

Mehr Pragmatik, weniger Willkür



Im Frühjahr erregte die Abschiebung mehrerer Familien nach jahrelangem Aufenthalt in Österreich mediales Aufsehen. Besondere Empörung verursachten Bilder von Kindern, die trotz heftiger Proteste, bei Nacht und Nebel außer Landes gebracht wurden. Im Zuge dieser Vorfälle gab es verschiedene Vorschläge, wie solche „Fälle“ in Zukunft menschlich und juristisch befriedigend gelöst werden könnten. Die *asylkoordination* forderte: „Wir brauchen ein neues Bleiberecht.“ Wie könnte ein solches aussehen? Mit Kevin Fredy Hinterberger sprach Herbert Langthaler.

aa: Sie haben in Ihrer Dissertation die Regularisierungspolitiken in Deutschland, Österreich und Spanien verglichen. Kann man bei den aktuellen Regelungen überhaupt von einer Regularisierungsmöglichkeit in Österreich sprechen?

KFH: Das hängt zuerst einmal von der Definition ab, was man überhaupt als Regularisierung verstehen kann. Ich habe Regularisierung als jede administrative oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung definiert, die irregulär aufhältigen Migrant*innen bei Antrag gemäß der Mindesterteilungsvoraussetzungen ein Aufenthaltsrecht gewährt.

Was mir bei der Definition von Regularisierung wichtig ist, dass ich Regularisierung nicht aus dem Asylverfahren heraus denke. In Österreich und Deutschland gibt es eine sehr starke Verquickung des Asylrechts mit Regularisierungen und Bleiberechtstatbeständen. Mir war aber wichtig, dass ich Tatbestände nur als Regularisierung definiere, wenn es auch eine Antragsmöglichkeit gibt, die irregulär aufhältigen Migrant*innen zur Verfügung steht und nicht, wie es in Österreich oft ist, Asylverfahren durchlaufen werden und die Migrant*innen am Ende mit einem Bleiberecht dastehen.

Unter diese Definition fällt der Bleiberechtstatbestand, also der § 55 AsylG jedenfalls, weil es ein Antragsverfahren gibt und teilweise wird das natürlich auch im Asylrechtsverfahren geprüft. Ich würde auf jeden Fall sagen, dass § 55 AsylG der wichtigste Regularisierungstitel in Österreich ist.

aa: Weiß man*, wie viele von den „Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ aufgrund von Antragsverfahren erteilt wurden und wie viele aus dem Asylverfahren kommen?

KFH: Nein. In der Asylstatistik wird immer nur von humanitären Aufenthaltstiteln gesprochen. Dort ist aber nicht aufgeschlüsselt, welche Tatbestände darun-

„Es gibt wenige Menschen, die lange irregulär aufhältig in Österreich bleiben und nie einen Asylantrag stellen.“

terfallen. Grundsätzlich sind die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ in Österreich in den §§ 54ff AsylG geregelt. Darunter fallen das schon angesprochene Bleiberecht (§ 55 AsylG „Aufenthaltstitel aus Gründen des Art.8 EMRK“), der „Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen“ (§ 56 AsylG) und die „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ (§ 57 AsylG). Man kann wohl davon ausgehen, dass die meisten dem § 55 AsylG zuzuordnen sind. §§ 56-57 spielen wohl nur eine untergeordnete Rolle.

aa: Weiß man*, wie viele Migrant*innen, die langjährig illegalisiert sind, also jene, die nicht aus dem Asylverfahren kommen, solche Anträge stellen?

KFH: Aus der eigenen Beratungspraxis, die zwar schon mehrere Jahre zurückliegt, würde ich vorsichtig sagen, dass es wenige Menschen gibt, die lange irregulär aufhältig in Österreich bleiben und nie einen Asylantrag stellen. Das ist sicher die absolute Ausnahme, aber ich kenne keine Studien dazu. Ich würde aber sagen, dass die meisten Betroffenen zumindest ein Asylverfahren durchlaufen und ein

schutzwürdiges Privat- und/oder Familienleben oder gewisse Bindungen vorweisen, die eine Ausweisung oder Rückkehrentscheidung unzulässig machen.

aa: Was ist das Problem an der derzeitigen österreichischen Konstruktion?

„Aus Sicht der Betroffenen ist problematisch, dass die Voraussetzungen oftmals sehr schwierig zu erfüllen sind.“

KFH: Das muss man historisch betrachten. Aus der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes wurden im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK, also dem „Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens“, gewisse Kriterien entwickelt. Diese sind mittlerweile auch im § 9 BFA-Verfahrensgesetz vorgegeben. Das BFA bzw. das BVwG wäge nun die Interessen der Betroffenen an einem geschützten Privat- und Familienleben gegen die Interessen Österreichs an der Aufenthaltsbeendigung ab. Aus Sicht der Betroffenen ist problematisch, dass die Voraussetzungen oftmals sehr schwierig zu erfüllen sind. In der Praxis zeigt sich, dass es Menschen gibt, die die Kriterien nicht erfüllen können und man deshalb, andenkend könnte, § 55 AsylG abzuändern, um Personen, die diese relativ hohe Schwelle zum Bleiberecht nicht überschreiten, die Erlangung eines anderen Aufenthaltstitels zu ermöglichen.

Regularisierung im Ländervergleich

aa: Könnten wir aus den Regelungen in Spanien etwas lernen?

KFH: Auch in Spanien hat es eine Rechtsprechung zu Ausweisungsentscheidungen gegeben, die auf Grund von Art. 8 EMRK unzulässig sind. Dort hat sich allerdings ein Aufenthaltstitel herauskristallisiert, der sich „soziale Verwurzelung“ nennt. Der Aufenthaltstitel baut auf harten Kriterien auf – nicht wie das österreichische Recht, das auf einem flexiblen System aufbaut – in dem es eine Abwägungsentscheidung gibt. Erstens muss man* drei Jahre in Spanien gewesen sein, irregulär oder regulär aufhältig. Zweitens muss ein unterzeichneter Arbeitsvertrag vorgelegt werden. Dieser Ansatz ist ganz anders und funktioniert in der Praxis, zumindest laut spanischen Berichten, sehr gut und ist quantitativ sicher die wichtigste Regularisierung in Spanien.

aa: Spanische NGO-Kolleg*innen haben erzählt, dass in Spanien viele Menschen nicht über das Asylsystem kommen, weil es diese Möglichkeit der Regularisierung gibt. Würde es eine Entlastung für das österreichische Asylsystem bedeuten, wenn es andere Möglichkeiten gebe, einen Aufenthaltstitel zu erlangen, oder kann man Österreich und Spanien bezüglich dieses Themas nicht miteinander vergleichen?

KFH: Eins zu eins vergleichen lassen sich die Systeme natürlich nicht. Aber wenn es in Österreich ein Aufenthaltsrecht für irregulär aufhältige Personen gebe, das niederschwelliger wäre als der Bleiberechtstitel, dann glaube ich schon, dass das Asylverfahren entlastet werden könnte. Denn es gibt Asylanträge, wo die Betroffenen unter Umständen besser dran wären, wenn es einen anderen Aufenthaltstitel gebe, weil keine Gründe für Verfolgung im Sinne der GFK vorliegen. Das müsste natürlich immer in einem rechtsstaatlichen Verfahren geprüft werden und jede*r muss natürlich die Mög-



Ein wichtiger Punkt ist, dass irregulär aufhältige Migrant*innen in Österreich kein Recht auf Sozialleistungen oder Gesundheitsversorgung haben.

lichkeit haben, einen Asylantrag zu stellen.

Umgekehrt muss man* sagen, dass in Spanien die Asylzuerkennungen derart niedrig sind, dass es nicht den Regelfall darstellt, einen Asylantrag zu stellen, weil meist keine Chance auf die Zuerkennung internationalen Schutzes besteht. Außerdem sind die Personengruppen, die in Spanien und Österreich irregulär einreisen und sich aufhalten, sehr unterschiedlich. In Spanien gibt es Migrant*innen, die, weil sie aus Südamerika kommen, schon Spanisch sprechen. Diese Personen haben natürlich auch leichter die Möglichkeit, sich vorab in den Arbeitsmarkt zu integrieren, dort undokumentiert beschäftigt zu sein und anschließend den Aufenthaltstitel der „sozialen Verwurzelung“ zu erlangen.

Im Ländervergleich sind ein paar Faktoren zu berücksichtigen. Gebe es einen niederschweligen Aufenthaltstitel, der irregulär aufhältigen Personen zugänglich wäre, würde das wohl dazu führen, dass man* erstens undokumentierte Beschäftigung und die Ausbeutung dieser

Arbeitskräfte hintanhält und dass zweitens das Asylverfahren entlastet werden könnte.

aa: Viele Migrant*innen müssen einen Asylantrag stellen, auch wenn es Leute aus dem Balkan sind oder aus Moldawien, die sich mit Fluchtgründen nach der GFK schwer tun. Diese Personen sind oft schon lange in Österreich. Sie könnten die „soziale Verwurzelung“ wahrscheinlich schon nachweisen. Wäre das ein gangbarer Ansatz für Österreich?

KFH: Ein wichtiger Punkt ist diesbezüglich, dass irregulär aufhältige Migrant*innen in Österreich kein Recht auf Sozialleistungen oder Gesundheitsversorgung haben, wohingegen in Spanien dieser Zugang schon gegeben ist. Das heißt, dass diese Personen kontextuell viel bessergestellt sind, auch während der Zeit, in der sie irregulär aufhältig sind und bis zu dem Moment, wo sie einen Aufenthaltstitel bekommen. Spanien geht hier einen eigenen Weg. Das ganze System ist anders und hat auch andere Ansprüche. In Österreich ist es hingegen so,

dass es eigentlich de facto keine oder nur sehr schwer zu erlangende Regularisierungen gibt und deswegen viele Leute den Weg über das Asylverfahren gehen. Der Arbeitsmarktzugang ist in Österreich auch für Asylwerber*innen de facto nicht gegeben. Das sind extreme Unterschiede, die man berücksichtigen müsste, wenn man in Österreich einen solchen Aufenthaltstitel aufgrund von „sozialer Verwurzelung“ einführen will. Zweckmäßig wäre es, eine empirische Studie zu machen, um zu erheben, wie viele Personen tatsächlich einen Anspruch hätten.

Deutschland: Pragmatisch bürokratisch

aa: Gehen wir nach Deutschland: Was ist der Unterschied zwischen Deutschland und Österreich in der Frage der Regularisierung?

KFH: In Deutschland gibt es ein viel ausdifferenzierteres System. Es gibt viel mehr Möglichkeiten im Sinne von unter-

lassen sich beide aus Art. 8 EMRK ableiten und können auch Geduldeten erteilt werden.

Bei den gut integrierten Jugendlichen und Heranwachsenden geht es vor allem darum, dass sich diese seit vier Jahren ununterbrochen, erlaubt, geduldet oder mit einer Aufenthaltsgestattung (Aufenthaltsrecht während des Asylverfahrens) im Bundesgebiet aufhalten. Das heißt, wenn sich ein*e Jugendliche*r oder Heranwachsende*r bis zu einem Alter von 21 Jahren vier Jahre in Deutschland aufhält, beispielsweise erfolgreich eine Schule besucht hat oder einen anerkannten Berufsabschluss erworben hat, kann vor Vollendung des 21. Lebensjahres diese Aufenthaltserlaubnis erworben werden. Das ist ein sehr interessanter Zugang, vor allem im Hinblick darauf, dass Leute, die in die Schule gehen oder einen Berufsabschluss machen, oft nur schwer die Möglichkeit haben, an einen Aufenthaltstitel zu kommen (Stichwort Verdienstgrenzen), was ja auch in Österreich ein Problem ist.

aa: Und welche Möglichkeiten gibt es für Menschen nach Erreichen des 21. Lebensjahres?

KFH: Hier gibt es die Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration, die auf Erwachsene abzielt. Dafür muss man sich mindestens acht Jahre im Bundesgebiet aufhalten, für mindestens sechs Jahre ununterbrochen. Weiters geht es vor allem darum, dass von den Personen keine Gefahr für die Bundesrepublik ausgeht und dass man seinen Lebensunterhalt überwiegend durch die eigene Erwerbstätigkeit sichern kann. Es geht also um eine Art nachhaltiger Integration, die das österreichische Recht in dieser Form nicht kennt, weil es eben in Österreich nicht auf harte Kriterien ankommt.

In Österreich gibt es nur sehr schwer zu erlangende Regularisierungen weswegen viele Leute den Weg über das Asylverfahren gehen.

schiedlicheren Zugängen. Ich kann jetzt nicht alle aufzählen, weil es in Deutschland eine Vielzahl an Aufenthaltserlaubnissen aus humanitären Gründen gibt. Wichtig ist die Aufenthaltserlaubnis bei nachhaltiger Integration und die Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende. Diese

Darüber hinaus gibt es eine Aufenthaltserlaubnis, die vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer*innen erteilt werden kann, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall des Ausreisehindernisses in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist. Vollziehbar ausreisepflichtig heißt, dass bereits eine rechtskräftig durchsetzbare Rückkehrentscheidung vorliegt.

In diesen Fällen gibt es zusätzlich noch die Möglichkeit der Prüfung des Art. 8 EMRK, die wiederum mit dem Asylverfahren verquickt ist und wo es dann, ähnlich wie in Österreich, eine Interessensabwägung zwischen dem Privat- und Familienleben einerseits und dem Ausweisungsinteresse der Bundesrepublik Deutschland andererseits gibt. Diese Aufenthaltserlaubnis ist in Deutschland auch quantitativ die wichtigste, was aus den sehr aufschlussreichen Statistiken hervorgeht. Die Aufenthaltserlaubnisse bei nachhaltiger Integration und auch die für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende sind komplementär dazu, weil diese für bestimmte Personen leichter zu erreichen sind und noch klarere Kriterien festlegen.

aa: Man kann also sagen, dass in Deutschland auf bestimmte Problemlagen mit gesetzlichen Regelungen reagiert wurde?

KFH: Ganz genau.

aa: In Österreich scheint man*, stur bei Regelungen zu bleiben, auch wenn sich die Umstände geändert haben oder bestimmte Personengruppen nicht erfasst werden. Als gebe es, unüberwindliche Hindernisse, bestehende Regelungen zu ändern.

KFH: Ja, wobei sich der Bleiberechtstitel nach § 55 AsylG schon auch bewährt hat. Gleichzeitig hat man beispielsweise beim Thema Asylwerber*innen und Lehre gesehen, dass ein Eingehen auf bestimmte Personengruppen politisch äußerst schwierig ist. Auch in Deutschland hat es nicht nur positive Entwicklungen gegeben. Restriktive Tendenzen hat man beispielsweise beim „geordneten Rückkehrgesetz“ gesehen, aber trotzdem ist der Diskurs insgesamt sachlicher und gewisse Problemlagen sind erkannt worden.

Das lässt sich gut an den beiden Aufenthaltserlaubnissen bei „nachhaltiger Integration“ und für „gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende“ zeigen. Es gab das Problem, dass es in Deutschland sogenannte Kettenduldungen gegeben hat, bei denen Betroffene bis zu zehn Jahre geduldet waren, obwohl die Duldung nur ein temporäres Phänomen sein sollte. Die Situation, dass sehr viele Menschen über viele Jahre hinweg geduldet waren, wollte man ändern. Diesbezüglich hat man versucht, eine Lösung zu finden.

Dies war auch der Beweggrund für die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung. Ebenso war das Fachkräfteeinwanderungsgesetz eine Reaktion auf das Erkennen einer Problemlage. Man hat festgestellt, dass es in Deutschland einen gewissen Mangel an Fachkräften gibt. Im Anschluss daran wurde gefragt, wie können wir das lösen? Man* hat also Personen, die in Deutschland ausgebildet werden oder beschäftigt sind, eine Möglichkeit eröffnet, aus dem Asylverfahren und aus der Duldung, also aus der dort geschaffenen Irregularität, einen „Spurwechsel“ zu vollziehen, und einen regulären Aufenthaltstitel zu erlangen.



Wenn man diese Art von Regularisierung für Österreich fordert, finde ich es bedenklich, dass alles im Ermessen der Behörde liegt.

Das hat man* in Österreich bei der Thematik Asylwerber*innen in Lehre genau nicht gemacht. Bei der § 55a FPG-Regelung wurde der „Spurwechsel“ explizit ausgeschlossen, wodurch Österreich einen komplett entgegengesetzten Weg im Vergleich zu Deutschland gewählt hat. Selbst wenn man* das aus einer rein staatlichen Perspektive betrachtet, ist das nicht nachvollziehbar. Österreich und die Betriebe investieren in die Personen und dann lässt man sie das Ausbildungsverhältnis beenden und zwei Wochen nach der Lehrabschlussprüfung schiebt man sie unter Umständen ab.

Letzte Ausfahrt Härtefallkommissionen

aa: In Deutschland gibt es seit 2005 in allen Bundesländern sogenannte Härtefallkommissionen. In Österreich wurde jetzt vorgeschlagen, solche auch hier einzurichten. Es gibt allerdings wenig Informationen wie das in Deutschland funktioniert. Welche Fälle werden in Deutschland in diesen Kommissionen behandelt?

KFH: Ich finde es interessant, dass das in Österreich plötzlich am Tisch ist. Das sehe ich nicht unkritisch, weil das in Deutschland schon eine sehr spezielle Konstruktion ist. Es geht wieder um vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer*innen und ist wirklich die letzte Anlaufstelle für irregulär aufhältige Ausländer*innen in Deutschland. Der Aufenthaltstitel ist im § 23a Aufenthaltsgesetz normiert und soll auf besonders gelagerte Härtefälle abzielen, um eine humanitäre Lösung für diese zu finden. Die Vulnerabilität der Betroffenen steht im Vordergrund. Dabei handelt es sich um ein spezielles mehrstufiges Verfahren, wobei die Kommissionen, wenn sie diesen Schritt für richtig halten, eine Empfehlung an die oberste Landesbehörde richten. Diese Empfehlung hat überhaupt keine rechtliche Konsequenz. Sie stellt kein Abschiebehindernis dar und entfaltet keine aufschiebende Wirkung. Die oberste Landesbehörde ist vollkommen frei, darüber zu entscheiden, ob ein Härtefall vorliegt und kann dann eine entsprechende Anordnung an die zuständige Ausländer*innenbehörde erteilen. Diese stellt dann in der Folge eine Aufenthaltserlaubnis aus.

Es handelt sich dabei um ein gerichtlich nicht überprüfbares, rein humanitär ausgestaltetes, gegenüber allen anderen Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes extra legales Entscheidungsverfahren.

Wichtig ist, dass es keinen Rechtsanspruch und auch kein Rechtsmittel dagegen gibt. Ende 2017 waren in etwa 7.000 Menschen im Besitz einer solchen Aufenthaltserlaubnis.

aa: Also es ist praktisch kein Verfahren, sondern ein Gnadenakt.

KFH: Vereinfacht gesagt, könnte man das so sagen, wobei die Aufenthaltsgewährung in der Praxis gar nicht so schlecht funktionieren dürfte. Ein Kollege in Deutschland hat ausgearbeitet, dass beispielsweise dauerhafte Teilhabe am Arbeitsleben, lange Aufenthaltszeiten, schwerste gesundheitliche Problematiken sowie extreme Sonder-situationen dringende humanitäre Gründe darstellen, die den Aufenthalt des Ausländers*der Ausländerin im Bundesgebiet rechtfertigen. Ein Versagungsgrund ist zum Beispiel die Begehung von Straftaten mit erheblichem Gewicht oder wenn ein Rückführungs-termin feststeht.

Wenn man diese Art von Regularisierung für Österreich fordert, finde ich es bedenklich, dass alles im Ermessen der Behörde liegt. Für Österreich gibt es auch verfassungsrechtliche Aspekte, die man thematisieren müsste, weil in Österreich das Ein- und Auswanderungswesen einschließlich des Aufenthaltsrechts aus berücksichtigungswürdigen Gründen Bundeskompetenz in Gesetzgebung und Vollziehung hat. Inwieweit da eine Einbindung der Länder und/oder Gemeinden möglich ist, müsste man sich im Detail anschauen.

aa: Was wäre wichtig, in Österreich zu fordern? Was wäre ein Punkt, auf rechtlicher Ebene, auf den man* sich im Diskurs und auch in einer Kampagne konzentrieren müsste?

KFH: Ich weiß nicht, ob die Reformierung von § 55 AsylG zu einer Verbesserung führen würde. Sinnvoller wäre vielleicht, sich einen Aufenthaltstitel aus Deutschland oder einen Aufenthaltstitel aus Spanien als Vorlage zu nehmen, der etwas erleichterte Kriterien als der derzeitige § 55 AsylG vorsieht und versucht, diesen Aufenthaltstitel auf bestimmte Problemlagen in Österreich zuzuschneiden. Wichtig wäre auch vorher zu prüfen, ob es überhaupt genug Fälle gibt, die dadurch erfasst werden. Man* könnte sich beispielsweise ansehen, ob es Sinn machen würde, dass man* für undokumentierte Beschäftigte einen Aufenthaltstitel schafft, wie das zum Beispiel in Spanien mit der „sozialen Verwurzelung“ der Fall ist, oder ob es mehr Sinn macht, für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende einen Aufenthaltstitel aus Gründen des Art. 8 EMRK zu schaffen. Die geforderten Aufenthaltszeiten könnten etwa auf vier Jahre verkürzt werden, wenn die betroffenen Personen einen Schulabschluss oder eine Berufsausbildung absolviert haben. Organisatorisch würde ich die Zuständigkeit für einen neu geschaffenen Aufenthaltstitel beim BFA sehen, da die Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen systematisch im AsylG verortet sind.

Ich wäre sehr skeptisch, ob Härtefallkommissionen zweckmäßig und zielführend sind. Dazu muss man sagen, dass es in Deutschland neben den Härtefallkommissionen viel mehr andere Regularisierungsmöglichkeiten gibt. Also das ist generell ein ganz anderes System.

Siehe auch: Artikel zur Ausbildungs- und Beschäftigungsduldungen *asyl aktuell* 2/2020, Seite 38ff und zum Gesundheitssystem in Spanien und Frankreich *asyl aktuell* 1/2020, Seite 38ff



Dr. Kevin Fredy Hinterberger ist Experte für Asyl- und Migrationsrecht in der Arbeiterkammer Wien und hat seine Doktorarbeit „Regularisierungen irregulär aufhältiger Migrantinnen und Migranten – Deutschland, Österreich und Spanien im Rechtsvergleich“ bei Nomos und Facultas 2020 als Buch und open access eBook veröffentlicht.