Teil 1 – Aufenthaltsrechtliche Irregularität und Regularisierungen

Der erste Teil dieser Arbeit beschäftigt sich mit aufenthaltsrechtlicher Irregularität und Regularisierungen und steckt den unionsrechtlichen Rahmen ab. In Kapitel 1 werden zunächst die Aufenthaltsrechte von Migrant*innen und der irreguläre Aufenthalt behandelt. Anhand der Mehrebenenanalyse kann gezeigt werden, dass sich die nationalen Rechtsordnungen durch den Einfluss des Völker- und Europarechts in Bezug auf die Genehmigung des Aufenthalts von Migrant*innen verändert haben und in diesen Materien nicht mehr alleine die Mitgliedstaaten entscheiden. Diese differenzierte Betrachtung ist mittels der Unterscheidung zwischen Migrant*innen mit und ohne quasi-automatischen Aufenthaltsrechten möglich, da diese zeigt, dass diese Rechte sowohl auf der internationalen, der EU- als auch auf der nationalen Ebene festgelegt sind. Gleichzeitig kann der inhaltliche und persönliche Gegenstand der vorliegenden Arbeit definiert werden. In Kapitel 2 wird sodann der Regularisierungsbegriff im Detail beleuchtet. Einerseits wird eine Definition von Regularisierungen und andererseits eine Kategorisierung von Regularisierungen für den Rechtsvergleich vorgenommen. Diese konzeptionellen Überlegungen sind notwendig, um sich anschließend in Kapitel 3 rechtsdogmatisch mit den unionsrechtlichen Handlungsspielräumen in Bezug auf die aufenthaltsrechtliche Irregularität und Regularisierungen beschäftigen zu können. Zunächst wird das Sekundärrecht, in concreto die RückführungsRL, analysiert. Anschließend wird bei näherer Analyse der primärrechtlichen Bestimmungen deutlich, dass die EU die notwendige Kompetenz besitzt, um einen Rechtsakt betreffend Regularisierungen auf EU-Ebene zu erlassen.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 1 – Die Mehrebenenanalyse der Aufenthaltsrechte von Migrant*innen und des irregulären Aufenthalts in der EU[187]

Die (öffentlichen) Debatten vermitteln oftmals den Eindruck, dass jeder Mitgliedstaat selbstständig darüber entscheidet, ob der Aufenthalt eines*r Migranten*in genehmigt wird. Mit anderen Worten, ob die Person (aufenthaltsrechtlich) irregulär wird. Dieses Verständnis greift zu kurz,[188] da es den Mehrebenencharakter in der EU verkennt.[189]

Ich werde daher anhand der Mehrebenenanalyse die Aufenthaltsrechte von Migrant*innen und den irregulären Aufenthalt in der EU beleuchten (A.). Dadurch kann ich einerseits zeigen, wer innerhalb der EU (tatsächlich) ermächtigt ist, den Aufenthalt von Migrant*innen zu genehmigen bzw umgekehrt den irregulären Aufenthalt von Migrant*innen zu begründen (B.-D.) und andererseits die persönliche Reichweite meiner Dissertation definieren. Derart kann herauskristallisiert werden, welche Personen in der EU als irregulär aufhältige Migrant*innen zu identifizieren sind.[190] Abschließend kann ich die Veränderung der nationalen Rechtsordnungen im Hinblick auf die Aufenthaltsrechte von Migrant*innen und den irregulären Aufenthalt beschreiben (E.).

*A. Mehrebenenanalyse und aufenthaltsrechtlich privilegierte Migrant*innen*

In Bezug auf die Aufenthaltsrechte von Migrant*innen ist die sogenannte „statist assumption“[191] in der Lehre nach wie vor stark verankert und stellt

187 Das vorliegende Kapitel wurde bereits in einer früheren Fassung auf Deutsch und in einer aktuelleren auf Englisch publiziert; *Hinterberger* in *Thym/Klarmann* 155 sowie *Hinterberger*, EJML 2018 und siehe Einleitung D.III.

188 Für eine eindrucksvolle These mit anderen Schwerpunkten siehe *Costello*, Human Rights 13ff.

189 *Howse/Nicolaidis*, Democracy without Sovereignty: The Global Vocation of Political Ethics in *Broude/Shany* (Hrsg), The Sifting Allocation of Authority in International Law (2008) 163 (164-167).

190 Eine erste Annäherung bei *Guild*, Who is an irregular migrant? in *Bogusz/Cholewinski/Cygan/Szyszczak* (Hrsg), Irregular Migration and Human Rights (2004) 3.

191 *Costello*, Human Rights 10f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einen der Grundpfeiler des völkerrechtlichen Fremdenrechts dar.[192] Nach dieser ist die Macht und das Recht „to admit and exclude aliens"[193] ein Ausfluss staatlicher Souveränität. Folglich entscheidet jeder Mitgliedstaat eigenständig über die Genehmigung des Aufenthalts von Migrant*innen bzw umgekehrt über die Frage, ob sie irregulär aufhältig werden.

Diese Sichtweise greift jedoch zu kurz. Das Recht die Einreise und den Aufenthalt von Migrant*innen zu genehmigen ist gerade nicht uneingeschränkt, auch wenn die Staaten hierbei einen (weiten) Entscheidungsspielraum[194] genießen.[195] Einerseits schränken die Menschenrechte dieses Recht ein. Speziell Art 3 und 8 EMRK bieten einen gewissen Ausweisungsschutz, der an anderer Stelle noch näher dargestellt wird.[196] Dies wurde vom EGMR bereits 1985 im Fall *Abdulaziz* und in der Folge auch vom EuGH bestätigt.[197] Andererseits schränkt das Europarecht den Spielraum der Mitgliedstaaten für eigenständige bzw abweichende nationalstaatliche Regelungen ein.[198]

In dem Zusammenhang bietet ein Werk von *Costello* betreffend die Menschenrechte von Migrant*innen und Flüchtlingen im Unionsrecht eine interessante Perspektive. Die Autorin argumentiert darin: „The EU is a transformative political space, and in taking decisions out of the exclusive domain of the State, the underlying assumption of the confluence of territory, authority, and rights is undone, destabilizing the statist migration control assumption".[199] Ihrer Ansicht nach begründen einige EU-

192 Vgl *Martin*, The Authority and Responsibility of States in *Aleinikoff/Chetail* (Hrsg), Migration and International Legal Norms (2003) 31; *Nafziger*, The General Admission of Aliens under International Law, AJIL 1983, 804; *Krohne*, Die Ausbürgerung illoyaler Staatsangehöriger (2013) 163.

193 *Bosniak*, Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention, International Migration Review 1991, 737 (754).

194 Im Englischen wird üblicherweise der Begriff „discretion" verwendet; siehe *Guild*, Discretion, Competence and Migration in the European Union, EJML 1999, 61 (63f).

195 Vgl grundlegend *Goodwin-Gill*, International Law and the Movement of Persons between States (1978); *Cornelisse*, Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty (2010) 161ff, 176ff.

196 Siehe Fn 522.

197 EGMR 28.5.1985, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich*, 9214/80, 9473/81 und 9474/81, Rn 67; EuGH 27.6.2006, C-540/03, ECLI:EU:C:2006:429, *Parlament/Rat*, Rn 55.

198 Vgl *Tewocht*, Auf dem Weg zur Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen und Unionsbürgern? – Zu Inhalt und Reichweite der sogenannten ‚Rahmenrichtlinie', ZAR 2012, 217 (218 Fn 6 mwN).

199 *Costello*, Human Rights 24.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsakte – etwa betreffend Familien oder der Aufnahme von Flüchtlingen – ein „effektives Einreiserecht".[200] Eine der Gründe hierfür ist die geteilte Gesetzgebungskompetenz zwischen der EU und den Mitgliedstaaten bezüglich der Einreise von Migrant*innen.[201]

Ziel des vorliegenden Kapitels ist, die Idee von *Costello* weiterzuentwickeln und für die angedachte Mehrebenenanalyse fruchtbar zu machen. Dafür setze ich mich mit der Frage auseinander, auf welcher Ebene Rechtsakte erlassen wurden, die sogenannte quasi-automatische Aufenthaltsrechte von Migrant*innen innerhalb der EU begründen.[202]

Um diese Frage angemessen beantworten zu können, unterscheide ich in der Folge zwischen Migrant*innen, die über ein bzw kein quasi-automatisches Aufenthaltsrecht verfügen. Migrant*innen verfügen über ein quasi-automatisches Aufenthaltsrecht und sind daher aufenthaltsrechtlich privilegiert, insofern sie in eine der folgenden Kategorien fallen: (i.) wenn sie Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates, eines EWR-Staates oder der Schweiz sind (Staatsangehörigkeit); (ii.) wenn sie internationalen Schutz im Sinne der StatusRL genießen (anerkannte Schutzbedürftigkeit); (iii.) wenn ein Verwandtschaftsverhältnis zu einem*r aufenthaltsrechtlich privilegierten Migrant*in besteht (Verwandtschaftsverhältnis).

Eine Rechtsfolge, wenn eine Person unter eine der genannten Kategorien fällt, ist, dass sie vereinfacht gesagt „automatisch" mit der Einreise ein Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat der EU erwirbt. So können etwa Unionsbürger*innen aufgrund ihres Freizügigkeitsrechts in einen anderen Mitgliedstaat reisen und sich in diesem aufhalten (i.). Im Falle von Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz müssen die betreffenden Personen zusätzlich zuerst einen Antrag stellen und ein deklaratorisches Statusverifikationsverfahren durchlaufen (ii.).[203] Anders gesagt, aufenthaltsrechtlich privilegierte Migrant*innen genießen ein Aufenthaltsrecht bloß deshalb, weil sie von einer der genannten Kategorien erfasst sind. Der Rechtsanspruch auf das Aufenthaltsrecht ist völker- oder europarechtlich begründet, weshalb den Mitgliedstaaten in diesen Fällen kein Spielraum verbleibt. Eine weitere Rechtsfolge ist, dass Migrant*innen mit quasi-automatischen Aufenthaltsrechten nur in Ausnahmefällen irregulär aufhältig

200 *Costello*, Human Rights 28.

201 *Costello*, Human Rights 13ff. Gem Art 4 Abs 2 lit j AEUV teilen sich die EU und die Mitgliedstaaten die Kompetenzen betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Vertiefend siehe Kapitel 3.D.

202 Vgl *Howse/Nicolaidis* in *Broude/Shany* 164.

203 *Bast*, Aufenthaltsrecht 286 und siehe Kapitel 1.C.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden können. Diese Ausnahmen werden aus Umfanggründen grundsätzlich nicht näher untersucht.[204] Alle quasi-automatischen Aufenthaltsrechte sind im Völker- und/oder Europarecht normiert, keine im nationalen Recht.[205] Somit kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass die Genehmigung des Aufenthalts von Migrant*innen nicht mehr im ausschließlichen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten liegt.[206] Dies ergibt sich unter anderem aus den primärrechtlichen Bestimmungen, wie in der Folge noch gezeigt wird. Allerdings haben die Mitgliedstaaten hierbei noch vollziehende Kompetenzen.[207]

Im Gegensatz dazu verfügen die Mitgliedstaaten noch über Spielraum den Aufenthalt von Migrant*innen, die aufenthaltsrechtlich nicht privilegiert sind, zu begründen oder zu versagen, da keine europa- oder völkerrechtlichen Ansprüche auf Aufenthalt gegeben sind.[208] Jene Migrant*innen, bei denen es sich um Drittstaatsangehörige im Sinne des Unionsrechts handelt,[209] können irregulär aufhältig sein, da sie gerade nicht in den Genuss eines quasi-automatischen Aufenthaltsrechts kommen. Sind sie irregulär aufhältig, fallen sie in den Anwendungsbereich der RückführungsRL.[210] Grundsätzlich haben die Mitgliedstaaten gem Art 6 Abs 1 RückführungsRL die Verpflichtung eine Rückkehrentscheidung gegen irregulär aufhältige Migrant*innen zu erlassen und ein Rückkehrverfahren durchzuführen.[211] Dies steht im Einklang mit dem Ziel der Richtlinie, und zwar „die Festlegung einer wirksamen Rückkehr- und Rückübernahmepolitik […], die auf gemeinsamen Normen und rechtlichen Garantien beruht, die gewährleisten, dass die betreffenden Personen unter vollständiger Achtung der Grundrechte auf menschenwürdige Weise zurückgeführt werden".[212] Dennoch lässt die RückführungsRL den Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum in Bezug auf das Rückführungsverfahren.[213] In dem Zusammenhang hat der EuGH festgestellt, dass die Rückführungs-

204 Siehe aber Kapitel 1.B.I.
205 So auch *Costello*, Human Rights 18.
206 In dem Sinne auch bereits *Guild*, EJML 1999, 63.
207 Vgl *Costello*, Human Rights 28.
208 Siehe Fn 201.
209 Siehe nur Kapitel 1.C.I.
210 Art 2 Abs 1 RückführungsRL; vgl *Lutz* in *Hailbronner/Thym* (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law. A Commentary[2] (2016) Art 2 Return Directive Rn 1ff.
211 Siehe hierzu im Detail unten Kapitel 3.B.I.
212 EuGH *Mahdi*, Rn 38.
213 Siehe nur Art 2 Abs 2, Art 6 Abs 6 und Art 8 Abs 6 RückführungsRL sowie Kapitel 3.B.I. In Bezug auf Art 3 Z 4 RückführungsRL siehe EuGH 6.12.2012, C-430/11, ECLI:EU:C:2012:777, *Sagor*, Rn 39.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

RL nicht zum Ziel hat, „die nationalen Rechtsvorschriften über den Aufenthalt von Ausländern insgesamt zu harmonisieren".[214] Bereits diese Ausführungen zeigen das komplexe Zusammenspiel zwischen der EU- und nationalen Ebene in Bezug auf irregulär aufhältige Migrant*innen, die aufenthaltsrechtlich nicht privilegiert sind.

Meine These lautet daher, dass die Mehrebenenanalyse am besten das komplizierte Zusammenspiel zwischen internationaler, EU- und nationaler Ebene in Bezug auf die Aufenthaltsrechte von Migrant*innen und den irregulären Aufenthalt erfasst. Aus Gründen der Einfachheit wird jede der drei Ebenen als eine homogene „Einheit" behandelt (internationale, EU- und nationale Ebene). In Bezug auf die nationale Ebene wird etwa nicht zwischen Bundes-, regionaler oder kommunaler Ebene unterschieden, auch wenn ausgewählte Beispiele den wachsenden Einfluss der Länder bzw Gemeinden unterstreichen.[215]

Methodisch wurde der Ansatz der Mehrebenenanalyse (im Englischen „multi-level governance") im Rahmen der Europäischen Integrationsforschung innerhalb der Politikwissenschaften entwickelt.[216] „Multi-level governance" steht demnach für Folgendes: „The dispersion of authoritative decision-making across multiple territorial levels".[217] Diese Herangehensweise eignet sich auch für die Analyse der Aufenthaltsrechte von Migrant*innen und des irregulären Aufenthalts in der EU.[218] Obwohl im Mehrebenensystem grundsätzlich alle Bereiche des politischen

---

214 EuGH 6.12.2011, C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807, *Achughbabian*, Rn 28.

215 Siehe für die Rolle der schweizerischen Kantone betreffend den Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen *Della Torre*, Bottom-up Approaches to the Regularisation of Undocumented Migrants. The Swiss Case in *Rijken/de Lange* (Hrsg), Towards a Decent Labour Market for Low-Waged Migrant Workers (2018) 231. Oder die noch näher zu erläuternde Kompetenz der deutschen Bundesländer in Bezug auf die sogenannten Härtefallregelungen in Kapitel 5.D.II.1. Allgemein zur kommunalen Kompetenz in Migrationsangelegenheiten siehe *Caponio/Borkert* (Hrsg), The Local Dimension of Migration Policymaking (2010).

216 *Hooghe/Marks*, Multi-Level Governance and European Integration (2001); weiters *Bache/Flinders*, Multi-Level Governance (2004); *Piattoni*, The Theory of Multi-Level Governance (2010).

217 *Hooghe/Marks*, Multi-Level Governance 1.

218 Für einen etwas anderen Ansatz in Bezug auf Einreiserechte siehe *Costello*, Administrative Governance and the Europeanisation of Asylum and Immigration Policy in *Hofmann/Türk* (Hrsg), EU Administrative Governance (2006) 287 (287) oder etwa auch den Beitrag von *Jiménez Ruiz/Marín Gámez*, Una discusión jurídica multinivel entre práctica y teoría en el contexto español, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería 2015/38, 57.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entscheidungsprozesses analysiert werden, beschränke ich mich auf die Gesetzgebung, insbesondere auf den Erlass von Rechtsakten und die darin festgelegten Rechte, und lasse etwa die Vollziehung außen vor.

In der Folge werden die drei Kategorien (Staatsangehörigkeit, anerkannte Schutzbedürftigkeit und familiäre Beziehungen), die Migrant*innen aufenthaltsrechtlich privilegieren, im Detail analysiert. Die drei zu analysierenden Rechtsquellenebenen,[219] korrelieren mit jenen drei, in denen Bestimmungen des (europäischen) Migrationsrechts zu finden sind und die den größeren Rahmen der vorliegenden Arbeit bilden.[220] Abschließend zeige ich, dass die „statist assumption" nicht mehr zeitgemäß ist, da die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Aufenthaltsrechte von Migrant*innen nicht mehr alleine entscheiden.

I. Das näher zu analysierende Aufenthaltsrecht

Um die einzelnen Kategorien darstellen zu können und gleichsam die aufenthaltsrechtliche Stellung[221] von (irregulär aufhältigen) Migrant*innen zu eruieren, ist es zunächst erforderlich, sich mit dem zentralen Element des Aufenthaltsrechts auseinanderzusetzen. Ein Aufenthaltsrecht verleiht grundsätzlich das Recht, sich auf dem Territorium eines Mitgliedstaates aufzuhalten.[222] In der vorliegenden Arbeit ist daher ein Aufenthaltsrecht gegeben, wenn mit diesem ein rechtmäßiger Aufenthalt einhergeht, der von der nationalen Rechtsordnung als solcher anerkannt wird. Mit einem Aufenthaltsrecht kann – muss aber nicht – ein Recht zur Einreise bzw Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verbunden sein.

Für das vorliegende Kapitel stellt sich zunächst die Frage, welche Art von Aufenthaltsrecht für die Mehrebenenanalyse in den Fokus genommen wird: Näher analysiert werden die Fälle, in denen mit der tatsächlichen Einreise ein Aufenthaltsrecht eingeräumt wird und die Entscheidung darüber einer national- bzw mitgliedstaatlichen Entscheidung entzogen ist. Aus konzeptioneller Sicht interessant sind vor allem jene Aufenthaltsrech-

219 Vgl *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 2.

220 Siehe Einleitung D.II.

221 *Costello*, Human Rights 2, spricht etwa vom „migration status", der durch Einwanderungs- und Asylgesetze geschaffen wird. Der Begriff scheint weiter zu sein, da er mehr als das Aufenthaltsrecht miteinbezieht. Siehe auch *Schieber*, Komplementärer Schutz.

222 Siehe grundsätzlich zum Begriff „Territorium" *Bast*, Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts, VVDStRL 2016/76, 278.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

te von Nichterwerbstätigen, die sozusagen „automatisch" mit der Einreise einhergehen oder etwa – speziell bei Flüchtlingen – in einem deklaratorischen Statusverifikationsverfahren[223] zuerkannt werden. Wie noch zu zeigen sein wird, ist in diesen Fällen dementsprechend eine aufenthaltsrechtliche Privilegierung gegeben.[224] Im Einklang mit dem methodischen Zugang der vorliegenden Arbeit werden die quasi-automatischen Aufenthaltsrechte aus der Perspektive der Migrant*innen – und gerade nicht wie bisher zumeist nur aus dem Blickwinkel des Ausweisungsrechts bzw der staatlichen Perspektive – beleuchtet.[225]

Mit einer wirtschaftlichen Betätigung kann ein Recht zum Aufenthalt einhergehen, in Kapitel 1 werden aber nur jene Aufenthaltsrechte behandelt, deren Begründungsvoraussetzung gerade nicht die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ist. Im Zusammenhang mit Unionsbürger*innen werden daher die Personenverkehrsfreiheiten wie die Arbeiternehmerfreizügigkeit nicht untersucht,[226] weil dafür die Arbeitnehmereigenschaft erfüllt sein muss. Das allgemeine Freizügigkeitsrecht hingegen ist als Auffangtatbestand sehr wohl zu analysieren.[227]

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff Aufenthaltsrecht in Bezug auf die Regularisierungsdefinition in Kapitel 2.A.II.2. eine zentrale Rolle spielt und an der genannten Stelle noch einmal vertieft dargestellt wird. Die geteilte Darstellung ist die zweckmäßigste Lösung, um Regularisierungen in besagtem Kapitel 2 in ihrer Gesamtheit erfassen zu können.

II. Irregulär aufhältige Migrant*innen

Neben dem in den Fokus genommenen Aufenthaltsrecht ist auch der Begriff der „irregulär aufhältigen Migrant*innen" zu analysieren, der in der gesamten vorliegenden Arbeit gebraucht wird.[228] Migrant*in wird als Sy-

223 *Bast*, Aufenthaltsrecht 286.
224 Siehe insbesondere Kapitel 1.E.
225 Siehe Einleitung D.II.
226 Arbeitnehmerfreizügigkeit gem Art 45 AEUV; Niederlassungsfreiheit gem Art 49 AEUV; Dienstleistungsfreiheit gem Art 56 AEUV.
227 Vgl EuGH 11.7.2002, C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434, *Carpenter*, Rn 39; EuGH 11.7.2009, C-318/05, ECLI:EU:C:2007:495, *Kommission/Deutschland*, Rn 32ff.
228 Siehe auch Kapitel 2.A.II.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nonym von Nichtstaatsangehörige*r verwendet. Aus Staatenperspektive sind dies jene Personen, die keine Staatsbürger*innen sind.[229]

Für den Terminus „irregulär aufhältig" gibt es an sich keine einheitliche aufenthaltsrechtliche Definition.[230] Die *FRA* gebraucht den Begriff „irregulär" als Synonym für den in Art 3 Z 2 RückführungsRL verwendeten Terminus des „illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen":[231] Die „Anwesenheit von Drittstaatsangehörigen, die nicht oder nicht mehr die Einreisevoraussetzungen nach Artikel 5 des Schengener Grenzkodex oder andere Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt erfüllen, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats". Die Kompetenz der EU zur Erlassung der RückführungsRL gründet sich in Art 79 Abs 2 lit c AEUV.[232] Der dort verwendete unionsverfassungsrechtliche Begriff des „illegalen Aufenthalts" ist komplementär zu „sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten"[233] zu verstehen.[234] Die Europäische Kommission verwendet mittlerweile in offiziellen Dokumenten sowohl den Begriff „illegal" als auch „irregulär aufhältig".[235]

In Art 2 lit b SanktionsRL findet sich eine nahezu idente Definition in Bezug auf einen „Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt […], der im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats anwesend ist und die Voraussetzungen für den Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat nicht oder nicht mehr erfüllt". Diese unterscheidet sich von der RückführungsRL dahingehend, dass betreffend die Einreisevoraussetzungen nicht auf den SGK verwiesen wird.

---

229 Vgl zur Begrifflichkeit *Motomura*, Americans in Waiting (2006) 3f und *Costello*, Human Rights 4.

230 Vgl etwa *Düvell*, Irreguläre Immigration in Europa in *Falge/Fischer-Lescano/Sieveking* (Hrsg), Arbeit in der Illegalität (2012) 23 (23ff mwN); *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi*, Einleitung in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* (Hrsg), Arbeit in der Illegalität (2012) 7 (8).

231 Vgl *FRA*, Die Grundrechte von Migranten in einer irregulären Situation in der Europäischen Union, Vergleichender Bericht v 2011, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-11-002-05_migrants_de_webres_1.pdf (11.10.2018) 16.

232 Vgl *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Kommentar Band I (64. Lfg, Mai 2018) Art 79 AEUV Rn 34 und *Hörich*, Abschiebungen nach europäischen Vorgaben (2015) 19 sowie Kapitel 3.B.I.

233 Art 79 Abs 2 lit b AEUV.

234 *Bast* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 78.

235 ErwGr 11 und 19 Empfehlung (EU) 2017/432.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dh die Verträge der EU behandeln Migrant*innen als „legal" oder „illegal".[236] Diese Dichotomie wird zu Recht in Bezug auf viele Aspekte der Auseinandersetzung mit der Thematik kritisiert, da sie den gesellschaftlichen Prozess der „Illegalisierung" verkennt.[237] Der Terminus „illegal" ist abzulehnen, da er stigmatisierend[238] ist und Migrant*innen als kriminell darstellt.[239] Auch Teile der Literatur kritisieren die Verwendung desselben.[240] Der Gebrauch des Begriffspaares „illegal aufhältig" hebt die festgestellte negative Konnotation und Stigmatisierung ebenfalls nicht auf.[241]

Deshalb wird die Bezeichnung „irregulär aufhältig" vorgezogen. Dadurch kommt der Fokus der vorliegenden Arbeit auf die aufenthaltsrechtliche Stellung von Migrant*innen bzw auf das Aufenthaltsrecht im Allgemeinen zum Ausdruck.[242] „Irregulär aufhältig" steht in der Folge für den aufenthaltsrechtlichen Status jener Migrant*innen, welche durch die Nichterfüllung oder Verletzung von bestimmten Rechtsvorschriften kein Aufenthaltsrecht (mehr) haben.[243]

---

236 *Costello*, Human Rights 64 und *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 4, 7ff und insbesondere 91. Weiters Kapitel 2.A.II.1. und Kapitel 2.A.II.2.

237 Siehe nur *Klarmann* in *Thym/Klarmann* mwN; *Bauder*, Why We Should Use the Term 'Illegalized' Refugee or Immigrant: A Commentary, IJRL 2014, 327 sowie *Costello*, Human Rights 64f.

238 *Parlamentarische Versammlung des Europarats*, Human Rights of Irregular Migrants, Resolution 1509 v 27.6.2006, § 7.

239 Vgl *Błuś*, EJML 2013, 414; *Lazaridis*, International Migration 11f; *Tohidipur* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 42 mwN; *Pelzer* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 145; *Koser*, Migration 54.

240 Vgl etwa *Cholewinski*, The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy in *Baldaccini/Guild/Toner* (Hrsg), Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy (2007) 301 (305f); *Carrera/Guild* in *Carrera/Guild* 6; *Koser*, Migration 54f; *Costello*, Human Rights 64; *Dumon*, International Migration 1983, 218.

241 *Kluth*, Einheitliche Europäische Zuwanderungspolitik: Vertragsrechtliche Grundlagen und Vergleich der politischen Konzeptionen. Legalisierungsmaßnahmen, ZAR 2007, 20 (21 Fn 12).

242 In einem bereits veröffentlichen Artikel wurde an dieser Stelle noch der Begriff „irregulär" anstatt von „irregulär aufhältig" verwendet; *Hinterberger* in *Thym/Klarmann* 160-162. Aus dem im Fließtext dargelegten Grund habe ich mich jedoch dazu entschieden, die Terminologie in diesem Punkt zu adaptieren. Insgesamt bin ich mir aber darüber im Klaren, dass bestimmte Probleme, die an einen Begriff geknüpft sind, nicht dadurch aufgehoben werden, weil man diesen nicht mehr verwendet oder ändert.

243 Vgl auch die Definitionen in *Uriarte Torrealday*, Revista de Derecho Político 2009, 297; *Düvell* in *Falge/Fischer-Lescano/Sieveking* 24; *Böhning*, International Migration 1983, 160.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mit der Definition wird ein präziser Rechtsbegriff geschaffen,[244] der die uneinheitliche Terminologie des Unionsrechts[245] bzw der Mitgliedstaaten[246] – hinsichtlich irregulärer, illegaler, illegal aufhältiger, illegalisierter, „sans papier"[247] bzw nicht autorisierter Migrant*innen – für die Zwecke des Aufenthaltsrechts vereinheitlicht. In Bezug auf das Unionsrecht ist er als Synonym zu „illegal aufhältig" gem Art 3 Z 2 RückführungsRL zu verstehen.[248] Die Etablierung des Begriffs leistet so auch einen Beitrag zur Modernisierung des deutschsprachigen Migrationsrechts,[249] da die Perspektive der Migrant*innen in den Mittelpunkt gestellt wird.[250] „Irregulär aufhältig" wird daher als „autonomer dogmatischer und somit spezifisch juristischer Begriff, der sich allgemein zur Strukturierung des Rechts eignet, verwendet".[251]

B. Staatsangehörigkeit – Erste Kategorie

Ist eine Person Staatsangehörige*r eines Mitgliedstaats und dadurch de jure Unionsbürger*in, resultiert daraus ein allgemeines Freizügigkeitsrecht. Daher ist Staatsangehörigkeit die erste Kategorie aufenthaltsrechtlich privilegierter Migrant*innen.[252] Dasselbe gilt für EWR- und Schweizer Bürger*innen. Letztere genießen ein vergleichbares Freizügigkeitsrecht wie Unions- und EWR-Bürger*innen.

Die Aufenthaltsrechte, die sich aus der Staatsangehörigkeit ableiten, sind im Völker- und Unionsrecht niedergelegt. Der stärkste Anknüpfungspunkt ist die Unionsbürgerschaft, die sowohl im Primär- als auch im Sekundärrecht verankert ist. EWR- und Schweizer Bürger*innen genießen

---

244 *Uriarte Torrealday*, Revista de Derecho Político 2009, 299, 312; vgl *Cholewinski* in *Baldaccini/Guild/Toner* 306.

245 Siehe nur *Klarmann* in *Thym/Klarmann* oder *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 26, 28-21.

246 Vgl *Baldwin-Edwards/Kraler*, Final Report v Jänner 2009, 1f und siehe in Bezug auf Deutschland Kapitel 4.A.II.1., in Bezug auf Österreich Kapitel 4.B.II.1. und in Bezug auf Spanien Kapitel 4.C.II.1.

247 Vgl *Tohidipur* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 41; *Hobbe*, Undokumentierte Migration in Deutschland und den Vereinigten Staaten (2004) 1ff.

248 Vgl *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 30.

249 Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 1ff, 291ff.

250 Siehe Einleitung D.I.1.

251 Vgl *Glaser*, Handlungsformenlehre 70.

252 Vgl *Bast*, Ursprünge der Europäisierung des Migrationsrechts in FS Kay Hailbronner (2013) 3 (5).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein etwas „schwächeres" Recht im Vergleich zu Unionsbürger*innen. Dieses ist nicht im Unionsrecht, sondern in völkerrechtlichen Abkommen – sogenannten Assoziierungsabkommen – geregelt.

I. Unionsbürger*innen

Der Unionsbürgerstatus ist der „grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten"[253] und tritt zur nationalen Staatsangehörigkeit hinzu.[254] Der Erwerb und der Verlust der Staatsbürgerschaft richten sich nach den jeweiligen nationalen Bestimmungen.[255]

Zentrales Element der Unionsbürgerschaft ist das allgemeine Freizügigkeitsrecht.[256] Es umfasst das Recht aus seinem Herkunftsmitgliedstaat auszureisen,[257] in den Aufnahmemitgliedstaat[258] einzureisen,[259] sich dort frei

253 EuGH 8.3.2011, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, *Ruiz Zambrano*, Rn 41 mwN; *Dougan*, Judicial Activism or Constitutional Interaction? Policymaking by the ECJ in the Field of Union Citizenship in *Micklitz/De Witte* (Hrsg), The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States (2012) 113 (122f) mwN; kritisch *Farahat*, Wettbewerb um Migranten? – Die Stratifikation von Freizügigkeitsrechten in der EU in *Kadelbach* (Hrsg), Wettbewerb der Systeme – System des Wettbewerbs in der EU (2017) 101 (105ff).

254 Art 20 Abs 1 S 3 AEUV.

255 Ständige Rspr EuGH 2.3.2010, C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104, *Rottmann*, Rn 39 mwN; vertiefend *Kruma*, EU Citizenship, Nationality and Migrant Status (2014) 129ff und siehe die Beiträge in *Carrera Nuñez/de Groot* (Hrsg), European Citizenship at the Crossroads: The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality (2015); kritisch *Kostakopoulou*, The ECJ, Member State Autonomy and European Union Citizenship in *Micklitz/De Witte* (Hrsg), The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States (2012) 175 (198ff).

256 Art 21 Abs 1 AEUV; vgl *Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger (1997) 64ff; *Wiener*, Bürger und Union: Die Unionsbürgerrichtlinie in Österreich (2009) 28ff; *Wollenschläger*, § 8 Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht Band 1 (2014) Rn 142, 149.

257 Vgl EuGH 4.10.2012, C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608, *Byankov*, Rn 31.

258 Siehe Art 2 Z 3 FreizügigkeitsRL.

259 Verpflichteter nach Art 21 Abs 1 AEUV ist sowohl der Aufnahmemitgliedstaat, EuGH 21.2.2013, C-46/12, ECLI:EU:C:2013:97, *LN*, Rn 26, als auch der Herkunftsstaat, EuGH 18.7.2013, C-523/11 und C-585/11, ECLI:EU:C:2013:524, *Seeberger* und *Prinz*, Rn 27.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu bewegen und aufzuhalten.[260] Als Aufenthalt wird hier die vorübergehende oder dauerhafte Verlegung des Wohnsitzes verstanden.[261]

Das Freizügigkeitsrecht ist unmittelbar anwendbar und kann folglich als subjektives Recht von Unionsbürger*innen und unter Umständen auch von deren Familienangehörigen[262] geltend gemacht werden.[263] Es erwächst direkt aus dem Primärrecht[264] und ist als Freiheitsrecht, das einem Beschränkungsverbot unterliegt, ausgestaltet.[265] Das Freizügigkeitsrecht kommt de jure zu. Die Aufenthaltserlaubnis eines Mitgliedstaats hat lediglich deklaratorischen Charakter.[266] Es ist keine wirtschaftliche Betätigung erforderlich, um sich auf das Recht stützen zu können.[267]

Der EuGH hat in ständiger Rspr entschieden, dass der Schutzbereich des Freizügigkeitsrechts nur grenzüberschreitende Sachverhalte umfasst.[268] Dieses Erfordernis ist daher maßgeblich für die Anwendbarkeit des Unionsrechts.[269] Unionsbürger*innen und gegebenenfalls ihre Familienangehörigen erfüllen es zwangsläufig, wenn sie sich in den Aufnahmemitgliedstaat begeben und/oder sich in diesem aufhalten. Im Sinne der FreizügigkeitsRL sind sie sodann Berechtigte.[270]

Das Freizügigkeitsrecht ist nicht uneingeschränkt.[271] Im Einzelfall und bei Vorliegen ausreichender Rechtfertigungsgründe besteht die Möglich-

---

260 Anstatt vieler *Wiener*, Bürger 28f; *Schulz*, Freizügigkeit 66ff, 90ff.

261 EuGH 8.12.2012, C-40/11, ECLI:EU:C:2012:691, *Iida*, Rn 51ff; vgl *Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit (2009) 191ff.

262 *Obwexer*, Das Freizügigkeitsrecht als elementares persönliches Recht in *Schroeder/Obwexer* (Hrsg), 20 Jahre Unionsbürgerschaft: EuR Beiheft 1/2015 (2015) 51 (56); vgl EuGH 12.3.2014, C-457/12, ECLI:EU:C:2014:136, *S* und *G*, Rn 39f.

263 EuGH 17.9.2002, C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493, *Baumbast*, Rn 84ff; vgl *Kostakopoulou* in *Micklitz/De Witte* 181ff.

264 Art 21 AEUV. Zusätzlich ist das Freizügigkeitsrecht in Art 45 Abs 1 GRC normiert; vgl *Obwexer* in *Schroeder/Obwexer* 54 f mwN.

265 Zutreffend *Obwexer* in *Schroeder/Obwexer* 60-64 mwN.

266 EuGH 12.5.1998, C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217, *Martínez Sala*, Rn 53.

267 EuGH *Martínez Sala*, Rn 59; vgl *Schulz*, Freizügigkeit 68ff.

268 EuGH 5.5.2011, C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277, *Shirley McCarthy*, Rn 45 mwN; vgl *Schulz*, Freizügigkeit 74ff mwN; *Wollenschläger* in *Hatje/Müller-Graff* Rn 142; *Van Elsuwege/Kochenov*, On the Limits of Judicial Intervention, EJML 2011, 443 (446f).

269 Vertiefend *Van Elsuwege/Kochenov*, EJML 2011, 450f; *Obwexer* in *Schroeder/Obwexer* 59. Kritisch *Frenz*, Reichweite des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach den Urteilen Zambrano und McCarthy, ZAR 2011, 221 (222).

270 Art 3 Abs 1 FreizügigkeitsRL; vgl EuGH *Shirley McCarthy*, Rn 39.

271 Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht. Band 1. Europäische Grundfreiheiten[2] (2012) Rn 4142ff und *Obwexer*, Grundfreiheit 233ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit, dieses zu beschränken.[272] Als Gründe kommen die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit in Betracht.[273] Das Aufenthaltsrecht besteht aber jedenfalls solange, bis eine aufenthaltsbeendende Maßnahme ergeht.[274]

Die FreizügigkeitsRL – auch UnionsbürgerRL genannt – legt die konkreten Bedingungen fest, nach denen Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt in Anspruch nehmen können.[275] Die RL unterscheidet grundsätzlich zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Unionsbürger*innen.[276]

Unionsbürger*innen im Besitz eines Reisepasses oder Personalausweises haben das Recht auf Einreise in jeden Mitgliedstaat.[277] Von den zuständigen Behörden darf kein Visum oder dergleichen verlangt werden.[278] Sie sind zu einem kurzfristigen Aufenthalt bis zu drei Monate in jedem Mitgliedstaat berechtigt.[279] Daran sind keine weiteren Bedingungen, Formalitäten oder Voraussetzungen – außer der Reisepass- bzw Personalausweispflicht – geknüpft.[280] Dieses dreimonatige Aufenthaltsrecht besteht, solange die Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen.[281]

Ab einem längerfristigen Aufenthalt von mehr als drei Monaten sind weitere Voraussetzungen zu erfüllen.[282] Konkret müssen Unionsbürger*innen über ausreichende Existenzmittel und eine Krankenversicherung[283]

---

272 EuGH 29.4.2004, C-482/01, ECLI:EU:C:2004:262, *Orfanopoulos* und *Oliveri*, Rn 47ff; EuGH 3.7.1980, C-157/79, ECLI:EU:C:1980:179, *Pieck*, Rn 9 und EuGH 5.2.1991, C-363/89, ECLI:EU:C:1991:41, *Roux*, Rn 30; vgl weiters *Berger*, Die Grenzen der Unionsbürgerschaft in *Schroeder/Obwexer* (Hrsg), 20 Jahre Unionsbürgerschaft: EuR Beiheft 1/2015 (2015) 195 (200ff).

273 *Kostakopoulou* in *Micklitz/De Witte* 192ff und *Obwexer*, Grundfreiheit 234ff.

274 Siehe *Obwexer*, Grundfreiheit 234.

275 Art 1 lit a FreizügigkeitsRL.

276 Vgl EuGH 11.11.2014, C-333/13, ECLI:EU:C:2012:2358, *Dano*, Rn 75; *Frenz*, Europarecht Rn 4182. Siehe auch Kapitel 1.A.I.

277 Art 5 Abs 1 FreizügigkeitsRL; *Obwexer*, Grundfreiheit 188ff.

278 Art 5 Abs 1 FreizügigkeitsRL.

279 Art 6 Abs 1 und 2 FreizügigkeitsRL; vgl *Obwexer*, Grundfreiheit 192f.

280 ErwGr 9 und Art 6 Abs 1 FreizügigkeitsRL; vgl *Groß*, Die Umsetzung der EU-Freizügigkeitsrichtlinie im deutschen Recht, ZAR 2006, 61 (62f); *Kostakopoulou* in *Micklitz/De Witte* 177.

281 EuGH 25.2.2016, C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114, *García-Nieto*, Rn 42.

282 Art 7 FreizügigkeitsRL; vgl *Obwexer*, Grundfreiheit 193ff.

283 Siehe hierzu EuGH *Baumbast*, Rn 89-93.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für sich bzw gegebenenfalls für ihre Familienangehörigen verfügen.[284] Wer die Existenzmittel vorweist – die Unionsbürger*innen oder ihre Familienangehörigen – spielt keine Rolle.[285] Unstrittig ist sowohl nach der ständigen Rspr des EuGH als auch der herrschenden Lehre, dass das längerfristige Aufenthaltsrecht solange besteht, wie die ökonomischen Voraussetzungen vorliegen.[286] Bedeutend ist, dass Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen während des längerfristigen Aufenthalts grundsätzlich keinen Anspruch auf Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats haben.[287] *Farahat* schreibt hier zutreffend, dass nichterwerbstätige Unionsbürger*innen „ökonomisch abgesichert" sein müssen.[288] Ökonomisch schlecht gestellte Personen werden zunehmend von den Freizügigkeitsrechten ausgeschlossen. Im Lichte der Rspr des EuGH und der einschlägigen Literatur ist es umstritten, ob das längerfristige Aufenthaltsrecht automatisch bei Nichterfüllen der ökonomischen Voraussetzungen endet,[289] oder ob eine konstitutive Entscheidung des Mitgliedstaats getroffen werden muss.[290] Aus der FreizügigkeitsRL geht klar hervor, dass die Mitgliedstaaten nicht systematisch überprüfen dürfen, ob ausreichend Existenzmittel vorliegen,[291] vielmehr muss ein gegebener Anlass für eine Überprüfung

---

284 Art 7 Abs 1 lit b FreizügigkeitsRL; siehe EuGH 19.10.2004, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639, *Zhu* und *Chen*, Rn 27ff. Studierende müssen ähnliche Voraussetzungen erfüllen, um in den Genuss eines Aufenthaltsrechts für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten zu kommen. Siehe die allgemeinen Voraussetzungen in Art 7 und die speziellen Voraussetzungen in Art 11 StudierendenRL. Siehe auch EuGH 10.9.2014, C-491/13, ECLI:EU:C:2014:2014:2187, *Alaya*, Rn 23ff zur alten Fassung der StudierendenRL und den einschlägigen Art 6 und 7 Richtlinie (EG) 2004/114 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst, ABl 2004 L 375/12.

285 Vgl *Obwexer*, Grundfreiheit 196.

286 Art 14 Abs 2 iVm Art 7, 12 bzw 13 FreizügigkeitsRL; vertiefend *Dougan* in *Micklitz/De Witte* 124ff mwN. Vgl auch die englische Fassung von Art 7 Abs 1 lit b FreizügigkeitsRL: „not to become a burden on the social assistance system of the host Member State during their period of residence".

287 EuGH 20.9.2001, C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458, *Grzelczyk*, Rn 46; *Kostakopoulou* in *Micklitz/De Witte* 178, 184.

288 *Farahat* in *Kadelbach* 108ff.

289 EuGH 21.7.2011, C-325/09, ECLI:EU:C:2011:498, *Dias*, Rn 48, 54; vgl *Thym*, When Union Citizens Turn into Illegal Migrants: The Dano Case, ELR 2015, 248 (256f).

290 Vgl *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt (2007) 186ff mwN; zustimmend *Obwexer*, Grundfreiheit 196f; *Frenz*, Europarecht Rn 4082.

291 Art 14 Abs 2 FreizügigkeitsRL.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vorliegen, wie etwa die Stellung eines Sozialhilfeantrages.[292] Die Inanspruchnahme von Sozialleistungen der Unionsbürger*innen oder ihrer Familienangehörigen im Aufnahmemitgliedstaat darf weiters nicht automatisch zu einer Ausweisung führen.[293] Der EuGH hat darüber hinaus in *Dano* festgestellt, dass es bei längerfristigen Aufenthalten immer einer konkreten, einzelfallabhängigen Verhältnismäßigkeitsprüfung des Vorliegens ausreichender Existenzmittel bedarf.[294]

Daraus resultiert, dass nichterwerbstätige Unionsbürger*innen, die längerfristig aufhältig sind und nicht über die ökonomischen Voraussetzungen verfügen, solange in den Genuss eines Aufenthaltsrechts kommen, als sie nicht unangemessen Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen bzw bis eine konstitutive Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen getroffen wurde.[295] Jedenfalls führen sowohl die unbestimmte Formulierung der FreizügigkeitsRL als auch die EuGH-Rspr in der Praxis zu Rechtsunsicherheit. Daher kann zutreffend davon gesprochen werden, dass sich nicht erwerbstätige Unionsbürger*innen, die nur über knappe Ressourcen verfügen, in einer Art „Grauzone" zwischen regulärem und irregulärem Aufenthalt befinden.[296] Hierbei handelt es sich demnach um einen Ausnahmefall, wonach auch Migrant*innen mit quasi-automatischen Aufenthaltsrechten irregulär aufhältig werden können.[297]

II. EWR-Bürger*innen

Durch Assoziierungsabkommen,[298] die zwischen der EU und Drittstaaten abgeschlossen werden, werden „besondere und privilegierte Beziehun-

292 Vgl hierzu EuGH *Dano*, Rn 74ff sowie *Wollenschläger*, Grundfreiheit 185.
293 Art 14 Abs 3 und ErwGr 16 FreizügigkeitsRL.
294 EuGH *Dano*, Rn 76, 80; vertiefend *Wollenschläger*, Consolidating Union Citizenship: Residence and Solidarity Rights for Jobseekers and the Economically Inactive in the Post-Dano Era in *Thym* (Hrsg), Questioning EU Citizenship (2017) 171.
295 Art 7 Abs 1 lit b FreizügigkeitsRL; *Wollenschläger* in *Thym* und siehe die Literatur in Fn 290.
296 *Thym*, The elusive limits of solidarity, CMLRev 2015, 17 (41). Siehe jüngst auch ausführlich hierzu *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 48-79.
297 Siehe Kapitel 1.A.
298 Gem Art 217 AEUV bzw den Vorläuferbestimmungen.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen“[299] für assoziierte Staatsangehörige und Unionsbürger*innen etwa in Bezug auf Arbeitnehmer*innen geschaffen.[300] Die Assoziierungsabkommen dienen unter anderem dem Zweck, die assoziierten Staaten enger an die EU anzubinden bzw sie für einen Beitritt zur EU vorzubereiten.[301] Für die Inanspruchnahme einer assoziationsrechtlichen Privilegierung ist die Staatsangehörigkeit eines assoziierten Staats die Voraussetzung.[302]

Zwischen der EG und Island, Norwegen und Liechtenstein wurde im Rahmen des EWR[303] ein Abkommen abgeschlossen, das spezielle Freizügigkeitsbestimmungen beinhaltet.[304] Die Assoziation mit den EWR-Staaten ist die intensivste und ausgeprägteste mit einem Nicht-EU-Staat.[305] Eines der Ziele ist daher die „möglichst umfassende Verwirklichung“ aller Grundfreiheiten und des Binnenmarktes.[306] EWR-Bürger*innen können folglich als die privilegiertesten Drittstaatsangehörigen bezeichnet werden.[307] Hinsichtlich der Personenverkehrsfreiheiten wird dies jedoch

---

299 EuGH 30.9.1987, C-12/86, ECLI:EU:C:1987:400, *Demirel*, Rn 9. Vgl auch *Hirsch*, Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den Assoziationsabkommen in *Antalovsky/König/Perchinig/Vana* (Hrsg), Assoziierungsabkommen der EU mit Drittstaaten (1998) 41 (42); kritisch *Hailbronner*, Privilegierte Drittstaatsangehörige in der EU in FS Ulrich Everling Band I (1995) 399 (404f).

300 Überblickshaft *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters*, European Migration Law[2] (2014) 97ff; *Eisele*, Migration Policy 189ff; *Schieffer*, Privilegierte Drittstaatsangehörige in *Hailbronner* (Hrsg), 30 Jahre Freizügigkeit in Europa (1998) 183 (187f); *Niessen*, Association Agreements – Part of the Developing Immigration Policy of the European Union in *Antalovsky/König/Perchinig/Vana* (Hrsg), Assoziierungsabkommen der EU mit Drittstaaten (1998) 21 (21ff).

301 *Weber*, Der assoziationsrechtliche Status Drittstaatsangehöriger in der Europäischen Union (1997) 1.

302 *Weber*, Status 81f.

303 Art 28ff EWR-Abkommen; vertiefend *Weber*, Status 3f, 7, 10f, 13f, 15ff.

304 Vgl *Kochenov/Van den Brink*, Pretending There is No Union: Non-derivative Quasi-Citizenship Rights of Third-Country Nationals in the EU in *Thym/Zoeteweij-Turhan* (Hrsg), Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements (2014) 65 (91ff mwN); *Franklin*, Rights of Third Country Nationals under the EEA Agreement in *Thym/Zoeteweij-Turhan* (Hrsg), Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements (2014) 127 (127ff mwN).

305 *Tobler*, Context-related Interpretation of Association Agreements. The Polydor Principle in a Comparative Perspective in *Thym/Zoeteweij-Turhan* (Hrsg), Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements (2014) 101 (101f).

306 EuGH 26.12.2013, C-431/11, ECLI:EU:C:2013:589, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Rn 50; vgl *Rennuy/Van Elsuwege*, Integration without membership and the dynamic development of EU law, CMLRev 2014, 935.

307 *Kochenov/Van den Brink* in *Thym/Zoeteweij-Turhan* 92.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch die beschränkte Anwendbarkeit der FreizügigkeitsRL begrenzt.[308] Die Folge ist eine unübersichtliche Überlagerung von verschiedenen anwendbaren Rechtsquellen.[309]

Bei nichterwerbstätigen EWR-Bürger*innen zeigt sich ein klareres Bild. Sie genießen dasselbe Einreise- und Aufenthaltsrecht wie nichterwerbstätige Unionsbürger*innen, da auf sie die einschlägigen Bestimmungen der FreizügigkeitsRL anwendbar sind,[310] wobei auf die Ausführungen verwiesen wird.[311] Der durch die ErwGr 3 und 8 Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses 158/2007 bedingte nur teilweise Einbezug der FreizügigkeitsRL ins EWR-Abkommen ändert hieran nichts.[312] Es werden nur jene Bestimmungen der FreizügigkeitsRL nicht in das Abkommen integriert, die nach der Einführung der Unionsbürgerschaft entwickelt wurden, so wie bspw Art 24 FreizügigkeitsRL.[313] Alle vor Inkrafttreten der FreizügigkeitsRL bestehenden Rechte wurden in diese übernommen, wie der EFTA-Gerichtshof klargestellt hat.[314] Da das Aufenthaltsrecht Nichterwerbstätiger, das früher aus der RL (EWG) 90/364[315] abgeleitet wurde, vor der Unionsbürgerschaft entwickelt und erst später unter diesen Titel eingereiht wurde, besteht dieses auch nunmehr im EWR-Abkommen fort. Hinsichtlich der Beendigung des Aufenthalts ist ebenfalls die FreizügigkeitsRL anwendbar.[316]

Unterstrichen wird die Gleichstellung von EWR- und Unionsbürger*innen dadurch, dass bspw das in Deutschland geltende FreizügG/EU, das die Rechtsstellung der Unionsbürger*innen und ihrer Familienangehörigen

---

308 ErwGr 8 Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses 158/2007 zur Änderung des Anhangs V (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) und des Anhangs VIII (Niederlassungsrecht) des EWR-Abkommens, ABl 2008 L 124/20.

309 Vgl *Franklin* in *Thym/Zoeteweij-Turhan*.

310 EFTA-Gerichtshof 26.7.2011, E-4/11, *Clauder*, Rn 37ff; EFTA-Gerichtshof 27.6.2014, E-26/13, *Gunnarsson*, Rn 80. *García Andrade*, Privileged Third-Country Nationals and their Right of Free Movement in *Guild/Gortázar Rotaeche/Kostakopolou* (Hrsg), The Reconceptualization of European Union Citizenship (2014) 111 (114, 130); *Tobler* in *Thym/Zoeteweij-Turhan* 120f; *Franklin* in *Thym/Zoeteweij-Turhan* 132f, 141.

311 Siehe Kapitel 1.B.I.

312 Vgl *Maresceau*, On the External Dimension of Directive 2004/38/EC in *Govaere/Hanf* (Hrsg), Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Union Law (2013) 761 (769ff).

313 Bestätigend EFTA-Gerichtshof *Clauder*, Rn 37-40.

314 EFTA-Gerichtshof *Gunnarsson*, Rn 80.

315 Richtlinie (EWG) 90/364 über das Aufenthaltsrecht, ABl 1990 L 180/26. Siehe zur Auslegung der RL *Guild/Peers/Tomkin*, The EU Citizenship Directive. A Commentary (2014) 20, 31, 90f, 117, 142, 221, 225, 307.

316 Siehe Kapitel 1.B.I.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

regelt, ebenfalls auf Staatsangehörige der EWR-Staaten und ihre Familienangehörigen anwendbar ist.[317] Gleiches gilt für die österreichische Rechtsordnung.[318]

III. Schweizer*innen

Die Schweiz ist zwar genau wie Liechtenstein, Norwegen und Island Mitglied der Europäischen Freihandelsassoziation, jedoch hat es aufgrund einer abgelehnten Volksabstimmung nicht das EWR-Abkommen,[319] sondern ein eigenständiges bilaterales Abkommen mit der EG unterzeichnet.[320]

Nichterwerbstätige Schweizer*innen haben nach dem Assoziationsabkommen EG/Schweiz ein allgemeines Aufenthaltsrecht das an den Nachweis ausreichender finanzieller Mittel und eines Krankenversicherungsschutzes geknüpft ist, wobei hier die RL (EWG) 90/365 als Vorlage diente.[321] Im Gegensatz zu Unionsbürger*innen müssen die ökonomischen Voraussetzungen auch innerhalb der ersten drei Monate gegeben sein.[322] Das Aufenthaltsrecht kann wiederum solange in Anspruch genommen werden, wie die ökonomischen Voraussetzungen gegeben sind.[323] Dh die schweizerischen, nichterwerbstätigen Staatsangehörigen genießen eine vergleichbare aufenthaltsrechtliche Privilegierung wie Unions- und EWR-Bürger*innen.[324]

---

317 § 12 FreizügG/EU; vgl *Sander*, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (2008) 242 mwN.

318 §§ 1 und 2 Abs 1 Z 4 NAG sowie §§ 1 und 2 Abs 4 Z 8 FPG.

319 Vgl *Peers*, The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: Overview and Analysis, EJML 2000, 127 (127).

320 Vgl *Eisele*, Migration Policy 218ff; *Tobler* in *Thym/Zoeteweij-Turhan* 101; *García Andrade* in *Guild/Gortázar Rotaeche/Kostakopolou* 114ff.

321 Art 24 Anhang I Assoziationsabkommen EG/Schweiz; vgl *Kahil-Wolff/Mosters*, Das Abkommen über die Freizügigkeit EG – Schweiz, EuZW 2001, 5 (8); *Peers*, EJML 2000, 134 und 138; *Rennuy/Van Elsuwege*, CMLRev 2014, 949 Fn 58. Zum Einreiserecht siehe Art 1 Anhang I Assoziationsabkommen EG/Schweiz; vgl hierzu *Peers*, EJML 2000, 132.

322 Art 24 Abs 1 Anhang I Assoziationsabkommen EG/Schweiz.

323 Vgl *Peers*, EJML 2000, 137 Fn 54. Zum diesbezüglichen Meinungsstreit – in Bezug auf die FreizügigkeitsRL – siehe oben Kapitel 1.B.I.

324 Zu den freizügigkeitsrechtlichen Unterschieden siehe *Peers*, EJML 2000, 136ff; weiters *Fehrenbacher*, Personenfreizügigkeit zwischen den EG- Mitgliedstaaten und der Schweiz, ZAR 2002, 278; *Sander*, Der Schutz des Aufenthalts 243 mwN; *García Andrade* in *Guild/Gortázar Rotaeche/Kostakopolou* 114.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Bestimmungen hinsichtlich der Beendigung des Aufenthalts von schweizerischen Staatsangehörigen sind – durch einen Verweis – nach wie vor in der RL (EWG) 64/221[325] aus dem Jahr 1964 zu finden.[326] Die FreizügigkeitsRL hat die Bestimmungen der RL (EWG) 64/221 aber in den wesentlichen Teilen übernommen.[327]

Schweizer*innen sind – im Gegensatz zu Unions- und EWR-Bürger*innen[328] – grundsätzlich dem jeweiligen nationalen Aufenthaltsregime unterworfen.[329] Interessanterweise sind sie jedoch in Österreich den Unions- und EWR-Bürger*innen vollkommen gleichgestellt.[330]

IV. Gegenbeispiel: Türkische Staatsangehörige

Zwischen der ehemaligen EG und der Türkei wurde bereits 1963 ein Assoziationsabkommen abgeschlossen.[331] Das Assoziationsabkommen EG/Türkei[332] legt grundsätzlich kein quasi-automatisches Aufenthaltsrecht fest.[333] Ein Aufenthaltsrecht geht nur implizit mit dem ausgeübten Beschäftigungsrecht einher.[334] Wie *Akyürek* in dem Sinne zutreffend festge-

---

325 Vgl KOM(1999)372 endg.

326 Art 5 Abs 2 Anhang I Assoziationsabkommen EG/Schweiz verweist auf RL (EWG) 64/221.

327 *Guild/Peers/Tomkin*, Citizenship 245. Zur Auslegung der RL (EWG) 64/221 siehe *Fenelly*, The European Union and Protection of Aliens from Expulsion, EJML 1999, 313, und KOM(1999)372 endg.

328 Vgl zur deutschen Rechtslage § 1 Abs 2 Z 1 AufenthG und §§ 1 und 12 FreizügG/EU.

329 *Kahil-Wolff/Mosters*, EuZW 2001, 5.

330 Siehe nur § 15a FPG und § 57 NAG.

331 Vgl *Gutmann*, Die aufenthaltsrechtliche Bedeutung des Beschlusses Nr 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei in *Antalovsky/König/Perchinig/Vana* (Hrsg), Assoziierungsabkommen der EU mit Drittstaaten (1998) 53 (53); *Peers*, EU Migration Law and the EU/Turkey Association Agreement in *Thym/Zoeteweij-Turhan* (Hrsg), Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements (2014) 202 (202f).

332 Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei, ABl 1996 P 64/3687.

333 Aufenthaltsrecht im hier verstandenen Sinne, siehe Kapitel 1.A.I. und Kapitel 2.A.II.2. Vgl *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei (2005) 124.

334 Ständige Rspr EuGH 20.9.1990, C-192/89, ECLI:EU:C:1990:322, *Sevince*, Rn 29; vgl *Akyürek*, Assoziationsabkommen 124 mwN; *Gutmann* in *Antalovsky/König/Perchinig/Vana* 62; kritisch *Weber*, Status 91 sowie *Hailbronner* in FS Ulrich Everling 407ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stellt hat, müssen sich türkische Staatsangehörige ihr Recht auf Aufenthalt „erarbeiten".[335] Das Assoziationsrecht dient laut EuGH bloß der „stufenweisen Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen den Mitgliedstaaten der [damaligen EG] und der Türkei".[336]

Ein Mitgliedstaat muss einer*einem türkischen Staatsangehörigen und seinen*ihren Familienangehörigen den Zugang zum Hoheitsgebiet und regulären Arbeitsmarkt gewähren, damit diese in den Genuss eines Aufenthaltsrechts kommen.[337] Die „erstmalige Aufnahme eines türkischen Staatsangehörigen in einem Mitgliedstaat [unterliegt] grundsätzlich ausschließlich dem innerstaatlichen Recht dieses Staates"[338] und den dort normierten Voraussetzungen, wobei in dem Zusammenhang die Stillhalteklausel gem Art 41 Abs 1 Assoziationsabkommen EG/Türkei zu beachten ist.[339] Türkische Staatsangehörige werden als aufenthaltsrechtlich nicht privilegierte Migrant*innen betrachtet, da sie kein vergleichbares Freizügigkeitsrecht wie Unions- oder EWR-Bürger*innen genießen und die erstmalige Zulassung zum Hoheitsgebiet und Arbeitsmarkt vom Erfüllen der Voraussetzungen des jeweiligen Mitgliedstaats abhängig ist.

C. *Anerkannte Schutzbedürftigkeit – Zweite Kategorie*

International Schutzberechtigte kommen in den Genuss eines Aufenthaltsrechts. Abgesehen davon, dass die Antragsstellung notwendig ist, besteht dieses Recht bloß aufgrund des Schutzbedürfnisses der betroffenen Personen, das im Verfahren anerkannt wird. Die maßgeblichen Bestimmungen finden sich im Sekundärrecht der EU, wobei die Flüchtlingsdefinition in einem völkerrechtlichen Vertrag, namentlich der GFK, festgelegt ist.

---

335 *Akyürek*, Assoziationsabkommen 124.

336 EuGH 6.6.1995, C-434/93, ECLI:EU:C:1995:168, *Bozkurt*, Rn 37; siehe auch EuGH 8.12.2011, C-371/08, ECLI:EU:C:2011:809, *Ziebell*, Rn 74.

337 Vgl EuGH *Bozkurt*, Rn 20ff; *Kochenov/Van den Brink* in *Thym/Zoeteweij-Turhan* 95-98; *Teczan/Idriz*, Free Movement of Persons between Turkey and the EU, CMLRev 2009, 1621 (1625, 1638ff).

338 EuGH 20.9.2007, C-16/05, ECLI:EU:C:2007:530, *Tum* und *Dari*, Rn 57 mwN.

339 Vgl *Hailbronner*, The Stand Still Clauses in the EU-Turkey Association Agreement and Their Impact upon Immigration Law in the EU Member States in *Thym/Zoeteweij-Turhan* (Hrsg), Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements (2014) 186.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Allgemeine Ausführungen zum Verhältnis zwischen GFK und Europarecht

Das Primärrecht unterscheidet grundsätzlich zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen.[340] Letztere sind all jene, die nicht Unionsbürger*innen sind. Staatenlose[341] werden Drittstaatsangehörigen gem Art 67 Abs 2 S 2 AEUV für die „Politik im Bereich Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung"[342] gleichgestellt. Folglich sind alle einschlägigen Normen des Primär- aber auch des Sekundärrechts auf sie anwendbar,[343] weshalb sie auch in dieser Arbeit unter den Terminus der Drittstaatsangehörigen subsumiert werden.

Darüber hinaus muss zwischen Personen unterschieden werden, die Flüchtlinge im Sinne der GFK sind, und denen aufgrund des Europarechts internationaler Schutz[344] zuerkannt wurde. Die StatusRL – auch QualifikationsRL genannt – unterteilt den internationalen Schutz in den Status als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigte*n.[345] Der Flüchtlingsbegriff der StatusRL orientiert sich an der GFK.[346] Flüchtlinge im Sinne der GFK sind alle Personen, denen aufgrund wohlbegründeter Furcht Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung in ihrem Herkunftsstaat droht.[347] Sofern eine Person die Flüchtlingseigenschaft im Sinne der GFK erfüllt, gilt sie als Flüchtling.[348] Dh die Wirkung der formellen Anerkennung durch den jeweiligen Staat ist lediglich deklaratorisch.[349] Obwohl diese nicht konstitutiv ist, bedarf es trotzdem eines Statusverifikationsverfahrens zur Erlangung eines Aufenthaltsrechts. Kom-

---

340 Überblickshaft *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters*, Migration 30ff.
341 Siehe zum Überblick *Kruma*, Citizenship 57ff.
342 Vgl Überschrift Teil V Kapitel 2 AEUV.
343 Anstatt vieler *Weiß/Satzger* in *Streinz* (Hrsg) EUV/AEUV Kommentar[3] (2018) Art 67 AEUV Rn 32.
344 Art 2 lit a StatusRL.
345 Vgl für die Unterscheidung der beiden Status *Peers/Moreno-Lax*, Qualification: Refugee Status and Subsidiary Protection in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild*, EU Immigration and Asylum Law. Vol 3: EU Asylum Law[2] (2015) 65 (156ff).
346 Art 78 Abs 1 AEUV und Art 2 lit e StatusRL.
347 Art 1 A Abs 2 GFK.
348 Vgl *UNHCR*, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status (2011) § 28.
349 ErwGr 21 StatusRL; *Hathaway/Foster*, The Law of Refugee Status[2] (2014) 1-4, 25, 545ff; kritisch zur Terminologie der StatusRL *Peers/Moreno-Lax* in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* 83f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

plementär dazu ist der Status des subsidiär Schutzberechtigten eingeführt worden,[350] um Personen Schutz zu gewähren, die in ihrem Herkunfts- bzw Aufenthaltsstaat tatsächlich Gefahr liefen einen ernsthaften Schaden zu erleiden.[351]

Auf Unionsebene ist neben der StatusRL[352] die AsylverfahrensRL einschlägig, die ein gemeinsames Verfahren für die Zu- und Aberkennung des internationalen Schutzes festlegt. In den sachlichen Anwendungsbereich letzterer fallen alle Anträge auf internationalen Schutz, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats gestellt werden.[353] Der persönliche Anwendungsbereich umfasst lediglich Drittstaatsangehörige und keine Unionsbürger*innen.[354]

II. International Schutzberechtigte

Flüchtlinge[355] – wie auch subsidiär Schutzberechtigte[356] – können unrechtmäßig einreisen und sich unrechtmäßig aufhalten („illegal entry or presence").[357] Speziell in Bezug auf erstere lässt Art 31 Abs 1 GFK keine Zweifel übrig.[358] Dort ist unter gewissen Voraussetzungen[359] vorgesehen,

350 ErwGr 33 StatusRL; EuGH 19.12.2012, C-364/11, ECLI:EU:C:2012:826, *El Kott*, Rn 66; EuGH 8.5.2011, C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302, *HN*, Rn 32.

351 Art 15ff StatusRL; vgl *Peers/Moreno-Lax* in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* 133ff.

352 Art 1 StatusRL.

353 Art 3 AsylverfahrensRL.

354 Art 3 iVm Art 2 lit b, c und g AsylverfahrensRL; kritisch *Peers*, Legislative Update 2011, EU Immigration and Asylum Law: The Recast Qualification Directive, EJML 2012, 199 (208 mwN).

355 Vgl zum persönlichen Anwendungsbereich *Fischer-Lescano/Horst*, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK, ZAR 2011, 81 (85ff).

356 Vgl zur Vorwirkung des Flüchtlingsrechts und „presumptive refugees" *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2001, 85f und *Goodwin-Gill*, Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection in *Feller/Türk/Nicholson* (Hrsg), Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection (2003) 185 (193).

357 Vgl auch die Überschrift der englischen Originalfassung „refugees unlawfully in the country of refugee".

358 Vgl *UNHCR*, Global Consultations on International Protection: Summary Conclusions on Article 31 of the 1951 Convention – Revised, Geneva Expert Roundtable v 8-9.11.2001, http://www.refworld.org/docid/470a33b20.html (9.10.2018) § 3.

359 Vgl *Goodwin-Gill* in *Feller/Türk/Nicholson* 188ff, speziell 193ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass über Flüchtlinge keine Strafe[360] bloß aufgrund der irregulären Einreise und/oder des irregulären Aufenthalts verhängt werden darf (Pönalisierungsverbot).[361]

Es können somit zwei Fallkonstellationen ausgemacht werden: Erstens, sollte eine Person irregulär einreisen und keinen Antrag auf internationalen Schutz stellen – und anderweitig kein Aufenthaltsrecht (mehr) innehaben – fällt sie unter den Begriff der irregulär aufhältigen Migrant*innen.[362] Auf die betreffenden Personen ist die RückführungsRL anwendbar.[363] Der EuGH hat in *El Dridi* klargestellt, dass bloß aufgrund des irregulären Aufenthalts und der Nichteinhaltung der Ausreiseverpflichtung keine Haftstrafe verhängt werden darf, da diese mit dem Ziel und Zweck der RückführungsRL unvereinbar ist und daher gegen diese verstößt.[364] Diese Ansicht wurde in *Achughbabian* bestätigt, wonach die RückführungsRL „der Regelung eines Mitgliedstaats, die den illegalen Aufenthalt mit strafrechtlichen Sanktionen ahndet, entgegensteht",[365] insofern diese die Verwirklichung der Ziele der RückführungsRL gefährdet.

Zweitens, sobald der Antrag auf internationalen Schutz gestellt wurde,[366] haben Erstantragsteller*innen aufgrund der AsylverfahrensRL ein Aufenthaltsrecht im Mitgliedstaat der Antragsstellung, bis in erster Instanz entschieden wurde.[367] Es bestehen Ausnahmen bzw gelten Sonderbestim-

360 Vgl zum Begriff *UNHCR*, The Refugee Convention 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis v 1990, http://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html (9.10.2018) Art 31 Refugee Convention; weiters auch *Goodwin-Gill* in *Feller/Türk/Nicholson* 195.

361 Art 31 Abs 1 GFK; vgl *UNHCR*, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention (2012) 13; *Klarmann* in *Thym/Klarmann*.

362 Völkerrechtlich sieht die GFK überhaupt kein „Asylverfahren" und dementsprechend keine Antragsstellung vor.

363 Art 2 Abs 1 RückführungsRL.

364 EuGH 28.4.2011, C-61/11, ECLI:EU:C:2011:268, *El Dridi*, Rn 55-62 und vertiefend *Rafaelli*, EJML 2011, 467.

365 EuGH *Achughbabian*, Rn 50 und weiters Rn 43. Weitere wichtige Entscheidungen in dem Zusammenhang sind EuGH *Sagor* und EuGH 1.10.2015, C-290/14, ECLI:EU:C:2015:640, *Celaj*.

366 Art 2 lit c AsylverfahrensRL. Gem Art 6 Abs 1 AsylverfahrensRL wird weiters zwischen Antragsstellung und -einbringung unterschieden; vgl *Garlick*, Asylum Procedures in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild*, EU Immigration and Asylum Law. Vol 3: EU Asylum Law² (2015) 211 (226f).

367 ErwGr 25 und Art 9 AsylverfahrensRL.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mungen, sofern es sich um einen Folgeantrag handelt.[368] Zunächst beginnt nach Antragsstellung ein einziges gemeinsames Verfahren, in dem sowohl über die Flüchtlingseigenschaft als auch über subsidiären Schutz entschieden wird.[369] Sofern eine Person die Flüchtlingseigenschaft im Sinne der StatusRL erfüllt, ist ihr dieser Schutzstatus zuzuerkennen.[370] Sollte eine Person die Kriterien, die für die Zuerkennung als Flüchtling festgelegt sind, nicht erfüllen,[371] werden im Anschluss die Voraussetzungen des subsidiären Schutzes geprüft. Dh, dass der subsidiäre Schutz erst im Nachhinein zu prüfen ist, wenn die Person kein Flüchtling im Sinne der StatusRL ist.[372] Dieser ist gegebenenfalls zuzuerkennen.[373]

Die Aufenthaltstitel von international Schutzberechtigten sind befristet für eine Gültigkeitsdauer zwischen einem Jahr bei subsidiär Schutzberechtigten und drei Jahren bei Flüchtlingen.[374] Wie sich aus der Definition der Aufenthaltstitel ergibt,[375] ist der Aufenthalt jedoch auf das Hoheitsgebiet des ausstellenden Mitgliedstaats beschränkt. *Peers*, *Bast* und *Farahat* plädieren deshalb zu Recht dafür, dass für diese Personengruppe ein der Unionsbürgerschaft vergleichbares Freizügigkeitsrecht geschaffen werden sollte.[376]

Aus alledem folgt, dass ab dem Zeitpunkt der Antragstellung bis zur Zuerkennung von internationalem Schutz ein Aufenthaltsrecht in dem zuerkennenden Mitgliedstaat besteht. Die einschlägigen Regelungen finden sich vor allem im Sekundärrecht der EU, aber auch im Völkerrecht.

Weiters gibt es Erlöschungsgründe, die je nach zuerkanntem Schutzstatus differieren, und festlegen, in welchen Fällen der Schutzstatus verloren

368 Art 2 lit q, 40 und 41 AsylverfahrensRL; vgl *Garlick* in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* 277ff.

369 Art 2 lit b und 3 AsylverfahrensRL.

370 Art 13 StatusRL; EuGH 2.3.2010, C-175/08, C-176/08, C-178/08 und C-179/09, ECLI:EU:C:2010:105, *Abdulla*, Rn 62; vgl *Peers/Moreno-Lax* in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* 115f.

371 Art 2 lit e und 10 Abs 2 StatusRL.

372 EuGH *El Kott*, Rn 66f.

373 Art 18 StatusRL; vgl *Peers/Moreno-Lax* in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* 48f.

374 Art 24 StatusRL; vgl *Peers/Moreno-Lax* in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* 169.

375 Art 2 lit m StatusRL.

376 *Peers*, Transfer of International Protection and European Union Law, IJRL 2012, 527 (557f); *Bast*, Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht in *Kadelbach* (Hrsg), Solidarität als Europäisches Rechtsprinzip? (2014) 19 (30ff); *Farahat* in *Kadelbach* 118f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geht.[377] Daneben gibt es auch so genannte Aberkennungsgründe, die zur Anwendung kommen, wenn bspw eine falsche Darstellung von Tatsachen für die Zuerkennung von internationalem Schutz maßgeblich war.[378] Zu beachten sind außerdem die Ausschlussgründe, die bereits bei Vorliegen der Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft geprüft werden und das Entstehen ebendieser verhindern.[379] Ein solcher Ausschlussgrund ist, dass der*die Betroffene ein Kriegsverbrechen verübt hat.[380]

Sollte der Antrag auf internationalen Schutz unzulässig oder unbegründet sein,[381] der Status nicht zuerkannt oder aberkannt bzw widerrufen werden, kommt den Personen kein Aufenthaltsrecht mehr zu und insoweit ihnen nicht anderweitig ein solches zukommt, sind sie als irregulär aufhältige Migrant*innen zu qualifizieren.[382] Konkret endet das Aufenthaltsrecht gem Art 9 Abs 1 StatusRL im Zeitpunkt der Entscheidung, mit der der Antrag auf internationalen Schutz ab- oder zurückgewiesen wird. Geht mit der abweisenden Entscheidung eine aufenhaltsbeendende Maßnahme einher,[383] kommt dem Rechtsmittel im Falle einer drohenden Non-Refoulement-Verletzung in der Regel automatisch aufschiebende Wirkung zu.[384] Derart wird dem Recht auf einen effektiven Rechtsbehelf gem Art 47 GRC Rechnung getragen. Abgewiesene Asylwerber*innen genießen deshalb zumindest einen Ausweisungsschutz.[385] Der Ausweisungs-

377 Art 11 und 16 StatusRL; vgl *Peers/Moreno-Lax* in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* 116-120 sowie 149-155.

378 Art 14 und 19 StatusRL; vgl *Peers/Moreno-Lax* in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* 129-132, 155-156.

379 Art 1 D bis F GFK. Siehe auch Fn 348.

380 Art 1 F lit a GFK und siehe zu diesem Begriff Art 8 Abs 2 Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs v 17.7.1998.

381 Art 32 und 33 AsylverfahrensRL.

382 EuGH 19.6.2018, C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465, *Gnandi*, Rn 40f in Bezug auf Art 7 Abs 1 alte Fassung der AsylverfahrensRL, die jedoch in den diesbezüglichen Gründen ident mit der Neufassung ist (Art 9 Abs 1 StatusRL); vgl *Hruschka*, Umfassender Rechtsschutz im Asylverfahren: Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 19. Juni 2018 in der Rechtssache »Gnandi«, Asylmagazin 2018, 290 (290f). Zum gleichen Ergebnis kommend *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 93.

383 Siehe zu dieser Möglichkeit Art 6 Abs 6 RückführungsRL und EuGH *Gnandi*, Rn 49.

384 EuGH *Gnandi*, Rn 54 und 56ff. Siehe auch EuGH 30.5.2013, C-534/11, ECLI:EU:C:2013:343, *Arslan* und vertiefend *Hruschka*, Asylmagazin 2018 und *Walbert-Satek*, Verfahrensgarantien für Rückkehrentscheidungen im Asylverfahren, migraLex 2018, 34.

385 Siehe Fn 522.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schutz begründet zwar keinen rechtmäßigen Aufenthalt, doch hat er große praktische Relevanz, da durch diesen eine effektive gerichtliche Überprüfung des Vorliegens von internationalem Schutz bzw von Refoulement-Gründen möglich ist.

D. *Verwandtschaftsverhältnis – Dritte Kategorie*

Die dritte Kategorie von Migrant*innen mit privilegierten Aufenthaltsrechten erfasst Familiengehörige von jenen Migrant*innen, die selbst eine privilegierte aufenthaltsrechtliche Stellung im oben genannten Sinne innehaben. Die Normen betreffend Unionsbürger*innen und international Schutzberechtigten finden sich im Sekundärrecht, wohingegen sich die Rechte von Familienangehörigen von EWR-Bürger*innen und Schweizer*innen aus dem jeweiligen völkerrechtlichen Assoziationsabkommen ableiten.

I. Familienangehörige von Unionsbürger*innen

Familienangehörige von Unionsbürger*innen sollen unbeschadet ihrer Staatsangehörigkeit in den Genuss eines Freizügigkeitsrechts kommen,[386] da dies für die Beseitigung von Hindernissen des Personenverkehrs von Unionsbürger*innen erforderlich ist.[387] Vom Familienangehörigenbegriff der FreizügigkeitsRL sind Ehegatt*innen,[388] Lebenspartner*innen, sowie Verwandte und Ehegatt*innen in gerader absteigender[389] und aufsteigender Linie umfasst.[390]

Der EuGH hat die FreizügigkeitsRL dahingehend ausgelegt, dass sie Familienangehörigen aus Drittstaaten ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht verleiht, insoweit sich die Unionsbürger*innen in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, niedergelassen ha-

386 EuGH 18.12.2014, C-202/13, ECLI:EU:C:2014:2450, *McCarthy ua*, Rn 33 mwN. Bereits *Hailbronner* in FS Ulrich Everling 411.

387 ErwGr 5 FreizügigkeitsRL; *Schulz*, Freizügigkeit 188; vertiefend *Kostakopoulou* in *Micklitz/De Witte* 186ff.

388 EuGH 17.4.1986, C-59/85, ECLI:EU:C:1986:157, *Reed*, Rn 13ff.

389 EuGH 16.1.2014, C-423/12, ECLI:EU:C:2014:16, *Reyes*, Rn 28ff und EuGH *Baumbast*, Rn 57.

390 Art 2 Z 2 FreizügigkeitsRL; vgl *Obwexer*, Grundfreiheit 181ff und KOM(2009) 313 endg, 4ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ben.[391] Das Freizügigkeitsrecht kommt genau wie bei Unionsbürger*innen de jure zu, wobei die Aufenthaltserlaubnis eines Mitgliedstaats lediglich deklaratorischen Charakter hat.[392] Die Familienangehörigen müssen die begünstigten Unionsbürger*innen in den jeweiligen Mitgliedstaat begleiten und/oder nachziehen.[393] Neben dem grenzüberschreitenden Sachverhalt[394] ist das Vorliegen der Familienangehörigeneigenschaft notwendig, um das abgeleitete Aufenthaltsrecht in Anspruch nehmen zu können.[395] Drittstaatsangehörige Familienangehörige müssen bei der Einreise in die EU – dh beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten – im Besitz eines Reisepasses und eines Einreisevisums sein.[396] Die begünstigten Familienangehörigen haben grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf ein solches Visum, außer in jenen Fällen, in denen die Person „eine tatsächliche und hinreichend schwere Bedrohung darstelle, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre".[397]

Bei kurzfristigen Aufenthalten sind Familienangehörige Unionsbürger*innen rechtlich vollkommen gleichgestellt.[398] Bei längerfristigen Aufenthalten von mehr als drei Monaten besteht das abgeleitete Aufenthaltsrecht jedenfalls, wenn über die ökonomischen Voraussetzungen verfügt wird. Nach der hier vertretenen Meinung bleibt das Aufenthaltsrecht aufrecht, solange die Personen nicht unangemessen Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen bzw bis eine konstitutive Entscheidung über das Vorliegen der ökonomischen Voraussetzungen ge-

---

391 Art 6 Abs 2 FreizügigkeitsRL; EuGH *Iida*, Rn 51ff mwN; EuGH *McCarthy ua*, Rn 36 mwN; EuGH *S* und *G*, Rn 34.

392 EuGH *Dias*, Rn 49 und EuGH *McCarthy ua*, Rn 62.
EuGH 12.5.1998, C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217, *Martínez Sala*, Rn 53.

393 Vertiefend *Obwexer*, Grundfreiheit 179ff, 218ff; *Scheuing*, Freizügigkeit der Unionsbürger in der Europäischen Union in FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät (2002) 103 (126).

394 EuGH 17.4.2008, C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449, *Metock*, Rn 77f und EuGH 14.11.2017, C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862, *Lounes*, Rn 52f. In Bezug auf Familienangehörige von Kindern, die in jenem Mitgliedstaat niedergelassen sind, dessen Nationalität sie besitzen, siehe unter anderem EuGH 10.5.2017, C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354, *Chavez-Vilchez*, Rn 60ff und vertiefend *Cambien*, EU Citizenship and the Right to Care in *Kochenov* (Hrsg), EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights (2017) 489.

395 *Obwexer*, Grundfreiheit 180f.

396 EuGH *Metock*, Rn 52; vgl *Strunz*, Die Freizügigkeit der Personen in der Europäischen Union (2004) 147f.

397 EuGH 31.1.2006, C-503/03, ECLI:EU:C:2006:74, *Kommission/Spanien*, Rn 39 und 40-42.

398 Vgl *Frenz*, Europarecht Rn 4205.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

troffen wurde.[399] Der Aufnahmemitgliedstaat kann Familienangehörigen die Einreise und den Aufenthalt nur unter Beachtung der Art 27ff FreizügigkeitsRL, die auf Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit verweist, verwehren, woran jedoch strenge Vorgaben geknüpft sind.[400]

II. Familienangehörige von EWR- und Schweizer Bürger*innen

Familienangehörige von EWR-Bürger*innen unterliegen demselben Rechtsregime wie jene von Unionsbürger*innen.[401] Ähnlich stellt sich die Rechtslage von Familienangehörigen von Schweizer*innen dar. Die diesbezügliche Familienangehörigendefinition ist vergleichbar mit jener in Bezug auf Unionsbürger*innen, es bestehen jedoch einige kleinere Unterschiede.[402] Das Aufenthaltsrecht leitet sich wiederum von den schweizerischen Staatsangehörigen ab und besteht jedenfalls solange, wie ausreichend Existenzmittel und eine Krankenversicherung vorliegen.[403]

III. Familienangehörige von international Schutzberechtigten

Familienangehörige im Sinne der StatusRL – dh die Kernfamilie, die bereits im Herkunftsland bestanden haben muss[404] – haben Anspruch auf einen Aufenthaltstitel und folglich auf ein Aufenthaltsrecht in jenem Mitgliedstaat, in dem der Bezugsperson internationaler Schutz zuerkannt wurde.[405] Hierzu muss lediglich nachgewiesen werden, dass sie die Familien-

399 Siehe Kapitel 1.B.I.
400 Art 27-35 FreizügigkeitsRL; vgl EuGH *McCarthy ua*, Rn 45-58.
401 Gemeinsame Erklärung der Vertragsparteien zum Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 158/2007 zur Aufnahme der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in das Abkommen, ABl 2008 L 124/23; zutreffend *Franklin* in *Thym/Zoeteweij-Turhan* 131 und *Tobler* in *Thym/Zoeteweij-Turhan* 120.
402 Art 3 Abs 2 Anhang I Assoziationsabkommen EG/Schweiz; vgl zu den Unterschieden *Tobler*, Hier sind Onkel, hier sind Tanten, hier sind meine Anverwandten: Wer fällt im EU-Recht bzw im bilateralen Recht unter den Familiennachzug? in *Epiney/Diezig* (Hrsg), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014 (2014) 319 (325ff); *Peers*, EJML 2000, 132, 138.
403 Vgl *Kahil-Wolff/Mosters*, EuZW 2001, 8; *Peers*, EJML 2000, 132.
404 Art 2 lit j StatusRL; vgl *Peers/Moreno-Lax* in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* 85ff.
405 Art 24 StatusRL.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

angehörigeneigenschaft erfüllen.[406] Familienangehörigen ist dieses unter anderem zu verwehren, wenn sie selbst einen der Ausschlussgründe[407] des internationalen Schutzes erfüllen.[408] Die Gültigkeitsdauer des Aufenthaltsrechts variiert je nach Statuszuerkennung an die Person, welcher der internationale Schutz zuerkannt wurde (bei Flüchtlingen mindestens drei Jahre und bei subsidiär Schutzberechtigten mindestens ein Jahr). Zu beachten ist in Bezug auf diese Ausführungen aber, dass die Familienangehörigen bereits eingereist sein müssen, da ansonsten die Regelungen über die Familienzusammenführung, in der deutschen Diktion Familiennachzug genannt, zur Anwendung kommen. Für Familienangehörige von Flüchtlingen wären die Bestimmungen der FamilienzusammenführungsRL einschlägig[409] und für Familienangehörige von subsidiär Schutzberechtigten die allgemeinen mitgliedstaatlichen Regeln der Familienzusammenführung.[410]

*E. Resümee – Die Veränderung der nationalen Rechtsordnungen im Hinblick auf die Aufenthaltsrechte von Migrant*innen und den irregulären Aufenthalt*

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

---

406 Siehe auch Art 23 StatusRL, wonach die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass der Familienverband aufrechterhalten werden kann und gewahrt wird.

407 Art 12 und 17 StatusRL.

408 Art 23 Abs 3 StatusRL und *Battjes* in *Hailbronner/Thym* (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law. A Commentary[2] (2016) Art 23 Asylum Qualification Directive Rn 19.

409 Siehe Art 9 bis 12 FamilienzusammenführungsRL.

410 In dem Urteil *K* und *B* führt der EuGH aus, dass subsidiär Schutzberechtigte nicht von der FamilienzusammenführungsRL erfasst sind; EuGH 7.11.2018, C-380/17, ECLI:EU:C:2018:877, *K* und *B*.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

*Tabelle 1: Die Normierung der Aufenthaltsrechte von Migrant*innen*

Tabelle 1 beschreibt, dass die dargestellten quasi-automatischen Aufenthaltsrechte sowohl auf internationaler als auch auf EU-Ebene festgeschrieben wurden. Diese beiden Ebenen können nunmehr selbst als „etatistisch" bezeichnet werden, da sie die quasi-automatischen Aufenthaltsrechte von Migrant*innen umfassend und beinahe ausschließlich regeln.[411] Der mitgliedstaatliche Entscheidungsspielraum ist auf ein Minimum beschränkt, da die Mitgliedstaaten nur mehr über vollziehende Kompetenzen verfügen. Die geteilte Kompetenz zwischen der EU und den Mitgliedstaaten wurde von der EU bzw dem Völkerrechtsgesetzgeber erschöpfend ausgeübt. Nicht außer Acht gelassen werden darf hierbei, dass die Mitgliedstaaten selbstständig die diesbezüglichen Hoheitsrechte auf die EU bzw den Völkerrechtsgesetzgeber übertragen haben.

Ein anderes Bild ergibt sich bei genauerer Betrachtung der Aufenthaltsrechte von aufenthaltsrechtlich nicht privilegierten Migrant*innen und der institutionalisierten Kompetenzteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten.[412] Im Zusammenhang mit einigen „Restmaterien" zeigt sich, dass die Mitgliedstaaten tatsächlich noch die zuständigen Gesetzgeber sind, da die EU von ihren gesetzgeberischen Kompetenzen noch keinen Gebrauch gemacht und keinen Rechtsakt erlassen hat.[413] Hierunter fallen etwa Einbürgerungen, aber auch Regularisierungen.[414] In diesen Materien entscheiden die Mitgliedstaaten noch weitgehend alleine über die Genehmigung des Aufenthalts.

Obwohl die „statist assumption" kaum mehr von Relevanz ist, ist sie in der Lehre immer noch stark vertreten. Um diese überkommene Lehrmeinung zu überwinden, schlägt *Kostakopoulou* vor, dass die Mitgliedstaaten

411 Vgl *Costello*, Human Rights 26 gebraucht den Begriff „statist" im Sinne von „staatsfixiert" oder „staatszentriert".

412 Vgl *Costello*, Human Rights 14 und weiters 24ff.

413 Dies wird in Kapitel 3 thematisiert.

414 Siehe Art 6 Abs 4 RückführungsRL; *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 168; *Costello*, Human Rights 27; *Lutz* in *Hailbronner/Thym* Art 6 Return Directive Rn 20 und Kapitel 3.B.I. und Kapitel 6.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die „floating nature“ ihrer staatlichen Souveränität akzeptieren müssen.[415] Der Autorin ist in diesem Punkt zuzustimmen, da dies einem besseren Verständnis des Souveränitätsbegriffs heutzutage entspricht: Auf den ersten Blick scheint es – zumindest oberflächlich – als ob die Mitgliedstaaten akzeptieren müssten, dass sie ihre staatliche Souveränität in einem Kernbereich verloren haben. Bei genauerem Hinsehen wird jedoch klar, dass dies nicht zutrifft. *Kostakopoulou* argumentiert vielmehr, dass Staaten nicht weniger souverän sind, wenn sie in einem Kernbereich nicht mehr alleine entscheiden können. Vielmehr ist es genau andersherum, da sich die Mitgliedstaaten mit einem der Kernbereiche der Staatssouveränität – den Aufenthaltsrechten von Migrant*innen – gar nicht mehr oder weniger auseinandersetzen müssen. Folglich verfügen sie nach der Ansicht von *Kostakopoulou* über mehr Kapazitäten „to perform their primary functions as providers of protection and welfare maximizers and thus to elicit the support of their citizens“.[416] Sollten die Mitgliedstaaten daher akzeptieren, dass sie weniger souverän im traditionellen Sinne sind, würde sich dadurch für sie die Möglichkeit eröffnen ihre primären Staatsfunktionen zu stärken.[417] Darunter fallen etwa Sicherheit, der Grundrechtsschutz, Demokratie oder soziale Sicherheit.[418] Weiters könnte man argumentieren, dass eine geteilte Souveränität zwischen der EU und den Mitgliedstaaten die Migrationspolitik und folglich das Migrationsrecht effektiver macht. Letzteres steht im Einklang mit der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht in Bezug auf Regularisierungen und das komplementäre Konzept der „Einwanderung von innen“.[419]

Insgesamt sollte der öffentliche und rechtliche Diskurs die Veränderung der nationalen Rechtsordnungen im Hinblick auf die Aufenthaltsrechte von Migrant*innen und den irregulären Aufenthalt berücksichtigen, um den „fetishism of indivisibility“[420] der staatlichen Souveränität zu überwinden. Dadurch kann der Weg frei gemacht werden für eine gemeinsame und alle Themenbereiche umfassende Migrationspolitik der EU.[421]

---

415 *Kostakopoulou*, Floating Sovereignty: A Pathology or A Necessary Means of State Evolution?, Oxford Journal of Legal Studies 2002/22, 135 (156).

416 *Kostakopoulou*, Oxford Journal of Legal Studies 2002/22, 155f.

417 Nicht eingegangen wird darauf, ob es überhaupt „objektive“ bzw „primäre“ Staatsfunktionen gibt, da dies über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen würde.

418 Vgl *Kostakopoulou*, Oxford Journal of Legal Studies 2002/22, 149f.

419 Siehe Kapitel 6.A.

420 *Howse/Nicolaidis* in *Broude/Shany* 165.

421 Siehe Kapitel 6.D.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 2 – Die konzeptionelle Erfassung von Regularisierungen[422]

Nachdem in Kapitel 1 dargelegt wurde, dass sich die nationalen Rechtsordnungen in Bezug auf die Aufenthaltsrechte von Migrant*innen und den irregulären Aufenthalt im Wandel befinden, aber hinsichtlich Regularisierungen die Mitgliedstaaten nach wie vor alleine entscheiden, beschäftigt sich das vorliegende Kapitel in einer ersten Annäherung mit der Begrifflichkeit und Definition von Regularisierungen und wird dieses aufenthaltsrechtliche Teilregime[423] näher beleuchten. Rechtswissenschaftlich handelt es sich bei Regularisierungen grundsätzlich um Akte oder Maßnahmen, die den aufenthaltsrechtlichen Übergang von der Irregularität in die Regularität begründen.[424] Regularisierungen werden somit als aufenthaltsrechtliches Instrument verstanden, das genau wie Rückführungen den irregulären Aufenthalt beendet.[425] Da der Begriff unterschiedlich eingesetzt und verwendet wird, wird zunächst eine Definition gebildet (A.). Im Anschluss werden die einzelnen Elemente der Definition dargelegt. Abschließend wird anhand der Regularisierungsdefinition eine Kategorisierung von Regularisierungen für den integrierten Rechtsvergleich erstellt (B.). Diese stellt eine wesentliche Grundlage für den durchgeführten Rechtsvergleich in Teil 2 dar und beschließt zugleich die konzeptionellen Überlegungen in Teil 1 bevor der unionsrechtliche Rahmen in Bezug auf die aufenthaltsrechtliche Irregularität und Regularisierungen in Kapitel 3 abgesteckt wird.

---

422 Ausschnitte dieses Kapitels wurden in einer früheren Fassung in *Hinterberger* in *Lanser/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* und auf Englisch in *Hinterberger*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2019 publiziert. Siehe Einleitung D.III.

423 Siehe zum Begriff *Bast*, Aufenthaltsrecht 31.

424 Vgl *Pelzer* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 146.

425 Siehe Kapitel 2.A.II.2. und Kapitel 6.A.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

A. Definition von Regularisierungen

In der Folge wird ein Überblick über die bereits bestehenden Regularisierungsdefinitionen gegeben (I.), um anschließend die einzelnen Elemente der hier vorgeschlagenen Definition zu beschreiben (II.). Vor der genannten Darstellung, wird kurz die verwendete Terminologie adressiert. In der Literatur[426] und Rspr[427] werden teilweise die Termini „Legalisierung" bzw „Regularisierungsmaßnahme" anstatt von Regularisierung verwendet. *Kluth* bezeichnet diese Begriffe als vorzugswürdig, weil der deutsche Sprachgebrauch Regularisierung nicht angenommen habe und auch die Herleitung des Begriffs Legalisierung von „illegal" sachlich unproblematisch sei.[428] Er führt als Beispiel das Baurecht an, in dem rechtswidrig erbaute Bauwerke legalisiert werden können. Als weiteres Beispiel kommen etwa „Steueramnestien" in Frage. Diese bewirken, dass eine Person, die an sich Steuern hätte zahlen müssen, „im Nachhinein nicht verhalten wird, die seinerzeit nicht entrichteten Steuern zu zahlen".[429] Diese Argumentation ist nicht überzeugend, da Teile der Literatur Regularisierung als rechtswissenschaftlichen Begriff einsetzen.[430] Dass der Begriff von einigen Autoren und Autorinnen noch nicht gebraucht wird, spricht nicht gegen die Verwendung desselben. Problematischer ist, dass sich einige der Regularisierungsdefinitionen explizit auf „illegale Migrant*innen" oder den „illegalen Aufenthaltsstatus" beziehen. Die Bezugnahme auf die „Illegalität" bzw auf „illegal" ist aber genau wie die Verwendung des Begriffs „Legalisierung" selbst abzulehnen, werden doch Migrant*innen so implizit als kriminell dargestellt, weshalb mit den Begriffen eine negative Konnotation einhergeht.[431] Insgesamt bleibt somit festzuhalten, dass in der vorliegenden Arbeit der Begriff der Regularisierung eingesetzt, und sowohl von der Verwendung des Begriffs Legalisierung als auch jeglichen davon abgeleiteten Begriffen Abstand genommen wird.

---

426 Vgl etwa *Kluth*, ZAR 2007, 20; *Bast* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 87.
427 Vgl etwa VwGH 29.11.2012, 2012/01/0133.
428 Vgl *Kluth*, ZAR 2007, 21 Fn 12.
429 Vgl *Lang/Herdin*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für „Steueramnestien", JRP 2005/13, 57 und 52.
430 Vgl nur etwa *Pelzer* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 143; *Düvell* in *Falge/Fischer-Lescano/Sieveking* 25.
431 Siehe Kapitel 1.A.II. und Kapitel 2.A.II.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Überblick über bestehende Regularisierungsdefinitionen

Methodisch ist es äußerst schwierig, Regularisierung zu definieren. Dies rührt daher, weil der Begriff weder in Österreich, in Deutschland, in Spanien[432] noch im Unionsrecht normiert ist.[433] Dem Fremden-, Aufenthalts- bzw Ausländerrecht (dieser Mitgliedstaaten) ist der Begriff somit fremd, eine textlich-begriffliche Fixierung fehlt.[434] Es handelt sich also um keinen Rechtsbegriff.[435] In den nationalen Rechtsordnungen wird grundsätzlich nur zwischen verschiedenen Aufenthaltstiteln, Aufenthaltsberechtigungen, Aufenthaltsbewilligungen, Aufenthaltserlaubnissen, etc unterschieden.[436] Diese können unter Umständen eine Regularisierung darstellen. Dementsprechend herausfordernd ist es, Regularisierungen, die sich durch den Statuswechsel von der aufenthaltsrechtlichen Irregularität in die Regularität auszeichnen, eigenständig zu beschreiben und klar abzugrenzen, um so einen eigenständigen, rechtswissenschaftlichen Begriff zu definieren.

Auch in der Literatur gibt es für den Begriff der Regularisierung[437] keine einheitliche Definition. Eine der Ursachen hierfür ist die Tatsache, dass es nicht nur eine Art der Regularisierung gibt.[438] Die Darstellung der bisher in der Literatur verwendeten Definitionen gibt einen ersten groben Überblick über die gemeinsamen Merkmale:

- The „granting, on the part of the State, of a residence permit to a person of foreign nationality residing illegally within its territory".[439]
- „Regularisation is defined as any state procedure by which third country nationals who are illegally residing, or who are otherwise in breach of national immigration rules, in their current country of residence are granted a legal status".[440]

---

432 Vgl aber zur spanischen Literatur exemplarisch *Puerta Vílchez*, La regularización de extranjeros. Art. 31.3 y Disposición transitoria cuarta in *Moya Escudero* (Hrsg), Comentario sistemático a la ley de extranjería (2001) 391 (391f).

433 Vgl *Baldwin-Edwards/Kraler*, Final Report v Jänner 2009, 7.

434 Vgl *Bydlinski*, Das bewegliche System und juristische Methodenlehre in *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger* (Hrsg), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 21 (25).

435 Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rn 30.

436 Siehe bspw § 4 AufenthG oder Art 1 Abs 2 lit a AufenthaltstitelVO. Vertiefend Kapitel 4.A.III., Kapitel 4.B.III. und Kapitel 4.C.III.

437 Siehe etwa bei *Pelzer* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 143.

438 *Kluth*, ZAR 2007, 22.

439 *Apap/de Bruycker/Schmitter*, EJML 2000, 263.

440 *Baldwin-Edwards/Kraler*, Final Report v Jänner 2009, 7; vgl auch *EMN*, Asylum and Migration Glossary 3.0 v Oktober 2014, 234, das sich auf die Definition der

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Apap/de Bruycker/Schmitter und *Baldwin-Edwards/Kraler* stellen in ihrer Definition auf die Gewährung eines rechtmäßigen Status in einem staatlichen Verfahren ab. Sie unterscheiden sich dahingehend, dass der Status in der ersten Definition an eine fremde Person verliehen wird, die illegal aufhältig ist und in der zweiten an eine*n Drittstaatsangehörigen, der*die die einschlägigen nationalen Bestimmungen verletzt oder nicht erfüllt.

– „Regularisation is defined as a state procedure by which third-country nationals who are in breach of national immigration rules in their country of residence are granted a legal status, but are not accorded full citizenship rights".[441]

Für *Lazaridis* ist gleichfalls wesentlich, dass in einem staatlichen Verfahren ein rechtmäßiger Aufenthalt gewährt wird. Sie konkretisiert jedoch den zu verleihenden Status entsprechend, dass mit diesem keine vollständigen (Staats-)Bürger*innenrechte einhergehen dürfen.

– „Regularization is the means by which a government provides lawful status to foreigners in an unlawful or irregular situation in respect to admission, stay and economic activity".[442]

Das *Intergovernmental Committee for Migration*, nunmehr *IOM*, geht in seiner Definition ebenfalls näher auf den gewährten rechtmäßigen Status ein. Dieser muss neben dem Aufenthaltsrecht auch einen Arbeitsmarktzugang umfassen, da der Begriff „economic activity" vermutlich in dem Sinne zu verstehen ist.[443]

Die Komplexität der hier angeführten Regularisierungsbegriffe ergibt sich unter anderem aus dem Umstand, dass die Definitionen einerseits unterschiedliche Begriffe verwenden und diese Begriffe andererseits inhaltliche

---

REGINE-Studie bezieht. Siehe jüngst auch *Kraler*, Journal of Immigrant and Refugee Studies 2019, 95.

441 *Lazaridis*, International Migration 132.

442 *Intergovernmental Committee for Migration*, Undocumented Migrants and the Regularization of their Status, International Migration 1983, 109 (109). Siehe auch die Definition der *IOM* in *Perruchoud/Redpath-Cross* (Hrsg), Glossary on Migration[2] (2011): „Any process or programme by which the authorities in a State allow non-nationals in an irregular or undocumented situation to stay lawfully in the country. Typical practices include the granting of an amnesty (also known as ‚legalization') to non-nationals who have resided in the country in an irregular situation for a given length of time and are not otherwise found inadmissible".

443 Vgl *Böhning*, International Migration 1983, 171 Fn 10.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unterschiede aufweisen.[444] So wird teilweise auf illegale Fremde bzw Drittstaatsangehörige, auf den illegalen Status oder auf irreguläre Migration Bezug genommen, wobei jeder Begriff einen eigenständigen Inhalt hat. Dadurch kann man grundsätzlich nie davon ausgehen, dass dieselben Maßnahmen bzw Verfahren gemeint sind, wenn von Regularisierungen die Rede ist.

Inhaltlich ist allen aufgezählten Definitionen gemein, dass Personen, die in einem Staat kein Aufenthaltsrecht besitzen, in einem Verfahren ein Aufenthaltstitel oder dergleichen verliehen wird. *Kluth* umschreibt sie als staatliche Maßnahme, die eine Rechtsfolge auslöst und zur Änderung eines spezifischen rechtlichen Status führt.[445] Die Rechtsfolge, die hier von besonderem Interesse ist, ist die Gewährung eines Aufenthaltsrechts. Somit geht es im Kern um solche staatlichen Akte, die den Übergang von der aufenthaltsrechtlichen Irregularität in die Regularität begründen.[446]

II. Definitionselemente

Um einen konkret abgegrenzten Untersuchungsgegenstand darzulegen und eine eigenständige Begriffsdefinition zu schaffen, soll Regularisierung wie folgt verstanden werden: Jede administrative oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung, die irregulär aufhältigen Migrant*innen bei Erfüllen der Mindesterteilungsvoraussetzungen ein Aufenthaltsrecht gewährt.

Die Elemente wurden aus der Lektüre der unterschiedlichen Regularisierungsdefinitionen in einem induktiven Prozess herausgefiltert und basierend auf den Zielvorgaben des Rechtsvergleichs zusammengeführt.[447] Von mir wird ein dogmatischer Begriff vorgeschlagen, der auch für andere (wissenschaftliche) Arbeiten herangezogen werden kann.[448] Die Regularisierungsdefinition dient der Systematisierung und Darstellung eines rechtlichen Phänomens, das bisher wissenschaftlich unzureichend analysiert wurde. Sie ist außerdem tauglich, den Statuswechsel von der aufenthalts-

444 *Kraler*, Regularisation: A misguided option or part and parcel of a comprehensive policy response to irregular migration?, IMISCOE WP Nr 24 v Februar 2009, 8.

445 Vgl *Kluth*, ZAR 2007, 21f.

446 Siehe hierzu die Definition „irregulär aufhältige Migrant*innen" in Kapitel 1.A.I. und Kapitel 2.A.II.1.

447 Siehe Einleitung D.I.

448 Allgemein zu „wissenschaftlichen Begriffen" *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rn 31.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtlichen Irregularität in die Regularität zu beschreiben. Der Regularisierungsbegriff setzt sich aus nachfolgend dargestellten Elementen zusammen: Irregulär aufhältige Migrant*innen (1.), Gewährung eines Aufenthaltsrechts (2.), Entscheidung (3.) und Erfüllen von Mindesterteilungsvoraussetzungen (4.).

Inhaltlich ist zentral, dass Regularisierungen einen Statuswechsel beschreiben. Allgemein beschreibt dieser Oberbegriff den Wechsel von einem rechtswidrigen Zustand hin zu einem rechtmäßigen.[449] Regularisierungen knüpfen an die Person und ihren rechtswidrigen/irregulären Aufenthalt an,[450] wobei sich ihr aufenthaltsrechtlicher Status durch die Gewährung des Aufenthaltsrechts verändert. Vorweg genommen werden kann deshalb, dass mit dem gewährten Aufenthaltsrecht ein rechtmäßiger Aufenthalt einhergehen muss, der von der nationalen Rechtsordnung als solcher anerkannt wird. Folglich sind zwei Elemente (irregulär aufhältige Migrant*innen und die Gewährung eines Aufenthaltsrechts) als konstitutiv zu werten, da sie für den Statuswechsel maßgeblich sind. Ohne diese kann sinnvollerweise nicht von einem solchen gesprochen werden, weshalb sie als fester und unverzichtbarer Kern bezeichnet werden. Die anderen beiden Elemente (Entscheidung und das Erfüllen von Mindesterteilungsvoraussetzungen) sind nicht konstitutiv, da ein Erfüllen der Definition auch ohne deren Vorliegen denkbar ist. Doch werden sie aufgeführt, weil sie in der Regel Elemente von Regularisierungen sind und die Ausgestaltung dieser betreffen.

1. Irregulär aufhältige Migrant*innen

Die Mindestvoraussetzung einer Maßnahme zur Qualifizierung als Regularisierung ist, dass sie auf irregulär im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates aufhältige Personen abzielt. *Apap/de Bruycker/Schmitter* bezeichnen dies als „geographical criterion".[451] Der persönliche Anwendungsbereich von Regularisierungen umfasst irregulär aufhältige Migrant*innen, wie in Kapitel 1 bereits dargestellt. Das zuvor schon näher erklärte Begriffspaar „irregulär aufhältig" setzt daher die physische Präsenz im Hoheitsgebiet eines

449 Vgl *Kluth*, ZAR 2007, 21f.
450 Dies entspricht wiederum der in der vorliegenden Arbeit eingenommen Perspektive; siehe Einleitung D.II.
451 *Apap/de Bruycker/Schmitter*, EJML 2000, 294f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mitgliedstaats und die aufenthaltsrechtliche Irregularität voraus.[452] Antragsstellungen von Personen aus dem Ausland sind deshalb von der hier gewählten Begrifflichkeit nicht umfasst.

Dieses Element muss meist im Zeitpunkt der Antragstellung bzw der Entscheidung oder den gesamten Zeitraum über – dh von Antragstellung bis zur Entscheidung – vorliegen.[453] Bezugspunkt sind die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte.[454] Bei Regularisierungen ist – im Gegensatz zu anderen aufenthaltsrechtlichen Statuswechsel – eine Inlandsantragstellung somit nicht nur möglich, sondern sogar vorausgesetzt. Dies ist zweckmäßig, da derart eine Abgrenzung zu jenen Aufenthaltsrechten geschaffen werden kann, die auch aus dem Ausland erlangt werden können. Folglich kann die Erlangung eines Aufenthaltsrechts aus dem Ausland nie eine Regularisierung darstellen, da die physische Präsenz zwingend notwendig ist. Fälle der Familienzusammenführung werden deshalb ebenfalls nicht beleuchtet. Die Anträge auf Familienzusammenführung sind in der Regel außerhalb des Hoheitsgebiets des Mitgliedstaates, in dem sich die zusammenführenden Familienangehörigen befinden, zu stellen.[455] Auch wenn der Antrag auf Familienzusammenführung erst nach der Einreise gestellt wird bzw gestellt werden kann, werden diese Fälle aber dennoch nicht untersucht.

2. Gewährung eines Aufenthaltsrechts

Ist die Gewährung eines Aufenthaltsrechts die Rechtsfolge einer Maßnahme, kommt diese als Regularisierung in Frage. Doch was kann überhaupt unter dem Begriff des Aufenthaltsrechts verstanden werden? Einige einleitende Überlegungen wurden bereits weiter oben ausgeführt.[456]

Grundsätzlich begründet ein Aufenthaltsrecht einen rechtmäßigen Aufenthalt, der von der nationalen Rechtsordnung anerkannt wird. Darunter wird die Berechtigung verstanden, sich rechtlich in einem Mitgliedstaat aufhalten zu dürfen. *Farahat* bezeichnet dieses etwa als ein territorial be-

452 Siehe oben Kapitel 1.A.II.
453 Siehe zur deutschen Rechtslage Kapitel 4.A.III.2.a., zur österreichischen Kapitel 4.B.III.2.a. und zur spanischen Kapitel 4.C.III.3.a.
454 Siehe zur deutschen Rechtslage Kapitel 4.A.IV.-V., zur österreichischen Kapitel 4.B.IV.-V. und zur spanischen Kapitel 4.C.IV.-V.
455 Art 5 Abs 3 FamilienzusammenführungsRL.
456 Siehe Kapitel 1.A.I.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dingtes Zuordnungsverhältnis.[457] Dies klingt zwar im ersten Moment unproblematisch, wirft aber bei genauerem Hinsehen einige komplizierte Fragen auf. Einleuchtend ist, dass als Aufenthaltsrecht jedes objektive Recht verstanden werden kann, mit dem ein rechtmäßiger Aufenthalt einhergeht (Aufenthaltsrecht im engeren Sinne). Hierbei ist es aber nicht notwendig, dass ein Rechtsanspruch auf Aufenthalt, mit anderen Worten ein Recht im subjektiven Sinne, besteht.

Schwieriger wird aber bereits die systematische Einordnung des Rechtsinstitutes der Duldung in Österreich und Deutschland, das in beiden Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet ist und keinen rechtmäßigen Aufenthalt begründet, aber eine Art faktischen Aufenthalt schafft, der rechtlich erfasst ist. Als faktischen Aufenthalt kann man nach *Renner* „das tatsächliche Sich-Aufhalten an einem Ort ohne Rücksicht auf Dauer, Zweck und sonstige Umstände wie vor allem die Rechtmäßigkeit"[458] verstehen. Die betreffende Person ist (vorübergehend) geduldet, wobei die Rückführung nicht durchgesetzt werden kann und dies von der Rechtsordnung anerkannt wird. Das Rechtsinstitut der Duldung kann zur einfacheren Einordnung vorerst als Aufenthaltsrecht im weiteren Sinne bezeichnet werden.[459] Dies zeigt aber bereits, dass der Begriff des Aufenthaltsrechts einen Kern- und Randbereich hat.

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

---

457 *Farahat*, Progressive Inklusion 61.

458 Vgl *Renner*, Ausländerrecht in Deutschland: Einreise und Aufenthalt (1998) 156; siehe auch *Riecken*, Die Duldung als Verfassungsproblem (2006) 35f mwN.

459 *Kluth*, ZAR 2007, 22. Siehe hierzu vertiefend Kapitel 2.B.III.1.a.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Rechtmäßigkeit des Aufenthalts

Das erste und zentrale Element zielt auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts ab. Die autonom-nationale Normierung, dass eine Berechtigung einen rechtmäßigen Aufenthalt begründet, ist Grundvoraussetzung für die Wertung als Aufenthaltsrecht. Der Begriff „autonom-national" wird in der Folge immer dann verwendet, wenn ein Aufenthaltsrecht bloß aufgrund nationaler Regelungen erteilt wurde. Die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts ist in Anknüpfung an den AEUV, der ja gerade zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Aufenthalt unterscheidet,[460] sowie die RückführungsRL[461] und somit hinsichtlich des Rechtsvergleichs zweckmäßig. In der Regel nimmt ein rechtmäßiger Aufenthalt Rechtsformen wie etwa Aufenthaltstitel, Aufenthaltsberechtigung, Aufenthaltserlaubnis, etc an. Das Rechtsinstitut der Duldung ist nicht als Aufenthaltsrecht zu qualifizieren, da es in der deutschen respektive österreichischen Rechtsordnung nicht als erlaubter/rechtmäßiger Aufenthalt anerkannt ist.

b. Befristung

Das zweite Element widmet sich der zeitlichen Dimension, schafft doch ein Aufenthaltsrecht in einem bestimmten Zeitraum in der Regel einen befristeten rechtmäßigen Aufenthalt. *Kluth* spricht in dem Zusammenhang von einem vorübergehenden Aufenthaltsrecht, wobei nicht näher definiert ist, welchen Zeitraum der Autor unter vorübergehend versteht.[462] Im Gegensatz dazu kann ein Aufenthaltsrecht auch einen dauerhaften rechtmäßigen Aufenthalt verschaffen. Da Staaten irregulär aufhältigen Migrant*innen im Zuge eines Regularisierungsverfahrens üblicherweise kein unbefristetes Aufenthaltsrecht gewähren, stellt für die Zwecke der vorliegenden Definition ein befristetes Aufenthaltsrecht den Ausgangspunkt dar.

460 Vgl *Costello*, Human Rights 63ff und bereits Kapitel 1.A.II.
461 Siehe Kapitel 3.B.I.
462 *Kluth*, ZAR 2007, 22.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c. Statusrechte

Neben der zeitlichen Dauer ist auch die konkrete Ausgestaltung des Aufenthaltsrechts maßgeblich für die Beurteilung, wie stark oder schwach dieses ist. Dementsprechend betrifft das dritte Element die mit dem in Frage kommenden Recht einhergehenden Statusrechte. Besonders relevant sind hierbei der Zugang zum Arbeitsmarkt und zu bestimmten sozialen Rechten.[463]

d. Aufenthaltsverfestigung

Das vierte Element beschäftigt sich damit, ob nach dem Ende der Befristung die rechtliche Möglichkeit der Beibehaltung des Aufenthaltsrechts besteht. Diesbezüglich kann auf Vorarbeiten zurückgegriffen werden, die sich mit dem Begriff der Aufenthaltsverfestigung auseinandergesetzt haben. Demnach knüpft der Begriff der Verfestigung an die Verbesserung einer bereits bestehenden aufenthaltsrechtlichen Position an.[464] Hierbei kommen die Verlängerung oder der „Umstieg" bzw „Wechsel" auf ein anderes Aufenthaltsrecht in Frage. Nach der österreichischen Diktion wird der Begriff „Umstieg", nach der deutschen Terminologie „Wechsel" verwendet.

3. Entscheidung

In der Folge wird zunächst ausgeführt, was unter Entscheidung verstanden werden kann, um anschließend die Individualität ebendieser zu beschreiben (a.). Weiters wird darauf eingegangen, dass es sich hierbei um eine administrative oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung handelt (b.).

---

463 *Kraler* hat herausgearbeitet, dass der Arbeitsmarktzugang aus der Perspektive von Migrant*innen einer der maßgeblichen Gründe ist, sich zu regularisieren; *Kraler*, Journal of Immigrant and Refugee Studies 2019, 105-107. Siehe zur geltenden deutschen Rechtslage Kapitel 4.A.II., zur österreichischen Kapitel 4.B.II. und zur spanischen Kapitel 4.C.II.

464 Vgl allgemein *Bast*, Aufenthaltsrecht 256f mwN und *Farahat*, Inklusion in der superdiversen Einwanderungsgesellschaft in *Baer/Lepsius/Schönberger/Waldhoff/Walter* (Hrsg), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 66 (2018) 337 (343).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Aufenthaltsrecht wird grundsätzlich in einem Verwaltungsverfahren durch eine administrative Entscheidung oder in einem (anschließenden) Gerichtsverfahren durch eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung gewährt. Dies wird in der Folge auch als „aufenthaltsrechts-begründende Entscheidung"" bezeichnet, um einen Oberbegriff für jegliche Art von Aufenthaltstitel, Aufenthaltsberechtigung, „autorización de residencia", etc zu schaffen.[465] Die Entscheidung bewirkt den aufenthaltsrechtlichen Übergang von der Irregularität in die Regularität, weshalb das Anknüpfen an diesen Aspekt zweckentsprechender ist als an das der Entscheidung zugrundliegende Verfahren.[466] Letzteres ist nicht der maßgebliche Zeitpunkt des Statuswechsels. Hierfür ist vielmehr die Entscheidung kennzeichnend, die das Aufenthaltsrecht begründet. Der Entscheidungszeitpunkt ist somit mit dem Verfahrensende gleichzusetzen. In den Mitgliedstaaten ist unterschiedlich festgelegt, ab wann die Entscheidung aufenthaltsrechtliche Wirkungen entfaltet. Hierbei kommt sowohl die ex tunc-Wirkung als auch die ex nunc-Wirkung in Betracht. Ex tunc beschreibt in dem Zusammenhang, dass bereits (rückwirkend) die Antragstellung den aufenthaltsrechtlichen Übergang bewirkt, ex nunc hingegen, dass der Entscheidungszeitpunkt den Statuswechsel bewirkt.

a. Individuelle Entscheidung

Eine Entscheidung, die ein Aufenthaltsrecht verleiht, kann grundsätzlich sowohl an einen individuellen als auch an einen allgemeinen Personenkreis gerichtet sein. In der vorliegenden Arbeit wird davon ausgegangen, dass Regularisierungen eine individuelle Entscheidung zugrunde liegt. Dies bedeutet, dass sich die Entscheidung an eine*n individuelle*n Adressaten*in, dh an eine Person, und nicht an einen nach Gattungsmerkmalen bestimmten Kreis an Migrant*innen richtet. Im deutschen Verwaltungsrecht spricht man etwa vom konkret-individuellen Charakter eines Aktes.[467] Individuell bezieht sich deshalb fortan darauf, dass eine Entscheidung an eine bestimmte Person gerichtet ist und dementsprechend eine

465 Denkbar wäre auch von „Aufenthaltsgenehmigung" zu sprechen; siehe etwa *Bast*, Zehn Jahre Aufenthaltsgesetz, DÖV 2013, 214 (216).

466 Vgl *Baldwin-Edwards/Kraler*, Final Report v Jänner 2009, 7; *Lazaridis*, International Migration 132.

467 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht[19] (2017) § 9 Rn 16-18. Vgl weiters *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rn 852ff zum österreichischen Verwaltungsrecht.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

individuelle Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen stattfindet. Jene Verfahren werden nicht analysiert, bei denen das Aufenthaltsrecht ohne eine solche individuelle Prüfung und Entscheidung erteilt wird.[468]

b. Administrative oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung

In verwaltungsrechtlichen Verfahren werden die Verwaltungsbehörden[469] hoheitlich[470] tätig. Grundsätzlich kann dies auf Antrag, aber auch von Amts wegen geschehen. Letzteres beschreibt, dass eine Behörde – im Falle des Vorliegens bestimmter Voraussetzungen – von sich aus tätig wird.[471] Im österreichischen Verwaltungsverfahren nimmt die administrative (und individuelle) Entscheidung grundsätzlich die Rechtsform des Bescheides an.[472] In Deutschland spricht man von begünstigenden Verwaltungsakten.[473] In Spanien fallen sie unter die Kategorie des Verwaltungsakts („acto administrativo").[474]

Im Anschluss an das Behördenhandeln kann überdies eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung ergehen. In Österreich sind die 2014 neu geschaffenen Verwaltungsgerichte in den einschlägigen aufenthaltsrechtlichen Materien zuständig.[475] Sie entscheiden über das Rechtsmittel der Bescheidbe-

468 Siehe Kapitel 5.C.I.

469 Vgl zur österreichischen Rechtslage *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht[10] (2014) Rn 14 und 58 bzw zur deutschen *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 22 Rn 13ff.

470 Vgl zum österreichischen Gebrauch des Begriffs *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht Rn 381; *Hengstschläger/Leeb*, AVG (Stand 1.1.2014, rdb.at) § 7 AVG Rn 3; *Hengstschläger/Leeb*, AVG (Stand 1.7.2005, rdb.at) § 56 AVG Rn 13; siehe zum deutschen *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 1 Rn 25 und § 9 Rn 12-14.

471 Siehe etwa in Bezug auf die österreichischen „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen" § 58 Abs 1 AsylG und Kapitel 4.B.III.2.b.

472 Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rn 812ff.

473 Vgl *Groß*, Das Ausländerrecht zwischen obrigkeitsstaatlicher Tradition und menschenrechtlicher Herausforderung, AöR 2014, 421 (423f); *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht[6] (2017) § 2 Rn 240. Allgemein zum Verwaltungsakt siehe § 35 VwVfG und *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht § 9, speziell Rn 48.

474 Vgl allgemein die Ausführungen bei *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira*, La normativa española de extranjería y asilo: evolución y características principales in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* (Hrsg), La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España (2012) 15 (19).

475 BGBl I 51/2012.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schwerde mittels Erkenntnis.[476] Nach dem deutschen Verwaltungsrecht entscheiden VG über die verwaltungsgerichtliche Klage in Form von Urteilen.[477] In der spanischen Verwaltungsgerichtsbarkeit („Jurisdicción Contencioso-Administrativa") entscheiden Verwaltungsgerichte („Tribunal de lo Contencioso-Administrativo") über die Verwaltungsklage („Recurso Contencioso-Administrativo") mittels Urteil („Sentencia").[478]

4. Erfüllen von Mindesterteilungsvoraussetzungen

Um ein Aufenthaltsrecht erlangen zu können, müssen gewisse – formelle wie auch inhaltliche – Erteilungsvoraussetzungen erfüllt sein.[479] Eine genaue Auflistung aller möglichen Voraussetzungen ist an dieser Stelle nicht zielführend, da vorab eine Analyse aller Regularisierungen notwendig ist, um diese herauszukristallisieren. Exemplarisch können hier eine Mindestaufenthaltsdauer, Sprachkenntnisse oder das Vorliegen bestimmter humanitärer Gründe angeführt werden. Darüber hinaus kann vorweg angemerkt werden, dass eine der häufig geforderten allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen von aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidungen, das Erfordernis eines Visums, entfällt.

III. Zwischenergebnis

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

Bei der Definition handelt es sich um einen dogmatischen Begriff, der auch für andere (wissenschaftliche) Arbeiten herangezogen werden kann und gleichzeitig der Systematisierung und Darstellung dieses Rechtsinstituts

476 §§ 7ff und 28 VwGVG und siehe Kapitel 4.B.V.1.
477 Daneben ist es möglich, dass die VG mittels Beschluss entscheiden. Siehe Kapitel 4.A.V.1.
478 Siehe Kapitel 4.C.V.1.
479 Vgl *Groß*, AöR 2014, 423f; *Bast*, Aufenthaltsrecht 31.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dient. Ich habe dem Begriff „Regularisierung" gegenüber jenem der „Legalisierung" den Vorzug gegeben, weil letzterer irregulär aufhältige Migrant*innen ins Licht der Kriminalität rückt. Der Regularisierungsbegriff setzt sich aus nachfolgend dargestellten Elementen zusammen, wobei nur die ersten beiden Elemente als konstitutiv zu werten sind: Irregulär aufhältige Migrant*innen, Gewährung eines Aufenthaltsrechts, Entscheidung und Erfüllen von Mindesterteilungsvoraussetzungen.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Systematisierung von Regularisierungen für den integrierten Rechtsvergleich

Nach der Bildung eines dogmatischen Regularisierungsbegriffs folgt nunmehr die Kategorisierung von Regularisierungen für den Rechtsvergleich. Diese ist methodisch schwierig, da im Hinblick auf den integrierten Rechtsvergleich viele Faktoren berücksichtigt werden müssen. Der Rechtsvergleich wird integriert durchgeführt, dh es wird keine Länderberichte im klassischen Sinne geben, sondern Regularisierungen werden anhand eines Kriteriums kategorisiert und verglichen.[480] In der Folge werden einige bereits erfolgte Systematisierungen vorgestellt und kritisch beleuchtet (I.). Anschließend wird ein eigener Kategorisierungsvorschlag unterbreitet, der den Regularisierungszweck in den Mittelpunkt rückt (II. und III.). Abschließend wird eine Abgrenzung von jenen Themenbereichen vorgenommen, die im Rechtsvergleich nicht mitanalysiert werden, wodurch der Gegenstand der vorliegenden Arbeit eingegrenzt wird (IV.).

I. Mögliche Anknüpfungspunkte zur Systematisierung

Baldwin-Edwards/Kraler haben in der im Auftrag der Europäischen Kommission erstellten REGINE-Studie Regularisierungen kategorisiert. Den Ansatzpunkt bildet die verfahrensrechtliche Unterscheidung in Regularisierungs-Programme und Regularisierungs-Mechanismen.[481] Programme kennzeichnen, dass es sich um spezifische Verfahren handelt, die keinen Teil des üblichen Migrationsmanagements darstellen, die nur während eines bestimmten Zeitraums laufen und auf bestimmte Personenkategorien von Migrant*innen in einer irregulären Situation abzielen. Mechanismen werden als Verfahren definiert, die keine Programme sind. Sie gewähren illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen einen rechtmäßigen Status und stützen sich oftmals auf humanitäre Erwägungen. Weiters sind sie Teil des zeitgenössischen Migrationsmanagements.

Die Unterteilung in Programme und Mechanismen wurde in der rechtswissenschaftlichen Literatur vereinzelt aufgenommen.[482] Theoretisch wäre es denkbar, diese für den Rechtsvergleich heranzuziehen, doch sprechen gute Gründe gegen die Leistungsfähigkeit dieser Kriterien. Die Unterscheidung zwischen Programme und Mechanismen ist prinzipiell interessant

480 Siehe Einleitung D.I.2.
481 Vgl *Baldwin-Edwards/Kraler*, Final Report v Jänner 2009, 8f.
482 Vgl etwa *Pelzer* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 147.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

und aus politikwissenschaftlicher Sicht durchaus sinnvoll. Doch ist die Gliederung in solche Abschnitte von einem rechtlichen Standpunkt unzweckmäßig, weil es hier länderübergreifend zu wenige Unterschiede gibt und so kaum ein wissenschaftlicher Mehrwert erreicht werden kann.

Weitere identifizierbare Kriterien bringt die Auseinandersetzung mit einer von *de Bruycker* herausgegebenen Studie aus dem Jahr 2000,[483] deren englische Zusammenfassung anschließend von *Apap/de Bruycker/Schmitter* im EJML veröffentlicht wurde.[484] Diese juristische Arbeit enthält zusammenfassende Länderberichte von acht Mitgliedstaaten in Bezug auf die dort normierten Regularisierungen, wobei die Länderberichte von *Hailbronner* zu Deutschland und *Gortázar Rotaeche* zu Spanien an anderer Stelle vertieft behandelt werden.[485] Die Studie hebt sich durch eine eigens geschaffene Typologie hervor. In der Folge wird auf die englische Zusammenfassung im EJML Bezug genommen. Es wurden fünf verschiedene Regularisierungstypen gebildet, von denen drei näher vorgestellt werden:[486]

- Die Arbeit unterscheidet zunächst zwischen „permanent" und „on-off" Regularisierungen.[487] „Permanent" Regularisierungen werden dadurch charakterisiert, dass sie gesetzlich festgelegt sind und dauerhaft in Anspruch genommen werden können. Hingegen zeichnet „on-off" Regularisierungen aus, dass die festgelegten Voraussetzungen an einem bestimmten Tag erfüllt werden müssen. Maßgeblich ist etwa eine bestimmte Voraufenthaltszeit oder der faktische Aufenthalt zu einem bestimmten Zeitpunkt (Stichtag).

---

483 *De Bruycker* (Hrsg), Les regularisations des étrangers illégaux dans l'union européenne. Regularisations of illegal immigrants in the European Union (2000).

484 *Apap/de Bruycker/Schmitter*, EJML 2000 und für die französische Zusammenfassung *Apap/de Bruycker/Schmitter*, Rapport de synthèse sur la comparaison des régularisations d'étrangers illégaux dans l'Union européenne in *De Bruycker* (Hrsg), Les regularisations des étrangers illégaux dans l'union européenne. Regularisations of illegal immigrants in the European Union (2000) 24

485 *Hailbronner*, The Regularisation of illegal Immigrants in Germany in *De Bruycker* (Hrsg), Les regularisations des étrangers illégaux dans l'union européenne. Regularisations of illegal immigrants in the European Union (2000) 251 und *Gortázar*, The Regularisation of Illegal Immigrants in Spain in *De Bruycker* (Hrsg), Les regularisations des étrangers illégaux dans l'union européenne. Regularisations of illegal immigrants in the European Union (2000) 291. Siehe Kapitel 4.A.I. und Kapitel 4.C.I.

486 Auf die Kategorisierung in „Regularisation through Expedience or Obligation" bzw „Organised or Informal Regularisation" werde ich nicht näher eingehen, da die Darstellung über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde.

487 *Apap/de Bruycker/Schmitter*, EJML 2000, 266f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

- Die zweite Kategorie unterteilt Regularisierungen anhand eines „individual“ oder „collective“ Merkmals.[488] Das „individual“-Kriterium verweist darauf, dass den Verwaltungsbehörden ein Ermessensspielraum eingeräumt wird.[489] „Collective“ Regularisierungen beruhen hingegen auf Voraussetzungen, die objektiv festgelegt sind, weshalb es gerade kein Ermessen der Behörden gibt. Unter Umständen kann bei Erfüllen der Kriterien somit auch ein Rechtsanspruch auf Regularisierung bestehen.[490]
- Eine dritte Unterscheidung basiert auf den unterschiedlichen Schutzgründen der Regularisierungen.[491] „Regularisations for protection“ betreffen demnach jene Personen, die vor ernsthaften Schäden durch die Abschiebung geschützt werden sollen. Dabei kommen humanitäre, familiäre oder medizinische Gründe in Betracht. „Fait accompli regularisations“[492] anerkennen hingegen den faktischen Aufenthalt über einen bestimmten Zeitraum und gewähren irregulär aufhältigen Migrant*innen darauf basierend ein Aufenthaltsrecht. Dass der maßgebliche Erteilungsgrund der faktische Aufenthalt ist, macht sie nach Meinung von *Apap/de Bruycker/Schmitter* besonders umstritten.[493]

Die oben genannte Typologie ist hervorzuheben, da sie rechtlich die erste ihrer Art war und gewisse Muster, die Regularisierungen charakterisieren, eingefangen und dargestellt hat.[494] Ein Hauptproblem ist jedoch, dass sie keine allgemeingültige und operationalisierbare Kategorisierung für den angestrebten Rechtsvergleich ermöglicht. Wie von *Apap/de Bruycker/Schmitter* selbst in der Beschreibung der Kategorien dargelegt, ist eine präzise Einordnung von Regularisierungen durch die einzelnen Kriterienpaare kaum möglich.[495] Diese scheint aber gerade die notwendige Voraussetzung zur Durchführung des integrierten Rechtsvergleichs zu sein. Da gerade keine Länderberichte erstellt werden, muss das kategorisierende Merkmal daher besonders „wasserdicht“ sein, um allfällige Überschneidungen und Wiederholungen bestmöglich zu vermeiden.

---

488 *Apap/de Bruycker/Schmitter*, EJML 2000, 267f.
489 Im Englischen wird der Begriff „discretion“ verwendet; siehe bereits Fn 194.
490 Siehe hierzu Kapitel 3.B.II.
491 *Apap/de Bruycker/Schmitter*, EJML 2000, 268ff.
492 „Fait accompli“ kann als „vollendete Tatsachen“ übersetzt werden.
493 *Apap/de Bruycker/Schmitter*, EJML 2000, 268.
494 Auf sie bezieht sich etwa *Sunderhaus*, Regularization Programs for Undocumented Migrants: A Global Survey on more than 60 Legalizations in all Continents (2007) 29ff.
495 Siehe nur *Apap/de Bruycker/Schmitter*, EJML 2000, 268, 269.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Arbeit von *Schieber* wurde bereits in Bezug auf den Forschungsstand thematisiert.[496] Die Autorin untersucht die komplementären Schutzmechanismen und nimmt diese als Ausgangspunkt für ihren Rechtsvergleich.[497] Der Bezug auf das Asylverfahren unterscheidet sich aber grundlegend von der vorliegenden Arbeit, da gerade kein eigenständiger Regularisierungsbegriff geschaffen wurde, der mitunter den Ausgangspunkt der Untersuchung darstellt.[498]

Ein weiteres Kriterium, das im Entstehungsprozess dieser Arbeit in Betracht gezogen wurde, ist die Unterteilung in Tatbestands- und Rechtsfolgenseite, die Regularisierungen in zwei Seiten „aufteilt" und darstellt. Die Aufsplittung bringt aber das Problem mit sich, dass Regularisierungen nicht als Ganzes dargestellt werden können und so Wiederholungen nötig wären. Auf der Tatbestandsseite ist die Einordnung nach dem anwendbaren Personenkreis denkbar. So gibt es Regularisierungen, die nur an Arbeitskräfte gerichtet sind. Auf Rechtsfolgenseite würde die Unterscheidung nach der Art bzw Rechtsform des gewährten Aufenthaltsrechts in Betracht kommen.

Vor diesem Hintergrund habe ich mich schlussendlich für eine Kategorisierung anhand des Regularisierungszwecks entschieden. Jede aufenthaltsrechts-begründende Entscheidung wird basierend auf einem maßgeblichen Rechtsgrund erteilt. In Deutschland wird dies als Aufenthaltszweck bezeichnet.[499] Da die Regularisierungsdefinition um die individuelle Entscheidung, mit der das Aufenthaltsrecht einhergeht, konstruiert ist, erscheint die Anknüpfung an die Zweckgebundenheit somit der leistungsfähigste Anknüpfungspunkt für den Rechtsvergleich zu sein, um eine präzise Systematisierung zu erreichen.

II. Regularisierungszweck als systematisierender Anknüpfungspunkt

Grundsätzlich sind aufenthaltsrechts-begründende Entscheidungen immer an einen Zweck gebunden. Doch was verbirgt sich hinter dem Begriff Regularisierungszweck bzw aus welcher Perspektive wird dieser betrachtet?

496 Siehe Einleitung C.
497 *Schieber*, Komplementärer Schutz 117ff.
498 Siehe Kapitel 2.A.
499 Vgl allgemein zum deutschen Recht *Groß*, AöR 2014, 423ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Begriff leitet sich von „Aufenthaltszweck" ab, der den „für die Erteilung maßgeblichen Rechtsgrund" umschreibt.[500] Für die vorliegende Arbeit ist der Begriff „Regularisierungszweck" im Vergleich zu „Aufenthaltszweck" präziser und besser geeignet, da dadurch nicht alle aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidungen erfasst werden, sondern nur jene, die unter den Regularisierungsbegriff fallen. Abgesehen davon sind die beiden Begriffe aber ident. Solche maßgeblichen Rechtsgründe können bspw humanitäre Gründe wie Krankheiten oder familiäre Anknüpfungspunkte sein. Zu Recht weist *Bast* darauf hin, dass es sich beim „Aufenthaltszweck" um eine rechtsordnungsübergreifende Grundstruktur des modernen Aufenthaltsrechts handelt, das nicht um die Ausweisung, sondern um die aufenthaltsrechtsbegründende Entscheidung als zentrale Bauform organisiert ist.[501] Diese Feststellung für das deutsche Aufenthaltsrecht ist auch auf das spanische Ausländerrecht und das österreichische Fremdenrecht übertragbar, wie in der Folge gezeigt wird. Da die Regularisierungsdefinition um die individuelle Entscheidung, mit der das Aufenthaltsrecht einhergeht, konstruiert ist, erscheint die Anknüpfung an die Zweckgebundenheit somit der leistungsfähigste Anknüpfungspunkt für den Rechtsvergleich zu sein.

Im Hinblick auf das deutsche Recht wurde der Aufenthaltszweck als primäres, horizontales Ordnungskriterium des AufenthG bereits identifiziert und ist gesetzlich als solcher sogar explizit festgelegt.[502]

Im österreichischen Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht ist der Begriff Aufenthaltszweck ebenfalls normiert,[503] im Asylrecht bspw nur an einer Stelle im Zusammenhang mit den dort normierten Regularisierungen.[504] Zwar ist dem Fremdenpolizeirecht der Begriff grundsätzlich fremd,[505] dies ist aber ohne Bedeutung, da dieses Rechtsgebiet unter anderem nur die Erteilung von Einreisetiteln und die Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen regelt.[506] Der Begriff ist daher jedenfalls auf die österreichische Rechtswissenschaft übertragbar. Wie im deutschen ist es auch im österreichischen Recht üblich, dass eine aufenthaltsrechts-begründende Entschei-

500 *Bast*, Aufenthaltsrecht 245.
501 *Bast*, DÖV 2013, 216 spricht in dem Zusammenhang von „Aufenthaltsgenehmigungen".
502 *Bast*, Aufenthaltsrecht 218ff; *Bast*, DÖV 2013, 216 und *Groß*, AöR 2014, 423-427.
503 Siehe nur § 19 Abs 2 und 3 oder § 26 NAG.
504 § 58 Abs 6 AsylG und siehe zu den Regularisierungen Kapitel 4.B.III.
505 Siehe jedoch § 22 Abs 2 Z 1 FPG. Dort ist ein Versagungsgrund für Visa D normiert, insofern der „Zweck und die Bedingungen des geplanten Aufenthalts nicht begründet" werden können.
506 § 1 Abs 1 FPG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dung an einen bestimmten Erteilungsgrund gebunden ist.[507] Diese Ansicht wird durch die Rspr des VwGH bestätigt, die den Begriff Aufenthaltszweck häufig gebraucht.[508]

Das Gesagte gilt auch für Spanien.[509] Der Rechtsordnung ist die Begrifflichkeit des Aufenthaltszwecks zwar fremd und es sind wie im österreichischen Recht keine Aufenthaltszwecke normiert,[510] dennoch ist die rechtswissenschaftliche Übertragbarkeit gegeben. *Serrano Villamanta* systematisiert etwa die „Aufenthaltsberechtigungen aus außergewöhnlichen Gründen" anhand der Gründe, die für die Erteilung maßgeblich sind.[511] Aufenthaltszweck kann im Spanischen mit „motivo de la residencia" gleichgesetzt werden.

Um den Inhalt der Regularisierungszwecke zu ermitteln, ist sowohl die Perspektive des Staates als auch die der Migrant*innen einzunehmen. Ganz grundsätzlich legen *Motomura* und *Bast* aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidungen eine kontraktualistische Struktur zugrunde.[512] Kontraktualistisch wird hierbei nicht wörtlich im Sinne von Vertragsabschluss verstanden, sondern vielmehr wird dadurch die Konvergenz des privaten und öffentlichen Interesses an der Erteilung des Aufenthaltsrechts beschrieben.[513] Grundsätzlich müssen sich Migrant*innen nach den einseitig vorgegebenen Erteilungsvoraussetzungen richten und sich in das (staatliche) Korsett zwängen.[514] *Bast* spricht hier auch von „vorformulierten ‚Musterkontrakten' (Typen von Aufenthaltstiteln und Regeln für ihre Ertei-

---

507 Vgl *Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus*, Fremdenrecht[7] (2018) 37ff und *Muzak*, Fremden- und Asylrecht in *Kolonovits/Muzak/Piska/Perthold/Strejcek* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht[2] (2017) 187 (201f).

508 Siehe nur VwGH 12.11.2015, Ra 2015/21/0101 oder 7.12.2016, Ra 2016/22/0013.

509 Vgl *Triguero Martínez*, El arraigo y los modelos actuales jurídico-políticos de inmigración y extranjería, Migraciones 2014, 433 (438).

510 Siehe nur Art 29ff LODYLE und Art 28ff REDYLE.

511 *Serrano Villamanta*, La residencia por circunstancias excepcionales. El arraigo in *Balado Ruiz-Gallegos* (Hrsg), Inmigración, Estado y Derecho: Perspectivas desde el siglo XXI (2008) 553 (557); siehe auch *Triguero Martínez*, Migraciones 2014, 438f.

512 Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 30f mit Hinweis auf *Motomura*, Americans 9-12, 15-62. *Motomura* legt seinem Verständnis von Einwanderung noch zwei weitere Paradigmen zu Grunde: „immigration as transition" sowie „immigration as affiliation".

513 Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 219 und *Groß*, AöR 2014, 425. *Bast*, Aufenthaltsrecht 31 Fn 103 weist zu Recht darauf hin, dass dieses Verständnis bei Fluchtmigration nur eingeschränkt zur Anwendung kommt, weil dieses ja gerade „durch die Unfreiwilligkeit des Eingehens des Migrationskontrakts geprägt ist".

514 Siehe *Groß*, AöR 2014, 425.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lung)".[515] Das eigenständige, private Migrationsinteresse von Migrant*innen, etwa die freiwillige Einreise oder der Verbleib im Inland, steht im Hintergrund,[516] stimmt aber im Falle der aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidung schlussendlich mit dem staatlichen überein.[517] Da jedem von der Rechtsordnung als rechtmäßig sanktionierten Migrationsvorgang die dargestellte kontraktualistische Struktur zugrunde liegt, wird der Regularisierungszweck im Einklang mit der vorliegenden Arbeit sowohl nach dem staatlichen als auch nach dem privaten Interesse ermittelt.[518]

III. Systematisierung nach dem Regularisierungszweck

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich daher, dass sich der Regularisierungszweck als Kategorie für den Rechtsvergleich von Regularisierungen eignet. Methodisch werden die für Regularisierungen relevanten Regularisierungszwecke aus den drei einschlägigen Rechtsquellenebenen herausgearbeitet: Die Erteilungsgründe leiten sich aus dem Völkerrecht, aus dem Europarecht sowie aus dem autonom-nationalen Recht der Mitgliedstaaten ab.[519] Eine Zusammenschau der Ebenen kristallisiert sechs Regularisierungszwecke heraus, die geordnet – nach völker-, europa- und abschließend autonom-nationalrechtlichen Bezügen – aufgelistet werden: Nichtrückführbarkeit (1.), soziale Bindungen (2.), Familieneinheit (3.), Vulnerabilität (4.), Erwerbstätigkeit und Ausbildung (5.), Sonstige staatliche Interessen (6.).

Rechtsquellen	Regularisierungszweck
Völker- und/oder Unionsrecht	1. Nichtrückführbarkeit
	2. Soziale Bindungen
	3. Familieneinheit
	4. Vulnerabilität
Autonom-nationales Recht	5. Erwerbstätigkeit und Ausbildung
	6. Sonstige staatliche Interessen

Tabelle 2: Regularisierungszweck und Rechtsquellen

515 *Bast*, Aufenthaltsrecht 31; vgl auch *Bast*, DÖV 2013, 216.
516 *Bast*, Aufenthaltsrecht 31.
517 *Bast*, Aufenthaltsrecht 30.
518 Siehe Einleitung D.II.
519 Siehe auch *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 2.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wie sich aus Tabelle 2 ergibt, werden die Regularisierungszwecke in zwei Kategorien eingeteilt, je nachdem ob sie völker- und/oder unionsrechtliche Bezüge haben (1.-4.) bzw ob sie nur im autonom-nationalen Recht verankert sind (5.-6.). Diese Darstellung dient einem leichteren Verständnis, hat aber rein schematischen Charakter, da die Unterschiede zwischen den zwei Kategorien bzw einzelnen Regularisierungszwecken nur graduell sind.

Die Regularisierungszwecke 1 bis 4 sind völker- bzw europarechtlich geprägt. Bei diesen Regularisierungszwecken fällt eines auf: In jedem der drei analysierten Mitgliedstaaten existieren Regularisierungen in unterschiedlicher Ausprägung. Sie leiten sich alle von den höherrangigen völker- oder europarechtlichen Bestimmungen ab. Der Vollständigkeit halber muss an dieser Stelle ergänzt werden, dass auf verfassungsrechtlicher Ebene teilweise korrespondierende grundrechtliche Verbürgungen geschaffen wurden, bevor der jeweilige Mitgliedstaat durch die völker- oder europarechtlichen Bestimmungen gebunden war. Dieser Punkt wird aber in Bezug auf die Ableitung der Regularisierungen außer Acht gelassen, da alle Mitgliedstaaten nunmehr durch die völker- oder europarechtlichen Normen gebunden sind, wohingegen die Grundrechte nur in dem jeweiligen Mitgliedstaat gelten.[520] In der vorliegenden Arbeit wird die Perspektive irregulär aufhältiger Migrant*innen eingenommen.[521] Aus diesem Grund wird der menschen- und europarechtliche Ausweisungsschutz zwar dargestellt, da er für die Analyse vonnöten ist, es erfolgt aber keine tiefergehende Analyse dahingehend, welchen Ausweisungsschutz die einzelnen Bestimmungen bieten. Dieser Themenbereich wurde bereits ausreichend erforscht. Vielmehr wird der Fokus auf die Analyse gelegt, von welchen höherrangigen Rechtsquellen sich die analysierten Regularisierungen in Kapitel 5 ableiten lassen. Dies ist essentiell, um für die RegularisierungsRL in Kapitel 6 ein Grundgerüst vorfinden zu können, auf das zurückgegriffen werden kann.

Die völker- und europarechtlichen Bestimmungen können zwei unterschiedliche Folgen für die Mitgliedstaaten auslösen: Einerseits ist es möglich, dass Bestimmungen wie Art 3 und 8 EMRK ein rechtliches Abschiebehindernis darstellen und dadurch einen besonderen Ausweisungsschutz garantieren.[522] Begrifflich spreche ich in der Folge von „Abschiebehinder-

520 Siehe grundsätzlich zum Prüfungsmaßstab Einleitung D.I.1.

521 Siehe Einleitung D.II.

522 Vgl *Diekmann*, Menschenrechtliche Grenzen des Rückführungsverfahrens in Europa (2016) 153-163; *Tewocht*, Drittstaatsangehörige 418 mwN; *Cholewinski*, No Right of Entry in *Groenendijk/Guild/Minderhoud* (Hrsg), In Search of Europe's Borders (2002) 107 (107ff);

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nissen", wenn sich aus rechtlichen oder faktischen Gründen ein Hindernis im Zusammenhang mit dem Abschiebevorgang ergibt. Aus der Terminologie „Hindernis" ergibt sich aber bereits, dass dieses nicht auf Dauer ist und unter Umständen auch wegfallen kann, wodurch die Abschiebung (wieder) durchgeführt werden kann. Aus Gründen der vereinfachten Darstellung werde ich auf den Begriff „Abschiebeverbot" nur zurückgreifen, insofern er als gesetzlich festgelegter Begriff verwendet wird. Der Fokus wird daraufgelegt, ob eine „Regularisierungspflicht" besteht. Nichtsdestotrotz sind die Mitgliedstaaten aufgrund der völker- und europarechtlichen Bestimmungen grundsätzlich nicht verpflichtet, dass sie den betroffenen Migrant*innen ein Aufenthaltsrecht erteilen.[523] Die Entscheidung den Aufenthalt von diesen Personen zu genehmigen liegt somit noch im Ermessen der Mitgliedstaaten.[524] Ein Anspruch auf Aufenthalt kann aber gegebenenfalls auf nationaler Ebene bestehen. Umgekehrt haben die Migrant*innen in diesen Fällen keinen Rechtsanspruch auf Regularisierung aufgrund höherrangiger Bestimmungen. Allerdings zeigt die Praxis, dass die Mitgliedstaaten auf die rechtlichen Abschiebehindernisse oftmals mit der Erteilung eines Aufenthaltsrechts reagieren, auch wenn sie hierzu völker- bzw europarechtlich nicht verpflichtet wären. Die Kommission hat deshalb bereits im Jahre 2004 festgestellt: „Die meisten Mitgliedstaaten erkennen an, dass es aus pragmatischen Gründen notwendig sein kann, die Rechtsstellung bestimmter Menschen zu regularisieren, die die üblichen Kriterien für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht erfüllen. Mit der Durchführung von Regularisierungsmaßnahmen versuchen die Regierungen, solche Migranten in die Gesellschaft zu integrieren, statt sie an den Rand zu drängen und damit dem Risiko der Ausbeutung auszusetzen".[525] Daher argumentiere ich, dass die Mitgliedstaaten in dem Zusammenhang oftmals über die völker- und europarechtlichen normierten Bestimmungen hinausgehen, ungeachtet dessen, dass diese Entwicklung im aktuellen Rechtsdiskurs nicht ausreichend gewürdigt wird.

Andererseits können bestimmte höherrangige Bestimmungen, insofern sie nicht bloß als Ausweisungsschutz ausgelegt werden, eine Pflicht zur Regularisierung, mit anderen Worten zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts, auslösen. Dies mag auf den ersten Blick widersprüchlich klingen, erklärt sich jedoch dadurch, dass das Bestehen einer rechtlichen Pflicht zur Ertei-

523 Siehe im Detail zu Art 3 EMRK Kapitel 2.B.III.1.b. und Kapitel 3.B.II.1. und zu Art 8 EMRK Kapitel 2.B.III.2.-3.

524 Siehe hierzu oben Kapitel 1.E.

525 KOM(2004) 412 endg, 11.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lung eines Aufenthaltsrechts im Gegensatz zum Bestehen eines rechtlichen Abschiebehindernisses meist umstritten ist und von der Interpretation der einzelnen Normen abhängt. Dies wird weiter unten im Hinblick auf das Non-Refoulement-Gebot gezeigt.[526] Wenn eine solche Pflicht argumentiert wird, dann haben Migrant*innen einen Rechtsanspruch auf Regularisierung und der mitgliedstaatliche Ermessensspielraum ist diesbezüglich auf null reduziert.[527] Um die Auswirkungen der höherrangigen Bestimmungen für die Mitgliedstaaten bestmöglich darzulegen, werde ich diese sowohl in den nachfolgenden Ausführungen als auch im rechtsvergleichenden Kapitel 5 ausführlich erläutern. Ich werde jeweils skizzieren, ob eine mitgliedstaatliche Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts besteht oder nicht.

Die Regularisierungszwecke 5 und 6 sind bislang maßgeblich im autonom-nationalen Recht verankert und im Vergleich zu den Regularisierungszwecken 1 bis 4 liegt keine ausgeprägte völker- und europarechtliche Durchdringung vor. Ich nehme vorläufig an, dass kontextuelle Eigenheiten zur Entwicklung und Etablierung dieser Regularisierungen beigetragen haben. Diese Hypothese wird im rechtsvergleichenden Kapitel 5 geprüft. Solche kontextuellen Eigenheiten sind etwa ein hoher Bedarf an Arbeitskräften, der durch inländische Arbeitskräfte nicht gedeckt werden kann.[528] Dies bedeutet aber nicht, dass die Union nicht auch Kompetenzen in diesem Bereich hat und rechtsetzend tätig wurde.[529] In Bezug auf die autonom-nationalen Regularisierungszwecke besteht also ein Mosaik aus unionsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Regelungen. In diesem Punkt zeigt sich besonders, dass die Unterschiede zwischen den zwei ausgemachten Kategorien bzw sechs Regularisierungszwecken nur gradueller Natur sind.

Von den sechs identifizierten Regularisierungszwecken korrelieren drei („soziale Bindungen", „Familieneinheit" sowie „Erwerbstätigkeit und Ausbildung") mit den von *Bast* im deutschen AufenthG ausgemachten „Grundtypen genehmigungsfähiger Aufenthaltszwecke"[530] (humanitärer Schutz, Familieneinheit und Erwerbstätigkeit). „Ausbildung" könnte als vierter Grundtyp hinzugefügt werden. Dies ist bei näherer Betrachtung aber zu verneinen, da der Begriff meist unter Erwerbstätigkeit (bzw Be-

526 Siehe Kapitel 2.B.III.1.b. und Kapitel 3.B.II.1.
527 Siehe hierzu bereits oben Kapitel 1.E. und unten Kapitel 3.B.II.1.
528 Siehe Kapitel 5.E.III. zur Diskussion betreffend den „Fachkräftemangel" in Deutschland oder Kapitel 5.E.I.-II. zur sozialen Verwurzelung bzw Arbeitsverwurzelung in Spanien.
529 Siehe Art 4 Abs 2 lit j AEUV.
530 *Bast*, Aufenthaltsrecht 219 verweist auf §§ 16-38a AufenthG.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schäftigung) subsumiert wird und somit von diesem bereits abgedeckt ist.[531] *Bast* bezieht sich in seiner Analyse aber nur auf ausgewählte Abschnitte des AufenthG,[532] wohingegen sich die drei zusätzlichen Regularisierungszwecke aus dem größeren Rahmen der vorliegenden Arbeit ergeben.

1. Nichtrückführbarkeit

Grundsätzlich verpflichtet die RückführungsRL Mitgliedstaaten, den irregulären Aufenthalt entweder durch die Rückführung oder durch das Erteilen eines Aufenthaltsrechts zu beenden.[533] In dem Zusammenhang steht der erste Regularisierungszweck, die Nichtrückführbarkeit, der sich maßgeblich aus menschenrechtlichen Verbürgungen ableitet. Das dort festgelegte Non-Refoulement-Gebot ist in Art 2 und 3 EMRK sowie in Art 33 GFK prominent verankert. Weiters ist es nahezu wortgleich in Art 19 Abs 2 GRC normiert,[534] und gem Art 5 RückführungsRL ausdrücklich bei der Anwendung der genannten RL einzuhalten.[535] Der EuGH hat den in der GRC normierten Grundsatz der Nichtzurückweisung als Grundrecht und subjektives Recht qualifiziert.[536] Aus Art 52 Abs 3 GRC ergibt sich, dass die in der GRC normierten Rechte ident mit jenen in der EMRK sind.[537] Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf das in der EMRK – und folglich auch auf das in der GRC – normierte Non-Refoulement-Gebot, da

531 Siehe zu Deutschland § 2 Abs 2 AufenthG sowie BeschV und vertiefend Kapitel 4.A.II.2. Zu Österreich siehe nur § 2 Abs 1 Z 7 und 8 NAG und zum österreichischen AuslBG *Kreuzhuber/Hudsky*, Arbeitsmigration (2011) Rn 61.

532 Abschnitte vier bis sechs des zweiten Kapitels des AufenthG.

533 Siehe Kapitel 3.B.I.

534 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/17, 18 und 24. Art 4 GRC wird an dieser Stelle nicht aufgelistet, da Art 19 Abs 2 GRC die lex specialis darstellt; vgl nur *Lukan* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2019) Art 4 GRC Rn 1 mwN.

535 Siehe auch ErwGr 24 und *Hörich*, Abschiebungen 41 mwN. Siehe auch Art 9 und 13 RückführungsRL und Kapitel 3.B.II.

536 EuGH 18.12.2014, C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453, *Abdida*, Rn 46 und EuGH *Gnandi*, Rn 53. Siehe auch EuGH 24.6.2015, C-373/13, ECLI:EU:C:2015:413, *HT*, Rn 65.

537 Siehe nur EuGH *Abdida*, Rn 47 zu Art 19 Abs 2 GRC und EuGH 24.4.2018, C-353/16, ECLI:EU:C:2018:276, *MP*, Rn 37 zu Art 4 GRC. Weiters EuGH 26.9.2018, C-180/17, ECLI:EU:C:2018:775, *X* und *Y*, Rn 31 mwN zu Art 47 GRC.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine weitergehende Analyse zu umfangreich wäre. Diese zentrale menschenrechtliche Verpflichtung verbietet die Rückführung von Migrant*innen in ihren Herkunftsstaat in absoluter Weise, wenn ihnen dort gravierende Menschenrechtsverletzungen drohen (Folter und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe).[538] Die Regularisierungen innerhalb dieses Regularisierungszwecks leiten sich grob gesprochen vom Non-Refoulement-Gebot im Sinne der EMRK und GRC und den relevanten Bestimmungen der RückführungsRL ab. Bevor nun in weiterer Folge die rechtlichen und faktischen Gründe näher dargestellt werden, wird die Duldung im Aufenthaltsrecht verortet, weil diese in einem engen Verhältnis zu den besagten Erteilungsgründen steht und daher kontextuell für den Rechtsvergleich bedeutsam ist.[539]

a. Verortung der Duldung im Aufenthaltsrecht

Das Rechtsinstitut der Duldung beschreibt in der Folge die rechtlichen Regelungen in Deutschland und Österreich. Die außergesetzliche Duldung bezieht sich auf Spanien, wo eine Person faktisch geduldet ist, die Situation aber rechtlich nicht geregelt ist.[540]

Das Rechtsinstitut der Duldung begründet in Österreich und Deutschland zwar keinen rechtmäßigen Aufenthalt, stellt aber durch die Einräumung bestimmter Statusrechte mehr als einen bloßen irregulären Aufenthalt dar.[541] Die Duldung ist daher als janusköpfig zu beschreiben. Sie vereint einerseits Aspekte eines Aufenthaltsrechts wie

- einen teils vorübergehenden, teils dauerhaften faktischen Aufenthalt, der rechtlich erfasst ist,

538 Vgl *Thurin*, Der Schutz des Fremden vor rechtswidriger Abschiebung: Das Prinzip des Non-Refoulement nach Artikel 3 EMRK² (2012) 102ff; *Dembour*, When Humans Become Migrants (2015) 197-249 und *De Weck*, Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture (2016).

539 Siehe nur *Hailbronner* in *De Bruycker* 253.

540 *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 112 bezeichnet diese als „de facto toleration". Siehe auch Fn 633.

541 *Hailbronner* in *De Bruycker* 252 bezeichnete die Duldung als Quasi-Aufenthaltsrecht („quasi-residence right").

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

- Statusrechte und
- den Entfall der Verwaltungsstrafbarkeit[542] bzw der gerichtlichen Strafbarkeit.[543]

Andererseits vereint sie auch Aspekte eines irregulären Aufenthalts wie

- die Rückkehrentscheidung und
- den unrechtmäßigen Aufenthalt.

Darüber hinaus können jene gesetzlich normierten Duldungstatbestände, die überdies eine Regularisierungsperspektive begründen, als Vorstufe zu einem Aufenthaltsrecht qualifiziert werden.[544] Regularisierungsperspektive beschreibt die Möglichkeit, dass aufgrund des Status als Geduldete*r die Erlangung eines Aufenthaltsrechts im hier verstandenen Sinne möglich ist. Umgekehrt bedeutet dies aber nicht, dass ein Rechtsanspruch auf ein Aufenthaltsrecht besteht. *Kluth/Breidenbach* sprechen in dem Zusammenhang von der Schaffung sogenannter „Vertrauensschutztatbestände" für Geduldete.[545] Bei der Eigenschaft, geduldet zu sein, muss es sich deshalb um eine der maßgeblichen Erteilungsvoraussetzungen handeln.[546] Diese werden in der deutschen und österreichischen Rechtsordnung unterschiedlich gewichtet.[547] Aber selbst bei diesen Duldungstatbeständen reichen die aufenthaltsrechtlichen Züge nicht zur Beendigung des irregulären Aufenthalts aus.

Geht mit dem Status als Geduldete*r keine Regularisierungsperspektive einher, wird der Aufenthalt als qualifizierte Irregularität bezeichnet, um angemessen darzulegen, dass es sich zwar um keinen regulären, aber doch um mehr als bloß einen irregulären Aufenthalt handelt. Vor allem sind hier die eingeräumten Statusrechte und die Feststellung, dass die Person (vor-

542 Siehe für Österreich § 120 Abs 5 Z 2 FPG und Kapitel 5.A.I.3.

543 Siehe für Deutschland die in § 95 Abs 1 Z 2 AufenthG normierte Straftat und Kapitel 4.A.II.1. und Kapitel 5.A.I.2.

544 In dieselbe Richtung gehend bereits *Hoffmann*, Geduldet in Deutschland – Teil 1: Aufenthaltsrechtliche Auswirkungen, Asylmagazin 2010, 369 (369).

545 *Kluth/Breidenbach* in *Kluth/Heusch* (Hrsg), BeckOK Ausländerrecht (18. Edition, Stand 1.5.2018) § 60a AufenthG Rn 1. *Kraler* spricht aus politikwissenschaftlicher – und daher aus rechtswissenschaftlicher Perspektive etwas unpräzise – von einem zweistufigen Regularisierungsverfahren, wobei der Grundgedanke hinter dieser Terminologie überzeugend ist; *Kraler*, IMISCOE WP Nr 24 v Februar 2009, 8; siehe auch *Pelzer* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 158 und *Hailbronner* in *De Bruycker* 253f.

546 In Deutschland war eine maßgebliche Tatbestandsvoraussetzung der Regularisierungen der 1990iger geduldet zu sein; vgl *Hailbronner* in *De Bruycker* 252f und Kapitel 4.A.I. Auch im geltenden deutschen und österreichischen Recht findet sich diese Voraussetzung noch immer; siehe nur Kapitel 5.A.II.1.-2. und Kapitel 5.C.II.

547 Siehe nur Kapitel 5.A.II.1.-2. und Kapitel 5.A.II.2.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

übergehend) nicht rückgeführt werden kann, zu nennen. Die zusätzliche Qualifizierung als Vorstufe scheidet hier mangels Regularisierungsperspektive aber aus.

Irregulärer Aufenthalt	Bloßer irregulärer Aufenthalt
	Qualifizierter irregulärer Aufenthalt – Rechtliche Duldung ohne Regularisierungsperspektive
	Vorstufe zu einem Aufenthaltsrecht – Rechtliche Duldung mit Regularisierungsperspektive
Aufenthaltsrecht	Befristetes Aufenthaltsrecht
	Unbefristetes Aufenthaltsrecht

Tabelle 3: Systematischer Überblick über mögliche Aufenthaltsstatus[548]

b. Non-Refoulement-Gebot im Sinne der EMRK und GRC oder faktische Gründe

Maßgeblicher Erteilungsgrund für Regularisierungen, die sich diesem Regularisierungszweck zuordnen lassen, sind rechtliche oder faktische Hindernisse im Zusammenhang mit der Rückführung. Die rechtlichen Gründe beziehen sich – wie bereits gesagt – auf das Non-Refoulement-Gebot. Hiervon ist der internationale Schutz im Sinne der StatusRL, dh Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte, ausgenommen.[549] Folglich werden nur jene Regularisierungen beleuchtet, die über den internationalen Schutz hinausgehen. Das in Art 33 GFK normierte Non-Refoulement-Gebot wird nicht untersucht. Grundsätzlich sind die Mitgliedstaaten aufgrund des in der EMRK – und GRC[550] – normierten Non-Refoulement-Gebots und der dazu ergangenen EGMR-Rspr nicht verpflichtet, irregulär aufhältigen Migrant*innen ein Aufenthaltsrecht zu erteilen.[551] Insofern die Mitgliedstaaten diese vor einer Ausweisung schützen, reicht dies zur Erfüllung der in Art 3 EMRK normierten Verpflichtung. Folglich hat sich etwa in Deutschland und Österreich die Praxis etabliert, dass die Personen oftmals zuvor rechtlich geduldet werden.[552] Dies ist dem Grunde nach so-

548 Vgl auch *Kluth*, ZAR 2007, 22.
549 Siehe hierzu bereits Kapitel 1.C.
550 Siehe bereits die Ausführungen in Kapitel 2.B.III.1.
551 Siehe nur EGMR 15.9.2005, *Bonger/Niederlanden*, 10154/04; kritisch zu dieser Rspr *Dembour*, Migrants 442-481 und allgemein zur EGMR-Rspr *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 109-111.
552 Siehe Kapitel 5.A.I.2.-3.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wohl mit der RückführungsRL als auch mit der EGMR-Rspr vereinbar.[553] Ich argumentiere diesbezüglich aber, dass eine Regularisierungspflicht bei einer drohenden Art 3 EMRK-Verletzung im Rahmen der Rückführungs-RL besteht.[554] Obwohl sich rechtliche Gründe für die Nichtrückführbarkeit auch auf andere Menschenrechts- oder Grundrechtsverletzungen beziehen können, wie bspw Art 8 EMRK, bezieht sich die dargestellte Unterkategorie des Regularisierungszwecks „Nichtrückführbarkeit" nur auf das Non-Refoulement-Gebot im Sinne der EMRK und GRC.

Regularisierungen aufgrund faktischer Gründe beziehen sich auf die Rückführung bzw teilweise direkt auf den Abschiebungsvorgang. Ein Beispiel wäre die Unmöglichkeit der Abschiebung mangels Reisedokument.[555] Die Herkunftsstaaten verweigern deshalb die Rücknahme der Betroffenen. Eine andere Sachverhaltskonstellation wäre, dass die Herkunft bzw die Identität des*r Betroffenen nicht zu klären ist und folglich eine Rückführung ausscheidet.[556] Aus der EMRK ergibt sich keine Regularisierungspflicht. Strittig ist, ob sich aus der RückführungsRL eine solche ergibt, wobei ich die Meinung vertrete, dass eine solche Pflicht bei dauerhafter Nichtrückführbarkeit besteht.[557] Genau wie bei den rechtlichen Gründen, werden Migrant*innen in Deutschland und Österreich vor Erteilung eines Aufenthaltsrechts geduldet.[558]

2. Soziale Bindungen

Der zweite Regularisierungszweck ist primär durch den in Art 8 EMRK festgelegten Tatbestand des Rechts auf Achtung des Privatlebens begründet. Er beschreibt jene Regularisierungen, deren Erteilung humanitäre Gründe im weiteren Sinne zugrunde gelegt werden. Das staatliche Genehmigungsinteresse zielt hierbei darauf ab, humanitären Verpflichtungen bzw Erwägungen durch die Erteilung eines Aufenthaltsrechts nachzukommen bzw zu befriedigen. Ausgenommen sind jene Gründe, die eine Nichtrückführbarkeit begründen, da diese vom Regularisierungszweck „Nichtrückführbar-

553 Siehe zur RückführungsRL Kapitel 3.B.II.
554 Siehe Kapitel 3.B.II.
555 Siehe die ReisedokumentVO.
556 Vgl hierzu auch *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 87.
557 Siehe Kapitel 3.B.II.
558 Siehe Kapitel 5.A.I.2.-3.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit" bzw der Unterkategorie „Non-Refoulement-Gebot im Sinne der EMRK und GRC oder faktische Gründe" erfasst werden.[559]

Die Erteilungsgründe in diesem Regularisierungszweck leiten sich aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens im Sinne von Art 8 EMRK ab. Es ist darauf hinzuweisen, dass dieses nahezu ident in Art 7 GRC normiert ist.[560] Nach der Rspr des EGMR umfasst der Begriff „multiple aspects of the person's physical and social identity" wie etwa „gender identification, name and sexual orientation".[561] Allerdings sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Aufenthaltstitel oder einen speziellen Rechtsstatus aufgrund eines bestehenden Privatlebens im Sinne von Art 8 EMRK zu erteilen.[562] Eine Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts besteht nach der EGMR-Rspr nur in außergewöhnlichen Fällen.[563] Würde die Ausweisung einer Person einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Privatleben einer Person darstellen, handelt es sich hierbei „bloß" um ein rechtliches Abschiebehindernis.[564] Folglich liegt die Entscheidung über die Erteilung eines Aufenthaltsrechts zu entscheiden nach wie vor in den Händen der Mitgliedstaaten.

3. Familieneinheit

Der dritte Regularisierungszweck erfasst Regularisierungen, die sich aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK ableiten. Es ist darauf hinzuweisen, dass dieses nahezu ident in Art 7 GRC normiert ist[565] und die Mitgliedstaaten gem Art 24 Abs 2 GRC außerdem vorrangig

559 Siehe Kapitel 2.B.III.1.

560 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/17, 20.

561 EGMR 4.12 2008 (GK), *S und Marper/Vereinigtes Königreich*, 30562/04 und 30566/04, Rn 66. Vertiefend *Da Lomba*, Vulnerability and the Right to Respect for Private Life as an Autonomous Source of Protection against Expulsion under Article 8 ECHR, Laws 2017/6/32.

562 Siehe EGMR 4.12.2012, *Butt/Norwegen*, 47017/09, Rn 78 oder EGMR 3.10.2014 (GK), *Jeunesse/Niederlanden*, 12738/10, Rn 105-9; EGMR 26.7.2018, *Hoti/Kroatien*, 63311/14, Rn 118-124. Siehe auch Fn 705.

563 Anstatt vieler EGMR 15.6.2006, 58822/00, *Shevanova/Lettland*, Rn 69 und siehe auch Fn 562 und 705.

564 *Farcy* in *de Bruycker/Cornelisse/Moraru* im Erscheinen mwN; *Schieber*, Komplementärer Schutz 82-100 und *Thym*, Respect for private and family life under Article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay?, ICLQ 2008, 87; *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 104-109.

565 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/17, 20.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Kindeswohl zu beachten haben.[566] Nach der EGMR-Rspr umfasst der Begriff „Familienleben" „marriage-based relationships, and also other *de facto* ‚family ties' where the parties are living together outside marriage or where other factors demonstrated that the relationship had sufficient constancy".[567] Dabei handelt es sich um eine Tatsachenfrage, die davon abhängt ob ein persönliches Naheverhältnis besteht. Der maßgebliche Erteilungsgrund dieses Regularisierungszwecks ist auf die Wahrung und den Erhalt familiärer Bindungen gerichtet. Die Mitgliedstaaten sind grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Aufenthaltstitel oder einen speziellen Rechtsstatus zu erteilen, um dem Ausweisungsschutz gem Art 8 EMRK gerecht zu werden.[568]

4. Vulnerabilität

Der vierte Regularisierungszweck zeichnet sich durch ein Abzielen auf vulnerable Personengruppen oder Situationen aus. In Deutschland werden diese bspw in Anlehnung an eine Aufenthaltserlaubnis als „Härtefälle" bezeichnet, die humanitäre oder persönliche Notsituationen umschreiben.[569] Auch wenn der Regularisierungszweck „Vulnerabilität" humanitäre Gründe im weiteren Sinne behandelt und daher Parallelen zum Regularisierungszweck „sonstige soziale Bindungen" aufweist, wurde dieser als eigenständiger Regularisierungszweck definiert. Der Regularisierungszweck wird in zwei Unterkategorien unterteilt. Die Unterkategorie „Opferschutz" leitet sich aus höherrangingen Bestimmungen, konkret dem Unionsrecht, ab, wohingegen sich die Unterkategorie „sonstige Härtefälle" weder aus völker- noch aus unionsrechtlichen Bezügen ableiten lässt.

566 Siehe nur EuGH 10.5.2017, C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354, *Chavez-Vilchez*, Rn 70 und EuGH 8.5.2018, C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308, *KA*, Rn 71.

567 EGMR 24.1.2017 (GK), *Paradiso* und *Campanelli/Italien*, 25358/12, Rn 140.

568 Siehe Fn 562.

569 § 23a AufenthG; vgl *Lüke*, Humanitäre Bleiberechte außerhalb des Flüchtlingsschutzes im Rahmen des Aufenthaltsgesetzes, ZAR 2004, 397 (402) und vertiefend Kapitel 5.D.II.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Opferschutz[570]

Die Unterkategorie Opferschutz leitet sich aus dem Sekundärrecht der EU ab. Die relevanten Bestimmungen sind Art 8 MenschenhandelsopferRL und Art 13 Abs 4 SanktionsRL.[571] Der Adressat*innenkreis der Bestimmungen erfasst Opfer von speziell festgelegten Straftaten. Beide räumen den betreffenden Migrant*innen kein Recht auf Erteilung eines Aufenthaltsrechts ein, vielmehr verbleibt die Entscheidung im Ermessen der Mitgliedstaaten. Diese haben nur nach innerstaatlichem Recht die Bedingungen für die Erteilung eines solchen Aufenthaltsrechts festzulegen. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sehen Aufenthaltstitel für die Opfer von Menschenhandel und für jene Migrant*innen vor, die unter besonders ausbeuterischen Bedingungen undokumentiert beschäftigt waren bzw bei undokumentiert beschäftigten Minderjährigen. Durch die Erteilung eines rechtmäßigen Aufenthalts sollen die Opfer vor weiteren strafbaren Handlungen, die gegen sie gesetzt werden könnten, geschützt werden. Daneben besteht zumeist ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung.

b. Sonstige Härtefälle

Die Unterkategorie „sonstige Härtefälle" stellt in Bezug auf viele Regularisierungen einen Auffangregularisierungsszweck im weiteren Sinne dar, da ganz unterschiedliche Regularisierungen erfasst sein können. Alle vereint, dass sie sich weder aus völker- noch aus unionsrechtlichen Bezügen ableiten. Wie der Name „sonstige Härtefälle" bereits indiziert, handelt es sich dabei um vulnerable Personengruppen oder Personen, die sich in einer vulnerablen Situation befinden, und anderweitig keine Möglichkeit haben ihren Aufenthalt zu regularisieren. Eine solche Regularisierung ist die bereits erwähnte deutsche „Aufenthaltsgewährung in Härtefällen".[572]

Ein anderer, maßgeblicher Erteilungsgrund ist bspw eine bestimmte Voraufenthaltsdauer. Demnach werden Fälle erfasst, bei denen jeweils eine bestimmte (faktische und ir/reguläre) Voraufenthaltsdauer maßgeblich für

570 Grundlegend *Frei*, Menschenhandel und Asyl: Die Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Opferschutz im schweizerischen Asylverfahren (2018).

571 Zur siehe SanktionsRL *Vogelrieder*, Die Sanktionsrichtlinie: ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einer umfassenden Migrationspolitik der EU, ZAR 2009, 168.

572 § 23a AufenthG und siehe Kapitel 5.D.II.1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Erteilung der aufenthaltsrechts-begründenden Entscheidung ist.[573] Darüber hinaus kann normiert sein, dass die Voraufenthaltsdauer an einem bestimmten Stichtag erfüllt werden muss. Genau wie bei Regularisierungen, die unter den Regularisierungszweck „Erwerbstätigkeit und Ausbildung" subsumiert werden können, wird Voraufenthaltsdauer als einer von mehreren Faktoren in der Interessensabwägung gem Art 8 EMRK berücksichtigt. Der hier dargestellte Regularisierungszweck zeichnet sich aber dadurch aus, dass die Voraufenthaltsdauer der maßgebliche Erteilungsgrund ist.

5. Erwerbstätigkeit und Ausbildung

Der fünfte Regularisierungszweck ist genau wie der in Folge zu analysierende sechste Regularisierungszweck bislang maßgeblich im autonom-nationalen Recht verankert, wobei im Vergleich zu den Regularisierungszwecken 1 bis 4 keine derart ausgeprägte völker- und europarechtliche Durchdringung gegeben ist. Die Union hat bspw RL erlassen, die Teilaspekte regeln und auch punktuell Rechtsansprüche für einzelne Personenkategorien – wie etwa für Studierende – begründen.[574] Wie bereits oben angeführt, besteht also in Bezug auf die diese Regularisierungen ein Mosaik aus unionsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Regelungen.

Dieser Regularisierungszweck knüpft im weiteren Sinne an eine Erwerbstätigkeit oder Ausbildung/Lehre an. Hierbei kann es sich um eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit handeln; in der deutschen Diktion würde man an dieser Stelle von selbstständiger Tätigkeit bzw unselbstständiger Beschäftigung sprechen.[575] Darüber hinaus ist ein Anknüpfen an eine Ausbildung/Lehre ebenso möglich. Konkret beziehen sich die Erteilungsvoraussetzungen also auf eine bereits ausgeübte Erwerbstätigkeit oder Ausbildung/Lehre[576] über einen bestimmten Zeitraum bzw auf die die Aufnahme einer in Aussicht stehenden Erwerbstätigkeit. Die Erteilung des Aufenthaltsrechts hat sodann das Ziel die bereits bestehende Erwerbstätig-

573 Dieser Erteilungsgrund konstituiert in einigen Regularisierungen eine der Erteilungsvoraussetzungen, hat aber im Verhältnis zu den anderen Erteilungsvoraussetzungen oftmals nur subsidiären Charakter.
574 Siehe nur die StudierendenRL.
575 § 2 Abs 2 AufenthG und siehe Kapitel 4.A.II.2.
576 Deutsche bzw österreichische Diktion.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit fortzusetzen bzw die erstmalige rechtmäßige Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu ermöglichen.

Das Bestehen einer Erwerbstätigkeit ist auch in der Interessensabwägung von Art 8 EMRK als einer von mehreren Faktoren zu berücksichtigen.[577] Anders als bei den Regularisierungen, die sich auf Art 8 EMRK stützen,[578] handelt es sich bei den hier behandelten aber um die maßgebliche Erteilungsvoraussetzung.

6. Sonstige staatliche Interessen

Der sechste Regularisierungszweck umschreibt jene Regularisierungen, deren Erteilungsgrund allein in der Wahrung sonstiger staatlicher Interessen begründet ist. In Frage kommt bspw die Erteilung eines Aufenthaltsrechts zur Teilnahme an einem Strafverfahren oder zum Schutz der politischen Interessen eines Mitgliedstaats. Im Verhältnis zum Regularisierungszweck „Vulnerabilität" und der dortigen Unterkategorie „Opferschutz" ist zu betonen, dass bei diesen – wie aus dem Namen bereits hervorgeht – der Schutz der Opfer im Vordergrund steht. Der hier thematisierte Regularisierungszweck dient in erster Linie den sonstigen Interessen des Staates.

IV. Abgrenzung

Der Umfang wie auch der Inhalt der Arbeit erfordern an dieser Stelle eine Abgrenzung von jenen Themenbereichen, die als Regularisierungen im Sinne der vorstehenden Definition qualifiziert werden könnten, aber im rechtsvergleichenden Kapitel 5 nicht mitberücksichtigt werden.

---

577 EGMR 10.1.2017, *Salija/Schweiz*, 55470/10, Rn 51; EGMR 20.9.2011, *AA/Vereinigtes Königreich*, 8000/08, Rn 62 und 66; EGMR 15.1.2007 (GK), *Sisojeva/Lettland*, 60654/00, Rn 95; EGMR 31.1.2006, *Sezen/Niederlanden*, 50252/99, Rn 48. Vertiefend *Oswald*, Das Bleiberecht: Das Grundrecht auf Privat- und Familienleben als Schranke für Aufenthaltsbeendigungen (2012) 231-233 und *Reyhani/Nowak*, Beschäftigung von Asylsuchenden in Mangelberufen und die Zulässigkeit von Rückkehrentscheidungen, Gutachten v 4.7.2018, https://bim.lbg.ac.at/sites/files/bim/attachments/reyhaninowak_gutachten_art_8_abs_2_emrk_04072018.pdf (10.12.2018) 8ff.

578 Siehe Kapitel 2.B.III.2.-3.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Vorübergehender Schutz

Die RL über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen zielt vor allem auf vertriebene, schutzbedürftige Personen ab (vorübergehender-SchutzRL). Diese ist in den Mitgliedstaaten bereits umgesetzt worden und sieht unter anderem die Möglichkeit der Gewährung eines Aufenthaltsrechts vor, wenn die RL auf EU-Ebene aktiviert wird. Eine Qualifizierung als Regularisierung wäre dementsprechend möglich. Ein Punkt spricht jedoch gegen eine Einbeziehung in die vorliegende Arbeit: Der Mechanismus ist auf europäischer Ebene noch nie aktiviert worden,[579] wodurch die Relevanz für die vorliegende Arbeit nicht gegeben ist, obwohl die RL in Deutschland und Österreich innerstaatlich umgesetzt wurde.[580]

2. Eheschließung und eingetragene Partnerschaft

Eheschließungen und eingetragene Partnerschaften sind grundsätzlich dem Familienrecht, und damit dem bürgerlichen Recht zuordenbar.[581] Lediglich die Prüfung, ob es sich bei diesen um einen Aufenthaltsehe, -partnerschaft oder -adoption handelt, ist verwaltungsrechtlich geregelt.[582] Beim jeweiligen Akt, der die Eheschließung, Partnerschaft oder Adoption begründet, handelt es sich um einen rein zivilrechtlichen. Dieser kann zu Auswirkungen auf den aufenthaltsrechtlichen Status von irregulär aufhältigen Migrant*innen führen. Dies vor allem im Zusammenhang mit Unionsbürger*innen und in Konstellationen, in denen Personen durch die Eheschließung bzw eingetragene Partnerschaft die Familienangehörigeneigenschaft erwerben. Wie bereits im Zusammenhang mit der Mehrebenenanalyse der Aufenthaltsrechte

579 Vgl *Ineli-Ciger*, Time to Activate the Temporary Protection Directive, EJML 2016, 1 (13ff).

580 Siehe Kapitel 4.A.III.4. und Kapitel 4.B.III.4.

581 Siehe zum österreichischen Recht *Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts: Band I[15] (2018) Rn 30, 34f und 1392ff.

582 Vgl zum österreichischen Recht §§ 117f FPG und *Messinger*, Schein oder Nicht Schein. Konstruktion und Kriminalisierung von „Scheinehen" in Geschichte und Gegenwart (2012); zum deutschen Recht *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht[4] (2017) Rn 701-704 und 713; zum spanischen Recht Art 53 Abs 2 lit b LODYLE und vertiefend *Boza Martínez*, El régimen sancionador en la normativa de extranjería in *Boza Martínez/Donaire Villa/Moya Malapeira* (Hrsg), La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España (2012) 471 (482ff).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Migrant*innen und des irregulären Aufenthalts erläutert wurde, entsteht so eine aufenthaltsrechtliche Privilegierung.[583] Folglich fallen die Personen aus dem analysierten Rahmen dieser Arbeit.

In Konstellationen, in denen Drittstaatsangehörige andere irregulär aufhältige Migrant*innen heiraten oder eine eingetragene Partnerschaft eingehen, hat dies in der Regel keine (direkten) aufenthaltsrechtlichen Auswirkungen. Vom Gegenstand dieser Arbeit werden aber sehr wohl jene Bezüge abgedeckt, die durch Bezugnahme auf Eheschließung oder Adoption entstehen. Einige der näher analysierten Regularisierungen lassen sich aus Art 8 EMRK ableiten.[584] Das dort festgelegte Recht auf Achtung des Familienlebens definiert sich unter anderem durch familiäre Beziehungen, die folglich auch im Rechtsvergleich zu berücksichtigen sind. Der Akt der Eheschließung bzw die eingetragene Partnerschaft begründen aber an sich nicht das Aufenthaltsrecht, wodurch es sich nur um eine Vorfrage handelt, die im Rahmen der Verleihung des Aufenthaltsrechts zu berücksichtigen ist.

Abschließend ist festzuhalten, dass Eheschließungen oder eingetragene Partnerschaften nicht als Regularisierung im Sinne der vorliegenden Arbeit verstanden und daher nicht untersucht werden.

V. Zwischenergebnis

Ich habe eine Kategorisierung von Regularisierungen für den Rechtsvergleich erstellt. Die methodische Schwierigkeit bestand darin, dass im Hinblick auf den integrierten Rechtsvergleich viele Faktoren berücksichtigt werden mussten. Folglich wurden einige bereits erfolgte Systematisierungen daraufhin analysiert, ob sie für die Systematisierung von Regularisierungen geeignet sind.

Beispielsweise wurden in der REGINE-Studie Regularisierungen in Regularisierungs-Programme und -Mechanismen unterteilt. Doch ist die Gliederung in solche Abschnitte von einem rechtlichen Standpunkt unzweckmäßig, weil es hier länderübergreifend zu wenige Unterschiede gibt und so kaum ein wissenschaftlicher Mehrwert erreicht werden kann. Darüber hinaus ist das kategorisierende Merkmal nicht ausreichend auf die in der vorliegenden Arbeit verwendete Regularisierungsdefinition abgestimmt. Weiters sticht eine rechtswissenschaftliche Studie von 2000 durch

583 Siehe Kapitel 1.D.
584 Siehe Kapitel 2.B.III.3.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ihre eigens geschaffene Typologie hervor. Diese kann jedoch nicht herangezogen werden, da sie keine allgemeingültige und operationalisierbare Kategorisierung für den angestrebten Rechtsvergleich ermöglicht.

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

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

Wie sich aus Tabelle 2 ergibt, wurden die Regularisierungszwecke in zwei Kategorien eingeteilt, je nachdem ob sie völker- und/oder unionsrechtliche Bezüge haben bzw ob sie nur im autonom-nationalen Recht verankert sind. Die Regularisierungszwecke 1 bis 4 sind völker- bzw europarechtlich geprägt. Diese können zwei unterschiedliche Folgen für die Mitgliedstaaten auslösen: Einerseits ist es möglich, dass die völker- bzw europarechtlichen Bestimmungen ein rechtliches Abschiebehindernis darstellen und dadurch einen besonderen Ausweisungsschutz gewährleisten. Nichtsdestotrotz sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht verpflichtet, ein Aufenthaltsrecht zu erteilen. Die Entscheidung den Aufenthalt von diesen Personen zu genehmigen liegt somit noch im Ermessen der Mitgliedstaaten. Ein Anspruch auf Aufenthalt kann aber gegebenenfalls auf nationaler Ebene bestehen. Umgekehrt haben die Migrant*innen in diesen Fällen keinen Rechtsanspruch auf Regularisierung aufgrund höherrangiger Bestimmungen. Die Praxis zeigt allerdings, dass die Mitgliedstaaten auf die rechtlichen Abschiebehindernisse oftmals mit der Erteilung eines Aufenthaltsrechts reagieren und deshalb über die höherrangigen Bestimmungen hinausgehen, auch wenn sie hierzu völker- bzw europarechtlich nicht verpflichtet wären. Dies müsste konsequenterweise im aktuellen Rechtsdis-

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kurs berücksichtigt werden. Andererseits können bestimmte höherrangige Bestimmungen, insofern sie nicht bloß als Ausweisungsschutz ausgelegt werden, eine Pflicht zur Regularisierung, mit anderen Worten zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts, auslösen. Dies erklärt sich durch eine unterschiedliche Auslegung der jeweiligen höherrangigen Bestimmungen, wobei das Bestehen einer rechtlichen Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts im Gegensatz zum Bestehen eines rechtlichen Abschiebehindernisses umstritten ist.

Die Regularisierungszwecke 5 und 6 sind bislang nur im autonom-nationalen Recht verankert und nicht von höherrangigen Bestimmungen abgeleitet. Da diesen Regularisierungszwecken keine völker- oder europarechtlichen Bestimmungen zugrunde liegen, nehme ich bis zur Prüfung dieser Hypothese in Kapitel 5 vorläufig an, dass kontextuelle Eigenheiten zur Entwicklung und Etablierung derart unterschiedlicher Regularisierungen beigetragen haben.[585]

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

585 Siehe Kapitel 5.G.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 3 – Die unionsrechtlichen Handlungsspielräume im Bereich der aufenthaltsrechtlichen Irregularität und Regularisierungen[586]

Bevor ich zum Rechtsvergleich in Teil 2 komme, widme ich mich in diesem Kapitel den rechtsdogmatischen Handlungsspielräumen der EU in Bezug auf die aufenthaltsrechtliche Irregularität und Regularisierungen und untersuche sowohl das Primär- als auch das Sekundärrecht. Obwohl es bislang keinen Regularisierungs-Rechtsakt der EU gibt, hält die RückführungsRL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen, irregulär aufhältige Migrant*innen zu regularisieren.

Ich werde zunächst die Einwanderungspolitik der EU in Bezug auf irreguläre Migration im Allgemeinen umreißen (A.). Anschließend werde ich die RückführungsRL beleuchten (B.), um mich in der Folge mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine Regularisierungspolitik vom Primärecht gedeckt wäre. Hierfür ist es zunächst notwendig, die in Art 79 Abs 1 AEUV innewohnenden unionsverfassungsrechtlichen Aufträge zu analysieren (C.). Derart kann ich darlegen, dass die bisher verfolgte Einwanderungspolitik der EU primärrechtlich nicht vorgegeben ist. Daraufhin wird analysiert, ob die Union einen Regularisierungs-Rechtsakt anhand der bestehenden primärrechtlichen Kompetenzbestimmungen erlassen könnte, die auf die aufenthaltsrechtliche Irregularität und Regularisierungen abzielen (D.).

A. *Einwanderungspolitik der EU betreffend irreguläre Immigration*

Unter dem Begriff der Einwanderungspolitik verstehe ich jene Politik der EU, deren Wurzel sich im Primärrecht, in concreto in Art 79 AEUV, wiederfindet.[587] Ich gehe somit von einem unionsrechtlichen Politikbegriff

586 Teile dieses Kapitels wurden in Vorversionen in *Hinterberger/Klammer* in *Filzwieser/Taucher*; *Hinterberger/Klammer*, NVwZ 2017; *Hinterberger* in *Lanser/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* sowie *Hinterberger*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2019 veröffentlicht. Siehe Einleitung D.III.

587 Grundlegend zum Begriff siehe *Thym*, Europäische Einwanderungspolitik: Grundlagen, Gegenstand und Grenzen in *Hofmann/Löhr* (Hrsg), Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht (2008) 183 (183ff).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus, den ich in der Folge im Bereich der irregulären Einwanderung skizzenhaft umreiße.

Der Terminus „Bekämpfung illegaler Einwanderung" wurde erstmals 1991 in einem Bericht eines Ratsgipfels verwendet.[588] Im Vertrag von Maastricht, der 1993 in Kraft getreten ist, wurde sodann „die Bekämpfung der illegalen Einwanderung, des illegalen Aufenthalts und der illegalen Arbeit" als „gemeinsames Interesse" der EU festgelegt, die eine Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten erfordert.[589] Auffällig ist hierbei, dass irreguläre „Einwanderung" und irregulärer „Aufenthalt" als eigenständige Begriffe festgelegt sind. Im AEUV wurde diese begriffliche Trennung aufgegeben. Nunmehr ist unter Einwanderung sowohl die Einreise als auch der Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu verstehen.

Durch den Wegfall der Binnengrenzkontrollen mit dem Inkrafttreten des Schengener Durchführungsübereinkommen 1995 (SDÜ)[590] wurde die verstärkte Sicherung und Überwachung der Außengrenzen ein Kennzeichen der migrationspolitischen Agenda der EU.[591] Maßgeblich für die gemeinsame Einwanderungspolitik war in der Folge das Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam 1999, der zu einer Vergemeinschaftung der Politikbereiche geführt hat.[592] Es wurde ein „Raum der Freiheit, der Sicherheit

588 *Europäischer Rat*, Report from the Ministers responsible for immigration to the European Council meeting in Maastricht on immigration and asylum policy v 3.12.1991, SN 4038/91 (WGI 930); vgl *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen v 12.12.1992, SN/456/92, Nr 18.

589 Art K1 Z 3 lit c EGV.

590 Vgl hierzu *Ter Steeg*, Einwanderungskonzept 73ff; *Winkelmann*, 25 Jahre Schengen: Der Schengen-Acquis als integraler Bestandteil des Europarechts – Bedeutung und Auswirkung auf die Einreise- und Aufenthaltsrechte – Teil 1, ZAR 2010, 213 und *Winkelmann*, 25 Jahre Schengen: Der Schengen-Acquis als integraler Bestandteil des Europarechts – Bedeutung und Auswirkung auf die Einreise- und Aufenthaltsrechte, ZAR 2010, 270.

591 Zu den Wesenszügen von Schengen im Zusammenspiel mit den Außengrenzen siehe *Michl*, Dysfunktionale Außengrenze und binnenstaatliche Reaktion – zur unionsrechtlichen Zulässigkeit einseitiger Maßnahmen in Zeiten großer Migrationsströme in *Bungenberg/Giegerich/Stein* (Hrsg), ZEuS-Sonderband: Asyl und Migration in Europa – rechtliche Herausforderungen und Perspektiven (2016) 161 (162ff). Kritisch *Bigo*, Border Regimes Police Cooperation and Security in an Enlarged European Union in *Zielonka* (Hrsg), Europe Unbound: Enlarging and Reshaping the Boundaries of the European Union (2003) 213.

592 Siehe für die Entwicklung hierzu *Bast* in FS Kay Hailbronner 3 oder auch *Desmond*, HRLR 2016, 247f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und des Rechts" geschaffen.[593] Durch diesen Schritt hat sich die Einwanderungspolitik als eigener Politikbereich vom Binnenmarkt verselbstständigt.[594] Durch den Vertrag von Amsterdam wurde 1999 erstmals eine ausdrückliche Kompetenz betreffend irreguläre Einwanderung und irregulären Aufenthalt festgelegt.[595] Im Gegensatz zum Vertrag von Maastricht war aber keine primärrechtliche Bestimmung zu finden, die explizit die „Bekämpfung" irregulärer Einwanderung als gemeinsames Interesse oder Auftrag normierte. Eine solche Bestimmung, in concreto Art 79 Abs 1 AEUV, wurde erst durch das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Jahre 2009 wieder eingeführt.[596]

Bereits in einem 2001 festgelegten Plan zur „Bekämpfung" der irregulären Einwanderung und des Menschenhandels hat die Europäische Kommission die Ansicht vertreten, dass die irreguläre Einreise bzw der irreguläre Aufenthalt zu keiner dauerhaften Verfestigung des Aufenthalts führen darf.[597] Im Februar 2002 wurde sodann ein Gesamtplan zur „Bekämpfung" der „illegalen" Einwanderung und des Menschenhandles verabschiedet,[598] der kurz- und mittelfristige Maßnahmen von der Visa- bis hin zu Rückkehrpolitik vorsah.

In dem Sinne definiert Art 79 Abs 1 AEUV aktuell als unionsverfassungsrechtlichen Auftrag unter anderem die „Verhütung und verstärkte Bekämpfung" irregulärer Einwanderung, auf den in der Folge noch näher eingegangen wird.[599] Mit dem Erlass der RückführungsRL 2008 wurde ein zentraler Bestandteil dieses Prozesses umgesetzt und die Rückführungspolitik weitgehend harmonisiert.[600]

Die (restriktive) Einwanderungspolitik findet sich auch in der „Migrationsagenda 2015". In dieser ist die Reduzierung der Anreize für irreguläre

593 Art 67ff AEUV; siehe exemplarisch KOM(2000) 782 endg und KOM(2000) 167 endg und vertiefend die Beiträge in *Baldaccini/Guild/Toner* (Hrsg), Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy (2007) sowie *Costello*, Human Rights 17ff.

594 So *Thym* in *Hofmann/Löhr* 189f mwN.

595 Art 63 Z 3 lit b EGV; vertiefend *Peers*, EU Justice and Home Affairs Law. Vol 1: EU Immigration and Asylum Law[4] (2016) 445f.

596 Siehe Kapitel 3.C.I.

597 KOM(2001) 672 endg, 6. Siehe aber auch KOM(2004) 412 endg, 11.

598 *Rat der EG*, Vorschlag für einen Gesamtplan zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung und des Menschenhandels, ABl 2002 C 142/23.

599 Siehe Kapitel 3.C.I.

600 Siehe Kapitel 3.B.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Migration – symbolisch – der erste von vier Schwerpunkten.[601] Insgesamt setzt die EU diese Politik, die in der Einleitung der vorliegenden Arbeit bereits skizziert wurde,[602] beständig fort. Laut den Ausführungen der Kommission versucht sie eine ausgewogenere Einwanderungspolitik zu erreichen, die fair, solide und realistisch sein soll.[603] Hierbei ist jedoch kritisch zu hinterfragen, ob diese Ziele durch die eingesetzten rechtlichen Instrumentarien auch tatsächlich erreicht werden bzw überhaupt erreicht werden können.[604]

B. Rückführungsrichtlinie

Nachdem nunmehr die Einwanderungspolitik der EU hinsichtlich irregulärer Immigration umrissen wurde, widmet sich das nachfolgende Unterkapitel dem derzeitigen Hauptinstrument der „Bekämpfung" des irregulären Aufenthalts, der RückführungsRL. Zunächst wird die allgemeine Systematik dargelegt (I.) und anschließend untersucht, ob das geltende Sekundärrecht den Mitgliedstaaten erlaubt, irregulär aufhältige Migrant*innen zu regularisieren oder hierzu unter Umständen sogar verpflichtet (II.).

I. Allgemeine Systematik

Die EU hat sich seit 1999 auf die Harmonisierung der Rückkehrverfahren und deren Effektuierung konzentriert,[605] woraufhin im Jahre 2008 die RückführungsRL erlassen wurde.[606] Das maßgebliche Ziel der RL ist die „Festlegung einer wirksamen Rückkehr- und Rückübernahmepolitik […]

601 COM(2015)240 final, 9ff; vgl *Carrera/Guild/Aliverti/Allsopp/Manieri/Levoy*, Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants, Studie v 2016, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536490/IPOL_STU%282016%29536490_EN.pdf (11.10.2018).

602 Siehe Einleitung A.

603 COM(2015)240 final, 8f.

604 *Kraler*, Journal of Immigrant and Refugee Studies 2019, 94f.

605 Siehe nur COM(2017)200 final und *Acosta Arcarazo*, The Returns Directive in *Peers/Guild/Acosta Arcarazo/Groenendijk/Moreno-Lax* (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law. Vol 2: EU Immigration Law[2] (2012) 455 (484ff).

606 Für einen guten Überblick zur Entstehungsgeschichte siehe *Lutz*, The Negotiations on the Return Directive: Comments and Material (2010) und *Pollet*, The Negotiations on the Return Directive: Challenges, Outcomes and Lessons

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unter vollständiger Achtung der Grundrechte".[607] Nach *Hörich* ist die RL „als gelungener Ausgleich zwischen dem Interesse an einer effektiven Aufenthaltsbeendigung und der Beachtung der Grundrechte der von diesem Verfahren Betroffenen zu bewerten".[608]

Die Kernbestimmung der RückführungsRL ist in Kapitel II mit dem Titel „Beendigung des illegalen Aufenthalts" festgelegt. Gem Art 6 Abs 1 RückführungsRL ist der irreguläre Aufenthalt grundsätzlich durch eine Rückkehrentscheidung und das darauffolgende Rückkehrverfahren zu beenden.[609] Irregulär aufhältig sind nach der RL alle Migrant*innen ohne Aufenthaltsrecht, wobei der Ausdruck „irregulär aufhältig" in der vorliegenden Arbeit als Synonym für „illegal aufhältig" im Sinne der RückführungsRL verwendet wird.[610]

Grundsätzlich haben die Mitgliedstaaten demnach eine Rückkehrentscheidung zu erlassen,[611] was der EuGH in *El Dridi* bestätigt hat.[612] Obwohl dies auf den ersten Blick wie eine Handlungsanweisung an die Mitgliedstaaten zu qualifizieren ist, werde ich noch zeigen, dass es sich hierbei „lediglich" um eine von zwei Verfahrensoptionen handelt, die gleichwertig nebeneinanderstehen. Voraussetzung für den Erlass der Rückkehrentscheidung ist deren Durchsetzbarkeit,[613] die bspw durch rechtliche oder faktische Abschiebehindernisse verhindert werden kann. Der Rückkehrentscheidung kann bzw soll zunächst durch die freiwillige Ausreise Folge

learned from an NGO Perspective in *Zwaan* (Hrsg), The Returns Directive (2011) 25.

607 EuGH *Mahdi*, Rn 38 mit Hinweis auf ErwGr 2 und 11. Siehe weiters EuGH *Arslan*, Rn 42, 60: „wirksame Rückführung"; Empfehlung (EU) 2017/432 und *Hörich*, Abschiebungen 31f mwN.

608 *Hörich*, Abschiebungen 307. Siehe auch bereits *Bast*, Aufenthaltsrecht 101ff.

609 ErwGr 11 Empfehlung (EU) 2017/432: „Im Einklang mit Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2008/115/EG sollten die Mitgliedstaaten systematisch Rückkehrentscheidungen gegen Drittstaatsangehörige erlassen, die sich illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten". Vgl *Acosta Arcarazo* in *Peers/Guild/Acosta Arcarazo/Groenendijk/Moreno-Lax* 490; *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters*, Migration 392; *Hörich*, Abschiebungen 73ff.

610 Art 2 Abs 1 und Art 3 Z 2 RückführungsRL und siehe bereits Kapitel 1.A.II. und Kapitel 2.A.II.1.

611 Art 3 Z 4 RückführungsRL; *Hörich*, Abschiebungen 73.

612 EuGH *El Dridi*, Rn 35; bestätigend EuGH *Achughbabian*, Rn 31 und EuGH 23.4.2015, C-38/14, ECLI:EU:C:2015:260, *Zaizoune*, Rn 31.

613 Vgl *Hörich*, Abschiebungen 92.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geleistet werden.[614] Reist die Person nicht freiwillig aus, ist die Entscheidung in Form der zwangsweisen Abschiebung durchzusetzen.[615] Die Mitgliedstaaten sollen irregulär aufhältige Migrant*innen also rückführen, anstatt ihnen einen Aufenthaltstitel zu erteilen. Dies ist einer der Gründe, weshalb die EU bisher keinen Regularisierungs-Rechtsakt erlassen hat.

Von dieser Grundregel, dem Erlass einer Rückkehrentscheidung, sind drei Ausnahmen normiert.[616] Eine erfasst jene irregulär aufhältigen Migrant*innen, die bereits im Besitz eines Aufenthaltstitels eines anderen Mitgliedstaates und deshalb verpflichtet sind, sich in diesen zu begeben.[617] Eine konkretisiert, wie die Mitgliedstaaten vorzugehen haben, wenn eine Person aufgrund eines bilateralen Abkommens von einem anderen Mitgliedstaat wieder aufgenommen wird.[618] Die wichtigste Ausnahme ist in Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL geregelt: „Die Mitgliedstaaten können jederzeit beschließen, illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen wegen Vorliegen eines Härtefalls oder aus humanitären oder sonstigen Gründen einen eigenen Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung zu erteilen".[619] Der Wortlaut der RückführungsRL legt nahe, dass eine individuelle Prüfung vonnöten ist, bevor ein Aufenthaltstitel an eine irregulär aufhältige Person erteilt wird.[620] Generell fußt diese Ausnahme vom Erlass einer Rückkehrentscheidung auf der

614 Art 7 RückführungsRL. Kritisch zur Begrifflichkeit *Berger/Tanzer*, Die Rückführungsrichtlinie im Spannungsfeld von effektiver Rückführungspolitik und Grundrechtsschutz – eine Analyse unter Berücksichtigung der österreichischen Gesetzeslage in *Salomon* (Hrsg), Text und Kontext des Asylrechts (2020) im Erscheinen.

615 Art 8 RückführungsRL.

616 So auch EuGH *Zaizoune*, Rn 32.

617 Art 6 Abs 2 RückführungsRL. Vgl EuGH 16.1.2018, C-240/17, ECLI:EU:C:2018:8, *E*, Rn 44-48. Kommt der*die betroffenen Drittstaatsangehörige „dieser Verpflichtung nicht nach oder ist seine sofortige Ausreise aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit geboten, ist eine Rückkehrentscheidung gegen ihn zu erlassen" (Rn 45).

618 Art 6 Abs 3 RückführungsRL. Vgl *Acosta Arcarazo* in *Peers/Guild/Acosta Arcarazo/Groenendijk/Moreno-Lax* 494 und *Hörich*, Abschiebungen 73 ff.

619 Siehe weiters auch EuGH 9.11.2010, C-57/09 und C-101/09, ECLI:EU:C:2010:661, *B* und *D*, Rn 115-121 und EuGH 18.12.2014, C-541/13, ECLI:EU:C:2014:2451, *M'Bodj*, Rn 43-47 im Hinblick das Verhältnis StatusRL und RückführungsRL und die Frage, in welchen Fällen die Mitgliedstaaten Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen erteilen können, die keinen „internationalen Schutz" im Sinne der StatusRL darstellen.

620 *Costello*, Human Rights 96 argumentiert deshalb, dass Regularisierungs-Programme in einem Spannungsverhältnis zur RückführungsRL stehen würden.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

staatlichen Souveränität, die die Mitgliedstaaten in diesem Bereich nach wie vor genießen.[621]

Folglich ermöglicht Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL den Mitgliedstaaten, den irregulären Aufenthalt durch Erteilen eines Aufenthaltsrechts, mit anderen Worten durch eine Regularisierung, zu beenden.[622] Regularisierung wird als Vorgang verstanden, durch den die aufenthaltsrechtliche Irregularität im Sinne der RückführungsRL beendet wird.[623] Um den irregulären Aufenthalt auch tatsächlich zu beenden, muss der Aufenthaltstitel oder die „sonstige Aufenthaltsberechtigung"[624] nach dem jeweiligen nationalen Recht einen rechtmäßigen Aufenthalt begründen.[625] Die bloße Tolerierung des irregulären Aufenthalts, ohne einen der beiden Verfahrensschritte einzuleiten, würde im Widerspruch zur RückführungsRL stehen.[626]

Vor diesem Hintergrund scheint es auf den ersten Blick so, als ob die österreichische und deutsche Duldung die RückführungsRL verletzen würde.[627] Migrant*innen zu „dulden" bedeutet dem Grunde nach, dass der österreichische bzw der deutsche Staat feststellt, dass die Abschiebung vorübergehend ausgesetzt wird, weil die Rückkehrentscheidung aufgrund von „Abschiebungsverboten" respektive „-hindernissen" nicht durchgesetzt werden kann. Die österreichische und deutsche „Duldung" ist nicht als

---

Ähnlich *Augustin*, Die Rückführungsrichtlinie der Europäischen Union. Richtliniendogmatik, Durchführungspflichten, Reformbedarf (2016) 227-230; aA *Schieber*, Komplementärer Schutz 282, 311f und 334. Siehe zu besagten Programmen bereits Kapitel 2.B.I. und weiters Kapitel 4.C.I.

621 Siehe bereits Kapitel 1.A. und Kapitel 1.E. und grundsätzlich *Martin* in *Aleinikoff/Chetail* und *Dauvergne*, Making People Illegal: What Globalization Means for People and Law (2008) 2ff.

622 Art 6 Abs 4 RückführungsRL; vgl EuGH *Mahdi*, Rn 88: „erlaubt". In diesem Sinne auch *Desmond* in *Wiesbrock/Acosta Arcarazo* 75.

623 Siehe hierzu bereits Kapitel 2.A.II.

624 Der Begriff „sonstige Aufenthaltsberechtigung" ist nach Ansicht der Kommission eine Auffangklausel, die all jene Fälle umfasst, die vom Begriff Aufenthaltstitel gem Art 2 Abs 15 lit b RückführungsRL nicht erfasst sind; Rückkehr-Handbuch 2017, 31.

625 In dem Sinne Rückkehr-Handbuch 2017, 8; *Lutz* in *Hailbronner/Thym* Art 6 Return Directive Rn 13 und 26 und vor allem der Wortlaut der englischen Fassung von Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL („residence permit or other authorisation offering a right to stay"). Siehe weiters auch *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 155.

626 Rückkehr-Handbuch 2017, 23, 54, 76. Vgl *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 91 und *Hörich*, Abschiebungen 73, 92 mwN.

627 Siehe Kapitel 5.A.I.2.-3.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aufenthaltstitel zu bewerten, weil sie keinen rechtmäßigen Aufenthalt nach nationalem Recht begründet.[628] Sie ist vielmehr als Aufschub der Abschiebung im Sinne von Art 9 RückführungsRL zu qualifizieren.

Gem Art 9 Abs 1 RückführungsRL sind zwei Fälle geregelt, in denen die Abschiebung aufgeschoben werden muss, in den in Abs 2 leg cit normierten Fällen kann die Abschiebung aufgeschoben werden.[629] Für die vorliegende Arbeit ist vor allem der erste Absatz relevant, wonach die Abschiebung aufzuschieben ist, wenn einem Rechtsbehelf die aufschiebende Wirkung zuerkannt wird oder wenn die Abschiebung das Non-Refoulement-Gebot verletzen würde.[630] Wie der Aufschub im nationalen Recht ausgestaltet wird, ist den Mitgliedstaaten überlassen.[631] Sie haben hierbei aber jedenfalls die „Verfahrensgarantien" in Kapitel III der RückführungsRL zu beachten und gewährleisten. Nach *Lutz* ist die Entscheidung über den Aufschub unter den Begriff der „Rückkehrentscheidung" zu subsumieren.[632] Mitgliedstaaten haben teilweise versucht, diese Garantien durch den Nichterlass einer aufenthaltsbeendenden Entscheidung zu umgehen. Dies kann als de facto Aufschub bezeichnet werden.[633] Neben den Rechten bestehen aber auch Pflichten, die irregulär aufhältige Migrant*innen zu erfüllen haben, wenn die Abschiebung aufgeschoben wurde bzw während der Dauer der Frist für die freiwillige Ausreise.[634]

Folglich steht es grundsätzlich im Einklang mit der RückführungsRL, dass Migrant*innen rechtlich „geduldet" werden, da ein Rückkehrverfahren bereits eingeleitet und eine Rückkehrentscheidung erlassen, aber noch nicht vollstreckt wurde. Problematisch ist es aber, wenn ein Mitgliedstaat eine Person über einen längeren Zeitraum hinweg duldet und ihr kein Aufenthaltsrecht gewährt (dauerhafte Nichtrückführbarkeit).[635] Die soge-

---

628 § 31 Abs 1a Z 3 FPG und § 60a Abs 3 AufenthG. In dem Sinne Rückkehr-Handbuch 2017, 9, 31.

629 Vgl *Lutz* in *Hailbronner/Thym* Art 9 Return Directive Rn 3.

630 Siehe hierzu auch EuGH *Gnandi*, Rn 47.

631 So *Lutz* in *Hailbronner/Thym* Art 9 Return Directive Rn 5. Siehe hierzu Kapitel 5.A.I.

632 *Lutz* in *Hailbronner/Thym* Art 9 Return Directive Rn 5; so auch Rückkehr-Handbuch 2017, 68. Die Kommission führt diesbezüglich weiters aus, dass der Aufschub der Abschiebung in der Regel zusätzlich zur Rückkehrentscheidung und „in ein und demselben Verwaltungsakt zusammen mit der Rückkehrentscheidung erlassen" werden sollte.

633 So *Lutz* in *Hailbronner/Thym* Art 9 Return Directive Rn 5.

634 Art 7 Abs 3 und Art 9 Abs 3 RückführungsRL; so auch *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 101.

635 Siehe sogleich Kapitel 3.B.II.2.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nannten „Kettenduldungen" in Deutschland sind hierbei besonders bedenklich.[636]

Jeder Mitgliedstaat kann auch nach einem bereits eingeleiteten oder rechtskräftig abgeschlossenen Rückkehrverfahren irregulär aufhältigen Migrant*innen einen Aufenthaltstitel erteilen.[637] In diesem Fall ist die Rückkehrentscheidung zurückzunehmen oder für die Gültigkeitsdauer des erteilten Aufenthaltstitels oder der Aufenthaltsberechtigung auszusetzen,[638] wobei die Mitgliedstaaten in ihrer Entscheidung hierbei frei sind.[639]

Vereinfacht kann man also sagen, dass sich die Mitgliedstaaten zwingend für das Rückkehrverfahren oder die Regularisierung zu entscheiden haben.[640] Wie oben bereits kurz angedeutet, gibt es deshalb zwei Verfahrensoptionen für die Mitgliedstaaten, die als gleichwertig zu betrachten sind, da beide den irregulären Aufenthalt beenden. Zwar müssen die Mitgliedstaaten nach der *El Dridi*-Entscheidung des EuGH grundsätzlich eine Rückkehrentscheidung erlassen und folglich ein Rückkehrverfahren durchführen,[641] jedoch hat der EuGH in *Zaizoune* betont, dass diese Grundregel unbeschadet der Ausnahmen gem Art 6 Abs 2 bis 5 RückführungsRL gilt.[642] Den Mitgliedstaaten steht es in jedem Verfahrensstadium bzw selbst nach Erlass der Rückkehrentscheidung frei, einen Aufenthaltstitel zu erteilen. Folglich hält die RückführungsRL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen, irregulär aufhältige Migrant*innen zu regularisieren.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass von der Kommission im September 2018 ein Vorschlag zur Reformierung der RückführungsRL eingebracht wurde.[643] Dieser wurde bei Abschluss der vorliegenden Arbeit (1.1.2019) noch nicht angenommen,[644] weshalb eine nähere Analyse entfällt. In die Grundsystematik der RL würde der Reformvorschlag aber ohnehin nicht eingreifen. Die Kommission ist der Ansicht, dass bspw durch das Lockern der Inhaftnahmevoraussetzungen eine „konsequentere und

636 Siehe Kapitel 5.A.I.2.c.
637 Vgl *Augustin*, Rückführungsrichtlinie 227.
638 Art 6 Abs 4 S 3 RückführungsRL.
639 Vgl *Lutz* in *Hailbronner/Thym* Art 9 Return Directive Rn 3.
640 Siehe die Nachweise in Fn 443.
641 Siehe Fn 612.
642 EuGH *Zaizoune*, Rn 32.
643 COM(2018) 634 final.
644 Vgl *NN*, Asylum seekers appealing returns must get own travel documents, euobserver.com v 6.11.2018, https://euobserver.com/justice/143290 (6.11.2018).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wirksame Rückführungspolitik"[645] erreicht werden würde. Kritisiert wurde hierbei, dass zwar eine Erhöhung der Rückführungsrate erreicht werden soll, aber keine Fakten und Tatsachen vorgelegt wurden, warum das Ändern einzelner Bestimmungen tatsächlich diesen Effekt haben sollte.[646]

II. Regularisierungspflicht nach der Rückführungsrichtlinie?

Umstritten ist, ob nach der RückführungsRL eine Regularisierungspflicht besteht bzw umgekehrt irregulär aufhältige Migrant*innen einen Anspruch auf Regularisierung haben. Bereits erörtert wurde, dass sich eine solche Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts derzeit grundsätzlich nicht aus Art 3 und 8 EMRK ableiten lässt.[647] Hierbei ist jedoch die zukünftige Rspr des EGMR zu beachten, da diese Auswirkungen auf die Anwendung und Interpretation der RückführungsRL haben könnte.[648]

Die Gegner einer Regularisierungspflicht wie etwa die Europäische Kommission oder *Lutz* stützen sich auf die *Mahdi*-Entscheidung des EuGH.[649] Nach diesem Urteil hat die RückführungsRL „nicht zum Zweck, die Voraussetzungen für den Aufenthalt illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, gegen die eine Rückkehrentscheidung nicht vollzogen werden kann oder konnte, im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu regeln".[650] Die RückführungsRL ist dementsprechend dahin auszulegen, „dass ein Mit-

645 *Europäische Kommission*, Eine konsequentere und wirksamere europäische Rückführungspolitik v 12.9.2018, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-returns-policy_de.pdf (24.10.2018). Siehe hierzu bereits oben Einleitung A. und Kapitel 3.A.

646 Vgl *Peers*, Lock 'em up: the proposal to amend the EU's Returns Directive, EU Law Analysis Blog v 12.9.2018, http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/09/lock-em-up-proposal-to-amend-eus.html (24.10.2018); *ECRE*, ECRE Comments on the Commission Proposal for a Recast Return Directive COM(2018) 634, Studie v November 2018, https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/11/ECRE-Comments-Commission-Proposal-Return-Directive.pdf (30.6.2019) und *Eisele*, The proposed Return Directive (recast). Substitute Impact Assessment, Studie v Februar 2019, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631727/EPRS_STU(2019)631727_EN.pdf (30.6.2019).

647 Siehe hierzu Kapitel 2.B.III., insbesondere Kapitel 2.B.III.1.b. und Kapitel 2.B.III.2.-3.

648 So auch *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 87.

649 Rückkehr-Handbuch 2017, 78 und *Lutz* in *Hailbronner/Thym* Art 14 Return Directive Rn 13f; *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 103, 176; *Desmond* in *Wiesbrock/Acosta Arcarazo* 76.

650 EuGH *Mahdi*, Rn 87.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gliedstaat nicht verpflichtet sein kann, einem Drittstaatsangehörigen, der keine Identitätsdokumente besitzt und von seinem Herkunftsland keine solchen Dokumente erhalten hat, einen eigenen Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung zu erteilen, nachdem ein nationaler Richter diesen Drittstaatsangehörigen mit der Begründung freigelassen hat, dass keine hinreichende Aussicht auf Abschiebung mehr im Sinne von Art. 15 Abs. 4 dieser Richtlinie bestehe. Der Mitgliedstaat hat dem Drittstaatsangehörigen jedoch in einem solchen Fall eine schriftliche Bestätigung seiner Situation auszustellen".[651] Daraus lässt sich ableiten, dass nach Ansicht des EuGH in den Fällen der faktischen[652] Unmöglichkeit der Abschiebung grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Gewährung eines Aufenthaltsrechts in Form eines Aufenthaltstitels oder einer sonstigen Aufenthaltsberechtigung und somit auf Regularisierung besteht, wenn eine Rückkehrentscheidung gegen eine Person nicht durchgesetzt werden kann.[653] Dies ist vielmehr als Aufschub der Abschiebung gem Art 9 RückführungsRL zu qualifizieren.[654] Mitgliedstaaten sind demnach nur verpflichtet eine schriftliche Bestätigung zu erteilen,[655] die etwa bei Polizeikontrollen eine rasche Überprüfung des Aufenthaltsstatus ermöglichen soll.[656] Keinesfalls begründet der Aufschub der Abschiebung oder die damit einhergehende schriftliche Bestätigung einen rechtmäßigen Aufenthalt.

Neben dem besprochenen *Mahdi*-Urteil führen die Gegner einer Regularisierungspflicht weiters das *Abdida*-Urteil des Gerichtshofs ins Treffen. In der Rechtssache *Abdida* hat sich der EuGH erstmals mit Abschiebehindernissen aus gesundheitlichen Gründen auseinandergesetzt. In absoluten Ausnahmefällen ist die Abschiebung einer an einer schweren Krankheit leidenden Person in ein Land, in dem keine angemessenen Behandlungs-

---

651 EuGH *Mahdi*, Rn 89.

652 Der EuGH entscheidet im Zusammenhang mit Vorabentscheidungsersuchen immer nur jene Rechtsfragen, um „dem nationalen Gericht eine für die Entscheidung des bei diesem anhängigen Rechtsstreits sachdienliche Antwort zu geben"; EuGH 4.9.2014, C-119/13 und C-120/13, ECLI:EU:C:2014:2144, *eco cosmetics* und *Raiffeisenbank*, Rn 32. Im Ausgangssachverhalt der Rechtssache *Mahdi* hat der Betroffene über keine Identitätsdokumente verfügt, weshalb die vom EuGH getroffenen Aussagen nur auf jene Fälle zu übertragen sind, denen faktische Abschiebehindernisse zugrunde liegen.

653 EuGH *Mahdi*, Rn 87f und siehe bereits Fn 649.

654 Siehe bereits Kapitel 3.B.I.

655 ErwGr 12 und Art 14 Abs 2 RückführungsRL. Die Ausgestaltung dieser Bestätigung ist den Mitgliedstaaten überlassen; vgl *Lutz* in *Hailbronner/Thym* Art 9 Return Directive Rn 11.

656 Rückkehr-Handbuch 2017, 77f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

möglichkeiten bestehen, gem Art 5 RückführungsRL iVm Art 19 Abs 2 GRC und folglich aufgrund des Non-Refoulement-Gebots unzulässig.[657] Verfahrensrechtlich ist es nach der Ansicht des EuGH jedenfalls notwendig, dass den Betroffenen ein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung zur Verfügung steht, um zu gewährleisten, dass eine Rückkehrentscheidung nicht vollzogen wird, bevor die innerstaatlichen Behörden und Gerichte über eine drohende Art 3 EMRK-Verletzung entschieden haben.[658] Der EuGH beschäftigt sich im Rahmen dieses Vorabentscheidungsersuchen aber nicht mit der Frage, ob aus dem Bestehen eines Abschiebehindernisses auch die Möglichkeit bzw die Pflicht zur Regularisierung resultiert, sondern verweist hierbei lediglich darauf, dass dies den Mitgliedstaaten vorbehalten ist.[659] Nach dem EuGH muss den Betroffenen jedenfalls eine derartige Rechtsposition eingeräumt werden, damit ihre Statusrechte mit den sich aus der RückführungsRL ergebenden Verpflichtungen im Einklang stehen.[660] Da der EuGH diese Fälle als Aufschub der Abschiebung qualifiziert,[661] stehen ihnen somit die Mindestrechte nach Art 14 RückführungsRL zu.[662] Günstigere Regelungen durch die Mitgliedsstaaten sind gem Art 4 Abs 3 RückführungsRL zulässig, sofern diese im Einklang mit den Vorschriften der RückführungsRL stehen.[663] Die Mindestrechte umfassen in concreto jedenfalls die Befriedigung der Grundbedürfnisse, sowie die Gewährung medizinischer Notfallversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten, während des Aufenthaltes im Aufnahmestaat.[664] Der EuGH öffnet durch seine Auslegung vielen praktischen Problemen Tür und Tor, da den Mitgliedstaaten ein zu weiter Ermessensspielraum eingeräumt wird, der eine große Rechtsunsicherheit mit sich bringt. Dies manifestiert sich vor allem in den Fällen dauerhafter Nichtrückführbarkeit und dem damit einhergehenden Schwebezustand für die Betroffenen.

---

657 EuGH *Abdida*, Rn 48. Vertiefend hierzu *Hinterberger/Klammer* in *Filzwieser/Taucher* 120f.

658 EuGH *Abdida*, Rn 53. Bestätigend EuGH *Gnandi*, Rn 54 und 56ff und siehe die Lit in Fn 384.

659 EuGH *Abdida*, Rn 54 mit Verweis auf ErwGr 12 RückführungsRL.

660 Vertiefend *Diekmann*, Menschenrechtliche Grenzen; *Hinterberger/Klammer*, Der Rechtsstatus von Geduldeten: Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung auf das Grundrecht der Menschenwürde in *Salomon* (Hrsg), Text und Kontext des Asylrechts (2020) im Erscheinen.

661 EuGH *Abdida*, Rn 57 und 59.

662 Vgl *Hörich*, Abschiebungen 127f.

663 Vgl *Hörich*, Abschiebungen 28 mit Verweis auf EuGH *El Dridi*.

664 EuGH *Abdida*, Rn 59f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wie bereits oben in der Einleitung dargelegt, bezeichne ich mit dem EuGH in der Folge eine Person als nicht rückführbar, wenn ihre „Rückkehrentscheidung nicht vollzogen werden kann oder konnte".[665] Eine weitere Definition wurde von *Menezes Queiroz* vorgeschlagen: „Non-removable migrants are third-country nationals who, despite their status as irregular migrants, cannot (yet) be removed from EU territory as a result of legal, humanitarian, technical or even policy-related reasons".[666] Die Autorin führt aus, dass sich Nichtrückführbare in einer „transitory and atypical legal situation"[667] befinden.

Die Mitgliedstaaten haben sich aufgrund der Systematik der RückführungsRL, wie oben bereits ausgeführt,[668] zwingend für das Rückkehrverfahren oder die Regularisierung zu entscheiden. Art 6 Abs 1 RückführungsRL normiert dahingehend: „Unbeschadet der Ausnahmen nach den Absätzen 2 bis 5 erlassen die Mitgliedstaaten gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung". Im Verhältnis dazu legt Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL Folgendes fest: „Die Mitgliedstaaten können jederzeit beschließen, illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen wegen Vorliegen eines Härtefalls oder aus humanitären oder sonstigen Gründen einen eigenen Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung zu erteilen".

Daraus lässt sich auf den ersten Blick keine Regularisierungspflicht ableiten, da Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL den Mitgliedstaaten ein Ermessen in Bezug auf die Frage einräumt, ob sie irregulär aufhältigen Migrant*innen einen Aufenthaltstitel einräumen.[669] Umgekehrt verpflichtet Art 6 Abs 1 RückführungsRL die Mitgliedstaaten grundsätzlich zum Erlass einer Rückkehrentscheidung. Eine Regularisierungspflicht könnte also nur dann bestehen, insofern das weite Ermessen der Mitgliedstaaten auf null reduziert wird.

Gem Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL ist in zwei Sachverhaltskonstellationen eine Regularisierungspflicht gegeben. Einerseits stimme ich mit *Hörich* darin überein, dass eine Regularisierungspflicht in jenen Fällen besteht, in denen eine Rückführung das Non-Refoulement-Gebot verletzen

---

665 EuGH *Mahdi*, Rn 87.
666 *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 182. Siehe auch unten Fn 700.
667 *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 97ff. Siehe auch die Ausführungen in Einleitung C.
668 Siehe Kapitel 3.B.I.
669 Siehe Kapitel 3.B.I.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

würde.[670] Andererseits vertrete ich die Ansicht, dass eine solche Pflicht in jenen Fällen besteht, in denen die betreffenden Migrant*innen dauerhaft nicht rückführbar sind. Argumentativ leite ich die Regularisierungspflicht in den beiden aufgezählten Sachverhaltskonstellationen genau wie *Acosta Arcarazo* aus der Systematik der RückführungsRL ab.[671] Wie bereits oben ausgeführt, müssen die Mitgliedstaaten den irregulären Aufenthalt entweder durch die Durchsetzung einer Rückkehrentscheidung oder durch Gewährung eines Aufenthaltsrechts beenden.[672] Voraussetzung für den Erlass der Rückkehrentscheidung ist deren Durchsetzbarkeit. „Bereits die Einleitung des Rückkehrverfahrens setzt daher die Möglichkeit der erfolgreichen Durchführung in Form der Aufenthaltsbeendigung voraus".[673] Konsequenterweise trifft die Mitgliedstaaten daher in jenen Fällen eine Regularisierungspflicht, in denen die Rückkehrentscheidung nicht durchgesetzt werden kann. Die RückführungsRL lässt keinen Raum für Situationen längerer aufenthaltsrechtlicher Irregularität,[674] weshalb in diesen Fällen das Ermessen der Mitgliedstaaten gem Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL auf null reduziert wird. Diese Ansicht kommt bestmöglich im bereits zitierten Rückkehr-Handbuch 2017 der Europäischen Kommission zum Ausdruck: „Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, sofern nicht das Unionsrecht eine ausdrückliche Ausnahme vorsieht […]. Den Mitgliedstaaten ist es nicht gestattet, den illegalen Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen in ihrem Hoheitsgebiet zu tolerieren, ohne entweder ein Rückkehrverfahren einzuleiten oder eine Aufenthaltsberechtigung zu erteilen. Ziel dieser Verpflichtung der Mitgliedstaaten ist es, ‚Grauzonen' zu verringern, die Ausbeutung illegal aufhältiger Personen zu verhindern und

670 Vgl *Hörich*, Abschiebungen 125f. So auch *Acosta Arcarazo*, The Charter, detention and possible regularization of migrants in an irregular situation under the Returns Directive: Mahdi, CMLRev 2015, 1361 (1377).

671 *Acosta Arcarazo*, CMLRev 2015, 1377f.

672 Siehe hierzu bereits Kapitel 3.B.I.

673 *Hörich*, Abschiebungen 92.

674 Da die Kommission aus der RückführungsRL keine Regularisierungspflicht ableitet und davon ausgeht, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich eine Rückkehrentscheidung erlassen, nimmt sie gleichsam an, dass diese Praxis „zu einer Erhöhung der absoluten Anzahl der Fälle führen [wird], in denen die Mitgliedstaaten Rückkehrentscheidungen erlassen, die aufgrund praktischer oder rechtlicher Hindernisse nicht vollstreckbar sind"; Rückkehr-Handbuch 2017, 76. Folglich nimmt sie Situationen längerer aufenthaltsrechtlicher Irregularität sozusagen in Kauf, die – wie die mitgliedstaatliche Praxis zeigt – auch relativ häufig auftreten; siehe Kapitel 5.A.I.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu verbessern".[675] Aus systematischen Gründen spricht dafür auch Art 9 RückführungsRL. Die Bestimmung normiert zwar den „Aufschub der Abschiebung",[676] jedoch ergibt sich aus der Terminologie „Aufschub",[677] dass ihr eine zeitliche Komponente inne ist und die Abschiebung deshalb nicht dauerhaft „aufgeschoben" werden kann. Folglich deckt auch der äußerst mögliche Wortlaut von Art 9 Rückführungs-RL keine Fälle dauerhafter Nichtrückführbarkeit.

Diese Auslegung wird durch den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz („effet utile") gestützt. Nach diesem ist den unionsrechtlichen Bestimmungen „die größtmögliche Wirksamkeit zu verschaffen".[678] Der EuGH misst dem Grundsatz der Effektivität im Rückkehrverfahren großes Gewicht bei,[679] wobei die „wirksame Rückkehr- und Rückübernahmepolitik […] unter vollständiger Achtung der Grundrechte"[680] im Zentrum steht. In *Affum* hat der Gerichtshof etwa ausgeführt, dass das Auferlegen einer Freiheitsstrafe vor der Überstellung in einen anderen Mitgliedstaat „die Einleitung [des Rückkehrverfahrens] sowie die effektive Abschiebung des betroffenen Staatsangehörigen verzögern und somit die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie beinträchtigen"[681] würde. In der Rechtssache *Gnandi* hat sich der EuGH überdies mit der „praktischen Wirksamkeit" des Rückkehrverfahrens im Zusammenspiel mit abgelehnten Anträgen auf internationalen Schutz und in *MG* und *NR* in Bezug auf die Ausgestaltung der in der RückführungsRL normierten Verteidigungsrechte beschäftigt.[682] Weiters verpflichtet „Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2008/115 die Mitgliedstaaten, um die Effizienz von Rückkehrverfahren zu gewährleisten, alle Maßnahmen zu ergreifen, die zur Durchführung der Abschiebung des Betroffenen, d. h. laut Art. 3 Nr. 5 dieser Richtlinie zu seiner tatsächlichen Verbringung aus dem betreffenden Mitgliedstaat, erforderlich

675 Rückkehr-Handbuch 2017, 23. Siehe auch Fn 443.
676 Siehe Kapitel 3.B.I.
677 Die englische Fassung spricht etwa von „postponement" und die spanische Fassung von „aplazamiento".
678 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht: Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich[6] (2017) 15.
679 Siehe auch EuGH 14.9.2017, C-184/16, ECLI:EU:C:2017:684, *Petrea*, Rn 57, 62 und 65 und EuGH *X* und *Y*, Rn 34-36 und 43f.
680 EuGH *Mahdi*, Rn 38 mit Hinweis auf ErwGr 2 und 11.
681 EuGH 7.6.2016, C-47/15, ECLI:EU:C:2016:408, *Affum*, Rn 88. Siehe zur „praktischen Wirksamkeit" auch näher *Hörich*, Abschiebungen 283 mwN.
682 EuGH *Gnandi*, Rn 50 und EuGH 10.9.2013, C-383/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:533, *MG* und *NR*, Rn 36 und 41f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind".[683] All diesen Feststellungen des Gerichtshofs liegt die Prämisse einer „wirksamen Rückkehr- und Rückübernahmepolitik […] unter vollständiger Achtung der Grundrechte"[684] zugrunde. Dementsprechend ist das in Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL festgelegte Ermessen der Mitgliedstaaten auf null zu reduzieren, insofern das eingeräumte Ermessen die „praktische Wirksamkeit" der RückführungsRL beinträchtigen und somit einer effektiven Rückkehrpolitik entgegenstehen würde. Situationen längerer aufenthaltsrechtlicher Irregularität stehen im Widerspruch zu den dargelegten europarechtlichen Vorgaben und sind daher als nicht „wirksam" zu qualifizieren.[685]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL in den beiden Fällen, die in der Folge skizziert werden, eine Regularisierungspflicht begründet, da die Rückführung als alternative Verfahrensoption nicht durchsetzbar ist und anderweitig die Effektivität und praktische Wirksamkeit der Bestimmungen der RückführungsRL nicht gewährleistet werden kann.[686] Ein vertieftes Eingehen auf das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK und Art 7 GRC entfällt an dieser Stelle, da eine weitergehende Analyse über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde.[687] Aus demselben Grund muss die Untersuchung unterbleiben, ob sich aus Art 1 GRC und dem dort normierten Recht auf Achtung der Menschenwürde eine Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts ergibt.[688]

1. Non-Refoulement-Gebot im Sinne der EMRK und GRC

Die erste Fallkonstellation betrifft das menschenrechtliche Non-Refoulement-Gebot im Sinne der EMRK und GRC. Das in Art 19 Abs 2 GRC ident geregelte Gebot wird somit auch beleuchtet, wohingegen Art 33

683 EuGH *Zaizoune*, Rn 33.
684 EuGH *Mahdi*, Rn 38 mit Hinweis auf ErwGr 2 und 11.
685 Siehe zu Frage der Wirksamkeit auch Einleitung B., Kapitel 3.C.I. und Kapitel 6.A.
686 In eine ähnliche Richtung gehend im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 176.
687 Siehe zur EGMR-Rspr Fn 562 und 705.
688 Siehe zum Verhältnis von Art 1 GRC, RückführungsRL und der staatlichen Leistungspflicht zur Befriedigung der Grundbedürfnisse für Nichtrückführbare *Hinterberger/Klammer* in *Salomon.*

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

GFK nicht untersucht wird, wie bereits oben ausgeführt.[689] Würde eine Rückführung und folglich die Rückkehrentscheidung dieses Gebot verletzen, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, ein Aufenthaltsrecht zu erteilen. Würde bereits der Erlass einer Rückkehrentscheidung eine Verletzung des Non-Refoulement-Gebots darstellen, ist die Erteilung eines Aufenthaltsrechts verfahrensrechtlich die einzige Option nach der zutreffenden Meinung von *Hörich*.[690] Das in Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL normierte Ermessen wird auf null reduziert. Folglich ist im Hinblick auf eine grundrechtskonforme Auslegung die „Kann"-Klausel im Sinne einer „Muss"-Klausel zu interpretieren.[691] Diese grundrechtskonforme Interpretation der RückführungsRL ergibt sich nicht nur aus der EMRK, sondern auch aus Art 51 Abs 1 iVm Art 19 Abs 2 GRC.[692] Der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten zur Beendigung des irregulären Aufenthalts zwischen Rückkehrentscheidung und Regularisierung reduziert sich in casu zu einer Regularisierungspflicht. Dies ist unabhängig davon zu beurteilen, dass Art 9 Abs 1 lit a RückführungsRL in diesen Fällen grundsätzlich auch den Aufschub der Abschiebung ermöglicht, da dies in der Systematik der RL nur eine nachrangige Verfahrensoption zur Rückkehrentscheidung bzw deren Effektuierung ist. Die in der vorliegenden Arbeit vertretene Auslegung wird von der Rspr des EuGH gestützt, die den Grundrechtsschutz bei der Auslegung von RL in den Mittelpunkt stellt: „Letztlich ist festzustellen, dass, soweit [eine] Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum belässt, dieser weit genug ist, um ihnen die Anwendung der Vorschriften der Richtlinie in einer mit den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes im Einklang stehenden Weise zu ermöglichen".[693] Darüber hinaus ist das Ziel der RückführungsRL die Schaffung einer „wirksamen Rückkehr- und Rückübernahmepolitik […] unter vollständiger Achtung der Grundrechte",[694] wie bereits mehrfach ausgeführt wurde.

Die Analyse der im Rechtsvergleich untersuchten Mitgliedstaaten wird zeigen, dass die Rechtsordnungen dem Grunde nach bereits im Einklang mit der hier vertretenen Meinung sind.[695] Allerdings gibt es Sachverhalts-

689 Siehe bereits Kapitel 2.B.III.1.

690 So auch *Hörich*, Abschiebungen 125f und *Berger/Tanzer* in *Salomon* im Erscheinen.

691 In dem Sinne *Acosta Arcarazo*, CMLRev 2015, 1375ff.

692 EuGH *Gnandi*, Rn 51 und EuGH *X* und *Y*, Rn 27 und 31.

693 EuGH 27.6.2006, C-540/03, ECLI:EU:C:2006:429, *Parlament/Rat*, Rn 104; siehe auch EuGH 4.3.2010, C-578/08, ECLI:EU:C:2010:117, *Chakroun*, Rn 44 und 63.

694 EuGH *Mahdi*, Rn 38 mit Hinweis auf ErwGr 2 und 11.

695 Siehe Kapitel 5.A.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

konstellationen, in denen die Mitgliedstaaten immer noch eine Rückkehrentscheidung erlassen und diese sodann gem Art 9 Abs 1 lit a RückführungsRL aufschieben, obwohl sie nach der hier vertretenen Meinung eine Regularisierungspflicht trifft, da bereits der Erlass der Rückkehrentscheidung gegen das Non-Refoulement-Gebot verstößt.

2. Dauerhafte Nichtrückführbarkeit

Die zweite Fallkonstellation betrifft Fälle, in denen Migrant*innen aus faktischen Gründen dauerhaft nicht rückführbar sind.[696] Ein Beispiel für einen solchen faktischen Grund wäre die Unmöglichkeit der Abschiebung mangels eines Reisedokuments,[697] weshalb die Herkunftsstaaten die Rücknahme der Betroffenen verweigern. Einen Mitgliedstaat trifft die Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts, wenn eine Rückkehrentscheidung und folglich die Abschiebung dauerhaft nicht durchsetzbar ist, obwohl dieser alle erforderlichen Maßnahmen zu deren Durchführung setzt.[698] Meine Auslegung steht im Einklang mit dem Ziel der RückführungsRL, jegliche Formen von aufenthaltsrechtlicher Irregularität und Schwebezustände, sei es durch eine Rückkehrentscheidung und die (zwangsweise) Ausreise oder durch die Erteilung eines Aufenthaltsrechts, zu beseitigen.[699]

Fraglich ist jedoch, ab welchem Zeitpunkt irregulär aufhältige Migrant*innen als dauerhaft nicht rückführbar zu bewerten sind. Nach der Definition von *Lutz* ist eine Person dauerhaft „non-removable" im Sinne einer Prognoseentscheidung, wenn keine hinreichende Aussicht auf Abschiebung im Sinne des Art 15 Abs 4 RückführungsRL besteht und folglich der*die Betroffene unverzüglich freigelassen werden muss.[700] Ein Anhaltspunkt für die Feststellung der dauerhaften Nichtrückführbarkeit einer Person könnte daher die höchstzulässige Haftdauer von 18 Monaten sein. Grundsätzlich ist die Haftdauer auf sechs Monate beschränkt, jedoch kann diese unter Umständen für weitere zwölf Monate verlängert werden, wenn die Abschiebung trotz angemessener Bemühungen des Mitgliedstaats voraussichtlich länger dauern wird, bspw aus den eben dargelegten faktischen

696 Siehe bereits Kapitel 2.B.III.1.b.
697 Siehe ReisedokumentVO.
698 Siehe bereits Fn 683.
699 Siehe oben Kapitel 3.B.II.
700 *Lutz*, EJML 2018, 30f und 39f. Siehe auch EuGH *Mahdi*, Rn 89.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gründen.[701] *Lutz* nimmt den Zeitraum von 18 Monaten faktischen Aufenthalts auch als Ausgangpunkt für seinen Vorschlag einer Regularisierungsmaßnahme auf Unionsebene, der auf „non-removable returnees" abzielt, die mit den mitgliedstaatlichen Behörden kooperieren.[702] Folglich könnte man argumentieren, dass die Mitgliedstaaten eine Regularisierungspflicht nach der RückführungsRL trifft, wenn sie eine Person nicht innerhalb von 18 Monaten abschieben können.

Stichtag für das Beginnen dieser achtzehnmonatigen Frist könnte der Zeitpunkt sein, in dem die Rückkehrentscheidung rechtskräftig wird. Ein anderer denkbarer Zeitpunkt wäre etwa der Erlass der Rückkehrentscheidung, der zwar eindeutiger festzustellen ist, jedoch ist die Entscheidung ohnehin erst mit Rechtskraft von dem betreffenden Mitgliedstaat durchsetzbar. Letztlich wird der EuGH zu entscheiden haben, wann der Zeitpunkt der dauerhaften Nichtrückführbarkeit eintritt und daher die besagte Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts ausgelöst wird.

In Bezug auf die mitgliedstaatliche Praxis ist vorwegzunehmen, dass diese derzeit noch keineswegs im Einklang mit den dargelegten Ausführungen steht. An dieser Stelle ist nur kurz auf Deutschland einzugehen, wo die zuständigen Behörden die Möglichkeit haben, Personen Jahr für Jahr zu „dulden", was oftmals zu sogenannten „Kettenduldungen" führt.[703] Nach der EGMR-Rspr erfasst der Schutz von Art 8 EMRK in der Regel nur rechtmäßig aufhältige Migrant*innen („settled migrants"),[704] weshalb der Gerichtshof in Bezug auf einen ähnlich gelagerten Fall entschieden hat, dass die Praxis der Kettenduldungen grundsätzlich im Einklang mit Art 8 EMRK steht. Unter bestimmten Umständen erfasst der menschenrechtliche Schutz aber auch irregulär aufhältige Migrant*innen. Der EGMR hat in seinem Urteil *Jeunesse/Niederlanden* entschieden, dass ein faktischer, geduldeter („tolerated") und unrechtmäßiger Aufenthalt von mehr als 16 Jahren die positive staatliche Pflicht auslöst, ein Aufenthaltsrecht gem Art 8 EMRK zu erteilen.[705] Im Unterschied zur deutschen Rechtslage umschreibt der Begriff „tolerated" aber keinen formalen Duldungsstatus. Dieser ist wohl eher mit der Situation in Spanien zu vergleichen, wo ein

701 Art 15 Abs 5 und 6 RückführungsRL.

702 *Lutz*, EJML 2018, 48.

703 Siehe Kapitel 5.A.I.2.c.

704 EGMR *Butt/Norwegen*, Rn 78; kritisch *Da Lomba*, Vulnerability and the Right to Respect for Private Life as an Autonomous Source of Protection against Expulsion under Article 8 ECHR, Laws 2017/6/32, 3ff und insbesondere 10ff und *Dembour*, Migrants 442-481.

705 EGMR *Jeunesse/Niederlanden*, Rn 116. Siehe auch Fn 562.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

außergesetzlich geduldeter und irregulärer Aufenthalt existiert.[706] Hierbei wurden vom EGMR gleichzeitig noch weitere Faktoren berücksichtigt, wie etwa die Unbescholtenheit und dass den Familienangehörigen ein Aufenthaltsrecht in den Niederlanden zukommt. Einen weiteren außergewöhnlichen Fall eines „stateless migrant" behandelt der EGMR in *Hoti/Kroatien*.[707] Dort hatte der Antragsteller fast 40 Jahre in Kroatien teilweise rechtmäßig und teilweise vom kroatischen Staat geduldet gelebt und daher einen Rechtsanspruch auf Regularisierung.[708] Abschließend ist in Bezug auf die deutsche Rechtslage aber auch noch darauf hinzuweisen, dass gem § 25 Abs 5 S 2 AufenthG eine „Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar Ausreisepflichtige, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist", zu erteilen ist, wenn die Person seit 18 Monaten geduldet ist und die übrigen Voraussetzungen vorliegen.[709] Zwar besteht hierauf kein Rechtsanspruch, aber dennoch kann die Bestimmung als erster Ansatzpunkt für eine mögliche Umsetzung der dargelegten Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts in Fällen dauerhafter Nichtrückführbarkeit herangezogen werden.

III. Zwischenergebnis

Vereinfacht kann man also sagen, dass sich die Mitgliedstaaten zwingend für das Rückkehrverfahren oder die Regularisierung zu entscheiden haben. In jedem Verfahrensstadium bzw selbst nach Erlass der Rückkehrentscheidung steht es den Mitgliedstaaten frei, einen Aufenthaltstitel zu erteilen. Folglich hält die RückführungsRL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen, irregulär aufhältige Migrant*innen zu regularisieren. Aufgrund der EuGH-Rspr und unterschiedlichen Lehrmeinungen ist es umstritten, ob nach der RückführungsRL eine Regularisierungspflicht besteht. Ich argumentiere, dass die Mitgliedstaaten gem Art 6 Abs 4 RückführungsRL in zwei Fallkonstellationen verpflichtet sind irregulär aufhältigen Migrant*innen ein Aufenthaltsrecht zu gewähren. Einerseits handelt es sich hierbei

706 Siehe Kapitel 5.A.I.1.

707 Siehe weiters auch EGMR 26.6.2012, *Kurić/Slowenien*, 26828/06, Rn 339-362.

708 EGMR *Hoti/Kroatien*, Rn 118-124; vgl *Swider*, Hoti v. Croatia – a landmark decision by the European Court of Human Rights on residence rights of a stateless person, European Network on Statelessness Blog v 3.5.2018, https://www.statelessness.eu/blog/hoti-v-croatia-landmark-decision-european-court-human-rights-residence-rights-stateless-person (15.11.2018).

709 Siehe Kapitel 5.C.II.2.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

um Fälle, in denen eine Rückführung das Non-Refoulement-Gebot im Sinne der EMRK und GRC verletzen würde, andererseits um jene Fälle, in denen die betreffenden Migrant*innen dauerhaft nicht rückführbar sind. In den beiden Fällen reduziert sich das in Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL eingeräumte Ermessen der Mitgliedstaaten auf null, da die Rückführung als alternative Verfahrensoption nicht durchsetzbar ist.

C. *Unionsverfassungsrechtliche Aufträge in Art 79 Abs 1 AEUV*

Nachdem die Einwanderungspolitik betreffend irreguläre Immigration im Allgemeinen und die RückführungsRL im Detail beleuchtet wurden, widme ich mich im nächsten Punkt den unionsverfassungsrechtlichen Aufträgen. Art 79 Abs 1 AEUV legt Folgendes fest: „Die Union entwickelt eine gemeinsame Einwanderungspolitik, die in allen Phasen eine wirksame Steuerung der Migrationsströme, eine angemessene Behandlung von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, sowie die Verhütung und verstärkte Bekämpfung von illegaler Einwanderung und Menschenhandel gewährleisten soll". Dies wirft die Frage auf, welche Zielvorgaben, Möglichkeiten und Schranken den gewählten Begrifflichkeiten zugrunde liegen und wie diese zu bewerten sind. Sofern Art 79 Abs 1 AEUV terminologisch von „Einwanderung" spricht, umfasst dies sowohl reguläre und irreguläre Immigrationsvorgänge als auch die Einreise und den anschließenden Aufenthalt.[710]

Ich werde die drei maßgeblichen unionsverfassungsrechtlichen Aufträge analysieren, wobei das Hauptaugenmerk auf die „Verhütung und verstärkte Bekämpfung" irregulärer Einwanderung gelegt wird (I.). Anschließend beschäftige ich mich mit der Entwicklung einer gemeinsamen Einwanderungspolitik in allen Phasen (II.) und der angemessenen Behandlung von Drittstaatsangehörigen (III.)

I. Verhütung und verstärkte Bekämpfung irregulärer Einwanderung

Der Vertrag von Maastricht enthielt erstmals eine Bestimmung, die „die Bekämpfung der illegalen Einwanderung, des illegalen Aufenthalts und der illegalen Arbeit" als „gemeinsames Interesse" der damaligen EG festge-

710 Vgl *Thym* in *Hofmann/Löhr* 195f mwN und *Bast*, Illegaler Aufenthalt und europarechtliche Gesetzgebung, ZAR 2012, 1 (1).

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

legt hat.[711] Anschließend war weder im Vertrag von Amsterdam noch im Vertrag von Nizza ein ähnlich lautender Artikel zu finden.[712] Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon 2009 wurde die primärrechtliche Zielsetzung der EU neu definiert und festgelegt.[713] Diese Bestimmung war inhaltsgleich bereits im Verfassungsvertrag der EU vorgesehen, der aber nie in Kraft getreten ist.[714] Der dort ausgearbeitete Wortlaut wurde sodann fast 1:1 in den Vertrag von Lissabon überführt.

Aktuell formuliert die Zielvorgabe der „Verhütung und verstärkten Bekämpfung" irregulärer Einwanderung und des Menschenhandels den Kurs der EU-Einwanderungspolitik,[715] wobei der Aspekt des Menschenhandels in der Folge von der Analyse ausgenommen wird. Deshalb werde ich auf den Kompetenztatbestand in Art 79 Abs 2 lit d AEUV, der Maßnahmen betreffend Menschenhandel ermöglicht, ebenfalls nicht eingehen. Die inhaltliche Vorgabe des ersten Tatbestandselements und des Begriffs „Verhütung" ist äußerst klar. Irreguläre Migration soll präventiv verhindert werden. Dies ist als ein klassischer Ansatz der Gefahrenabwehr-Perspektive zu bewerten.[716] Bestimmte Personenkategorien, vor allem wirtschaftlich nicht hochqualifizierte Migrant*innen,[717] sollen an der Einreise in die EU gehindert werden.[718] Die Union soll diese Zielvorgabe vor allem durch vorbeugende Maßnahmen erreichen.[719]

Das zweite Tatbestandselement betrifft den sprichwörtlichen „Kampf" gegen irreguläre Einwanderung. Die Terminologie „Bekämpfung" bzw „bekämpfen" kommt insgesamt über 20-mal in den Verträgen der EU vor; bspw im Zusammenhang mit Materien wie Kriminalität, Terrorismus, Betrug, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, Einwanderung, Klimawandel

---

711 Art K1 Z 3 lit c EGV.

712 Siehe Art 63 und 64 EGV idF ABl 1997 C 340/1 sowie idF ABl 2001 C 80/1.

713 Bis dahin in Art 63 Z 3 und 4 EGV festgelegt; vgl *Peers*, EU Justice 448ff.

714 Siehe Art III-267 Vertrag über eine Verfassung für Europa, CIG 87/2/04 REV 2. So auch *Weiß* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV Kommentar[3] (2018) Art 79 AEUV Rn 6. Für eine Gegenüberstellung siehe *Hellmann*, Der Vertrag von Lissabon (2009) 239f.

715 *Rossi* in *Calliess/Ruffert* Art 79 AEUV Rn 6 und 9 bezeichnet die Bestimmung als „kompetenzleitend". *Weiß* in *Streinz* Art 79 AEUV Rn 2 spricht von „recht klar definierten Zielen".

716 Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 75ff.

717 Vgl *Tewocht*, Drittstaatsangehörige 286ff, insbesondere 449.

718 So auch *Thym* in *Kluth/Heusch* (Hrsg), BeckOK Ausländerrecht (18. Edition, Stand 1.11.2016) Art 79 AEUV Rn 15 im Hinblick auf den Kompetenztatbestand Art 79 Abs 2 lit c AEUV.

719 Siehe nur etwa KOM(2001) 672 endg, 10.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

oder Armut.[720] Zur textlichen Interpretation lohnt sich ein Blick in den Duden, wonach „Bekämpfen" für Folgendes steht: „gegen jemanden kämpfen [und ihn zu vernichten suchen]; etwas einzudämmen, zu verhindern oder zu überwinden suchen, indem man [energische] Maßnahmen dagegen ergreift".[721] Zur Reduzierung der Anzahl irregulär aufhältiger Personen, ist der „Kampf" gegen die irreguläre Immigration zu einem Paradigma der EU-Einwanderungspolitik geworden. Ein Grund dafür ist, dass die Mitgliedstaaten die Kontrolle über die Zusammensetzung der faktisch aufhältigen Bevölkerung haben wollen.[722] *Ter Steeg* hat in seiner Analyse 2006 konstatiert, dass die politische Ausrichtung der Einwanderungspolitik im Bereich der „illegalen" Einwanderung klar auf die Abwehr irregulär aufhältiger Migrant*innen bezogen ist,[723] da irreguläre Migration ausschließlich als negative Erscheinungsform der Migration aufgefasst wird.[724] *Cholewinski* spricht sogar von einem Krieg gegen irreguläre Migration.[725] *Engbersen* beschreibt die restriktive Politik gegenüber irregulär aufhältigen Migrant*innen zutreffend mit dem Begriff des „Panopticon Europe".[726] Entsprechend der Gefahrenabwehr-Perspektive werden bestimmte Kategorien von Migrant*innen, speziell jene ohne Einreise- bzw Aufenthaltsrechte, als Ordnungsproblem aufgefasst.[727] Der verwaltungsrechtliche Steuerungsanspruch bezieht sich hierbei vor allem auf die Abwehr und Überwachung gefährlicher Personen.[728] *Costello* geht sogar so weit zu behaupten, dass die „Bekämpfung" irregulärer Einwanderung innerhalb der EU ein institutionelles Eigenleben entwickelt hat: „This EU policy discourse on illegal immigration sets up an institutional practice around ‚illegal' migration

720 EUV: Art 3 Abs 2, 43 AEUV: Art 9, 67 Abs 3, 75, 79 Abs 1, 79 Abs 2 lit d, 86 Abs 1 und 4, 88 Abs 1, 151, 153 Abs 1 lit j, 168 Abs 1 und 5, 191 Abs 1, 208 Abs 1, 325 Abs 2 und 4.

721 www.duden.de (5.11.2018).

722 *Hampshire*, Immigration.

723 *Ter Steeg*, Einwanderungskonzept 423 mwN; vgl auch *Cholewinski*, European Policy on Irregular Migration: Human Rights Lost? in *Bogusz/Cholewinski/Cygan/Szyszczak* (Hrsg), Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives (2004) 159 (159f).

724 Siehe auch *Niessen*, International Migration on the EU Foreign Policy Agenda, EJML 1999, 483 (489, 493).

725 Vgl *Cholewinski* in *Baldaccini/Guild/Toner* 305.

726 *Engbersen* in *Guiraudon/Joppke* 223. Vgl zum Begriff des Panoptismus *Foucault*, Überwachen und Strafen: Die Geburt des Gefängnisses (1977) 251ff.

727 Anstatt vieler *Bast*, Aufenthaltsrecht 75ff.

728 Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 79ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

that is detached from the subtleties of the law".[729] *Boswell* vertritt die Meinung, dass irreguläre Einwanderung ein notwendiges, strukturelles Element restriktiver Einwanderungspolitiken und liberaler Wohlfahrtsstaaten ist.[730] Trotz dieser politischen Entwicklungen, ist dem unionsverfassungsrechtlichen Auftrag und den Kompetenztatbeständen keine inhaltliche Vorgabe des Begriffs „Bekämpfung" zu entnehmen. Zweckmäßig wäre eine Interpretation dahingehend, dass dieser erfüllt wird, wenn die Anzahl irregulär aufhältiger Migrant*innen in welcher Weise auch immer reduziert wird.[731] In dem Sinne kann man die englische („combat"), spanische („lucha"), portugiesische („combate"), französische („lutte"), slowenische („boj"), italienische („contrasto"), polnische („zwlaczenie") und dänische („bekæmpelse") Fassung auslegen.

Dies ergibt sich auch, wenn man sich die Verknüpfung der genannten Aufträge mit den Kompetenzmaterien gem Art 79 Abs 2 AEUV ansieht. Dieser Absatz stellt die „zentrale Kompetenzvorschrift"[732] für alle einwanderungsrechtlichen Belange dar.[733] Maßnahmen nach den Kompetenztatbeständen des Art 79 Abs 2 AEUV können nur im Hinblick auf die Erfüllung der Aufträge des Abs 1 leg cit erlassen werden.[734] Konkret heißt das, dass jeder Rechtsakt der EU im Bereich des Einwanderungswesens einen der genannten unionsverfassungsrechtlichen Aufträge erfüllen muss. Der Auftrag muss also mit der in Frage stehenden Maßnahme zumindest abstrakt erreicht werden können. Dies wird von *Rossi* treffend als „funktionale Begrenzung" bezeichnet.[735] Gegenüber der Frage, wie die Umsetzung der Zweckbindung erfolgt, ist der AEUV aber neutral, solange diese erreicht werden kann.

Folglich muss jeder Rechtsakt der EU einen bestimmten Zweck erfüllen. Der Umstand, dass eine Maßnahme aufgrund primärrechtlicher Vorgaben ein bestimmtes Ziel zumindest erreichen können muss, ist ein Anhaltspunkt dafür, dass das Primärrecht selbst die Wirksamkeit von Rechtsakten in gewissem Umfang verlangt. Diese Formulierung liefert daher eine

---

729 *Costello*, Human Rights 66 verweist in dem Zusammenhang auf *Samers*, An Emerging Geopolitics of „Illegal" Immigration in the European Union, EJML 2004, 25.

730 *Boswell* in *Azoulai/De Vries* 42ff.

731 Siehe COM(2015) 453 final, 2 oder COM(2017) 200 final.

732 *Bast* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 76.

733 Siehe ausführlich unten Kapitel 3.D.

734 EuGH 18.12.2014, C-81/13, ECLI:EU:C:2014:2449, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Rn 41f; EuGH 26.12.2013, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Rn 63.

735 *Rossi* in *Calliess/Ruffert* Art 79 AEUV Rn 9.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Definition dessen, was man unter Wirksamkeit eines Rechtsakts bzw einer Norm verstehen kann. Dies ist von besonderer Bedeutung für die These, die ich in der vorliegenden Arbeit entwickle: Durch unionsrechtlich normierte Regularisierungen, die die derzeitige Rückführungspolitik der EU ergänzen, wird die irreguläre Einwanderung auf Unionsebene wirksamer „bekämpft". Weiters sind diese Ausführungen für die Untersuchung der zweiten (und dritten) Forschungsfrage von Bedeutung.[736]

Auf die Frage, ob die EU basierend auf dem unionsverfassungsrechtlichen Auftrag der „Bekämpfung" einen Regularisierungs-Rechtsakt erlassen kann oder ob ein solcher notwendigerweise die Verhütung irregulärer Einwanderung bzw die Abschiebung irregulär aufhältiger Migrant*innen zum Inhalt haben muss,[737] ist nach den bisherigen Ausführungen festzuhalten: Der Erlass eines Regularisierungs-Rechtsaktes muss im Einklang mit dem unionsverfassungsrechtlichen Auftrag der „Bekämpfung" irregulärer Einwanderung stehen. Diese Auslegung wird auch vom Europäischen Rat vertreten, der Regularisierungen als Instrument im „Kampf gegen illegale Einwanderung" versteht. Dementsprechend lässt er im Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl aus dem Jahr 2008 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen, einzelfallabhängige Regularisierungen durchzuführen.[738] Die Mitgliedstaaten sollen aber auf sogenannte Regularisierungs-Programme verzichten.[739] Die Ermessensentscheidung, irregulär aufhältigen Migrant*innen anstatt des Erlasses einer Rückkehrentscheidung einen Aufenthaltstitel zu erteilen, wurde anschließend in der Rückführungs-RL kodifiziert.[740]

Realpolitisch scheint eine unionsrechtlich normierte Regularisierungsmaßnahme aber „in weiter Ferne", da die Haltung der Institutionen der EU keineswegs als regularisierungsfreundlich zu bezeichnen ist. *Costello* spricht diesbezüglich von einem „anti-regularization ethos" der EU.[741] Darüber hinaus hat *Lutz* erst jüngst darauf hingewiesen, dass ein harmonisiertes Vorgehen auf Unionsebene derzeit nicht einmal betreffend nicht rückführbarer Migrant*innen im gemeinsamen Interesse der Mitgliedstaaten

736 Siehe Einleitung B.
737 In dem Sinne *Thym* in *Kluth/Heusch* Art 79 AEUV Rn 2.
738 *Europäischer Rat*, Europäischer Pakt zu Einwanderung und Asyl v 24.9.2008, 13440/08, 7.
739 Zum Begriff siehe Kapitel 2.B.I. und Kapitel 4.C.I.
740 In dem Sinne *Costello*, Human Rights 99 und siehe bereits ausführlich Kapitel 3.B.I.
741 *Costello*, Human Rights 98ff. In eine ähnliche Richtung gehend *Desmond* in *Wiesbrock/Acosta Arcarazo* 72-74.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

liegt, da diese der Ansicht sind, dass der geltende Rechtsbestand ausreichen würde.[742]

II. Entwicklung einer gemeinsamen Einwanderungspolitik in allen Phasen zur wirksamen Steuerung der Migrationsströme

Der AEUV normiert weiters, dass die inhaltlichen Vorgaben in Art 79 Abs 1 AEUV im Zuge der Entwicklung einer gemeinsamen Einwanderungspolitik in allen Phasen und zur wirksamen Steuerung der Migrationsströme zu gewährleisten sind. Nach *Muzak* bedeutet die Terminologie „in allen Phasen", dass sich die Einwanderungspolitik „schrittweise und sukzessive" weiterzuentwickeln hat.[743] *Muzak* bezieht sich hierbei auf die fortschreitende Harmonisierung dieses Politikbereichs.

Thym ist der Meinung, dass die „vertragliche Verpflichtung zur Migrationssteuerung ‚in allen Phasen' eine zeitlich abgestufte Aufenthaltsverfestigung"[744] voraussetzt. Dies bedeutet, dass das EU-Migrationsrecht als „Prozess rechtlichen Statuswandels"[745] zu verstehen ist und am Ende jedes Migrationsvorgangs somit entweder ein „langfristiger Aufenthalt" im Sinne des Art 79 Abs 2 lit a AEUV oder eine „Abschiebung und Rückführung" im Sinne des Art 79 Abs 2 lit c AEUV steht.[746] Entwickelt man die Ansicht von *Thym* fort, wird die unionale Gesetzgebung dazu ermahnt, alle aufenthaltsrechtlichen Stufen und Situationen von Drittstaatsangehörigen in ihre Politik miteinzubeziehen. Letzteres ist auch bei näherer Analyse des Bedeutungsgehalts des Terminus „Einwanderungspolitik" zu vertreten. Umfasst dieser doch sowohl reguläre und irreguläre Migrationsvorgänge als auch die Einreise und den anschließenden Aufenthalt.[747] Dafür spricht auch der ehemalige Art 63 Z 3 EGV, nunmehr Art 79 Abs 2 lit a AEUV, der den Erlass „einwanderungspolitischer Maßnahmen" und damit die Be-

742 *Lutz*, EJML 2018, 49f.

743 *Muzak* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), Kommentar zu EUV und AEUV (Stand 1.12.2012, rdb.at) Art 79 AEUV Rn 2. In eine ähnliche Richtung gehend *Kortländer* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg), EU-Kommentar[4] (2019) Art 79 AEUV Rn 4.

744 *Thym* in *Kluth/Heusch* Art 79 AEUV Rn 1. So auch *Kortländer* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* Art 79 AEUV Rn 5.

745 *Thym* in *Kluth/Heusch* Art 79 AEUV Rn 2 mit Hinweis auf *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (2010) 18-24.

746 Siehe zu den Kompetenzbestimmungen Kapitel 3.D.I.-II.

747 *Bast*, ZAR 2012, 1; vgl auch *Thym* in *Hofmann/Löhr* 195f mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gründung von Aufenthaltsrechten für Drittstaatsangehörige ermöglicht hat.[748]

Eine Kombination der beiden Auslegungsvarianten stellt die überzeugendste Herangehensweise für die Deutung der untersuchten unionsrechtlichen Vorgabe dar. Demnach impliziert der Begriff „Phase" nach *Muzak* einerseits eine zeitliche Komponente, die im Hinblick auf die stetige Weiterentwicklung der Politik gesehen werden muss und eine Vollharmonisierung in den Schranken des Art 79 Abs 4 und 5 AEUV ermöglicht.[749] Andererseits hat die EU-Einwanderungspolitik nach *Thym* auf persönlicher und sachlicher Ebene alle Drittstaatsangehörigen zu erfassen, egal ob sie regulär oder irregulär aufhältig sind.

III. Angemessene Behandlung Drittstaatsangehöriger

Art 79 Abs 1 AEUV legt fest, dass rechtmäßig aufhältige Drittstaatsangehörige angemessen behandelt werden müssen. Die Kompetenz in Art 79 Abs 2 lit b AEUV korrespondiert mit diesem Auftrag.[750] Darüber hinaus normiert Art 67 Abs 2 AEUV, dass die gemeinsame Politik in den Bereichen Asyl, Einwanderung und Kontrollen an den Außengrenzen gegenüber allen Drittstaatsangehörigen angemessen sein muss. Dadurch, dass die Bestimmung den persönlichen Anwendungsbereich nicht auf rechtmäßig aufhältige Drittstaatsangehörige einschränkt, hat die Einwanderungspolitik der EU folglich gegenüber allen Drittstaatsangehörigen – auch jenen ohne Aufenthaltsrecht – angemessen zu sein.[751]

Der unscharfe Begriff der angemessenen Behandlung lässt kaum Rückschlüsse auf seinen Bedeutungsgehalt zu. *Bast* sieht darin etwa ein „Gerechtigkeitspostulat […], das zur politischen Suche nach einem Ausgleich der berührten Interessen auffordert, ohne das Ergebnis inhaltlich zu determinieren".[752] *Rossi* geht in seiner Auslegung am weitesten: „Auffallend ist insoweit aber die Unbestimmtheit einer angemessenen Behandlung [in Art 79 Abs 1 AEUV], die sicherlich mehr meint als die Gewährung derjenigen Rechte, die durch die Grundrechte der Mitgliedstaaten und diejenigen

748 Siehe sogleich Kapitel 3.D.I.
749 Siehe zu Art 79 Abs 4 und 5 AEUV Kapitel 3.D.II.1.-2.
750 Anstatt vieler *Bast*, Aufenthaltsrecht 143; siehe hierzu eingehend unten Kapitel 3.D.II.
751 Vgl *Peers*, EU Justice 449; im Ergebnis auch *Kortländer* in *Schwarze/Becker/Hatje/Scho* Art 79 AEUV Rn 5.
752 *Bast*, Aufenthaltsrecht 143. Siehe auch *Thym*, CMLRev 2013, 722 Fn 66 mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der EMRK und der GRCh gewährleistet sind".[753] Grundsätzlich bildet die GRC den Grundrechtsmaßstab für irregulär aufhältige Migrant*innen,[754] deshalb ist fraglich, inwiefern sich darüber hinausgehende Rechte aus dem von *Rossi* selbst als „unbestimmt" bezeichneten Art 79 Abs 1 AEUV ableiten lassen können. Wiederum eine andere Meinung vertritt *Peyrl*, der den Begriff als ein Quasi-Sachlichkeitsgebot deutet und darunter den Zugang zum Arbeitsmarkt subsumiert.[755] Nach *Peyrl* wäre es primärrechtswidrig, Drittstaatsangehörigen ohne sachliche Rechtfertigung den Zugang zum Arbeitsmarkt zu verwehren, da dies gerade keine angemessene Behandlung darstellen würde.

Aus all diesen Auslegungsvarianten lässt sich jedenfalls die Zielvorgabe ableiten,[756] dass sich die unionale Gesetzgebung mit allen Drittstaatsangehörigen, also auch mit irregulär aufhältigen, eingehend auseinanderzusetzen hat. In Anlehnung an den Auftrag der Entwicklung einer gemeinsamen Einwanderungspolitik in allen Phasen ist ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Mitgliedstaaten bzw der EU und der jeweils betroffenen Personengruppen zu finden. Die EU ignoriert die aufenthaltsrechtliche Situation von einzelnen Kategorien von Migrant*innen, wie am Beispiel der nicht rückführbaren Personen deutlich wurde.[757] Dies steht nach den bisherigen Ausführungen nicht im Einklang mit den beiden genannten unionsverfassungsrechtlichen Aufträgen. Ob sich eine weitergehende Auslegung, wie sie von *Rossi* oder *Peyrl* vorgeschlagen wird, aus Art 79 Abs 1 AEUV ableiten lässt, ist an dieser Stelle nicht abschließend zu klären, da dies einer vertieften Auseinandersetzung bedarf. Ein subjektiv öffentliches Recht lässt sich hierdurch aber wohl nicht begründen, vielmehr sprechen gute Gründe für den Vorschlag eines Quasi-Sachlichkeitsgebots.[758]

---

753 *Rossi* in *Calliess/Ruffert* Art 79 AEUV Rn 6.
754 Siehe *Hörich*, Abschiebungen 30-33.
755 *Peyrl*, Zuwanderung und Zugang zum Arbeitsmarkt von Drittstaatsangehörigen in Österreich (2018) 22.
756 Ähnlich *Peyrl*, Arbeitsmarkt 22.
757 Siehe Kapitel 3.B.II.2.
758 *Peyrl*, Arbeitsmarkt 22.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

D. Primärrechtliche Kompetenzbestimmungen gem Art 79 Abs 2 AEUV

Nach der Analyse der sich aus dem AEUV ableitbaren Aufträge, wird nunmehr beleuchtet, ob, und bejahendenfalls,[759] welche Kompetenzen die Union im Bereich der aufenthaltsrechtlichen Irregularität und Regularisierungen besitzt.[760] Die Zweckbindung an die formulierten unionsverfassungsrechtlichen Aufträge wurde bereits erörtert.[761] Die einschlägige Kompetenz der EU findet sich in Art 79 Abs 2 AEUV. Im Bereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts teilen sich die EU und die Mitgliedstaaten die Kompetenzen (geteilte Kompetenz).[762] Dies bedeutet, dass die Mitgliedstaaten ihre Kompetenzen „ausüben dürfen, solange und soweit die Union nicht rechtsetzend tätig geworden ist".[763] Erlässt die Union abschließende Regelungen, können die Mitgliedstaaten von „parallelen Regelungen" ausgeschlossen werden.[764] Hierbei sind jedoch die kompetenzrechtlichen Schranken gem Art 79 Abs 4 und 5 AEUV sowie das Verhältnismäßigkeits- und das Subsidiaritätsprinzip zu beachten.[765]

Die Kompetenzmaterien entsprechen im Wesentlichen Art 63 Z 3 und 4 EGV, die mit dem Vertrag von Maastricht eingeführt wurden. In Art III-267 Vertrag über eine Verfassung für Europa[766] wurden sie neu formuliert und inhaltlich angereichert.[767] Letzterer ist zwar nie in Kraft getreten, trotzdem wurde die nahezu wortgleiche Bestimmung in Form des Art 79 Abs 2 AEUV im Vertrag von Lissabon übernommen. Sie ermöglichen der Union „die ganze Bandbreite des Themas Einwanderung"[768] abzudecken. Weder den Kompetenztatbeständen noch den unionsverfas-

759 *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 79 AEUV Rn 29 spricht hier einprägsam vom „Ob" der Titelverleihung bzw vom „Wie" des Statusumfangs.

760 Vgl die Fragestellung bereits bei *Bast*, ZAR 2012, 1. Siehe weiters auch *Bast* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi*.

761 Siehe oben Kapitel 3.C.I.

762 Art 4 Abs 2 lit j AEUV.

763 *Bast*, Aufenthaltsrecht 144.

764 Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht 16f.

765 Siehe insbesondere Kapitel 3.D.II.1.-2. und Kapitel 3.D.IV.

766 CIG 87/2/04 REV 2.

767 Vgl *Kortländer* in *Schwarze/Becker/Hatje/Scho* Art 79 AEUV Rn 1.

768 So der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Freiheit, Sicherheit und Recht des Europäischen Konvents zu den ehemaligen Kompetenztatbeständen Art 63 Z 3 und 4 EGV; *Europäischer Konvent*, CONV 426/02, 2.12.2002, 5. In dem Sinne auch *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 79 AEUV Rn 23 und *Kortländer* in *Schwarze/Becker/Hatje/Scho* Art 79 AEUV Rn 1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sungsrechtlichen Aufträgen sind „inhaltliche Vorgaben für die Wahrnehmung“[769] zu entnehmen.

Abschließend bleibt anzumerken, dass die Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage entscheidend für das rechtmäßige Zustandekommen eines Unionsrechtsakts ist, bei ansonsten drohender Nichtigkeitsklage gem Art 263 AEUV. Nach der Rspr des EuGH ergibt sich diese aus dem Schwerpunkt des Regelungsgehalts einer Maßnahme.[770] Abhängig von der Ausgestaltung des jeweiligen Unionsrechtsaktes kommt die kumulative Heranziehung einer oder mehrerer Kompetenzmaterien in Betracht.[771] Die Kompetenztatbestände in Art 79 Abs 2 AEUV ziehen keine unterschiedlichen Rechtsfolgen nach sich,[772] wodurch die Unionsgesetzgebung bloß die einschlägigen auszuwählen hat, um die Nichtigkeit einer Maßnahme zu vermeiden.

Zunächst werden die möglichen Kompetenztatbestände analysiert (I.-III.) und anschließend das Einhalten des Verhältnismäßigkeits- und des Subsidiaritätsprinzips dargelegt (IV.).

I. Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen

Art 79 Abs 2 lit a AEUV legt fest, dass die Union Maßnahmen betreffend „Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen sowie Normen für die Erteilung von Visa und Aufenthaltstiteln für einen langfristigen Aufenthalt“ erlassen kann. Die Kompetenzvorschrift umfasst „den Kernbereich des Migrationsrechts“,[773] wobei die Vollziehung der Kompetenz dezentral durch die mitgliedstaatlichen Behörden zu erfolgen hat.[774]

---

769 *Bast*, Aufenthaltsrecht 145.

770 Siehe zur Eruierung der „richtigen“ Rechtsgrundlage EuGH 6.11.2008, C-155/07, ECLI:EU:C:2008:605, *Parlament/Rat*, Rn 35; EuGH 19.7.2012, C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472, *Parlament/Rat*, Rn 43; EuGH 6.5.2014, C-43/12, ECLI:EU:C:2014:298, *Kommission/Parlament* und *Rat*, Rn 30; in dem Sinne bereits EuGH 17.3.1993, C-155/91, ECLI:EU:C:1993:98, *Kommission/Rat*, Rn 19 und 21. So auch EuGH Schlussanträge 17.7.2014, C-81/13, ECLI:EU:C:2014:2114, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Rn 49.

771 So auch *Rossi* in *Calliess/Ruffert* Art 79 AEUV Rn 10 und *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 79 AEUV Rn 29.

772 Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 147.

773 *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 79 AEUV Rn 23.

774 Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 146; ähnlich wohl *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 79 AEUV Rn 34.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art 79 Abs 2 lit a AEUV unterscheidet nicht, „ob sich die Adressaten der Regelung innerhalb oder außerhalb der Union aufhalten, noch danach, ob sie derzeit ein Aufenthaltsrecht besitzen oder nicht".[775] Folglich ist die EU auf dieser Grundlage ermächtigt, Regularisierungen festzulegen.[776] Eine Maßnahme der EU könnte den rechtmäßigen Aufenthalt von irregulär aufhältigen Migrant*innen begründen. Einerseits wäre es möglich, spezielle Erteilungsvoraussetzungen zu normieren, andererseits auch den Verlust bzw die Entziehung des Aufenthaltsrechts materiell wie auch formell zu regeln.[777]

Für die hier analysierte Personengruppe, dh bereits im Hoheitsgebiet der Union aufhältige Drittstaatsangehörige, ist die primärrechtliche Form des Aufenthaltstitels einschlägig.[778] Eine Definition des Begriffs „Aufenthaltstitel" findet sich auf sekundärrechtlicher Ebene in Art 1 Abs 2 lit a AufenthaltstitelVO.[779] Visa kommen hierfür nicht in Frage. Die Geltungsdauer der Aufenthaltstitel ergibt sich aus einer systematischen Interpretation der primärrechtlichen Begriffe „kurz-"[780] und „langfristiger Aufenthalt".[781] Art 79 Abs 2 lit a AEUV regelt den langfristigen Aufenthalt, wohingegen Art 77 Abs 2 lit a AEUV eine Kompetenz für kurzfristige Aufenthalte festlegt. Unter letztere fallen etwa Visa nach der VisumsVO. Primär-

775 *Bast* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 88; vgl den Wortlaut von Art 79 Abs 2 lit a AEUV.

776 Ausdrücklich zustimmend *Bast*, Aufenthaltsrecht 147; *Thym* in *Kluth/Heusch* Art 79 AEUV Rn 10; *Schieber*, Komplementärer Schutz 311f. Undifferenziert gegenüber der Fragestellung, aber dem Grunde nach bejahend *Rossi* in *Calliess/Ruffert* Art 79 AEUV Rn 11; *Kotzur* in *Geiger/Khan/Kotzur* (Hrsg), EUV/AEUV Kommentar[6] (2017) Art 79 AEUV Rn 6; *Weiß* in *Streinz* Art 79 AEUV Rn 12f; *Hoppe* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU-Verträge Kommentar[6] (2012) Art 79 AEUV Rn 3f; *Muzak* in *Mayer/Stöger* Art 79 AEUV Rn 6; *Progin-Theuerkauf* in *Van der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht: Band 2[7] (2015) Art 79 AEUV Rn 15; *Peers*, EU Justice 326ff. AA *Menezes Queiroz*, Illegally Staying 170. Die Autorin argumentiert, dass die EU über keine Kompetenzen verfügt, Regularisierungen auf Unionsebene zu regeln. Hierbei ist jedoch unklar wie *Menezes Queiroz* zu diesem Schluss kommt, da eine Begründung fehlt.

777 Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 145 und *Thym* in *Kluth/Heusch* Art 79 AEUV Rn 9f. Zur Veranschaulichung verfahrensrechtlicher Bestimmungen können etwa die in der RückführungsRL festgelegten dienen; vgl *Hörich*, Abschiebungen 71ff und oben bereits Kapitel 3.B.

778 Siehe den Wortlaut des Art 79 Abs 2 lit a AEUV; vgl auch *Muzak* in *Mayer/Stöger* Art 79 AEUV Rn 6; wohl aA *Bast*, Aufenthaltsrecht 146.

779 Siehe auch Art 2 Abs 2 lit c RahmenRL.

780 Art 77 Abs 2 lit a AEUV; vertiefend *Muzak* in *Mayer/Stöger* Art 77 Rn 21ff und *Peyrl*, Arbeitsmarkt 19-21.

781 Vgl *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 79 AEUV Rn 24.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtlich war bis zum Vertrag von Lissabon eine Unterscheidung in Form der 3-Monats-Grenze wortwörtlich festgeschrieben,[782] wurde aber mit Inkrafttreten von diesem gestrichen. Der Großteil der Lehre nimmt weiterhin einen solchen „Richtwert" an,[783] weshalb langfristige Aufenthalte im Sinne des Art 79 AEUV daher Aufenthalte von mehr als drei Monaten, kurzfristige Aufenthalte solche bis zu drei Monate sind.

II. Status- und Freizügigkeitsrechte von rechtmäßig aufhältigen Drittstaatsangehörigen

Art 79 Abs 2 lit b AEUV normiert, dass die Union die „Festlegung der Rechte von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, einschließlich der Bedingungen, unter denen sie sich in den anderen Mitgliedstaaten frei bewegen und aufhalten dürfen", regeln kann. Die Kompetenzmaterie umfasst somit die Ermächtigung, Status- und Freizügigkeitsrechte von rechtmäßig aufhältigen Drittstaatsangehörigen festzulegen.[784] Dieser Tatbestand ist an den unionsverfassungsrechtlichen Auftrag der angemessenen Behandlung Drittstaatsangehöriger gebunden.[785]

Obwohl die Kompetenzmaterie auf den ersten Blick nicht einschlägig für einen Regularisierungs-Rechtsakt aussieht, ist sie dies bei näherer Betrachtung sehr wohl. Innerhalb eines Regularisierungs-Rechtsrahmens ist ein zentraler Punkt, welche Statusrechte mit dem gewährten Aufenthaltsrecht einhergehen. Einerseits kann Drittstaatsangehörigen, denen ein solches Aufenthaltsrechts im Rahmen eines Regularisierungs-Rechtsrahmens erteilt wird, der Zugang zur Erwerbstätigkeit oder zu Sozialleistungen er-

782 Siehe Art 62 Z 2 lit b EGV.

783 *Muzak* in *Mayer/Stöger* Art 77 AEUV Rn 14, 21 und Art 79 AEUV Rn 1; *Hoppe* in *Lenz/Borchardt* Art 77 AEUV Rn 9 nimmt eine starre Grenze von drei Monaten an; ebenso *Weiß* in *Streinz* Art 79 AEUV Rn 12, der die drei-Monatsgrenze als „tradiert" ansieht; so auch *Kortländer* in *Schwarze/Becker/Hatje/Scho* Art 79 AEUV Rn 10 und *Rossi* in *Calliess/Ruffert* Art 79 AEUV Rn 11. Vorsichtiger *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 79 AEUV Rn 24, der von „wenigen Monaten" spricht. *Bast*, Aufenthaltsrecht 146 sieht ebenfalls keine starre Grenze mehr gegeben und räumt der Unionsgesetzgebung „eine flexible Abgrenzungsmöglichkeit" ein.

784 Vgl *Muzak* in *Mayer/Stöger* Art 79 AEUV Rn 13ff.

785 Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 143 und siehe Kapitel 3.C.III.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

öffnet werden.[786] Andererseits wird der Unionsgesetzgebung die Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt, dass dieses Aufenthaltsrecht – neben dem ausstellenden Mitgliedstaat – auch eine aufenthaltsrechtliche Wirkung im gesamten Hoheitsgebiet der EU und somit in allen Mitgliedstaaten entfaltet.[787] Folglich könnte Aufenthaltsrechten, die im Rahmen eines Regularisierungs-Rechtsrahmens gewährt werden, eine freizügigkeitsähnliche Wirkung[788] im gesamten Hoheitsgebiet der EU verliehen und gleichzeitig gewisse Statusrechte eingeräumt werden.

1. Integration

Art 79 Abs 4 AEUV sieht eine „Unterstützungs- und Koordinierungskompetenz"[789] zur Integrationsförderung für rechtmäßig aufhältige Drittstaatsangehörige vor: „Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten Maßnahmen festlegen, mit denen die Bemühungen der Mitgliedstaaten um die Integration der sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufhaltenden Drittstaatsangehörigen gefördert und unterstützt werden". Maßnahmen auf dieser Rechtsgrundlage dürfen den Bereich der Integration nicht umfassend regeln. Nach *Kotzur* soll eine gewisse Vielfalt an mitgliedstaatlichen Maßnahmen im Integrationsbereich durch Art 79 Abs 4 AEUV sichergestellt werden, wobei vom Autor die staatliche Souveränität ins Treffen geführt wird.[790] Teilbereiche können jedoch auf unionsrechtlicher Ebene harmonisiert werden, insoweit dies nicht die gesamte Integration betrifft, wie *Thym* ausführt.[791]

---

786 Vgl *Weiß* in *Streinz* Art 79 AEUV Rn 15; *Muzak* in *Mayer/Stöger* Art 79 AEUV Rn 13; *Kortländer* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* Art 79 AEUV Rn 18; ausführlich *Bast*, Aufenthaltsrecht 147-152.

787 Siehe *Bast*, Aufenthaltsrecht 146; *Muzak* in *Mayer/Stöger* Art 79 AEUV Rn 14f; *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 79 AEUV Rn 31. Siehe hierzu bereits ausführlich bereits Kapitel 3.D.I.

788 Wie etwa das bereits erläuterte Freizügigkeitsrecht von Unionsbürger*innen; siehe Kapitel 1.B.I.

789 Art 2 Abs 5 AEUV; vgl *Thym* in *Kluth/Heusch* Art 79 AEUV Rn 22 und in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* Art 79 AEUV Rn 24.

790 Vgl *Kotzur* in *Geiger/Khan/Kotzur* Art 79 AEUV Rn 11.

791 *Thym* in *Kluth/Heusch* Art 79 AEUV Rn 24.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kortländer interpretiert den Begriff Integration als „zielgerichtete für Einwanderer vorgesehene Sozialleistungen, Sprach- und sonstige Förderprogramme".[792] Nach seiner Ansicht würde eine Harmonisierung dieser Bereiche Art 79 Abs 4 AEUV widersprechen. Zunächst geht diese Begriffsdeutung über den äußerst möglichen Wortsinn hinaus, denn es ist nicht geklärt, was den Kerngehalt von Integration ausmacht.[793] Das gewichtigere Argument ist jedoch, dass eine Harmonisierung einzelner Integrationsaspekte sehr wohl nach den jeweiligen Kompetenzmaterien möglich sein muss, weil ansonsten die dort festgelegten Kompetenzen zu sehr beschränkt werden würden. Eine Beschneidung der Kompetenzvorschriften durch einen derart unscharfen Begriff kann der Unionsgesetzgebung nicht unterstellt werden.

Umgemünzt auf die vorliegende Arbeit ergibt sich deshalb, dass die Unionsgesetzgebung Aufenthaltsrechte mit statusrechtlichen Sozialleistungen (oder Freizügigkeitsrechten) ausstatten könnte, die so gegebenenfalls Teilaspekte des Bereichs Integration betreffen und regeln würden, ohne von der Kompetenzbeschränkung gem Art 79 Abs 4 AEUV betroffen zu sein.

2. Arbeitsmarktzugang

Art 79 Abs 5 AEUV normiert einen Kompetenzvorbehalt, wonach das Recht der Mitgliedstaaten nicht berührt wird, festzulegen, „wie viele Drittstaatsangehörige aus Drittländern in ihr Hoheitsgebiet einreisen dürfen, um dort als Arbeitnehmer oder Selbstständige Arbeit zu suchen". Die Mitgliedstaaten können demnach quantitative Beschränkungen wie etwa Quotenregelungen zum Arbeitsmarkt einführen.[794] Unter der Terminologie „Arbeit zu suchen" ist eine „erstmalige Arbeitsaufnahme" zu verstehen, da trotz des missglückten Wortlauts „Aufenthaltstitel für Erwerbstätige, nicht Erwerbssuchende"[795] kontingentiert werden sollten. Daher zielt Art 79 Abs 5 AEUV auf Erwerbsmigration ab.

Für die vorliegende Arbeit ist besonders die Formulierung „aus Drittländern in ihr Hoheitsgebiet einreisen dürfen" relevant. Aus dem Wortlaut

---

792 *Kortländer* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* Art 79 AEUV Rn 19.

793 Siehe nur *Hailbronner/Arévalo* in *Hailbronner/Thym* (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law. A Commentary[2] (2016) Art 4 Family Reunification Directive Rn 20.

794 Vgl *Peyrl*, Arbeitsmarkt 16-18 und *Rossi* in *Calliess/Ruffert* Art 79 AEUV Rn 34.

795 *Bast*, Aufenthaltsrecht 151 mit Hinweis auf *Ter Steeg*, Einwanderungskonzept 458f.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geht hervor, dass nur jene Drittstaatsangehörigen vom mitgliedstaatlichen Kompetenzvorbehalt erfasst sein können, die von außerhalb der EU (erstmals) in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats und somit der Union einreisen.[796] Eine Anwendung auf Drittstaatsangehörige, die von einem Mitgliedstaat in den nächsten reisen, scheidet aufgrund der Formulierung „aus Drittländern [...] einreisen" aus.

Die von dieser Arbeit umfasste Zielgruppe ist faktisch bereits in einem Mitgliedstaat irregulär aufhältig.[797] Sollte eine Regularisierung auf Unionsebene keinen Arbeitsmarktzugang einräumen, kommt ein Einwenden von Art 79 Abs 5 AEUV überhaupt nicht in Frage. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, „um dort als Arbeitnehmer oder Selbständige Arbeit zu suchen".

Sollte die EU Regularisierungen einführen, die Drittstaatsangehörigen neben einem Aufenthaltsrecht einen Arbeitsmarktzugang gewähren, ist unklar ob die Mitgliedstaaten Art 79 Abs 5 AEUV einwenden könnten.

Einerseits könnte man argumentieren, dass die Mitgliedstaaten auch den Arbeitsmarktzugang jener Personen regeln dürfen, die bereits irregulär eingereist sind. Etwaige nationale Quoten, die auf rechtmäßig einreisende Drittstaatsangehörige anzuwenden sind, könnten nämlich durch die irreguläre Einreise umgangen werden. Gem Art 79 Abs 5 AEUV könnten die Mitgliedstaaten dementsprechend Quoten auf jene irregulär einreisenden Drittstaatsangehörigen anwenden, die seither noch über keinen rechtmäßigen Aufenthalt und Arbeitsmarktzugang verfügt haben.

Andererseits ist die Meinung vertretbar, dass die finale Formulierung „aus Drittländern [...] einreisen dürfen, um Arbeit zu suchen" nur jene Personen erfasst, die tatsächlich zur Arbeitsaufnahme aus einem Drittland außerhalb der EU einreisen[798] und keinesfalls jene, die bereits aufhältig sind.[799] Demnach spielt es keine Rolle, ob die Drittstaatsangehörigen regulär oder irregulär eingereist sind, weil der AEUV hierauf keinen Bezug nimmt.

---

796 So auch *Europäischer Konvent*, CONV 426/02, 2.12.2002, 5; weiters *Peyrl*, Arbeitsmarkt 17f; *Muzak* in *Mayer/Stöger* Art 79 AEUV Rn 29; *Kortländer* in *Schwarze/Becker/Hatje/Scho* Art 79 AEUV Rn 6; *Peers*, Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon, EJML 2008, 219 (244).

797 Siehe Kapitel 2.A.II.1.

798 Siehe hierzu *Peyrl*, Arbeitsmarkt 17f.

799 So auch *Peers*, EJML 2008, 244. *Bast*, Aufenthaltsrecht 150 spricht von „ansässigen" Drittstaatsangehörigen, wobei nicht ganz klar ist, ob er dadurch einen rechtmäßigen Aufenthalt voraussetzt.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In vorliegender Arbeit wird eine eigenständige Interpretation vorgeschlagen. Gewährt die Union in einem Regularisierungs-Rechtsakt gemeinsam mit dem Aufenthaltsrecht auch den Zugang zum Arbeitsmarkt, würde Art 79 Abs 5 AEUV nicht schlagend und könnte deshalb von den Mitgliedstaaten nicht eingewandt werden. Dies ergibt sich daraus, dass Art 79 Abs 5 AEUV zum Hauptzweck die mitgliedsstaatliche Kontingentierung von Erwerbsmigration im Sinne einer erstmaligen Arbeitsaufnahme hat.[800] Eine mögliche RegularisierungsRL würde nicht primär auf Erwerbsmigration, sondern auf die Bekämpfung des irregulären Aufenthalts abzielen.[801] Eine vergleichbare RL auf sekundärrechtlicher Ebene ist die StudierendenRL. Diese zielt ebenfalls nicht auf Erwerbsmigration, sondern auf Ausbildung ab.[802] Das Aufenthaltsrecht[803] für Studierende umfasst auch einen Arbeitsmarktzugang[804], wobei ausdrücklich die Einführung von nationalen Quoten ausgeschlossen ist.[805] Die StudierendenRL ist deshalb mit der RegularisierungsRL vergleichbar, da beide nicht primär der Erwerbsmigration dienen.

Aus alledem folgt, dass die Mitgliedstaaten keine nationalen Quoten auf die im Rahmen einer RegularisierungsRL regularisierten Drittstaatsangehörigen einführen und deren (erstmaligen) Zugang zum Arbeitsmarkt beschränken können. Der Kompetenzvorbehalt greift gem Art 79 Abs 5 AEUV nicht, da die RegularisierungsRL nicht auf Erwerbsmigration abzielt. Die quantitative Beschränkung des Arbeitsmarktzugangs aufgrund einer nationalen Quote wäre daher primärrechtswidrig.

---

800 Siehe Fn 795.

801 Siehe Kapitel 6 zu den weiteren Zielen.

802 ErwGr 37 und 39 StudierendenRL.

803 Siehe Art 11 und 17f StudierendenRL.

804 Art 24 StudierendenRL. Gem Art 24 Abs 3 StudierendenRL ist eine zeitliche „Obergrenze" von 15 Stunden Erwerbstätigkeit pro Woche festgelegt. Folglich könnte man einwenden, dass Studierende nicht als Arbeitnehmer*innen im Sinne des Art 45 Abs 1 AEUV zu qualifizieren sind. Hiergegen spricht aber die Rspr des EuGH, wonach selbst Personen die weniger als zehn Stunden pro Woche arbeiten Arbeitnehmer*innen im Sinne des AEUV sind; EuGH 4.2.2010, C-14/09, ECLI:EU:C:2010:57, *Hava Genc/Land Berlin*, Rn 25f.

805 ErwGr 39 und Art 6 StudierendenRL.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Illegale Einwanderung und illegaler Aufenthalt

Art 79 Abs 2 lit c AEUV legt fest, dass die Union „illegale Einwanderung und illegale[n] Aufenthalt, einschließlich Abschiebung und Rückführung solcher Personen, die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten" regeln kann. Der Kompetenztatbestand ermächtigt zum Erlass präventiver Maßnahmen und solcher zur „Effektivierung von Ausreiseverpflichtungen".[806] Auf ihrer Grundlage wurde etwa die RückführungsRL erlassen.[807]

Die Kompetenz ist dem unionsverfassungsrechtlichen Auftrag der „Verhütung und verstärkten Bekämpfung" irregulärer Einwanderung untergeordnet.[808] Der Begriffsgehalt des Terminus „illegaler Aufenthalt" ergibt sich komplementär zu „sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten".[809] Diese primärrechtliche Unterscheidung hat ihre sekundärrechtliche Manifestierung in der RückführungsRL erfahren. Art 79 Abs 2 lit c AEUV ermöglicht demnach den Erlass von aufenthaltsrechtlichen Regelungen für „illegal aufhältige Drittstaatsangehörige".[810] Auf Grundlage dieser Kompetenzvorschrift darf daher kein rechtmäßiger Aufenthalt begründet werden, weshalb sie für den Erlass von Regularisierungen nicht in Frage kommt.[811]

Die Unionsgesetzgebung könnte aber sehr wohl eine Art einheitlichen unionsrechtlich normierten Duldungsstatus schaffen,[812] bspw insoweit durch mehrere aneinandergereihte Duldungen eine bestimmte Mindestzeit erreicht ist.[813] Auf sekundärrechtliche Ebene könnte der bereits erläuterte Aufschub der Abschiebung gem Art 9 RückführungsRL einen Anknüpfungspunkt bieten.[814] Folglich könnte auf mitgliedstaatlicher Ebene das Rechtsinstitut der Duldung als Vorlage dienen, das in unterschiedli-

806 *Bast*, Aufenthaltsrecht 147; siehe auch *Thym* in *Kluth/Heusch* Art 79 AEUV Rn 15.

807 Genau genommen hat sich die damalige EG auf die Vorgängerbestimmung, in concreto Art 63 Z 3 lit b EGV, gestützt.

808 Vgl *Bast* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 77-79.

809 Art 79 Abs 2 lit b und c AEUV; vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 147.

810 Art 3 Z 2 RückführungsRL.

811 Vgl *Thym* in *Kluth/Heusch* Art 79 AEUV Rn 15 und *Bast*, Aufenthaltsrecht 146f.

812 *Schieber*, Komplementärer Schutz 312 spricht im Sinne der deutschen Diktion von der unionsrechtlich normierten „Aussetzung der Abschiebung".

813 Vgl *Bast*, Es gibt kein solidarisches Asylsystem in Europa, Verfassungsblog v 21. 10. 2013, http://verfassungsblog.de/es-gibt-kein-solidarisches-asylsystem-in-europa/ (5.12.2018) sowie *Bast/Thym*, Streitgespräch zum rechtlichen Zustand des europäischen und deutschen Asylsystems, vorgänge 208 Heft 4/2014, 4 (8f).

814 Siehe Kapitel 3.B.I.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cher Ausprägung sowohl in Deutschland als auch in Österreich besteht und nach dem jeweiligen Recht keinen rechtmäßigen Aufenthalt darstellt.[815] Die Einräumung von Statusrechten an Geduldete aufgrund unionsrechtlicher Bestimmungen, und somit an irregulär aufhältige Personen, wäre nach dieser Kompetenzvorschrift ausgeschlossen.[816] Das Gewähren von Freizügigkeitsrechten innerhalb der EU scheidet ohnehin bereits deshalb aus, weil den betreffenden Personen ja nicht einmal ein Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat zukommt.

IV. Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsprinzip

Beim Erlass von Maßnahmen nach Art 79 Abs 2 AEUV muss genau wie bei allen anderen unionalen Rechtsakten das Verhältnismäßigkeits- und das Subsidiaritätsprinzip erfüllt werden.[817] Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip sollen Rechtsakte der EU „nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus[gehen]".[818] Nach dem Subsidiaritätsprinzip darf die EU in einem Bereich, der nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fällt, nur tätig werden, wenn das Ziel der geplanten Maßnahme nicht von den Mitgliedstaaten ausreichend verwirklicht werden kann, „sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen"[819] ist. Beide Prinzipien werden von der Europäischen Kommission hinsichtlich jedes Vorschlags für einen Rechtsakt geprüft.[820]

Nunmehr ist zu untersuchen, ob ein Regularisierungs-Rechtsakt das Subsidiaritätsprinzip verletzen könnte, da sich im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip keine Probleme ergeben. Der EuGH kontrolliert nach dem Erlass eines Rechtsaktes, „ob der Unionsgesetzgeber aufgrund detaillierter Angaben davon ausgehen durfte, dass das mit der in Betracht gezogenen Maßnahme verfolgte Ziel auf Unionsebene besser verwirklicht

815 Siehe Fn 628 und Kapitel 5.A.I.2.b. und Kapitel 5.A.I.3.b.
816 Vgl *Bast* in *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* 78.
817 Art 5 Abs 3 und 4 EUV sowie Art 69 AEUV; vgl *Thym* in *Kluth/Heusch* Art 69 AEUV Rn 1 und *Thym* in *Kluth/Heusch* Art 79 AEUV Rn 9 in Bezug auf die hier behandelte Kompetenzgrundlage.
818 Art 5 Abs 4 EUV.
819 Art 5 Abs 3 EUV.
820 Vgl Protokoll (Nr 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl 2008 C 115/206.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden konnte".[821] Für die Verletzung des Subsidiaritätsprinzips könnte sprechen, dass ein Tätigwerden der EU überhaupt nicht erforderlich ist, da bereits auf nationalrechtlicher Ebene ausreichend Regularisierungsmaßnahmen geschaffen wurden, wie in Teil 2 gezeigt wird.[822] Gegen dieses Argument sind jedoch mehrere Punkte einzuwenden.

Erstens offenbart das Vollzugsdefizit von Rückführungen, dass der unionsverfassungsrechtliche Auftrag der „Bekämpfung" irregulärer Einwanderung nicht in ausreichendem Maße durch die Mitgliedstaaten allein erreicht werden kann.

Zweitens sind Regularisierungen zwar in unterschiedlichster Form in jedem Mitgliedstaat normiert,[823] jedoch geht mit jeder Regularisierung die Erteilung eines Aufenthaltsrechts einher. Dadurch begründen Regularisierungen den rechtmäßigen Aufenthalt von bis dahin irregulär aufhältigen Migrant*innen im ausstellenden Mitgliedstaat.[824]

Drittens berechtigt jeder derart von einem Mitgliedstaat ausgestellte Aufenthaltstitel visumspflichtige[825] Drittstaatsangehörige zum Reisen innerhalb des Schengenraums.[826]

Aus den bisherigen Ausführungen folgt, dass die bisher nationalstaatlich normierten Regularisierungen bereits rechtliche und faktische Auswirkungen auf die anderen Mitgliedstaaten haben. Um das genaue Ausmaß der Folgen und Konsequenzen der derart normierten Regularisierungen feststellen zu können, ist eine tiefergehende empirische Forschung notwendig,[827] die im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht erfolgen kann.

Ein weiteres Argument, das für die Verletzung des Subsidiaritätsprinzips sprechen könnte und grundsätzlich gegen jede Art von Regularisierungen eingewandt wird, ist, dass sie einen sogenannten „Pull-Faktor" für zukünf-

821 EuGH 4.5.2016, C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325, *Philip Morris*, Rn 218.

822 Manche Regularisierungen sind sogar auf regionaler bzw lokaler Ebene geregelt; siehe Fn 215 und Kapitel 5.D.II.1.

823 Siehe Kapitel 5.

824 Siehe nur Art 1 Abs 2 lit a Verordnung AufenthaltstitelVO oder Art 2 Abs 2 lit c RahmenRL. Berechtigt ein Aufenthaltstitel eines Mitgliedstaats nicht zum Aufenthalt in den anderen Schengen-Staaten, ist nach Art 6 Abs 2 RückführungsRL vorzugehen; vgl Fn 617.

825 Siehe Anhang I VisumsVO.

826 Gem Art 21 SDÜ bzw Art 6 Abs 1 lit b SGK und insofern die übrigen Voraussetzungen gem Art 6 Abs 1 SGK erfüllt werden.

827 In dem Sinne *Triandafyllidou/Vogel* in *Triandafyllidou* 298f und für eine dahingehend überzeugende Arbeit siehe *Kraler*, Journal of Immigrant and Refugee Studies 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tige irreguläre Einwanderung darstellen.[828] Wie der Rechtsvergleich in Teil 2 noch zeigen wird, bestehen in den Mitgliedstaaten bereits ausdifferenzierte Regularisierungssysteme. Deshalb ist zunächst nicht ersichtlich, weshalb die Einführung eines Regularisierungs-Rechtsrahmens auf Unionsebene zu quantitativ „mehr" irregulärer Einwanderung führen sollte. Jedenfalls ist unklar, ob eine RegularisierungsRL der EU einen „Pull-Effekt" darstellen würde oder nicht,[829] weil zu diesem Thema kaum zuverlässige Forschung existiert.

Selbst wenn sich Staaten oder Politiker*innen auf den „Pull-Effekt" stützen, haben sie bisher keinen Nachweis für diesen erbringen können.[830] Deshalb zeigen manche Autoren zu Recht auf, dass die Situation wesentlich komplizierter ist und viele andere Faktoren miteinbezogen werden müssen, die politisch nur schwer kontrollierbar sind.[831]

Hierbei ist auf eine empirische Studie aus dem Jahr 2014 hinzuweisen, die Eurostat-Festnahmedaten von irregulär eingereisten Migrant*innen verwendet hat. Obwohl *Wehinger* in dieser zum Schluss kommt, dass Regularisierungs-Programme eine begrenzte Auswirkung auf zukünftige irreguläre Einwanderung haben, fügt er im gleichen Atemzug hinzu, dass die von ihm ausgewerteten Forschungsergebnisse, unter anderem aufgrund

828 *Schieber*, Komplementärer Schutz 321f thematisiert dies unter dem Titel „Vermeidung irregulärer Migrationsbewegungen".

829 *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung von Ausländern mit fehlendem Aufenthaltsrecht: Deutschland und Spanien im Rechtsvergleich (2012) 149-252 hat etwa dargelegt, dass nicht einmal Sozialleistungen, die im Baskenland höher sind als im Rest von Spanien, zu einem „Pull-Faktor" betreffend diejenigen irregulär aufhältigen Migrant*innen, die in einem anderen Teil Spaniens leben, geführt haben.

830 Vgl *Parlamentarische Versammlung des Europarats*, Regularisation programmes for irregular migrants, Report 11350 v 6.7.2007, A.7, A.13, A.16, B.4, B.28, B.29 und B.92; KOM(2004) 412 endg, 20; *Baldwin-Edwards/Kraler*, Final Report v Jänner 2009, 43, 57, 83, 131; *Bausager/Møller/Ardittis*, Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated, Studie v 11.3.2013, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/irregular-migration-return/return-readmission/docs/11032013_sudy_report_on_immigration_return-removal_en.pdf (19.12.2018) 82f.

831 *Baldwin-Edwards/Kraler*, Final Report v Jänner 2009, 131 und 109; siehe auch *Helbling/Leblang*, Controlling immigration? How regulations affect migration flows, European Journal of Political Research 2018, 1.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Ungenauigkeit der Daten, kritisch zu hinterfragen sind.[832] *Wehinger* stellt weiters fest: „However, the alternative, a large illegal population residing in the country, can be more costly than an amnesty: social costs from increased criminality, missing out on tax revenues, signalling the impotence of the state […] and worse job matching because of reduced mobility of the illegal workforce".[833] Diese negativen Auswirkungen der unionalen Rückführungspolitik und das aufgezeigte Rückführungsdefizit von Rückführungen irregulär aufhältiger Migrant*innen könnten durch eine EU-RegularisierungsRL gemildert bzw verringert werden.[834]

Jedenfalls ist, wie bereits ausgeführt, weitere empirische Forschung notwendig, um die tatsächlichen Ausmaße und Wirkungen eines Regularisierungs-Rechtsrahmens der EU seriös eruieren zu können.[835] Rechtspolitische Entscheidungen können so basierend auf einer korrekt einschätzbaren Faktenlage getroffen werden („evidence-based policymaking").[836] Wie viele Migrant*innen jährlich anhand der in Kapitel 6 vorgeschlagenen RegularisierungsRL ein Aufenthaltsrecht erlangen können, hängt stark von den festgelegten Erteilungsvoraussetzungen ab oder davon wie viele Migrant*innen sich tatsächlich irregulär in der EU aufhalten.[837]

---

832 „Besides the quality of the data, one should be concerned by the possibility of influential omitted variables. It was not possible in the framework of this study to take into consideration exogenous shocks such as a deterioration of general circumstances in the sending countries. Besides that, clear data on enforcement measures are not available, and so enforcement could be controlled for only in a rough manner. Finally, apprehensions of illegal immigrants are not equal to illegal immigration"; *Wehinger*, International Journal of Migration and Border Studies 2014, 240f.

833 *Wehinger*, International Journal of Migration and Border Studies 2014, 241. Siehe auch *Rosenberger/Ataç/Schütze*, Nicht-Abschiebbarkeit: Soziale Rechte im Deportation Gap, Österreichische Gesellschaft für Europapolitik Policy Brief v 12.6.2018.

834 Siehe Einleitung A.

835 In dem Sinne Rückkehr-Handbuch 2017, 78. Zutreffend *Mitsilegas*, Measuring Irregular Migration: Implications for Law, Policy and Human Rights in *Bogusz/Cholewinski/Cygan/Szyszczak* (Hrsg), Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives (2004) 29 (30f, 38f); *Kovacheva/Vogel*, WP 4/2009, 2; *Triandafyllidou/Vogel* in *Triandafyllidou* 292.

836 Vgl *Triandafyllidou/Vogel* in *Triandafyllidou* 298f. Nicht verkannt wird weiters, dass derartige Studien sehr kostenintensiv sind; vgl *Vogel/Jandl*, Introduction to the Methodological Problem in *Kraler/Vogel* (Hrsg), Report on Methodological Issues, Clandestino Project v November 2008, 5 (5).

837 Vgl *Triandafyllidou/Vogel* in *Triandafyllidou* 298 mwN und siehe bereits Einleitung A.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abschließend kann daher festgehalten werden, dass ein Regularisierungs-Rechtsrahmen auf unionsrechtlicher Ebene im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip steht. Derart kann der Zersplitterung von Regularisierungen auf nationaler Ebene, die in Kapitel 5 aufgezeigt wird, entgegengewirkt und ein möglichst harmonisiertes Vorgehen der Mitgliedstaaten sichergestellt werden.[838] Durch unionsrechtliche Regelungen könnte irreguläre Einwanderung wirksamer „bekämpft" und die Anzahl von Migrant*innen ohne Aufenthaltsrecht reduziert werden. Die Einführung von bindenden Regelungen würde zwar den weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten in diesem Bereich einschränken, jedoch könnten die EU und die Mitgliedstaaten im Gegenzug die Glaubwürdigkeit in eine tatsächlich funktionierende EU-Rückführungspolitik wiedererlangen.

E. Resümee

In diesem Kapitel habe ich mich mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Regularisierungspolitik vom Primärecht gedeckt wäre. Zunächst wurde die Einwanderungspolitik der EU in Bezug auf irreguläre Migration im Allgemeinen umrissen. Unter dem Begriff der Einwanderungspolitik verstehe ich jene Politik der EU, deren Wurzel sich im Primärrecht, in concreto in Art 79 AEUV, wiederfindet. Davon ist sowohl die Einreise als auch der Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen umfasst. Insgesamt setzt die EU die bisher verfolgte (restriktive) Politik, die in der Einleitung der vorliegenden Arbeit bereits skizziert wurde,[839] beständig fort. Laut den Ausführungen der Kommission versucht sie seit der Migrationsagenda 2015 eine ausgewogenere Einwanderungspolitik zu erreichen, die fair, solide und realistisch sein soll. Hierbei ist jedoch kritisch zu hinterfragen, ob diese Ziele durch die eingesetzten rechtlichen Instrumentarien auch tatsächlich erreicht werden bzw überhaupt erreicht werden können.

Anschließend wurde die RückführungsRL beleuchtet. Vereinfacht kann man sagen, dass sich die Mitgliedstaaten aufgrund dieser zwingend für das Rückkehrverfahren oder die Regularisierung zu entscheiden haben. In jedem Verfahrensstadium bzw selbst nach Erlass der Rückkehrentscheidung steht es den Mitgliedstaaten frei, einen Aufenthaltstitel zu erteilen. Folglich hält die RückführungsRL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen, irregulär aufhältige Migrant*innen zu regularisieren. Aufgrund der EuGH-

838 In dem Sinne auch *Schieber*, Komplementärer Schutz 333f.
839 Siehe Einleitung A.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rspr und unterschiedlichen Lehrmeinungen ist es umstritten, ob nach der RückführungsRL eine Regularisierungspflicht besteht. Ich argumentiere, dass die Mitgliedstaaten gem Art 6 Abs 4 RückführungsRL in zwei Fallkonstellationen verpflichtet sind irregulär aufhältigen Migrant*innen ein Aufenthaltsrecht zu gewähren. Einerseits handelt es sich hierbei um Fälle, in denen eine Rückführung das Non-Refoulement-Gebot im Sinne der EMRK und GRC verletzen würde, andererseits um jene Fälle, in denen die betreffenden Migrant*innen dauerhaft nicht rückführbar sind. In den beiden Fällen reduziert sich das in Art 6 Abs 4 S 1 RückführungsRL eingeräumte Ermessen der Mitgliedstaaten auf null, da die Rückführung als alternative Verfahrensoption nicht durchsetzbar ist.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cher Ebene würde auch im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip stehen. Somit ist zu bejahen, dass eine Regularisierungspolitik der EU vom Primärrecht gedeckt wäre.

https://doi.org/10.5771/9783748902720-71, am 12.10.2024, 08:03:37
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb