Abs 1 S 2 VwVfG.
1716 *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 35 mwN. So auch *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 1194.
1717 § 60a Abs 3 AufenthG.
1718 Siehe Kapitel 3.B.II.
1719 Siehe näher § 60a Abs 1 und 2 AufenthG und vertiefend *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 37.
1720 *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 7 Rn 349.
1721 In dem Sinne *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 7 Rn 349; kritisch *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 37.
1722 Vgl *Hörich* in *Huber* § 95 AufenthG Rn 44-49 und siehe auch bereits Kapitel 4.A.II.1.
1723 *Hörich* in *Huber* § 95 AufenthG Rn 45 mwN.
1724 § 60a Abs 5 S 4 AufenthG.
1725 Kritisch *Hörich/Tewocht*, NVwZ 2017, 1156.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des aufhalten (Residenzpflicht).[1726] Diese räumliche Beschränkung erlischt automatisch, wenn sich der*die Ausländer*in seit drei Monaten ununterbrochen geduldet in dem Bundesland aufgehalten hat.[1727]

In den ersten drei Monaten ist geduldeten Personen die Beschäftigung grundsätzlich versagt,[1728] diese kann jedoch nach den drei Monaten von der Ausländerbehörde genehmigt werden.[1729] Es handelt sich somit um ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.[1730] In bestimmten Sachverhaltskonstellationen unterliegen Geduldete einem generellen Beschäftigungsverbot,[1731] wenn sie

- sich in deutsches Bundesgebiet begeben haben, um Leistungen nach dem AsylbLG zu erlangen;
- aufenthaltsbeendende Maßnahmen aus von ihnen selbst zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden können;
- Staatsangehörige eines sicheren Herkunftsstaates nach § 29a dtAsylG sind und der Asylantrag nach 31.8.2015 gestellt und (rechtskräftig) abgelehnt wurde.[1732]

Laut *Kluth/Breidenbach* ist für die Praxis besonders jener zwingende Tatbestand relevant,[1733] wenn Geduldete das Abschiebehindernis durch Täuschung über ihre Identität oder Staatsangehörigkeit oder durch eigene falsche Angaben selbst herbeiführen.[1734] Im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage führt dieser „nur" zum generellen Beschäftigungsverbot, wohin-

---

1726 § 61 Abs 1 S 1 AufenthG; vgl *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 61 AufenthG Rn 4.

1727 § 61 Abs 1b AufenthG. Kritisch *Hörich/Tewocht*, NVwZ 2017, 1156 zur erweiterten Möglichkeit der Anordnung einer Residenzpflicht, die mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht 2017 eingeführt wurde.

1728 § 32 Abs 1 S 1 BeschV.

1729 § 32 BeschV; vgl *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, Zugang zum Arbeitsmarkt für Geflüchtete v Mai 2017, http://bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Asyl/faq-arbeitsmarktzugang-gefluechtete-menschen.pdf?__blob=publicationFile (7.11.2018) 3ff.

1730 Vgl *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung 170 ff.

1731 § 60a Abs 6 AufenthG; vgl *Kluth/Breidenbach* in *Kluth/Heusch* § 60a AufenthG Rn 49-59 und *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 4, 36, 41.

1732 § 60a Abs 6 AufenthG; vgl *Kluth/Breidenbach* in *Kluth/Heusch* § 60a AufenthG Rn 49-59 und *Masuch/Gordzielik* in *Huber* § 60a AufenthG Rn 4, 36, 41. Kritisch zum Heranziehen des Konzepts sicherer Herkunftsstaaten *Werdermann*, Die Vereinbarkeit von Sonderrecht für Asylsuchende und Geduldete aus sicheren Herkunftsstaaten mit Art. 3 GG, ZAR 2018, 11.

1733 *Kluth/Breidenbach* in *Kluth/Heusch* § 60a AufenthG Rn 53.

1734 Vertiefend *Hörich/Putzar-Sattler*, Mitwirkungspflichten im Ausländerrecht: Rechtsgutachten zu den Voraussetzungen von Sanktionen bei Nichtmitwirkung v November 2017, https://www.fluechtlingsrat-lsa.de/wp-content/upload

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gegen in Österreich dies überhaupt ein Versagungsgrund für die Erteilung der Karte für Geduldete ist.[1735] Geduldeten Personen ist die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit verwehrt.[1736]

Geduldete haben innerhalb der ersten 15 Monate Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG.[1737] Diese Leistungen können jedoch aufgrund einer Vielzahl an Gründen für einen Zeitraum von sechs Monaten eingeschränkt werden.[1738] Hierzu zählt bspw die sozialleistungsmotivierte Einreise oder die von den Leistungsberechtigten selbst zu vertretende Unmöglichkeit der Ausreise.[1739] Das Dritte Gesetz zur Änderung des AsylbLG, das am 1.9.2019 in Kraft getreten ist, strukturiert die Anspruchseinschränkungen gem § 1a AsylbLG um und erweitert diese.[1740] Nach den ersten 15 Monaten haben geduldete Personen Anspruch auf Analogleistungen aus dem SGB XII, wenn sie die Dauer ihres Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben.[1741] Mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des AsylbLG wird die erforderliche Voraufenthaltszeit von 15 auf 18 Monate verlängert.[1742] Von Leistungen nach SGB II und regulären Sozialhilfeleistungen sind Geduldete ausgeschlossen.[1743]

Abschließend ist auf die Neuerungen durch die „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität" hinzuweisen, mit der verschärfte Rechtsfolgen einhergehen.[1744] Derart geduldete Ausländer*innen unterliegen einem Erwerbstätigkeitsverbot und Leistungskürzungen gem § 1a AsylbLG.[1745] Wei-

---

s/2017/11/fluera_lsa_gutachten_2017_Mitwirkungspflichten_im_Auslaenderrecht.pdf (4.12.2018) 11f.

1735 Siehe Kapitel 5.A.I.3.a.

1736 Gem § 32 BeschV kann Geduldeten nur die „Beschäftigung" erlaubt werden, wonach sich aus einer Gesamtschau mit § 2 Abs 2 AufenthG ergibt, dass eine „selbstständige Tätigkeit" hiervon nicht umfasst ist.

1737 § 1 Abs 1 Z 4 AsylbLG; vgl *Korff* in *Rolfs/Giesen/Keikebohm/Udsching* § 1 AsylbLG Rn 15-17.

1738 Siehe § 1a Abs 1-3 und § 14 Abs 1 AsylbLG; vgl *Schneider*, NZS 2018, 561f.

1739 Vgl *Korff* in *Rolfs/Giesen/Keikebohm/Udsching* § 1a AsylbLG Rn 8-13 und 16-22.

1740 Vgl *Genge*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 20f.

1741 § 2 AsylbLG; siehe Fn 968.

1742 § 2 Abs 1 AsylbLG idF Dritte Gesetz zur Änderung des AsylbLG. Kritisch *Genge*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 18f.

1743 § 7 Abs 1 S 2 Z 3 SGB II und § 23 Abs 2 SGB XII; vgl *Groth* in *Rolfs/Giesen/Keikebohm/Udsching* § 23 SGB XII Rn 15.

1744 Siehe bereits Kapitel 5.A.I.2.a.

1745 § 60b Abs 5 S 2 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" und § 1a Abs 3 AsylbLG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz". Vgl *Eichler*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 70f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ters ist auf sie die Wohnsitzauflage gem § 61 Abs 1d AufenthG anwendbar.[1746]

c. Rechtsschutz

Gegen einen ablehnenden Duldungsantrag ist der Widerspruch ausgeschlossen,[1747] vielmehr kann hiergegen eine Verpflichtungsklage eingebracht werden.[1748] Da die Duldung zur Verwaltungsvollstreckung zählt, hat die Klage keine aufschiebende Wirkung.[1749] Es kann jedoch Eilrechtsschutz nach § 123 Abs 1 S 1 VwGO beantragt werden, um den Vollzug der Abschiebung vorläufig auszusetzen.[1750]

d. Regularisierungsperspektive

Ein großes Problem, das sich in der Praxis gezeigt hat, betrifft die sogenannten „Kettenduldungen", die bereits mehrfach thematisiert wurden.[1751] Dieser Begriff umschreibt, dass viele Ausländer*innen über mehrere Jahre hinweg geduldet sind, obwohl die Duldung nach ihrer Grundkonzeption die Abschiebung nur vorübergehend aussetzt.[1752] Nach der hier vertretenen Meinung ist eine derart lange Duldung nicht mit der Rückführungs-RL vereinbar, da in Fällen dauerhafter Nichtrückführbarkeit eine Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts besteht.[1753]

Insgesamt zeigen die „Kettenduldungen", dass viele Betroffene in der Duldung „stecken bleiben" und die Erlangung eines Aufenthaltstitels aus der Duldung heraus schwierig ist. Mittlerweile bestehen für geduldete Per-

---

1746 § 60b Abs 5 S 3 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz".

1747 § 83 Abs 2 AufenthG. Siehe allgemein zum Widerspruchsverfahren § 68ff VwGO und *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 10 Rn 77.

1748 § 42 Abs 1 VwGO; vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 7 Rn 360.

1749 § 80 Abs 2 VwGO; vgl *Kluth/Breidenbach* in *Kluth/Heusch* § 60a AufenthG Rn 63.

1750 Vgl *Hailbronner*, Ausländerrecht Rn 1263.

1751 Siehe Kapitel 3.B.I., Kapitel 3.B.II.2. und Kapitel 4.A.III.2.c.

1752 Siehe speziell die Tabellen bei *Wendel*, Kettenduldung. Bleiberechtsregelungen und parlamentarische Initiativen 2000 – 2014 v August 2014, http://www.fluechtlingsrat-brandenburg.de/wp-content/uploads/2014/08/Kettenduldung.pdf (27.11.2018) 5-7.

1753 Siehe Kapitel 3.B.II.2.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sonen nach deutschem Recht einige spezifisch normierte Regularisierungsperspektiven, die allesamt in der Folge noch im Detail besprochen werden,[1754] und teilweise eine Antwort auf das Problem der „Kettenduldungen" darstellen. *Marx* weist jedoch zutreffend darauf hin, dass das Phänomen in der Praxis weiterhin besteht.[1755] Folglich ist das Rechtsinstitut der Duldung in Deutschland grundsätzlich als Vorstufe zu einem Aufenthaltsrecht zu qualifizieren, da aufgrund rechtlicher und tatsächlicher Gründe viele der „humanitären Aufenthaltserlaubnisse" erlangt werden können.[1756]

3. Rechtsinstitut der Duldung – Österreich[1757]

Wenn sich Fremde im österreichischen Bundesgebiet unrechtmäßig aufhalten, resultiert daraus nicht automatisch die Abschiebung der Person. Voraussetzung für die Abschiebung ist ein durchsetzbarer Titel. Durch den Erlass einer Rückkehrentscheidung ist die gesetzliche Grundlage für eine Abschiebung gegeben.[1758] Eine Abschiebung setzt jedoch voraus, dass diese rechtlich zulässig sowie faktisch möglich ist. Oftmals ist diese aber aufgrund eines rechtlichen oder faktischen Hindernisses unmöglich. Für diese Fälle wurde in Österreich das Rechtsinstitut der „Duldung" geschaffen. Die niedrigen Ausstellungszahlen – rund 300 Karten jährlich – unterstreichen, dass das Rechtsinstitut der „Duldung" im österreichischen Fremdenpolizeirecht ein Schattendasein pflegt,[1759] vor allem wenn man diese mit den Statistiken in Deutschland vergleicht.[1760] Ein Grund hierfür scheint der

---

1754 Siehe zu § 25 Abs 5 AufenthG Kapitel 5.C.II. Siehe zu § 25a AufenthG Kapitel 5.B.II. Siehe zu § 25b AufenthG Kapitel 5.B.I. Siehe zu § 18a AufenthG Kapitel 5.E.III. Siehe zu § 23a AufenthG Kapitel 5.D.II.1.

1755 *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 7 Rn 296.

1756 Siehe Kapitel 2.B.III.1.a.

1757 Zur historischen Entwicklung der Duldung in Österreich vertiefend *Hinterberger/Klammer*, migraLex 2015, 77f.

1758 §§ 46 und 52 FPG.

1759 Siehe 7947/AB v 18.4.2016 zu 8373/J (25. GP): „Im Jahr 2012 wurden 276, im Jahr 2013 355, im Jahr 2014 335 und im Jahr 2015 294 Karten für Geduldete ausgestellt". Auf Anfrage wurde von Seiten des Bundesministeriums für Inneres mitgeteilt, dass im Jahre 2016 270 und im Jahre 2017 bis inklusive Oktober 231 Karten für Geduldete ausgestellt wurden.

1760 Siehe Kapitel 5.A.I.2. In Deutschland lebten Ende 2017 9.4 Millionen Ausländer*innen und davon waren 166.000 geduldet (1,7 %). In Österreich lebten am 1.1.2018 1.396 Millionen Fremde, wodurch die jährlich rund 300 ausgestellten

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

große Ermessensspielraum und die gleichzeitig restriktive Auslegung des BFA – vor allem bei den faktischen Duldungsgründen – zu sein.[1761]

Die vorübergehende Unzulässigkeit ist von der Unzulässigkeit des Erlasses einer Rückkehrentscheidung aufgrund von Art 8 EMRK, welche die Erteilung eines „Aufenthaltstitels aus Gründen des Art 8 EMRK" zur Folge hat, zu unterscheiden.[1762]

a. Erteilungsvoraussetzungen

Das österreichische Recht unterscheidet – im Vergleich zum deutschen – lediglich zwischen rechtlichen und faktischen Duldungsgründen, die in der Folge näher analysiert werden. Rechtliche Abschiebehindernisse ergeben sich in den Fällen, in denen durch die Abschiebung ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht der EMRK, speziell Art 2, 3 oder 8,[1763] verletzt werden würde.[1764] Einen besonderen Stellenwert nimmt das Non-Refoulement-Gebot ein.[1765] Liegen Non-Refoulement-Gründe vor, die gegen eine Rückführung in einen Drittstaat sprechen, ist seit dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 nunmehr gem § 52 Abs 9 FPG ausdrücklich eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, gleichzeitig die Unzulässigkeit der Abschiebung auszusprechen und die Person zu dulden.[1766]

Es sind drei Fallgruppen (Tatbestände) rechtlicher Abschiebehindernisse normiert. Die erste Fallgruppe (§ 46a Abs 1 Z 1 FPG) betrifft das Non-Refoulement-Gebot. Diese kann aufgrund der klaren gesetzlichen Anordnung stets nur andere Staaten als den Herkunftsstaat betreffen, da im FPG ausdrücklich geregelt ist, dass, ein auf den Herkunftsstaat bezogener Antrag, einen Antrag auf internationalen Schutz darstellt.[1767]

Duldungskarten unbeachtlich sind. Es liegen keine Zahlen darüber vor, wie viele Fremde insgesamt geduldet sind bzw waren.

1761 Vgl *Frahm*, juridikum 2013, 469f; *Hinterberger/Klammer*, migraLex 2015, 79f; *Peyrl*, Arbeitsmarkt 323 und kürzlich *Geiger*, migraLex 2019, 5-7.

1762 Siehe Kapitel 5.B.III. und Kapitel 5.C.III.

1763 Siehe hierzu Fn 1340 und 1341.

1764 § 46a Abs 1 Z 1, 2 und 4 FPG.

1765 Siehe Kapitel 2.B.III.1.b. und Kapitel 3.B.II.1.

1766 Siehe auch VwGH 21.12.2017, Ra 2017/21/0125.

1767 § 51 Abs 2 FPG, vgl dazu VwGH 28.8.2014, 2013/21/0218 bzw 20.12.2016, Ra 2016/21/0109.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die zweite Fallgruppe (§ 46a Abs 1 Z 2 FPG) betrifft jene Fälle, in denen aufgrund einer Straftat[1768] der Status als Asyl- bzw subsidiär Schutzberechtigte*r aberkannt wird,[1769] die Abschiebung jedoch aufgrund des Non-Refoulement-Gebots in den Herkunftsstaat unzulässig ist.[1770] Dies hat das BFA im Bescheid mit der Aberkennung gleichzeitig auszusprechen und die Person zu dulden.[1771] Seit dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 hat das BFA überdies eine Rückkehrentscheidung zu erlassen.[1772] Die Intention der Gesetzgebung war es, dass die Straffälligkeit mit dem Verlust von Statusrechten einhergeht und die Rechtsposition dieser Personen folglich massiv beschränkt wird.[1773]

Die dritte Fallgruppe (§ 46a Abs 1 Z 4 FPG) umfasst jene Fälle, in denen die Abschiebung eine Verletzung des Privat- und Familienlebens, also Art 8 EMRK, darstellen würde. Die normierte Interessenabwägung findet sich in § 9 Abs 1 bis 3 BFA-VG.[1774] Hierbei kann festgestellt werden, dass der Erlass einer Rückkehrentscheidung vorübergehend unzulässig ist. Als Beispiel kann eine fortgeschrittene (Risiko)-Schwangerschaft genannt werden.[1775] Im Gegensatz zur vorübergehenden Unzulässigkeit kann das BFA oder BVwG aber ebenfalls feststellen, dass die Zulässigkeit der Rückkehrentscheidung aufgrund des Privat- und Familienlebens der betreffenden

---

1768 § 2 Abs 3 AsylG. In Bezug auf Asylberechtigte muss es sich gem § 6 Abs 1 Z 4 AsylG um ein besonders schweres Verbrechen handeln, in Bezug auf subsidiär Schutzberechtigte gem § 9 Abs 2 Z 3 AsylG um ein Verbrechen im Sinne des § 17 StGB.

1769 Bei Asylberechtigen darf überdies der Status als subsidiär Schutzberechtigte*r nicht zuerkannt werden.

1770 Daneben kommt eine weitere Sachverhaltskonstellation in Frage: Eine Person begeht während eines laufenden Asylverfahrens eine Straftat und erfüllt die notwendigen Voraussetzungen des Status des*r Asyl- oder subsidiär Schutzberechtigten. Auch diesen Personen ist der jeweilige Status (für eine juristische Sekunde) zuzuerkennen und anschließend aufgrund der Straftat abzuerkennen.

1771 Somit besteht in diesen Fällen eine Ausnahme von der konstitutiven Wirkung der Ausstellung der Duldungskarte; siehe Fn 1788.

1772 § 52 Abs 9 FPG.

1773 ErläutRV 330 BlgNR 24. GP, 9.

1774 Siehe Kapitel 5.B.III.1.

1775 VwGH 28.4.2015, Ra 2014/18/0146. Bei dieser Abwägung kommt auch dem Umstand Bedeutung zu, dass eine medizinische Behandlung in Österreich vorgenommen wird, die im Einzelfall zu einer maßgeblichen Verstärkung des persönlichen Interesses an einem Verbleib in Österreich führen kann. Relevant sind hierbei auch die Regelungen zum Mutterschutz, etwa §§ 3ff Mutterschutzgesetz, BGBl 221/1979 idF BGBl I 126/2017, nach denen schwangere Frauen bzw Frauen nach der Geburt einer körperlichen Schonung bedürfen.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Person auf Dauer unzulässig ist.[1776] In concreto betrifft dies Fälle, in denen die drohende Art 8 EMRK-Verletzung auf Umständen beruht, die ihrem Wesen nach nicht bloß vorübergehend sind. In diesen Fällen ist sodann ein „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK" zu erteilen.[1777]

Die Duldung kennt aber auch die Sachverhaltskonstellation, in denen die Abschiebung der Betroffenen aus faktischen, von ihnen nicht zu vertretenden Gründen unmöglich ist. Um eine Abschiebung durchführen zu können, benötigt das BFA – wie bereits mehrfach ausgeführt – eine Bewilligung des Herkunftsstaats in Form eines Heimreisezertifikats oder Reisedokuments der betroffenen Person. Wird eine solche Bewilligung von der für Österreich zuständigen Vertretungsbehörde nicht ausgestellt, kann der*die Fremde nicht abgeschoben werden und es liegt ein faktisches Abschiebehindernis vor.

Entscheidend ist, ob die Person selbst für die Unmöglichkeit der Abschiebung verantwortlich ist. Demgemäß normiert § 46a Abs 3 FPG folgende Gründe, die von dem*der Fremden zu vertreten sind. Wenn die*der Fremde ihre*seine Identität verschleiert, einen Ladungstermin zur Klärung ihrer*seiner Identität oder zur Einholung eines Ersatzreisedokumentes nicht befolgt oder an den zur Erlangung eines Ersatzreisedokumentes notwendigen Schritten nicht mitwirkt oder diese vereitelt. Nach dem VwGH muss eine „kausale Verbindung zwischen den in § 46a Abs. 3 FPG angeführten Handlungen bzw. Unterlassungen mit den Gründen für die Unmöglichkeit der Abschiebung bestehen".[1778] Die Behörden verfügen hierbei über einen weiten Ermessensspielraum,[1779] wobei dieser bereits durch einige höchstgerichtliche Entscheidungen eingeschränkt wurde. So kann allein aus der Mitteilung einer Vertretungsbehörde, dass die Identität bzw die Staatsangehörigkeit einer Person nicht festgestellt werden kann, nicht geschlossen werden, dass die betreffende Person falsche Angaben über ihre Identität

1776 § 9 Abs 3 BFA-VG.

1777 Siehe Kapitel 5.B.III. und Kapitel 5.C.III.

1778 VwGH 30.6.2016, Ra 2016/21/0078 Rn 17 mit Hinweis auf ErläutRV 1078 BlgNR 24, 27.

1779 Ermessen in der österreichischen Diktion bedeutet, dass – im Gegensatz zu einer gebundenen Entscheidung – der Verwaltung ein „Entscheidungsspielraum", mit anderen Worten mehrere Wahlmöglichkeiten, überlassen werden; vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rn 573. Das eingeräumte Ermessen darf aber wiederum nicht so weit gehen, dass die Regelung im Sinne von Art 18 Abs 1 B-VG unbestimmt und somit verfassungswidrig ist. Siehe zu den verschiedenen Arten von Ermessen *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rn 574-580.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gemacht hat.[1780] Seit dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 ist jede*r Fremde explizit angehalten, bei der zuständigen ausländischen Behörde (Botschaft oder Konsulat) ein Reisedokument einzuholen und alle notwendigen Schritte und Handlungen zur Erlangung ebendieses zu setzen.[1781] Hiervon ist insbesondere umfasst, dass der*die Fremde das Dokument selbst beantragt und wahrheitsgemäße Angaben zu seiner*ihrer Identität und Herkunft macht.[1782] Die Erfüllung dieser Mitwirkungspflicht hat der*die Fremde selbst nachzuweisen. Darüber hinaus wird das BFA ermächtigt, eine Person zur zuständigen ausländischen Vertretungsbehörde zu laden, wenn dies notwendig erscheint,[1783] um ein Reisedokument oder dergleichen zu erlangen.[1784]

b. Status

Liegen die Duldungsvoraussetzungen vor,[1785] hat das BFA den Betroffenen eine Karte für Geduldete auszustellen.[1786] Eine Person ist grundsätzlich erst mit Ausstellung der Duldungskarte geduldet,[1787] weshalb diesem Akt konstitutive Wirkung zukommt.[1788] Wie es der Name bereits zum Ausdruck bringt, ist der Aufenthalt von geduldeten Personen nicht rechtmäßig und die Ausreiseverpflichtung bleibt aufrecht.[1789] Mit anderen Worten wird der Aufenthalt in Österreich lediglich gestattet.[1790] Bei Wegfall der Voraussetzungen kann die Duldungskarte entzogen werden.[1791] Die konstitutive Wirkung der Ausstellung der Karte ist nur dann nicht gegeben, wenn bereits

1780 VwGH 30.6.2015, Ra 2014/21/0040.
1781 § 46 Abs 2 FPG; kritisch *Klammer*, Beugehaft nach dem FPG in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Asyl- und Fremdenrecht. Jahrbuch 2018 (2018) 147 (150-154) und *Geiger*, Die Beugehaft zur Durchsetzbarkeit von Mitwirkungspflichten im Rahmen des Fremdenpolizeigesetzes, migraLex 2019, 2 (4-7).
1782 § 36 Abs 2 BFA-VG.
1783 § 46 Abs 2b FPG.
1784 § 46 Abs 2a FPG; kritisch *Klammer* in *Filzwieser/Taucher* 150-154.
1785 Siehe etwa VwGH 31.8.2017, Ro 2016/21/0019, Rn 29ff.
1786 Siehe VwGH 16.5.2012, 2012/21/0053 zur Verlängerung von „Duldungen".
1787 § 46a Abs 4 und 5 FPG.
1788 VfGH 29.11.2016, E 847/2016. Eine Ausnahme hiervon besteht, wenn die „Duldung" bereits zu einem früheren Zeitpunkt rechtskräftig festgestellt wurde. Siehe bereits Fn 1771.
1789 § 31 Abs 1a Z 3 und § 46 Abs 1 FPG.
1790 § 46a Abs 4 u 5 FPG.
1791 VwGH 31.8.2017, Ro 2016/21/0019, Rn 30.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu einem früheren Zeitpunkt die Duldung rechtskräftig festgestellt wurde. Dies betrifft vor allem jene Fälle, wo das BFA bzw das BVwG aufgrund der Straffälligkeit der betreffenden Person ausgesprochen haben, dass die Abschiebung unzulässig ist.

Erst mit der Ausfolgung der Karte für Geduldete und dem damit verbundenen Status gehen gewisse Rechte einher, die geduldete Fremde aus rechtsdogmatischer Perspektive von anderen irregulär aufhältigen Personen abgrenzen. Die Karte für Geduldete gilt ein Jahr ab Ausstellungsdatum.[1792] Obwohl der unrechtmäßige Aufenthalt grundsätzlich mit einer Geldstrafe zu ahnden ist,[1793] liegt keine Verwaltungsübertretung vor, solange die Person geduldet ist.[1794] Die Stellung eines Antrags auf Ausstellung einer Karte für Geduldete nach § 46a FPG hat keine verfahrensrechtlichen Auswirkungen auf eine drohende Abschiebung, die trotz Stellung eines solchen Antrags durchsetzbar ist.

Grundsätzlich ist irregulär aufhältigen Fremden der Zugang zum Arbeitsmarkt verwehrt, wovon auch Geduldete umfasst sind. Eine Ausnahme besteht hinsichtlich jener Personen, denen aufgrund einer Straftat der Status als Asyl- bzw subsidiär Schutzberechtigte*r aberkannt oder gar nicht zuerkannt wurde, die Abschiebung jedoch aufgrund des Non-Refoulement-Gebots im Herkunftsstaat unzulässig ist.[1795] Diese Personengruppe hat die Möglichkeit eine Beschäftigung nach Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung aufzunehmen.[1796] Diese Ungleichbehandlung habe ich an anderer Stelle als verfassungswidrig beurteilt, insofern sie gegen das grundrechtliche Gebot menschenwürdiger Lebensbedingungen verstößt.[1797]

Wie oben in Kapitel 4 bereits dargestellt, kommt nur jenen irregulär aufhältigen Fremden ein Anspruch auf Grundversorgung zu, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar sind.[1798] Bis zur Feststellung der Unmöglichkeit der Abschiebung, und damit der Duldung, besteht sohin kein Recht auf Einbeziehung in die Grundversorgung.[1799]

1792 § 46a Abs 5 S 1 FPG.
1793 § 120 Abs 1a FPG.
1794 § 120 Abs 5 Z 2 FPG.
1795 § 46a Abs 1 Z 2 FPG.
1796 § 4 Abs 1 Z 1 AuslBG.
1797 *Hinterberger*, DRdA 2018, 106-109.
1798 Art 2 Abs 1 Z 4 GVV.
1799 Siehe Kapitel 4.B.II.4. Kritisch im Hinblick auf Art 1 GRC *Hinterberger/Klammer* in *Salomon*.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c. Rechtsschutz

Wird ein Duldungsantrag zurück- oder abgewiesen, können die in Kapitel 4.B.V. dargestellten Rechtsmittel erhoben werden.[1800]

d. Regularisierungsperspektive

Ist eine Person gem § 46a Abs 1 Z 1 oder 3 FPG geduldet, steht ihr eine Regularisierung offen. Deshalb werden diese beiden Duldungstatbestände als Vorstufe zu einem Aufenthaltsrecht gewertet.[1801] Nach einjähriger Duldung können Geduldete eine „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" beantragen, um so ihren Aufenthalt zu regularisieren.[1802] Daneben wäre es auch noch denkbar einen „Aufenthaltstitel aus Gründen Art 8 EMRK" zu beantragen.[1803] Der „Aufenthaltstitel aus Gründen Art 8 EMRK" steht sowohl irregulär aufhältigen Fremden offen, die geduldet sind, als auch jenen, die nicht geduldet sind. Die genannte Regularisierung wird deshalb nicht als Regularisierungsperspektive für geduldete Personen gewertet, weil der geduldete Aufenthalt keine Erteilungsvoraussetzung ist. Die übrigen beiden Tatbestände, in concreto § 46a Abs 1 Z 2 oder 4 FPG, werden als qualifizierter irregulärer Aufenthalt gewertet.

II. Non-Refoulement-Gebot im Sinne der EMRK und GRC oder faktische Gründe[1804]

In der Folge wird zunächst die deutsche „Aufenthaltserlaubnis bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten" vor der österreichischen „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" und der spanischen „befristeten Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen" beschrieben, da alle für (mindestens) ein Jahr erteilt werden. Hierbei folgt die Gliederung also mangels unterschiedlicher Erteilungsdauer alphabetisch.

1800 § 7 Abs 1 Z 1 BFA-VG.
1801 Siehe Kapitel 2.B.III.1.a.
1802 Siehe Kapitel 5.A.II.2.
1803 Siehe Kapitel 5.B.III. und Kapitel 5.C.III.
1804 Siehe bereits Kapitel 2.B.III.1.b.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. „Aufenthaltserlaubnis bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten" – Deutschland

Die „Aufenthaltserlaubnis bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten" gem § 25 Abs 3 AufenthG kann genau wie die „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist", erteilt werden, wenn die Ausreise aus rechtlichen Gründen unmöglich und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist.[1805] Die „nationalen Abschiebungsverbote" gem § 60 Abs 5 und 7 AufenthG[1806] sind als Ableitung von Art 3 EMRK und der RückführungsRL zu qualifizieren, auch wenn es sich um einen rein deutschen Abschiebungsschutz handelt, der in die „verbleibende nationale Regelungskompetenz"[1807] fällt. Die „nationalen Abschiebungsverbote" sind auch im Zusammenhang mit der „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist", einschlägig. Ende 2017 waren 73.367 Ausländer*innen im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 3 AufenthG.[1808]

a. Erteilungsvoraussetzungen

§ 60 Abs 5 und 7 AufenthG bezieht sich auf „zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote", wobei sich § 60 Abs 5 AufenthG vor allem aus der EMRK ableiten lässt.[1809] Hier ist nicht nur Art 3 EMRK zu nennen, vielmehr sind auch andere aus der EMRK ableitbare „Abschiebungsverbote" zu gewährleisten.[1810] Ein praktisch relevanter Anwendungsfall ist das Vorliegen eines Ausschlusstatbestands vom subsidiären Schutz.[1811] § 60 Abs 7 AufenthG lässt sich vor allem aus dem GG ableiten.[1812] Liegt ein „zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot" vor, ist die Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 3

1805 Siehe Kapitel 5.C.II.
1806 Siehe Kapitel 5.A.I.2.a.
1807 *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* in *Huber* § 60 AufenthG Rn 70; zustimmend *Koch* in *Kluth/Heusch* § 60 AufenthG Rn 39f.
1808 BT-Drs 19/633, 6.
1809 *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* in *Huber* § 60 AufenthG Rn 57f.
1810 Vgl *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* in *Huber* § 60 AufenthG Rn 61ff.
1811 Vgl *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* in *Huber* § 60 AufenthG Rn 63.
1812 Vgl *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* in *Huber* § 60 AufenthG Rn 70-76.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

AufenthG aufgrund der besseren Rechtsstellung „vorrangig" im Verhältnis zur Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 5 AufenthG zu erteilen.[1813]

Ein weiterer Fall kann bei einer im Zielstaat nicht behandelbaren Krankheit gegeben sein.[1814] Eine Gefahr ist dann „konkret", wenn die Verschlechterung alsbald nach der Abschiebung eintreten würde.[1815] Zur Beurteilung der Gefahr müssen alle zielstaatsbezogenen Umstände, vor allem jene, die zu einer Verschlechterung des Zustands führen können, berücksichtigt werden.[1816] § 60 Abs 7 S 2 AufenthG besagt, dass es sich um eine lebensbedrohliche oder schwerwiegende Erkrankung handeln muss, die sich durch die Abschiebung[1817] wesentlich oder sogar lebensbedrohlich verschlechtern würde.[1818] Grundsätzlich ist es hierbei aber nicht erforderlich, dass die medizinische Versorgung im Zielstaat gleichwertig mit der deutschen ist.[1819] Darüber hinaus reicht es aus, wenn diese nur in einem bestimmten Gebiet des Zielstaats gewährleistet wird.[1820] Der*dem Betroffenen ist es somit zuzumuten, sich in einen bestimmten Teil des Landes zu begeben, um die dort vorhandene ausreichende Gesundheitsversorgung in Anspruch zu nehmen.[1821] Die deutsche Gesetzgebung hat diese gesetzlichen Regelungen eingeführt um „Abschiebungshindernisse aus vermeintlich gesundheitlichen Gründen" zu reduzieren, da „die Behörden in quantitativer und qualitativer Hinsicht vor große Herausforderungen"[1822] gestellt werden. Anderorts wurde festgestellt, dass die Aufenthaltserlaubnis dem Grunde nach mit der EGMR-Rspr vereinbar ist.[1823]

1813 Siehe Kapitel 5.C.II.1.
1814 So auch *Koch* in *Kluth/Heusch* § 60 AufenthG Rn 28.
1815 So NVwZ-RR 2012, 529 Rn 34 mwN.
1816 Vgl *Hager*, Abschiebung trotz schwerer Krankheit? Die gesetzlichen Neuregelungen zu Abschiebungshindernissen aus gesundheitlichen Gründen, Asylmagazin 2016, 160 (161).
1817 *Hager*, Asylmagazin 2016, 162.
1818 § 60 Abs 7 S 2 AufenthG; vgl NVwZ-RR 2012, 529 Rn 34 mwN. Kritisch *Hager*, Asylmagazin 2016, 161.
1819 § 60 Abs 7 S 3 AufenthG; vgl *Thym*, Die Auswirkungen des Asylpakets II, NVwZ 2016, 409 (412).
1820 § 60 Abs 7 S 4 AufenthG.
1821 Kritisch *Hager*, Asylmagazin 2016, 162.
1822 BT-Drs 18/7538, 11.
1823 Vertiefend zu zwei völker- bzw europarechtswidrigen Punkten *Hinterberger/Klammer* in *Filzwieser/Taucher* 139.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Aufenthaltsrecht

Den „nationalen Abschiebungsverboten“ gem § 60 Abs 5 und 7 AufenthG kommt eine dem Asylberechtigtenstatus, Flüchtlingsstatus und subsidiären Schutzstatus nachgelagerte Schutzfunktion zu, wie oben bereits ausgeführt wurde.[1824] Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurden sie bereits als Duldungsgründe behandelt, wobei sie in Bezug auf die hier thematisierte Aufenthaltserlaubnis eine Erteilungsvoraussetzung darstellen. Bei einer Antragsstellung gem § 25 Abs 3 AufenthG obliegt der Ausländerbehörde unter Beteiligung des BAMF die Entscheidung über die Erteilung.[1825]

Kontextuell ist genau wie bei § 25 Abs 5 AufenthG relevant, dass die Prüfung der „nationalen Abschiebungsverbote“ während des Asylverfahrens durch das BAMF erfolgt.[1826] In diesen Fällen, die als nationaler subsidiärer Schutz bezeichnet werden können, ist die hier behandelte Aufenthaltserlaubnis aber wiederum nicht als Regularisierung zu qualifizieren. Für die vorliegende Arbeit ist vielmehr von Bedeutung, dass die Aufenthaltserlaubnis aus der Duldung heraus beantragt werden kann,[1827] da dadurch der Regularisierungsbegriff erfüllt ist.

Ist ein „zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot“ förmlich festgestellt worden, soll eine Aufenthaltserlaubnis für mindestens ein Jahr erteilt werden.[1828] Eine Ausnahme besteht bei Vorliegen der Ausschlussgründe.[1829] Dies betrifft einerseits Fälle, in denen die Ausreise in einen anderen Drittstaat, der sich aus den Akten oder den Aussagen des*der Ausländers*in ergibt, zumutbar und möglich ist.[1830] Andererseits sind jene Sachverhaltskonstellationen umfasst, in denen die Person wiederholt oder gröblich gegen solche Mitwirkungsverpflichtungen verstoßen hat, aufgrund derer die Ausreise in einen anderen Staat unmöglich oder unzumutbar gemacht wurde.[1831] Als Beispiel hierfür kann das Vorlegen gefälschter Unterlagen

1824 Siehe Kapitel 5.A.I.2.a.
1825 § 72 Abs 2 AufenthG.
1826 Siehe nur § 42 S 1 dtAsylG.
1827 Siehe Kapitel 5.A.I.2.a.
1828 § 25 Abs 3 AufenthG; vgl *Koch* in *Kluth/Heusch* § 60 AufenthG Rn 46.
1829 § 25 Abs 3 S 1 und 2 AufenthG; vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 55-57.
1830 Vertiefend *Göbel-Zimmermann* in *Huber* (Hrsg), Kommentar Aufenthaltsgesetz[2] (2016) § 25 AufenthG Rn 17-21.
1831 Siehe BVerwG, Urteil v 22.11.2005, 1 C 18/04, NVwZ 2006, 711.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

genannt werden.[1832] Darüber hinaus gibt es taxativ normierte, zwingende Versagungsgründe, wobei vor allem das Begehen einer Straftat von erheblicher Bedeutung ist.[1833] Liegt ein solcher Ausschlussgrund vor, ist die Person nur zu dulden und ihr ist keine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.[1834]

Die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs 3 AufenthG berechtigt nicht unmittelbar zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit,[1835] weshalb eine Erlaubnis der Ausländerbehörde erforderlich ist.[1836] Über die Erlaubnis entscheidet die Ausländerbehörde autonom,[1837] wobei keine Vorrangprüfung erfolgt.[1838] Mit der „Aufenthaltserlaubnis bei zielstaatsbezogenen Abschiebeverboten" geht ein Anspruch auf Leistungen gem SGB II oder Sozialhilfe gem SGB XII einher.[1839]

2. „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" für Geduldete – Österreich

Eine „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" kann gem § 57 Abs 1 AsylG basierend auf drei taxativ festgelegten Tatbeständen erteilt werden.[1840] In der Folge wird zunächst § 57 Abs 1 Z 1 AsylG thematisiert. Die anderen beiden Tatbestände werden in der Unterkategorie „Opferschutz" des Regularisierungszwecks „Vulnerabilität" behandelt.[1841]

1832 VGH München Beck Rechtssache 2005, 16071. Die genannten Ausschlussgründe können aber im Sinne einer richtlinienkonformen Interpretation nicht angewandt werden, wenn in Umsetzung der StatusRL ein „Abschiebungsverbot" nach § 60 Abs 7 AufenthG festgestellt wird; in dem Sinne *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 32.

1833 Siehe § 25 Abs 3 S 3 AufenthG; vertiefend *Göbel-Zimmermann* in *Huber* § 25 AufenthG Rn 23-28. Diese wurden in Umsetzung von Art 17 StatusRL eingeführt.

1834 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 41 und siehe Kapitel 5.A.I.2.a.

1835 § 4 Abs 2 S 1 AufenthG.

1836 Gem § 39 Abs 2 AufenthG ist die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nicht (mehr) erforderlich.

1837 Vgl *Maor* in *Kluth/Heusch* (Hrsg), BeckOK Ausländerrecht (18. Edition, Stand 1.5.2018) § 4 AufenthG Rn 30.

1838 § 31 BeschV.

1839 Vgl *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 756 und *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 546.

1840 § 57 Abs 1 AsylG und ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 47.

1841 Siehe Kapitel 5.D.I.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 57 Abs 1 Z 1 AsylG zielt auf Geduldete ab und lässt sich in Bezug auf die rechtlichen Gründe aus Art 3 EMRK und in Bezug auf die faktischen Gründe aus der RückführungsRL ableiten. 2013 wurden die letzten offiziellen Statistiken veröffentlicht, wonach lediglich 27 „Aufenthaltsberechtigungen besonderer Schutz" an Geduldete erteilt wurden.[1842] Aktuelle Zahlen liegen keine vor, es ist aber aufgrund der niedrigen Erteilungszahlen von Karten für Geduldete davon auszugehen,[1843] dass immer noch gleich wenig dieser Aufenthaltsberechtigungen erteilt werden. Praktische Relevanz kommt dieser somit keine zu.

a. Erteilungsvoraussetzungen

Maßgebliche Erteilungsvoraussetzung für die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" gem § 57 Abs 1 Z 1 AsylG ist, dass die betreffende Person seit mindestens einem Jahr gem § 46a Abs 1 Z 1 oder 3 FPG geduldet ist und die Voraussetzungen für die Duldung gem § 57 Abs 1 Z 1 AsylG „weiterhin vorliegen". Ob die Voraussetzungen „weiterhin vorliegen", hat das BFA selbstständig zu prüfen, wobei nach der VwGH-Rspr das BFA an die Tatsache gebunden ist, dass der*die Fremde über eine Karte für Geduldete verfügt.[1844] Darüber hinaus darf der*die Fremde keine Gefahr für die Republik Österreich darstellen oder wegen eines Verbrechens[1845] verurteilt worden sein. Praktisch relevant ist, dass jene Fremde, denen der internationale Schutz (Asyl oder subsidiärer Schutz) aberkannt wurde,[1846] keine „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" erlangen können.[1847]

1842 *Bundesministerium für Inneres*, Niederlassungs- und Aufenthaltsstatistik 2013, https://www.bmi.gv.at/302/Statistik/files/Niederlassungs_und_Aufenthaltsstatistik_Jahresstatistik_2013.pdf (18.12.2018) 37. Verlängerungen gab es auch nur 15.

1843 Siehe Kapitel 5.A.I.3.

1844 VwGH 31.8.2017, Ro 2016/21/0019, Rn 32.

1845 Siehe § 17 StGB. Unter Umständen kann auch die rechtskräftige Verurteilung durch ein ausländisches Gericht einer Verurteilung eines österreichischen Gerichts gleichgehalten werden; § 73 StGB.

1846 §§ 7 und 9 AsylG.

1847 § 46 Abs 1 Z 2 FPG ist nämlich explizit nicht in § 57 Abs 1 Z 1 AsylG angeführt. Siehe Kapitel 5.A.I.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Aufenthaltsrecht

Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in Kapitel 4.B.III.2.d. verwiesen.

3. „Befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen" wegen der Unmöglichkeit sich ins Herkunftsland zu begeben, um ein Visa zu beantragen – Spanien

In Spanien sieht Art 126 Abs 3 REDYLE die Erteilung einer „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" für jene Ausländer*innen vor, die die Voraussetzungen für eine befristete Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis erfüllen, aber sich zur Visumbeantragung nicht in ihr Herkunftsland begeben können, weil dies eine Gefahr für ihre Sicherheit oder die Sicherheit ihrer Familie bedeuten würde („autorización temporal por razones humanitarias – imposibilidad de trasladarse al país de origen para solicitar el visado").[1848] Diese Aufenthaltsberechtigung fällt innerhalb der Kategorie der „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen" unter den Begriff der humanitären Gründe, wozu noch zwei weitere zählen.[1849]

Nach Ansicht von *García Vitoria* handelt es sich hierbei um das letzte Glied des „internationalen Schutzes" („protección internacional") im Sinne der spanischen Rechtsordnung, da es jene Personen betrifft, denen weder Asyl noch subsidiärer Schutz gewährt wird.[1850] Folglich kann die Aufenthaltsberechtigung als Ausprägung des Non-Refoulement-Gebots im Sinne des Art 3 EMRK verstanden werden, die die Schutzlücke zwischen internationalem Schutz im Sinne der StatusRL und dem Non-Refoulement-Gebot zu schließen versucht und daher für die vorliegende Arbeit von Bedeutung ist.[1851] An dieser Stelle ist aber darauf hinzuweisen, dass die Antragstellung aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität heraus erforderlich und daher die Qualifikation als Regularisierung gegeben ist. Die amtswegige Prüfung im Asylverfahren ist nicht vorgesehen.

1848 Vgl *Peña Pérez*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/30, 44-46.
1849 Art 126 REDYLE und siehe Kapitel 5.D.I.3. und Kapitel 5.D.II.3.
1850 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 298.
1851 Siehe Kapitel 1.C.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Erteilungsvoraussetzungen

Die maßgebliche Erteilungsvoraussetzung bezieht sich auf die Unmöglichkeit sich ins Herkunftsland zu begeben, um dort ein Visum zu beantragen. Vorstellbar ist, dass – im Gegensatz zu den Tatbeständen des internationalen Schutzes – jene Fälle erfasst sind, bei denen die Reise zu einer Verletzung des Non-Refoulement-Gebots führen würde. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut „imposibilidad de trasladarse",[1852] wobei die Gefahr in einer Stellungnahme konkretisiert werden muss. In Art 35 Abs 7 LODYLE bzw Art 196 Abs 1 REDYLE findet sich eine ähnliche Formulierung in Bezug auf unbegleitete Minderjährige, die nicht rückgeführt werden können („imposibilidad de retorno" bzw „repatriación").[1853] Unklar ist aber, was hierunter genau zu verstehen ist,[1854] wodurch eine große Rechtsunsicherheit entsteht.[1855]

In einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Kastilien-La Mancha wurde dieses Erfordernis in folgender Sachverhaltskonstellation als gegeben angesehen: Ein kolumbianischer Staatsangehöriger hat als geschützter Zeuge zur Aufdeckung eines Drogennetzwerks beigetragen.[1856] Dieses Netzwerk hat in der Folge aber Kenntnis von den Aussagen des Zeugen erlangt, wodurch er und seine Familie im Falle einer Rückkehr nach Kolumbien einer großen Gefahr ausgesetzt gewesen wären. Eine Stellungnahme der örtlichen Gendarmarie hat die dargestellte Zusammenarbeit genauso wie das Vorliegen der Gefahr im Falle der Rückkehr bestätigt. Folglich hat der Oberste Gerichtshof das Vorliegen dieser Voraussetzung bejaht, weil die Reise nach Kolumbien zur Visumsbeantragung die Sicherheit des Zeugen sowie seiner Familie gefährdet hätte.

1852 In dem Sinne *Trinidad García*, Residencia temporal por circunstancias excepcionales: el arraigo laboral y social, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2005/9, 133 (153).

1853 Vgl *Ruiz Legazpi*, Los problemas jurídicos de la inmigración infantil in *Balado Ruiz-Gallegos* (Hrsg), Inmigración, Estado y Derecho: Perspectivas desde el siglo XXI (2008) 507 (527f) und *Cobas Cobiella*, Menores y Extranjería: Situaciones de regularización, Revista Boliviana de Derecho 2015/20, 100 (113f).

1854 So bereits *Heredia Fernández* in *Moya Escudero* 60 zur alten Rechtslage.

1855 *Lázaro González/Benlloch Sanz*, Ciudadanía e integración: menores no acompañados, trata de seres humanos y víctimas de violencia de género in *Palomar Olmeda* (Hrsg), Tratado de Extranjería[5] (2012) 853 (870) in Bezug auf die Formulierung in Art 196 Abs 1 REDYLE.

1856 STSJ Castilla-La Mancha 225/2016, ECLI:ES:TSJCLM:2016:225.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Aufenthaltsrecht

Die Aufenthaltsberechtigung wird in der Regel für ein Jahr erteilt, wobei gleichzeitig mit der genannten Aufenthaltsberechtigung eine Arbeitserlaubnis beantragt werden kann.[1857]

III. Zwischenergebnis

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 verletzten 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.[1858]

Das spanische Recht lässt die Situation von irregulär aufhältigen Migrant*innen, die nicht abgeschoben werden können, ungeregelt.[1859] Man kann von einer de facto bzw außergesetzlichen Duldung irregulär aufhältiger Migrant*innen in den ausgemachten Sachverhaltskonstellationen sprechen, da entweder gar keine Regelungen bestehen oder unklar ist wie die

1857 Art 129 Abs 2 und 130 Abs 1 REDYLE; siehe Kapitel 4.C.II.2.
1858 Siehe Kapitel 4.D.
1859 Mit Ausnahme jener Aufenthaltsberechtigungen, die noch erörtert werden.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Ermessenspielraum. 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, wer-

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den 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.[1860] 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",[1861] 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 „Kettenduldungen" 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

1860 Siehe Kapitel 5.B.I.-II.
1861 Siehe Kapitel 5.C.II.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Praxis nicht sehr viele Fälle abzudecken und zu einer großen Rechtsunsicherheit beizutragen. Die spanische Rechtslage ist damit in den Sachverhaltskonstellationen, 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 „Aufenthaltserlaubnis für zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote“, die bspw Sachverhaltskonstellationen erfasst, in denen der subsidiäre Schutz widerrufen wurde oder die Person überhaupt vom subsidiären Schutz ausgeschlossen ist. Die „Aufenthaltserlaubnis 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 Aufenthaltserlaubnis 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 „Aufenthaltserlaubnis 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

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Schutzberechtige*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.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Soziale Bindungen[1862]

Zunächst wird die deutsche „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" dargestellt, da diese von sechs Monaten bis zu höchstens zwei Jahren erteilt werden kann. Anschließend wird die „Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende" beschrieben, die einen befristeten Aufenthalt von sechs Monaten bis zu höchstens drei Jahren schaffen kann. Abschließend wird der österreichische „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK" in Bezug auf das Privatleben dargestellt, da dieser eine Mindesterteilungsdauer von einem Jahr hat.

I. „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" – Deutschland

Die „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" gem § 25b AufenthG wurde gemeinsam mit der „Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende" 2011 eingeführt, die jeweils am 1.8.2015 in Kraft getreten sind, und sich aus Art 8 EMRK ableiten lassen.[1863] Durch § 25b AufenthG wurde erstmals eine „alters- und stichtagsunabhängige Aufenthaltsperspektive"[1864] für Geduldete geschaffen.[1865] Ende 2017 haben 2.453 Ausländer*innen über eine Aufenthaltserlaubnis gem § 25b AufenthG verfügt.[1866]

Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass mit dem „Duldungsgesetz", das am 1.1.2020 in Kraft tritt, eine stichtagsabhängige „Beschäftigungsduldung" geschaffen wird.[1867] Dies ist insofern relevant, da Ausländer*innen (und ihre Familienangehörigen), die 30 Monate im Besitz einer solchen „Beschäftigungsduldung" sind, bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen die hier besprochene Aufenthaltserlaubnis erlangen können.[1868] In diesem Zu-

1862 Siehe bereits Kapitel 2.B.III.2.
1863 *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 138.
1864 *Röder*, §§ 25a und b AufenthG – Hiergeblieben!? Die neuen Bleiberechte bei gelungener Integration, Asylmagazin 2016, 108.
1865 Gesetz v 23.6.2011 (BGBl I 1266).
1866 BT-Drs 19/633, 31 und 35f.
1867 Vgl *Röder/Wittmann*, Spurwechsel leicht gemacht? Überlegungen zur neuen Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 23 (31ff); *Rosenstein/Koehler*, Beschäftigungsduldung – eine Bewertung der Neuregelung aus Sicht der Praxis, ZAR 2019, 223.
1868 § 25b Abs 6 AufenthG idF „Duldungsgesetz".

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sammenhang wird weiters auf die Ausführungen in Kapitel 5.E.III.1. verwiesen.

1. Erteilungsvoraussetzungen

Maßgebliche Erteilungsvoraussetzung ist, dass die Person im Sinne des § 60a Abs 2 AufenthG geduldet oder gem § 55 dtAsylG „gestattet" ist oder über eine Aufenthaltserlaubnis verfügt. Im Hinblick auf die vorliegende Arbeit und die Regularisierungsdefinition ist besonders relevant, dass die Aufenthaltserlaubnis aus der Duldung heraus beantragt werden kann.[1869] Zu beachten sind hierbei die durch das „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" eingeführten Neuerungen, speziell die „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität".[1870] Gem § 105 Abs 3 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" werden jene Zeiten, in denen man im Besitz einer solchen Duldung ist, nicht als Vorduldungszeiten angerechnet.[1871] Dies führt zu einer gravierenden Verschlechterung der aufenthaltsrechtlichen Perspektive von Geduldeten „mit ungeklärter Identität". Zu beachten ist jedoch, dass man die unterlassenen Passbeschaffungshandlungen jederzeit nachholen und derart die Pflichtverletzung heilen kann.[1872] Folglich ist dem*der Ausländer*in die Duldung „ohne den Zusatz ‚für Personen mit ungeklärter Identität' auszustellen".[1873] Durch die Heilung entfalten die die Duldungszeiten vor Ausstellung der „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität" wieder „aufenthaltsrechtliche Wirkung" und sind in der Folge „auf die Voraufenthaltszeiten für die §§ 25a und b AufenthG anrechenbar".[1874]

Weiters wird verlangt, dass eine „nachhaltige Integration" vorliegt. In § 25b Abs 1 S 2 AufenthG werden bestimmte Voraussetzungen gesetzlich aufgelistet, die zu erfüllen sind, wobei laut den Erläuterungen „besondere Integrationsleistungen von vergleichbarem Gewicht ebenfalls zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25b führen können, auch wenn die Vor-

1869 Siehe Kapitel 2.A.II.1.
1870 § 60b AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz".
1871 Siehe im Detail Kapitel 5.A.I.2.a.
1872 § 60b Abs 4 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" und siehe Kapitel 5.E.III.1.
1873 § 60b Abs 4 S 4 AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz".
1874 *Eichler*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 71 mit Verweis auf BT-Drs 19/10047, 39.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aussetzungen des Absatzes 1 Satz 2 im Einzelfall nicht vollständig erfüllt sind".[1875]

Zunächst wird eine achtjährige ununterbrochene Voraufenthaltsdauer vorausgesetzt, wobei der*die Ausländer*in geduldet, gestattet oder erlaubt aufhältig gewesen sein muss. *Röder* führt zutreffend aus, dass etwa auch ein sechsjähriger Aufenthalt ausreichen kann, insofern weitere integrative Elemente vorliegen.[1876] Lebt der*die Ausländer*in mit einem minderjährigen ledigen Kind[1877] in häuslicher Gemeinschaft, ist grundsätzlich nur ein sechsjähriger Voraufenthalt erforderlich.[1878] Der Voraufenthalt hat jedenfalls „ununterbrochen" zu sein. Nach den Erläuterungen schaden kurzfristige Auslandsreisen von bis zu drei Monaten nicht.[1879]

Weitere Erteilungsvoraussetzungen sind, dass sich die Ausländer*innen zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennen[1880] und über Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland verfügen. [1881]

Gefordert ist auch die wirtschaftliche Integration der betreffenden Person.[1882] Diese kann einerseits durch eine bereits bestehende Selbsterhaltungsfähigkeit erreicht werden.[1883] Hierbei reicht es aus, dass mehr als 50 % des Lebensunterhalts „aus eigener Kraft"[1884] gedeckt werden, wobei auch der vorübergehende Bezug von Sozialleistungen nicht anspruchsschädlich ist.[1885] Andererseits weisen die Erläuterungen bei Geduldeten zu Recht darauf hin, dass es aufgrund des ungesicherten Aufenthaltsstatus oftmals schwierig ist einen Arbeitsplatz zu finden.[1886] Deshalb ist es bei

1875 BT-Drs 18/4097, 42.
1876 *Röder*, Asylmagazin 2016, 109f mit Hinweis auf BT-Drs 18/4097, 23.
1877 Der Gesetzeswortlaut spricht von „einem" Kind, wodurch es sich nicht um das „eigene" Kind des*r Antragstellers*in handeln muss; in dem Sinne *Röder*, Asylmagazin 2016, 109.
1878 Abhängig vom Einzelfall kann auch wiederum eine kürzere Frist ausreichend sein.
1879 Vgl BT-Drs 18/4097, 43 und *Röder*, Asylmagazin 2016, 110.
1880 § 25b Abs 1 Z 2 AufenthG. Kritisch *Röder*, Asylmagazin 2016, 111. Dies geht weiter als gem § 25a Abs 1 Z 5 AufenthG verlangt wird; siehe Kapitel 5.B.II.1.
1881 Diese können – genau wie bei der Niederlassungserlaubnis – durch einen Orientierungskurs nachgewiesen werden; vgl Nr 9.2.1.8 AVV-AufenthG. Laut *Röder*, Asylmagazin 2016, 111 ist nicht ersichtlich, warum die Ausnahmebestimmung gem § 25b Abs 3 AufenthG nicht zur Anwendung gelangt.
1882 § 25 Abs 1 Z 3 AufenthG.
1883 § 2 Abs 3 S 1 AufenthG.
1884 *Röder*, Asylmagazin 2016, 111.
1885 § 25b Abs 1 S 3 AufenthG; vertiefend *Röder*, Asylmagazin 2016, 112.
1886 Vgl BT-Drs 18/4097, 43.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dieser Personengruppe im Sinne einer Gesamtbetrachtung der bisherigen Schul-, Ausbildungs-, Einkommens- und familiären Lebenssituation ausreichend, wenn die Selbsterhaltungsfähigkeit bloß im Rahmen einer Prognoseentscheidung „zu erwarten ist". Eine weitere Erteilungsvoraussetzung ist der Nachweis von mündlichen Deutschkenntnissen auf A2-Niveau, wobei diese Voraussetzung praktischerweise auch durch Vorsprache bei der Behörde erfüllt werden kann.[1887] Von den beiden Voraussetzungen (wirtschaftliche Integration und Deutschkenntnisse) ist abzusehen, wenn diese wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung oder aus Altersgründen nicht erfüllt werden können.

Abschließend haben Kinder im schulpflichtigen Alter nachzuweisen, dass sie die Schule „tatsächlich" besucht haben.[1888] Im Gegensatz zur Aufenthaltserlaubnis gem § 25a AufenthG ist der „erfolgreiche" Schulbesuch nicht vorausgesetzt.[1889]

§ 25b Abs 2 AufenthG normiert ausdrücklich zwei Ausschlussgründe: Einerseits, wenn die Abschiebung aufgrund eigener falscher Angaben des*r Ausländers*in oder aufgrund seiner*ihrer Täuschung über seine*ihre Identität und Staatsangehörigkeit ausgesetzt ist. *Hörich/Putzar-Sattler* weisen darauf hin, dass die Formulierung eine wesentlich engere als in § 25 Abs 5 S 3 AufenthG ist, woraus folgt, „dass die Falschangabe oder die Täuschung wissentlich und willentlich herbeigeführt worden sein müssen".[1890] Andererseits kann keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, insofern ein besonders schwerwiegendes oder schwerwiegendes Ausweisungsinteresse gem § 54 Abs 1 oder Abs 2 Z 1 und 2 AufenthG besteht.[1891] Hierzu zählt etwa, wenn eine Person Bezüge zu extremistischen und terroristischen Organisationen aufweist, oder eine vorsätzliche Straftat begangen hat.[1892] Darüber hinaus kann gem § 25b Abs 5 S 2 AufenthG von der Titelerteilungssperre, die weiter oben bereits ausgeführt wurde,[1893] abgewichen werden.

1887 § 25b Abs 1 Z 4 AufenthG; vgl BT-Drs 18/4097, 44.
1888 § 25b Abs 1 Z 5 AufenthG.
1889 Siehe Kapitel 5.B.II.1.
1890 *Hörich/Putzar-Sattler*, Mitwirkungspflichten im Ausländerrecht: Rechtsgutachten zu den Voraussetzungen von Sanktionen bei Nichtmitwirkung v November 2017, 9 beziehen sich hierbei auf die idente Formulierung gem § 25a Abs 2 S 1 Z 1 AufenthG; siehe Kapitel 5.B.II.1.
1891 Vertiefend *Beichel-Benedetti* in *Huber* (Hrsg), Kommentar Aufenthaltsgesetz[2] (2016) § 54 AufenthG.
1892 BT-Drs 18/4097, 44.
1893 Siehe Kapitel 4.A.III.2.c.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Aufenthaltsrecht

Die Aufenthaltserlaubnis ist für längstens zwei Jahre zu erteilen,[1894] wobei genau wie bei § 25a AufenthG ein „Soll"-Anspruch im Sinne eines gebundenen Ermessens normiert ist.[1895] Sie berechtigt zum Ausüben einer Erwerbstätigkeit gem § 25b Abs 5 S 2 AufenthG. Inhaber*innen einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25a AufenthG haben grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosengeld II gem SGB II oder Sozialhilfe gem SGB XII.[1896]

Die Verlängerung ist gem § 8 Abs 1 AufenthG möglich, wobei die Voraussetzung geduldet zu sein nicht erneut vorliegen muss, die Voraussetzung der wirtschaftlichen Integration jedoch schon.[1897] Neben einem Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25b AufenthG kann auch ein Eventualantrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 5 AufenthG eingebracht werden.[1898]

3. Abgeleitete Aufenthaltsrechte für Familienangehörige

Ehegatt*innen, Lebenspartner*innen und minderjährigen, ledigen Kindern, insofern sie mit der betreffenden Person in familiärer Lebensgemeinschaft leben, ist gem § 25b Abs 4 AufenthG ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu erteilen. Hierfür müssen sie die aufgezählten Erteilungsvoraussetzungen – mit Ausnahme der Voraufenthaltszeit – erfüllen.[1899] Die Rechtsstellung ist vergleichbar mit der von dem*r jeweiligen Stammberechtigten.[1900]

II. „Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende" – Deutschland

Die „Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende" bezieht sich auf die Integration einer Person in Deutschland und lässt

---

1894 § 25b Abs 5 S 1 und § 26 Abs 1 S 1 AufenthG.
1895 *Samer/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* (Hrsg), Kommentar Ausländerrecht[12] (2018) § 25b AufenthG Rn 4 und *Röder*, Asylmagazin 2016, 114 und 116.
1896 *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 869.
1897 *Röder*, Asylmagazin 2016, 108 und 114.
1898 In dem Sinne *Samer/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 25b AufenthG Rn 8 und siehe Kapitel 5.C.II.
1899 Siehe Kapitel 5.B.I.1.
1900 *Röder*, Asylmagazin 2016, 114f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich genau wie die „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" aus Art 8 EMRK ableiten.[1901] Nach den Erläuterungen soll sie „gut integrierten geduldeten Jugendlichen und Heranwachsenden eine eigene gesicherte Aufenthaltsperspektive"[1902] bieten, vor allem weil sie im Gegensatz zu den zuvor bestehenden Altfallregelungen gem §§ 104a und 104b AufenthG stichtagsunabhängig ist.[1903] Ende 2017 haben 5.207 Ausländer*innen über eine Aufenthaltserlaubnis gem § 25a AufenthG verfügt.[1904]

1. Erteilungsvoraussetzungen

Maßgebliche Erteilungsvoraussetzung ist gem § 25a Abs 1 AufenthG, dass jugendlichen oder heranwachsenden geduldeten Ausländer*innen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, wenn sie seit mindestens vier Jahren erfolgreich eine Schule in Deutschland besucht haben. Sowohl der Begriff „Jugendliche" (14 bis 18 Jahre) als auch „Heranwachsende" (18 bis 21 Jahre) richtet sich nach dem Jugendgerichtsgesetz.[1905] Die Antragstellung ist schon vor Vollendung des 14ten und bis zur Vollendung des 21ten Lebensjahres zulässig.[1906] Hierbei ist hervorzuheben, dass die Altershürden vor dem Bleiberechtsänderungsgesetz 2015 noch wesentlicher höher und restriktiver angesetzt waren.[1907] Gleichzeitig wurde durch das genannte Gesetz die Voraufenthaltsdauer von sechs auf vier Jahre verkürzt, wodurch der Norm ein wesentlich weiterer Anwendungsbereich zukommt. Genau wie bei der „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" muss der Aufenthalt „ununterbrochen" sein.[1908] Kurzfristige Auslandsreisen schaden wiederum nicht.[1909] Die „gelungene" Integration zeigt sich vor allem durch einen erfolgreichen Schulbesuch, wobei sich die Formulierung so-

1901 *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 138.
1902 Bundesratsdrucksache 704/1/10, 4.
1903 Siehe Kapitel 4.A.III.4.
1904 BT-Drs 19/633, 31.
1905 Gesetz v 11.12.1974 (BGBl I 3427), zuletzt geändert durch Gesetz v 27.8.2017 (BGBl I 3295); vgl BT-Drs 18/4097, 42.
1906 § 25a Abs 1 Z 3 AufenthG. Vertiefend *Röder*, Asylmagazin 2016, 115 und *Wunderle/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* (Hrsg), Kommentar Ausländerrecht12 (2018) § 25a AufenthG Rn 13.
1907 *Röder*, Asylmagazin 2016, 115.
1908 Siehe Kapitel 5.B.I.1.
1909 *Wunderle/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 25a AufenthG Rn 11.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wohl auf die tatsächliche, vierjährige Schulbesuchszeit als auch auf den „erfolgreichen" Abschluss bezieht.[1910]

Genau wie bei der „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" ist eine maßgebliche Erteilungsvoraussetzung, dass die Person im Sinne des § 60a Abs 2 AufenthG geduldet oder gem § 55 dtAsylG „gestattet" ist oder über eine Aufenthaltserlaubnis verfügt. Zu beachten sind hierbei die durch das „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" eingeführten Neuerungen, speziell die „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität".[1911]

Darüber hinaus dürfen keine Anhaltspunkte für ein fehlendes Demokratiebekenntnis vorliegen, wobei davon auszugehen ist, dass diese Voraussetzung erfüllt ist, insofern nicht Gegenteiliges bekannt ist.[1912] Weiters ist eine „positive Integrationsprognose" im Sinne einer „Gesamtbetrachtung aller bisherigen Integrationsleistungen u. der konkreten individuellen Lebensverhältnisse"[1913] zu treffen.

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ist gem § 25a Abs 1 S 3 AufenthG zu versagen, wenn die Abschiebung aufgrund eigener falscher Angaben des*r Ausländers*in oder aufgrund seiner*ihrer Täuschung über seine*ihre Identität und Staatsangehörigkeit ausgesetzt ist. Diese Formulierung ist ident mit jener in Bezug auf die „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration", weshalb auf die Ausführungen oben verwiesen wird.[1914]

2. Aufenthaltsrecht

Genau wie § 25b Abs 1 AufenthG, normiert § 25a Abs 1 AufenthG einen „Soll"-Anspruch auf Erteilung im Sinne eines gebundenen Ermessens.[1915] Die Aufenthaltserlaubnis kann für längstens drei Jahre erteilt werden.[1916] Sie berechtigt zur Erwerbstätigkeit gem § 25a Abs 4 AufenthG. Die Verlängerung ist gem § 8 Abs 1 AufenthG möglich, wobei die Voraussetzungen in Bezug auf das Höchstalter und den Duldungsstatus nicht erneut vorlie-

1910 *Wunderle/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 25a AufenthG Rn 12; aA *Röder*, Asylmagazin 2016, 116.
1911 § 60b AufenthG idF „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" und siehe ausführlich Kapitel 5.B.I.1.
1912 § 25a Abs 1 Z 5 AufenthG. *Röder*, Asylmagazin 2016, 116.
1913 *Wunderle/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 25a AufenthG Rn 14.
1914 Siehe Kapitel 5.B.I.1.
1915 *Röder*, Asylmagazin 2016, 116.
1916 § 26 Abs 1 S 1 AufenthG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen müssen.[1917] Inhaber*innen einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25a AufenthG haben grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosengeld II gem SGB II oder Sozialhilfe gem SGB XII.[1918]

Neben einem Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25a AufenthG kann ein Eventualantrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 5 AufenthG eingebracht werden.[1919]

3. Abgeleitete Aufenthaltsrechte für Familienangehörige

Gem § 25a Abs 2 soll den Eltern oder einem personensorgeberechtigten Elternteil und den minderjährigen Geschwistern eines*r minderjährigen Ausländers*in, der*die eine Aufenthaltserlaubnis gem § 25a Abs 1 AufenthG besitzt, sowie den Ehegatt*innen, Lebenspartner*innen und minderjährigen ledigen Kindern eine eigenständige, „abgeleitete" Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Dadurch wird dem Schutz der familiären Gemeinschaft im Sinne des Art 6 GG und Art 8 EMRK und Rechnung getragen.[1920] Die Ehegatt*innen und Lebenspartner*innen haben grundsätzlich in familiärer Lebensgemeinschaft mit der betreffenden Person zu leben und alle Erteilungsvoraussetzungen, die bereits in Bezug auf § 25a Abs 1 AufenthG aufgezählt wurden, zu erfüllen.[1921] Speziell Bezug genommen wird hierbei auf die eigenständige Lebensunterhaltssicherung, wodurch im Vergleich zu den abgeleiteten Aufenthaltsrechten bei der „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" strengere Voraussetzungen zu erfüllen sind.[1922] Minderjährige, ledige Kinder haben lediglich mit dem*r Familienangehörigen in familiärer Lebensgemeinschaft zu leben.[1923]

1917 *Röder*, Asylmagazin 2016, 116.
1918 *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 853.
1919 In dem Sinne *Wunderle/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 25a AufenthG Rn 26 und siehe Kapitel 5.C.II.
1920 *Wunderle/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 25a AufenthG Rn 20.
1921 § 25a Abs 2 S 3 AufenthG und siehe Kapitel 5.B.II.1.
1922 Siehe Kapitel 5.B.I.3.
1923 § 25a Abs 2 S 5 AufenthG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK", in concreto des Privatlebens – Österreich

Der „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK" basiert, wie der Name bereits deutlich macht, auf der menschenrechtlichen Verpflichtung der Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK.[1924] Er wird auch als „Bleiberecht" bezeichnet.[1925] Da der Aufenthaltstitel zwei Tatbestandselemente hat, wird neben den allgemeinen Ausführungen in der Folge der Fokus auf die Achtung des Privatlebens gelegt. Innerhalb des Regularisierungszwecks „Familieneinheit" wird die Regularisierung sodann betreffend die Achtung des Familienlebens beleuchtet. Österreich stellt, wie bereits oben dargelegt,[1926] keine aussagekräftigen Statistiken über die Kategorie der „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" zur Verfügung, weshalb unklar ist, wie viele der hier besprochenen Aufenthaltstitel jährlich erteilt werden.

1. Erteilungsvoraussetzungen

Allgemeine Erteilungsvoraussetzung ist, dass die Rückkehrentscheidung aus Gründen des Privat- und Familienlebens auf Dauer unzulässig ist.[1927] Das BFA hat hierbei eine Abwägung der privaten (bzw familiären) Interessen des*der Fremden am Verbleib in Österreich und den Interessen Österreichs an der Außerlandesbringung vorzunehmen.[1928] Das österreichische Recht hat die vom EGMR geforderte Interessensabwägung auf einfachgesetzlicher Ebene kodifiziert.[1929] Gem § 9 Abs 2 BFA-VG sind etwa die Art, Dauer und Rechtmäßigkeit des Aufenthalts,[1930] das tatsächliche Bestehen eines Famili-

1924 Siehe nur VwGH 4.8.2016, Ra 2015/21/0249.
1925 Siehe nur *Oswald*, Bleiberecht.
1926 Siehe Kapitel 4.B.III.1.
1927 § 9 Abs 2 BFA-VG.
1928 VfGH 29.9.2007, B 1150/07 und VwGH 12.11.2015, Ra 2015/21/0101; vertiefend *Oswald*, Bleiberecht; *Hinterberger*, Asyl- und Fremdenpolizeirecht 66-69; *Rössl*, Staatsangehörige zweiter Klasse?, FABL 2/2017-I, 37 (38).
1929 In Deutschland hat sich eine vergleichbare Interessensabwägung im Rahmen von § 25 Abs 5 AufenthG entwickelt; siehe Kapitel 5.C.II.1. Ein Unterschied ist hierbei aber, dass diese als „offen" zu qualifizieren ist, da die einzelnen Abwägungskriterien nicht auf gesetzlicher Ebene normiert wurden. Einige Kriterien, die sich im Rahmen der Rspr zu Art 8 EMRK entwickelt haben, sind aber in den §§ 25a und 25b AufenthG kodifiziert worden; siehe Kapitel 5.B.I.-II.
1930 VwGH 23.6.2015, Ra 2015/22/0026.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

enlebens,[1931] die Schutzwürdigkeit des Privatlebens,[1932] der Integrationsgrad, die Bindungen zum Heimatstaat[1933] und die strafgerichtliche Unbescholtenheit zu berücksichtigen. Ob die Rückkehrentscheidung einen unzulässigen Eingriff in den Schutzbereich von Art 8 EMRK darstellt, ist anhand einer Prüfung des Einzelfalls im Sinne einer Gesamtbetrachtung zu beurteilen.[1934]

In Bezug auf das Privatleben und den Integrationsgrad hat das BFA insbesondere zu berücksichtigen, ob sich der*die Fremde während des Aufenthalts im Bundesgebiet aus- oder weitergebildet hat, etwaige Vereinstätigkeiten und Mitgliedschaften und integrative Schritte in den Arbeitsmarkt vorliegen.[1935] Alle im Ermittlungsverfahren dem BFA bekannt gewordenen Tatsachen sind im Hinblick auf die inhaltliche Bewertung der Integration und des Privat- bzw Familienlebens zu berücksichtigen. In der Praxis wird daher empfohlen, dem BFA alle relevanten Fakten mittels Stellungnahme bekanntzumachen und mitzuteilen.

Nach der Rspr des VwGH überwiegt bei einem mehr als zehnjährigen dauernden Aufenthalt in Österreich in der Regel das persönliche Interesse am Verbleib gegenüber dem Ausweisungsinteresse Österreichs, insofern sich der*die Fremde beruflich und sozial integriert hat und sich aus seinem*ihren Verhalten keine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ergibt.[1936] Hierbei ist aber auch zu berücksichtigen, ob das Privatleben in einem Zeitpunkt entstanden ist, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren.[1937] Weiters kann die Länge der Aufenthaltsdauer nach der VwGH-Rspr durch Handlungen des*r Fremden relativiert werden, wie etwa durch die Nichtvorlage eines Reisepasses.[1938] Aus diesen Ausführungen ergibt sich deshalb, dass das österreichische „Bleiberecht" auf eine schon eingetretene Verwurzelung Bezug nimmt, wohingegen sich die soziale Verwurzelung in Spanien im Vergleich dazu grundsätzlich auf die zukünftige Verwurzelung bezieht, wie noch gezeigt wird.[1939]

1931 VfGH 28.6.2003, G 78/00.
1932 VwGH 28.4.2015, Ra 2014/18/0146.
1933 VfGH 10.3.2011, B 1565/10 ua.
1934 VwGH 6.9.2018, Ra 2018/18/0026 mwN.
1935 Siehe nur zu in der Vergangenheit ausgeübten Erwerbstätigkeiten VwGH 15.3.2018, Ra 2017/21/0203.
1936 VwGH 10.9.2018, Ra 2018/19/0169 mwN.
1937 § 9 Abs 2 Z 8 BFA-VG; VwGH 15.3.2018, Ra 2018/21/0034.
1938 VwGH 29.8.2018, Ra 2018/22/0180 mwN.
1939 Siehe Kapitel 5.E.I.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ein Antrag auf Erteilung eines „Aufenthaltstitels aus Gründen des Art 8 EMRK“ ist zurückzuweisen, wenn sich bei Antragstellung kein geänderter Sachverhalt des Privat- und Familienlebens im Verhältnis zur zuletzt erlassenen Rückkehrentscheidung ergibt (res iudicata).[1940]

2. Aufenthaltsrecht

Diesbezüglich wird auf die allgemeinen Ausführungen in Kapitel 4.B.III.2.d. verwiesen. Kommt das BFA zum Schluss, dass die Rückkehrentscheidung aufgrund des schützenswerten Privat- und Familienlebens auf Dauer unzulässig ist, hat es eine „Aufenthaltsberechtigung“ zu erteilen. Erfüllt der*die Fremde überdies die zusätzlichen Voraussetzungen ist eine „Aufenthaltsberechtigung plus“ zu erteilen. Hervorzuheben ist, dass der*die Fremde – im Vergleich zu den anderen „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ – einen Rechtsanspruch auf Erteilung des Aufenthaltstitels hat, wenn er*sie die Voraussetzungen erfüllt.[1941] Hierbei verfügt die Behörde über keinen Ermessensspielraum. Seit dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015 kann auch das BVwG über die Erteilung eines „Aufenthaltstitels aus Gründen des Art 8 EMRK“ absprechen.[1942]

Darüber hinaus ist zu erwähnen, dass im Falle der Abweisung eines Antrags auf Erteilung eines „Aufenthaltstitels aus Gründen des Art 8 EMRK“ die Voraussetzungen des § 57 AsylG, dh der „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“, nicht zu prüfen sind, da dies gesetzlich nicht vorgesehen ist.[1943]

IV. Zwischenergebnis

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 Regularisierungszwecks „soziale

1940 § 58 Abs 10 AsylG und näher VwGH 16.12.2015, Ro 2015/21/0037.
1941 In dem Sinne auch *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht § 55 AsylG K 2.
1942 In dem Sinne *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht § 55 AsylG K 5.
1943 VwGH 12.11.2015, Ra 2015/21/0101 und 16.12.2016, Ra 2015/21/0166.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.[1944] 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

1944 Zu beachten sind hierbei die durch das „Geordnete-Rückkehr-Gesetz" eingeführten Neuerungen, speziell die „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität"; siehe Kapitel 5.A.I.2.a. und Kapitel 5.B.I.1.-2.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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"

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hervorzuheben ist.[1945] Die soziale Verwurzelung wird in erster Linie aufgrund der Vorlage eines Arbeitsvertrags erteilt, weshalb die Aufenthaltsberechtigung unter den Regularisierungszweck „Erwerbstätigkeit und Ausbildung" subsumiert wird.

C. *Familieneinheit*[1946]

Die erste Regularisierung, die in dem Regularisierungszweck „Familieneinheit" näher dargestellt wird, ist die spanische „Aufenthaltsberechtigung für das nicht in Spanien geborene Kind", deren Gültigkeit sich in der Regel jeweils von einem Elternteil bzw Vormund ableitet und somit grundsätzlich keine Mindesterteilungsdauer festlegt. Da aber zumindest eine fünfjährige Mindesterteilungsdauer vorgeschrieben ist, wenn es sich beim Elternteil bzw Vormund um eine*n Unionsbürger*in handelt, wird die Regularisierung trotzdem in die Analyse einbezogen. In der Folge wird die deutsche „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist" dargestellt, da diese von sechs Monaten bis zu höchstens drei Jahren erteilt werden kann. Anschließend wird der österreichische „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK" sowie die spanische „befristete Aufenthaltsberechtigung aufgrund familiärer Verwurzelung" dargestellt, die jeweils für ein Jahr befristet sind. Abschließend wird die österreichische „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" für unbegleitete minderjährige Fremde in Obhut von Pflegeeltern oder des Kinder- und Jugendhilfeträgers analysiert, die für zwei Jahre erteilt wird.

I. „Aufenthaltsberechtigung für das nicht in Spanien geborene Kind" – Spanien

Art 186 REDYLE legt fest, dass an Minderjährige,[1947] die nicht in Spanien geboren wurden, eine Aufenthaltsberechtigung erteilt werden kann („residencia del hijo no nacido en España de residente"). Laut *Fernández Collados* zählt die Aufenthaltsberechtigung aufgrund ihrer Charakteristika zu den

1945 Siehe Kapitel 5.E.I.
1946 Siehe bereits Kapitel 2.B.III.3.
1947 Siehe zum Rechtsstatus von Minderjährigen im spanischen Ausländerrecht *Cobas Cobiella*, Revista Boliviana de Derecho 2015/20, 105ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Aufenthaltsberechtigungen aufgrund von Verwurzelung", auch wenn diese nicht in Art 124 REDYLE angeführt wird.[1948] Sie wird deshalb auch als Verwurzelung Minderjähriger („arraigo menores") bezeichnet. Mangels genauer Angaben in den Statistiken ist unklar, wie viele Aufenthaltsberechtigungen aufgrund dieser Bestimmung erteilt wurden.[1949] Es spricht viel dafür, dass sich die „Aufenthaltsberechtigung für das nicht in Spanien geborene Kind" grundsätzlich aus Art 8 EMRK ableiten lässt, vor allem in Bezug auf die Achtung des Kindeswohls.[1950]

In Spanien geborene Kinder von rechtmäßig aufhältigen Ausländer*innen erhalten automatisch dieselbe Aufenthaltsberechtigung wie der Elternteil.[1951] Da es sich hierbei aber um keine Regularisierung im Sinne der vorliegenden Arbeit handelt, wird diese Bestimmung nicht dargestellt.[1952] Weiters normiert Art 35 Abs 7 LODYLE, dass der Aufenthalt von unbegleiteten Minderjährigen[1953] ab dem Zeitpunkt der Übernahme der Vormundschaft durch die öffentliche Verwaltung rechtmäßig ist.[1954] Die Übernahme der Vormundschaft könnte im weiteren Sinne als Regularisierung verstanden werden, von einer Analyse wird aber Abstand genommen, weil es sich um keine eigenständige, individuelle Entscheidung handelt, mittels derer ein Aufenthaltsrecht gewährt wird.[1955] Anschließend ist zwar das Beantragen einer Aufenthaltsberechtigung durch die Vormundschaft vorgesehen,[1956] doch hat diese in casu lediglich deklarative Wirkung. Ein großes praktisches Problem stellt die Sachverhaltskonstellation dar, dass die Minderjährigen volljährig werden, und die Vormundschaft die Aufenthaltsberechtigung nicht beantragt hat, weshalb die Minderjährigen irregulär aufhältig wer-

1948 Vgl *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 411f.
1949 Siehe Kapitel 4.C.III.1.
1950 Art 3 Abs 1 KRK.
1951 Art 185 REDYLE; vgl *Cobas Cobiella*, Revista Boliviana de Derecho 2015/20, 108.
1952 Siehe Kapitel 2.A.II.
1953 Vgl allgemein zur Situation von unbegleiteten Minderjährigen *Pérez Rey*, Art 35 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* (Hrsg), Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 584 und *Asín Cabrera*, La residencia y protección de los menores inmigrantes no acompañados in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* (Hrsg), La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España (2012) 307 (308ff).
1954 Vgl *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 869-873.
1955 Siehe Kapitel 2.A.II.3.a.
1956 Art 196 REDYLE; vgl zum Verfahren und den Erteilungsvoraussetzungen *Asín Cabrera* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 315-317 und *Pérez Rey* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 609-611.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den.[1957] In diesem Fall kann eine eigenständige „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" gem Art 198 REDYLE beantragt werden.[1958]

1. Erteilungsvoraussetzungen

Maßgebliche Erteilungsvoraussetzung ist, dass die Kinder minderjährig[1959] sein müssen und sich für einen durchgehenden Zeitraum von zwei Jahren in Spanien aufgehalten haben. Sollten sie sich noch im Pflichtschulalter befinden,[1960] müssen sie außerdem nachweisen, dass sie regelmäßig die Schule besucht haben.[1961] Diese Voraussetzung ist vergleichbar mit jener, die im Zusammenhang mit der deutschen „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" erfüllt werden muss.[1962]

Darüber hinaus muss zumindest ein Elternteil der betroffenen Kinder rechtmäßig aufhältig sein. Gesetzlich vorgesehen ist dies auch für Kinder, deren Vormund ein*e rechtmäßig aufhältige*r Ausländer*in oder Spanier*in ist bzw falls der Vormund eine in Spanien ansässige Institution ist.[1963] Der Elternteil oder Vormund müssen jedenfalls nachweisen, dass sie über die notwendigen Mittel für den Lebensunterhalt und eine angemessene Unter-

1957 Siehe zu den praktischen Problemen beim Erreichen der Volljährigkeit *Pérez Rey* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 611; *Asín Cabrera* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 317ff und *Gimeno Monterde*, Menores extranjeros no acompañados. Una cuestión compleja para las políticas públicas y sociales, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2010/25, 55 (58-61).

1958 Vgl *Pérez Rey* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 611f und *Asín Cabrera* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 319f.

1959 Zu den Problemen beim Nachweis der Minderjährigkeit siehe *Defensor del Pueblo*, ¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad, Bericht v 2012, https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinaci%C3%B3n-de-la-edad1.pdf (8.10.2018) und *Ruiz Legazpi* in *Balado Ruiz-Gallegos* 511ff.

1960 Das Pflichtschulalter besteht vom sechsten bis zum sechzehnten Lebensjahr.

1961 Art 186 Abs 2 REDYLE; vgl *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 411f.

1962 Siehe Kapitel 5.B.I.1.

1963 Art 186 Abs 1 REDYLE.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kunft[1964] verfügen.[1965] 2018 musste eine erwachsene Person mit einem Kind ein Einkommen in Höhe von mehr als 806 € nachweisen.[1966]

2. Aufenthaltsrecht

Die Antragstellung ist nur durch einen Elternteil oder den Vormund möglich. Obwohl oben angeführt wurde, dass die Verwurzelung Minderjähriger von den Charakteristika her zu den „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen" zählt, richten sich einige verfahrensrechtliche Bestimmungen sowie das Verlängerungsverfahren nach den Familienzusammenführungsbestimmungen.[1967]

Die Dauer der Befristung der Aufenthaltsberechtigung leitet sich von dem Elternteil oder Vormund ab.[1968] Handelt es sich hierbei um eine*n Unionsbürger*in, wird die Aufenthaltsberechtigung auf fünf Jahre befristet. Erreicht der*die Minderjährige das arbeitsfähige Alter (16 Jahre), berechtigt die Aufenthaltsberechtigung ab diesem Zeitpunkt auch zum Ausüben jeglicher Erwerbstätigkeit.[1969] Zutreffend führt *Cobas Cobiella* hierzu aus, dass diese Bestimmung von besonderer Relevanz ist, da so der Einstieg in den Arbeitsmarkt automatisch mit dem Erreichen des arbeitsfähigen Alters ermöglicht wird.[1970]

1964 Vgl hierzu im Detail Instrucción DGI/SGRJ/2011.

1965 186 Abs 1 REDYLE iVm Art 18 Abs 2 LODYLE.

1966 Die notwendigen Mittel für den Lebensunterhalt müssen gem Art 54 REDYLE mehr als 150 % vom öffentlichen Einkommensindikator („Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples"; IPREM) betragen. 2018 war der IPREM bei 537,84 € angesetzt; www.iprem.com.es/ (8.11.2018).

1967 Art 186 Abs 4 REDYLE; vgl *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 412 und *Cobas Cobiella*, Revista Boliviana de Derecho 2015/20, 109.

1968 Art 186 Abs 3 REDYLE.

1969 Art 186 Abs 5 REDYLE; vgl *Cobas Cobiella*, Revista Boliviana de Derecho 2015/20, 110.

1970 *Cobas Cobiella*, Revista Boliviana de Derecho 2015/20, 109.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist" – Deutschland

Gem § 25 Abs 5 AufenthG kann vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer*innen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist.[1971] Gleiches gilt für die bereits dargelegte „Aufenthaltserlaubnis bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten".[1972] Essentiell ist hierbei, dass das Ausreisehindernis „nicht nur vorübergehender Natur ist"[1973] und die Person nicht ausreisen kann, wobei der Begriff der Ausreise sowohl die (zwangsweise) Rückführung als auch die freiwillige Ausreise umfasst.[1974]

Bei § 60 Abs 5 und 7 AufenthG handelt es sich um einen rein deutschen Abschiebungsschutz, der in die „verbleibende nationale Regelungskompetenz"[1975] fällt, wobei nicht verkannt werden darf, dass sich die Bestimmung auch aus völker- und europarechtlichen Bestimmungen, in concreto Art 3 EMRK und der RückführungsRL, ableiten lässt.[1976] Im Rahmen dieser Aufenthaltserlaubnis findet auch eine Art 8 EMRK-Prüfung statt, weshalb sie innerhalb des Regularisierungszwecks „Familieneinheit" dargestellt wird. Zwar ermöglichen auch tatsächliche Abschiebehindernisse die Erteilung des Aufenthaltsrechts, die wiederum eine Systematisierung im Regularisierungszweck „Nichtrückführbarkeit" bzw in der Unterkategorie „Non-Refoulement-Gebot im Sinne der EMRK und GRC oder faktische Gründe" nahelegen, doch wird davon abgesehen, da es sich nicht um den maßgeblichen Erteilungsgrund handelt. Die Aufenthaltserlaubnis wurde eingeführt, um das bereits dargestellte Phänomen der „Kettenduldungen" zu vermeiden bzw zu lösen,[1977] was jedoch nur teilweise geglückt ist.[1978] Ein Grund hierfür ist, dass die Aufenthaltserlaubnis beim Bestehen von

1971 Vgl *Göbel-Zimmermann* in *Huber* § 25 AufenthG Rn 55 und *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 127.
1972 Siehe Kapitel 5.A.II.1.
1973 *Göbel-Zimmermann* in *Huber* § 25 AufenthG Rn 56.
1974 Vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 128 mwN.
1975 *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* in *Huber* § 60 AufenthG Rn 70; zustimmend *Koch* in *Kluth/Heusch* § 60 AufenthG Rn 39f.
1976 Siehe Kapitel 2.B.III.1.b.
1977 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 73 mwN.
1978 Vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 123f und siehe Kapitel 5.A.I.2.d.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tatsächlichen Abschiebehindernissen äußerst schwierig zu erlangen ist, da die selbstverschuldete Verhinderung der Ausreise einen Versagungsgrund darstellt.[1979] Ende des Jahres 2017 waren 51.726 Personen im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 5 AufenthG.[1980] Diese stellt die wichtigste Regularisierung im deutschen Recht dar.

1. Erteilungsvoraussetzungen

In der Praxis werden nach der BVerwG-Rspr im Rahmen des § 25 Abs 5 AufenthG vor allem „inlandsbezogene Abschiebehindernisse" gem § 60 Abs 5 und 7 AufenthG berücksichtigt,[1981] wobei dem Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK eine besondere Stellung eingeräumt wird.[1982] Die „Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende" gem § 25a AufenthG und die „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" gem § 25b AufenthG haben den Anwendungsbereich von Art 25 Abs 5 AufenthG diesbezüglich aber stark eingeschränkt.[1983] Die Prüfung des Bestehens eines Privat- oder Familienlebens nach Art 8 EMRK folgt den üblichen Regeln, wonach zuerst geprüft wird, ob ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt und ob dieser verhältnismäßig ist.[1984] Die Interessensabwägung ist aber – im Vergleich zur österreichischen – nicht auf gesetzlicher Ebene kodifiziert worden.[1985] Ein geschütztes Privatleben liegt insbesondere bei jenen Ausländer*innen vor, die sich schon lange in Deutschland aufhalten und sich dementsprechend „verwurzelt" haben.[1986] Hierbei ist auch der geduldete Aufenthalt zu berücksichtigen.[1987] Ein geschütztes Familienleben kommt zwischen Ehegatt*innen oder bei Eltern-

1979 Siehe Kapitel 5.C.II.1.
1980 BT-Drs 19/633, 30.
1981 Siehe Kapitel 5.A.I.2.a.
1982 Vgl *Göbel-Zimmermann* in *Huber* § 25 AufenthG Rn 61; *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 75 mwN.
1983 Siehe Kapitel 5.B.I.-II.
1984 Vgl *Welte*, Die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Ausweisungsrecht, Informationsbrief Ausländerrecht 2019, 176.
1985 Siehe Kapitel 5.B.III.1.
1986 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 79, 80 und 83; *Eckertz-Höfer*, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutze des Privatlebens, ZAR 2008, 41; *Eckertz-Höfer*, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutze des Privatlebens: Fortsetzung des Beitrags aus Heft 2/2008, ZAR 2008, 93.
1987 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 90.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kind Beziehungen in Betracht, wobei das tatsächliche Familienleben zu beurteilen ist.[1988]

Darüber hinaus können auch „zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote" gem § 60 Abs 5 und 7 AufenthG zur Erteilung der hier dargelegten Aufenthaltserlaubnis führen. Hierbei ist jedoch das Verhältnis zur „Aufenthaltserlaubnis bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten" gem § 25 Abs 3 AufenthG zu beachten.[1989] Liegt ein „zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot" vor, ist die Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 3 AufenthG aufgrund des besseren Zugangs zum Arbeitsmarkt und zu Sozialleistungen „vorrangig"[1990] zu erteilen. Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gem § 25 Abs 3 S 2 AufenthG kommt jedoch subsidiär die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 5 AufenthG in Betracht.

Eine Aufenthaltserlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der*die Ausländer*in unverschuldet an der Ausreise gehindert ist.[1991] Gem § 25 Abs 5 S 4 AufenthG ist ein Verschulden insbesondere dann gegeben, wenn die Ausländer*innen falsche Angaben machen, über ihre Identität oder Staatsangehörigkeit täuschen oder zumutbare Anforderungen zur Beseitigung des Ausreisehindernisses nicht erfüllen. *Hörich/Putzar-Sattler* führen treffend aus, dass ein „Aufenthaltstitel nicht erteilt werden kann, wenn die Ausreise aufgrund eines dem Ausländer zurechenbaren Verhaltens oder Unterlassens verhindert oder wesentlich verzögert worden ist. Es muss ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Ausländers und dem Bestehen eines Ausreisehindernisses vorliegen".[1992] Die beiden Autoren betonen aber gleichzeitig, dass die Ausländerbehörde eine „Hinweis- und Anstoßpflicht" zur möglichen Beseitigung dieser Hindernisse trifft. In einer Gesamtschau ergibt sich, dass das Verhalten des*r Betroffenen bei der Erteilung dieser Aufenthaltserlaubnis eine zentrale Rolle spielt und eine Erteilung aufgrund tatsächlicher Hindernisse deshalb praktisch schwierig ist, weil die freiwillige Einreise in das Herkunftsland oftmals möglich sein wird.[1993] Dies ist wohl einer der Gründe dafür, dass die von der Gesetzgebung intendierte Vermeidung des Phänomens der Kettenduldungen nicht vollends geglückt ist.[1994]

1988 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 79, 81-85.
1989 Siehe Kapitel 5.A.II.1.
1990 *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht Rn 590.
1991 § 25 Abs 5 S 3 AufenthG.
1992 *Hörich/Putzar-Sattler*, Mitwirkungspflichten im Ausländerrecht: Rechtsgutachten zu den Voraussetzungen von Sanktionen bei Nichtmitwirkung v November 2017, 8.
1993 In dem Sinne auch *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 78.
1994 Siehe Kapitel 5.I.2.d. und Kapitel 5.C.II.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die gesetzlich eröffnete Regularisierungsperspektive kann oftmals nicht realisiert werden.

2. Aufenthaltsrecht

Die im Rahmen der Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 3 AufenthG getätigten Ausführungen zum Aufenthaltsrecht sind auch für die Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 5 AufenthG relevant.[1995] Wie bereits ausgeführt, entscheidet die Ausländerbehörde nach vorheriger Beteiligung des BAMF[1996] über das Vorliegen eines „nationalen Abschiebungsverbotes" und nach pflichtgemäßem Ermessen.[1997] Ist eine Person aber bereits 18 Monate geduldet, wird die Ermessens- zu einer Sollregelung.[1998] Die Aufenthaltserlaubnis kann für längstens drei Jahre erteilt werden, unter Umständen aber für längstens sechs Monate, solange sich die Ausländer*innen „noch nicht mindestens 18 Monate rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten" haben.[1999]

Am Rande sei erwähnt, dass die „nationalen Abschiebungsverbote" auch im Asylverfahren geprüft und vom BAMF bei Vorliegen der Voraussetzungen festgestellt werden.[2000] Anschließend kann die Aufenthaltserlaubnis beantragt werden, wobei die Ausländerbehörde hierbei an die Entscheidung des BAMF gebunden ist.[2001] Diese Fallkonstellation ist jedoch nicht als Regularisierung zu qualifizieren und wird deshalb nicht näher behandelt.

Mit der Aufenthaltserlaubnis ist die Ausübung einer unselbstständigen Beschäftigung zulässig, wenn die Bundesagentur für Arbeit zustimmt.[2002] Eine Vorrangprüfung ist nicht erforderlich.[2003] Darüber hinaus kann auch eine selbstständige Tätigkeit erlaubt werden.[2004]

1995 Siehe Kapitel 5.A.II.1.b.
1996 § 72 Abs 2 AufenthG.
1997 Vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 151.
1998 § 25 Abs 5 S 2 AufenthG; vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 152-154.
1999 § 26 Abs 1 S 1 AufenthG.
2000 § 31 Abs 1 S 4 dtAsylG und siehe Kapitel 5.A.I.2.a.
2001 § 42 S 1 dtAsylG; vgl aber *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 36f.
2002 § 39 Abs 2 AufenthG.
2003 § 31 BeschV.
2004 § 21 Abs 6 AufenthG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mit der Aufenthaltserlaubnis geht ein Anspruch auf Sozialleistungen nach dem AsylbLG einher, wenn die Entscheidung über die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) weniger als 18 Monate zurückliegt.[2005] Die Inhaber*innen einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 5 AufenthG erhalten bis zu diesem Zeitpunkt (achtzehnmonatige Aussetzung der Abschiebung) Leistungen gem § 1 Abs 1 Z 3 lit c AsylbLG.[2006] Nach einem Leistungsbezug über einen Zeitraum von mindestens 15 Monaten nach dem AsylbLG haben sie Anspruch auf Analogleistungen nach dem SGB XII, wenn sie die Dauer ihres Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben und sich ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufhalten.[2007] Mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des AsylbLG wird die erforderliche Voraufenthaltszeit von 15 auf 18 Monate verlängert.[2008]

III. „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK", in concreto des Familienlebens – Österreich

Der „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK" basiert, wie der Name bereits deutlich macht, auf der menschenrechtlichen Verpflichtung der Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK.[2009] Der Aufenthaltstitel hat zwei Tatbestandselemente, wobei der Fokus nunmehr auf die Achtung des Familienlebens gelegt wird.[2010] Österreich stellt, wie bereits oben dargelegt,[2011] keine aussagekräftigen Statistiken über die Kategorie der „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" zur Verfügung, weshalb unklar ist, wie viele der hier besprochenen Aufenthaltstitel jährlich erteilt werden.

1. Erteilungsvoraussetzungen

Wie bereits in Kapitel 5.B.III. dargestellt wurde, hat bei der Erteilung eines „Aufenthaltstitels aus Gründen des Art 8 EMRK" eine Interessensabwägung

2005 Vgl *Voigt*, Die wundersame Welt des § 25 Abs 5 AufenthG, Asylmagazin 2015, 152 und *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 836.
2006 Vgl *Korff* in *Rolfs/Giesen/Keikebohm/Udsching* § 1 AsylbLG Rn 11-14.
2007 § 2 Abs 1 AsylbLG; siehe Fn 968.
2008 Kritisch *Genge*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 18f.
2009 Siehe nur VwGH 4.8.2016, Ra 2015/21/0249.
2010 Siehe bereits Kapitel 5.B.III.
2011 Siehe Kapitel 4.B.III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zwischen den (privaten und) familiären Interessen des*r Fremden am Verbleib in Österreich und dem öffentlichen Interesse des österreichischen Staates an der Außerlandesbringung stattzufinden. Nach der Rspr des VwGH ist bspw die Trennung von Ehepartner*innen nur zulässig, wenn dem öffentlichen Interesse an der Außerlandesbringung ein großes Gewicht beizumessen ist, etwa wenn der*die Fremde straffällig wird oder von Anfang an beabsichtigt hat die fremdenrechtlichen Regelungen zu umgehen.[2012] Der Bindung des*r Fremden an den*die Ehepartner*in kommt im Rahmen der Interessensabwägung besondere Bedeutung zu. Nach dem VwGH müssen in einem solchen Fall „nähere Feststellungen zu den Lebensverhältnissen des Fremden und seines Ehepartners, insbesondere zu den Wohnverhältnissen, der Art ihrer Beschäftigungen und den erzielten Einkommen, aber etwa auch zur Frage der Deutschkenntnisse sowie zu den Bindungen zum Heimatstaat und zur Möglichkeit und Zumutbarkeit der Führung eines Familienlebens außerhalb Österreichs getroffen werden".[2013] Damit ein Familienleben im Sinne des Art 8 EMRK besteht kommt es aber gerade nicht darauf an, dass formell eine Heirat besteht, vielmehr zählen enge persönliche und „faktische Familienbindungen […], die sich in einer Reihe von Umständen – etwa dem Zusammenleben, der Länge der Beziehung oder der Geburt gemeinsamer Kinder"[2014] – ausdrücken.

Das Kindeswohl steht bei der Interessensabwägung betreffend Kinder bzw Minderjähriger im Mittelpunkt.[2015] Der VwGH misst der Bindung zum Heimatstaat hierbei besonderer Bedeutung zu, insbesondere „wo die Kinder geboren wurden, in welchem Land und in welchem kulturellen und sprachlichen Umfeld sie gelebt haben, wo sie ihre Schulbildung absolviert haben, ob sie die Sprache des Heimatstaats sprechen, und insbesondere, ob sie sich in einem anpassungsfähigen Alter befinden".[2016]

2. Aufenthaltsrecht

Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in Kapitel 4.B.III.2.d. und Kapitel 5.B.III.2. verwiesen.

2012 VwGH 6.9.2018, Ra 2018/18/0026 mwN.
2013 VwGH 2.5.2018, Ra 2018/18/0159.
2014 VwGH 29.11.2017, Ra 2017/18/0425 mit Hinweis auf die einschlägige EGMR-Rspr.
2015 Siehe nur VwGH 30.8.2017, Ra 2017/18/0070 bis 0072 mwN und Art 3 Abs 1 KRK.
2016 VwGH 21.3.2018, Ra 2017/18/0333 und siehe § 9 Abs 2 Z 5 BFA-VG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. „Befristete Aufenthaltsberechtigung aufgrund familiärer Verwurzelung" – Spanien

Die „befristete Aufenthaltsberechtigung aufgrund familiärer Verwurzelung" („autorización de residencia temporal por razones de arraigo familiar") ist in Art 124 Abs 3 REDYLE geregelt.[2017] Wie bereits weiter oben ausgeführt, zählen die Verwurzelungstatbestände zu den wichtigsten im spanischen Ausländerrecht und damit zu den Hauptwegen aus der aufenthaltsrechtlichen Irregularität, wobei die familiäre Verwurzelung quantitativ nicht so bedeutend wie die soziale Verwurzelung ist.[2018] Die Regularisierung lässt sich dem Grunde nach aus Art 8 EMRK ableiten.[2019]

1. Erteilungsvoraussetzungen

Seit dem REDYLE wird zwischen zwei Sachverhaltskonstellationen unterschieden.[2020] Aufgrund der Tatsache, dass neben den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen „bloß" einer der beiden Tatbestände zu erfüllen ist, spricht *Carbajal García* von einer leicht zu erreichenden Regularisierung für privilegierte Fälle.[2021]

Der bereits vor dem REDYLE etablierte Tatbestand gem Art 124 Abs 3 lit b REDYLE zielt auf jene Kinder ab, deren Vater oder Mutter ursprünglich spanische*r Staatsbürger*in war. Um nachzuweisen, dass der Vater bzw die Mutter die spanische Staatsangehörigkeit innehatte, ist auf die Einschreibung im Zivilregister, auf die Angaben über die Nationalität der Eltern in besagtem Register und auf die Geburtsangaben zurückzugreifen.[2022]

Der 2011 eingeführte Art 124 Abs 3 lit a REDYLE zielt auf den Vater oder die Mutter von einem*r Minderjährigen ab, der*die (immer noch) spanische

2017 Zur Entwicklung der familiären Verwurzelung *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 680 und zur alten Rechtslage *Iglesias Sánchez*, La regularización de la situación administrativa de los padres de menores españoles en situación irregular, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2010/3, 35.

2018 Siehe Kapitel 4.C.III.2.

2019 Siehe Kapitel 4.C.III.2.

2020 Vgl *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 680f.

2021 *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 68.

2022 Vgl Instrucción DGI/SGJR/10/2008, 3f. Kritisch *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 680f, der anmerkt, dass es große Probleme bei der Anerkennung von ehemaligen Staatsangehörigen der bis 1975 bestehenden Kolonie Spanisch-Sahara gibt.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Staatsbürger*in ist. Gem Art 17 Abs 1 lit a Bürgerliches Gesetzbuch („Código Civil")[2023] erhält ein Kind die spanische Staatsbürgerschaft, insofern es eine spanische Mutter oder einen spanischen Vater hat.[2024] In Bezug auf diesen Tatbestand verlangt das Gesetz weiters, dass der Elternteil für das Kind verantwortlich sein bzw für dieses sorgen und gemeinsam mit diesem leben oder die laufenden elterlichen Verpflichtungen einhalten muss.[2025] Lit a leg cit bezieht auch Familienangehörige von Unionsbürger*innen mit ein.[2026] Diese Sachverhaltskonstellation ist vom Gegenstand der vorliegenden Arbeit ausgenommen,[2027] wird aber der Vollständigkeit halber angeführt.

Der Familienangehörigenbegriff ist auf die Kernfamilie beschränkt: Dh die Ehegatt*innen, eingetragenen Partner*innen („parejas de hecho debidamente registradas") und die in erster Linie auf- und absteigenden Verwandten.[2028] Diesen engen Begriff kritisiert *García Vitoria* als unvereinbar mit Art 8 EMRK,[2029] weil dadurch Geschwister, die in einem gemeinsamen Haushalt leben[2030] oder Paare, die weder verheiratet noch eingetragen sind, vom Anwendungsbereich der Regularisierung ausgeschlossen werden.

2. Aufenthaltsrecht

Die Aufenthaltsberechtigung wird in der Regel für ein Jahr erteilt.[2031] Die Verwurzelungstatbestände haben gemein, dass mit der Aufenthaltsberechti-

2023 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE 206 v 25.7.1889 letzte Änderung v 4.8.2018.

2024 Vgl *Boza Martínez*, La regularización de los progenitores de menores de nacionalidad española y la necesidad de una solución reglamentaria a la cuestión, WP 1/2011 v 9.2.2011, http://idpbarcelona.net/docs/public/wp/workingpaper5.pdf (10.10.2018) 4 und *Álvarez Rodríguez/Marrero González*, Attribution of Spanish Nationality to Children Born in Spain with the Purpose of Avoiding Situations of Statelessness at Birth in *Carrera Nuñez/de Groot* (Hrsg), European Citizenship at the Crossroads: The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality (2015) 267.

2025 Vgl *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 681.

2026 Siehe hierzu TSJ Pais Vasco 170/2017, ECLI:ES:TSJPV:2017:1252, FJ 4.

2027 Siehe Kapitel 1.B.I. und Kapitel 1.D.I.

2028 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 453f.

2029 Vgl *García Vitoria*, Revista General de Derecho Constitucional 2015/20, 14ff.

2030 Siehe aber die Rspr bei *Esteban de la Rosa*, Art 31 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 505.

2031 Art 130 Abs 1 REDYLE.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gung gleichzeitig eine Arbeitserlaubnis einhergeht.[2032] Dies stellt eine Privilegierung der Verwurzelungstatbestände innerhalb der „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen" dar. Ausgenommen hiervon sind Minderjährige, die das arbeitsfähige Alter (16 Jahre) noch nicht erreicht haben.[2033]

V. „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" für unbegleitete minderjährige Fremde in Obhut von Pflegeeltern oder des Kinder- und Jugendhilfeträgers – Österreich

In Österreich existiert eine Regularisierung, die in § 41a Abs 10 NAG normiert ist. Nach dieser ist eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" an unbegleitete minderjährige Fremde zu erteilen, die sich in Obhut von Pflegeeltern oder des Kinder- und Jugendhilfeträgers aufhalten. Sie stellt die einzige Regularisierungsmöglichkeit in Österreich dar, die nicht unter die Kategorie der „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" fällt.[2034]

Bis zum BGBl I 87/2012 war dieser Aufenthaltstitel in § 69a Abs 1 Z 4 NAG geregelt und ist als einziger von den vier dort normierten Tatbeständen, die unter dem Titel „Besonderer Schutz" zusammengefasst waren, nicht in der „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" aufgegangen.[2035] Laut Statistiken waren im Februar 2018 bloß 56 Minderjährige im Besitz einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus",[2036] woraus abzuleiten ist, dass der Aufenthaltstitel praktisch nicht sehr bedeutsam ist. Die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" lässt sich dem Grunde nach aus Art 8 EMRK ableiten, da sie vor allem dem Schutz des Kindeswohls dient.[2037] Ohne abschließend darauf eingehen zu können, geht sie wohl aber über die menschenrechtliche Verpflichtung hinaus.

2032 Art 129 Abs 1 REDYLE; vgl *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 564 und siehe Kapitel 4.C.II.2.

2033 Art 129 Abs 1 REDYLE; vgl *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 421.

2034 Beachte jedoch auch § 30a NAG; siehe Kapitel 5.D.I.1.a. und speziell Fn 2064.

2035 ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 46. Zu § 69a Abs 1 Z 4 NAG siehe *Kutscher/Völker/Witt*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht[2] (2010) 182.

2036 *Bundesministerium für Inneres*, Niederlassungs- und Aufenthaltsstatistik v Februar 2018, https://www.bmi.gv.at/302/Statistik/files/2018/NAG-Februar_2018.pdf (26.11.2018) 17.

2037 Siehe auch Art 3 Abs 1 KRK und in dem Sinne *Peyrl* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl* § 41a NAG Rn 18.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Erteilungsvoraussetzungen

Der mittlerweile einzige Tatbestand legt fest,[2038] dass es sich um unbegleitete minderjährige Fremde handeln muss. Nach der Legaldefinition sind dies Fremde, die sich nicht in Begleitung eines für sie gesetzlich verantwortlichen Volljährigen befinden[2039] und noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben.[2040]

Darüber hinaus müssen sich die Minderjährigen auf Grund eines Gerichtsbeschlusses, kraft Gesetzes oder einer Vereinbarung der leiblichen Eltern mit dem Kinder- und Jugendhilfeträger nicht bloß vorübergehend in Obhut von Pflegeeltern oder des Kinder- und Jugendhilfeträgers befinden. Die Pflegeeltern gelten als „gesetzliche Vertreter" im Sinne des § 19 NAG.[2041]

Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich zunächst, dass bloß § 11 Abs 1 Z 1 bis 3 NAG Erteilungshindernisse darstellen können, da § 11 Abs 1 Z 4 bis 6 NAG sowie § 11 Abs 2 NAG explizit keine Anwendung finden. Ein solches Erteilungshindernis kann demnach ein aufrechtes Einreise- oder Aufenthaltsverbot sein. Unklar ist jedoch, ob tatsächlich auch § 11 Abs 1 Z 3 NAG zur Anwendung kommt. Demnach stellt das Vorliegen einer durchsetzbaren Rückkehrentscheidung einen Versagungsgrund dar, wenn seit der Ausreise nicht bereits 18 Monate vergangen sind.[2042] Gem § 11 Abs 3 NAG können die im NAG normierten Aufenthaltstitel auch bei Vorliegen dieses Erteilungshindernisses erteilt werden, insofern dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art 8 EMRK erforderlich ist.[2043] Der dort normierte Kriterienkatalog entspricht dem bereits besprochenen in § 9 Abs 2 BFA-VG, der auf die „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK" Anwendung findet.[2044]

2038 Bis zum Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 war noch ein zweiter Tatbestand normiert, der jedoch laut Erläuterungen nicht mehr zeitgemäß war und deshalb aufgehoben wurden; ErläutRV 1523 BlgNR 25. GP, 9.

2039 § 2 Abs 1 Z 17 NAG.

2040 § 2 Abs 4 Z 1 NAG iVm § 21 Abs 2 ABGB.

2041 Nach VwGH 21.3.2017, Ra 2015/22/0160 sind für die Interpretation des Begriffs „Pflegeeltern" die einschlägigen Bestimmungen im ABGB, in concreto §§ 184-185, heranzuziehen.

2042 *Peyrl* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl* § 41a NAG Rn 18 geht von einer planwidrigen Lücke aus und argumentiert deshalb, dass das Vorliegen einer aufrechten Rückkehrentscheidung nicht anspruchsschädlich ist.

2043 Vgl *Peyrl/Czech* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl* (Hrsg), NAG Kommentar[2] (2019) § 11 NAG Rn 30ff.

2044 Siehe hierzu bereits Kapitel 5.B.III. und Kapitel 5.C.III.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Aufenthaltsrecht

Die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" kann sowohl von Amts wegen oder auf begründeten Antrag erteilt werden.[2045] Die sachlich zuständige Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde ist gem § 3 Abs 1 NAG „der örtlich zuständige Landeshauptmann" bzw die örtlich zuständige Landeshauptfrau. In allen Bundesländern außer Wien wurden die Bezirksverwaltungsbehörden mittels Verordnung ermächtigt.[2046]

Gem § 41 Abs 5 S 1 NAG gilt die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" für die Dauer von zwei Jahren und mit ihr geht ein unbeschränkter Arbeitsmarktzugang einher.[2047] In Bezug auf die Sozialleistungen wird auf Kapitel 4.B.II.3. verwiesen.

VI. Zwischenergebnis

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.

2045 Vgl *Peyrl* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl* § 41a NAG Rn 18 zur Frage, in welchen Fällen ein Anspruch auf Erteilung besteht.

2046 Vgl *Czech* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl* (Hrsg), NAG Kommentar[2] (2019) § 3 NAG Rn 6f.

2047 § 3 Abs 1 AuslBG und § 8 Abs 1 Z 2 NAG und siehe die Literatur in Fn 1290.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.[2048] Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Aufenthaltserlaubnis in der Praxis, wie bereits in Kapitel 5.A.III. ausgeführt, beim Bestehen von tatsäch-

2048 Hierbei ist jedoch das Verhältnis zur „Aufenthaltserlaubnis bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten" gem § 25 Abs 3 AufenthG zu beachten. Liegt ein „zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot" vor, ist die Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 3 AufenthG aufgrund des besseren Zugangs zum Arbeitsmarkt und zu Sozialleistungen „vorrangig" zu erteilen.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichen 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 erfasst. 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 „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" und die „Aufenthaltserlaubnis 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

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

EMRK vereinen lässt. Hierbei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass einige Fallkonstellationen durch andere Regularisierungen, wie bspw die soziale Verwurzelung abgedeckt werden.

D. Vulnerabilität[2049]

I. Opferschutz[2050]

Zunächst wird die österreichische „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" für Opfer von Straftaten und die deutsche „Aufenthaltserlaubnis zur Strafverfolgung" beleuchtet, die jeweils grundsätzlich für ein Jahr zu erteilen sind, wobei letztere unter Umständen für zwei Jahre zu erteilen ist. Abschließend werden die drei spanischen Aufenthaltsberechtigungen nacheinander analysiert, um derart das besonders opferfreundlich ausgestaltete, spanische Schutzregime bestmöglich darzustellen. Die spanische „befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen" für Opfer von Straftaten gilt für die Dauer von einem Jahr. Sowohl die spanische „befristete Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Opfer des Menschenhandels" als auch die „befristete Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Frauen, die Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt geworden sind", werden jeweils für die Dauer von fünf Jahren erteilt.

1. „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" für Opfer von Straftaten – Österreich

Die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" kann – neben Geduldeten[2051] – auch an Opfer bzw Zeug*innen des Menschenhandels oder grenzüberschreitender Prostitution bzw Opfer von Gewalt erteilt werden. Die Bestimmung dient folglich dem Zeugen- bzw Opferschutz,[2052] weshalb die

2049 Siehe bereits Kapitel 2.B.III.4.
2050 Siehe bereits Kapitel 2.B.III.4.a.
2051 Siehe Kapitel 5.A.II.2.
2052 *Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus*, Fremdenrecht 194 und siehe auch ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 47f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aufenthaltsberechtigung in dieser Kategorie und nicht unter dem Regularisierungszweck „sonstige staatliche Interessen" systematisiert wird.[2053]

Der Tatbestand betreffend Menschenhandelsopfer beruht sowohl auf völker- als auch auf europarechtlichen Verpflichtungen, vor allem aber auf Art 8 MenschenhandelsopferRL.[2054] Der Tatbestand stellt einen autonom-nationalen Schutzmechanismus dar und soll Opfern von Gewalt Schutz vor weiterer Gewalt bieten.[2055] 2013 wurden die letzten offiziellen Statistiken veröffentlicht, wonach lediglich sechs „Aufenthaltsberechtigungen besonderer Schutz" an Menschenhandelsopfer und drei an Gewaltopfer erteilt wurden.[2056] Wie weiter oben bereits ausgeführt wurde, liegen zwar keine aktuellen Zahlen vor, aber aufgrund der Zahlen aus dem Jahre 2013 ist davon auszugehen, dass es sich de facto um totes Recht handelt.

a. Erteilungsvoraussetzungen

§ 57 Abs 1 Z 2 AsylG legt als maßgebliche Erteilungsvoraussetzung fest, dass es sich um Betroffene bzw Opfer von Menschenhandel oder grenzüberschreitender Prostitution handeln muss, und die Erteilung des Aufenthaltsrechts zur Gewährleistung der Strafverfolgung von gerichtlich strafbaren Handlungen oder zur Geltendmachung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche vonnöten ist. Laut den Erläuterungen ist die Kooperation des Opfers keine objektive Tatbestandsvoraussetzung. Eine solche liegt vielmehr vor, wenn ein Strafverfahren bereits eingeleitet wurde oder zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht wurden.[2057] Dementsprechend stellt es einen Zurückweisungsgrund dar, wenn weder ein Strafverfahren begonnen wurde, noch zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht wurden.[2058] Über einen Antrag gem § 57 Abs 1 Z 2 AsylG hat das BFA innerhalb von sechs Wochen zu entscheiden. Die Erläuterungen begründen dieses beschleunigte Verfahren mit dem Opferschutz, nach dem „eine rasche Reaktion der Behörde in

2053 Siehe Kapitel 5.F.
2054 ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 47.
2055 ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 47. Siehe auch VwGH 30.8.2017, Ra 2017/18/0119 und 12.11.2015, Ra 2015/21/0023.
2056 *Bundesministerium für Inneres*, Niederlassungs- und Aufenthaltsstatistik 2013, 37. Verlängerungen gab es auch nur 6 (Menschenhandelsopfer) respektive 16 (Gewaltopfer).
2057 Vgl ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 47.
2058 § 59 Abs 3 S 1 AsylG und vgl ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 47.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hohem Maße aus Gründen der Rechtssicherheit angezeigt ist".[2059] Durch das „niederschwellige Ansetzen" der Zulässigkeitsvoraussetzung soll dem Opferschutz Rechnung getragen werden.

§ 57 Abs 1 Z 3 AsylG normiert weiters, dass Opfer von Gewalttaten eine Aufenthaltsberechtigung erhalten können, wenn die Erteilung dieser zum Schutz vor weiterer Gewalt erforderlich ist.[2060] Hierbei ist ausreichend, dass ein Strafverfahren eingeleitet bzw eine einstweilige Verfügung[2061] erlassen wurde oder hätte werden können. Das Fehlen dieser Voraussetzung stellt einen Zurückweisungsgrund dar.[2062] Laut den Erläuterungen zum Fremdenrechtspaket 2005 sollen dadurch vor allem „Opfer von Gewalt in der Familie" adressiert werden.[2063] Daneben können Opfer von Zwangsehe und -partnerschaft unter Umständen eine „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" gem § 57 Abs 1 Z 3 AsylG erhalten.[2064]

Das BFA hat vor Erteilung der „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" gem § 57 Abs 1 Z 2 und 3 eine begründete Stellungnahme von der zuständigen Landespolizeidirektion einzuholen.[2065] Diese dient laut den Erläuterungen dazu, dass „die zuständige Landespolizeidirektion von Anträgen gemäß § 57 Kenntnis erlangt und anderseits hinsichtlich ihres Zuständigkeitsbereiches – ohne in der Wahrnehmung ihrer Aufgaben eingeschränkt zu sein – an das Bundesamt berichtet".[2066]

b. Aufenthaltsrecht

Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in Kapitel 4.B.III.2.d. und Kapitel 5.A.II.2.b. verwiesen.

2059 ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 48.
2060 § 57 Abs 1 Z 3 AsylG und VwGH 5.5.2015, Ra 2014/22/0162.
2061 §§ 382b oder 382e Exekutionsordnung, RGBl 79/1986 idF BGBl I 105/2019.
2062 § 57 Abs 4 AsylG; ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 48. Siehe aber auch VwGH 5.5.2015, Ra 2014/22/0162.
2063 ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 47. In dem Sinne auch ErläutRV 1077 BlgNR 24. GP, 10.
2064 § 30a NAG; ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 76. Systemfremderweise findet sich die Bestimmung in § 30a NAG. Ähnlich systemfremd ist die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" für unbegleitete minderjährige Fremde in Obhut von Pflegeeltern oder des Kinder- und Jugendhilfeträgers geregelt, die weiter oben bereits beleuchtet wurde; siehe Kapitel 5.C.V.
2065 § 57 Abs 2 AsylG.
2066 ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, 47.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. „Aufenthaltserlaubnis zur Strafverfolgung" – Deutschland

Im deutschen Recht sind innerhalb der „Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen" zwei Tatbestände verankert, die auf die Strafverfolgung von speziell normierten Straftaten abzielen. Obwohl die Bezeichnung zunächst die Einordnung unter dem Regularisierungszweck „sonstige staatliche Interessen" nahelegt,[2067] ist eine Einordnung an dieser Stelle passender, da es in beiden Bestimmungen in erster Linie um den Opferschutz geht.[2068] Für diese Sichtweise spricht auch, dass es inzwischen die Möglichkeit der Verlängerung des Aufenthalts über das Strafverfahren hinaus gibt.[2069] Hierbei wird nicht verkannt, dass die Kooperation mit den zuständigen Strafverfolgungs- bzw Gerichtsbehörden ebenfalls von Bedeutung ist (Strafrechtspflegezweck).[2070]

Gem § 25 Abs 4a AufenthG besteht eine „Aufenthaltserlaubnis für die Opfer des Menschenhandels", die in Umsetzung von Art 8 MenschenhandelsopferRL eingeführt wurde.[2071] Nach den AVV-AufenthG steht die „Wahrung der Sicherheitsinteressen der Opferzeugen bzw. -innen von Menschenhandel sowie deren angemessene Unterstützung" im Mittelpunkt, um die „erfolgreiche Verfolgung der Täter"[2072] zu ermöglichen. In § 25 Abs 4b AufenthG ist eine „Aufenthaltserlaubnis für die Opfer von Schwarzarbeit" normiert, die in Umsetzung von Art 13 Abs 4 Sanktions-RL erlassen wurde.[2073] Da die „Aufenthaltserlaubnis für die Opfer von Schwarzarbeit" der „Aufenthaltserlaubnis für die Opfer von Menschenhandel" nachgebildet worden ist,[2074] ist die gemeinsame Analyse der Bestimmungen zweckmäßig. Ende 2017 waren nur 100 Ausländer*innen im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 4a oder 4b AufenthG,[2075] was deren praktische Bedeutungslosigkeit unterstreicht.

2067 Siehe Kapitel 5.F.

2068 Siehe diesbezüglich ErwGr 9 MenschenhandelsopferRL und *Bergmann/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* (Hrsg), Kommentar Ausländerrecht[12] (2018) § 25 AufenthG Rn 80ff. AA *Maaßen/Koch* in *Kluth/Hund/Maaßen* (Hrsg), Handbuch Zuwanderungsrecht[2] (2017) § 4 Rn 701 und 711.

2069 Siehe Kapitel 5.D.I.2.b.

2070 In dem Sinne *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 60 mwN und 66.

2071 Nr 25.4a.0.1 AVV-AufenthG und *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 60.

2072 Nr 25.4a.0.1 AVV-AufenthG.

2073 Vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 116.

2074 Vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 116.

2075 BT-Drs 19/633, 27.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Erteilungsvoraussetzungen

Für die Erteilung der „Aufenthaltserlaubnis für die Opfer von Menschenhandel" ist maßgeblich, dass der*die Ausländer*in Opfer einer der Straftatbestände gem §§ 232 bis 233a Strafgesetzbuch[2076] wurde. Dabei handelt es sich um folgende Straftaten: Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit, Ausbeutung der Arbeitskraft und Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung. Nach den AVV-AufenthG müssen die Täter*innen aber nicht rechtskräftig verurteilt worden sein, vielmehr reichen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft aufgrund konkreter Tatsachen aus.[2077] Die Anwesenheit des Opfers muss für das Strafverfahren erforderlich sein und für sachgerecht erachtet werden, wobei den zu erwartenden Aussagen des*r Zeugen*in besondere Relevanz zukommt.[2078] Die Ausländerbehörde ist bezüglich der Frage, ob die Anwesenheit sachgerecht ist, an die Feststellung der Strafverfolgungsbehörde gebunden.[2079]

Daraus folgt, dass sich die betreffende Person bereit erklärt haben muss, als Zeuge*in auszusagen, um in den Anwendungsbereich der Aufenthaltserlaubnis zu fallen.[2080] Um diese Entscheidung angemessen treffen zu können, räumt die MenschenhandelsopferRL den Betroffenen eine Bedenkzeit ein.[2081] Liegen der Ausländerbehörde konkrete Anhaltspunkte vor, dass es sich bei einer ausreisepflichtigen Person um ein Opfer von Menschenhandel oder undokumentierter Beschäftigung („Schwarzarbeit") handelt, hat sie die Ausreisefrist so zu setzen, dass er*sie eine diesbezügliche Entscheidung treffen kann, wobei wiederum eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen ist.[2082] Wie bereits weiter oben ausgeführt, wird der Begriff undokumentierte Beschäftigung anstelle von „Schwarzarbeit" verwendet.[2083] Die Ausländer- bzw die Strafverfolgungsbehörde hat das Opfer hierbei über die Antragstellung aufzuklären.[2084] Während der Bedenkzeit ist es nach der Menschen-

2076 Strafgesetzbuch v 13.11.1998 (BGBl I 3322), zuletzt geändert durch Gesetz v 18.12.2018 (BGBl I 2639).
2077 Nr 25.4a.1.1 AVV-AufenthG.
2078 *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 102f.
2079 *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 107.
2080 Siehe Art 5 MenschenhandelsopferRL und *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 105.
2081 Art 6 MenschenhandelsopferRL.
2082 Siehe Art 6 Abs 2 MenschenhandelsopferRL.
2083 Siehe die einleitenden Ausführungen in Kapitel 4.
2084 Siehe Art 5 MenschenhandelsopferRL und in dem Sinne *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 109.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

handelsopferRL nicht erforderlich, dass der Aufenthalt der Person rechtmäßig ist,[2085] weshalb nach deutschem Recht in diesen Fällen lediglich eine Duldungsbescheinigung erteilt wird.[2086]

Bedeutsam ist weiters, dass das Opfer keine Verbindungen zu den Beschuldigten (mehr) hält.[2087] Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass ein aufrechtes Einreise- und Aufenthaltsverbot der Erteilung einer „Aufenthaltserlaubnis für die Opfer von Menschenhandel" nicht entgegensteht.[2088]

Die „Aufenthaltserlaubnis für die Opfer von Schwarzarbeit" zielt auf Ausländer*innen ab, die zu besonders ausbeuterischen Bedingungen oder als Minderjährige undokumentiert beschäftigt wurden. Einziger Unterschied zur „Aufenthaltserlaubnis für Opfer von Menschenhandel" ist, dass sie Opfer einer Straftat nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz oder dem Arbeitsnehmerüberlassungsgesetz sein müssen.[2089]

Die Opfer anderer Straftaten, dh weder Menschenhandels noch undokumentierter Beschäftigung, sind möglicherweise unter einen anderen Tatbestand des AufenthG subsumierbar.[2090] Denkbar ist die Erteilung einer „Aufenthaltserlaubnis zum vorübergehenden Aufenthalt aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen oder erheblichen öffentlichen Interessen" gem § 25 Abs 4 S 1 AufenthG.[2091] Weiters ist eine Duldung gem § 60a Abs 2 S 2 AufenthG zu erteilen,[2092] insofern der*die Zeuge*in von Verbrechen für ein Strafverfahren benötigt wird. Die sogenannte „Prozessduldung" ist im Vergleich zur hier besprochenen Aufenthaltserlaubnis aber nachrangig zu prüfen.[2093]

2085 Art 6 Abs 3 MenschenhandelsopferRL.

2086 § 60a Abs 5 AufenthG; vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 61.

2087 Vgl Nr 25.4a.2.2 AVV-AufenthG.

2088 Vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 106.

2089 § 10 Abs 1 und § 11 Abs 1 Z 3 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz v 23.7.2004 (BGBl I 1842), zuletzt geändert durch Gesetz v 18.7.2017 (BGBl I 2739) und § 15a Arbeitsnehmerüberlassungsgesetz v 3.2.1995 (BGBl I 158), zuletzt geändert durch Gesetz v 21.2.2017 (BGBl I 258).

2090 *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 100.

2091 Vgl *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht § 5 Rn 49-54.

2092 Vgl BT-Drs 16/5065, 187.

2093 *Kluth/Breidenbach* in *Kluth/Heusch* § 60a AufenthG Rn 22.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Aufenthaltsrecht

Beide besprochenen Aufenthaltserlaubnisse sind grundsätzlich für ein Jahr zu erteilen.[2094] Die Ausländerbehörde hat die zuständige Strafverfolgungsbehörde zu beteiligen.[2095] Da diese grundsätzlich nur einen vorübergehenden Aufenthalt gewähren, hat die Ausländerbehörde eine Prognoseentscheidung darüber zu treffen, ob die Person anschließend ausreisen wird.[2096] Sollte dies nicht der Fall sein, kommt nur eine Duldung gem § 60a Abs 2 S 2 AufenthG in Betracht.[2097]

Ausgenommen hiervon sind die Fälle des § 25 Abs 4a S 3 AufenthG, in denen humanitäre oder persönliche Gründe oder öffentliche Interessen die weitere Anwesenheit des*r Betroffenen erforderlich machen, da die Aufenthaltserlaubnis in diesen Fällen nicht nur für ein Jahr, sondern für zwei Jahre erteilt wird.[2098]

In begründeten Fällen kann die Aufenthaltserlaubnis auch länger als ein bzw zwei Jahre erteilt werden. Ein solcher Fall liegt nach den AVV-AufenthG vor, wenn „die Notwendigkeit der Anwesenheit des Ausländers als Zeuge auf Grund der Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden oder/und der gerichtlichen Verhandlungen“[2099] länger als die ein- bzw zweijährige Erteilungsdauer besteht. Spezielle Verlängerungstatbestände sind in § 25 Abs 4a S 3 bzw § 25 Abs 4b S 3 AufenthG normiert.

Inhaber*innen einer Aufenthaltserlaubnis gem § 25 Abs 4a bzw Abs 4b AufenthG haben grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosengeld II gem SGB II oder Sozialhilfe gem SGB XII.[2100] Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Ausübung einer unselbstständigen Beschäftigung, wobei die Vorrangprüfung entfällt.[2101]

2094 § 26 Abs 1 S 5 AufenthG; vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 107.
2095 § 72 Abs 6 AufenthG; vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 112.
2096 *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 101.
2097 Siehe bereits Kapitel 5.A.I.2.a.
2098 § 26 Abs 1 S 5.
2099 Nr 26.1.3 AVV-AufenthG.
2100 *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 806 und 824.
2101 Vgl *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 25 AufenthG Rn 113.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. „Befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen" für Opfer von Straftaten – Spanien

Die „befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen" für Opfer von Straftaten („autorización temporal por razones humanitarias – víctimas de delitos") zählt zu den „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen", wobei es sich um einen von drei Tatbeständen aus humanitären Gründen handelt.[2102] Die Aufenthaltsberechtigung wird aus autonom-nationalen Gründen erteilt, da sich keine Anhaltspunkte für eine völker- oder europarechtliche Ableitung erkennen lassen. Mangels genauer Angaben in den Statistiken ist unklar, wie viele Aufenthaltsberechtigungen aufgrund dieser Bestimmung erteilt wurden.[2103]

a. Erteilungsvoraussetzungen

Die Erteilung ist jenen Ausländer*innen vorbehalten, die Opfer bestimmter Straftaten wurden.[2104] Weitere Rechte werden den Opfern durch das LEVD eingeräumt.[2105] Die Straftaten sind durch das Anknüpfen an Situationen besonderer Vulnerabilität gekennzeichnet:[2106]

- Verbrechen gegen die Rechte von Arbeitnehmer*innen;[2107]
- Verbrechen, deren Tatmotiv auf rassistischen, antisemitischen oder anderen diskriminierenden Gründen beruht; und
- Gewaltverbrechen im familiären Umfeld; mit anderen Worten häuslicher Gewalt („en el entorno familiar").[2108]

2102 Art 126 Abs 1 REDYLE und siehe Kapitel 5.A.II.3. und Kapitel 5.D.II.3.
2103 Siehe Kapitel 4.C.III.1.
2104 Art 126 Abs 1 REDYLE.
2105 Vgl hierzu *Gutiérrez Sanz*, El anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito y la víctima adulta del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2014/37, 13.
2106 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 296f.
2107 Art 311-315 CP.
2108 Vgl Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, BOE 183 v 1.8.2003, und allgemein zur Situation von häuslicher Gewalt gegen Frauen *Defensor del Pueblo*, La violencia domestica contra las mujeres, Bericht v 1998, https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/1998-01-La-violencia-dom%C3%A9stica-contra-las-mujeres.pdf (8.10.2018).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der letzte Tatbestand wird wohl auf jene Sachverhaltskonstellationen anzuwenden sein, die nicht von der „befristeten Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Frauen, die Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt geworden sind" erfasst sind, die sogleich dargestellt wird.[2109] Zum Nachweis, dass man Opfer eines solchen Verbrechens wurde, verlangt Art 126 Abs 1 REDYLE eine abschließende, gerichtliche Entscheidung („resolución judicial finalizadora"). Der Oberste Gerichtshof hat diese Voraussetzung in einem anderen Kontext als verfassungskonform interpretiert.[2110] Kritisch führt *Serrano Villamanta* hierzu aber aus, dass diese Tatbestandsvoraussetzung den Anwendungsbereich der Aufenthaltsberechtigung stark einschränkt, da der Erlass einer gerichtlichen Entscheidung mehrere Jahre dauern kann.[2111] Häufig wird daher wohl eine Regularisierung aufgrund der asozialen Verwurzelung vor dem Erteilen einer „befristeten Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen" für Opfer von Straftaten in Frage kommen.[2112]

Nach der Meinung von *Esteban de la Rosa* und *Trinidad García* kann der Antrag auf die hier besprochene Aufenthaltsberechtigung im Hinblick auf den Tatbestand von Gewaltverbrechen im familiären Umfeld bereits nach dem Erlass einer gerichtlichen Anordnung zum Schutz des Opfers gestellt werden.[2113] Die Aufenthaltsberechtigung kann aber dennoch erst nach Abschluss des Gerichtsverfahrens erteilt werden, weshalb es zweckmäßig wäre, das besser ausgestaltete Schutzregime für ausländische Frauen, die Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt geworden sind, auf die hier besprochene Aufenthaltsberechtigung auszuweiten.[2114] Hiernach kann im Moment des Erlasses der gerichtlichen Verfügung zum Schutz des Opfers die Aufenthaltsberechtigung beantragt werden, wobei dem Opfer ab diesem Zeit-

2109 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 296 und siehe Kapitel 5.D.I.5.

2110 STS 782/2007, ECLI:ES:TS:2007:782, FJ 11.

2111 *Serrano Villamanta* in *Balado Ruiz-Gallegos* 559; zustimmend *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 297.

2112 Siehe Kapitel 5.E.I.

2113 In dem Sinne *Esteban de la Rosa*, Art 31 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 506 und *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 909 sowie bereits *Trinidad García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2005/9, 151.

2114 In dem Sinne *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 903f, die sich für eine analoge Anwendung aussprechen.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

punkt eine „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis“ erteilt werden kann.[2115]

b. Aufenthaltsrecht

Die Aufenthaltsberechtigung wird in der Regel für ein Jahr erteilt.[2116] Eine allfällige Arbeitserlaubnis muss extra beantragt werden.[2117]

4. „Befristete Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Opfer des Menschenhandels“ – Spanien

Im spanischen Ausländerrecht sind die wesentlichen Bestimmungen zur „befristeten Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Opfer des Menschenhandels“ („autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos“) in Art 59bis LODYLE und Art 140-146 REDYLE festgelegt.[2118] Die korrespondierende Strafbestimmung findet sich in Art 177bis CP.[2119]

Die Bestimmung wurde mit dem Organgesetz 2/2009 eingeführt,[2120] und setzt unter anderem die Bestimmungen der MenschenhandelsopferRL aus dem Jahr 2004 um.[2121] Auf nationaler Ebene wurde am 28.10.2011 überdies das Rahmenprotokoll für den Schutz der Menschenhandelsopfer

2115 Siehe Kapitel 5.D.I.5.b.
2116 Art 130 Abs 1 REDYLE.
2117 Art 129 Abs 2 REDYLE; siehe Kapitel 4.C.II.2.
2118 Auf die Situation von Minderjährigen, die speziell geregelt ist, wird in der Folge nicht eingegangen; vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* (Hrsg), Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 957 (969f).
2119 STS 4668/2016, ECLI:ES:TS:2016:4668 und vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 958-961.
2120 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 957f und *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* (Hrsg), La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España (2012) 340f und 351f.
2121 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 957f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(„El Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos“) erlassen und 2015 wurden zusätzliche Rechte für die Opfer von Delikten im LEVD geschaffen.[2122] Darüber hinaus sind die genannten Bestimmungen wesentlich durch internationale Dokumente wie das Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels v 16.5.2005[2123] oder das Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels, zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität aus dem Jahr 2005, beeinflusst.

Bei dieser Regularisierung steht der Schutz der Opfer des Menschenhandels im Vordergrund,[2124] weshalb sie in dieser Kategorie systematisiert wird und nicht unter dem Regularisierungszweck „sonstige staatliche Interessen“.[2125] Mangels genauer Angaben in den Statistiken ist unklar, wie viele Aufenthaltsberechtigungen aufgrund dieser Bestimmung erteilt wurden.[2126]

a. Identifikationsphase

Im Rahmen der Erteilung der hier erläuterten Aufenthaltsberechtigung steht zunächst die Identifizierung der potentiellen Opfer im Mittelpunkt.[2127] Sobald eine Person oder Behörde Kenntnis von einem möglichen Menschenhandelsopfer erlangt, hat sie dies unverzüglich der zuständigen Polizeibehörde oder einem*r Vertreter*in der Zentralregierung bzw Regierungsbeauftragten mitzuteilen.[2128] Dies kann etwa im Rahmen einer Kontrolle des

2122 LEVD; vgl hierzu *Gutiérrez Sanz,* Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2014/37, 13ff.

2123 Art 59bis Abs 1 LODYLE verweist auf Art 10 des Übereinkommens.

2124 In dem Sinne *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 960f; *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 342f. Nach *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 895 steht die Erleichterung der Strafverfolgung im Vordergrund.

2125 Siehe Kapitel 5.F.

2126 Siehe Kapitel 4.C.III.1.

2127 Vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 353.

2128 Art 141 Abs 1 REDYLE und Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 3; vgl *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 897.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Arbeits- und Sozialversicherungsinspektorats, im Zuge des Ausweisungsverfahrens oder auch zu jedem anderen Zeitpunkt erfolgen.[2129]

Sobald begründete Hinweise („indicios razonables")[2130] darüber bestehen, dass es sich um ein potentielles Menschenhandelsopfer handelt, trifft die zuständigen Behörden eine Aufklärungspflicht. Sie müssen jene Ausländer*innen schriftlich und in einer ihnen verständlichen Sprache über die ihnen zur Verfügung stehenden Schutzmechanismen, und im Speziellen über die Aufenthaltsberechtigung, informieren.[2131] Darüber hinaus sind sie ebenso über die ihnen zustehenden Sozial- und Gesundheitsleistungen aufzuklären.[2132]

Anschließend prüfen und stellen gegebenenfalls die zuständigen Polizeieinheiten, also jene die eine spezielle Ausbildung in Bezug auf Menschenhandel innehaben,[2133] die Opfereigenschaft der Betroffenen fest.[2134] Die Identifizierung der Opfer ist eine besonders heikle und wichtige Phase,[2135] in der die große Vulnerabilität ebendieser besonders zu berücksichtigen ist.[2136]

Während der Identifikationsphase sowie des Erholungs- und Reflexionszeitraums darf kein Ausweisungsverfahren aufgrund des bloßen irregulären Aufenthalts eingeleitet werden.[2137] Ist bereits ein Ausweisungsverfahren eingeleitet worden oder besteht eine aufrechte Ausweisung, ist dieses bzw

---

2129 Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 3; vgl auch *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 354 und *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 962.

2130 Vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 354f.

2131 Art 59bis Abs 2 LODYLE und Art 141 Abs 1 REDYLE; vgl Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 2.

2132 Vgl *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 897.

2133 Vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 353 und *Defensor del Pueblo*, Recomendación v 23.5.2016, Queja 16002509.

2134 Art 141 Abs 2 und 142 REDYLE; vgl Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 2.

2135 Vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 353-355.

2136 Vgl Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 1.

2137 Art 59bis Abs 2 LODYLE und Art 141 Abs 2 REDYLE und im Detail Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 3.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diese auszusetzen. Die durch das Organgesetz 10/2011 eingeführte Neuerung ist aus Opfersicht sehr zu begrüßen, da die Opfer nunmehr nicht davor zurückschrecken müssen, dass ein Ausweisungsverfahren eingeleitet wird, wenn sie sich mit ihrem Anliegen an die Behörden wenden.[2138]

b. Erholungs- und Reflexionsphase

Nach der Identifikation potentieller Opfer übermitteln die zuständigen Polizeieinheiten der Ausländerbehörde innerhalb von 48 Stunden eine Stellungnahme über die Gewährung einer Erholungs- und Reflexionsphase an den*die zuständige*n Vertreter*in der Zentralregierung bzw Regierungsbeauftragte*n.[2139] Diese*r trifft innerhalb von fünf Tagen eine endgültige Entscheidung.[2140] Verstreicht die Entscheidungsfrist ohne Antwort, wird das Schweigen als Zustimmung gewertet.[2141] Bestehen begründete Hinweise über das Vorliegen, dass es sich um ein Menschenhandelsopfer handelt, wird eine Erholungs- und Reflexionsphase eingeräumt. Diese Phase wird für mindestens neunzig Tage gewährt und muss jedenfalls solange andauern, bis das Opfer bereit ist, über eine mögliche Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden in Bezug auf die Delikte zu entscheiden.[2142]

Neben der bereits erwähnten Aussetzung einer möglichen Ausweisung bzw eines Ausweisungsverfahrens wird der Aufenthalt des*der Betroffenen während des Erholungs- und Reflexionszeitraums regularisiert.[2143] Gem

---

2138 In dem Sinne auch *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 355.

2139 Vgl *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 898 und *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 356.

2140 Art 142 Abs 3 REDYLE; vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 963.

2141 In diesem Fall wird die Erholungs- und Reflexionsphase für den Mindestzeitraum von neunzig Tagen erteilt; Art 59bis LODYLE.

2142 Art 59bis Abs 2 LODYLE; vertiefend *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 898.

2143 Art 59 Abs 2 LODYLE; vgl im Detail Art 142 Abs 6 REDYLE; Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 4. *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 964 vertritt die Ansicht, dass bereits ab Gewährung der Erholungs- und Reflexionsphase eine „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis“ zu erteilen ist. Dies geht aber weder aus dem

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art 59bis Abs 2 LODYLE kann auch der Aufenthalt der Kinder des Opfers regularisiert werden, wenn sich diese im Zeitpunkt der Feststellung der Opfereigenschaft in Spanien befinden.[2144] Hiervon sind sowohl minderjährige als auch behinderte, volljährige Kinder umfasst.[2145] Theoretisch kommen auch andere Personen in Frage, wenn das Opfer eine spezielle Beziehung zu diesen hat und die Einräumung des Aufenthaltsrechts für die Zusammenarbeit des Opfers mit den Behörden vonnöten ist.[2146] Die Erweiterung des Schutzes auf all diese Personen dient dem Ausräumen aller möglichen Hindernisse, die eine etwaige Zusammenarbeit des Opfers verhindern könnten.[2147]

Während der Erholungs- und Bedenkzeit hat die zuständige Polizeieinheit für die Sicherheit und den Schutz der Opfer und gegebenenfalls der Kinder zu sorgen.[2148] In der diesbezüglichen Anordnung zum Ausländerrecht wird ausgeführt, dass die Behörden mitunter für den Lebensunterhalt der betreffenden Personen zu sorgen haben,[2149] worunter wohl Sozialleistungen zu verstehen sind.[2150]

Nach Ablauf der Erholungs- und Bedenkzeit evaluiert die zuständige Behörde die Situation des Opfers, um eine mögliche Verlängerung dieses Zeitraums anzuordnen.[2151] Wird der Zeitraum verlängert, verlängert sich

---

Gesetzestext noch aus der zitierten Anordnung zum Ausländerrecht hervor, da eine solche erst zu einem späteren Zeitpunkt erteilt wird; siehe Kapitel 5.D.I.4.b.

2144 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 966f.

2145 Vertiefend Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 3f.

2146 Vgl *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 237 und *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 357f.

2147 In dem Sinne *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 358 und sowie *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 965.

2148 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 964f sowie *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 357.

2149 Vgl Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 5.

2150 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 964 mwN und *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 899.

2151 Art 59bis Abs 2 LODYLE; vgl Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 5f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gleichzeitig die Befristung der vorläufigen Aufenthaltsberechtigung für das Opfer sowie gegebenenfalls für die Kinder.

Sollte der*die Vertreter*in der Zentralregierung bzw Regierungsbeauftragte – nach Übermittlung der notwendigen Informationen mittels Stellungnahme – zum Schluss kommen, dass die Voraussetzungen für die Erteilung der Erholungs- und Bedenkzeit nicht vorliegen, kann er*sie diese abweisen (bzw nachträglich aufheben).[2152] Als Gründe für die Abweisung kommen der Schutz der öffentlichen Ordnung sowie der Umstand in Frage, dass die Opfereigenschaft zu Unrecht eingewandt wurde.[2153] Das Gesetz sieht vor, dass die Abweisung begründet und bekämpfbar sein muss.[2154]

c. Verwaltungsstrafbefreiung und „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis"

Gem Art 59bis Abs 4 LODYLE ist es möglich, dass der*die Vertreter*in der Zentralregierung oder Regierungsbeauftragte das Opfer von seiner verwaltungsstrafrechtlichen Belangbarkeit aufgrund des irregulären Aufenthalts und der in der Folge erlassenen Ausweisung befreit.[2155] Der Wortlaut von Art 59bis Abs 4 LODYLE legt überdies nahe, dass der*die Ausländer*in auch von allen anderen Verwaltungsstrafen befreit werden kann.[2156] Einerseits können die Strafverfolgungsbehörden die Befreiung beim*bei der Regierungsvertreter*in bzw Regierungsbeauftragten basierend auf der Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung anregen. Andererseits kann der*die Regierungsvertreter*in bzw Regierungsbeauftragte die Befreiung amtswe-

2152 Art 59bis Abs 3 LODYLE; vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 358f.

2153 Vgl *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 899f.

2154 Vgl *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 237 und allgemein die Ausführungen zum Rechtsschutz in Kapitel 4.C.V.

2155 Art 143 Abs 1 REDYLE nennt hier explizit Art 53 Abs 1 lit a LODYLE.

2156 In dem Sinne *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 347 in Bezug auf die nahezu idente Formulierung des Art 59 Abs 3 LODYLE; siehe Kapitel 5.F.II.2.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gig im Hinblick auf die persönliche Situation[2157] des Opfers geltend machen.[2158]

Die Befreiung löst eine wichtige Rechtsfolge aus,[2159] da der*die Betroffene in der Folge darüber aufzuklären ist, dass er*sie eine „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" beantragen oder die unterstützte freiwillige Rückkehr in Anspruch nehmen kann.[2160] Der Antrag wird bei der*dem zuständigen Vertreter*in der Zentralregierung oder Regierungsbeauftragten gestellt,[2161] der*die diesen wiederum an das jeweils zuständige Amt weiterleitet. Grundsätzlich ist dem Antrag eine Kopie des Reisepasses beizulegen, wobei der*die Betroffene davon ausgenommen werden kann, wenn die Beschaffung ein Risiko für ihn*sie darstellt.[2162] Je nachdem, ob sich der Antrag auf die Zusammenarbeit im Strafverfahren oder auf die persönliche Situation des Opfers stützt, ist das Staatssekretärsamt für nationale Sicherheit bzw das Generalstaatssekretärsamt für Einwanderung und Auswanderung zuständig.[2163] Der*die zuständige Regierungsvertreter*in bzw Regierungsbeauftragte fügt dem Antrag zwei Stellungnahmen bei, wobei sich die eine auf die verwaltungsrechtliche und persönliche Situation des*r Ausländers*in und die andere auf die inhaltliche Einschätzung des Verfahrens bezieht.[2164] Ist die inhaltliche Stellungnahme positiv, wird dem*r Betroffenen unverzüglich eine „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" erteilt.[2165] Hervorzuheben ist hierbei,

---

2157 Unklar ist laut den Gesetzesmaterialien, was unter der persönlichen Situation des Opfers zu verstehen ist; vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 361 Fn 473.

2158 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez*, 966 und *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 359f.

2159 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 966.

2160 Art 144 REDYLE.

2161 Art 144 Abs 2 REDYLE.

2162 Art 59bis Abs 4 LODYLE.

2163 Darüber hinaus ist es auch möglich, dass gleichzeitig zwei Anträge gestellt werden: Einerseits bezüglich der Zusammenarbeit und andererseits bezüglich der persönlichen Situation des Opfers; Art 144 Abs 1 REDYLE; vgl *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 900.

2164 Art 144 Abs 3; vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 361f.

2165 Art 144 Abs 4 REDYLE.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass der Aufenthalt folglich bis zum Verfahrensabschluss rechtmäßig ist. Überdies ist der*die Ausländer*in zur Ausübung jeglicher Erwerbstätigkeit befähigt.[2166] Die „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" kann auf Antrag auch den Kindern des Opfers erteilt werden.[2167]

Wird der*die Ausländer*in bzw gegebenenfalls seine*ihre Kinder nicht von der verwaltungsstrafrechtlichen Belangbarkeit befreit, wird die Aussetzung des Verwaltungsstrafverfahrens bzw die Vollstreckbarkeit der Ausweisung aufgehoben.[2168] In diesen Fällen kann sodann kein Antrag auf Ausstellung der „befristeten Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Opfer des Menschenhandels" gestellt werden. In diesen Fällen ist es aber dennoch möglich, dass ein Antrag auf eine andere „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" gestellt wird und bedingt dadurch das Ausweisungsverfahren weiterhin ausgesetzt wird.[2169]

d. Aufenthaltsrecht

Wird das Verfahren von dem zuständigen Amt positiv erledigt, wird eine „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren erteilt, die weder geografisch noch in Bezug auf die Arbeitserlaubnis einer Beschränkung unterliegt.[2170] Genau wie bei der „vorläufigen Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" kann wiederum eine Aufenthaltsberechtigung für die Kinder des Opfers beantragt und, wenn das Opfer die Voraussetzungen erfüllt, auch an die Kinder erteilt werden.[2171] Hervorzuheben ist, dass Art 144 Abs 5 REDYLE Bezug darauf nimmt, dass nach den fünf Jahren eine Daueraufenthaltsberechtigung („residencia de larga duración") beantragt werden kann,[2172] wobei die Zeiten der „vorläufigen Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" zu den erforderlichen fünf Jahren hinzugezählt werden.[2173]

2166 Art 144 Abs 4 REDYLE.
2167 Vgl Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 4f.
2168 Art 143 Abs 2 REDYLE.
2169 Art 143 Abs 3 REDYLE und siehe Kapitel 4.C.III.3.b.
2170 Art 144 Abs 5 REDYLE.
2171 Vgl Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 4f.
2172 Art 32 LODYLE. Siehe auch die DaueraufenthaltsRL.
2173 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 968.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wird das Verfahren negativ abgeschlossen, wird keine „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" erteilt und die „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" verliert ex lege ihre Wirkung.[2174] Ab diesem Zeitpunkt ist die betreffende Person (wieder) irregulär aufhältig, kann jedoch eine andere „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" beantragen, um sich derart zu regularisieren. In einem wiederaufgenommenen Ausweisungsverfahren wird die Antragstellung berücksichtigt und gegebenenfalls die Aufenthaltsberechtigung erteilt und das Ausweisungsverfahren eingestellt.[2175]

5. „Befristete Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Frauen, die Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt geworden sind" – Spanien

Art 31bis LODYLE und Art 131 bis 134 REDYLE legen die Voraussetzungen für die „befristete Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Frauen, die Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt geworden sind" („autorización de residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género"), fest.[2176] Ganz generell wurden mit dem Inkrafttreten des Organgesetzes 1/2004 (LOMPIVG) allgemeine Bestimmungen zum Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt geschaffen.[2177] Durch das Organgesetz 10/2011 wurde Art 31bis

2174 Art 144 Abs 6 REDYLE.

2175 Art 144 Abs 7 und Art 241 Abs 2 REDYLE; in dem Sinne *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 900 und siehe Kapitel 4.C.III.3.b. zu Art 241 Abs 2 REDYLE.

2176 Vgl zur Situation von Frauen, die Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt wurden *Toledo Larrea*, Análisis de la situación jurídico-social de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género acogidas en los recursos integrales para víctimas de violencia de género de la administración autonómica andaluza, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2014/37, 53 (54-56).

2177 Zum Begriff der geschlechtsspezifischen Gewalt siehe Art 1 Abs 3 LOMPIVG; vertiefend *Acale Sánchez*, La Residencia de mujeres víctimas de violencia de género in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* (Hrsg), Comentario a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009) (2011) 321 (322ff); *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 903ff sowie *Esteban de la Rosa*, Art 31bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* (Hrsg), Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 519 (524-527).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

LODYLE reformiert und gilt seither in dieser Form.[2178] Das 2015 eingeführte LEVD legt weiters spezielle Rechte für die Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt fest.

Die Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt kommen – genau wie Menschenhandelsopfer[2179] – aufgrund ihrer besonders vulnerablen Situation in den Genuss eines außerordentlichen Schutzregimes, das wiederum ähnlich ausgestaltet ist.[2180] Begründen lässt sich die Einführung dieser autonom-nationalen Aufenthaltsberechtigung damit, dass alleine in den Jahren 2013 und 2014 rund 37 % der Todesopfer häuslicher Gewalt in Spanien ausländische Frauen waren.[2181] Bedenkt man, dass nur rund 9,8 % der spanischen Bevölkerung Ausländer*innen sind, tritt die Dimension der Problematik zum Vorschein.[2182] Mangels genauer Angaben in den Statistiken ist unklar, wie viele Aufenthaltsberechtigungen aufgrund dieser Bestimmung erteilt wurden.[2183]

a. Anzeige der Straftat

Art 131 REDYLE normiert zunächst, dass durch die Anzeige einer Situation, die geschlechtsspezifische Gewalt impliziert, ein bis dahin eingeleitetes Ausweisungsverfahren aufgrund des irregulären Aufenthalts bis zum Abschluss des Strafverfahrens ausgesetzt wird.[2184] Sollten die Behörden vom irregulären Aufenthalt erst durch die Anzeige erfahren, wird kein Auswei-

2178 Vgl *Fernández Pérez*, Derechos fundamentales 235ff. Zur alten Rechtslage siehe *Díaz Morgado*, La residencia de mujeres víctimas de violencia de género in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* (Hrsg), La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España (2012) 223 und *Acale Sánchez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 329-332.

2179 Siehe Kapitel 5.D.I.4.

2180 Vgl Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 1; weiters auch *Acale Sánchez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 338f.

2181 *Consejo General del Poder Judicial*, Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o ex pareja en el año 2015, Bericht v 2015, 17. In dem Sinne auch *Acale Sánchez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 321f und *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 903f.

2182 Siehe Fn 1357.

2183 Siehe Kapitel 4.C.III.1.

2184 Siehe auch Art 31bis LODYLE; vgl *Esteban de la Rosa*, Art 31bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 529ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sungsverfahren eingeleitet.[2185] Diese Bestimmung macht deutlich, dass der Schutz vor weiterer Gewalt Vorrang vor der aufenthaltsrechtlichen Situation der betroffenen Frauen hat.[2186]

Kommt es zu einer Anzeige, hat die Behörde die Betroffenen außerdem unverzüglich über ihre Rechte nach dem LOMPIVG und LODYLE aufzuklären.[2187] Hierbei ist auf Art 27 LOMPIVG hinzuweisen, der spezielle Sozialleistungen für betroffene Frauen vorsieht, die über geringe Mittel verfügen und aufgrund ihrer persönlichen Situation einen erschwerten Zugang zum Arbeitsmarkt haben.[2188]

b. Gerichtliche Verfügung zum Schutz des Opfers und „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis"

Art 31bis Abs 3 LODYLE sowie Art 132 Abs 1 REDYLE sehen vor, dass eine ausländische Frau, die irregulär aufhältig ist,[2189] eine „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" ab dem Zeitpunkt des Erlasses einer gerichtlichen Verfügung zu ihrem Schutz („orden de protección")[2190] beantragen kann.[2191] In Ermangelung einer solchen Verfügung ist maßgeblich, ob eine Stellungnahme der Staatsanwaltschaft erlassen wurde, die Hinweise für das Vorliegen geschlechtsspezifischer Gewalt liefert.[2192] Neben einer

2185 Vgl *Acale Sánchez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 333 und *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 910.

2186 So auch *Esteban de la Rosa*, Art 31bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 529-531.

2187 Vgl zum Zusammenspiel der beiden Rechtsakte *Esteban de la Rosa*, Art 31bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 528ff.

2188 Vgl *Esteban de la Rosa*, Art 31bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 525ff. Siehe weiters zu den im LOMPIVG normierten Rechten *Toledo Larrea*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2014/37, 57ff.

2189 *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 909 sprechen sich für eine analoge Anwendung auf rechtmäßig aufhältige Frauen aus, deren Aufenthalt nur vorübergehend, bspw aufgrund eines Visums, rechtmäßig ist.

2190 *Dalli Almiñana*, La violencia de género y el acceso de las víctimas extranjeras en situación administrativa irregular a los servicios sanitarios: consecuencias del real decreto-ley 16/2012, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2014/36, 39 (48f mwN) weist in dem Zusammenhang darauf hin, dass der Erlass einer gerichtlichen Verfügung in der Praxis oftmals schwierig ist.

2191 Die Antragstellung ist bis zum Abschluss des Strafverfahrens bzw bis spätestens sechs Monate nach Abschluss des Verfahrens möglich; siehe Art 134 Abs 1 lit b REDYLE und *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 908-910.

2192 Vgl *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 908f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aufenthaltsberechtigung für sich selbst, kann die Frau eine solche auch für ihre Kinder beantragen. Die Kinder müssen minderjährig sein oder falls sie volljährig sind, eine Behinderung haben, aufgrund derer sie objektiv nicht in der Lage sind ihre Bedürfnisse selbst zu befriedigen.[2193]

Der*die zuständige Vertreter*in der Zentralregierung bzw Regierungsbeauftragte hat aufgrund der gerichtlichen Verfügung bzw der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft amtswegig[2194] eine „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" an das Opfer und gegebenenfalls an ihre Kinder zu erteilen.[2195]

c. Aufenthaltsrecht

Sobald das Strafverfahren abgeschlossen wird, hat die Staatsanwaltschaft die zuständige Ausländerbehörde und das zuständige Polizeikommissariat[2196] über den Inhalt der gerichtlichen Entscheidung zu verständigen.[2197] Hierbei ist maßgeblich,[2198] ob das Strafverfahren mit einer Verurteilung oder gerichtlichen Entscheidung endet, aus der sich ableiten lässt, dass die betroffene Frau Opfer von geschlechtsspezifischer Gewalt wurde.[2199] Ist dies der Fall, ist der Frau eine „befristete Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Frauen, die Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt geworden sind", innerhalb von 20 Tagen zu erteilen.[2200] Die „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" geht demnach automatisch in eine befristete über.[2201] Ein etwaiges Ausweisungsverfahren, das ausgesetzt wurde, wird endgültig eingestellt und keiner-

2193 Art 133 Abs 1 und Art 134 Abs 1 lit a REDYLE.

2194 Vgl *Acale Sánchez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 336 und *Dalli Almiñana*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2014/36, 49.

2195 Art 31bis Abs 3 LODYLE und Art 133 REDYLE.

2196 Vgl *Esteban de la Rosa*, Art 31bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 532f.

2197 Art 134 REDYLE.

2198 Art 31bis Abs 4 LODYLE und Art 134 REDYLE.

2199 Hierbei handelt es sich laut einer Anordnung zum Ausländerrecht nicht um eine taxativ festgelegte Liste, weshalb jegliche (gerichtliche) Entscheidung herangezogen werden kann, wenn sich daraus die Opfereigenschaft der Frau ableiten lässt; Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, 2.

2200 Art 134 Abs 1 lit a REDYLE; vgl *Acale Sánchez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 337.

2201 Vgl *Esteban de la Rosa*, Art 31bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 527.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lei Strafe aufgrund des irregulären Aufenthalts erteilt.[2202] Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass im Gegensatz zu anderen „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen" das Vorliegen von Vorstrafen keine negative Erteilungsvoraussetzung ist,[2203] genauso wenig wie im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben zu sein.

Die Gültigkeit der Aufenthaltsberechtigung beträgt fünf Jahre.[2204] Mit ihr geht eine Arbeitserlaubnis einher.[2205] Hat die Betroffene gleichzeitig eine Aufenthaltsberechtigung für ihre minderjährigen Kinder beantragt, die sich im Zeitpunkt der Anzeige in Spanien aufgehalten haben, erhalten diese ebenso eine Aufenthaltsberechtigung, die die gleiche Befristung wie die der Mutter hat. Minderjährigen wird erst mit Erreichen des sechzehnten Lebensjahres eine Arbeitserlaubnis erteilt.[2206] Wurde noch keine solche Aufenthaltsberechtigung beantragt, sind die betroffenen Frauen hierüber zu informieren.[2207]

Kommt es zu keiner gerichtlichen Entscheidung, aus der die Opfereigenschaft der Frau hervorgeht, verliert die „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" automatisch ihre Wirksamkeit und der Antrag auf Erteilung der „Aufenthaltsberechtigung und Aufenthaltserlaubnis" wird abgewiesen.[2208] Die betroffene Frau kann aber eine andere „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen" beantragen;[2209] hier kommt etwa die eben dargestellte „befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen" für Opfer von Straftaten in Betracht, wenn es sich um Opfer häuslicher Gewalt handelt.[2210] Nach einer Abweisung wird grundsätzlich auch das Ausweisungsverfahren wiederaufgenommen, wobei hierbei wiede-

---

2202 Art 134 Abs 1 lit c REDYLE; vgl *Esteban de la Rosa*, Art 31bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 530.

2203 So *Acale Sánchez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 333 und *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 910f. AA *Esteban de la Rosa*, Art 31bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 530f.

2204 Art 134 Abs 1 lit a REDYLE; vgl *Acale Sánchez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 333.

2205 Art 134 Abs 1 lit a REDYLE. Hierbei wird kein Bezug auf die nationale Arbeitsmarktsituation genommen; vgl *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 900.

2206 Vgl *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 911.

2207 Siehe Fn 2191.

2208 Art 134 Abs 2 lit a REDYLE; vgl *Acale Sánchez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 337.

2209 Vgl *Acale Sánchez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 337f.

2210 Vgl *Acale Sánchez* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 334 und siehe Kapitel 5.D.I.3.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rum die Antragstellung einer anderen „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen“ möglich und zu berücksichtigen ist.[2211] Liegen die Voraussetzungen für eine Aufenthaltsberechtigung vor, wird das Ausweisungsverfahren eingestellt.[2212]

II. Sonstige Härtefälle

Zunächst wird die deutsche „Aufenthaltsgewährung in Härtefällen“ dargestellt, da diese zwar keine Mindesterteilungsdauer normiert, aber für längstens drei Jahre erteilt wird. Anschließend werden der österreichische „Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen“ und die spanische „befristete Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen“ wegen plötzlich auftretender schwerer Krankheit analysiert, die beide auf ein Jahr befristet sind.

1. „Aufenthaltsgewährung in Härtefällen“ – Deutschland

Die „Aufenthaltsgewährung in Härtefällen“ ist eine Regularisierung, die auf besonders gelagerte Härtefälle abzielt, um für diese eine humanitäre Lösung zu finden.[2213] Im System der deutschen „humanitären Aufenthaltserlaubnisse“ ist sie als die letzte Anlaufstelle für unerlaubt aufhältige Ausländer*innen zu qualifizieren.[2214] Die Vulnerabilität der betroffenen Ausländer*innen steht dabei im Vordergrund. Sie ist als autonom-national zu bewerten, da sie sich von keinen höherrangigen Rechtsnormen ableiten lässt. Ende 2017 haben 6.979 Ausländer*innen über eine Aufenthaltserlaubnis gem § 23a AufenthG verfügt.[2215]

2211 Art 134 Abs 2 lit c; vgl *Esteban de la Rosa*, Art 31bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 531.

2212 Art 241 Abs 2 REDYLE. Siehe Kapitel 4.C.III.3.b.

2213 Nr 23a.0.1 AVV-AufenthG.

2214 In dem Sinne auch *Bergmann/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 23a AufenthG Rn 5. Demnach ergibt sich aus dem Wortlaut („abweichend von“), dass § 23a AufenthG als subsidiär gegenüber den anderen „humanitären Aufenthaltserlaubnissen“ zu qualifizieren ist.

2215 BT-Drs 19/633, 17.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Erteilungsvoraussetzungen

§ 23a AufenthG erfasst vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer*innen.[2216] Handelt es sich bei diesen um besonders gelagerte Härtefälle, kann sich eine Härtefallkommission, die auf Grundlage einer Rechtsverordnung der jeweiligen Landesregierung erlassen wurde,[2217] mit dem Fall befassen. Der*die Ausländer*in hat hierauf aber keinen Rechtsanspruch.[2218]

In der Folge ist ein spezielles „mehrstufiges Verfahren"[2219] normiert, wobei die Härtefallkommission nach der Selbstbefassung ein Härtefallersuchen (Empfehlung) an die oberste Landesbehörde richten kann. Dieses stellt kein Abschiebehindernis dar und hat keine aufschiebende Wirkung.[2220] Kommt die oberste Landesbehörde zum Ergebnis, dass ein Härtefall vorliegt, erlässt sie eine Anordnung an die zuständige Ausländerbehörde, wonach diese eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen hat.[2221] Die Besonderheit des Verfahrens bringen *Maaßen/Kluth* treffend auf den Punkt: „Das Härtefallverfahren ist ein gerichtlich nicht überprüfbares, rein humanitär ausgestaltetes gegenüber allen anderen Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes extralegales Entscheidungsverfahren".[2222] Dieser Aufenthaltstitel darf erteilt werden, auch wenn dadurch von den im AufenthG festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel abgewichen wird.[2223]

Die Entscheidung für ein Härtefallersuchen setzt voraus, dass nach den Feststellungen der Härtefallkommission dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit des*der Ausländers*in im Bundesgebiet rechtfertigen.[2224] Hierunter können etwa „schwerste gesundheitliche Problematiken", „extreme Sondersituationen", „dauerhafte Teilhabe am Arbeitsleben" oder „lange Aufenthaltszeiten" fallen, wobei dies maßgeblich

2216 § 23a Abs 1 S 1 AufenthG.
2217 Vgl *Bergmann/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 23a AufenthG Rn 4.
2218 § 23a Abs 2 S 2 und 3 AufenthG; vgl *Bergmann/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 23a AufenthG Rn 9.
2219 *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 23a AufenthG Rn 2.
2220 *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 23a AufenthG Rn 12.
2221 Die oberste Landesbehörde ist an das Härtefallersuchen nicht gebunden; vgl *Bergmann/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 23a AufenthG Rn 20.
2222 *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 23a AufenthG Rn 3. Kritisch hierzu *Schönebroicher*, Rechtsstaat auf Abwegen? – Die neue „Härtefallklausel" des Ausländerrechts, ZAR 2004, 351 (355ff).
2223 Siehe Kapitel 4.A.III.2.b.
2224 § 23a Abs 2 S 4 AufenthG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von den landesgesetzlichen Regelungen abhängt.[2225] *Schwantner* hat herausgearbeitet, dass der gesicherte Lebensunterhalt durchgängig als besonders wichtig erachtet wird.[2226] In jedem Fall muss eine besonders dringliche Einzelfallsituation die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erforderlich machen.[2227] Versagungsgründe stellen das Begehen von Straftaten „mit erheblichem Gewicht"[2228] und das Feststehen eines bereits konkreten Rückführungstermins dar.[2229]

b. Aufenthaltsrecht

Die Aufenthaltserlaubnis kann nach der allgemeinen Regel in § 26 Abs 1 S 1 AufenthG für jeweils längstens drei Jahre erteilt werden. Aufgrund der Besonderheiten des Härtefallverfahrens ergeben sich Unterschiede im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten.[2230] Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.[2231] Inhaber*innen einer Aufenthaltserlaubnis gem § 23a AufenthG haben grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosengeld II gem SGB II oder Sozialhilfe gem SGB XII.[2232]

2. „Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen" – Österreich

Der „Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen" stellt einen autonom-nationalen Schutzmechanismus dar und geht im Speziellen über die in Art 8 EMRK festgelegte völkerrechtliche Verpflichtung hinaus. Österreich stellt, wie bereits oben dargelegt,[2233] grundsätzlich keine

2225 Vgl *Schwantner*, Zur Arbeit der Härtefallkommissionen, Asylmagazin 2016, 63 (63f).
2226 *Schwantner*, Asylmagazin 2016, 64.
2227 Vgl *Bergmann/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 23a AufenthG Rn 11f.
2228 Vgl den diesbezüglichen Meinungsstand bei *Bergmann/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 23a AufenthG Rn 13 und *Maaßen/Kluth* in *Kluth/Heusch* § 23a AufenthG Rn 8.
2229 § 23a Abs 1 S 3 AufenthG. Kritisch *Schwantner*, Asylmagazin 2016, 63 in Bezug auf die in § 59 Abs 1 S 3 AufenthG normierte Möglichkeit, dass vom Androhen einer Abschiebung abgesehen werden kann.
2230 Vertiefend *Bergmann/Röcker* in *Bergmann/Dienelt* § 23a AufenthG Rn 23-26.
2231 § 23a Abs 2 S 5 AufenthG.
2232 *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 935.
2233 Siehe Kapitel 4.B.III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aussagekräftigen Statistiken über die Kategorie der „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" zur Verfügung. Nach Abschluss der vorliegenden Arbeit wurden aber erstmals Daten in einer Studie veröffentlicht. Demnach wurden im Zeitraum zwischen 2014 und 2018 169 „Aufenthaltsberechtigungen" und „Aufenthaltsberechtigungen plus" erteilt.[2234] Diese Zahlen unterstreichen, dass die Regularisierung praktisch nicht sehr bedeutsam ist.

a. Erteilungsvoraussetzungen

Allgemeine Erteilungsvoraussetzung ist der Nachweis, dass der*die Fremde seit fünf Jahren durchgängig im österreichischen Bundesgebiet aufhältig ist, wobei drei Jahre der gesamten Aufenthaltsdauer rechtmäßig gewesen sein müssen. Der Aufenthaltstitel zielt somit auch auf unrechtmäßig aufhältige Fremde ab, weshalb er für die vorliegende Arbeit relevant ist. *Fouchs/Schweda* sind der Ansicht, dass die Wendung „durchgängiger Aufenthalt im Bundesgebiet" so zu verstehen ist wie nach der Rechtslage bis 1.1.2014.[2235] Folglich beenden nach der damaligen VwGH-Rspr „kurzfristige Inlands- und Auslandsaufenthalte, insbesondere zu Besuchszwecken, nicht die anspruchsbegründende Dauer eines Aufenthaltes oder einer Niederlassung".[2236] Ein Auslandsaufenthalt wäre nur dann anspruchsschädlich, wenn mit diesem ein Wechsel des Lebensmittelpunktes einhergehen würde. Die spanische Rechtslage ist diesbezüglich wesentlich konkreter und lässt im Zusammenhang mit der „befristeten Aufenthaltsberechtigung aufgrund sozialer Verwurzelung" Auslandsaufenthalte bis zu insgesamt 120 Tage zu.[2237]

Gem § 56 Abs 3 AsylG hat das BFA neben dem durchgängigen Aufenthalt auch „den Grad der Integration des Drittstaatsangehörigen, insbesondere die Selbsterhaltungsfähigkeit, die schulische und berufliche Ausbildung, die Beschäftigung und die Kenntnisse der deutschen Sprache zu berücksichtigen".[2238] Wobei hier in Abgrenzung zum „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK" nicht die in dem Sinne sehr hoch angesetzte

2234 *Bassermann*, Überblick über nationale Schutzstatus in Österreich v Mai 2019, 24-26.
2235 *Fouchs/Schweda*, migraLex 2014, 61 mwN; zustimmend *Kind* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl* § 43 NAG Rn 17f.
2236 VwGH 20.8.2013, 2012/22/0122.
2237 Siehe Kapitel 5.E.I.a.
2238 So auch VwGH 11.6.2014, 2013/22/0356.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schwelle des bestehenden Privat- oder Familienlebens erreicht werden muss.[2239]

Weitere wesentliche Voraussetzungen sind ein Rechtsanspruch auf eine ortsübliche Unterkunft, eine ausreichende Krankenversicherung sowie feste und regelmäßige Einkünfte.[2240] Als solche Einkünfte gilt für eine alleinstehende Person der Richtsatz in Höhe von 909 € und für ein Ehepaar in Höhe von 1363 € für das Jahr 2018,[2241] wobei das BFA eine Prognoseentscheidung zu treffen hat.[2242] Dies bedeutet, dass die Person selbsterhaltungsfähig sein muss, was aufgrund des zwar theoretisch vorhandenen, aber faktisch nicht bestehenden Arbeitsmarktzugangs als Asylwerber*in kaum zu erfüllen ist.[2243] Gleiches gilt für unrechtmäßig aufhältige Fremde, die über überhaupt keinen Arbeitsmarktzugang verfügen.[2244] In dem Zusammenhang ist aber darauf hinzuweisen, dass diese Voraussetzungen auch durch das Erfüllen einer Patenschaftserklärung erfüllt werden können.[2245] Abschließend darf die Erteilung des Aufenthaltstitels zu keiner Belastung der Beziehungen Österreichs zu einem anderen Staat oder Völkerrechtssubjekt – wie der EU – führen.

In der Praxis sollte diese Aufenthaltsberechtigung wohl auf Fälle überlanger Asylverfahren abzielen (abgewiesene Asylwerber*innen), da der Aufenthalt während des laufenden Verfahrens rechtmäßig ist.[2246] Führt ein Asylverfahren weder zur Gewährung des Status als Asylberechtigten*r noch zum Status als subsidiär Schutzberechtige*r und hat es länger als drei Jahre gedauert, ist sohin die Stellung dieses Antrags möglich. In der Praxis scheinen aber die insgesamt doch sehr hoch angesetzten zeitlichen Hürden und das Erfordernis der Selbsterhaltungsfähigkeit den Erwerb dieses Aufenthaltstitels zu verunmöglichen.[2247]

2239 Siehe Kapitel 5.B.III. und Kapitel 5.C.III.

2240 § 60 Abs 2 AsylG. Vgl noch zur Vorgängerbestimmung VwGH 25.3.2010, 2010/21/0088.

2241 § 11 Abs 5 NAG iVm § 293 ASVG.

2242 VwGH 18.3.2010, 2008/22/0637; 21.6.2011, 2009/22/0060 und 23.11.2017, Ra 2017/22/0144.

2243 Siehe zum Arbeitsmarktzugang von Asylwerber*innen *Peyrl*, Arbeitsmarkt 302ff.

2244 Siehe Kapitel 4.B.II.2.

2245 § 2 Abs 1 Z 26 AsylG; VwGH 11.6.2014, 2013/22/0356 und in dem Sinne auch *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht § 56 AsylG K 2.

2246 § 13 Abs 1 AsylG.

2247 In eine ähnliche Richtung gehend *Bassermann*, Überblick über nationale Schutzstatus in Österreich v Mai 2019, 49.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Aufenthaltsrecht

Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in Kapitel 4.B.III.2.d. verwiesen. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass eine amtswegige Erteilung nicht vorgesehen ist und daher immer ein Antrag auf Erteilung des „Aufenthaltstitels in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen" zu stellen ist.[2248] Ein bereits eingeleitetes Verfahren zum Erlass einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme steht einem begründeten Antrag nicht entgegen.[2249] Liegen die Voraussetzungen für die Erteilung vor, besteht faktischer Abschiebeschutz bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Verfahrens, wenn das Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme erst nach Antragstellung eingeleitet wurde.[2250]

3. „Befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen" wegen plötzlich auftretender schwerer Krankheit – Spanien

Das spanische Ausländerrecht sieht eine „befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen" für Ausländer*innen vor, die an einer plötzlich auftretenden, schweren Krankheit leiden („autorización temporal por razones humanitarias – enfermedad sobrevenida grave"). Die anderen beiden Aufenthaltsberechtigungen, die aus humanitären Gründen erteilt werden, wurden bereits dargestellt.[2251] Obwohl die Terminologie „humanitäre Gründe" die Einordnung der Aufenthaltsberechtigung im Regularisierungszweck „soziale Bindungen" nahelegt,[2252] sprechen mehr Gründe für die Darstellung in dem Regularisierungszweck „Vulnerabilität". Der maßgebliche Erteilungsgrund ist nämlich die Bezugnahme auf eine vulnerable Situation, in concreto eine plötzlich auftretende, schwere Krankheit. Grundsätzlich ist die Regularisierung als autonom-national zu qualifizieren, wobei sie sich aber mittlerweile wohl auch aus der neueren EGMR-Rspr zu Art 3 EMRK ableiten lässt.[2253] Folglich könnte auch angedacht werden, die Regularisierung innerhalb des Regularisierungszwecks „Nichtrückführbarkeit" bzw in der Unterkategorie „Non-Refoulement-Gebot im

2248 VwGH 15.3.2018, Ra 2018/21/0034.
2249 § 56 Abs 1 AsylG.
2250 § 58 Abs 13 S 4 AsylG; siehe bereits Kapitel 4.B.III.2.a.
2251 Siehe Kapitel 5.A.II.3. und Kapitel 5.D.I.3.
2252 Siehe Kapitel 5.B.
2253 Vertiefend *Hinterberger/Klammer* in *Filzwieser/Taucher*.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sinne der EMRK und GRC oder faktische Gründe" anzuführen. Davon wurde aber abgesehen, weil der autonom-nationale Charakter des Aufenthaltsrechts nach wie vor überwiegt. Mangels genauer Angaben in den Statistiken ist unklar, wie viele Aufenthaltsberechtigungen aufgrund dieser Bestimmung erteilt wurden.[2254]

Daneben gibt es eine eigene Aufenthaltsberechtigung für jene Minderjährigen, die mittels eines temporären Programmes nach Spanien gereist sind,[2255] um sich dort medizinisch behandeln zu lassen.[2256] Im Gegensatz zur „befristeten Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen" müssen Minderjährige nicht nachweisen, dass die Krankheit plötzlich aufgetreten ist. Sie reisen ja konkret zum Zwecke der medizinischen Behandlung rechtmäßig ein, wofür eine ärztliche Stellungnahme vorgelegt werden muss.[2257] Folglich scheidet eine Analyse aus, da es sich um keine Regularisierung im Sinne der vorliegenden Arbeit handelt.[2258]

a. Erteilungsvoraussetzungen

Eine „befristete Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen" kann Personen erteilt werden, die nachweisen können, dass sie selbst an einer plötzlich aufgetretenen Krankheit leiden.[2259] Das Kriterium „plötzlich aufgetreten" umschreibt, dass die Krankheit erst nach der Einreise diagnostiziert wurde.[2260] Durch diese Einschränkung soll vermieden werden, dass Personen, bei denen eine schwere Krankheit diagnostiziert wurde, nur zum Zwecke der Behandlung ebendieser nach Spanien reisen.[2261] Der Nachweis, dass die Krankheit plötzlich aufgetreten ist, scheint mit der neueren EGMR-Rspr im Hinblick auf Art 3 EMRK nicht vereinbar zu sein,[2262] da die Betroffenen die hier dargelegte Aufenthaltsberechtigung

2254 Siehe Kapitel 4.C.III.1.
2255 Art 187 REDYLE.
2256 Art 126 Abs 2 REDYLE.
2257 Vgl *Giménez Bachmann*, Dissertation 2014, 299.
2258 Siehe Kapitel 2.A.II.1.
2259 Art 126 Abs 2 REDYLE.
2260 STS 782/2007, ECLI:ES:TS:2009:782, FJ 9; *Defensor del Pueblo*, Sugerencia v 14.7.2017, Queja 17012408; *Defensor del Pueblo*, Sugerencia v 24.2.2015, Queja 12009749; kritisch *Giménez Bachmann*, Dissertation 2014, 295f mwN.
2261 STSJ Madrid 6102/2009, ECLI:ES:TSJM:2009:6102 und siehe *Giménez Bachmann*, Dissertation 2014, 295.
2262 EGMR 13.12.2016, *Paposhvili/Belgien*, 41738/10 und vertiefend *Hinterberger/Klammer* in *Filzwieser/Taucher*.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht erlangen können und somit irregulär aufhältig und nur de facto geduldet bleiben.[2263]

Der Nachweis der Schwere der Krankheit und des plötzlichen Auftretens ist von der betroffenen Person mittels eines klinischen Gutachtens zu erbringen. Der Nachweis hierüber ist der zentrale Punkt in der Entscheidung über die Erteilung dieser Aufenthaltsberechtigung.[2264] Darüber hinaus muss nachgewiesen werden, dass die Behandlung in Spanien adäquat möglich und der Zugang zu einer solchen Behandlung im Herkunftsstaat unmöglich ist.[2265] Eine weitere Voraussetzung ist, dass das Unterbrechen oder das Nichterhalten der medizinischen Behandlung zu einer großen Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der Person führen würde.[2266] Verfahrensrechtlich ist Art 246 Abs 7 REDYLE für die hier behandelten Sachverhaltskonstellationen relevant. Demnach ist eine Ausweisung, genauer die Abschiebung, auszusetzen, wenn die Maßnahme ein Gesundheitsrisiko für eine kranke Person darstellen könnte.

b. Aufenthaltsrecht

Mit der Aufenthaltsberechtigung, die in der Regel auf ein Jahr befristet ist,[2267] geht grundsätzlich keine Arbeitserlaubnis einher.[2268] Diese kann aber – gleichzeitig mit der Aufenthaltsberechtigung – beantragt werden,[2269] um sich in den Arbeitsmarkt zu integrieren.[2270]

III. Zwischenergebnis

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

---

2263 Siehe Kapitel 5.A.I.1.
2264 STSJ Madrid 628/2015, ECLI:ES:TSJM:2015:628.
2265 Vgl STSJ Madrid 11645/2009, ECLI:ES:TSJM:2009:11645.
2266 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 297.
2267 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 304.
2268 Art 129 Abs 1 REDYLE.
2269 Art 129 Abs 2 REDYLE; vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 304. Siehe zu den Voraussetzungen Art 63 Abs 4 und Art 105 Abs 3 REDYLE.
2270 Vgl *Giménez Bachmann*, Dissertation 2014, 297.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Erteilungs-

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

voraussetzung 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.[2271]

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 Zwangsehe 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 sein. Die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz" wird für die Dauer von einem Jahr erteilt und bietet je nach Vorliegen weiterer Voraussetzungen einen beschränkten oder unbeschränkten Arbeitsmarktzugang.

2271 Siehe Kapitel 5.F.II.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abschließend ist auf die deutsche „Aufenthaltserlaubnis 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 Aufenthaltserlaubnis 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 „Aufenthaltserlaubnis 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 Vorzeigebeispiel zu nennen ist. Das dort festgelegte Regime zeichnet sich dadurch aus, dass es besonders opferfreundlich ist. Das deutsche und österreichische 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 zu-

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grundeliegenden 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 völkerrechtlichen 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.

E. Erwerbstätigkeit und Ausbildung[2272]

Im Rechtsvergleich konnte ich drei Regularisierungen identifizieren, die sich auf den Regularisierungszweck „Erwerbstätigkeit und Ausbildung" stützen. Zunächst werden die spanische „befristete Aufenthaltsberechtigung aufgrund sozialer Verwurzelung" und die „befristete Aufenthaltsberechtigung

2272 Siehe bereits Kapitel 2.B.III.5.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aufgrund von Arbeitsverwurzelung" beleuchtet, da beide für ein Jahr erteilt werden. Anschließend wird die deutsche „Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung" analysiert, da diese für die Dauer von zwei Jahren befristet wird.

I. „Befristete Aufenthaltsberechtigung aufgrund sozialer Verwurzelung" – Spanien

Die „befristete Aufenthaltsberechtigung aufgrund sozialer Verwurzelung" („autorización de residencia temporal por razones de arraigo social") ist in der Praxis die meistgenützte und wichtigste Regularisierung in Spanien.[2273]

Die soziale Verwurzelung könnte sowohl unter den Regularisierungszweck „soziale Bindungen" als auch „Erwerbstätigkeit und Ausbildung" eingeordnet werden. Für ersteres spricht die Bezeichnung als soziale Verwurzelung sowie, dass in bestimmten Sachverhaltskonstellationen jegliche Form der Integration nachgewiesen werden muss.[2274] Im Vordergrund steht jedoch die Vorlage eines Arbeitsvertrags, weshalb die Aufenthaltsberechtigung unter den Regularisierungszweck „Erwerbstätigkeit und Ausbildung" subsumiert wird. So war in der alten Rechtslage auch ausdrücklich von dem*der ausländischen Arbeitnehmer*in die Rede.[2275]

Ähnlich wie das österreichische „Bleiberecht"[2276] hat sich die soziale Verwurzelung aus der Rspr zu unverhältnismäßigen Ausweisungsentscheidungen gem Art 8 EMRK entwickelt.[2277] Die Rspr ist anfangs ähnlich verlaufen, doch wurden die beiden Regularisierungen schlussendlich gesetzlich unterschiedlich normiert. Die soziale Verwurzelung nimmt grundsätzlich auf die zukünftige Verwurzelung Bezug,[2278] wohingegen sich das österreichische „Bleiberecht" auf eine schon eingetretene Verwurzelung be-

2273 Siehe Kapitel 4.C.III.2.

2274 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 455 und *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 676.

2275 Art 45 Abs 2 lit b REDYLE idF Königliche Verordnung 2393/2004 und die dazu erlassene Instrucción del 22 de junio de 2005 de la Dirección General de Inmigración, http://fmrmurcia.info/UPLOAD/DOCUMENTO/instruccion%20arraigo%20_definitiva_%20_1_.pdf (13.12.2018) 1.

2276 Siehe Kapitel 5.B.III.1. und Kapitel 5.C.III.1.

2277 Siehe Kapitel 4.C.III.2.

2278 *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 82. *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 108 weist zu Recht darauf hin, dass eine Mindestansiedlung aber bereits gegeben sein muss, da ansonsten die Verwurzelung nicht in Frage kommt.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zieht.[2279] Nunmehr ist die soziale Verwurzelung wohl am ehesten mit dem österreichischen „Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen" gem § 56 AsylG vergleichbar, vor allem in Bezug auf den Nachweis der bestimmten Aufenthaltsdauer.[2280] Somit kann festgehalten werden, dass sich die Regularisierung dem Grunde nach aus Art 8 EMRK ableiten lässt, aber durch die einfachgesetzliche Ausformung teilweise über diese menschenrechtliche Verpflichtung hinausgeht und als autonom-national zu qualifizieren ist.

1. Erteilungsvoraussetzungen

Der durchgängige Aufenthalt von drei Jahren stellt die Basis dieser Regularisierung dar.[2281] Als wichtigstes Beweismittel dient nach der relevanten Anordnung zum Ausländerrecht ein Auszug der Meldung im Melderegister.[2282] Grundsätzlich ist der Nachweis durch jedes rechtlich anerkannte Beweismittel möglich,[2283] wie etwa durch Auszüge aus der Krankenversicherung, Kontoauszüge, Geldanweisungen ins Ausland oder Zertifikate über Sprachkurse oder Integration. Obwohl der durchgängige Aufenthalt verlangt wird, schadet es nicht, wenn das spanische Hoheitsgebiet für einen Zeitraum von insgesamt weniger als 120 Tagen verlassen wird.[2284]

Eine weitere Voraussetzung ist – genau wie bei der Arbeitsverwurzelung[2285] – der Nachweis von Arbeitsbeziehungen.[2286] Erteilungsvoraussetzung ist daher, dass ein unterzeichneter Arbeitsvertrag mit einer mindestens einjährigen Befristung vorgelegt wird.[2287] Hierbei kann die zuständige Ausländerbehörde beim Arbeits- und Sozialversicherungsinspektorat eine Stellungnahme zum Arbeitsvertrag einholen.[2288] Das Arbeitsverhältnis muss mit Erteilung der Aufenthaltsberechtigung aufgenommen werden kön-

2279 Siehe Kapitel 5.B.III. und Kapitel 5.C.III.
2280 Siehe Kapitel 5.F.I.
2281 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 453; *Ques Mena*, Diario la Ley 2008/7067, 6.
2282 Vgl Instrucción del 22 de junio de 2005 de la Dirección General de Inmigración, 2.
2283 Vgl Instrucción DGI/SGRJ/3/2011, 3.
2284 Vgl Instrucción del 22 de junio de 2005 de la Dirección General de Inmigración, 2.
2285 Siehe Kapitel 5.E.II.
2286 *Camas Roda*, Trabajo decente 96.
2287 Art 124 Abs 2 REDYLE.
2288 Vgl *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 71ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nen.[2289] Diese Erteilungsvoraussetzung unterstreicht laut *Nieves Moreno Vida* die Unterordnung der spanischen Migrationspolitik unter die Ziele der Arbeitsmarktpolitik.[2290] Grundsätzlich ist ein einziger Arbeitsvertrag mit der genannten Befristung vorzulegen, seit dem REDYLE ist es aber in bestimmten Arbeitssektoren zulässig, die einjährige Befristung auch durch mehr als einen Arbeitsvertrag zu erreichen.[2291] Mehrere Arbeitsverträge können etwa im Agrarsektor vorgelegt werden, der für die ausländische Bevölkerung in Spanien eine der wichtigsten Einkommensquellen darstellt.[2292]

Die Befristung des Arbeitsvertrags auf ein Jahr bedeutet aber nicht, dass die Auflösung oder Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor Ende des Ablaufs der Befristung zum automatischen Verlust der Aufenthaltsberechtigung und der Arbeitserlaubnis führt.[2293] Zwar muss laut dem Gesetzeswortlaut eine durchgängige Beschäftigung während der ganzen Zeit der Befristung gegeben sein. Da aber nicht einmal spanischen Arbeitnehmer*innen – mit befristeten Arbeitsverträgen – die durchgehende Beschäftigung garantiert werden kann, kann dies für ausländische Arbeitnehmer*innen auch nicht gelten.[2294] Jedenfalls möglich ist, dass der*die ausländische Arbeitnehmer*in das Erlöschen der „befristeten Aufenthaltsberechtigung aufgrund sozialer Verwurzelung" verhindert, wenn er*sie mit einem anschließend erlangten Arbeitsvertrag weiter beschäftigt ist und ihn*sie keine Schuld am Erlöschen des Arbeitsverhältnisses trifft.[2295]

2289 Dem Arbeitsvertrag wird in der Praxis eine Klausel beigefügt, in der der Beginn des Arbeitsverhältnisses mit der Erteilung der Aufenthaltsberechtigung bedingt wird. Siehe zur Kontrolle des tatsächlichen Beginns der Erwerbstätigkeit Kapitel 5.E.I.2.

2290 Vgl *Nieves Moreno Vida* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 624; in dem Sinne zur Königlichen Verordnung 2393/2004 *Gómez Díaz* in *Balado Ruiz-Gallegos* 887. AA *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 455, der darauf hinweist, dass kein Arbeitsvertrag vorlegt werden muss, wenn ausreichend finanzielle Mittel nachgewiesen werden.

2291 Art 124 Abs 2 lit b REDYLE; vgl *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 67, der die Einführung dieser Neuerung durch das REDYLE begrüßt, da hiermit wesentlich mehr Flexibilität für die Antragsteller*innen einhergeht.

2292 Vgl *Iglesias Martínez*, Estudios Empresariales 2015/2 Nr 148, 3ff.

2293 Vgl *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 80-83 und *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 680.

2294 In dem Sinne *Nieves Moreno Vida* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 624f und *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 81ff.

2295 Vgl *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 81f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ausnahmsweise kann der*die Ausländer*in von der Pflicht der Vorlage eines Arbeitsvertrags entbunden werden, wenn er*sie über ausreichend finanzielle Mittel verfügt.[2296] Derzeit sind dies für eine alleinstehende Person in etwa 537 € monatlich.[2297] Die jeweils zuständige autonome Region kann in ihrer Stellungnahme an die Ausländerbehörde die Ausnahme von diesem Erfordernis anregen, wenn finanzielle Mittel nachgewiesen wurden.[2298]

Darüber hinaus muss alternativ entweder die soziale Eingliederung in die spanische Gesellschaft oder ein Familienverhältnis nachgewiesen werden.[2299] Zum Nachweis der sozialen Eingliederung hat der*die Ausländer*in eine Stellungnahme vorzulegen.[2300] Diese wird von der jeweils zuständigen autonomen Region bzw vom Rathaus erstellt.[2301] Hierfür hat die Behörde 30 Tage ab Antragsstellung Zeit.[2302] Die Stellungnahme soll unter anderem auf folgende Punkte eingehen: Die bisherige Aufenthaltsdauer an der Meldeadresse; die finanziellen Mittel über die der*die Ausländer*in verfügt; die Beziehungen zu rechtmäßig aufhältigen Familienmitgliedern und die Integrationsbemühungen anhand der beruflich-sozialen sowie kulturellen Eingliederungsprogramme.[2303]

Insofern die Stellungnahme nicht innerhalb der 30-tägigen Frist erstellt wird, kann die Integration auch anderweitig nachgewiesen werden.[2304] Der*die Ausländer*in kann selbständig jegliche Zertifikate über beruflich-soziale oder kulturelle Eingliederungsprogramme vorlegen.[2305] Zusätzlich können Nachweise darüber erbracht werden, dass der*die Ausländer*in über

---

2296 Art 123 Abs 2 und Art 128 Abs 2 lit b REDYLE sowie Instrucción del 22 de junio de 2005 de la Dirección General de Inmigración, 2; in dem Sinne STSJ Islas Canarias 1471/2015, ECLI:ES:TSJICAN:2015:1471 und vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 453-455.

2297 Siehe Fn 1966 und STSJ Islas Canarias 1471/2015, ECLI:ES:TSJICAN:2015:1471, FJ 3.

2298 Vgl *Belgrano Ledesma*, Solicitar una autorización de residencia temporal por arraigo social, Iuris 2010/151, 59 (61f).

2299 Art 124 Abs 2 lit c REDYLE und Instrucción DGI/SGRJ/3/2011.

2300 Art 128 Abs 2 lit b REDYLE; vgl hierzu im Detail Instrucción del 22 de junio de 2005 de la Dirección General de Inmigración, 4 und 8-10, wo eine Vorlage einer solchen Stellungnahme abgedruckt ist.

2301 Art 68 Abs 3 LODYLE; vgl *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 679 und *Camas Roda*, Trabajo decente 96f.

2302 Art 124 Abs 2 lit c REDYLE.

2303 Art 124 Abs 2 REDYLE sowie Art 68 Abs 3 LODYLE. Vgl Instrucción DGI/SGRJ/3/2011 und das angeführte Beispiel der autonomen Region Madrid bei *Pérez/Leraul*, El arraigo en España, 11-13.4.2012, 12f.

2304 Art 124 Abs 2 REDYLE; vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 454.

2305 Vgl *Camas Roda*, Trabajo decente 97.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine angemessene Wohnung und über ausreichend finanzielle Mittel verfügt.[2306] Die Stellungnahme der autonomen Region bzw des jeweiligen Rathauses ist für die Ausländerbehörde nicht verbindlich.[2307] Wird jedoch die soziale Eingliederung in der Stellungnahme positiv bewertet, und trifft die zuständige Ausländerbehörde eine gegenteilige Meinung, trifft sie eine Begründungspflicht.[2308]

Alternativ zur sozialen Eingliederung müssen familiäre Beziehungen zu regulär aufhältigen Ausländer*innen dargelegt werden.[2309] Unter den engen Familienbegriff fallen nur die Ehegatte*innen oder eingetragene Lebenspartner*innen und Verwandte ersten Grades (Kinder und Eltern).[2310] Die familiären Beziehungen müssen mittels eines in Spanien anerkannten Dokuments nachgewiesen werden.[2311]

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass die soziale Verwurzelung durch den Erlass einer Anordnung zum Ausländerrecht an eine weitere Erteilungsvoraussetzung geknüpft werden könnte: die Prüfung der nationalen Arbeitsmarktsituation.[2312] Das Einführen dieser Voraussetzung würde den Anwendungsbereich der sozialen Verwurzelung und ihre Effektivität in der Praxis äußerst einschränken.[2313] Bisher wurde diese Voraussetzung in keiner Anordnung zum Ausländerrecht eingeführt.

2. Aufenthaltsrecht

Die Aufenthaltsberechtigung wird in der Regel für ein Jahr erteilt.[2314] Weiters wird auf die Ausführungen in Kapitel 5.C.IV.2. verwiesen. Um den tatsächlichen Beginn der Erwerbstätigkeit überprüfen zu können, muss die betreffende Person innerhalb eines Monats ab positivem

2306 Vgl *Camas Roda*, Trabajo decente 97f und *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 455. Insofern die ökonomischen Ressourcen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit stammen, wird dies als positiver Faktor gewertet; siehe hierzu STSJ Castilla y León 2957/2015, ECLI:ES:TSJCL:2015:2957.
2307 Vgl *Belgrano Ledesma*, Iuris 2010/151, 61.
2308 Vgl Instrucción DGI/SGRJ/3/2011, 6.
2309 Art 124 Abs 2 REDYLE.
2310 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 453f.
2311 Art 128 Abs 2 lit b REDYLE und vgl Instrucción del 22 de junio de 2005 de la Dirección General de Inmigración, 3.
2312 Art 124 Abs 4 REDYLE.
2313 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 445f mwN.
2314 Art 130 Abs 1 REDYLE.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verfahrensausgang zur Sozialversicherung angemeldet werden.[2315] Bis zur Anmeldung ist die Wirksamkeit der Aufenthaltsberechtigung gehemmt.[2316] So wird der Rückgriff auf Scheinarbeitsverträge verhindert.[2317] Diese Bedingung ist in jenen Fällen nicht zu erfüllen, in denen der*die Ausländer*in von der Vorlage eines Arbeitsvertrags befreit wurde.[2318]

Nimmt die Person die Erwerbstätigkeit auf, ohne von dem*r Arbeitgeber*in zur Sozialversicherung angemeldet zu werden,[2319] kann die Anmeldung direkt bei der Allgemeinen Sozialversicherungsanstalt („Tesorería General de la Seguridad Social") angeregt werden, damit die Aufenthaltsberechtigung in Kraft tritt.[2320]

II. „Befristete Aufenthaltsberechtigung aufgrund von Arbeitsverwurzelung" – Spanien

Eine weitere Regularisierungsmöglichkeit in Spanien stellt gem Art 124 Abs 1 REDYLE die Arbeitsverwurzelung („arraigo laboral") dar.[2321] Diese Aufenthaltsberechtigung fällt unter den Regularisierungszweck „Erwerbstätigkeit und Ausbildung", weil die maßgebliche Erteilungsvoraussetzung das Vorhandensein von Arbeitsbeziehungen ist.[2322] Obwohl sich die Verwurzelungen aus der Rspr zu Art 8 EMRK entwickelt haben, ist die Arbeitsverwurzelung als autonom-national zu qualifizieren, da sie über die menschenrechtliche Verpflichtung hinausgeht.[2323]

2315 Art 128 Abs 6 REDYLE; vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 303.

2316 Art 67 Abs 7 REDYLE.

2317 Vertiefend zu dieser Problematik *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 57 und 78-80 und *Nieves Moreno Vida* in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 624f.

2318 Art 128 Abs 6 REDYLE; vgl *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 420f.

2319 Dies stellt gem Art 53 Abs 2 lit a LODYLE eine schwere Ordnungswidrigkeit dar; vgl *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 83.

2320 Vgl Instrucciones Provisionales sobre Arraigo Laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales v 3.8.2005, http://www.intermigra.info/archivos/legislacion/ARRAIGOLABORAL.pdf (26.11.2018).

2321 Art 124 Abs 1 REDYLE.

2322 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 451f.

2323 Siehe Kapitel 4.C.III.2. und Kapitel 5.E.I.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Erteilungsvoraussetzungen

Grundvoraussetzung ist, dass der durchgängige Aufenthalt im spanischen Bundesgebiet für die Dauer von zwei Jahren nachgewiesen werden muss.[2324] Die Abwesenheit von bis zu 90 Tagen schadet nicht.[2325]

Neben dem durchgängigen zweijährigen Aufenthalt müssen die Antragsteller*innen zurückliegende Arbeitsbeziehungen von mindestens sechs Monaten nachweisen. Der Begriff der Arbeitsbeziehung („relación laboral") wird weit interpretiert.[2326] Hierunter fallen alle Arten von Arbeitsverhältnissen mit einem oder mehreren Arbeitgeber*innen. Folglich zielt die Regelung speziell auf undokumentiert beschäftigte Ausländer*innen ab.[2327] *Triguero Martínez* würdigt es positiv, dass der Zeitraum der nachzuweisenden Arbeitsbeziehungen mittlerweile nur mehr sechs Monate beträgt, da nach der alten Rechtslage noch ein Jahr gefordert war.[2328]

Ein praktisches Problem stellt in dem Zusammenhang die Dokumentation der Arbeitsbeziehungen dar. In der Regel ist die Anzeige des*r Arbeitsgebers*in beim Arbeits- und Sozialversicherungsinspektorat erforderlich.[2329] Viele Migrant*innen schrecken hiervor zurück,[2330] da sie durch die undokumentierte Beschäftigung und den irregulären Aufenthalt selbst das Ausländerrecht verletzen[2331] und folglich ausgewiesen werden könnten.[2332] Darüber hinaus erhalten die Arbeitgeber*innen im Falle der Feststellung der undokumentierten Beschäftigung eine Geldbuße[2333] und sie müssen überdies ausstehende Sozialversicherungsbeiträge nachzahlen.[2334] Neben der Anzeige kann die Arbeitsbeziehung auch mittels einer gerichtlichen Ent-

---

2324 Art 124 Abs 1 REDYLE.
2325 Vgl Instrucciones Provisionales sobre Arraigo Laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales v 3.8.2005.
2326 Vgl Instrucciones Provisionales sobre Arraigo Laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales v 3.8.2005.
2327 Vgl *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 124f und *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 290.
2328 *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 453; vgl *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 65.
2329 Vgl *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 419f; *Camas Roda*, Trabajo decente 96 und *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 290.
2330 Vgl *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 675.
2331 Art 53 Abs 1 lit a und b LODYLE; vgl *Camas Roda*, Trabajo decente 96.
2332 Siehe Kapitel 4.C.II.1.
2333 Art 54 Abs 1 lit d iVm Art 55 Abs 1 lit c LODYLE; die Mindeststrafe für undokumentierte Beschäftigung beträgt 10.000 €.
2334 Vgl *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 124f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

scheidung („resolución judicial")[2335] oder mittels jedes anderen Beweismittels nachgewiesen werden.[2336] Die Beweislast für das Darlegen der Arbeitsbeziehung liegt somit bei den undokumentiert beschäftigten Arbeitnehmer*innen,[2337] wenn nicht das Arbeits- und Sozialversicherungsinspektorat bei einer Routinekontrolle die undokumentierte Beschäftigung zufällig „aufdeckt".[2338]

Trotz der Intention der Gesetzgebung den irregulären Aufenthalt wie auch die undokumentierte Beschäftigung zu bekämpfen, führt das aufgezeigte Problem des Nachweises der Arbeitsbeziehungen zu einer sehr kleinen quantitativen Relevanz der Arbeitsverwurzelung in Spanien. Nur 1,65 % aller gestellten Anträge (12.406) aufgrund von Verwurzelung zwischen 2006 und 2014 (747.685), bzw 1,54 % aller in diesem Zeitraum erteilten „befristeten Aufenthaltsberechtigungen aufgrund von Verwurzelung" gehen auf die Arbeitsverwurzelung zurück.[2339] *Fernández Collados* geht aufgrund der schwer zu erfüllenden Erteilungsvoraussetzungen sogar so weit zu behaupten, dass die Arbeitsverwurzelung mehr als Abschreckmaßnahme für Arbeitgeber*innen dient, Ausländer*innen undokumentiert zu beschäftigen, als tatsächlich eine zweckmäßige Regularisierungsmöglichkeit für irregulär aufhältige und undokumentiert beschäftigte Ausländer*innen zu sein.[2340]

2. Aufenthaltsrecht

Die Aufenthaltsberechtigung wird in der Regel für ein Jahr erteilt.[2341] Weiters wird auf die Ausführungen in Kapitel 5.C.IV.2. verwiesen.

2335 Vgl Instrucciones Provisionales sobre Arraigo Laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales v 3.8.2005.

2336 Instrucción DGI/SGRJ/3/2011. AA *Carbajal García*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2012/29, 66 und *González Calvet*, Revista de Derecho Social 2007/37, 120. Zu den praktischen Problemen siehe *Defensor del Pueblo*, Sugerencia v 12.7.2017, Queja 16004439.

2337 Vgl *Solanes Corella*, Combatiendo la inmigración irregular: la insuficiencia de las regularizaciones y las sanciones in *Alberdi Bidaguren/Goizueta Vértiz* (Hrsg), Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI (2008) 201 (215f).

2338 Vgl *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 452.

2339 Vgl *Cerezo Mariscal*, Revista de Derecho 2015, 675.

2340 *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 419f.

2341 Art 130 Abs 1 REDYLE.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. „Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung" – Deutschland

Die „Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung" gem § 18a AufenthG fällt als einzige in der vorliegenden Arbeit besprochene Regularisierung nicht unter die „humanitären Aufenthaltserlaubnisse" im deutschen Aufenthaltsrecht.[2342] Sie wurde zur Befriedigung des sogenannten „Fachkräftemangels"[2343] eingeführt und steht in engem Zusammenhang mit der „Aufenthaltsgewährung in Härtefällen",[2344] da sie diese sozusagen „entfristet".[2345] Mit *Groß/Tryjanowski* kann man diesbezüglich von „utilitaristischen" Gesichtspunkten für die Erlassung sprechen.[2346] Nur 196 Migrant*innen waren Ende 2017 im Besitz einer solchen Aufenthaltserlaubnis,[2347] was zeigt, dass diese praktisch (fast) bedeutungslos ist.[2348] Ein Grund hierfür sind die schwierig zu erfüllenden Erteilungsvoraussetzungen.[2349] Sie ist als autonom-nationale Regularisierung zu qualifizieren.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass mit dem nach Abschluss der vorliegenden Arbeit (1.1.2019) beschlossenen Fachkräfteeinwanderungsgesetz der gesamte Abschnitt 4 des Kapitels 2 AufenthG, in dem der „Aufenthalt zur Erwerbstätigkeit" normiert ist, neu geregelt wird.[2350] Dadurch ist die „Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung" ab 1.3.2020 in § 19d AufenthG idF Fachkräfteeinwanderungsgesetz zu finden. Inhaltlich bleibt sie dem Grunde nach gleich. Außerdem wird durch das „Duldungsgesetz" die „Ausbildungsduldung" neu geregelt und eine „Beschäftigungsduldung" geschaffen.[2351]

2342 § 18a AufenthG ist in Kapitel 2 Abschnitt 4 des AufenthG eingeordnet, der die Überschrift „Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit" trägt; vgl auch Nr 18a.0 AVV-AufenthG.

2343 Siehe allgemein zu diesem Begriff aus ökonomischer Sicht *Rahner*, Fachkräftemangel und falscher Fatalismus (2018).

2344 Siehe Kapitel 5.D.II.1.

2345 *Dienelt* in *Bergmann/Dienelt* (Hrsg), Kommentar Ausländerrecht[12] (2018) § 18a AufenthG Rn 1f.

2346 *Groß/Tryjanowski*, Der Status von Drittstaatsangehörigen im Migrationsrecht der EU – eine kritische Analyse, Der Staat 2009, 259 (261, 272).

2347 BT-Drs 19/633, 12-14.

2348 *Stiegeler*, Geduldete Fachkräfte – Wem hilft § 18a AufenthG?, Asylmagazin 2009, 11.

2349 *Dienelt* in *Bergmann/Dienelt* § 18a AufenthG Rn 4.

2350 Vgl *Kluth*, NVwZ 2019, 1306-1308 und *Klaus/Hammer*, ZAR 2019, 137ff.

2351 Siehe Kapitel 5.B.I. und Kapitel 5.E.III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Erteilungsvoraussetzungen

Die Aufenthaltserlaubnis richtet sich nur an Geduldete.[2352] Nach den AVV-AufenthG wird die Aufenthaltserlaubnis aufgrund der beruflichen Qualifikation und der Integration in den Arbeitsmarkt erteilt.[2353] Folglich ist die maßgebliche Erteilungsvoraussetzung, dass eine qualifizierte Berufsausbildung absolviert wurde, worunter solche mit einer mindestens zweijährigen Ausbildungsdauer fallen.[2354] Dazu zählen der Abschluss eines Hochschulstudiums oder die Berufsausbildung zum*r Facharbeiter*in in Deutschland.[2355] Haben geduldete Fachkräfte ihre berufliche Qualifikation vor der Einreise nach Deutschland erworben, ist dies ebenfalls ausreichend, insofern sie überdies eine dreijährige Vorbeschäftigungszeit nachweisen können, in der sie eine qualifizierte Beschäftigung ausgeübt haben.[2356] Wurde die Qualifikation im Ausland erworben, ist es anspruchsschädlich, wenn während der Vorbeschäftigungszeit Sozialleistungen bezogen wurden.[2357] Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis bedarf der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit, die die fachliche Kompetenz des*r Ausländers*in beurteilt,[2358] wobei keine Vorrangprüfung erfolgt.

Die Geduldeten müssen weiters über ein konkretes Arbeitsplatzangebot für eine ihrer beruflichen Qualifikation entsprechende Beschäftigung verfügen.[2359] Dieses Erfordernis ist vergleichbar mit der maßgeblichen Erteilungsvoraussetzung der sozialen Verwurzelung in Spanien.[2360] Mit der Aufenthaltserlaubnis soll es den Betroffenen ermöglicht werden, die erworbene berufliche Qualifikation durch den Erwerb eines rechtmäßigen Aufenthalts und einer Arbeitserlaubnis auch tatsächlich auszuüben.[2361] *Schammann* bezeichnet Arbeit und Leistung deshalb als neue Strukturprinzipien der deutschen „Flüchtlingspolitik“: „Asylsuchende können sich jetzt

2352 In dem Sinne *Dienelt* in *Bergmann/Dienelt* § 18a AufenthG Rn 3 und siehe Kapitel 5.A.I.2.
2353 Nr 18a.0 AVV-AufenthG.
2354 § 18a Abs 1 Z 1 lit a AufenthG und § 6 Abs 1 S 2 BeschV; vgl Nr 18a.1.1.1 AVV-AufenthG.
2355 § 18a Abs 1 Z 1 lit a und b AufenthG; vgl Nr 18a.1.1.1 und 18a.1.1.2 AVV-AufenthG und vertiefend *Dienelt* in *Bergmann/Dienelt* § 18a AufenthG Rn 5-7.
2356 § 18a Abs 1 Z 1 lit c AufenthG; vgl Nr 18a.1.1.3 AVV-AufenthG.
2357 Vgl Nr 18a.1.1.3 AVV-AufenthG.
2358 § 18a Abs 2 S 1 AufenthG; vgl Nr 18a.1.0 und 18a.2.1 AVV-AufenthG.
2359 Vgl BT-Drs 16/10288, 9 und *Dienelt* in *Bergmann/Dienelt* § 18a AufenthG Rn 24.
2360 Siehe Kapitel 5.E.I.
2361 Vgl BT-Drs 16/10288, 9 und Nr 18a.0 AVV-AufenthG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ihr Bleiberecht trotz Ablehnung durch einen Erfolg auf dem Ausbildungsmarkt verdienen".[2362] Der durch die Einführung der Aufenthaltserlaubnis bereits angedeutete „Paradigmenwechsel"[2363] wird auch durch das nach Abschluss der vorliegenden Arbeit (1.1.2019) beschlossene Fachkräfteeinwanderungsgesetz und „Duldungsgesetz" fortgesetzt.

Darüber hinaus müssen die Ausländer*innen weitere Erteilungsvoraussetzungen erfüllen. Der*die Ausländer*in

- muss über ausreichend Wohnraum und Deutschkenntnisse auf B1-Niveau verfügen;
- darf die Ausländerbehörde nicht vorsätzlich über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände getäuscht oder aufenthaltsbeendende Maßnahmen verzögert oder behindert haben;
- darf keine Bezüge zu extremistischen oder terroristischen Organisationen haben und nicht wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt worden sein.[2364]

Die Titelerteilungssperre nach Asylverfahren ist auf die „Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung" nicht anzuwenden.[2365]

Abschließend ist auf die „Ausbildungsduldung" hinzuweisen, die in § 60a Abs 2 S 4 AufenthG normiert ist.[2366] Mit dem Bleiberechtsänderungsgesetz 2015 wurde die Ausbildung als Duldungsgrund für junge Ausländer*innen unter 21 Jahren, die nicht aus sicheren Herkunftsländern stammen, eingeführt und durch das Integrationsgesetz 2016[2367] reformiert. Zweck der „Ausbildungsduldung" ist es „Geduldeten und ausbildenden Betrieben für die Zeit der Ausbildung und für einen begrenzten Zeitraum danach mehr Rechtssicherheit zu verschaffen und das diesbezügliche aufenthaltsrechtliche Verfahren zu vereinfachen".[2368] Besondere praktische Probleme bestehen in der unterschiedlichen Umsetzung und Auslegung, die zu sehr restrik-

---

2362 *Schammann*, Eine meritokratische Wende? Arbeit und Leistung als neue Strukturprinzipien der deutschen Flüchtlingspolitik, Sozialer Fortschritt 2017/66, 741 (750).

2363 *Schuler*, Ein Paradigmenwechsel, trotz allem, zeit.de v 19.12.2018, https://www.zeit.de/politik/deutschland/2018-12/fachkraefteeinwanderungsgesetz-bundeskabinett-arbeitsmigration (21.12.2018).

2364 § 18a Abs 1 Z 2-7 AufenthG; vertiefend *Dienelt* in *Bergmann/Dienelt* § 18a AufenthG Rn 13-23.

2365 § 18a Abs 3 AufenthG und siehe Kapitel 4.A.III.2.c.

2366 Zu den weiteren Voraussetzungen *Bauer/Dollinger* in *Bergmann/Dienelt* (Hrsg), Kommentar Ausländerrecht[12] (2018) § 60a AufenthG Rn 37-40.

2367 Gesetz v 31.7.2016 (BGBl I 1939).

2368 BT-Drs 18/8615, 48.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tiven Ergebnissen führt.[2369] Dennoch bietet sie eine „dauerhafte Aufenthaltsperspektive" und kann als „Aufenthaltsrecht im Duldungsgewand" bezeichnet werden.[2370] Die „Ausbildungsduldung" ist daher im Einklang mit der vorliegenden Arbeit als Vorstufe zu einem Aufenthaltsrecht zu qualifizieren.[2371]

Mit dem „Duldungsgesetz", das am 1.1.2020 in Kraft tritt, wird § 60a Abs 2 S 4 bis 12 AufenthG aufgehoben und in § 60c AufenthG idF „Duldungsgesetz" die „Ausbildungsduldung" neu geregelt und in § 60d AufenthG idF „Duldungsgesetz" eine „Beschäftigungsduldung" geschaffen.[2372] Dadurch soll der bestehende „Fachkräftemangel" in Deutschland zunächst durch inländische Arbeitskräfte gedeckt werden.[2373] Die „Ausbildungsduldung" zielt vor allem auf qualifizierte Berufsausbildungen ab, wohingegen die „Beschäftigungsduldung" „Beschäftigungen unterhalb des Fachkräfteniveaus"[2374] adressiert. Der bereits angesprochene „Paradigmenwechsel" wird dadurch unterstrichen, dass beide Duldungen „letztlich auch als ‚Brücke' in ein vollwertiges Aufenthaltsrecht"[2375] fungieren. Die neu geregelte „Ausbildungsduldung" ermöglicht wie bisher die Erlangung der hier besprochenen „Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung". Mit der neu geschaffenen „Beschäftigungsduldung" kann eine „Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration" erlangt werden.[2376]

Österreich hat im Gegensatz zur Entwicklung in Deutschland den entgegengesetzten Weg gewählt und wird nach teils heftiger Diskussion auch rechtskräftig abgewiesene Asylwerber*innen abschieben und für diese keine

---

2369 Vgl *Eichler*, Die „neue" Ausbildungsduldung: Möglichkeiten und Hindernisse in der Umsetzung des § 60a Abs. 2 S. 4 ff., Asylmagazin 2017, 177.

2370 *Röder/Wittmann*, Aktuelle Rechtsfragen der Ausbildungsduldung, ZAR 2017, 345 (352).

2371 Siehe Kapitel 2.B.III.1.a.

2372 Vgl zu den Änderungen im Detail *Röder/Wittmann*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 23; *Rosenstein/Koehler*, ZAR 2019, 223; *Rosenstein/Koehler*, Die neue Ausbildungsduldung – eine notwendige Überarbeitung, Informationsbrief Ausländerrecht 2019, 266.

2373 In diesem Sinne *Kluth*, NVwZ 2019, 1308f und *Rosenstein/Koehler*, Informationsbrief Ausländerrecht 2019, 266.

2374 *Kluth*, NVwZ 2019, 1309.

2375 *Röder/Wittmann*, Das Migrationspaket – Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 24.

2376 Siehe hierzu § 25b Abs 6 AufenthG idF „Duldungsgesetz" und Kapitel 5.B.I.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ausnahmen mehr aufgrund der angefangenen Lehrausbildung machen.[2377] Nach der bei Abschluss der vorliegenden Arbeit (1.1.2019) bestehenden Rechtslage endet eine Lehrausbildung ex lege sobald ein Asylverfahren rechtskräftig abgeschlossen wird.[2378] Dies wird unter anderem aufgrund des angeblich auch in Österreich bestehenden „Fachkräftemangels" kritisiert.[2379] Jedoch steht die Rspr des VwGH „einer Berücksichtigung der Lehre in einem Mangelberuf als öffentliches Interesse zugunsten des Fremden entgegen".[2380] Folglich sind die Interessen des inländischen Arbeitsmarktes nicht von Art 8 EMRK umfasst.[2381] Diese Rspr ist erst nach Abschluss der vorliegenden Arbeit ergangen. Darüber hinaus gab es noch weitere Entwicklungen und intensive politische Debatten, wie Österreich mit abgewiesenen Asylwerber*innen, die eine Lehre begonnen haben, umgehen soll. Im September 2019 wurde ein Entschließungsantrag im Nationalrat angenommen, wonach eine pragmatische Lösung für Asyl und Lehre gefunden werden soll.[2382] Konkret wurde der Bundesminister für Inneres aufgefordert sicherzustellen, dass die ca 900 Asylwerber*innen ihre Lehre abschließen und während dieser Zeit nicht abgeschoben werden können. Anfang Dezember 2019 wurde im Nationalrat schließlich eine Novelle des FPG beschlossen.[2383] Diese legt in § 55a FPG idF BGBl I 110/2019 fest, dass die Frist für die

2377 Zur aktuellen Diskussion *NN*, Abgelehnte Asyl-Lehrlinge werden nun doch abgeschoben, diepresse.com v 12.9.2018, https://diepresse.com/home/innenpolitik/5494875/Abgelehnte-AsylLehrlinge-werden-nun-doch-abgeschoben (10.12.2018).

2378 § 14 Abs 2 lit f Berufsausbildungsgesetz, BGBl 142/1969 idF BGBl I 32/2018, und *Peyrl*, Arbeitsmarkt 306.

2379 Siehe hierzu *NN*, WKÖ-Studie: In Österreich fehlen 162.000 Fachkräfte, sn.at v 31.8.2018, https://www.sn.at/wirtschaft/oesterreich/wkoe-studie-in-oesterreich-fehlen-162-000-fachkraefte-39460492 (21.12.2018); *Fink/Titelbach/Vogtenhuber/Hofer*, Gibt es in Österreich einen Fachkräftemangel? Analyse anhand von ökonomischen Knappheitsindikatoren, Studie v Dezember 2015, https://irihs.ihs.ac.at/id/eprint/3891/1/IHS_Fachkräftemangel_Endbericht_09122015_final.pdf (30.6.2019) und die Initiative Ausbildung statt Abschiebung unter http://ausbildung-statt-abschiebung.at/ (4.1.2019).

2380 VwGH 28.2.2019, Ro 2019/01/0003-3 und 15.7.2019, Ra 2019/18/0108. Kritisch *Reyhani/Nowak*, Beschäftigung von Asylsuchenden in Mangelberufen und die Zulässigkeit von Rückkehrentscheidungen, Gutachten v 4.7.2018.

2381 VwGH 28.2.2019, Ro 2019/01/0003-3, Rn 47 mwN.

2382 109/E 26. GP v 19.9.2019.

2383 87/A 27. GP – Initiativantrag v 13.11.2019. Dieser wurde am 11.12.2019 im Nationalrat beschlossen; *NN*, AsylwerberInnen in Lehre: Vier-Fraktionen-Einigung im Nationalrat, Parlamentskorrespondenz Nr 1183 v 11.12.2019, https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2019/PK1183/#XXVII_A_00087 (12.12.2019).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

freiwillige Ausreise zum Zweck des Abschlusses einer begonnenen Berufsausbildung gehemmt wird. Die Ausreiseverpflichtung beginnt demnach erst nach Lehrabschluss zu laufen. Die Bestimmung normiert sozusagen „einen schlichten Aufschub"[2384] der zwangsweisen Abschiebung, der aber anders als die bisher bestehende Duldung konzipiert ist.[2385] Erfasst werden von der Regelung alle AsylwerberInnen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes ihre Lehre begonnen haben, und deren Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen wurde.[2386] Kontextuell bedeutsam ist, dass – ähnlich wie in Deutschland – wirtschaftliche Interessen ausschlaggebend für diese Novelle waren.[2387] Unklar bleibt aber, welche dauerhafte Lösung die österreichische Gesetzgebung für diese Personengruppe findet, da es sich hierbei nur um eine Übergangslösung handelt.[2388]

2. Aufenthaltsrecht

Die Aufenthaltserlaubnis wird für die Dauer von zwei Jahren erteilt.[2389] Wie sich aus der Natur der Aufenthaltserlaubnis ergibt, berechtigt sie während dieser Zeit zur Beschäftigung. Erst nach der zweijährigen Aufenthaltsdauer geht mit ihr ein unbeschränkter Arbeitsmarktzugang einher, insofern während des gesamten Zeitraums eine der Qualifikation entsprechende Beschäf-

---

2384 *NN*, Keine Abschiebung: Asylwerber können Lehre abschließen, diepresse.com v 11.12.2019, https://www.diepresse.com/5736996/keine-abschiebung-asylwerber-konnen-lehre-abschliessen (11.12.2019). Siehe auch § 125 Abs 31 bis 34 FPG idF BGBl I 110/2019.

2385 Siehe Kapitel 5.A.I.3.

2386 10267/BR 27. GP und *NN*, AsylwerberInnen in Lehre: Vier-Fraktionen-Einigung im Nationalrat, Parlamentskorrespondenz Nr 1183 v 11.12.2019, https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2019/PK1183/#XXVII_A_00087 (12.12.2019). Ausgeschlossen werden außerdem jene, die straffällig geworden sind, und jene, die im Rahmen des Asylverfahrens über ihre Identität getäuscht haben; § 55a Abs 2 FPG idF BGBl I 110/2019.

2387 *NN*, Asylwerbende in Lehre: Einigung im Budgetausschuss, Parlamentskorrespondenz Nr 1156 v 3.12.2019, https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2019/PK1156/index.shtml (12.12.2019).

2388 Gem § 126 Abs 23 FPG idF BGBl I 110/2019 tritt die Regelung nach Ablauf von vier Jahren nach ihrem Inkrafttreten außer Kraft. Die Novelle tritt am 28.12.2019 in Kraft. Siehe auch *Konrad*, Modernes Bleiberecht: Wir brauchen sehr schnell eine Lösung, diepresse.com v 7.12.2019, https://www.diepresse.com/5734477/modernes-bleiberecht-wir-brauchen-sehr-schnell-eine-losung (12.12.2019).

2389 § 18a Abs 1a AufenthG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tigung ausgeübt wurde.[2390] Während des aufrechten Beschäftigungsverhältnisses haben die Ausländer*innen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Sozialleistungen nach dem SGB II.[2391]

IV. Zwischenergebnis

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 Regularisie-

2390 § 18a Abs 2 S 3 AufenthG und § 9 BeschV; vgl *Dienelt* in *Bergmann/Dienelt* § 18a AufenthG Rn 26 mwN.

2391 Vgl *Frings/Janda/Keßler/Steffen*, Sozialrecht Rn 635f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rungszwecks „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

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

Abschließend 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.[2392] 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.[2393]

F. Sonstige staatliche Interessen[2394]

Unter den Regularisierungszweck „sonstige staatliche Interessen" fallen zwei spanische Aufenthaltsberechtigungen. Die „befristete Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenar-

2392 Vgl *Piek*, ZEuP 2013, 66, 70 und 73f und allgemein zur funktionalen Methode Einleitung D.I.
2393 Siehe Kapitel 5.G.
2394 Siehe bereits Kapitel 2.B.III.6.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beit mit den öffentlichen Behörden, der nationalen Sicherheit oder aus öffentlichem Interesse“ wird für ein Jahr und die „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit gegen organisierte Netzwerke” für fünf Jahre erteilt.

I. „Befristete Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit mit den öffentlichen Behörden, der nationalen Sicherheit oder aus öffentlichem Interesse“ – Spanien

Gem Art 127 REDYLE kann eine „befristete Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit mit den öffentlichen Behörden, der nationalen Sicherheit oder aus öffentlichem Interesse“ („autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público“) erteilt werden. Diese Aufenthaltsberechtigung geht über die völker- und europarechtlichen Verpflichtungen hinaus. Mangels genauer Angaben in den Statistiken ist unklar, wie viele Aufenthaltsberechtigungen aufgrund dieser Bestimmung erteilt wurden.[2395]

1. Erteilungsvoraussetzungen

Art 127 REDYLE legt zunächst fest, dass Ausländer*innen eine Aufenthaltsberechtigung erteilt werden kann, die mit polizeilichen, steuerlichen oder richterlichen Verwaltungsbehörden außerhalb des Kampfes gegen organisierte Netzwerke zusammenarbeiten. Im Kampf gegen organisierte Netzwerke existieren zwei eigenständige Aufenthaltsberechtigungen, die sogleich beleuchtet werden.[2396] Im Zusammenhang mit der „befristeten Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen“ für Opfer von Straftaten wurde ein Fall des Obersten Gerichtshofes Kastilien-La Mancha näher vorgestellt,[2397] der auch für die hier thematisierte Aufenthaltsberechtigung von Bedeutung ist: Der Betroffene hat als geschützter Zeuge zur Aufdeckung eines Drogennetzwerks und durch seine Aussagen zur Verhaf-

2395 Siehe Kapitel 4.C.III.1.
2396 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 298 und siehe Kapitel 5.F.II.
2397 STSJ Castilla-La Mancha 225/2016, ECLI:ES:TSJCLM:2016:225, FJ 3 und siehe Kapitel 5.D.I.4.a.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung mehrerer Personen und Zerschlagung diverser Laboratorien beigetragen, wodurch die Voraussetzung der „Zusammenarbeit" mit öffentlichen Verwaltungsbehörden erfüllt gewesen wäre.[2398] Unklar bleibt aber, wieso dieser Sachverhalt, in concreto die Zerschlagung eines Drogennetzwerks, nicht unter die „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit gegen organisierte Netzwerke" subsumiert wurde.[2399]

Weiters wäre es möglich eine Aufenthaltsberechtigung aufgrund der „Zusammenarbeit" oder „nationalen Sicherheit" oder aus „öffentlichem Interesse" zu erhalten, wenn einer der aufgezählten Gründe die Erteilung rechtfertigt. Bei den beiden Tatbestandselementen „nationale Sicherheit" und „öffentliches Interesse" handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Bedeutungsgehalt sich weder aus der einschlägigen Literatur[2400] noch aus der Judikatur[2401] ermitteln lässt.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass bei allen drei Tatbeständen nicht klar ist, welche Sachverhaltskonstellationen tatsächlich zur Gewährung eines Aufenthaltsrechts führen, weshalb eine diesbezügliche gesetzliche Klarstellung wünschenswert wäre.[2402]

2. Aufenthaltsrecht

Die Aufenthaltsberechtigung wird in der Regel für ein Jahr erteilt.[2403] Art 128 Abs 5 REDYLE legt fest, welche Behörde für das Erteilen der Aufenthaltsberechtigung zuständig ist.[2404] Ist der Tatbestand der Zusammenarbeit mit polizeilichen, steuerlichen oder richterlichen Verwaltungsbehörden erfüllt oder handelt es sich um Fälle von nationaler Sicherheit ist das Staatssekretärsamt für nationale Sicherheit zuständig. Den Anträgen ist jeweils eine Stellungnahme der Direktion der Sicherheitsbehörden („Jefatura de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad") bzw der steuerlichen oder judiziellen Verwaltungsbehörde, die das jeweilige Verfahren im Hinblick auf die Zu-

2398 Siehe zum Begriff „Zusammenarbeit" auch Kapitel 5.F.II.
2399 Siehe Kapitel 5.F.II.
2400 Vgl nur etwa *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 298f oder *Fernández Collados* in *Palomar Olmeda* 413f.
2401 Vgl etwa STS 5515/2016, ECLI:ES:TS:2016:5515 und STSJ Castilla-La Mancha 225/2016, ECLI:ES:TSJCLM:2016:225.
2402 Siehe für eine ähnliche Analyse auch Kapitel 5.F.II.1.
2403 Art 130 Abs 1 REDYLE.
2404 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 300.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sammenarbeit geführt hat, beizugeben, in denen die Gründe für die Erteilung substantiiert werden.[2405] In diesen Fällen kann die Aufenthaltsberechtigung – im Gegensatz zu den übrigen „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen" – verlängert werden,[2406] wenn das Staatssekretärsamt für nationale Sicherheit zum Schluss kommt, dass die Erteilungsgründe weiterhin vorliegen.[2407]

In den Fällen der Zusammenarbeit mit Verwaltungsbehörden und in denen betreffend das öffentliche Interesse ist das Generalstaatssekretärsamt für Ein- und Auswanderung zuständig.[2408] Neben der Antragsstellung bei der jeweils zuständigen Behörde legt Art 127 S 2 REDYLE überdies nahe, dass beim Staatssekretärsamt für nationale Sicherheit bzw beim Generalstaatssekretärsamt für Ein- und Auswanderung die Erteilung des Aufenthaltstitels angeregt („instar") werden kann. So kann eine steuerliche Verwaltungsbehörde beim Staatssekretärsamt für nationale Sicherheit die Erteilung anregen, insofern der*die Betroffene ausreichend mit ihr zusammengearbeitet hat.

II. „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit gegen organisierte Netzwerke" – Spanien

Das spanische Ausländerrecht normiert in Art 59 LODYLE sowie in Art 135-139 REDYLE zwei Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen, die Ausländer*innen erteilt werden können, wenn sie bei der Strafverfolgung gegen organisierte Netzwerke kooperieren. Die zwei Aufenthaltsberechtigungen unterscheiden sich nur aufgrund der Behörde, mit der die betreffende Person kooperiert. In der erforderlichen Zusammenarbeit im Kampf gegen organisierte Netzwerke grenzen sie sich weiters von der Aufenthaltsberechtigung gem Art 127 REDYLE ab.[2409] Mangels genauer Angaben in den Statistiken ist unklar, wie viele Aufenthaltsberechtigungen aufgrund dieser Bestimmung erteilt wurden.[2410]

2405 Art 128 Abs 5 REDYLE und vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 299.
2406 Siehe Kapitel 4.C.III.4.
2407 Vgl *García Vitoria* in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 305.
2408 Art 128 Abs 5 lit b REDYLE
2409 Vgl *Esteban de la Rosa*, Art 31 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 506 und siehe Kapitel 5.F.I.1.
2410 Siehe Kapitel 4.C.III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Durch die Schaffung dieser Aufenthaltsberechtigung wurde ein rechtlicher Anreiz für die Opfer, Zeug*innen oder anderweitig Geschädigte in der Verfolgung der Täter*innen[2411] von bestimmt festgelegten (Verwaltungs-)Straftaten geschaffen.[2412] Folglich kann die Zusammenarbeit von irregulär aufhältigen Ausländer*innen mit den Behörden gestärkt und gleichzeitig die Verfolgung und tatsächliche Verurteilung der Täter*innen verbessert werden.[2413] Auf den ersten Blick gehen die beiden hier dargelegten Aufenthaltsberechtigungen über die völker- und europarechtlichen Bestimmungen hinaus und bieten einen besseren Schutz für jene Ausländer*innen, die mit den Behörden kooperieren. Bei der näheren Analyse zeigt sich aber, dass auch Opfer von Arbeitsausbeutung die hier behandelte Aufenthaltsberechtigung erlangen können. Da sich dies aus Art 13 Abs 4 Sanktions-RL ableiten lässt, wie bereits im Zusammenhang mit dem Regularisierungszweck „Vulnerabilität" bzw der Unterkategorie „Opferschutz" dargestellt wurde,[2414] stellt dies somit auch eine europarechtliche Umsetzung bzw Herleitung dar.

1. Erteilungsvoraussetzungen

Art 59 Abs 1 LODYLE normiert als erste Tatbestandsvoraussetzung, dass der*die Ausländer*in irregulär aufhältig sein muss.[2415] Darüber hinaus wird verlangt, dass der*die Ausländer*in als Opfer, Zeuge*in oder im Zusammenhang mit einer der folgenden Straftaten bzw Verwaltungsstrafen anderweitig geschädigt worden sein muss:[2416] Menschenschmuggel; irreguläre Einwan-

2411 Oder auch Beteiligten; vgl *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* (Hrsg), Comentario a la ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social[2] (2013) 942 (942).

2412 Vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 343f.

2413 So auch *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 943.

2414 Siehe Kapitel 2.B.III.4.a. und Kapitel 5.D.I.

2415 Vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 344f und *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 946.

2416 Vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 345f; *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/*

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

derung;[2417] Arbeitsausbeutung;[2418] Schmuggel von Arbeitskräften („tráfico ilícito de mano de obra“);[2419] oder Ausbeutung im Rahmen der Prostitution.[2420] Menschenschmuggel grenzt sich durch die Einwilligung bzw Beteiligung des*r Betroffenen am unrechtmäßigen Transport vom Menschenhandel ab.[2421] Bei letzterem ist gerade keine Einwilligung der Betroffenen gegeben, vielmehr wird Gewalt oder Drohung angewandt.[2422] Darüber hinaus muss im Hinblick auf jede gesetzte Handlung die Notsituation der Betroffenen ausgenützt[2423] und diese durch organisierte Gruppen oder Banden getätigt worden sein.[2424]

Unter „Zusammenarbeit“ versteht man sowohl die Anzeige einer der genannten (Verwaltungs-)Straftaten, das Beisteuern unerlässlicher Angaben oder Materialien für das Verfahren sowie das Aussagen von relevanten Angaben.[2425] Laut dem Obersten Gerichtshof erfüllt ein Verhalten den Zusammenarbeitsbegriff nicht, wenn es sich lediglich um das Setzen eines rechtsgetreuen Verhaltens handelt.[2426] Umgekehrt ist es nicht erforderlich, dass durch die Zusammenarbeit das Leben, die Freiheit oder die Güter der betroffenen Person gefährdet werden.[2427] Laut Rspr kann aber jedenfalls von einer Zusammenarbeit ausgegangen werden, wenn ein*e Ausländer*in eine Anzeige einbringt und relevante Aussagen macht, die zur Identifikation und

---

Fernández Avilés/Triguero Martínez 943f und 946 und insbesondere Instrucción DGI/SGRJ/06/2006, 2.

2417 Art 318bis CP und Art 54 Abs 1 lit b LODYLE; vgl *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 946-948.

2418 Art 311 und 312 Abs 2 CP; vgl *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 946 und 948.

2419 Art 312 Abs 1 CP.

2420 Art 188 Abs 1 CP.

2421 Art 318bis CP und vgl STS 4668/2016, ECLI:ES:TS:2016:4668

2422 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 947.

2423 So der Gesetzeswortlaut gem Art 59 Abs 1 LODYLE; vgl *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 944.

2424 Vertiefend *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 944f.

2425 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 946 und *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 966 und ausführlich STSJ Castilla-La Mancha 225/2016, ECLI:ES:TSJCLM:2016:225.

2426 STS 3389/2016, ECLI:ES:TS:2016:3389 und STS 3800/2016, ECLI:ES:TS:2016:3800; in den zitierten Fällen sind die Betroffenen bloß einer gerichtlichen Verfügung nachgekommen.

2427 STSJ Castilla-La Mancha 225/2016.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verurteilung der Täter*innen führen.[2428] Unklar bleibt aber, ob bspw das Einbringen einer Anzeige für das Erteilen einer Aufenthaltsberechtigung ausreichen würde.[2429] Der (weite) Ermessensspielraum der Behörden führt zu einer großen Rechtsunsicherheit und erhöht die Vulnerabilität der kooperierenden Opfer, Zeug*innen, etc.[2430] Zweckmäßig wäre deshalb gesetzlich abschließend festzulegen, welche konkreten Handlungen den Zusammenarbeitsbegriff erfüllen.

Im Unterschied zur „befristeten Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Opfer des Menschenhandels" ist das Erfordernis der Zusammenarbeit eine Tatbestandsvoraussetzung. Dies ist auch der Grund weshalb die hier analysierte „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen aufgrund der Zusammenarbeit gegen organisierte Netzwerke" im Regularisierungszweck „sonstige staatliche Interessen" kategorisiert wurde. Folglich ist der Anwendungsbereich wesentlich kleiner, da die persönliche Situation des Opfers nicht in Betracht gezogen wird.[2431]

2. Verwaltungsstrafbefreiung

Nunmehr stellt sich zunächst die Frage, mit welchen Behörden eine Kooperation möglich ist. Einerseits wird die Zusammenarbeit mit nicht polizeilichen Verwaltungsbehörden festgelegt („autoridades administrativas no policiales").[2432] Laut einer Anordnung zum Ausländerrecht ist hierunter etwa das Arbeits- und Sozialversicherungsinspektorat („Inspección de Trabajo y Seguridad Social") zu verstehen.[2433] Andererseits normiert Art 137 REDYLE die Zusammenarbeit mit polizeilichen, steuerlichen oder richter-

2428 In dem Sinne STSJ Castilla-La Mancha 225/2016, ECLI:ES:TSJCLM:2016:225; vgl auch *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 948f mwN.

2429 In dem Sinne *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 346f mwN.

2430 In dem Sinne *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 346f und *Defensor del Pueblo*, Recomendación v 23.5.2016, Queja 16002509.

2431 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 960f und siehe Kapitel 5.D.I.4.c.

2432 Art 136 REDYLE.

2433 Instrucción DGI/SGRJ/06/2006, 1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichen Verwaltungsbehörden („autoridades administrativas policiales, fiscales o judiciales").

Je nachdem mit welcher Behörde kooperiert wird, hat diese sodann eine Stellungnahme an die für das Verwaltungsstrafverfahren zuständige Behörde zu übermitteln, aus der die geleistete Zusammenarbeit hervorgeht.[2434] Ein zentraler Punkt ist hierbei, dass die kooperierenden Ausländer*innen in den Genuss einer Verwaltungsstrafbefreiung kommen können, da dies als weiterer Anreiz für die Zusammenarbeit dienen soll.[2435] Sie können von der Strafbarkeit aufgrund des irregulären Aufenthalts in einem bereits eingeleiteten Ausweisungsverfahren[2436] oder auch in Bezug auf jedes andere Verwaltungsstrafverfahren befreit werden.[2437] Die für das Verwaltungsstrafverfahren zuständige Behörde trifft eine Aufklärungspflicht über die Verwaltungsstrafbefreiung.[2438] Erlangt die Staatsanwaltschaft umgekehrt Kenntnis von Ausländer*innen die die Erteilungsvoraussetzungen erfüllen und unentbehrlich für ein Strafverfahren sind, kann die Staatsanwaltschaft bei der jeweils zuständigen Behörde die Nichtvollstreckung der Ausweisung anregen.[2439]

Basierend auf der Stellungnahme, in der die Zusammenarbeit dargelegt wird, übermittelt die für das Verwaltungsstrafverfahren zuständige Behörde sodann einen Vorschlag an den*die zuständige*n Vertreter*in der Zentralregierung bzw Regierungsbeauftragte*n,[2440] in der die Befreiung der Strafbarkeit angeregt wird. Der*die zuständige Vertreter*in hat sodann über die Befreiung sowie gleichzeitig über die vorübergehende Aussetzung des Verwaltungsstrafverfahrens bzw die Vollziehung der Ausweisung zu entscheiden.[2441] Die Verwaltungsstrafbefreiung ist sehr ähnlich wie bei der

2434 Art 135 Abs 1 REDYLE; vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 347f.

2435 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 943.

2436 Art 135 Abs 1 REDYLE iVm Art 53 Abs 1 lit a LODYLE; vgl *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 942f.

2437 In dem Sinne *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 346f mwN.

2438 Art 59 Abs 2 LODYLE; vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 347.

2439 Art 59 Abs 4 LODYLE.

2440 Siehe zur Zuständigkeit Art 135 Abs 2 REDYLE.

2441 Art 135 Abs 3 REDYLE; vgl auch Instrucción DGI/SGRJ/06/2006, 4.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„befristeten Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Opfer des Menschenhandels" ausgestaltet.[2442]

Wird der Verwaltungsstrafbarkeit stattgegeben, ist der*die Ausländer*in über die Möglichkeit zu informieren, dass ein Antrag auf Stellung einer Aufenthaltsberechtigung wegen der Zusammenarbeit gegen organisierte Netzwerke eingebracht werden kann.[2443] Die Behörde hat die Betroffenen bei der Antragsstellung zu unterstützen. Anstatt der Antragstellung hat der*die Betroffene auch die Möglichkeit eine unterstützte freiwillige Rückkehr in Anspruch zu nehmen.[2444]

3. „Vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis"

Im Hinblick auf die Erteilung der Aufenthaltsberechtigung ist nunmehr zu unterscheiden, mit welcher Behörde zusammengearbeitet wurde. Hat der*die Betroffene mit nicht polizeilichen Verwaltungsbehörden kooperiert, hat er*sie den Antrag auf die „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" bei dem*der Vertreter*in der Zentralregierung bzw Regierungsbeauftragten, der*die für die Befreiung zuständig war, einzubringen. Zuständig für die Entscheidung ist in der Folge aber das Generalstaatssekretärsamt für Ein- und Auswanderung.[2445] Wurde mit polizeilichen, steuerlichen oder richterlichen Behörden zusammengearbeitet, ist für die Erteilung das Staatssekretärsamt für nationale Sicherheit zuständig, wobei der Antrag bei der zuständigen Polizeieinheit der Ausländerbehörde einzubringen ist.[2446] Der Antrag wird sodann mit der zuvor genannten Stellungnahme über die Zusammenarbeit und einer weiteren Stellungnahme, die eine inhaltliche Einschätzung über das Verfahren enthält, weitergeleitet.

Ist die inhaltliche Stellungnahme positiv, wird dem*r Betroffenen automatisch eine „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" erteilt, worüber er*sie unverzüglich zu informieren ist.[2447] Hierfür ist kein neuerlicher Antrag erforderlich, weshalb die Stellungnahme eine derart

2442 Art 59 Abs 3 und 59bis Abs 4 LODYLE sowie Art 135 sowie Art 143 REDYLE. Vgl *Vicente Palacio*, Art 59bis LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 965 und siehe Kapitel 5.D.I.4.

2443 Art 136 Abs 1 bzw Art 137 Abs 1 REDYLE.

2444 Vgl im Detail Art 138 REDYLE.

2445 Art 136 REDYLE.

2446 Art 137 REDYLE.

2447 Art 136 Abs 3 und 4 sowie Art 137 Abs 3 und 4 REDYLE.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

große Bedeutung hat.[2448] Mit der „vorläufigen Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" ist die Aufnahme jeglicher Erwerbstätigkeit möglich.[2449] Die „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" charakterisiert, dass sie ab dem Zeitpunkt der Benachrichtigung bis zur Entscheidung über die endgültige „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" gilt.[2450] Ist die inhaltliche Stellungnahme jedoch negativ, wird die „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" nicht erteilt.

4. Aufenthaltsrecht

Ist die endgültige Entscheidung über die „Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" positiv, wird diese mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren erteilt und berechtigt wiederum zur Ausübung jeglicher Erwerbstätigkeit.[2451] Die mit dem REDYLE eingeführte Neuerung, dass die Gültigkeitsdauer von einem auf fünf Jahre erweitert wurde, ist jedenfalls hervorzuheben.[2452] Derart kann anschließend eine Daueraufenthaltsberechtigung beantragt werden.[2453] Zu den erforderlichen fünf Jahren wird auch der Zeitraum gezählt, während dem der*die Betroffene eine „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" innehatte.[2454]

Endet das Verfahren negativ, verliert eine gegebenenfalls erteilte „vorläufige Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis" automatisch ihre Wirksamkeit. Das Ausweisungsverfahren wird ebenfalls wieder aufgenommen, wobei in der Regel eine Ausweisung erlassen wird, außer es sprechen Gründe für die Erteilung einer Geldbuße.[2455] In einem wiederaufgenommenen Ausweisungsverfahren ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass der*die Betroffene eine andere „Aufenthaltsberechtigung aus außergewöhnlichen Grün-

2448 Vgl *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 951.
2449 Art 136 Abs 6 und Art 137 Abs 6 REDYLE.
2450 Vgl *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 349f.
2451 Art 136 Abs 7 und Art 137 Abs 7 REDYLE.
2452 So auch *Díaz Morgado*, La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* 350.
2453 Art 32 LODYLE.
2454 Art 136 Abs 7 und Art 137 Abs 7 REDYLE.
2455 Instrucción DGI/SGRJ/06/2006, 4; vgl *Vicente Palacio*, Art 59 LODYLE in *Monereo Pérez/Fernández Avilés/Triguero Martínez* 953.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den" beantragen könnte bzw für diese unter Umständen in Frage kommt.[2456] Liegen die Voraussetzungen für eine der Aufenthaltsberechtigungen vor, ist das Ausweisungsverfahren einzustellen.[2457]

III. Zwischenergebnis

Der Regularisierungszweck „sonstige staatliche Interessen" ist eine autonom-nationale Regularisierungskategorie, die sich nur aus den nationalstaatlichen 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 aufgrund 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 Netzwer-

---

2456 Art 136 Abs 9 und Art 137 Abs 9 REDYLE; so auch *Lázaro González/Benlloch Sanz* in *Palomar Olmeda* 900 im Zusammenhang mit der „befristeten Aufenthaltsberechtigung und Arbeitserlaubnis aus außergewöhnlichen Gründen für ausländische Opfer des Menschenhandels" und zur Parallelbestimmung gem Art 144 Abs 7 REDYLE; siehe Kapitel 5.D.I.4.

2457 Art 241 Abs 2 REDYLE. Siehe Kapitel 4.C.III.3.b.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ke“ 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.[2458] 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.

Abschließend ist genau wie in dem Zwischenergebnis hinsichtlich des Regularisierungszwecks „Erwerbstätigkeit und Ausbildung“ auf einen weiteren Befund der Untersuchung einzugehen.[2459] 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.[2460] 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.

G. Resümee – Die ausdifferenzierten Regularisierungssysteme

In jedem der drei analysierten Mitgliedstaaten existiert ein ausdifferenziertes System an Regularisierungen. Im Hinblick auf die Einteilung der Regulari-

2458 Siehe Kapitel 5.D.I.4.-5.
2459 Siehe Kapitel 5.E.IV.
2460 Siehe Kapitel 5.G.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sierungszwecke zeigt sich deutlich,[2461] 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.[2462]

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, nor-

2461 Siehe Tabelle 2 in Kapitel 2.B.III.
2462 Siehe die diesbezüglich aufgestellte Hypothese in Kapitel 2.B.V.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

miert. 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. Die „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist" stellt die quantitativ wichtigste Regularisierung im deutschen Recht dar. Hauptanwendungsfall ist hierbei wiederum die Umsetzung von Art 8 EMRK.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-187, am 12.10.2024, 07:51:12
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb