

Tobias Klarmann

Illegalisierte Migration

Die (De-)Konstruktion migrationspezifischer
Illegalitäten im Unionsrecht



Nomos

Schriften zum Migrationsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Jürgen Bast, Universität Gießen

Prof. Dr. Ulrike Davy, Universität Bielefeld

Prof. Dr. Anuscheh Farahat, Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Universität Bremen

Prof. Dr. Marie-Claire Foblets,

MPI für ethnologische Forschung, Halle

Prof. Dr. Thomas Groß, Universität Osnabrück

Dr. Konstanze Jüngling,

Akademie der Diözese Rottenburg-Stuttgart

Prof. Dr. Winfried Kluth, Universität Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Nora Markard, Universität Münster

Prof. Dr. Daniel Thym, Universität Konstanz

Prof. Dr. Mattias Wendel, Universität Leipzig

Band 34

Tobias Klarmann

Illegalisierte Migration

Die (De-)Konstruktion migrationspezifischer
Illegalitäten im Unionsrecht



Nomos

The book processing charge was funded by the Baden-Württemberg Ministry of Science, Research and Arts in the funding programme Open Access Publishing and the University of Konstanz.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Konstanz, Univ., Diss., 2020

1. Auflage 2021

© Tobias Klarmann

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-7970-3

ISBN (ePDF): 978-3-7489-2354-1

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748923541>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Juni 2020 abgeschlossen. Die später von der Kommission im EU-Migrations- und Asylpaket vorgelegten Gesetzgebungsvorschläge wurden nur cursorisch eingearbeitet.

Mein Dank gilt zunächst Prof. Dr. *Daniel Thym*, der mir große Freiheit bei der Erstellung der Arbeit ließ und damit nicht unerhebliches Vertrauen schenkte. Den im vielfältigen Austausch über die Jahre aufgetretenen Kontroversen wurde dabei nicht aus dem Weg gegangen, sondern sie wurden immer offen und stets respektvoll ausgetragen. Die fachlichen Auseinandersetzungen waren sehr wertvoll für mich und haben mir große Freude bereitet. Ferner gaben insbesondere seine umfangreichen Arbeiten, die Arbeit am Lehrstuhl und der Austausch mit den Mitarbeiter*innen – in verschiedener Weise – wertvolle Impulse. Daran anknüpfend möchte ich auch *Sabine Gerber* ausdrücklich meinen Dank aussprechen für die (auch nach meinem Fortzug) hervorragende Anbindung an den Lehrstuhl, die ausnahmslos von großer Freundlichkeit, Offenheit und Kompetenz geprägt war.

Prof. Dr. *Jochen von Bernstorff* ermöglichte mir mit der Aufnahme an seinen Lehrstuhl nicht nur die Vereinbarkeit von Arbeit, Familie und Promotion, sondern inspirierte und begleitete meine akademische Arbeit in stets offener und zugewandter Weise. Hierfür und selbstverständlich auch für die Zweitbegutachtung der Arbeit möchte ich mich bedanken. Ferner möchte ich Prof. Dr. *Joachim Lege* für das Heranführen an die akademische Welt und die Ermutigung, aktiv an dieser teilzunehmen, danken.

Für die Begleitung und Unterstützung während deren Entstehung und bei ihrer Finalisierung danke ich insbesondere meinen Eltern, meinen Schwiegereltern, *Martha Rosenow*, *Peter Madjarov* und *Lukas Mitsch*.

Widmen möchte ich die Arbeit meiner Frau und meinen während der Promotion geborenen Kindern, die mir stets Kraft, Zuversicht und Freude schenkten und damit in erheblichem Umfang zum Gelingen der Arbeit beitragen. Sie erfüllen mich mit tiefer Dankbarkeit. Das größte Opfer für die Promotion war die Zeit, die ich nicht mit ihnen verbracht habe.

Tübingen, Dezember 2020

Tobias Klarmann

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	11
Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung: Genese und Relevanz des Untersuchungsziels	23
§ 1 Illegalisierte Migration als Forschungsgegenstand	26
I. Inspiration durch Sprechakttheorie und Performativität	28
II. Voraussetzungen für den Erfolg performativer Sprechakte	30
III. Die Konstruktion von Subjekten	30
§ 2 Zielsetzung	31
§ 3 Aufbau der Arbeit	33
Kapitel 1 Terminologie: Aufarbeitung, Kritik und Adaption der Begriffsdiversität	38
§ 1 Übersicht über die Begriffslandschaft	39
§ 2 Auseinandersetzung mit den Begrifflichkeiten	41
§ 3 Verwendungskontexte	42
§ 4 Warum „illegalisierte“ Migration?	44
I. Fokusverschiebung zum gesellschaftlichen Prozess	44
II. Vermeidung unintendierter performativer Wirkungen	45
III. Entkräftung sprachökonomischer Erwägungen	45
§ 5 Erwiderung auf die Kritik an der verwendeten Begrifflichkeit	46
§ 6 Die Definition der illegalisierten Migration	48
§ 7 <i>Topoi</i> der Grenz- und Graubereiche	50
I. Illegale (Staats-)Bürgerschaft	51
II. Schwellen-, Grenz- oder Liminalitäts-Legalität	52
III. A-Legalität	54
IV. Semi-Legalität	57
V. Legalitätsdevianz und Opportunität	61

Kapitel 2 Methodik: Selbstverortung und Konzeption	67
§ 1 Klassische Methoden der Rechtswissenschaft	69
I. Die klassische juristische Auslegung	70
II. Weitere Auslegungsmöglichkeiten	72
III. Rangfolge von Auslegungsmethoden	72
IV. Auslegungsziele: Objektive und subjektive Theorie	74
V. Rechtsfindung im Unionsrecht	75
§ 2 Hermeneutik	88
I. Einteilung und Entwicklung	89
II. Gadamers Hermeneutik	90
III. Der hermeneutische Zirkel	91
IV. Rezeption in der Rechtswissenschaft	92
§ 3 Dekonstruktion	94
I. Dekonstruktion als Methode	95
II. Exkurs: Die Gefahr der Dekonstruktion – ist Dekonstruktion noch zeitgemäß?	97
III. Dekonstruktion im Kontext der Rechtswissenschaft	99
IV. Dekonstruktion und Subjektkonstruktion nach Baer	102
§ 4 Konzeption der Untersuchung	104
I. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes	104
II. Struktur- und stringenzverleihende Charakteristika der Untersuchung: Perspektiven im Migrationsrecht	106
III. Die Dialektik des Migrationsrechts	116
Kapitel 3 Vorzeichen: Grundlegende Aspekte der Analyse und Rechtsentwicklung	118
§ 1 Grundlegende Aspekte illegalisierter Migration auf EU-Ebene	118
I. Der (Il-)Legalitäts-Dualismus im Europäischen Migrationsrecht	119
II. Primärrechtlicher Ausgangspunkt	122
III. Beschreibung der Grundprogrammierung	128
§ 2 Die Entwicklung des Migrationsrechts der Europäischen Union mit Fokus auf illegalisierte Migration	133
I. Der Beginn der Vergemeinschaftung im europäischen Migrationsrecht	133
II. Die Verlagerung in die „erste Säule“ und der Beginn der sekundärrechtlichen Ausgestaltung	136

III. Die Weiterentwicklung entlang der Programme als wichtige Entwicklungsleitlinien	138
IV. Die kontinuierliche Überarbeitung des Sekundärrechts	143
Kapitel 4 Analyse: Wesentliche Konstruktionselemente migrationspezifischer Illegalitäten	146
§ 1 Migrationskontrollinstrumente als Transmissionsriemen der Illegalisierungen	149
I. Grenzkontrollen	149
II. Registrierungserfordernisse für Unionsbürger*innen	162
III. Die „Virtualisierung“ der Migrationskontrolle: Informationstechnische Systeme und Datenbanken	163
IV. Zwischenresümee	194
§ 2 Die Außendimension – Formen der Externalisierung	196
I. Begrifflichkeiten der Außendimension	196
II. Entwicklung und Implikationen	199
III. Externalisierung und Kompetenzverteilung	202
IV. Autonome Externalisierungen der EU	207
V. Kooperative Externalisierungen unter Einbeziehung von Drittstaaten	216
VI. Zwischenresümee	225
§ 3 Die Involvierung Dritter und Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen	226
I. Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen	227
II. Die Einbeziehung Dritter im Kontext migrationspezifischer Illegalisierungen	234
III. Zwischenresümee	249
§ 4 Die Instrumentalisierung von vulnerablen Personen	252
I. Opfer von Menschenhandel	252
II. Migrant*innen in illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen	255
III. Zwischenresümee	256
§ 5 Das Aufenthaltsrecht (im engeren Sinne) als zentrale Determinante illegalisierter Migration	257
I. Besondere Regelungskomplexe im Aufenthaltskontext	258
II. Die Illusion der aufenthaltsrechtlichen (II-)Legalitäts-Dichotomie	270
III. Zwischenresümee	283

§ 6 De-Illegalisierung	285
I. Kategorisierungen und Konzeption	288
II. Pflicht zur De-Illegalisierung?	290
III. Zwischenresümee	293
§ 7 Die öffentliche Ordnung und Sicherheit als flächendeckende Illegalisierungsreserve	294
I. Die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht	295
II. Zugangs- und aufenthaltsbezogene Einschränkungsmöglichkeiten	301
III. Weitere gerechtfertigte Einschränkungen	302
IV. Zwischenresümee	305
§ 8 Perpetuierung der Illegalisierungen durch Einreiseverbote	306
I. Wiedereinreise zur Schutzantragstellung	308
II. Strafrechtliche Sanktionierbarkeit und crimmigration	308
III. Wiedereinreise zu anderen Zwecken	310
IV. Zwischenresümee	311
 Kapitel 5 Komplement: Menschenrechte als Grenzen der Illegalisierung	 312
§ 1 Überblick Menschenrechtsabkommen	313
I. Zivilpakt (IPbpR) und Sozialpakt (IPwskR)	313
II. Die Genfer Flüchtlingskonvention	314
III. Die Europäische Menschenrechtskonvention	315
IV. Die Europäische Grundrechtecharta	318
§ 2 Die zentralen Menschenrechte im Migrationskontext	320
I. Non-Refoulement und Folterverbot	321
II. Recht auf Familien- und Privatleben	322
III. Verfahrensgarantien	324
IV. Recht auf Ausreise	327
§ 3 Zwischenresümee	328
 Exzerpt: Die (De-)Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten im Unionsrecht	 330
 Literaturverzeichnis	 343

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung: Genese und Relevanz des Untersuchungsziels	23
§ 1 Illegalisierte Migration als Forschungsgegenstand	26
I. Inspiration durch Sprechakttheorie und Performativität	28
II. Voraussetzungen für den Erfolg performativer Sprechakte	30
III. Die Konstruktion von Subjekten	30
§ 2 Zielsetzung	31
§ 3 Aufbau der Arbeit	33
Kapitel 1 Terminologie: Aufarbeitung, Kritik und Adaption der Begriffsdiversität	38
§ 1 Übersicht über die Begriffslandschaft	39
§ 2 Auseinandersetzung mit den Begrifflichkeiten	41
§ 3 Verwendungskontexte	42
§ 4 Warum „illegalisierte“ Migration?	44
I. Fokusverschiebung zum gesellschaftlichen Prozess	44
II. Vermeidung unintendierter performativer Wirkungen	45
III. Entkräftung sprachökonomischer Erwägungen	45
§ 5 Erwiderung auf die Kritik an der verwendeten Begrifflichkeit	46
§ 6 Die Definition der illegalisierten Migration	48
§ 7 <i>Topoi</i> der Grenz- und Graubereiche	50
I. Illegale (Staats-)Bürgerschaft	51
II. Schwellen-, Grenz- oder Liminalitäts-Legalität	52
III. A-Legalität	54
IV. Semi-Legalität	57
V. Legalitätsdevianz und Opportunität	61
Kapitel 2 Methodik: Selbstverortung und Konzeption	67
§ 1 Klassische Methoden der Rechtswissenschaft	69
I. Die klassische juristische Auslegung	70

II. Weitere Auslegungsmöglichkeiten	72
III. Rangfolge von Auslegungsmethoden	72
IV. Auslegungsziele: Objektive und subjektive Theorie	74
V. Rechtsfindung im Unionsrecht	75
1. Rechtsquellen	75
2. Anwendung der klassischen Auslegungsmethoden durch den EuGH	78
3. Unionsrechtliche Rechtsanwendungsspezifika	80
§ 2 Hermeneutik	88
I. Einteilung und Entwicklung	89
II. Gadamers Hermeneutik	90
III. Der hermeneutische Zirkel	91
IV. Rezeption in der Rechtswissenschaft	92
§ 3 Dekonstruktion	94
I. Dekonstruktion als Methode	95
II. Exkurs: Die Gefahr der Dekonstruktion – ist Dekonstruktion noch zeitgemäß?	97
III. Dekonstruktion im Kontext der Rechtswissenschaft	99
IV. Dekonstruktion und Subjektkonstruktion nach Baer	102
1. Dekonstruktion	102
2. Subjektkonstruktion	103
§ 4 Konzeption der Untersuchung	104
I. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes	104
1. Migrationsspezifische Illegalisierung	105
2. Untersuchungsschwerpunkt auf Regelungsebene der EU	105
II. Struktur- und stringenzverleihende Charakteristika der Untersuchung: Perspektiven im Migrationsrecht	106
1. Abgrenzung übergeordneter Strukturbegrifflichkeiten	106
a) Modelle und Typen	107
b) Leitbilder	108
2. Perspektiven	112
a) Ökonomische Betrachtung (Nützlichkeitsorientiert)	113
b) Blickwinkel der Organisation (neutral)	114
c) Humanitäre Perspektive (altruistisch)	115
III. Die Dialektik des Migrationsrechts	116

Kapitel 3 Vorzeichen: Grundlegende Aspekte der Analyse und Rechtsentwicklung	118
§ 1 Grundlegende Aspekte illegalisierter Migration auf EU-Ebene	118
I. Der (Il-)Legalitäts-Dualismus im Europäischen Migrationsrecht	119
II. Primärrechtlicher Ausgangspunkt	122
1. Die binäre Einteilung in Art. 79 AEUV	122
2. Einsichten aus der Genese des Primärrechts	123
a) Die Arbeitsgruppe X des europäischen Konvents	124
b) Die Änderungsvorschläge Kaufmanns	125
c) Der Abschlussbericht	126
3. Das geänderte Gesetzgebungsverfahren als Katalysator des europäischen Migrationsrechts	127
III. Beschreibung der Grundprogrammierung	128
1. Die differenzierten Regelungsansätze hinsichtlich Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen	129
2. Die Grundprogrammierung in der sekundärrechtlichen Ausgestaltung	130
§ 2 Die Entwicklung des Migrationsrechts der Europäischen Union mit Fokus auf illegalisierte Migration	133
I. Der Beginn der Vergemeinschaftung im europäischen Migrationsrecht	133
II. Die Verlagerung in die „erste Säule“ und der Beginn der sekundärrechtlichen Ausgestaltung	136
III. Die Weiterentwicklung entlang der Programme als wichtige Entwicklungsleitlinien	138
IV. Die kontinuierliche Überarbeitung des Sekundärrechts	143
Kapitel 4 Analyse: Wesentliche Konstruktionselemente migrationsspezifischer Illegalitäten	146
§ 1 Migrationskontrollinstrumente als Transmissionsriemen der Illegalisierungen	149
I. Grenzkontrollen	149
1. Kontrolle der Außengrenzen	150
2. Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen	155
3. Polizeikontrollen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten	158
II. Registrierungserfordernisse für Unionsbürger*innen	162

III. Die „Virtualisierung“ der Migrationskontrolle: Informationstechnische Systeme und Datenbanken	163
1. Übersicht über die Systeme und Datenbanken	164
a) Schengener Informationssystem (SIS)	164
b) Visa-Informationssystem (VIS)	167
c) Fingerabdruck-Datenbank (Eurodac)	169
aa) Bisherige Bedeutung für die migrationspezifischen Illegalisierungen	169
bb) Erweiterung von Eurodac	170
d) Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR)	171
aa) Anwendungsbereich	172
bb) Diskriminierungsverbot und Flüchtlingsschutz	172
cc) Zielsetzung der Richtlinie und Bezug zu illegalisierter Migration	173
dd) Evaluation	174
e) Europäisches Grenzüberwachungssystem (EUROSUR)	174
f) Persönliche Daten in der Frontex Risikoanalyse (PeDRA)	176
g) Europäisches Strafregisterinformationssystem (ECRIS und ECRIS-TCN)	176
h) Europäisches Reiseinformations- und -genehmigungssystem (ETIAS)	178
i) Smart Borders (EES und RTP)	181
2. Eu-LISA, Interoperabilität und Datenschutz	183
a) Die Europäische Agentur für IT-Großsysteme (eu-LISA) als zentraler Knotenpunkt	183
b) Interoperabilität	184
c) Der Prümer Vertrag und Beschluss	186
d) Datenschutz auf Unionsebene	187
3. Evaluation der Entwicklung im Bereich der IT-Systeme	191
IV. Zwischenresümee	194
§ 2 Die Außendimension – Formen der Externalisierung	196
I. Begrifflichkeiten der Außendimension	196
II. Entwicklung und Implikationen	199
1. Entwicklung	199
2. Implikationen	201
III. Externalisierung und Kompetenzverteilung	202
1. Die Kompetenz für die Außendimension des Migrationsrechts	202

2. Handlungszuschreibung und Verbindlichkeit: Die EU-Türkei-Erklärung	205
IV. Autonome Externalisierungen der EU	207
1. Visaregime	208
a) Kriterien für die Visumsfreiheit und Erteilung eines Visums	208
b) Humanitäre Visa	210
aa) Die aktuelle Situation	210
bb) Die mögliche Verpflichtung zur Erteilung humanitärer Visa	212
c) Die Perspektiven in der „Fernsteuerung“ durch das Visaregime	215
2. Sanktionen für Beförderungsunternehmen als vorgelagerte Kontrollinstanz	215
V. Kooperative Externalisierungen unter Einbeziehung von Drittstaaten	216
1. Rückübernahmeabkommen	217
a) Entwicklung	218
b) Staatenzugehörigkeitsfeststellung	220
c) Rückübernahmeabkommen als konzeptionelle Ergänzung	221
2. Hotspots	222
a) Konzeption	223
b) Umverteilungsmechanismen	224
VI. Zwischenresümee	225
§ 3 Die Involvierung Dritter und Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen	226
I. Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen	227
1. Die ArbeitgebersanktionenRL	227
2. Das Netz von Verbindungsbeamt*innen	230
3. Die BeförderungsdatenRL	233
4. Verschleierte Regelungsziele	234
II. Die Einbeziehung Dritter im Kontext migrationsspezifischer Illegalisierungen	234
1. Migrationsspezifische Illegalisierungen von Nicht-Migrant*innen	235
a) Die Beihilfe zur illegalisierten Migration	235
aa) Fehlende Definition	237
bb) Anstiftung und Beihilfe zur Beihilfe	237

b) Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK	238
aa) Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK	238
bb) Art. 31 Abs. 1 GFK im Unionsrecht	240
cc) Die Rechtslage in Deutschland (§ 95 Abs. 5 AufenthG)	241
2. Privatisierung hoheitlicher Aufgaben	243
a) Arbeitgebende	244
b) Beförderungsunternehmen	245
c) Passagierdatenübermittlung durch Fluggesellschaften	247
d) Zurechnung der Handlungen nichtstaatlicher Akteur*innen	248
III. Zwischenresümee	249
§ 4 Die Instrumentalisierung von vulnerablen Personen	252
I. Opfer von Menschenhandel	252
II. Migrant*innen in illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen	255
III. Zwischenresümee	256
§ 5 Das Aufenthaltsrecht (im engeren Sinne) als zentrale Determinante illegalisierter Migration	257
I. Besondere Regelungskomplexe im Aufenthaltskontext	258
1. „Nicht-illegalisierte“ Migrationsmöglichkeiten	258
2. Staatenlosigkeit	259
3. Die migrationsrechtliche Illegalisierung von EU-Bürger*innen	261
a) Die primärrechtlichen Anknüpfungspunkte	262
b) Die sekundärrechtliche Ausgestaltung in der UnionsbürgerRL	262
aa) In den ersten drei Monaten	263
bb) Nach drei Monaten bis zu fünf Jahren Aufenthalt	263
c) Nach fünf und zehn Jahren	268
d) Die Perspektiven und Subjektkonstruktionen in den aufenthaltsrechtlichen Abstufungen	269
II. Die Illusion der aufenthaltsrechtlichen (II-)Legalitäts-Dichotomie	270
1. Rückführungshindernisse und Nicht-Rückführbarkeit	270
a) Grundsatz der zwingenden Rückkehrentscheidung	271

b) Ausnahmeregelungen	272
c) Temporäre Rückführungshindernisse	273
d) Die neue Duldungsvielfalt im deutschen Recht	274
e) Nicht-Rückführbarkeit	278
2. Divergenz und Konflikt zwischen formeller und materieller Rechtslage	278
a) Die Situation vor einer deklaratorischen Statusfeststellung	279
b) Noch ungeahndeter Verstoß gegen Auflagen	280
c) Wegfall von aufenthaltsstatusbegründenden Faktoren	282
d) Der zugrundeliegende Perspektivenstreit	282
III. Zwischenresümee	283
§ 6 De-Illegalisierung	285
I. Kategorisierungen und Konzeption	288
II. Pflicht zur De-Illegalisierung?	290
III. Zwischenresümee	293
§ 7 Die öffentliche Ordnung und Sicherheit als flächendeckende Illegalisierungsreserve	294
I. Die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht	295
II. Zugangs- und aufenthaltsbezogene Einschränkungs­möglichkeiten	301
III. Weitere gerechtfertigte Einschränkungen	302
1. Haft und Haftbedingungen	303
2. Einschränkungen des Rechts auf Gleichbehandlung	303
3. Beschleunigte Verfahren und Grenzverfahren	303
4. Verweigerung der Ausstellung von Reisedokumenten	303
5. Verweigerung der Frist zur freiwilligen Ausreise und Verlängerung des Einreiseverbotes	304
6. Verweigerung der Entscheidungsbegründung	304
7. Außerbetrachtung anderweitiger Aufenthaltstitel	304
8. Ausschreibung zur Einreise- oder Aufenthaltsverweigerung im SIS	304
9. Einreiseverbote über die 5-Jahresbeschränkung hinaus	305
10. Verfahrensschutz bei Ausweisung	305
IV. Zwischenresümee	305
§ 8 Perpetuierung der Illegalisierungen durch Einreiseverbote	306
I. Wiedereinreise zur Schutzantragstellung	308
II. Strafrechtliche Sanktionierbarkeit und crimmigration	308

III. Wiedereinreise zu anderen Zwecken	310
IV. Zwischenresümee	311
Kapitel 5 Komplement: Menschenrechte als Grenzen der Illegalisierung	312
§ 1 Überblick Menschenrechtsabkommen	313
I. Zivilpakt (IPbpR) und Sozialpakt (IPwskR)	313
II. Die Genfer Flüchtlingskonvention	314
III. Die Europäische Menschenrechtskonvention	315
IV. Die Europäische Grundrechtecharta	318
1. Anwendungsbereich	319
2. Schutzniveau und mitgliedstaatlicher Schutz	319
3. Das Verhältnis zur EMRK	320
§ 2 Die zentralen Menschenrechte im Migrationskontext	320
I. Non-Refoulement und Folterverbot	321
II. Recht auf Familien- und Privatleben	322
III. Verfahrensgarantien	324
IV. Recht auf Ausreise	327
§ 3 Zwischenresümee	328
Exzerpt: Die (De-)Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten im Unionsrecht	330
Literaturverzeichnis	343

Abkürzungsverzeichnis

Richtlinien und Verordnungen

ArbeitgebersanktionenRL	Richtlinie 2009/52/EG
ArbeitsstatistikVO	Verordnung (EG) Nr. 862/2007
AufnahmeRL	Richtlinie 2013/33/EU
AufnahmeRL (alte Fassung)	Richtlinie 2003/9/EG
BeförderungsdatenRL	Richtlinie 2004/82/EG
BeihilfeRL	Richtlinie 2002/90/EG
Datenschutz-GrundVO	Verordnung (EU) 2016/679
DatenschutzRL	Richtlinie 95/46/EG
DaueraufenthaltsRL	Richtlinie 2003/109/EG
Dublin-III-VO	Verordnung (EU) Nr. 604/2013
Dublin-II-VO	Verordnung (EG) Nr. 343/2003
EASO-VO	Verordnung (EU) Nr. 439/2010
EES-VO	Verordnung (EU) 2017/2226
ETIAS-VO	Verordnung (EU) 2018/1240
eu-LISA-VO	Verordnung (EU) 2018/1726
eu-LISA-VO (alte Fassung)	Verordnung (EU) Nr. 1077/2011
EurodacVO	Verordnung (EU) Nr. 603/2013
EurodacVO (alte Fassung)	Verordnung (EG) Nr. 2725/2000
EurosurVO	Verordnung (EU) Nr. 1052/2013
Familienzusammenführungs- RL	Richtlinie 2003/86/EG
FluggastdatenRL	Richtlinie (EU) 2016/681
FrontexVO (alte Fassung)	Verordnung (EU) 2016/1624
FrontexVO	Verordnung (EU) 2019/1896
HochqualifiziertenRL	Richtlinie 2009/50/EG
ICT-RL	Richtlinie 2014/66/EU
InteroperabilitätsVO I	Verordnung (EU) 2019/817
InteroperabilitätsVO II	Verordnung (EU) 2019/818
Kombinierte-ErlaubnisRL	Richtlinie 2011/98/EU
MassenzustromRL	Richtlinie 2001/55/EG
MenschenhandelsopferRL	Richtlinie 2004/81/EG
MenschenhandelsRL	Richtlinie 2011/36/EU
OpferschutzRL	Richtlinie 2012/29/EU

Abkürzungsverzeichnis

QualifikationsRL	Richtlinie 2011/95/EU
QualifikationsRL (alte Fassung)	Richtlinie 2004/83/EG
REST-RL	Richtlinie (EU) 2016/801
RückführungsRL	Richtlinie 2008/115/EG
SaisonarbeiterRL	Richtlinie 2014/36/EU
Schengener Grenzkodex	Verordnung (EU) 2016/399
Schengener Grenzkodex (alte Fassung)	Verordnung (EG) Nr. 562/2006
SDÜ-ErgänzungsRL	Richtlinie 2001/51/EG
SeeaußengrenzenVO	Verordnung (EU) Nr. 656/2014
SIS-II-KfzVO	Verordnung (EG) Nr. 1986/2006
SIS-II-VO	Verordnung (EG) Nr. 1987/2006
UnionsbürgerRL	Richtlinie 2004/38/EG
VerbindungsbeamtenVO	Verordnung (EU) 2019/1240
VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung)	Verordnung (EG) Nr. 377/2004
VerfahrensRL	Richtlinie 2013/32/EU
VerfahrensRL (alte Fassung)	Richtlinie 2005/85/EG
Visakodex	Verordnung (EG) Nr. 810/2009
Visakodex-ÄnderungsVO	Verordnung (EU) 2019/1155
VisumsVO	Verordnung (EU) 2018/1806
VIS-VO	Verordnung (EG) Nr. 767/2008

Weitere Rechtsakte

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EUV	Vertrag über die Europäische Union
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GRC	Europäische Grundrechtecharta
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
VVE	Vertrag über eine Verfassung für Europa

Gerichte

BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

Zeitschriften

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BJCLCJ	Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice
CMLR	Common Market Law Review
EJML	European Journal of Migration and Law
EuR	Europarecht
GLJ	German Law Journal
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
JCMS	Journal of Common Market Studies
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Z'Flucht	Zeitschrift für Flüchtlingsforschung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Sonstige Abkürzungen

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
ErwGr.	Erwägungsgrund
i.V.m.	in Verbindung mit
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Rn.	Randnummer
ZP	Zusatzprotokoll

Einleitung: Genese und Relevanz des Untersuchungsziels

„You, who are so-called illegal aliens, must know that no human being is illegal. That is a contradiction in terms. Human beings can be beautiful or more beautiful, they can be fat or skinny, they can be right or wrong, but illegal? How can a human being be illegal?“¹

Elie Wiesel

Kein Mensch ist illegal. Und Migrationsbewegungen sind es auch nicht – sie können lediglich (auf vielfältige Weise) illegalisiert werden. Doch der Reihe nach.

Die Welt wird oft in Binaritäten wahrgenommen, eingeteilt und beschrieben. Personen sind männlich oder weiblich, Handlungen sind gut oder schlecht, Dinge sind groß oder klein. Es bilden sich komplementäre Begriffspaare heraus, welche die vielfältige Realität in ein binäres Muster zu pressen versuchen. Für Rechtswissenschaftler*innen² ist das nichts Neues. Sie sind es gewohnt, komplexe Sachverhalte unter Rechtsätze zu subsu-

-
- 1 Das Zitat wird meist Elie Wiesel zugeschrieben. Der in Rumänien geborene Schriftsteller überlebte den Holocaust und erhielt für seinen Einsatz gegen Gewalt und Rassismus 1986 den Friedensnobelpreis. Elie Wiesel ist während der Erstellung der vorliegenden Arbeit am 2. Juli 2016 verstorben.
 - 2 Nicht alle Menschen fühlen sich dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugehörig. Auch aus medizinischer Sicht ist eine binäre Geschlechterkonzeption überholt. Siehe hierzu eindrücklich BVerfG, 1 BvR 2019/16, Urteil vom 10. Oktober 2017, DE:BVerfG:2017:rs20171010.1bvr201916. Sofern über Personen gesprochen wird, deren Geschlechtszugehörigkeit nicht bekannt ist und auch nicht kontextbezogen plausibel vermutet werden kann, werden diese in der vorliegenden Arbeit mit einem *(Asterisk) markiert, um die Heterogenität der Geschlechtszugehörigkeit adäquat zu adressieren. Mit Blick auf das Urteil des BVerfG erkennt auch der deutsche Rechtschreiberat an, dass eine Lösung notwendig ist, „die nicht nur männlich und weiblich berücksichtigt“, da „das Recht der Menschen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehörig fühlen, auf angemessene sprachliche Bezeichnung [...] sich auch in der geschriebenen Sprache abbilden soll“, siehe Beschluss des Rats für deutsche Rechtschreibung vom 16. November 2018, Empfehlungen zur „geschlechtergerechten Schreibung“ und Bericht und Vorschläge der AG „Geschlechtergerechte Schreibung“ zur Sitzung des Rats für deutsche Rechtschreibung am 16.11.2018, S. 11, wobei er dem Gender*Sternchen (Asterisk) die Abbildung der verschiedenen Geschlechtsformen zuerkennt und auch eine ausreichende Verständlichkeit und Lesbarkeit attestiert. Der Rat für

mieren, welche nur zwei Ergebnismöglichkeiten vorsehen: rechtmäßig oder unrechtmäßig. Je nach Kontext variiert, beispielsweise in verfassungsgemäß und verfassungswidrig, strafbar und nicht strafbar oder europarechtskonform und europarechtswidrig. *Luhmann* nennt diese binären Unterscheidungen in den verschiedenen Systemen Leitdifferenz oder Code. Der Code des Rechtssystems ist rechtmäßig/nicht-rechtmäßig.³

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit Aspekten einer bestimmten Binarität in einem besonderen Kontext: Die Unterscheidung von Legalität und Illegalität im europäischen Migrationsrecht. Der spezifische Kontext setzt stets eine physische Ortsveränderung (Migration) voraus. Diese kann jedoch sowohl in der Vergangenheit, als auch in der Gegenwart oder erst in der Zukunft liegen.⁴ Auch beschränken sich die kontextspezifischen Illegalisierungen nicht auf die migrierende Person selbst.⁵ Es muss nur einen Anknüpfungspunkt geben, der mit Migration zusammenhängt. Selbstverständlich gibt es auch eine Vielzahl von Illegalisierungen außerhalb des Migrationsrechts, diese sind jedoch nicht Teil der folgenden Untersuchungen. Besonders an den Illegalisierungen im Kontext der Migration ist, dass sie an eine Handlung anknüpfen, welche für gewöhnlich als unproblematisch angesehen wird, ja oftmals sogar erwünscht ist. Die Ausübung von Mobilitätsrechten zu Erwerbs-, Bildungs- oder touristischen Zwecken ist

deutsche Rechtschreibung soll als „Garant für die Bewahrung der Einheitlichkeit der Rechtschreibung im deutschen Sprachraum“ fungieren. Sprache ist jedoch einem stetigen Wandel unterworfen und ihr ist ein nicht unerhebliches demokratisches Element inhärent. Das „Richtige“ in der Sprache wird durch den tatsächlichen Sprachgebrauch der Menschen definiert und nicht autoritativ festgelegt. Die Hauptaufgabe des Rechtschreiberates liegt somit konsequenterweise auch in der Beobachtung von Sprachentwicklungen, welche dann bei entsprechender Ausbreitung bestätigt werden. Dies gilt gleichermaßen für einzelne Wörter wie für grammatikalische Strukturen. Erst Recht gilt dies auch für Auslegungen von Sprachregelungen durch Verlage, wie beispielsweise des Duden, welcher seit der Rechtschreibreform von 1996 nicht mehr maßgebend für die amtliche Rechtschreibung in Deutschland ist. Ausführlich und anschaulich zur Thematik und zu dem aktuellen Diskurs siehe *Kotthoff/Nübling*, Genderlinguistik.

3 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 93.

4 Die Anknüpfung an vergangene Migration findet sich beispielsweise bei der Problematik der Einreiseverbote, siehe Kapitel 4 § 8. Dahingegen erfassen beispielsweise Migrationskontrollinstrumente und die Verlagerung in die Außendimension teilweise Migrationshandlungen welche erst in der Zukunft liegen sollen, siehe hierzu Kapitel 4 § 1 und Kapitel 4 § 2. Besonders illustrativ das Visa-Regime in Kapitel 4 § 2 IV. 1.

5 Zur Einbeziehung von Dritten in den Kontext migrationsspezifischer Illegalisierungen siehe Kapitel 4 § 3 II.

gerne gesehen und wird bisweilen aktiv gefördert. In anderen Kontexten hingegen wird Mobilität negativ konnotiert und untersagt, wobei insbesondere die Nationalität einer Person erheblichen Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß von migrationspezifischen Illegalisierungen hat.⁶

Ein weiterer spezieller Aspekt migrationspezifischer Illegalisierungen lässt sich der Gegenüberstellung mit dem klassischen Strafrecht entnehmen. Das Strafrecht, die auf der Rechtsfolgenseite intensivste Form von Illegalisierungen, findet grundsätzlich „ohne Ansehung der Person“ statt. Es erscheint daher zunächst kontraintuitiv, dass bestimmte Handlungen nicht universell verboten bzw. unter Strafe gestellt werden, sondern nur, wenn sie von bestimmten Personen verübt werden. Tatsächlich sind personengruppenspezifische Unterscheidungen aber auch dem Strafrecht nicht fremd. Als Beispiel sei hier nur auf die Straftatbestände im deutschen Recht hingewiesen, welche nur durch Amtsträger der öffentlichen Verwaltung verwirklicht werden können.⁷ Es ist jedoch nicht gleichbedeutend, ob es ein Sonderstrafrechtsregime für eine privilegierte Personengruppe gibt, oder ob es um faktisch verstärkt marginalisierte und kriminalisierte Bevölkerungsteile geht.⁸ Gleichwohl existiert eine Vielzahl an (auch strafbewährten) Illegalisierungen, die einen Migrationsbezug voraussetzen.⁹

Migrationspezifische Illegalisierungen sind dabei nicht, wie oftmals angenommen wird, auf den Grenzübertritt beschränkt. Auch einer „nicht-illegalisierten“ Einreise kann ein illegalisierter Aufenthalt folgen. Ein „nicht-illegalisierter“ Aufenthalt schließt eine illegalisierte Beschäftigung nicht aus, und der Aufenthaltsstatus kann sich bis zur Einbürgerung oder

6 Siehe hierzu insbesondere die beschriebene Grundprogrammierung in Kapitel 3 § 1 III.

7 Sog. Amtsdelikte, siehe §§ 331 ff. StGB. Der neu eingeführte § 335a erweitert den persönlichen Anwendungsbereich einiger Amtsdelikte auch auf ausländische Bedienstete. Diese Ausdehnung bestand zuvor nur im Rahmen des EU-Bestechungsgesetzes.

8 Zu fremdenfeindlichem Anzeigeverhalten und diskriminierender strafrechtlicher Ermittlungspraxis siehe: *Mansel*, in: *Heitmeyer* (Hrsg.), *Deutsche Zustände – Folge 5*, S. 169-191. Zur Schwierigkeit der kriminologischen Bewertung von entsprechenden Statistiken, siehe *Heinz*, in: *Jochum/Fritzemeyer* (Hrsg.), *Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers*, S. 845-868.

9 Siehe hierzu beispielsweise die Ausführungen zur strafbaren Beihilfe zur illegalisierten Migration in Kapitel 4 § 3 II. 1.

Abschiebung noch verbessern oder verschlechtern.¹⁰ Es bestehen außerdem Zwischenstadien,¹¹ die bisweilen äußerst prekär sind. Neben den materiellrechtlichen Folgen für die Betroffenen, ist zudem bereits die Einteilung und Bezeichnung als „illegal/irregulär“ von Bedeutung.¹² Trotz der politischen und rechtlichen Bedeutung dieser Zuschreibung finden sich nur selten rechtswissenschaftliche Beiträge, welche sich explizit damit auseinandersetzen.¹³ Es ist daher dringend angezeigt, sich dezidiert dem Komplex der illegalisierten Migration zuzuwenden.¹⁴

§ 1 Illegalisierte Migration als Forschungsgegenstand

Sieht man vom Qualifikationsaspekt einer wissenschaftlichen Arbeit ab, stellt sich die Frage nach dem Sinn und Zweck einer Untersuchung. Vorab

10 Siehe Kapitel 4 § 5 II. *Thym* spricht in diesem Zusammenhang von verschiedenen Stufen im Prozess des Statuswandels, siehe *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 19.

11 Zur Terminologie der Zwischenstadien und Graubereiche siehe Kapitel 1 § 7.

12 Zur Performativität siehe Einleitung § 1 I und II; zur Auseinandersetzung mit den Begrifflichkeiten der Illegalität und Irregularität siehe ausführlich Kapitel 1 § 1 und § 2.

13 Als Beispiele für rechtswissenschaftliche Monographien mit explizitem Fokus auf illegalisierte Migration aus jüngerer Zeit siehe *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, die sich eine Konzeptualisierung von Illegalität vorgenommen hat, wobei sie dies aus Sicht von Migrant*innen versucht, während die vorliegende Arbeit den Prozess der Illegalisierung als zentralen Anknüpfungspunkt wählt. *Hinterberger*, *Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen*, welcher sich insbesondere mit der De-Illegalisierung auseinandersetzt, siehe hierzu Kapitel 4 § 6. Außerdem *Rausch*, *Die rechtliche Behandlung von irregulärer Migration zwischen Migrationskontrolle und Menschenrechten in der Bundesrepublik Deutschland und Europa*, welche sich dem Thema mit Blick auf die konkreten Rechtspositionen von Migrant*innen nähert und insbesondere die Einhaltung und Durchsetzung menschenrechtlicher Vorgaben untersucht. Ferner *Costello*, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, welche sich mit stärkerem Fokus auf die Rechtsprechung der Frage der Menschenrechte widmet und sich in diesem Rahmen auch explizit mit illegalisierter Migration auseinandersetzt. Die menschenrechtlichen Vorgaben und die sich daraus ergebenden Rechtspositionen von Migrant*innen werden in der vorliegenden Arbeit nicht umfassend untersucht, sondern lediglich in ihrer konzeptionellen Funktion dargestellt, wobei ergänzend zumindest die für den Bereich illegalisierter Migration zentralen Aspekte kurz dargestellt werden, siehe Kapitel 5.

14 Die einleitenden Ausführungen finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), *Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht*, S. 127-154 (127 ff.).

sollen daher einige Aspekte beleuchtet werden, die Aufschluss darüber zu geben vermögen, warum eine Auseinandersetzung mit Illegalisierungen im Bereich der Migration, nicht nur wegen des bestehenden Forschungsdefizites, sinnvoll ist. Ausführungen zur Bedeutung von Migration allgemein sind an dieser Stelle wohl ebenso überflüssig wie Hinweise auf deren Prägung durch das Recht. Die Frage hinsichtlich des Forschungsgegenstandes soll daher auf die Auswahl des Aspektes der Illegalisierungen unter der Vielzahl möglicher migrationsrechtlicher Fragestellungen beschränkt werden, ohne damit die Relevanz anderer Forschungsfragen in Frage stellen zu wollen.

Illegalisierte Migration hat in den vergangenen Jahren eine zentrale Rolle in migrationspolitischen Debatten gespielt. Während insbesondere fluchtbedingte Migration, die sich oftmals in verschiedenen Illegalisierungskontexten wiederfindet, Anlass für gesellschaftliche Auseinandersetzungen gab, konnte beispielsweise die klassische Arbeitsmigration, welche wesentlich seltener mit Illegalisierungen in Verbindung gebracht wird, trotz ihrer objektiv vergleichbaren Bedeutung, den Diskurs nicht einmal annähernd so stark prägen.¹⁵ Auffallend ist hierbei die bisweilen sehr undifferenzierte Verwendung der Illegalitätszuschreibung. Dies mag teilweise der im politischen Diskurs legitimen Zuspitzung dienen, lässt jedoch oftmals auch auf fehlendes Wissen zur Differenzierung schließen. Diesem Informations- und Differenzierungsdefizit zu entgegnen und eine Grundlage für einen informierten Diskurs zu schaffen, ist eines der Ziele der vorliegenden Arbeit.

Neben dieser gesellschaftlichen Dimension, kommt der Illegalisierung im Bereich der Migration auch auf individueller Ebene erhebliche Bedeutung zu, da die entsprechende Zuordnung nicht nur rein funktionale Folgen für die betroffenen Personen hat, sondern auch eine Stigmatisierung mit sich bringt – die Markierung als „illegal“ ist inzwischen zu einem Identitätsmerkmal mit globaler Bedeutung geworden.¹⁶ Die Zuschreibung von Illegalität und deren (Aus-)Wirkungen sind von herausragender Bedeutung für die Wahl des Forschungsgegenstandes der vorliegenden Arbeit. Daher soll auf diesen Aspekt im Folgenden näher eingegangen werden.

15 Zur Bedeutung der illegalisierten Migration speziell in der Migrationspolitik der EU siehe auch die Ausführungen zur Verbreitung des (Il-)Legalitäts-Dualismus in Kapitel 3 § 1 I.

16 Siehe *Dauvergne*, *Making People Illegal*, S. 18.

I. Inspiration durch Sprechakttheorie und Performativität

Das Erfordernis einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Themenkomplex der illegalisierten Migration ergibt sich auch daraus, dass der Begriff der Illegalität als solcher bzw. seine Verwendung bereits Wirkung entfaltet. In der Sprechakttheorie wird diese Dimension des Sprechens unter dem Begriff der Performativität diskutiert.¹⁷

Die Annahme, dass bereits die bloße Verwendung eines Begriffs schon tatsächliche Auswirkungen hat, sie mithin die (soziale) Realität zu formen vermag, ist durchaus anspruchsvoll. Sie ist jedoch für die Auswahl und Relevanz des vorliegenden Forschungsthemas von erheblicher Bedeutung. Daher soll sie im Folgenden, in der gebotenen Kürze, genauer erläutert werden.

Die vorliegende Arbeit selbst ist keine soziologische und auch keine rechts-soziologische. Am zutreffendsten lässt sie sich wohl als in ihrem Ausgangspunkt von der Soziologie „inspiriert“ beschreiben.¹⁸ Es geht also nicht darum, die verschiedenen performativen Wirkungen im Kontext von Migration zu untersuchen. Die Feststellung, dass eine simple Äußerung die Kraft hat, die Wirklichkeit zu verändern,¹⁹ soll vielmehr verdeutlichen, wie wichtig es ist, sich darüber Gedanken zu machen, wie genau etwas in welchen Zusammenhängen bezeichnet wird.²⁰ Die performative Wirkung von Sprechakten ist daher Indikator für die Bedeutung der zentralen Fragen, welche der Arbeit zugrunde gelegt wurden: „Was ist ‚illegale‘ Migration?“ bzw. „was sind ‚illegale‘ Migrant*innen?“. Denn wenn bereits die Bezeichnung als „illegal“ Wirkung entfaltet, ist es notwendig ein Verständnis dafür zu entwickeln, wie es dazu kommt, dass eine Attribuierung als „illegal“ erfolgt und welche Faktoren dabei eine Rolle spielen.

Die Performativität von Sprechakten begründet jedoch nicht lediglich die generelle Relevanz der vorliegenden Arbeit, sie hat sich auch in ihrem

17 Die folgenden Ausführungen zur Sprechakttheorie und Performativität finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), *Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht*, S. 127-154 (129 f.).

18 Zur Rechtssoziologie als „Regulierungsforschung“ siehe *Baer*, *Rechtssoziologie, welche diese als „Auseinandersetzung mit verschiedenen Formen, Praxen und Effekten von ‚Regulierung‘“* beschreibt, S. 47 f.

19 Siehe unter Verweis auf Austin *Derrida*, in: *Engelmann* (Hrsg.), *Randgänge der Philosophie*, S. 291-314 (304). Derrida sieht das Gelingen einer performativen Äußerung in der Iterabilität (zitierenden Wiederholung) begründet (309 f.).

20 In Kapitel 1 findet sich daher auch eine entsprechend umfangreiche Auseinandersetzung mit der einschlägigen Terminologie.

Aufbau und der Konzeption niedergeschlagen. Sowohl die terminologischen und methodischen Fragen der Arbeit, als auch die folgende inhaltliche Untersuchung der Konstruktion illegalisierter Migration sind hiervon geprägt. Denn einerseits ist ein differenziertes Verständnis der komplexen Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten erforderlich, um diese terminologisch zutreffend beschreiben zu können, andererseits können die gewählten Begrifflichkeiten Einfluss auf die untersuchte Materie haben.

Die dekonstruktive Herangehensweise ist von einer besonderen Ergebnisoffenheit geprägt, da sie nicht von vornherein durch eine konkrete Frage oder These eingengt wird.²¹ Ziel einer Dekonstruktion ist nicht der Versuch Unbestimmtheiten zu „tilgen“,²² sondern sie vielmehr offenzulegen und kritisch zu reflektieren. Damit wird methodisch einerseits die notwendige inhaltliche Offenheit und Breite ermöglicht, andererseits wird durch die Ergebnisoffenheit²³ eine wechselseitige Determinierung von Begriff und Inhalt – trotz der engen Bindung aufgrund der beschriebenen Wechselwirkung – zumindest erheblich erschwert.

Zusammengefasst äußert sich die Inspiration der Arbeit durch die Sprechakttheorie und Performativität somit in wesentlichen Teilen der Arbeit wie folgt: (1.) Terminologische Fragen werden besonders gründlich und umfassend diskutiert, um der Bedeutung von Sprache gerecht zu werden. (2.) Die Untersuchung weist inhaltlich eine hohe Vielfalt und Breite auf, um ein Verständnis für die Komplexität der Materie zu ermöglichen, was erforderlich ist, um diese auch sprachlich zutreffend beschreiben zu können. (3.) Die Wahl der besonders ergebnisoffenen Methode, um der grundlegenden Fragestellung auch unter diesen Voraussetzungen gerecht werden zu können.

Nachdem die Bedeutung und Auswirkungen von Sprechakttheorie und Performativität für die Arbeit erläutert wurden, sollen im Folgenden, wiederum in der gebotenen Kürze, deren Voraussetzungen und Wirkung dargelegt werden.

21 Beispielsweise wenn statt der offenen und weiten Fragestellung („Was ist ‚illegale‘ Migration“?) die Primärrechtskonformität einer bestimmten sekundärrechtlichen Regelung oder die Vereinbarkeit bestimmter Exekutivmaßnahmen oder nationalstaatlicher Rechtsakte mit dem Unionsrecht untersucht würde.

22 Siehe *J. Hoffmann*, KJ 1994, S. 536-542 (537).

23 Mit Ergebnisoffenheit ist gemeint, dass es eine Vielzahl von Ergebnissen gibt und die Ergebnismöglichkeiten nicht von vornherein bekannt sind. Selbstverständlich sind auch wissenschaftliche Untersuchungen mit konkreten Ergebnismöglichkeiten „ergebnisoffen“ (im engeren Sinne).

II. Voraussetzungen für den Erfolg performativer Sprechakte

Austin stellt für den Erfolg einer performativen Äußerung verschiedene Bedingungen auf.²⁴ Neben das Erfordernis eines Sprechaktes als solchen, treten weitere außersprachliche Bedingungen, welche sich auf die Form und die Umstände des Sprechaktes beziehen.²⁵ Klassische Beispiele hierfür sind die Eheschließung oder die Schiffstaufe, bei denen durch den bloßen Akt der Äußerung durch die vorgesehene Person und unter den richtigen Umständen die Realität verändert wird.

Gesetzlich verankert findet sich diese Idee beispielsweise im deutschen Verwaltungsverfahren bei den Wirksamkeitsvoraussetzungen eines mündlich erteilten Verwaltungsaktes wieder. Dieser wird, vorausgesetzt die entsprechenden Umstände des Sprechaktes sind gegeben – in diesem Fall, dass es sich um eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalles mit Außenwirkung handelt – unabhängig von seiner Rechtmäßigkeit bereits mit seiner Bekanntgabe wirksam,²⁶ wobei der entsprechende Sprachakt nicht formgebunden ist.²⁷ Ein mündlich erteilter Schulausschluss oder Platzverweis entfaltet somit unmittelbar Wirkung. Entscheidend für den Erfolg des Sprech- bzw. Verwaltungsaktes ist somit lediglich, dass die Person als entsprechend autorisiert wahrgenommen wird und eine Äußerung/Bekanntgabe stattfindet.²⁸ Als Beispiel aus dem Migrationsrecht ließe sich die Rücknahme oder der Widerruf eines Aufenthaltstitels anführen, womit ein Sprech- bzw. Verwaltungsakt (normalerweise in schriftlicher Form) den Aufenthalt einer Person wieder illegalisiert. Die Performativität von Sprechakten geht jedoch über den Bereich der sozialen Konstruktion durch Recht hinaus.

III. Die Konstruktion von Subjekten

Butler beschreibt unter dem Begriff der Performativität die produktive und konstitutive Wirkung von Sprache, genauer die Produktion von Subjekten

24 Siehe *Austin*, *How to Do Things with Words*, S. 14 ff.

25 Siehe *Austin*, *How to Do Things with Words*, S. 6 f.

26 Siehe §§ 43 f. VwVfG.

27 Siehe § 37 Abs. 2 VwVfG „Ein Verwaltungsakt kann schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden“.

28 Dass die Person tatsächlich nicht zuständig ist führt in der Regel nur zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und lässt dessen Wirksamkeit unberührt, siehe § 44 Abs. 1 VwVfG.

durch den Bezeichnungsakt.²⁹ Einer der Forschungsschwerpunkte *Butlers* ist die soziale Konstruktion von Identitäten, exemplarisch der Geschlechteridentitäten. Geschlecht bzw. jede Identität ist ihrer Auffassung nach kein ontologischer Status, sondern Ergebnis performativer Inszenierungen.³⁰ Durch die wiederholten Zuschreibungen werden Identitäten geformt. Die Performativität der Sprache prägt die Selbst- und Fremdwahrnehmung einer Person. Diese „normierende Kraft des Performativen“³¹ ist auch im Kontext illegalisierter Migration relevant. Die wiederholte Attribuierung von Personen als „illegal“ konstruiert diskursiv das Subjekt der/des illegalen Migrant*in. Ihm/Ihr wird die Identität des Illegalen zugewiesen, welche beständig wiederholt und erneuert wird. Dies lässt sich entsprechend auf synonym verwendete Zuschreibungen wie irregulär oder unautorisiert übertragen. Wenngleich die Begrifflichkeit der Irregularität eine begrüßenswerte Anerkennung der Komplexität der Materie symbolisiert³² vermag auch sie nicht die Zuweisung einer negativ konnotierten Identität zu verhindern. Diese performative Wirkung ist (auch) Grund und Anlass für die vertiefte und umfassende Auseinandersetzung mit migrationsspezifischen Illegalisierungen, wie sie im Folgenden anhand der Zielsetzung (§ 2) und des Aufbaus der Arbeit (§ 3) erläutert werden soll.

§ 2 Zielsetzung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, migrationsspezifische Illegalitäten zu dekonstruieren, also deren Konstruiertheit aufzudecken und die zugrundeliegenden Illegalisierungsprozesse bewusst zu machen.³³ Es soll ein Bewusstsein dafür geschaffen werden, dass „illegale“ Migrant*innen oder „illegale“ Migration keine faktischen Gegebenheiten sind.

Personen als solche sind niemals illegal. Wenn überhaupt, lassen sich Handlungen als illegal bezeichnen. Daraus lässt sich jedoch keine Illegalität der handelnden Person ableiten. Während dies in anderen Bereichen

29 *Butler*, in: *Benhabib/Butler/Cornell u.a.* (Hrsg.), *Der Streit um Differenz*, S. 31-58 (52).

30 *Butler*, *Gender Trouble*, S. 173.

31 *Butler*, *Bodies That Matter*, S. 188.

32 Siehe statt vieler *Hinterberger*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), *Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht*, S. 155-186.

33 Zur Dekonstruktion als Methode und der Konzeption der Untersuchung siehe Kapitel 2 § 3 und § 4.

selbstverständlich zu sein scheint, muss es im Migrationskontext stets wiederholt werden.³⁴

Illegalität entzieht sich einer phänomenologischen Betrachtung. Sie ist, wie beispielsweise auch das Eigentum,³⁵ normgeprägt. Daher liegt der Fokus der Arbeit auf der Prägung bzw. der Konstruktion von Illegalität(en). Es geht um die Prozesse, welche zu Illegalitäten führen bzw. diese herstellen. Diese sind wesentlich komplexer und vielschichtiger, als es der verbreitete (Il-)Legalitäts-Dualismus³⁶ suggeriert. Es gibt im Bereich der Migration nicht den einen „Code“, der allein über Legalität und Illegalität entscheidet. Es existieren vielmehr unterschiedliche Regelungen, Mechanismen und Prozesse, welche in einzelnen Kontexten zu Illegalisierungen führen. Dies hat zur Folge, dass es zu einer Vielzahl von Schattierungen kommt, die sich in der Intensität und dem Umfang unterschiedlicher Illegalisierungsgrade offenbaren. Ein erklärtes Ziel der Arbeit ist somit, die monolithischen Vorstellungen von Illegalität aufzubrechen.³⁷ Daher wird in der vorliegenden Arbeit „Legalität“ terminologisch auch nicht mit „Illegalität“ im Singular kontrastiert, sondern mit „Illegalitäten“. In der Verwendung des Plurals kommt die Vielfalt zugrundeliegender Illegalisierungen zum Ausdruck.

Die vorliegende Arbeit zeichnet sich durch eine um- und zusammenfassenden Darstellung des komplexen Regelungsgeflechts migrationspezifischer Illegalisierungen aus. Anhand der in der Konzeption der Arbeit herausgearbeiteten Perspektiven³⁸ lassen sich die Dialektik des Migrations-

34 Gut nachvollziehbar illustrieren lässt sich diese Divergenz an folgendem Beispiel: Ein Verstoß gegen Verkehrsregeln bei einer Autofahrt führt nicht dazu, dass von „illegalen Autofahrer*innen“ gesprochen wird; Migrant*innen, welche gegen Einreise oder Aufenthaltsregelungen verstoßen, werden jedoch als „illegale Migrant*innen“ bezeichnet, siehe *Clayton*, Textbook on Immigration and Asylum Law, S. 53.

35 So schon *Kant*: „Es ist kein Recht oder Eigentum ohne Gesetz“, siehe *Kant*, *Kant's gesammelte Schriften* – Band XIX, S. 482 Nummer 7665. Ausführlich zur Normprägung des Eigentumsrechts in der deutschen Rechtsordnung ausgehend von Art. 14 GG *Grochtmann*, Die Normgeprägtheit des Art. 14 GG.

36 Siehe hierzu Kapitel 3 § 1.

37 Damit wird auch der von *Thym*, ZAR 2018, S. 193-200 (198) aufgestellten Forderung nach einem Aufbrechen der vorherrschenden „semantischen Kodierung“ zur Ermöglichung von Abstufungen zumindest in Teilen entsprochen. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit sollen insbesondere die Darstellung der verschiedenen Konstruktionselemente in Kapitel 4 dabei helfen, die Vielschichtigkeit der Illegalisierungen zu veranschaulichen und eine differenzierte Betrachtung und Einschätzung ermöglichen.

38 Siehe Kapitel 2 § 4 II. 2.

rechts und die Zusammensetzung einzelner Regelungskomplexe besser nachvollziehen.³⁹

Ein weiterer innovativer Aspekt der Arbeit ist die Breite der Untersuchung. Gerade im Europarecht sind horizontale Analysen besonders wertvoll, da sie helfen, die rechtliche Fragmentierung zu überblicken, und die Kohärenz innerhalb einer Rechtsordnung fördern können.⁴⁰

Die sogleich dargestellte Untergliederung der Arbeit in vorgezogene horizontale Elemente, einzelne Konstruktionselemente und schließlich Grenzen von Illegalisierungen ermöglicht es, ein besseres systematisches Verständnis der Materie zu entwickeln, was im Rahmen einer vertieften Auseinandersetzung mit nur einzelnen Aspekten nicht in dem gleichen Maße möglich ist. Sie liefert damit zugleich auch eine hilfreiche Basis für weitere Untersuchungen im Bereich der illegalisierten Migration.

§ 3 Aufbau der Arbeit

Der Aufbau der Arbeit stellt sich – im Überblick – wie folgt dar: Einleitung – Terminologie – Methodik – Vorzeichen – Analyse – Komplement – Exzerpt.

Im Anschluss an die Einleitung widmet sich Kapitel 1 terminologischen Fragen. Es umfasst eine Übersicht über die verschiedenen Begrifflichkeiten, welche neben den verbreiteten Bezeichnungen als „illegal“ und „irregulär“ auch Beschreibungen wie „undokumentiert“, „status-prekär“, „sans-papier“ und „clandestinos“ umfassen. Im Rahmen der Auseinandersetzung mit dieser Begriffsdiversität wird auch die Möglichkeit einer kontextbezogenen Terminologievarianz erörtert. Im Anschluss daran, wird die Entscheidung begründet, im Rahmen der vorliegenden Arbeit die Terminologie der „illegalisierten“ Migration zu verwenden. Diese stützt sich im Wesentlichen auf eine Fokusverschiebung: weg von den betroffenen Personen und hin zum gesellschaftlichen Prozess sowie zu einer Vermeidung unintendierter performativer Wirkungen. Ergänzend werden sprachökonomische Erwägungen, die gegen eine Verwendung sprechen könnten, entkräftet und auf die Kritik an der gewählten Begrifflichkeit repliziert. Nachdem

39 Für eine Konzeptualisierung anhand der „Illegalisierungs-Zyklen“ der migrierenden Personen einerseits und des Staates andererseits siehe *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, die eine klare Antwort auf die Frage, wann eine Illegalität/Irregularität angenommen wird, jedoch schuldig bleibt.

40 Siehe *Thym*, *EJML* 2019, S. 166-193 (175 f.).

die Merkmale einer Definition des zentralen Begriffs der illegalisierten Migration erläutert werden, schließt das Kapitel mit einer ausführlichen Auseinandersetzung mit verschiedenen *topoi*, unter denen Grenz- und Graubereiche verhandelt werden. In diesen Diskussionen um Grenz- und Graubereiche, wie sie auch vielfach im Rahmen der Dekonstruktion der vorliegenden Arbeit zum Vorschein kommen, spiegeln sich unterschiedliche Blickwinkel wieder, welche zwar keine direkte Anwendung in der Arbeit finden, bei deren Kontextualisierung jedoch hilfreich sind.

Die Ausführungen in Kapitel 2 zur Methodik verfolgen ein doppeltes Ziel: Sie dienen zunächst der Offenlegung und Selbst-Bewusstmachung des Vorverständnisses, mit welchem der Verfasser die Analyse verfasst und sich selbst im (wissenschaftlichen) Diskurs verortet. Ferner erläutern sie, wie die Arbeit konzipiert wurde. Die spezifische Prägung bzw. das Vorverständnis des Verfassers werden in den Ausführungen zu den klassischen Methoden in der Rechtswissenschaft offengelegt. Die folgenden Ausführungen zur Hermeneutik erläutern die Bedeutung des Vorverständnisses und bilden die Grundlage für den letztlich gewählten dekonstruktiven Ansatz. Die als radikalisierte Fortschreibung der Hermeneutik begriffene Dekonstruktion wird zunächst in ihren Grundzügen dargelegt, auf ihre Methodentauglichkeit hinterfragt. Mögliche Gefahren bei deren Anwendung werden erörtert, bevor auf die Verwendung im rechtswissenschaftlichen Kontext eingegangen wird. Unter Bezugnahme auf andere dekonstruktive Untersuchungen, insbesondere aus den Reihen der *critical legal studies*, orientiert sich der für die vorliegende Arbeit gewählte Ansatz an den methodischen Überlegungen von *Baer* zu Dekonstruktion und Subjektkonstruktion.

Die Konzeption der Untersuchung ist durch verschiedene Merkmale spezifiziert. Der facettenreiche Gegenstandskomplex wird durch das Merkmal der Migrationsspezifität und die Fokussierung auf die unionsrechtliche Regelungsebene konkretisiert. Ein weiteres zentrales Element bei der Konzeption der Arbeit sind die Perspektiven, die der Arbeit, ergänzend zum bereits beschriebenen Aufbau der Analyse, Struktur und Stringenz verleihen. Die gewählten Perspektiven umfassen eine nützlichkeitsorientierte, ökonomische Betrachtung, einen neutralen Ordnungsblickwinkel und eine altruistisch geprägte, humanitäre Perspektive. Es wird im Folgenden dargelegt, inwiefern sich Perspektiven von übergeordneten Strukturbegrifflichkeiten wie Modellen, Typen oder Leitbildern unterscheiden, und warum es sich anbietet, sie im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu verwenden. Zur Beschreibung des im „Ringens“ der Perspektiven entste-

henden Spannungsfeldes wird abschließend der Begriff der Dialektik eingeführt.

Kapitel 3 behandelt grundlegende Aspekte der Analyse sowie die einschlägige Rechtsentwicklung als Vorzeichen der Analyse. Die „vor die Klammer gezogenen“ grundlegenden Aspekte umfassen zunächst die Untersuchung des (Il-)Legalitäts-Dualismus im Europäischen Migrationsrecht, welche aufzeigt, dass die für die Arbeit zentrale Unterscheidung von „legaler“ und „illegaler“ Migration real, verbreitet und relevant ist. Als zweiter Aspekt wird der primärrechtliche Ausgangspunkt untersucht, welcher die weitgehend im Sekundärrecht ausgestalteten Konstruktionselemente prägt, und dessen Genese Einblicke in das konkrete „Ringens“ der Perspektiven gewährt. Die als letzter grundlegender Aspekt behandelte Grundprogrammierung (migrationspezifischer Illegalisierungen) im Unionsrecht zeichnet eine Unterscheidung von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen anhand abweichender Regelungsmustern vor, welche in den verschiedenen Konstruktionselementen Anwendung finden. Abschließend wird der Analyse zur Kontextualisierung ein Überblick über die Entwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene mit Bezug auf illegalisierte Migration als Vorzeichen vorangestellt.

Kapitel 4 enthält eine ausführliche Analyse der zentralen Konstruktionselemente migrationspezifischer Illegalitäten, deren Reihenfolge sich am exemplarischen Ablauf illegalisierter Migrationsbiographien orientiert.

Im Rahmen der Migrationskontrollinstrumente (§ 1) wird das Augenmerk insbesondere auf Grenzkontrollen und deren „Virtualisierung“ gelegt, wobei auch die jüngeren Bestrebungen nach Interoperabilität der informationstechnischen Systeme und Datenbanken thematisiert und unter Datenschutzgesichtspunkten beleuchtet wird. Die damit einhergehende Festlegung und Verschiebung räumlicher und zeitlicher Anknüpfungspunkte migrationsrechtlicher Regelungen ist von zentraler Bedeutung für die Konstruktion der Illegalisierungsprozesse.

Auch die folgende Analyse der Außendimension (§ 2) ist für die Konstruktion migrationspezifischer Illegalisierungen dahingehend relevant, dass in diesem Zusammenhang die Zeitpunkte und Örtlichkeiten, an denen Migrant*innen mit dem Migrationsrechtsregime in Kontakt treten, definiert und verschoben werden und der Wirkungsrahmen von Illegalisierungen über das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten hinaus ausgedehnt wird. Zunächst wird an dieser Stelle die Entwicklung der Außendimension nachgezeichnet und beleuchtet, bevor Fragen der Kompetenzverteilung in diesem Zusammenhang geklärt werden. Die Auseinandersetzung mit einzelnen Externalisierungen, welche im Rahmen der Untersuchung in au-

tonome und kooperative Formen unterteilt werden, umfassen das Visaregime, Sanktionen für Beförderungsunternehmen, Rückübernahmeabkommen und Hotspots.

Die Einbindung von nicht-migrierenden Personen in Illegalisierungskontexte (§ 3) wird anhand von Beihilfekonstellationen und der Kooptation von Arbeitgebenden und Beförderungsunternehmen erläutert. Diese Einbindung bringt ebenso die Breite und Vielfalt der Illegalisierungen zum Ausdruck wie die Streuung über verschiedene Regelungsbereiche, welche vordergründig andere Regelungsziele verfolgen. Ferner werden mit der Einbeziehung der eigenständig teil-illegalisierten Dritten neue Zwischenstufen der Illegalisierung geschaffen und Sonderformen illegalisierter Subjekte kreiert.

Die folgenden Ausführungen zur Instrumentalisierung von vulnerablen Personen (§ 4) zeigen die Nützlichkeitsabwägungen auf, welche sich hinter den Regelungen zu Opfern von Menschenhandel und Migrant*innen in illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen verbergen.

Das Aufenthaltsrecht im engeren Sinne (§ 5) ist zentral für die Zuschreibungen von Illegalität. Dabei zeigt ein genauer Blick, dass es eine Vielzahl von Abstufungen gibt, welche die binäre Einteilung in „legal“ und „illegal“ herausfordern. Dies wird einerseits daran veranschaulicht, dass auch Unionsbürger*innen und Personen die auf „legalem“ Wege migrieren (z.B. Studierende) von migrationspezifischen Illegalisierungen betroffen sein können. Andererseits zeigt sich in Situationen, in denen eine Rückführbarkeit gehindert wird oder unmöglich ist, oder in denen die formelle und die materielle Rechtslage divergieren, dass der aufenthaltsrechtliche (Il-)Legalitäts-Dualismus eine Illusion ist. Daher wird auch mit Blick auf die dauerhafte Möglichkeit eines Statuswandels dafür plädiert, nicht an einer binären Einteilung von „legal“ und „illegal“ festzuhalten, sondern die unterschiedlichen Intensitäten der Illegalisierung in einem Kontinuum zu denken.

Vor diesem Hintergrund werden „Legalisierungen“ in der vorliegenden Arbeit als Verschiebungen zugunsten der betroffenen Personen innerhalb dieses Kontinuums begriffen und konsequenterweise als De-Illegalisierungen bezeichnet (§ 6), womit wiederum die mit einer festen Grenzziehung einhergehenden Probleme bei der Einordnung vermieden werden. Ferner wird analysiert, welche Formen von De-Illegalisierungen es gibt und wie diese sich kategorisieren lassen, sowie der Frage nachgespürt, ob es in manchen Fällen eine Pflicht zur De-Illegalisierung gibt.

Auch die öffentliche Ordnung und Sicherheit (§ 7) spielt eine gewichtige Rolle bei der Konstruktion der Illegalisierungsprozesse. Quer durch die

verschiedenen Regelungsbereiche finden sich Vorbehalte im Zusammenhang mit der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, an die neben zugangs- und aufenthaltsbezogenen Einschränkungen eine Vielzahl anderer, teils gravierender Beschränkungsmöglichkeiten geknüpft ist. Insofern zeigt sich ein erhebliches Illegalisierungspotenzial, welches erst bei einer breit gestreuten Betrachtung in seinem ganzen Ausmaß deutlich wird. Diese flächendeckende Illegalisierungsreserve darf bei einer Dekonstruktion der Illegalisierungsprozesse nicht außer Acht gelassen werden.

Zum Schluss des Kapitels (§ 8) wird die Perpetuierung von Illegalisierungen anhand von Einreiseverboten erläutert und die darin zum Ausdruck kommende Verschmelzung migrationsrechtlicher und strafrechtlicher Regelungsbereiche thematisiert.

Kapitel 5 beschreibt – komplementär zu der Analyse der Konstruktionselemente – die Grenzziehungsfunktion der Menschenrechte in Bezug auf migrationsspezifische Illegalisierungen. Es werden die zentralen Menschenrechtsabkommen (GFK, EMRK, GRC) und deren Bedeutung für den Kontext illegalisierter Migration skizziert und voneinander abgegrenzt, wobei im Rahmen des Anwendungsbereichs der EMRK migrationsbezogen auf das Modell „funktionaler Hoheitsgewalt“ eingegangen wird. Im Anschluss werden Non-Refoulement und Folterverbot, das Recht auf Privatleben, Verfahrensgarantien sowie das Recht auf Ausreise als zentrale Garantien im Migrationskontext und deren Grenzziehungsfunktion im Zusammenhang mit illegalisierter Migration erörtert.

Abschließend wird die Arbeit im Exzerpt noch einmal in konzentrierter Weise resümiert.

Kapitel 1 Terminologie: Aufarbeitung, Kritik und Adaption der Begriffsdiversität

Eine tiefgreifende und gewissenhafte Auseinandersetzung mit terminologischen Fragen ist gleichermaßen notwendig wie gewinnbringend.

Wie bereits dargelegt folgt aus der Wirkmächtigkeit von Sprache und Begriffen die Notwendigkeit einer bewussten Entscheidung für eine exakte Terminologie.⁴¹ Eine präzise Wahl und differenzierte Verwendung von Begrifflichkeiten steigert zudem das Verständnis und stellt die Anschlussfähigkeit im (rechtswissenschaftlichen) Diskurs sicher.⁴²

Eine strikte Trennung oder gar Kontrastierung terminologischer Fragen von inhaltlichen Themen⁴³ kann nicht überzeugen.⁴⁴ Wie etwas bezeichnet wird, ist bereits Teil einer inhaltlichen Auseinandersetzung. Daher ist es angezeigt, sich mit der Frage, welche Begrifflichkeit aus welchen Gründen in welchen Konstellationen als sinnvoll erachtet werden kann, umfassend und ernsthaft auseinanderzusetzen.

Die Frage, wie sich das Phänomen illegalisierter Migration terminologisch am besten fassen lässt, ist komplexer als es auf den ersten Blick scheint. Daher wird im Folgenden zunächst die bestehende Begriffslandschaft aufgearbeitet (§ 1) und deren Verwendung kritisch hinterfragt (§ 2). In der Folge wird vor dem Hintergrund des entwickelten Vorschlages einer „kontextbezogenen Terminologievarianz“ (§ 3) dargelegt, warum in der vorliegenden Arbeit der Begriff der „illegalisierten“ Migration verwendet wird (§ 4), die Kritik an der Begriffsverwendung entkräftet (§ 5) und

41 Zur performativen Wirkung von Sprache siehe Einleitung § 1 I und II.

42 Man könnte auch sagen, dass es die Chance erhöht, dass Kommunikation gelingt. Zur Kommunikation als Operation in einem sozialen System siehe *Luhmann, Soziale Systeme*, 191 ff. der davon ausgeht, dass „Kommunikation gelingt [...], indem drei Selektionen (Information/Mitteilung/Verstehen) eine Einheit bilden, an die Weiteres angeschlossen werden kann.“ S. 330.

43 Siehe *Menezes Queiroz, Illegally Staying in the EU*, S. 8, die sich anstelle terminologischer Fragen lieber einer „*issue of substance*“ widmen möchte.

44 Wenngleich an dieser Stelle nicht in Frage gestellt werden soll, dass eine Auseinandersetzung um Begrifflichkeiten in der Praxis teilweise von dringlicheren Problemen ablenken und die Diskussion auf einen Nebenschauplatz verlagern kann. Tatsächlich wird die materiellrechtliche Lage für die betroffenen Personen regelmäßig eine gewichtigere Rolle spielen als die Frage, wie sie selbst oder ihr Aufenthalt bezeichnet wird.

eine Definition bereitgestellt (§ 6). Es folgt eine Vorstellung verschiedener *topoi* unter denen (rechtliche) Graubereiche diskutiert werden (§ 7). Diese finden zwar im Rahmen der vorliegenden Arbeit aus verschiedenen Gründen letztlich keine Anwendung, bieten jedoch aufschlussreiche Zugänge zu der komplexen Thematik rechtlicher Graubereiche und illustrieren darüber hinaus eindrücklich, wie schwer es ist, diese Graubereiche terminologisch zu greifen.

§ 1 Übersicht über die Begriffslandschaft

Naheliegender wäre es zunächst, sich an die Terminologie zu halten, wie sie im Unionsrecht, dem primären Untersuchungsgegenstand, verwendet wird.⁴⁵ In den Gesetzestexten der EU wird überwiegend die Begrifflichkeit der „Illegalität“ verwendet. So finden sich im Unionsrecht die Begriffe „illegale Einwanderung“ und „illegale Einwanderer“.⁴⁶ Wenn von den betroffenen Personen selbst gesprochen wird, werden inzwischen allerdings an Stelle des Begriffs der „illegalen Einwanderer“ die differenzierteren Beschreibungen als „illegal aufhältige[r] Drittstaatsangehöriger“⁴⁷ oder „Personen, die die Grenze unerlaubt überschreiten“⁴⁸ verwendet. Dies kann als Zeichen einer zunehmenden Sensibilisierung gesehen werden, da sich die Zuschreibung von Illegalitäten auf den Aufenthalt bzw. den Grenzübertritt beschränkt und nicht die Person als solche entsprechend attribuiert. Gleichwohl bleibt es grundsätzlich bei der Verwendung der Terminologie der „Illegalität“. Bereits in diesem Punkt ist die Begriffsverwendung jedoch nicht einheitlich. So findet sich teils auch die Beschreibung als „unerlaubte“ Ein- und Durchreise oder als „unerlaubter“ Aufenthalt.⁴⁹ Der Termino-

45 Die folgenden Ausführungen hierzu finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (129 ff.).

46 Siehe nur Art. 1 der VerbindungsbeamtenVO.

47 Siehe Art. 1 und 2 Abs. 1 RückführungsRL.

48 Siehe Art. 13 Abs. 1 Schengener Grenzkodex. Dieser lautet in der englischen Version: „*persons who have crossed the border illegally*“.

49 Im Englischen „*unauthorised*“, im Spanischen hingegen „*irregulares*“, siehe ErwGr. 3 der BeihilfeRL in den verschiedenen Sprachfassungen. Auch und im Rahmenbeschluss 2002/946/JI findet sich noch der Begriff der „unerlaubten“ Ein- und Durchreise bzw. Aufenthalt.

logie der „Illegalität“ wird seit einiger Zeit der konnotationsärmere⁵⁰ Begriff der „Irregularität“ zur Seite gestellt. Eine kohärente Anwendung hat sich diesbezüglich jedoch noch nicht etabliert. Die Kommission verwendet beispielsweise in der Mitteilung zur Rückkehrpolitik von 2014 sowohl die Begriffe „irreguläre Migrationsströme“, „irreguläre Migranten“ und „irreguläre Migration“ als auch „illegal aufhältige Drittstaatsangehörige“.⁵¹ An gleicher Stelle wird zudem von „legaler Zuwanderung“ gesprochen und nicht etwa von „regulärer Zuwanderung“.⁵² Auch in der Europäischen Migrationsagenda 2015⁵³ finden sich sowohl die Begriffe des „illegalen“ als auch des „irregulären“ Aufenthalts innerhalb eines Dokuments, wenngleich die weit überwiegende Verwendung des Begriffs der „Irregularität“ darauf schließen lässt, dass sich dieser allmählich durchsetzt. In den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 28. Juni 2018, wird einerseits von „illegale[r] Migration“ gesprochen, andererseits von „irregulären Migranten“.⁵⁴

Auch in der Literatur finden sich weiterhin beide Begriffe,⁵⁵ wobei hier ebenfalls verstärkt der Begriff der Irregularität benutzt wird. Außerhalb der EU-Institutionen besteht eine große Vielfalt an Begrifflichkeiten. Diskutiert werden unter anderem „undokumentiert“,⁵⁶ „unautorisiert“, „*sans-papier*“, „status-prekär“ und „*clandestinos*“;⁵⁷ in der GFK wird in Art. 31 Abs. 1 in der englischen Fassung von „*illegal entry or presence*“ gesprochen, in der

50 Siehe *Pinkerton/McLaughlan/Salt*, Home Office Online Report 58/04: Sizing the Illegally Resident Population in the UK (2nd Edition), S. 1, m.w.N., die in ihrem Bericht jedoch weiterhin „*illegal immigrant*“ verwenden.

51 Europäische Kommission, Mitteilung zur Rückkehrpolitik der EU, COM(2014) 199 final vom 28. März 2014, S. 2.

52 Europäische Kommission, Mitteilung zur Rückkehrpolitik der EU, COM(2014) 199 final vom 28. März 2014, S. 2.

53 Europäische Kommission, Die Europäische Migrationsagenda, COM(2015) 240 final vom 13. Mai 2015.

54 Siehe Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 28. Juni 2018, EUCO 9/18, unter I.2 und I.4, sowie I.6 und I.10.

55 Siehe statt vieler nur die unterschiedliche Begriffsverwendung in den Beiträgen in *Hailbronner/Thym*.

56 Siehe *Noll*, EJML 2010, S. 143-147 und *Gunneflo/Selberg*, EJML 2010, S. 173-191 (174) welche „*undocumented*“ als synonym zu „*sans-papier*“ ansehen.

57 Siehe *Triandafyllidou/Ilios*, in: *Triandafyllidou* (Hrsg.), Irregular Migration in Europe, S. 1-21 (2 f.), mit weiteren Ausführungen und Nachweisen zu den einzelnen Begrifflichkeiten, jedoch ohne Festlegung auf eine einheitliche Verwendung, sowie *Jandl/Vogel/Iglicka*, Report on Methodological Issues, S. 6 ff., und *Bauder*, International Journal of Refugee Law 2014, S. 327-332 (329).

französischen Version hingegen von „*entrée ou de leur séjour irréguliers*“, obwohl auch im Französischen der Begriff „*illégal*“ existiert.⁵⁸

§ 2 Auseinandersetzung mit den Begrifflichkeiten

Im Folgenden soll auf die verschiedenen Begrifflichkeiten und die Frage nach ihrer passenden Verwendung eingegangen werden. Die Bezeichnungen als „undokumentiert“ oder „papierlos“ können in spezifischen Fällen sinnvoll sein, um auf einen besonderen Aspekt der Illegalisierung hinzuweisen; sie eignen sich jedoch nicht als umfassende Beschreibung, da es auch dokumentierte illegalisierte Migrant*innen gibt.⁵⁹ Sie scheiden somit für die vorliegende Untersuchung aus. Gleiches gilt für den zwar etwas weiteren, aber ebenfalls beschränkten Begriff der Klandestinität, welcher, gezielt eingesetzt, das Leben vieler Migrant*innen außerhalb der Öffentlichkeit und die informellen Regelungsaspekte akzentuieren kann, für die vorliegende Untersuchung aber zu eng gefasst ist. Migrant*innen werden zwar oft in die Heimlichkeit gezwungen, sie befreien sich jedoch teilweise auch bewusst daraus. Zudem sind die Regelungen an sich weder geheim, noch streben sie Heimlichkeit in irgendeiner Form an. Die Bezeichnung als unautorisierte Migration ist weitestgehend synonym zu illegaler bzw. irregulärer und stellt somit keinen Mehrwert dar. Gemein ist diesen Begrifflichkeiten ferner eine Fokussierung auf einen Mangel.⁶⁰ Auch die begriffliche Konzentration auf den prekären Status erweist sich als unpassend, da der Untersuchungsgegenstand wesentlich weiter gefasst ist und nicht nur Statusfragen, sondern beispielsweise auch den Gebietszugang, Staatenkooperation, Kontrollen und vieles mehr betrifft.

58 Beide Sprachversionen sind nach Art. 46 GFK gleichermaßen authentisch. In der (nicht authentischen) deutschen Version wird nur „illegal“ verwendet, die italienische hingegen verwendet im selben Absatz einmal „*illegali*“ und einmal „*irregolari*“, die spanische spricht einmal von „*ilegales*“ und einmal von „*sin autorización*“.

59 Beispielsweise sind ausreisepflichtige Migrant*innen den staatlichen Behörden oftmals bekannt und ihr Aufenthalt und ihre Migrationsbiographie entsprechend ausführlich dokumentiert. Gleichwohl ist ihr Aufenthalt illegalisiert. Gleiches gilt für die Einreise mit gefälschten Dokumenten. Auch hier besteht eine Illegalisierung bei gleichzeitiger Dokumentation.

60 Gemeint ist beispielsweise ein Mangel an Dokumenten, Sichtbarkeit oder Autorisierung, siehe *Bauder*, *International Journal of Refugee Law* 2014, S. 327-332 (329).

Damit verbleiben noch die weitverbreitetsten Bezeichnungen als „illegal“ oder „irregulär“, auf welche im Folgenden ausführlicher eingegangen wird.

In Anbetracht der bereits dargelegten inkonsequenten Trennung der Begriffe im Unions- und Völkerrecht scheint es auch nachvollziehbar, diese schlicht als synonym zu betrachten und entsprechend auch synonym zu verwenden und der Frage damit aus dem Weg zu gehen.⁶¹ Mit dem Hinweis auf die synonyme Verwendung lässt sich der oftmals präferierte Begriff der „Irregularität“ verwenden, ohne sich von der Terminologie der Gesetzestexte wirklich abgrenzen zu müssen. Es verhält sich dabei in etwa wie mit dem oftmals in den ersten Fußnoten eines Textes zu findenden Hinweis, dass trotz der Verwendung des generischen Maskulinums selbstverständlich Menschen aller Geschlechter angesprochen werden sollen (aufgrund der besseren Lesbarkeit jedoch auf eine alternative Formulierung verzichtet werde).⁶² Letztlich handelt es sich in beiden Fällen um eine Art „Feigenblatt“, welches die Inkonsequenz in vollem Bewusstsein des Problems verdecken soll. Einerseits zeugt das darin zum Ausdruck kommende Unbehagen von einer willkommenen Sensibilisierung, andererseits wäre es bisweilen wohl ehrlicher und einfacher, darauf zu verzichten. Dementsprechend soll die Frage der Terminologie an dieser Stelle nicht einfach übergangen werden.

§ 3 Verwendungskontexte

Im Hinblick auf die Beschreibung illegalisierter Migration könnte ein möglicher Lösungsansatz in einer kontextbezogenen Terminologievarianz bestehen. Eine abwechselnde Verwendung von Begrifflichkeiten würde zwar offensichtlich nicht der Vereinheitlichung dienen, ermöglichte jedoch eine dem jeweiligen Kontext angepasste sprachliche Präzision. Es macht einen entscheidenden Unterschied, ob ein Text aus einer rechtssetzenden oder aus einer beschreibenden Perspektive formuliert wird. Insofern ist es nachvollziehbar, wenn in einem Gesetzestext ein Sachverhalt oder Verhalten als „illegal“ bezeichnet wird, da dieser eben durch die ent-

61 Für die explizit synonyme Verwendung siehe nur *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 8.

62 Siehe zur Adressierung von Menschen unterschiedlicher geschlechtlicher Zuordnung auch die Ausführungen in Fn. 2.

sprechende Formulierung gerade diese Wirkung entfaltet.⁶³ Der in rechtswissenschaftlichen Texten oftmals zu findende Hinweis, dass die Wahl der Begrifflichkeiten sich am Gesetzestext orientiert, ist im Grunde nicht verkehrt, greift jedoch bisweilen zu kurz. Schon um Missverständnissen vorzubeugen, ist eine möglichst einheitliche Terminologie grundsätzlich empfehlenswert und da der Rechtstext meist vor der rechtswissenschaftlichen Untersuchung besteht, ergibt es in der Regel Sinn, sich daran zu orientieren. Daher wäre es vorzuziehen, entsprechend der Wortwahl in den Gesetzestexten auch in wissenschaftlichen Texten von illegaler Migration und nicht von irregulärer Migration zu sprechen.⁶⁴

Nun unterscheidet sich, wie bereits erwähnt, die Perspektive einer wertenden Betrachtung von der rechtsetzenden. Im konkreten Fall bedeutet das, dass durch die Rechtsetzung Migration in bestimmten Situationen und Kontexten illegalisiert wird, so dass der Untersuchungsgegenstand dann entsprechend eine illegalisierte (oder eben entsprechend eine „nicht-illegalisierte“) Migration ist. Mit dieser Terminologie lässt sich somit einerseits aufgrund des mit dem Gesetzestext identischen Wortstammes Unklarheiten und Missverständnissen vorbeugen, welche bei einem abweichenden Wortstamm (irregulär) auftreten können. Zugleich besteht die Möglichkeit, die unterschiedlichen Perspektiven zu verdeutlichen.

Bis hierhin soll festgehalten werden, dass (1.) abweichende Formulierungen in unterschiedlichen Verwendungskontexten sinnvoll sein können, (2.) grundsätzlich eine einheitliche Terminologie zu bevorzugen ist und Abweichungen entsprechend gerechtfertigt werden müssen. Da die Gesetzestexte die Begrifflichkeit der Illegalität verwenden, ist grundsätzlich eine entsprechende Terminologie vorzuziehen. Innerhalb dieser Terminologie der Illegalität besteht jedoch ein gewisser Spielraum im Rahmen der Wortbildung. Das Adjektiv (illegal) kann in das Verb in Form des Partizip Perfekts (illegalisiert) abgeleitet werden. Darauf, warum die Verwendung der Ableitung (illegalisiert) geboten ist, soll im Folgenden noch näher eingegangen werden.

63 Etwas schwieriger wird es hingegen, wenn sich in gesetzlichen Regelungen Verweise finden. Werden an anderer Stelle Regelungen geschaffen, welche beispielsweise an eine „illegale Einreise“ anknüpfen, ist damit regelmäßig keine eigenständige performative Wirkung intendiert. Insofern wäre in Verweisungs- und Anknüpfungssituationen auch in gesetzlichen Regelungen konsequenterweise von einer (an anderer Stelle) „illegalisierten Einreise“ zu sprechen.

64 So beispielsweise *Waasdorp/Pahladsingh*, BJCLCJ 2017, S. 247 (248).

§ 4 Warum „illegalisierte“ Migration?

Warum ist es sinnvoll, im Rahmen einer Untersuchung wie der vorliegenden von „illegalisierter Migration“ oder „illegalisierten Migrant*innen“, „illegalisiertem Aufenthalt“ etc. zu sprechen?

I. Fokusverschiebung zum gesellschaftlichen Prozess

Die gewählte Begrifflichkeit der Illegalisierung verschiebt den Fokus weg von der Person und hin zu dem gesellschaftlichen Prozess, der Handlungen, Situationen und Personen das Stigma der Illegalität verleiht.⁶⁵ Darin besteht der zentrale Grund für die Vorzugswürdigkeit der abweichenden Begriffsverwendung. Eine solche Fokusverschiebung lässt sich mit der Terminologie der „Irregularität“ nicht erreichen, sofern nicht von „irregularisierter Migration“ gesprochen würde, was jedoch eine weitergehende Entfernung vom Gesetzeswortlaut bedeuten würde.⁶⁶ Eine solche Blickwinkelverschiebung ist nicht in allen Situationen gleichermaßen sinnvoll und angebracht, daher das obenstehende Plädoyer für eine kontextabhängige Anpassung und Verwendung. Dennoch scheint es in der Mehrzahl der Texte im Zusammenhang mit illegalisierter Migration zutreffender zu sein, diese auch genau so zu bezeichnen,⁶⁷ sofern mit dem (gegebenenfalls schriftlichen) Sprechakt nicht gerade die performative Wirkung der Illegalisierung bezweckt ist. Dies gilt sowohl für den Oberbegriff der illegalisierten Migration als auch für die Bezeichnung der betroffenen Personen als illegalisierte Migrant*innen.

65 Ebenso, wenngleich mit anderer Begründung und beschränkt auf die Bezeichnung von Personen, *Bauder*, *International Journal of Refugee Law* 2014, S. 327-332.

66 So aber, da es sich um sozial- und politikwissenschaftliche Beiträge ohne direkten Bezug zum Gesetzeswortlaut handelt letztlich konsequent, *Jansen/Celikates/Bloois* (Hrsg.), *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe*.

67 Für eine Dekonstruktion von Illegalitäten ist sie prädestiniert, da darin bereits zum Ausdruck kommt, dass Illegalitäten durch Illegalisierungen produziert werden.

II. Vermeidung unintendierter performativer Wirkungen

Wie bereits beschrieben, sollte die Bedeutung von Sprache und Begrifflichkeiten nicht unterschätzt werden. Sprache ist komplex, und sie ist mehr als ein funktionales Werkzeug der Beschreibung: Sie selbst hat Einfluss auf die (soziale) Realität. Die wiederholte Attribuierung von Personen als „illegal“ konstruiert diskursiv das Subjekt der/des „illegalen Migrant*in“,⁶⁸ selbst wenn eine solche performative Wirkung nicht gewollt ist. Dieser soziale Konstruktionszusammenhang kann mit der Bezeichnung als illegalisierte Migration bzw. illegalisierte Migrant*innen durchbrochen oder zumindest erheblich abgeschwächt werden.

III. Entkräftung sprachökonomischer Erwägungen

Neben verschiedenen Funktionskontexten kann auch das Argument der Sprachökonomie für die Bezeichnung als „illegale Migration“ ins Feld geführt werden. Sofern der entsprechende Prozess nicht als besonders erwähnenswert angesehen wird, wird die Kommunikation mit dem geringsten Artikulationsaufwand betrieben. Anstelle des „rot lackierten Autos“ wird lediglich vom „roten Auto“ gesprochen und anstelle der „sauber gemachten Wohnung“ schlicht von der „sauberen Wohnung“, sofern dem Lackieren oder Saubermachen nicht kontextbezogen eine (besondere) Relevanz zugesprochen wird. Demnach wäre es sprachökonomisch indiziert von „illegaler“ statt „illegalisierter“ Migration zu sprechen, wenn es dafür keinen kontextbezogenen Anlass gibt.

Die Bedeutung sprachökonomischer Erwägungen kann sicherlich auch schon an sich bezweifelt werden, im Rahmen (umfangreicher) wissenschaftlicher Untersuchungen sind sie in Anbetracht der allgemeinen Textlänge wohl tatsächlich vernachlässigbar. In jedem Fall sind der dargelegte Fokuswechsel und die exakte Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes ausreichende kontextbezogene Gründe, in der vorliegenden Arbeit sprachökonomische Erwägungen zurückzustellen.⁶⁹

Im Rahmen einer linguistischen Annäherung ist ferner interessant, dass in vielen Fällen die sprachliche Attribuierung den entsprechenden Prozess-

68 Zur Subjektkonstruktion siehe Kapitel 2 § 3 IV. 2.

69 Das dürfte im Übrigen für die große Mehrzahl wissenschaftlicher Texte in diesem Bereich gelten und gilt entsprechend auch für sprachökonomische oder sprachästhetische Argumente gegen die Verwendung einer gendergerechten Sprache.

bezug beinhaltet. Beispielsweise wird im Fall der „ausgegrenzten Person“, des „zerstörten Gebäudes“ oder der „verbotenen Tätigkeit“ im Rahmen der Attribuierung immer auch der dahinterstehende Prozess (der Ausgrenzung, Zerstörung oder des Verbots) artikuliert.⁷⁰ Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ist dabei insbesondere das letzte Beispiel interessant. Während sich Handlungen verbieten, untersagen oder nicht genehmigen lassen und es entsprechend keine sprachlichen Schwierigkeiten bei Konstruktionen wie der „verbotenen Einreise“, der „untersagten Arbeit“ oder der „nicht genehmigten Weiterreise“ gibt, lassen sich Personenbezüge nicht entsprechend verknüpfen. Es gibt keine „verbotenen“ oder „untersagten“ Verkäufer*innen, Student*innen oder Fußballspieler*innen – es ist allenfalls das Verkaufen, Studieren oder Fußballspielen verboten. Gleiches gilt für Migrant*innen. Nicht diese werden verboten oder untersagt, sondern deren Handlung(en).

Zusammenfassend ist die gewählte Terminologie der „Illegalisierung“ weniger missverständlich und exakter als die der „Irregularität“. Die Abweichung vom Gesetzeswortlaut ist aufgrund desselben Wortstammes gering, die Anpassung mithin minimalinvasiv und somit auch unter sprachökonomischen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Aufgrund der positiven Aspekte der Fokusverschiebung und der Vermeidung ungewollter performativer Wirkung ist es vorzugswürdig, von „illegalisierter Migration“ zu sprechen.

§ 5 Erwiderung auf die Kritik an der verwendeten Begrifflichkeit

Der Begriff der „illegalisierten Migration“ wird bislang nur selten verwendet,⁷¹ folglich sind auch kritische Auseinandersetzungen damit bislang rar. Einen nicht unerheblichen Einwand gegen die Verwendung des Begriffs der/des illegalisierten Migrant*in artikuliert jedoch jüngst *Menezes Queiroz*, die darauf hinweist, dass die *agency*⁷² von Migrant*innen darin unzureichend berücksichtigt werde. Diese seien unter Umständen für ihren „ir-

70 Zum Vergleich wäre dies beispielsweise bei der korrespondierenden Zustandsbeschreibung als „kaputtes Gebäude“ nicht der Fall.

71 Eines der wenigen Beispiele findet sich bei den ikonographischen Auseinandersetzungen in *Bischoff/Falk/Kafebsy* (Hrsg.), *Images of Illegalized Immigration*.

72 Der Begriff lässt sich nur unzureichend übersetzen. Am ehesten kann er als „selbstbestimmte Handlungsfähigkeit“ umschrieben werden.

regulären Migrationsstatus selbst verantwortlich“,⁷³ beispielsweise weil sie ihr Visum nicht erneuert haben, keine gültigen Aufenthaltstitel besitzen oder sich weigern, einer Ausweisung Folge zu leisten.

Dieser Einwand vermag jedoch aus verschiedenen Gründen letztlich nicht zu überzeugen. Wenngleich Migrant*innen selbstverständlich bewusste Entscheidungen treffen, welche im Rahmen der Illegalisierung eine Rolle spielen, so darf doch angezweifelt werden, dass diese eben eine solche zum Ziel hatten. Wenn beispielsweise *Harragas*⁷⁴ ihre Pässe verbrennen, ist das eine bewusste und selbstbestimmte Handlung, welche oftmals auch eine politische Dimension aufweist und ein deutlicher Ausdruck von *agency* der Migrant*innen ist. Ihr Ziel ist es, damit eine unfreiwillige Abschiebung zu verhindern und nicht sich selbst zu illegalisieren. Auch die angeführten Fälle der Nichterneuerung des Visums oder des Nichtbesitzens eines gültigen Aufenthaltstitels dürften in der Regel ein anderes Ziel verfolgen. Selbst wenn die Handlung explizit dem Ziel der eigenen Illegalisierung dienen sollte, würde dies mit der Beschreibung als illegalisierte*r Migrant*in deutlicher zum Ausdruck kommen. Es wäre dann eine Form der Selbst-Illegalisierung. Abgesehen davon ist eine solche Selbst-Illegalisierung ohne entsprechende rechtliche Vorgaben überhaupt nicht möglich. Ohne Vorgaben zu Aufenthaltstiteln oder Pässen, könnte auch nicht (bewusst) dagegen verstoßen werden.

Die Ablehnung des Begriffs der Illegalisierung mit dem Hinweis auf die *agency* verkennt zudem, dass unter den *Topos* Migration nicht nur Personen und deren Perspektiven gefasst werden. Vielmehr beschreibt er abstrakt ein vielschichtiges Phänomen, welches wesentlich umfassender und komplexer ist. Insbesondere wenn eine Arbeit sich der Untersuchung einer allgemeinen Konzeption von „illegaler Migration“ durch rechtliche Konstruktionen verschreibt,⁷⁵ ist eine entsprechende terminologische Beschränkung unter Hinweis auf die betroffenen Personen schwer nachvollziehbar.

73 „[R]esponsible for their irregular immigrations status“, Menezes Queiroz, *Illegally Staying in the EU*, S. 7.

74 Der Begriff *Harraga* stammt aus dem Arabischen und bedeutet „diejenigen, die verbrennen“. Er beschreibt Migrant*innen (aus Nordafrika), welche ihre Pässe verbrennen. Eindrückliche Einblicke hierzu bei Mennel/Mokre, *Das große Gefängnis*.

75 So beispielsweise bei Menezes Queiroz, *Illegally Staying in the EU*.

§ 6 Die Definition der illegalisierten Migration

Im Rahmen der Gesetzestexte auf Unionsebene finden sich lediglich Definitionen zum illegalen Aufenthalt,⁷⁶ welche zudem meist sehr kurz und allgemein gehalten sind. Es wird pauschal auf das Nicht(mehr)-Erfüllen der Voraussetzungen für die Einreise und den Aufenthalt verwiesen. Wegen der Beschränkung auf den Aufenthalt ist die Definition für das weitere Feld der illegalisierten Migration jedoch eher unbrauchbar, da die Untersuchung illegalisierter Migration nicht nur aufenthaltsrechtliche Voraussetzungen (im engeren Sinne) näher betrachten soll, sondern auch andere Kontexte beleuchten, in denen Migration als Anlass oder Anknüpfungspunkt für eine Illegalisierung dient. Wenn es (nur) um illegalisierte Migrant*innen geht und nicht um den breiteren Kontext illegalisierter Migration, werden meist Einreise, Aufenthalt und Arbeit als entscheidende Kriterien angeführt.⁷⁷ Auch das greift jedoch letztlich zu kurz. Wenngleich die „Grenze“ zwischen illegalisierter und „nicht-illegalisierter“ Migration bisweilen schwer zu greifen ist,⁷⁸ da es eine Vielzahl an Faktoren gibt, welche an der Konstruktion illegalisierter Migration beteiligt sind und es Situationen gibt, die über diese „Grenze“ hin und her oszillieren, macht dies eine Definition nicht gänzlich obsolet.⁷⁹

Daher soll an dieser Stelle der Versuch nicht ausbleiben, dem zentralen Begriff der vorliegenden Arbeit eine gewisse Struktur zu geben.

Der Komplex illegalisierter Migration ist anhand der folgenden drei Merkmale zu bestimmen:

1. ein Migrationsbezug
2. eine Form der Illegalisierung und
3. eine spezifische Verknüpfung der beiden ersten Merkmale.

76 Art. 3 Nr. 2 RückführungsRL.

77 Diese Kriterien können zu verschiedenen Zeitpunkten in unterschiedlicher Kombination zur „Irregularität“ führen, siehe *Merlino/Parkin*, Irregular Migration in Europe: EU Policies and the Fundamental Rights Gap, S. 2.

78 Siehe hierzu insbesondere die Ausführungen zum Aufenthaltsrecht in Kapitel 4 § 5.

79 So jedoch *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 15 die aufgrund der Komplexität der Faktoren die Binarität von „legal“ und „illegal“ als obsolet bezeichnet.

Der Migrationsbezug (1.) setzt stets eine physische Ortsveränderung (Migration) voraus.⁸⁰ Diese kann in der Vergangenheit, der Gegenwart oder auch erst in der Zukunft liegen. Die Gründe für die Migration sind für den Migrationsbezug im Rahmen der notwendigen Merkmale illegalisierter Migration ebenso unerheblich wie die Dauer oder der geographische Migrationsverlauf. Außerdem kann der Migrationsbezug auch Personen umfassen, welche selbst nicht migriert sind oder migrieren wollen, sofern die Illegalisierung solcher „Dritter“ dennoch mit einem Migrationsmerkmal verknüpft wird, beispielsweise, weil sie eine migrierte Person einstellen oder befördern möchten.

Eine Illegalisierung (2.) liegt vor, wenn ein bestimmtes Verhalten eingeschränkt, erschwert, verboten oder von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht wird, respektive wenn einer Person Einschränkungen, Erschwernisse oder Verbote auferlegt werden. Ebenso stellt das Auferlegen einer Handlungspflicht eine Illegalisierung dar – insbesondere, aber nicht nur, wenn ein Verstoß gegen die Handlungspflicht sanktionierbar ist.

Man könnte insoweit von einem weiten Illegalisierungsbegriff sprechen.

Schließlich muss eine spezifische Verknüpfung (3.) der beiden Merkmale vorliegen: Die Illegalisierung muss einen Migrationsbezug voraussetzen. Ein bloß zufälliges Zusammentreffen der beiden Merkmale reicht nicht

80 Die Kommission setzt bei der Definition von Migration sowohl im globalen Kontext einen (geplanten) Aufenthalt von mindestens 12 Monaten voraus („*In the global context, movement of a person either across an international border (international migration), or within a state (internal migration) for more than one year irrespective of the causes, voluntary or involuntary, and the means, regular or irregular, used to migrate.*“) als auch im Bereich der EU („*usual residence [...] for a period that is, or is expected to be, of at least 12 months*“), siehe *European Migration Network, Asylum and Migration Glossary 6.0*, S. 255. Bei einer beabsichtigten Aufenthaltsdauer von 12 Monaten in der Migrationsdefinition wären beispielsweise regelmäßig Saisonarbeiter*innen nicht von der Definition umfasst. Für die Begrifflichkeit der Migration ist daher keine bestimmte anvisierte Aufenthaltsdauer vorzusetzen, vielmehr ist bei längerfristig geplanten Aufenthalten richtigerweise von Ein- oder Zuwanderung (*immigration*) zu sprechen, welche eine Untergruppe der Migration darstellt. So bezeichnet auch die gesetzliche Grundlage der Datenerhebung zu Wanderungen, Staatsangehörigkeit und Asyl die Handlung bei einer voraussichtlichen Aufenthaltsdauer von 12 Monaten zutreffend als „Zuwanderung“, siehe Art. 2 Abs. 1 lit. b ArbeitsstatistikVO. Dass eine weitergehende Erfassung von „Migration“ im gesetzlichen Rahmen der statistischen Erfassung innerhalb der EU bislang nicht vorgesehen ist, sollte keinen Einfluss auf die Definition haben, zumal zu erwarten ist, dass mit der Einführung des geplanten Einreise-/Ausreisensystem (EES) auch eine umfassendere statistische Erhebung von Migration einhergehen wird.

aus. Das soll an dem folgenden kleinen Beispiel verdeutlicht werden: Stiehlt jemand die Geldbörse einer Person, welche aus einem anderen Land eingewandert ist, und muss deswegen eine Geldstrafe zahlen, liegt aufgrund der Einwanderung ein Migrationsbezug und wegen des gesetzlichen Diebstahlsverbots sowie der entsprechenden Verurteilung auch eine eindeutige Form der Illegalisierung vor. Die Illegalisierung des Diebstahls ist jedoch unabhängig vom Migrationsbezug und würde ebenso bestehen, wenn der Diebstahl an (oder von) einer nicht migrierten Person begangen worden wäre. Folglich handelt es sich nicht um eine migrationspezifische Illegalisierung. Besonders anschaulich lässt sich der migrationspezifische Kontext anhand der Sanktionierung eines Verstoßes gegen ein Arbeitsverbot einer migrierten Person veranschaulichen. Auch hier sind Migrationsbezug und Illegalisierung offensichtlich. Basiert das Arbeitsverbot jedoch auf einer Qualifikationsvoraussetzung, beispielsweise der Approbation bei Heilberufen, ist die Illegalisierung nicht migrationspezifisch, während es sich bei einem Arbeitsverbot, welches sich aus dem Aufenthaltstitel ergibt und auch Berufe ohne besondere Qualifikationserfordernisse umfasst, um eine migrationspezifische Illegalisierung handelt – welche entsprechend auch dem Themenkomplex der illegalisierten Migration zuzuordnen wäre.

Damit kann der vorgestellte dreigliedrige Definitionsansatz trotz seiner abstrakten Formulierung und inhaltlichen Weite das für eine Definition zwingend notwendige Abgrenzungserfordernis erfüllen und verhindert gleichzeitig eine inhaltliche Engführung, welche der Vielschichtigkeit und Komplexität des Untersuchungsgegenstandes zuwiderlaufen würde.

§ 7 *Topoi der Grenz- und Graubereiche*

Es finden sich ferner eine Vielzahl weiterer spannender *Topoi*, unter welchen die Grenz- und Graubereiche illegalisierter Migration diskutiert werden. *Menjívar* spricht hinsichtlich des ungeklärten Rechtsstatus von Migrant*innen aus Salvador und Guatemala in den Vereinigten Staaten von Schwellen- bzw. Grenzlegalität,⁸¹ *Rigo* spricht von illegaler (Staats-)Bürger-

81 „[L]iminal legality“, siehe *Menjívar*, *American Journal of Sociology* 2006, S. 999-1037.

schaft,⁸² *Düvell* von Quasi-Legalität,⁸³ *Kubal* von Semi-Legalität⁸⁴ *Lindahl* von A-Legalität⁸⁵ und *Menezes Queiroz* von einer inkubatorischen Transitionsphase⁸⁶. Im Folgenden sollen die Begrifflichkeiten kurz dargestellt und einzelne Aspekte im jeweiligen Zusammenhang beleuchtet werden. Zudem soll dargelegt werden, warum diese Begriffe in der vorliegenden Arbeit nicht verwendet werden.

I. Illegale (Staats-)Bürgerschaft

Fälschlicherweise wird *Rigo* an verschiedenen Stellen der Begriff der „legalen Illegalität“ zugeschrieben,⁸⁷ welchen sie jedoch tatsächlich nicht verwendet. Vielmehr spricht sie von einer illegalen (Staats-)Bürgerschaft, welche sie provokativ der Beschreibung unautorisierter menschlicher Mobilität als „illegale Migration“ gegenüberstellt, um damit den politischen Charakter von Migration zu adressieren.⁸⁸ Anders als der Begriff der „illegalen Migration“ sei der Begriff der „illegalen“ Staatsbürgerschaft eigentlich sinnlos, da eine Staatsbürgerschaft nicht illegal ausgeführt werden könne. Er solle jedoch auch nicht der Entwicklung einer konzeptionellen Analyse rechtlicher Paradoxien dienen, sondern die Grenzen der verbreiteten Konzeption von Staatsbürgerschaft vor dem Hintergrund menschlicher Mobili-

82 „[I]llegal citizenship“ und „illegally legal“, siehe *Rigo*, in: *Squire* (Hrsg.), *The Contested Politics of Mobility*, S. 199-215. Die wiederholt zitierte Formulierung als „legally illegal“ findet sich tatsächlich nicht im Originaltext, wird ihr jedoch regelmäßig zugeschrieben.

83 „[T]he majority of clandestine immigrants seem to conceal only some of their activities and from only some actors, and otherwise live a relatively normal, even ‘quasi-legal’ life“, siehe *Düvell*, *Social Science Information* 2008, S. 479-497 (490).

84 Zu *semi-legality* siehe *Kubal*, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587.

85 Zu *a-legality* siehe *Lindahl*, *Fault Lines of Globalization*; *Lindahl*, *Modern Law Review* 2010, S. 30-56 und *Lindahl*, *Res Publica* 2008, S. 117-135.

86 Im Original: *an incubatory transitory stage*, siehe *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 97. Da sie den Begriff jedoch lediglich an einer Stelle im Zusammenhang mit nicht-rückführbaren Migrant*innen verwendet (Zur Nicht-Rückführbarkeit siehe auch Kapitel 4 § 5 II. 1. und Kapitel 4 § 6 II.) ohne ihn weiter zu entwickeln, soll er hier lediglich als weiteres Beispiel für eine anschauliche sprachliche Beschreibung dienen, ohne dass im Folgenden weiter darauf eingegangen wird.

87 „[L]egally illegal“ Siehe *Gemi*, *EJML* 2017, S. 12-33 (19); *Kubal*, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (557) und *Kubal*, *Socio-Legal Integration*, S. 122.

88 „[I]llegal citizenship“, siehe *Rigo*, in: *Squire* (Hrsg.), *The Contested Politics of Mobility*, S. 199-215 (199).

tät aufzeigen.⁸⁹ Insofern kann der Begriff der „illegalen Staatsbürgerschaft“ einen sinnvollen Einsatz bei der Verdeutlichung von Widersprüchen und Paradoxien im Zusammenhang der illegalisierten Migration finden und eine Auseinandersetzung mit den entsprechenden Graubereichen provozieren, als generelle Beschreibung ist er hingegen nicht brauchbar.

II. Schwellen-, Grenz- oder Liminalitäts-Legalität

Auch *Menjívar* beschäftigt sich mit dem Graubereich von rechtlichen Kategorisierungen von Migrant*innen und verwendet hierfür den Begriff der Schwellenlegalität (*liminal legality*), welcher den Zwischenstatus von Personen im Spektrum von Legalität und Illegalität, bzw. dokumentierten und undokumentierten Migrant*innen beschreiben soll.⁹⁰ Basierend auf ihrer umfangreichen Feldarbeit betont sie dabei die herausragende Bedeutung des rechtlichen Status für das Leben von Migrant*innen, welcher jedoch in den Graubereichen noch wenig theoretisiert und erforscht sei und außerdem, entgegen den Ansätzen postnationaler Bürgerschaft, die fortwährende Bedeutung von Nationalstaaten verdeutliche.⁹¹

Ihr Ansatz basiert auf den Werken von *Turner* und *Coutin*.⁹² *Turner*, wiederum aufbauend auf die Arbeiten von *van Gennep* zu den Übergangsriten,⁹³ prägte den Begriff der Liminalität, worunter eine Art Schwellenzustand zu verstehen ist, in welchem sich eine Person befindet, die bereits

89 Siehe *Rigo*, in: *Squire* (Hrsg.), *The Contested Politics of Mobility*, S. 199-215 (202), wobei sie auf den Aspekt, dass eine Staatsbürgerschaft unter Umständen zumindest nicht rechtmäßig bzw. betrügerisch erlangt worden sein könnte, nicht eingeht.

90 „[L]iminal legality“ und „in-between‘ status“, siehe *Menjívar*, *American Journal of Sociology* 2006, S. 999-1037 (1000).

91 Siehe *Menjívar*, *American Journal of Sociology* 2006, S. 999-1037 (1003 ff.) m.w.N.

92 Siehe *Menjívar*, *American Journal of Sociology* 2006, S. 999-1037 (1007 f.), *Victor Witter Turner* war ein einflussreicher schottischer Anthropologe im 20. Jahrhundert. *Susan Bibler Coutin* ist Professorin für Kriminologie, Recht, Gesellschaft und Anthropologie an der Stanford University.

93 Siehe *van Gennep*, Übergangsriten „Van Gennep hatte bereits 1909 beschrieben, dass Passageriten – also solche Riten, die den Status eines Menschen verändern – immer nach demselben Schema organisiert sind. Der Trennung von der alltäglichen Umgebung, dem Separationsritus, folgt eine Phase der Isolierung, die Seklusion, an die sich nach mehr oder weniger langer Zeit schließlich die Wiedereinführung in den Alltag und die Gesellschaft anschließt.“ Siehe *Förster*, *Theologische Literaturzeitung* 2003, S. 703-716 (704).

aus einer sozialen Ordnung ausgetreten ist, jedoch noch in keine neue soziale Ordnung eingegliedert wurde.⁹⁴ Turner beschreibt diesen Schwellenzustand selbst wie folgt:

*„Die Eigenschaften des Schwellenzustands (der "Liminalität") oder von Schwellenpersonen ("Grenzgängern") sind notwendigerweise unbestimmt, da dieser Zustand und diese Personen durch das Netz der Klassifikationen, die normalerweise Zustände und Positionen im kulturellen Raum fixieren, hindurchschlüpfen. Schwellenwesen sind weder hier noch da, sie sind weder das eine noch das andere, sondern befinden sich zwischen den vom Gesetz, der Tradition, der Konvention und dem Zeremonial fixierten Positionen“.*⁹⁵

Menjívar baut auf dieser Konzeption auf. Sie teilt die Auffassung von *Turner*, dass in diesen Momenten der „sozialen Transformation“ ein Potenzial der Selbstbefähigung liege, jedoch nur bedingt, da zumindest bei einer andauernden Ungeklärtheit dieses Potenzial verlorengelange und eine Unsicherheit erwachse.⁹⁶

Andererseits stützt sich *Menjívar* auf *Coutins* Konzept der rechtlichen Nicht-Existenz,⁹⁷ welches sie charakterisiert sieht durch das Fehlen einer rechtlichen Anerkennung bei gleichzeitiger physischer Präsenz und sozialer Aktivität.⁹⁸ Im daraus fusionierten Begriff der Grenzlegalität will *Menjívar* sowohl die Vorläufigkeit des Zustandes, welcher sich jedoch oftmals als sehr langfristig herausstellt, zum Ausdruck bringen, als auch die Mehrdeutigkeit hervorheben, welche in binären Konzepten wie der Unterscheidung nach dokumentiert und undokumentiert nicht zum Ausdruck kommt.⁹⁹

Insofern umschreibt der Begriff der Grenz- oder Schwellenlegalität in der Konzeption von *Menjívar* die Situationen von uneindeutigen und wechselhaften Statusverhältnissen durchaus treffend.¹⁰⁰ Schwellenlegalität

94 Siehe *Turner*, *The Forest of Symbols*, S. 96 „*They are at once no longer classified and not yet classified“ und „transitional beings [...] are neither one thing nor another; or maybe both; or neither here nor there; or maybe nowhere [...] and are at the very least 'betwixt and between' all the recognized fixed points in space-time of structural classification“.*

95 Siehe *Turner*, in: *Belliger/Krieger* (Hrsg.), *Ritualtheorien*, S. 251-262 (251).

96 Siehe *Menjívar*, *American Journal of Sociology* 2006, S. 999-1037.

97 „[L]egal non-existence“, siehe *Coutin*, *Legalizing Moves*.

98 Siehe *Menjívar*, *American Journal of Sociology* 2006, S. 999-1037 (1007).

99 Siehe *Menjívar*, *American Journal of Sociology* 2006, S. 999-1037 (1008).

100 An anderer Stelle spricht sie im Zusammenhang von „*liminal legality“* von „*fuzzy spaces between dichotomous legal statuses“*, siehe *Menjívar/D. Kanstroom*, in: *Menjívar/Kanstroom* (Hrsg.), *Constructing Immigrant „Illegality“*, S. 1-34 (11).

ist dabei jedoch eine etwas irreführende Übersetzung, es wäre wohl passender, von Schwellenzustands-Legalität oder gleich Liminalitäts-Legalität oder Legalität in liminalen Phasen zu sprechen. Die Auseinandersetzung mit Liminalität kann eine gewinnbringende Perspektive auf die unklaren und wechselhaften Statusverhältnisse von Migrant*innen eröffnen. Die Parallelität zu anderen liminalen Phasen (wie beispielsweise der Adoleszenz) machen die Ungewissheit in diesen Situationen greifbarer, weshalb eine intensivere Verwendung des Begriffs wünschenswert wäre.

Aufgrund der (insbesondere im deutschen Sprachraum) marginalen Verbreitung der Terminologie, welche sich auf einen sehr speziellen ethnologischen Diskurs beschränkt, wird der Begriff im Rahmen der vorliegenden Arbeit dennoch nicht verwendet.

III. A-Legalität

Lindahl stellt der (Il-)Legalitäts-Dichotomie den Begriff der A-Legalität zur Seite, welchen er hinsichtlich der betroffenen Verhalten wie folgt abgrenzt:

„If legal and illegal behaviour call attention to the boundaries of a legal order, a-legal behaviour reveals boundaries as the limit of legal (dis)order by intimating strange places, times, subjectivities, and act-contents which interfere with the legal order they transgress.“¹⁰¹

A-Legalität ist keine migrationspezifische Konzeption. Vielmehr wird der Begriff von *Lindahl* generell für Verhaltensformen genutzt, welche die Rechtsordnung herausfordern, ohne mit ihr zu brechen, wie er am Beispiel der *autoréduction* exemplifiziert. Die kämpferische Bewegung der Arbeitslosen und Prekären (*Mouvement des chômeurs et précaires en lutte*) hatte in der Weihnachtszeit in den *Galleries Lafayette* hochpreisige Lebensmittel für mittellose Menschen erstritten, indem Mitglieder der Gruppe an der Kasse die Zahlung verweigerten und forderten, die Lebensmittel kostenlos mitnehmen zu dürfen; bis zur Erfüllung ihrer Forderungen blieben sie in den Kassenschlangen stehen. Da die Mitnahme der Produkte gewaltfrei und letztlich mit der Zustimmung des Ladenbetreibers erfolgte, sei die rechtliche Einordnung nicht eindeutig.¹⁰² Der Sachverhalt weist eine gewisse Nähe zur Nötigung und Erpressung auf, erweist sich mangels ein-

101 Siehe *Lindahl*, *Fault Lines of Globalization*, S. 13.

102 Siehe *Lindahl*, *Fault Lines of Globalization*, S. 30 ff.

schlägigen Nötigungsmittels und Bereicherungsabsicht jedoch letztlich als nicht strafbar. *Lindahl* beschreibt das Verhalten als eine (bloße) „Störung der Rechtsordnung“.¹⁰³

Während Illegalität eine in der Rechtsordnung zwar verbotene, aber damit doch zumindest vorgesehene Handlungsoption beschreibt, enthüllt A-Legalität ausgeschlossene oder jedenfalls nicht vorgesehene Operationen. *Lindahl* unterscheidet Grenzen (*boundaries*) von Beschränkungen (*limits*) normativer Ordnungen. Grenzen vereinen und separieren einzelne Elemente einer Einheit. Damit wird letztlich lediglich die konkrete Funktionsweise von Rechtsordnungen beschrieben, da die Frage, ob der Tatbestand einer Norm erfüllt ist, sich auch als Zusammen- und Auseinanderfallen von Elementen beschreiben lässt. Die Beschränkungen oder wohl noch besser die Beschränktheit (*limits*) von Rechtsordnungen zeigt sich hingegen, wenn normative Möglichkeiten ausgeschlossen werden.¹⁰⁴ A-Legalität zeige sich in „seltsamen Verhaltensweisen“, welche sich als inkompatibel mit der bestehenden Rechtsordnung erweisen.¹⁰⁵ Diese Komplementierung des (Il-)Legalitäts-Dualismus erscheint zunächst einleuchtend. Die Rechtsordnung unterscheidet nach „legal“ und „illegal“ bzw. „rechtmäßig“ und „unrechtmäßig“. Sachverhalte oder Verhalten, die bei der Schaffung der Rechtsordnung nicht antizipiert oder schlicht nicht berücksichtigt wurden, sind demnach weder „legal“ noch „illegal“, sie sind „a-legal“.

Doch gibt es wirklich Fälle der A-Legalität? Oder bringt der Begriff letztlich nur eine Kapitulation vor einer gewissen Komplexität zum Ausdruck? Im von *Lindahl* extensiv bearbeiteten Fall der *autoréduction* ist, wie bereits dargelegt, eine Strafbarkeit des Verhaltens nicht gegeben. Das bedeutet jedoch nicht, dass das Verhalten der Personen von der normativen Ordnung nicht erfasst ist. Denn die normative Ordnung erschöpft sich nicht im Strafrecht, welches *per se* nur einen fragmentarischen Charakter aufweist. Daneben existiert ein Eigentumsrecht, welches Wareneigentümer*innen die Möglichkeit eröffnet, die Herausgabe der Waren zu verlangen und gegebenenfalls auch mit Zwang durchzusetzen. Das Hausrecht gibt die Möglichkeit, die Personen aus den Räumlichkeiten des Ladens zu verweisen und dies auch gegebenenfalls zwangsweise durchzusetzen. Gleichzeitig erlaubt die Rechtsordnung Eigentümer*innen auch, die Gegenstände ohne eine Gegenleistung den Personen zu überlassen. Sie können (jedenfalls in

103 „[I]nterruption of legal order“, siehe *Lindahl*, *Fault Lines of Globalization*, S. 32, 35 und 36.

104 Siehe *Lindahl*, *Fault Lines of Globalization*, S. 41.

105 Siehe *Lindahl*, *Fault Lines of Globalization*, S. 41.

der deutschen Rechtsordnung) an die Schenkung sogar eine Auflage knüpfen, im Fall der *autoréduction* beispielsweise, dass die überlassenen Waren tatsächlich an Bedürftige weitergegeben werden,¹⁰⁶ und können bei Nichteinhaltung die Herausgabe der Waren oder einer entsprechenden Bereicherung verlangen.¹⁰⁷ Dass Eigentümer*innen eine Entscheidungsmöglichkeit eingeräumt wird, welche in dieser Konstellation letztlich die (Un-)Rechtmäßigkeit der Handlung determiniert, ändert nichts an der Tatsache, dass die Rechtsordnung detaillierte normative Vorgaben bereitstellt. Daher stellt sich das Verhalten letztlich nicht als a-legales dar, sondern in Abhängigkeit der autonomen Entscheidung der Privatperson als mit der Rechtsordnung konform, sprich legal, oder eben nicht-konform, also illegal dar. Generell stellt sich die Frage, ob es überhaupt irgendeine Form von Handlung gibt, welche gänzlich außerhalb der normativen Ordnung steht, die ein Rechtssystem vorgibt. Ähnlich der beschriebenen Grundprogrammierung des Migrationsrechts auf Ebene der EU, welches eine Grundentscheidung hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts trifft,¹⁰⁸ lässt sich die Verankerung einer allgemeinen Handlungsfreiheit auf Verfassungsebene¹⁰⁹ als umfassende Grundprogrammierung einer normativen Ordnung verstehen. Die Grundentscheidung lautet, dass zunächst

106 Siehe § 525 BGB. Sofern die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt, könnte sogar die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen, wenn die schenkende Person versterben sollte.

107 Siehe § 527 BGB.

108 Siehe Kapitel 3 § 1 III.

109 Siehe für Deutschland Art. 2 Abs. 1 GG, sowie die entsprechende verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, insbesondere BVerfG, 1 BvR 921/85, Beschluss vom 6. Juni 1989 – Reiten im Walde, BVerfGE 80 (137 ff.). In anderen Mitgliedstaaten ist eine gleichermaßen umfassende Handlungsfreiheit teils ebenfalls im Verfassungstext angelegt, die konkrete Ausgestaltung jedoch enger oder zumindest umstritten. Zur Ausgestaltung der französischen Regelung in Art. 2 und 4 DDHC (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) siehe Stelten, Gerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich, S. 350 f., und Hochmann, in: *Marsch/Vilain/Wendel* (Hrsg.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, S. 323-372 (348 ff.), jeweils m.w.N. Zur Regelung in der österreichischen Bundesverfassung siehe *Bezemek*, *Austrian Law Journal* 2016, S. 109-121 (111 f.) m.w.N. Auch Art. 8 EMRK umfasst keine allgemeine Handlungsfreiheit, sondern beschränkt sich auf den Schutz der „wesentlichen Ausdrucksformen der menschlichen Persönlichkeit“, siehe *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 22 Rn. 13 m.w.N. Während die GRC ein Auffanggrundrecht in Form einer allgemeinen Handlungsfreiheit selbst nicht explizit vorsieht, wird ein entsprechender Ansatz teils aus der Rechtsprechung des EuGH (insbesondere EuGH, *Rau* (Rs. 133/85) und *Hoehchst* (Rs. 46/87)) hergeleitet, siehe *Lüttringhaus*, *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europä-*

jedes menschliche Handeln erlaubt ist, Abweichungen hiervon müssen gesondert festgestellt und gerechtfertigt werden. Zumindest aus Sicht der Rechtsordnung ist damit für jegliche Handlung und Handlungsform eine normative Vorgabe gegeben und eine A-Legalität somit ausgeschlossen. Je vielschichtiger und komplexer der zugrundeliegende Sachverhalt ist, desto schwieriger ist es oftmals, die normativen Vorgaben der Rechtsordnung damit abzugleichen. Das bedeutet jedoch nicht, dass es keine normativen Vorgaben gäbe. Terminologisch schwieriger greifbar ist der Fall, wenn sich normative Vorgaben aus der Rechtsordnung in einer bestimmten Konstellation widersprechen oder lediglich Teilaspekte illegalisieren.¹¹⁰ Aber auch das Zusammentreffen widerstrebender normativer Vorgaben führt nicht dazu, dass diese sich auflösen und es mangels normativer Vorgaben zu einer A-Legalität kommt.

IV. Semi-Legalität

Kubal versucht sich an einer Konzeptualisierung des Graubereichs zwischen migrationsrechtlicher Legalität und Illegalität. Sie umschreibt den Rahmen der „Zwischenstatus“ in der binären „legal“-„illegal“-Unterscheidung als „semi-legal“,¹¹¹ welcher sich als „multidimensionaler Raum, in welchem die formale Beziehung mit dem Staat mit verschiedenen Formen selbstbestimmter Handlungen von Migrierenden interagiert“, beschreiben lasse.¹¹² Ihr Ansatz basiert auf einer Feldarbeit zu ukrainischen, marokkanischen und brasilianischen Migrant*innen in den Niederlanden, dem Vereinigten Königreich, Portugal und Norwegen und versucht, durch die

ischen Binnenmarkt, S. 104 ff. m.w.N. der selbst dem Ansatz kritisch gegenübersteht und allenfalls eine „wirtschaftliche Handlungsfreiheit“ aus der Judikatur des EuGH anerkennt. Nicht umfasst ist allerdings eine allgemeine Handlungsfreiheit.

110 Siehe die in Kapitel 4 § 5 II. 2. beschriebenen aufenthaltsrechtlichen Konstellationen.

111 Der Begriff der Semi-Legalität findet sich bislang im Bereich der Migrationsforschung noch recht selten, siehe aber beispielsweise *J. Ahrens*, *Journal of Mediterranean Studies* 2013, S. 115-139 Und *Rytter*, *Global Networks* 2012, S. 91-108.

112 „It could be viewed as a multidimensional space where migrants’ formal relationships with the state interact with their various forms of agency toward the law.“ *Kubal*, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (555).

„zufällige/beliebige“¹¹³ Auswahl von Untersuchungsgruppen die etablierten Kategorisierungen und Festlegungen von Migrant*innen aus bestimmten Gruppen zu umgehen oder sogar zu transformieren. Ihre Kritik an der undifferenzierten Einteilung in „legal“ und „illegal“ stützt sich einerseits konzeptionell auf die Zuordnung von Illegalität als sozio-legales Konstrukt, andererseits analytisch auf die Referenz von Illegalität als Untersuchungskategorie.¹¹⁴ Ihre soziologische Analyse führt zu dem Ergebnis, dass Semi-Legalität die facettenreiche Realität von Status, Rollen, Beziehungen und Identitäten, welche eine Person ausmachen, besser abzubilden vermag als dies im Rahmen einer (mutmaßlichen) Illegalität der Fall sei.¹¹⁵

Sie unterscheidet im Rahmen einer beschränkten Typologie bei der Auswertung ihres Materials drei verschiedene Felder der Semi-Legalität:

1. Unvollständige Regularisierungen (wobei meist unzureichende Informationen und Beweismittel die erfolgreiche Regularisierung verhindern, teils intersektional mit strukturellen Hindernissen aufgrund persönlicher Merkmale)
2. Die Aus- und Überdehnung von Aufenthalten (hauptsächlich durch Sekundärmigration außerhalb des Rahmens der gewährten Freizügigkeitsrechte bei Erteilung eines längerfristigen Aufenthaltstitels)
3. Der Nexus von Arbeit und Aufenthalt (größtenteils geht es dabei um den bereits beschriebenen Konfliktfall von Arbeitsbeschränkungen bei der Visaerteilung, welche nicht eingehalten werden).¹¹⁶

Kubal argumentiert hinsichtlich der Neukonzeptualisierung unter dem Begriff der Semi-Legalität, dass die (Il-)Legalitäts-Dichotomie zu stark auf einem formalen Status mit einem korrespondierenden Rechtsrahmen fuße, welchem eine breitere Konzeptualisierung mit Blick auf die „substantielle Legalität“ entgegensetzen sei.¹¹⁷ Ihre Konzeptualisierung sieht Semi-Legalität einerseits als heuristisches Mittel¹¹⁸ zur Unterscheidung der verschiedenen Formen von Status, Verhalten und Standpunkten im mehrstu-

113 „[R]andom selection of migrant groups“, siehe Kubal, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (557). Genauer wäre es wohl, von einer diversen oder breit gestreuten Auswahl zu sprechen.

114 Siehe Kubal, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (559).

115 Siehe Kubal, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (566).

116 Siehe Kubal, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (571 ff.) m.w.N.

117 „[S]ubstantive legality“, siehe Kubal, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (567).

118 *Scott/Marshall, A Dictionary of Sociology*, S.307 beschreiben das heuristische Mittel (*heuristic device*) in der Soziologie wie folgt: „Any procedure which involves the use of an artificial construct to assist in the exploration of social phenomena. [...] A

figen Raum zwischen Legalität und Illegalität, andererseits als sensibilisierte theoretische Perspektive zur Kritik an den Anforderungen neoliberaler Migrationsregime, welche Semi-Legalität durch widersprüchliche rechtliche Umgebungen bisweilen nicht nur tolerieren, sondern sogar fördern und perpetuieren.¹¹⁹

Der erste Teil der Konzeptualisierung betrifft die Qualifizierung der Semi-Legalität als heuristisches Verfahren.¹²⁰ Der Hinweis, dass rechtliche Wirkungen oftmals besser begreiflich werden, wenn der Blick sich auf die persönliche Ebene der Betroffenen richtet und nicht auf der staatlichen und institutionellen Ebene verhaftet bleibt, ist dabei ebenso nachvollziehbar wie das Herausstellen des Auseinanderfallens von normativen Erwartungen und den Alltagserfahrungen der Menschen.¹²¹

Der zweite Teil, die Verschiebung der semantischen Grenze von der Illegalität zur Legalität, welche in dem Begriff der Semi-Legalität zum Ausdruck kommen und zu einer Sensibilisierung der theoretischen Perspektive führen soll,¹²² ist einerseits nachvollziehbar, wirft andererseits aber auch Fragen auf. Es ist zutreffend, dass sich viele Bereiche des täglichen Lebens nicht gleichermaßen in die (Il-)Legalitäts-Dichotomie einfügen lassen.

heuristic device is, then, a form of preliminary analysis. Such devices have proved especially useful in studies of social change, by defining bench-marks, around which variation and differences can then be situated.“

119 „I propose a twofold conceptualization of semi-legality; first, as a heuristic device to differentiate between the various forms of statuses, behaviors, and attitudes on the multitiered space between legal and illegal. Second, as a sensitizing theoretical perspective to critique the conditions posed by many neoliberal migration regimes where contradicting legal environments not only tolerate the semilegal state but often fuel and perpetuate it.“ Siehe Kubal, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (566).

120 In der Soziologie beschreibt ein heuristisches Mittel grundsätzlich jedes Verfahren, welches unter Zuhilfenahme einer künstlichen Konstruktion (wie beispielsweise Idealtypen) ein soziales Phänomen zu erkunden versucht, siehe *Scott/Marshall, A Dictionary of Sociology*, S. 307 „Any procedure which involves the use of an artificial construct to assist in the exploration of social phenomena. It usually involves assumptions derived from extant empirical research. For example, ideal types have been used as a way of setting out the defining characteristics of a social phenomenon, so that its salient features might be stated as clearly and explicitly as possible. A heuristic device is, then, a form of preliminary analysis. Such devices have proved especially useful in studies of social change, by defining bench-marks, around which variation and differences can then be situated. In this context, a heuristic device is usually employed for analytical clarity, although it can also have explanatory value as a model.“

121 Siehe Kubal, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (568) unter Verweis auf Foucault und de Certeau.

122 Siehe Kubal, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (568).

Doch ist das Konzept der Semi-Legalität in diesem Zusammenhang wirklich hilfreich?

In einer Gesamtbetrachtung der Lebensumstände einer Person werden kaum jemals alle Bereiche gleichermaßen illegalisiert sein. Es gibt also immer einzelne Bereiche, welche als „legal“ bzw. „nicht-illegalisiert“ bezeichnet werden können. Insofern führen sämtliche Illegalisierungen in die Semi-Legalität, da stets nur ein Teilbereich betroffen ist, weshalb es sich genau genommen weniger um eine Grenzverschiebung als um eine inhaltsgleiche Neubezeichnung handelt. Diese ist zutreffender als eine pauschale Zuweisung komplexer Sachverhalte in den Bereich der Illegalität, kann aber bestenfalls als Beschreibung der *Gesamtsituation* einer Person oder eines Phänomens dienen. Wird eine Person oder Personengruppe in ihrer Gesamtheit betrachtet und analysiert, kann der Begriff der Semi-Legalität hilfreich sein, um die oftmals auftretende Widersprüchlichkeit und Komplexität im Zusammenhang mit den rechtlichen Regelungskomplexen festzuhalten.¹²³ Bei einer genaueren Betrachtung sind einzelne Handlungen oder Aspekte illegalisiert oder auch nicht.

Diese differenzierte Betrachtung und Unterteilung ist aber wichtig und droht in einer Gesamtbetrachtung unter dem Blickwinkel der Semi-Legalität unterzugehen. Insofern kann das Konzept der Semi-Legalität eine sinnvolle Sensibilisierung unterstützen, darf jedoch nicht dazu führen, dass konkrete Illegalisierungen nicht mehr als solche wahrgenommen werden. Der Begriff der Semi-Legalität kann hilfreich sein, wenn es darum geht, Folgen aus sich widerstrebenden Migrationspolitiken und deren ungleichen Umsetzungen zu adressieren,¹²⁴ oder migrantische Narrative hinsichtlich ihrer Beziehung zum Rechtssystem des Aufnahmestaates zu interpretieren.¹²⁵

Damit zeigt sich jedoch zugleich, dass der Mehrwert hauptsächlich bei der Verwendung im Bereich der Sozialwissenschaften zum Tragen kommt. Beide Ziele der Neukonzeption, die Hilfestellung bei der Untersuchung eines sozialen Phänomens und der Versuch einer semantischen Neujustierung, sind im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung von untergeordneter Bedeutung. Betrachtet man einzelne Problemaspekte, so stellen sich komplexe Qualifizierungsfragen; diese sind jedoch mit „semi-legal“ nicht ganz treffend beschrieben. „Semi“ ist ein Wortbildungselement aus dem Lateinischen mit der Bedeutung „halb“ oder auch „teilwei-

123 Siehe Kubal, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (571).

124 Siehe Kubal, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (570).

125 Siehe Kubal, *Law & Society Review* 2013, S. 555-587 (568).

se“¹²⁶ und setzt somit logisch eine Teilbarkeit voraus. Daran mangelt es jedoch bei der Untersuchung einer einzelnen Handlung oder eines einzelnen Aspektes oftmals. Während sich die Gesamtlebenssituation vieler Migrant*innen also durchaus zutreffend und aufschlussreich als „semi-legal“ beschreiben lässt,¹²⁷ ist dies bei der Betrachtung einzelner Aspekte nicht in gleichem Maße der Fall. Diese lässt sich mit der Bezeichnung als „legal“ oder „illegal“ bzw. illegalisiert oder „nicht-illegalisiert“ differenzierter bezeichnen.¹²⁸ Ferner kommt in der Beschreibung als „semi-legal“ nicht zum Ausdruck, dass dieser Status bzw. diese Situation durch gesellschaftliche Prozesse erst geschaffen wurde.¹²⁹ Aufgrund der fehlenden Fokusverschiebung und der auch bei einer Beschreibung als (bloß) semi-legal entstehenden performativen Wirkung, wird die Bezeichnung im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht verwendet.

V. Legalitätsdevianz und Opportunität

In der deutschen Rechtswissenschaft findet sich eine spannende Diskussion zu Graubereichen der Legalität im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip.¹³⁰ Das Spannungsfeld lässt sich zusammengefasst wie folgt beschreiben: Das Legalitätsprinzip fordert ein rechtskonformes Handeln, wovon das Opportunitätsprinzip Ausnahmen vorsieht. Die Ausnahmen vom Legalitätsprinzip stellen insofern ebenfalls

126 Siehe *Kluge/Seebold*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, S. 842 sowie Der Duden online, semi-, abrufbar unter: <https://www.duden.de/node/165521/revision/165557> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

127 Im Sinne der Terminologie der vorliegenden Arbeit wäre es genauer, die Gesamtlebenssituation als „semi-illegalisiert“ zu bezeichnen, womit freilich *Kubals* Intention, die negative Konnotation des Illegalitätsbegriffs mit der Betonung des Legalitätsaspektes zu vermeiden, teilweise widersprochen wird.

128 Die Bezeichnung als „nicht-illegalisiert“ wird dabei im Rahmen der Arbeit stets in Anführungszeichen gesetzt, da auch in den als „nicht-illegalisiert“ bezeichneten Konstellationen Illegalisierungen nicht vollständig ausgeschlossen sind, sondern sich lediglich auf einen sehr geringen Umfang bzw. eine im jeweiligen Kontext vernachlässigbare Intensität beschränken.

129 Siehe Kapitel 1 § 4 I. und II.

130 Ausführlich zur Genese des Legalitätsprinzips im deutschsprachigen Raum seit 1815 siehe *C. Kluth*, Die „Schwere der Schuld“ in § 153a StPO, S. 7 ff. Zur Etablierung des Opportunitätsprinzips siehe *Prelle*, KritV 2011, S. 331-364 (340 ff.) Zum Vergleich mit der französischen Ausgestaltung siehe *Schönknecht*, Das Opportunitätsprinzip im französischen Strafverfahren.

einen Graubereich der Legalität dar, als sie zwar von den gesetzlich normierten Vorgaben abweichen,¹³¹ die Devianz jedoch durch das Opportunitätsprinzip (zumindest teilweise) gerechtfertigt werden soll.

Die beiden Prinzipien sind insbesondere im Bereich der Strafverfolgung etabliert und lassen sich dort entsprechend gut illustrieren. Das Legalitätsprinzip sieht grundsätzlich einen Verfolgungszwang beim Verdacht einer Straftat vor.¹³² Das Opportunitätsprinzip erlaubt es, von der (weiteren) Strafverfolgung abzusehen, beispielsweise wenn kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht und der Schuldvorwurf nur von geringem Gewicht ist oder auch wenn vorrangige staatliche Interessen bestehen.¹³³

Die beiden Prinzipien sind dabei nicht gleichrangig und komplementieren sich. Das Opportunitätsprinzip stellt im Sinne eines Regel-Ausnahmeverhältnis¹³⁴ eine „funktionale Begrenzung“ des Legalitätsprinzips dar.¹³⁵

Mit den beiden Prinzipien korrespondiert auf Seiten des Staates das Bestehen einer Handlungspflicht. Das Legalitätsprinzip verpflichtet den Staat zu handeln; findet jedoch das Opportunitätsprinzip Anwendung, erlischt die Handlungspflicht.¹³⁶ Mit anderen Worten drückt sich die Geltung bzw. Abgrenzung von Legalitäts- und Opportunitätsprinzip in der Frage aus, ob „bestehende Pflichten durch die Verwaltung durchgesetzt werden müssen oder nicht.“¹³⁷

Die Begrifflichkeiten und die entsprechenden Abgrenzungen sind nicht auf das Strafverfahren und die Strafverfolgungsbehörden beschränkt. Sie haben über das Strafprozessrecht hinaus Eingang in die verwaltungsrechtliche Terminologie gefunden und wurden in verschiedene verwaltungsrechtliche Kontexte übernommen.¹³⁸ Als Indikator für das Opportunitätsprinzip werden oftmals Ermessensspielräume seitens der Exekutive ange-

131 Zur Rechtswidrigkeit als „Normwiderspruch“ siehe *Kirchhof*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, S. 1 ff.

132 Siehe § 152 Abs. 2, 160, 163 StPO.

133 Siehe § 153 und 153d StPO.

134 Legalität stellt insofern den Regelfall dar, Opportunität die Ausnahme vom Regelfall, siehe *Horstmann*, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, S. 26.

135 Siehe *Wehr*, Rechtspflichten im Verfassungsstaat, S. 351 f., der das Legalitätsprinzip in diesem Zusammenhang im Sinne einer „Verfolgungspflicht“ versteht.

136 Siehe *Vofskuhle*, Die Verwaltung 1996, S. 511-538 (514), der sich dem Spannungsfeld mit Blick auf die Duldung rechtswidrigen Verwaltungshandelns im Rahmen der Rechtsaufsicht annimmt.

137 Siehe *Wehr*, Rechtspflichten im Verfassungsstaat, S. 370.

138 Siehe *Wehr*, Rechtspflichten im Verfassungsstaat, S. 352 ff. Insbesondere im Bau-recht spielen das Opportunitätsprinzip und die damit einhergehende Duldung

führt.¹³⁹ Die unterschiedlichen Formen, Verständnisse und Anwendungskontexte von Ermessen lassen eine entsprechend pauschale Gleichsetzung jedoch nicht zu.¹⁴⁰

Die exakte Abgrenzung im Einzelnen und die Verortung in den verschiedenen Rechtsgebieten sind für die vorliegende Untersuchung nicht erforderlich. Hierfür reicht es aus festzustellen, dass es aus Opportunitätsgründen in verschiedenen Fällen zu einer „Duldung“ rechtswidrigen Verhaltens kommt.

Die Gründe für die Einführung und Ausbreitung von Abweichungsmöglichkeiten aus Opportunitätsgründen sind dabei vielfältig. Sie reichen von einem Wandel der vorherrschenden Straftheorien,¹⁴¹ über Effizienzerwägungen mit Blick auf die Überlastung staatlicher Stellen¹⁴² bis hin zu kriminalpolitischen Zwecken.¹⁴³

Die Überzeugungskraft der Begründungen¹⁴⁴ ist für die vorliegende Untersuchung jedoch ebenso sekundär wie die Bewertung von Versuchen die Opportunitätserwägungen wieder „einzufangen“ und im materiellen Recht zu verankern.¹⁴⁵ Entscheidend ist lediglich, dass die „Duldung“ unter Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit geschieht.

von Legalitätsdevianz eine gewichtige Rolle, siehe *Sommer*, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht.

139 Siehe *Vofskuhle*, Die Verwaltung 1996, S. 511-538 (514) und *Hermes/Wieland*, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, S. 18 ff.

140 Siehe ausführlich *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 41 ff., sowie zur Einordnung in die etablierten verwaltungsrechtlichen Kategorien und Begrifflichkeiten *Wehr*, Rechtspflichten im Verfassungsstaat, S. 353 ff.

141 Die „absoluten Straftheorien“, welche sich an der Vergeltung im Sinne einer Wiederherstellung der Rechtsordnung durch Ausgleich des Übels orientierten, wurden zunehmend von „relativen Straftheorien“ verdrängt, welche die Prävention in den Vordergrund stellen.

142 Siehe nur *Vofskuhle*, Die Verwaltung 1996, S. 511-538 (519 f.), zu den beschränkten Verwaltungsressourcen im Rahmen der Rechtsaufsicht.

143 Siehe *Prelle*, KritV 2011, S. 331-364 (342 f.) jeweils m.w.N. Die kriminalpolitischen Zwecke sollen insbesondere durch eine Entkriminalisierung auf prozessualer Ebene erreicht werden, wobei auch der Gefahr vorgebeugt werden soll, dass das Strafrecht seine abschreckende Wirkung verlieren könnte, wenn bei Bagatelldelikten massenhaft Kriminalstrafen angewandt würden.

144 Siehe exemplarisch die kompakte Kritik am Opportunitätsprinzips im Strafrecht bei *Hobendorf*, Zeitschrift für Rechtspolitik 1987, S. 218, und etwas ausführlicher *Hobendorf*, NJW 1987, S. 1177-1180.

145 Siehe beispielsweise *Vultejus*, Zeitschrift für Rechtspolitik 1999, S. 135-137, der dafür plädiert über eine Geringfügigkeitsgrenze im materiellen Strafrecht das Legalitätsprinzip zu stärken. Ähnlich *Prelle*, KritV 2011, S. 331-364 (364), die neben der materiellen Entkriminalisierung in Übereinstimmung mit *Albrecht*,

Fasst man zusammen, dass es eine Duldung rechtswidrigen Verhaltens aus Zweckmäßigkeitserwägungen gibt, wird deutlich, dass auch unter dem *topos* der Opportunität rechtliche Grenz- und Graubereiche in Form der Akzeptanz oder zumindest der Duldung von Legalitätsdevianz verhandelt werden.

Wenngleich es an migrationsrechtlichen Bezugnahmen im Rahmen dieser Diskussionen bislang fehlt, lassen sich aus den Beiträgen gewinnbringende Fragen und Blickwinkel für die Inhalte der vorliegenden Arbeit entwickeln.

Eine Parallele zeigt sich bei der Qualifizierung der betroffenen Personen. Bei einem Beschuldigten, dessen Strafverfolgung aus Opportunitätsgründen eingestellt wird, erfolgt kein Freispruch. Es besteht auch kein Anspruch des Beschuldigten auf weitere Ermittlungen, um seine Unschuld zu beweisen. Die Frage, ob er sich tatsächlich schuldig gemacht hat, bleibt offen.¹⁴⁶ Entsprechend ist der mit der Anklage erhobene Verdacht der Strafbarkeit seines Verhaltens nicht gänzlich entkräftet. Aufgrund des nicht widerlegten Tatverdachts bleibt ein „Rest“ an Kriminalisierung, welcher ihm bzw. seinem Verhalten anhaftet und dieses im Graubereich zwischen Legalität und Illegalität verhaften lässt. Ähnlich verhält es sich bei Migrant*innen, deren Aufenthaltsstatus aus Opportunitätsgründen teilweise oder vorübergehend de-illegalisiert wird.¹⁴⁷ Auch diese werden nicht vollständig von der Markierung als „illegal“ befreit, sondern in den Graubereich eines aufenthaltsrechtlichen Zwischenstatus überführt.¹⁴⁸

Die Diskussion um das Spannungsfeld von Legalitäts- und Opportunitätsprinzip ist für die vorliegende Arbeit aber auch aus einem anderen Grund von besonderem Wert. Im Gegensatz zu den bereits beschriebenen anderen *topoi* der Grenz- und Graubereiche steht hier das staatliche Handeln im Fokus, nicht die betroffene Person und deren Handlungen: Das

KritV 1993, S. 163-182 (180), einen Rückzug aus dem „allumfassenden präventiven Steuerungsanspruch“ fordert.

146 Siehe *Diemer*, in: Hannich, § 153 StPO Rn. 5 m.w.N.

147 Beispielsweise weil es an Kapazitäten für den Vollzug der Ausreisepflicht fehlt oder weil aus wirtschaftlichen Gründen eine vorübergehende Statusverfestigung erfolgt, ohne dass ein entsprechender Anspruch besteht. Siehe hierzu auch die Ausführungen zu den verschiedenen aufenthaltsrechtlichen Konstellationen im Zusammenhang mit Rückführungshindernissen in Kapitel 4 § 5 II. 1.

148 Auffällig sind darüber hinaus auch die terminologischen Parallelen, wenn von einer „Duldung“ von Legalitätsdevianz im Graubereichen gesprochen wird und von einer „Legalisierung“ bei einer Anerkennung auf Ebene der Gesetzgebung. Siehe nur die Begriffswahl bei *Vofskuhle*, Die Verwaltung 1996, S. 511-538 (517). Beide Begriffe sind im migrationsrechtlichen Kontext fest etabliert.

Opportunitätsprinzip befreit den Staat von seinen Handlungspflichten, ohne dass die Betroffenen darauf Einfluss haben – ganz zu schweigen von Ansprüchen.

Diese Konzentration auf das staatliche Handeln korrespondiert mit der anvisierte Fokusverschiebung zu den stigmatisierenden Prozessen, die im Begriff der „Illegalisierung“ ihren Ausdruck findet.¹⁴⁹ Bei der Betrachtung rechtlicher Graubereiche sind nicht mehr (nur) die Handlungen von Personen relevant, sondern auch das (Re-)Agieren auf staatlicher Seite. Die „Duldung rechtswidrigen Verwaltungshandelns“¹⁵⁰ aus Opportunitätsgründen verdeutlicht daher, dass im Zusammenhang mit dem Opportunitätsprinzip sowohl das staatliche als auch das private Handeln von einem strengen Legalitätsmaßstab abweichen.¹⁵¹ Mit dem hier gewählten Begriff der Legalitätsdevianz sollen diese unterschiedlichen Abweichungen von der normativen Ordnung des Rechts abgebildet werden.

Darüber hinaus lassen sich jedoch auch weitere, strukturelle Parallelen bei den verschiedenen Duldungen von Legalitätsdevianz aus Opportunitätsgründen erkennen. Sofern die Einführung des Opportunitätsprinzips im Bereich der Rechtsaufsicht darauf zurückgeführt wird, dass die „Gefahr normwidrigen Verhaltens bei der Rechtsanwendung“ proportional zur „stärkeren Ausdifferenzierung“ der Rechtsordnung steigt,¹⁵² so gilt das für nichtstaatliches Handeln im Grundsatz gleichermaßen – zumal im stark ausdifferenzierten Bereich des Migrationsrechts.

Außerdem liegt die Parallelität jeweils in einer Kapitulation vor dem Faktischen begründet. So wie eine umfassende Strafverfolgung letztlich utopisch ist, ist es auch die Abschiebung aller vollziehbar ausreisepflichtigen Personen. Das Opportunitätsprinzip lässt sich somit in beiden Fällen

149 Siehe Kapitel 1 § 4 I.

150 Siehe *Vofskuhle*, Die Verwaltung 1996, S. 511-538.

151 Sofern das Opportunitätsprinzip gesetzlich konkretisiert wurde und sich das Verwaltungshandeln im Rahmen einer solchen „Abweichungskompetenz“ hält, ist es streng genommen nicht rechtswidrig (beispielsweise bei den Ermessensvorschriften der Gefahrenabwehr). Anders verhält es sich jedoch, wenn der Rahmen überschritten wurde (beispielsweise durch eine fehlerhafte Ermessensausübung). Dann ist das Verwaltungshandeln auch im engeren Sinne rechtswidrig. Gleichwohl wird bisweilen (auch) ein solches rechtswidriges Verwaltungshandeln im Rahmen der Rechtsaufsicht geduldet, siehe *Vofskuhle*, Die Verwaltung 1996, S. 511-538 (512) m.w.N. in Fn. 9. Zur Heilung und Unbeachtlichkeit von Verwaltungsfehlern im unionalen Eigenverwaltungsverfahrenrecht sowie in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (DE, IT, FR, EN) siehe *Hering*, Fehlerfolgen im europäischen Eigenverwaltungsrecht.

152 Siehe *Vofskuhle*, Die Verwaltung 1996, S. 511-538 (518 f.).

zwischen der Sicherstellung der „Systemeffizienz“ und der „Einzelfallgerechtigkeit“ verorten.¹⁵³ Sie kaschieren ein ansonsten sowohl im Strafvollzug wie auch bei der Migrationssteuerung offen zu Tage tretendes „permanentes Vollzugsdefizit“.¹⁵⁴

Insofern lassen sich aus den Parallelitäten der verschiedenen Formen der Legalitätsdevianz und der opportunistischen Reaktion darauf wertvolle Rückschlüsse für die Betrachtung der Konstruktion von Illegalitäten allgemein ziehen, wenngleich sich die Terminologie weder dazu eignet den weit gefassten Untersuchungsgegenstand umfassend abzubilden, noch dessen Spezifika zu betonen.

153 Siehe zur Kontradiktion im Strafrecht *Weigend*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1997, S. 103-121.

154 Siehe *Schoch*, JuS 1994, S. 754-759 (754), in Bezug auf das Eingriffsermessen im Rahmen der Gefahrenabwehr.

Kapitel 2 Methodik: Selbstverortung und Konzeption

Neben einer Auseinandersetzung mit terminologischen Fragen ist im Rahmen einer wissenschaftlichen Arbeit auch eine Darlegung der Herangehensweise angezeigt.¹⁵⁵

Als Ziel der vorliegenden Arbeit wurde die Dekonstruktion migrationspezifischer Illegalitäten bzw. Illegalisierungen ausgegeben. Doch was soll das bedeuten?

Das Dekonstruieren von Texten ist nicht Teil der klassischen juristischen Methodenlehre. Die Dekonstruktion als Methode ist in der Philosophie und der Literaturwissenschaft beheimatet,¹⁵⁶ sie ist in ihrer Anwendung jedoch grundsätzlich offen und kann in sämtlichen Kontexten mit Text- und Sprachbezug fruchtbar gemacht werden.

Dekonstruktion ist ein schillernder Begriff, für welchen keine allgemein gültige oder umfassend anerkannte Definition besteht. Im Ausgangspunkt kann De-Konstruktion als Entschleierung einer Konstruktion beschrieben werden. Es geht also darum, etwas, das konstruiert wurde, wieder „auseinanderzubauen“ und somit Ursprüngliches oder Verdecktes (wieder) zum Vorschein zu bringen. Insofern mag ein Vergleich zur De-Chiffrierung oder De-Kodierung zur Annäherung hilfreich sein.

Diese programmatische Offenheit ist nicht mit Willkür zu verwechseln. Um dem Vorwurf einer methodischen Leerformel vorzubeugen, soll daher später in diesem Kapitel zunächst das Konzept der Dekonstruktion und dessen Entwicklung in Abgrenzung anderer methodischer Ansätze dargestellt werden (§ 1 bis 3), bevor näher auf die konkrete methodische Herangehensweise der Arbeit eingegangen wird (§ 4).

Die Herleitung der eigenen Konzipierung aus den zugrundeliegenden Ansätzen sowie die Darstellung und Auseinandersetzung mit deren Entwicklung dienen dabei gleich mehreren Zielen, welche sich aus den methodischen Überlegungen selbst ergeben.

155 Insbesondere bei rechtswissenschaftlichen Arbeiten wird die Auseinandersetzung mit den methodischen Grundlagen jedoch leider oftmals vernachlässigt. In Anbetracht einer gewissen Sedimentierung bei den klassischen juristischen Auslegungsmethoden ist dies, wenngleich zu bedauern, teils nachvollziehbar. Doch rechtswissenschaftliche Forschung ist nicht auf bloße Auslegungsfragen beschränkt.

156 Siehe *Habel*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1997, S. 217-241 (218 ff.).

Zunächst dienen die methodischen Ausführungen der Selbstverortung. Die Ausführungen zu den klassischen Methoden in der Rechtswissenschaft legen die spezifische Prägung bzw. das Vorverständnis¹⁵⁷ des Verfassers offen (§ 1). Dieses ist vor dem Hintergrund der Hermeneutik nicht nur für die Rezipient*innen relevant, sondern als Prädisposition des Verfassers auch für dessen Verständnisprozess im Rahmen des hermeneutischen Zirkels (§ 2). Insoweit ist es auch eine notwendige Selbst-Bewusstmachung. Die daran anschließende, grundsätzliche Auseinandersetzung mit einem dekonstruktiven Ansatz (§ 3) ist schließlich Ausgangspunkt für die spezifische Konzeption der Untersuchung (§ 4).

Es besteht also eine Konnexität zwischen den verschiedenen methodischen Zugängen. Sie bauen aufeinander auf und lassen sich als Fortschreibungen begreifen.¹⁵⁸ Die Darstellung der klassischen Methoden der Rechtswissenschaft und der Hermeneutik dient somit nicht lediglich der Herleitung des dekonstruktiven Ansatzes der vorliegenden Arbeit. Diesen kommt im Rahmen der Untersuchung eigenständige Bedeutung zu, da sie bei der Analyse, wenngleich meist inzident, zur Anwendung kommen. Um im Rahmen der Dekonstruktion beispielsweise die Konstruktion und Funktion von Migrationskontrollinstrumente offenzulegen,¹⁵⁹ ist die Analyse der umfangreichen Normen im Sekundärrecht mit den klassischen juristischen Auslegungsmethoden erforderlich. Erst diese Re-Konstruktion unter Zuhilfenahme der klassischen Auslegungsmethoden liefert die Grundlage für die Dekonstruktion. Dies gilt im Grunde für sämtliche Konstruktionselemente migrationspezifischer Illegalitäten. Auch die aufenthaltsrechtlichen Festlegungen¹⁶⁰ und die Formen der De-Illegalisierung,¹⁶¹ die Instrumentalisierung vulnerabler Personen¹⁶², die Anwendbarkeit von Menschenrechten¹⁶³ oder die perpetuierenden Illegalisierungswirkungen von Einreiseverboten¹⁶⁴ lassen sich ohne eine vorangehende Analyse des

157 Dies ist zu verstehen im Sinne einer sprachlichen und inhaltlichen Prägung durch die Vielzahl vorausgegangener Kommunikationsvorgänge und sedimentierter Bedeutungszusammenhänge in einer Gesellschaft, siehe Kapitel 2 § 2 II.

158 Trotz struktureller Ähnlichkeiten, bestehen jedoch signifikante Unterschiede zwischen konstruktivistischen/klassisch-hermeneutischen und dekonstruktiven Untersuchungen, welche insbesondere in der Zielsetzung zum Ausdruck kommen. Siehe Kapitel 2 § 3.

159 Siehe Kapitel 4 § 1.

160 Siehe Kapitel 4 § 5.

161 Siehe Kapitel 4 § 6.

162 Siehe Kapitel 4 § 4.

163 Siehe Kapitel 5 § 1.

164 Siehe Kapitel 4 § 8.

zugrundliegenden Rechtsmaterials anhand klassischer Auslegungsmethoden nicht sinnvoll beschreiben. Auch den als Vorzeichen betrachteten Aspekten des primärrechtlichen Ausgangspunktes und der Grundprogrammierung liegt eine entsprechende Normanalyse zugrunde.

Die Dekonstruktion trägt somit in Teilen schizophrene Züge, da sie zunächst (re-)konstruiert, was sie letztlich zu dekonstruieren versucht. Diese, teils vorgelagerten, teils parallel verlaufenden (Re-)Konstruktionen sind jedoch nicht bloß Mittel zum Zweck, sondern sie haben einen erheblichen Eigenwert.

Denn während die übergeordneten Begrifflichkeiten von Konstrukten meist ein unmittelbares Gefühl der Bekanntheit vermitteln,¹⁶⁵ fehlt es oft an Wissen und/oder Bewusstsein der zugrundeliegenden Elemente und Mechanismen.¹⁶⁶ Insofern sind nicht erst die mit der Dekonstruktion verfolgten Offenlegungen von Strukturen, Perspektiven, Widersprüchen und Konsequenzen gewinnbringend, sondern bereits die umfangreichen „Vorarbeiten“ bei der Identifizierung und Analyse der Konstruktionselemente und -mechanismen. Das Ziel der Arbeit bleibt jedoch die Dekonstruktion illegalisierter Migration.

§ 1 *Klassische Methoden der Rechtswissenschaft*

Die folgenden Ausführungen zu den klassischen Methoden der Rechtswissenschaft erfüllen, anknüpfend an die einleitenden Ausführungen zur Methodik, verschiedene Zwecke. Zunächst bieten sie Personen ohne juristische Ausbildung einen konzentrierten Überblick¹⁶⁷ über die einschlägigen juristischen Techniken der Rechtsanwendung (I. bis IV.). Darüber hinaus werden die – auch bei umfassender Ausbildung im nationalen Recht – nicht immer präsenten Besonderheiten bei der Rechtsfindung im Unionsrecht komprimiert dargestellt (V.).

165 Zur Veranschaulichung können beispielsweise Staat, Geschlecht, Grenzen, Gesellschaft oder eben die sog. „illegale“ Migration dienen.

166 Der eher technische Begriff des Mechanismus scheint mir im Kontext rechtlicher Konstruktionen angebracht. In anderen Bereichen wäre wohl eher von Wirkungen und Einflüssen zu sprechen.

167 Eine umfassende Auseinandersetzung mit den klassischen juristischen Auslegungsmethoden ist in diesem Rahmen nicht möglich. Eine vertiefte und kritische Betrachtung findet sich bei Möllers, *Juristische Methodenlehre*, der Ansätze für eine „postmoderne Methodenlehre“ entwickelt.

Neben der Aufbereitung der erforderlichen methodischen Sachkenntnis für die rechtswissenschaftliche Analyse dienen die Ausführungen in diesem Abschnitt insbesondere auch einer Selbstverortung. Der Verfasser positioniert sich damit innerhalb des juristischen Methodendiskurses sowie im Rahmen eines breiteren allgemeinen Diskurses. Die einschlägige Prägung als Jurist in einem allgemeinen Diskurs und die spezifische Prägung als deutscher Jurist im Rahmen einer europäischen Diskussion legen das individuelle Vorverständnis¹⁶⁸ des Verfassers offen, welches (meist inzident) im Rahmen der Analyse von konkreten Rechtstexten Anwendung findet. Daher ist eine Auseinandersetzung mit den klassischen juristischen Auslegungsmethoden als Grundlage für die methodischen Fortschreibungen im Rahmen der Hermeneutik (§ 2) und der Dekonstruktion (§ 3) unerlässlich.

I. Die klassische juristische Auslegung

Der klassische Kanon juristischer Auslegung umfasst, aufbauend auf den *canones* von Savigny,¹⁶⁹ die Auslegung nach dem Wortlaut (grammatische Auslegung), der Systematik (systematische Auslegung), dem Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung).¹⁷⁰ Dabei wird hinsichtlich der Entstehungsgeschichte teils zwischen historischer/dogmengeschichtlicher und genetischer Auslegung unterschieden.¹⁷¹ Wenngleich die vier klassischen Auslegungsmetho-

168 Zur Rolle des Vorverständnisses beim Textverstehen siehe zugleich die Ausführungen zur Hermeneutik in Kapitel 2 § 2.

169 Siehe Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts – Erster Band*, S. 212 ff., der noch das logische Element der Auslegung anstelle der teleologischen Auslegung anführte, welches sich auf „die Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältniß [sic], in welchem die einzelnen Theile [sic] desselben zu einander stehen“ bezieht, S. 214.

170 Die grammatische und die systematische Auslegung lassen sich als „textintern“, historische und teleologische Auslegung als „textextern“ kategorisieren, siehe *Looschelders/Roth*, *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, S. 23, 28 f., 130 ff., 153 ff.

171 Statt vieler siehe nur, *F. Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, S. 96 und *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, S. 168 ff. m.w.N. Die Abgrenzung lässt sich dabei wie folgt umreißen: Die Historische Auslegung konzentriert sich auf Vorgängernormen, während die genetische Auslegung sich nicht auf (andere) Normtexte bezieht, sondern Quellen wie Parlamentsbegründungen und Debatten (*Müller* spricht von „Nicht-Normtexten“) berücksichtigt, siehe *F. Müller/*

den ihren Ursprung in der deutschen bzw. deutschsprachigen Rechtswissenschaft haben,¹⁷² finden sie inzwischen auch in anderen Ländern und – für diese Untersuchung wichtig – insbesondere auch anderen EU-Mitgliedstaaten¹⁷³ Anwendung. Mit einigen Modifikationen hat auch der EuGH den klassischen Auslegungskanon übernommen,¹⁷⁴ wobei die Unterscheidung nach Wortlaut, Systematik und Teleologie bereits fest etabliert ist, während die historische Auslegung erst in jüngerer Zeit zunehmend Bedeutung erlangt.¹⁷⁵

Christensen, Juristische Methodik, S. 369, Rn. 360 sowie *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, S. 155 ff. Die Bezeichnung als dogmengeschichtliche Interpretation stammt von *K. Friedrich Röhl/H. Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 619.

- 172 Sie dominieren in Deutschland, Österreich und der Schweiz auch weiterhin die juristische Methodenlehre, siehe *Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 109 m.w.N. Für eine schweizerische Perspektive siehe *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre.
- 173 Ausdrücklich findet sich der Viererkanon in Spanien: „*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.*“ Art. 3 No. 1 Código Civil. Auch in Frankreich und im Vereinigten Königreich finden sich mit Einschränkungen und Abwandlungen zunehmend die vier Auslegungsarten, siehe *Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 110 m.w.N. Ferner lassen sich die Argumentationstypen zumindest der Struktur nach auch in Finnland, Italien, Polen und Schweden finden, siehe *Aarnio*, in: *MacCormick/Summers* (Hrsg.), Interpreting Statutes, S. 123-170 (132 ff.); *La Torre/Pattaro/Taruffo*, in: *MacCormick/Summers* (Hrsg.), Interpreting Statutes, S. 213-256 (220 ff.); *Wróblewski*, in: *MacCormick/Summers* (Hrsg.), Interpreting Statutes, S. 257-310 (269 ff.); *Peczenik/Bergholz*, in: *MacCormick/Summers* (Hrsg.), Interpreting Statutes, S. 311-358 (314 ff.) bzw. an den „anderen europäischen Obergerichten“, siehe *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, S. 250.
- 174 Siehe statt vieler nur *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, S. 250 ff.
- 175 Siehe EuGH, *Inuit Tapiriit Kanatami* (C-583/11 P), EU:C:2013:625, Rn. 50: „Zur Begründetheit [...] ist darauf hinzuweisen, dass bei der Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts [...] nicht nur ihr Wortlaut und die mit ihr verfolgten Ziele zu berücksichtigen sind, sondern auch ihr Zusammenhang und das gesamte Unionsrecht [...]. Die Entstehungsgeschichte einer Vorschrift des Unionsrechts kann ebenfalls relevante Anhaltspunkte für deren Auslegung liefern.“ So wie EuGH, *Pringle* (C-370/12), EU:C:2012:756, Rn. 135.

II. Weitere Auslegungsmöglichkeiten

Ergänzend wird seit einiger Zeit die Rechtsvergleichung als Methode diskutiert.¹⁷⁶ Außerdem finden sich Auslegungsansätze, die sich an Verfassung, Praxis, Problemgesichtspunkten/Topoi, Ökonomie,¹⁷⁷ Kontext oder Präjudizen orientieren.¹⁷⁸ Auch unter dem Begriff der „folgenorientierten Auslegung“ werden verschiedene Argumentationsfiguren verortet.¹⁷⁹

III. Rangfolge von Auslegungsmethoden

In Anbetracht der Vielzahl an unterschiedlichen Norminterpretationen kommt es zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen. So sprechen beispielsweise Sinn und Zweck des Pönalisierungsverbotes aus Art. 31 Abs. 1 GFK für eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs der Norm, während dessen Wortlaut eine restriktivere Auslegung nahelegt.¹⁸⁰ Vor dem Hintergrund divergierender Auslegungsergebnisse bei der Anwendung verschiedener Methoden stellt sich die Frage, ob es hinsichtlich der unterschiedlichen Auslegungsmethoden eine Rangfolge geben soll.¹⁸¹

176 Siehe prominent *Häberle*, JZ, S. 913-919; umfassend *Kischel*, Rechtsvergleichung und *Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht; sowie kompakt *Madjarov*, GreifRecht 2013, S. 75-90, der nachvollziehbar in inspirierende, indizierende und maßgebliche Rechtsvergleichung unterteilt.

177 Die Analyse nach ökonomischen Gesichtspunkten hat ihren Ursprung und Schwerpunkt im angelsächsischen Raum, bekommt jedoch zunehmend auch in Europa Zuspruch. Grundlegend *Posner*, Economic Analysis of Law; Einführend und kontextualisierend *F. Müller*, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, S. 351-372; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrecht, S. 103 ff. und *Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 180 ff. m.w.N.

178 Siehe *Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 191 ff. m.w.N., wobei es sich letztlich um Ansätze handelt, welche sich meist als Unterfälle der klassischen Auslegungsmethoden fassen lassen. Gleiches gilt für die Abgrenzung der Konformauslegung als (nachgelagerte) modifizierende oder korrigierende Auslegung, S. 119 f.

179 Siehe umfassend *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung.

180 Siehe Kapitel 4 § 3 II. 1. b).

181 Zum Streit über Gewichtung und Reihenfolge der Auslegungsmethoden siehe statt vieler nur, *Martens*, Methodenlehre des Unionsrecht, S. 499 ff.; *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 187 ff. und *Canaris*, in: *Beuthien/Fuchs/Roth u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, S. 25-61 (32), der es zu den „am wenigsten geklärten Problemkreisen der juristischen Methodenlehre“ zählt.

Eine absolute Gleichwertigkeit der Auslegungsmethoden ermöglicht es, im selben Fall unterschiedliche Ergebnisse juristisch korrekt zu begründen und wird daher oftmals als Freifahrtschein für autoritative Entscheidungsinstitutionen, also in der Regel für Gerichte, kritisiert.¹⁸² Die Behauptung, dass damit letztlich jedes Ergebnis zu rechtfertigen sei,¹⁸³ geht dennoch zu weit, da eine Entscheidung wenigstens nach einer Auslegungsmethode geboten sein müsste. Dennoch bleibt die Ungewissheit im Falle unterschiedlicher Ergebnisse bei der Anwendung unterschiedlicher Auslegungsmethoden.¹⁸⁴ Bisweilen wird dem Wortlaut eine Sonderrolle zugebracht, so soll er als Auslegungsgrenze einen Rahmen für die weiteren Abwägungsprozesse vorgeben.¹⁸⁵ Teils wird eine feste Stufenfolge der verschiedenen Auslegungsmethoden gefordert.¹⁸⁶ *Savigny* negierte das Problem schlicht mit dem Hinweis, die Methoden seien „nicht vier Arten der Auslegung, unter denen man nach Geschmack und Belieben wählen könnte, sondern [...] verschiedene Thätigkeiten [sic], die vereinigt wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll“.¹⁸⁷ Andere sind der Auffassung, dass sich eine Rangfolge nicht etablieren lasse.¹⁸⁸ Zumindest dem Ansatz nach am über-

182 *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, S. 37, spricht von „Ergebnisrechtsfindung“, sieht die Vorwegnahme des Ausgangs aber als weniger gravierend, jedenfalls unter dem Vorbehalt der Reflexion der vorläufigen Hypothese als hermeneutisches Vorverständnis. Kritisch zu einem „shopping-mall approach to method“ *Peters*, in: *Delbrück/Giegerich/Zimmermann u.a.* (Hrsg.), German Yearbook of International Law, S. 25-37 (36) und *Koskeniemi*, The American Journal of International Law 1999, S. 351.

183 Siehe *Martens*, Methodenlehre des Unionsrecht, S. 499 unter Berufung auf *Frankfurter* als Vertreter der *American Realists* und *Engisch*.

184 *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, S. 36 ff., spricht zutreffend in diesem Zusammenhang von den „Aporien in der methodologischen Rechtspraxis“. Diese Un(vor)bestimmtheit im Rahmen der Rechtsfindung ist auch ein zentrales Element der *critical legal studies* (bzw. des *europaean critical legal thought*), siehe hierzu Kapitel 2 § 3 III.

185 Siehe statt vieler nur *Sauer*, in: *Krüper* (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, S. 172-192 (186) m.w.N.

186 Siehe *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, S. 192 ff., die mit der Begründung, dass der „mutmaßliche Wille des Gesetzgebers nur insoweit herangezogen werden darf, wie sein tatsächlicher Wille dies zulässt“ für einen Vorrang von grammatischer und systematischer Interpretation vor der historischen/genetischen Auslegung und schließlich der teleologischen Interpretation votieren.

187 *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts – Erster Band, S. 215.

188 *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 124 ff. und in etwas abgeschwächter Form *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 104 ff.

zeugendsten sind hingegen die Versuche, gewisse Vorrang- oder besser Kollisionsregelungen zu etablieren, ohne dabei eine feste Reihenfolge einzufordern,¹⁸⁹ da sie eine gewisse Struktur geben, ohne die notwendige Flexibilität zu weit einzuschränken.

IV. Auslegungsziele: Objektive und subjektive Theorie

Eine weitere gleichermaßen langwierige wie auch zentrale Kontroverse innerhalb der klassischen juristischen Methodenlehre¹⁹⁰ besteht hinsichtlich der Zielsetzung der Auslegung als Bestimmung des Willens des Normgebers (subjektive Theorie) bzw. des „objektive[n] Sinn[s] des Gesetzes“¹⁹¹ (objektive Theorie). Dabei lässt sich die subjektive Theorie noch in zeitlicher Hinsicht zwischen dem ursprünglichen Normgeber zum Zeitpunkt der Verabschiedung und dem aktuellen Normgeber zum Zeitpunkt der Normanwendung unterscheiden. Während der Streit insbesondere in den USA in Bezug auf die Verfassungsauslegung fortbesteht, hat sich das BVerfG schon früh dahingehend festgelegt, dass der „objektive Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt“ entscheidend sein soll, und nicht die „subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung einer Bestimmung“.¹⁹² Es spricht letztlich tatsächlich mehr dafür, sich nicht zu sehr auf den subjektiven Willen eines historischen Normgebers zu konzentrieren, da dies eine „Versteinerung“ der Normen¹⁹³ begünstigen würde und den

189 So etwa *Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 197 ff. und *Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 17 f. jeweils m.w.N.

190 *Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 123, spricht von einer „Gretchenfrage“.

191 *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, S. 81.

192 Siehe BVerfG, 2 BvH 2/52, Urteil vom 21. Mai 1952, BVerfGE 1, 299 (312); so wie 1 BvL 10/55, Beschluss vom 15. Dezember 1959, BVerfGE 10, 234 (244) im Hinblick auf das einfache Recht.

193 Siehe etwa das schweizerische Bundesgericht: „Ein starres Festhalten an den Vorstellungen zur Zeit des Erlasses eines Gesetzes würde dessen Anpassung an veränderte Tatsachen, Gegebenheiten und Anschauungen verhindern und zu einer raschen Überalterung der Gesetzgebung führen.“ BGE 82 I 150. Die Gefahr der „Versteinerung“ wird auch thematisiert von *Heun*, AÖR 1991, S. 185-209 (196). Gegenläufige Auffassungen bezeichnen Normtexte auch als „*living instruments*“. *Eskridge*, Dynamic Statutory Interpretation, S. 13 ff., spricht in diesem Zusammenhang anschaulich von einer (unzureichenden) „interpretatorischen Archäologie“ (*The Insufficiency of Statutory Archaeology*).

komplexen Gesetzgebungsprozess in demokratischen Prozessen in einem uniformen Willen zusammenzufassen versucht.¹⁹⁴ Auch die Rechtsprechung des EuGH gewichtet textnahe Kriterien stärker und kommt damit, ohne dies explizit als Auslegungsziel zu deklarieren oder ein klares Bekenntnis zu einem der beiden Ansätze abzugeben,¹⁹⁵ der objektiven Auslegungslehre im Ergebnis nahe.¹⁹⁶

V. Rechtsfindung im Unionsrecht

Da sich die Untersuchung auf das Unionsrecht konzentriert, soll an dieser Stelle der kurze allgemeine Überblick nebst Vertiefungshinweisen ausreichen und im Folgenden speziell auf die Rechtsfindung auf EU-Ebene und deren Besonderheiten eingegangen werden.¹⁹⁷

1. Rechtsquellen

Die Rechtsordnung der Europäischen Union lässt sich aufgrund des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung¹⁹⁸ und der damit einhergehenden Beschränkung der möglichen Regelungsbereiche nur als „parti-

194 *Morlok*, in: *Gabriel/Gröschner* (Hrsg.), *Subsumtion*, S. 179-214 (198) identifiziert in diesem Zusammenhang Spuren eines „monarchischen Verständnisses“ der Normgebung.

195 Siehe *Vogenaier*, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, S. 347.

196 Siehe *F. Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, S. 578 f., Rn. 704.

197 Unterhalb der Unionsebene folgt noch ein von Staat zu Staat divergierendes System mit nochmals unterschiedlichen Ebenen. In Deutschland bestehen diese aus dem Grundgesetz, formellen Parlamentsgesetzen, gefolgt von rein materiellen Gesetzen der Exekutive in Form von Verordnungen und schließlich Satzungen und Verwaltungsvorschriften. Ähnlich in Spanien, mit der Besonderheit der Unterscheidung von verfassungsausführenden Gesetzen (*leyes orgánicas*) und gewöhnlichen Gesetzen (*leyes ordinarias*). Während es in Frankreich auch die Sonderform der verfassungsausführenden Gesetze (*loi organique*) gibt, ist trotz verstärkter Dezentralisierung keine vergleichbare Kompetenzverteilung auf kleinere Einheiten wie in Deutschland oder Spanien vorgesehen. Umfassend zur Normenhierarchie der Gründungsstaaten der EG siehe *Reiners*, *Die Normenhierarchie in den Mitgliedstaaten der europäischen Gemeinschaften*.

198 Siehe Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV.

ell“ geschlossen bezeichnen.¹⁹⁹ Innerhalb dieser Grenzen lässt sich jedoch eine operative Geschlossenheit konstatieren, wenn neben den fragmentarischen Regelungen aus Primär- und Sekundärrecht auch die aus den gemeinsamen Traditionen der Mitgliedstaaten gewonnenen allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts berücksichtigt werden.²⁰⁰

Das Primärrecht der EU besteht grundsätzlich aus EUV und AEUV, welche gleichrangig die Grundlage der Union darstellen.²⁰¹ Art. 51 EUV integriert darüber hinaus explizit auch die Protokolle und Anhänge in die Verträge und Art. 6 Abs. 1 EUV erhebt die GRC auf den Rang der Verträge und somit zum festen Bestandteil des Primärrechts.²⁰² Die EMRK hingegen stellt bis zu einem Beitritt der EU²⁰³ lediglich eine Rechtserkenntnisquelle dar.²⁰⁴ Ergänzend werden die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts teilweise dem Primärrecht zugerechnet.²⁰⁵ Für die (De-)Konstruktion illegalisierter Migration ist insbesondere Art. 79 AEUV als primärrechtlicher Ausgangspunkt relevant.²⁰⁶

Das Sekundärrecht umfasst grundsätzlich alle Rechtsakte, die nach Maßgabe der Verträge erlassen wurden, namentlich Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen.²⁰⁷ Da Empfehlungen und Stellungnahmen nicht verbindlich sind,²⁰⁸ kommt ihnen eine untergeordnete Bedeutung zu. Zentral sind Verordnungen und Richtlinien.²⁰⁹ Beide haben als abstrakt-generelle Regelungen Gesetzescharakter, wobei Verordnungen unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten, während Richt-

199 *Martens*, in: *Busch/Kopp/McGuire u.a.* (Hrsg.), *Europäische Methodik*, S. 27-50 (29).

200 Siehe *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrecht*, S. 136.

201 Siehe Art. 1 Abs. 3 EUV. Zum Verhältnis des EUV und des AEUV siehe *Dougan et al.*, *European Union Law*, S. 33 f.

202 Zur Einführung der GRC siehe statt vieler nur *Haratsch et al.*, *Europarecht*, S. 300 ff. und *R. Streinz*, *Europarecht*, S. 270 ff.

203 Zur Beitrittsproblematik siehe die Gutachten 2/94 und 2/13 des EuGH, EU:C:2014:2454 und EU:C:1996:140 sowie *Spaventa*, in: *Barnard/Peers* (Hrsg.), *European Union Law*, S. 227-309 (251 ff.) und *Lock*, *European Law Review* 2010, S. 777-799.

204 *R. Streinz*, *Europarecht*, S. 274.

205 Siehe *Dougan et al.*, *European Union Law*, S. 36.

206 Siehe Kapitel 3 § 1 II.

207 Siehe Art. 288 Abs. 1 AEUV.

208 Siehe Art. 288 Abs. 5 AEUV.

209 Ein Überblick über die im Rahmen der Untersuchung relevanten Verordnungen und Richtlinien lässt sich aus der Aufstellung im Abkürzungsverzeichnis der Rechtsakte gewinnen, wenngleich sich die stark unterschiedliche Bedeutung der einzelnen Sekundärrechtsinstrumente darin nicht ablesen lässt.

linien lediglich das Ziel verbindlich vorgeben, die Wahl von Form und Mittel zu dessen Erreichung jedoch den innerstaatlichen Stellen überlassen.²¹⁰ Beschlüsse regeln hingegen einen konkreten Einzelfall, dies aber ebenso verbindlich.²¹¹ Im Rahmen der umfangreichen sekundärrechtlichen Regelungen auf dem Feld des Migrationsrechts lässt sich eine ungefähre Tendenz dahingehend feststellen, dass im Bereich der Politik zu den Außengrenzen vermehrt Verordnungen erlassen werden, während allgemeine Einwanderungsregelungen oftmals durch Richtlinien geregelt werden, welche den Mitgliedstaaten mehr Spielraum bei der Anwendung und Implementierung lassen.²¹²

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze können sich aus dem Recht der Mitgliedstaaten, dem Unionsrecht selbst oder dem Völkerrecht ergeben.²¹³ Rechtsgrundsätze, welche rechtsvergleichend aus den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gewonnen werden, basieren nicht auf einem Konsens oder einer numerischen Mehrheit, sondern auf einer wertenden Einschätzung der Unionsrechtskompatibilität durch den EuGH.²¹⁴ Gerechtfertigt wird der Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze mit dem Auftrag zur Wahrung des Unionsrechts.²¹⁵ Auch aus dem Unionsrecht selbst werden allgemeine Rechtsgrundsätze abgeleitet, wobei deren Herleitung und Rechtfertigung nicht unumstritten sind.²¹⁶ Die allgemeinen Rechtsgrundsätze aus dem Völkerrecht sind nach Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut vom IGH anzuwenden und als allgemein anerkannte Rechtsquelle des Völkerrechts auch bei der Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen.²¹⁷

210 Siehe Art. 288 Abs. 2 und 3 AEUV sowie statt vieler hierzu nur *Bradley*, in: *Barnard/Peers* (Hrsg.), *European Union Law*, S. 97-142 (99 ff.).

211 Siehe Art. 288 Abs. 4 AEUV.

212 Siehe *Lang*, in: *Iliopoulos-Strangas/Potacs/Tanasescu u.a.* (Hrsg.), *Migration | Migration | Migrations*, S. 145-162 (148).

213 Siehe statt vieler nur *Rodríguez Iglesias*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 1998, S. 1-16 (2 ff.). wenngleich der Begriff bis heute noch nicht sicher geklärt ist, siehe *GA Trstenjak, Audiolux u.a.* (C-101/08), EU:C:2009:410, Rn. 67 m.w.N. Zur Genese in der Rechtsprechung des EuGH siehe *Craig/Búrca*, *EU Law*, S. 364 ff.

214 Siehe *Tridimas*, *The General Principles of EU Law*, S. 6; sowie *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrecht*, S. 150 ff. und *F. Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, S. 429 f. jeweils m.w.N.

215 Siehe Art. 19 Abs. 1 EUV und EuGH, *Brasserie du pêcheur* (C-46/93 und C-48/93), EU:C:1996:79, Rn. 27, noch zu Art. 164 EGV a.F.

216 Ausführlich hierzu *Metzger*, *Extra legem, intra ius*, S. 379 f. m.w.N.

217 Siehe statt vieler nur *Lenaerts et al.*, *European Union Law*, S. 879 f. und *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrecht*, S. 153 ff. m.w.N.

2. Anwendung der klassischen Auslegungsmethoden durch den EuGH

Der EuGH hat die teleologische, systematische, grammatische und – mit Einschränkungen – die historische Interpretation übernommen,²¹⁸ wörtlich spricht er hinsichtlich der Norminterpretation von „Geist“, „Systematik“ und „Wortlaut“.²¹⁹ Insbesondere im Umgang mit dem Sekundärrecht verfolgt der EuGH einen methodisch eher konservativen, auf die klassischen Auslegungsmethoden aufbauenden Ansatz.²²⁰ Bei der Wortlautauslegung steht der „gewöhnliche Sprachgebrauch“ im Zentrum,²²¹ ein Bezug auf eine kontextspezifische Fachsprache findet sich nur vereinzelt.²²² Hier zeigt sich, dass sich die klassischen Auslegungsmethoden im Kontext des Unionsrechts teils mit spezifischen Problemkonstellationen konfrontiert sehen. So wird die Auslegung nach dem Wortlaut durch eine Vielzahl verschiedener Landessprachen erschwert, deren Wortlaut gleichermaßen verbindlich ist (Art. 55 EUV).²²³ Die Betrachtung der Entstehungsgeschichte umfasst sowohl die Vorgeschichte der Norm selbst, also deren Vorläufer,

218 Hager, Rechtsmethoden in Europa, S. 250. Ausführlich zur Anwendung der verschiedenen Auslegungsmethoden im Unionsrecht (damals noch Gemeinschaftsrecht) Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 344 ff.

219 „[I]t is necessary to consider the spirit, the general scheme and the wording of those provisions“, EuGH, *Van Gend & Loos* (C-26/62), EU:C:1963:1. Zur Kategorisierung der Herangehensweisen siehe Itzcovich, GLJ 2009, S. 537-560 (549 ff.), der die Einteilung in sprachliche, systematische und dynamische Kriterien übernimmt, jedoch anmahnt, diese nicht zu starr zu sehen, da diese durchaus ineinander verfließen können (555 f.).

220 Besonders dynamische Auslegungen beziehen sich dabei meist auf Regelungskomplexe aus dem Primärrecht, wie beispielsweise die Unionsbürgerschaft oder den europäischen Binnenmarkt, siehe Hailbronner/Thym, in: Hailbronner/Thym, *Constitutional Framework and Principles for Interpretation*, Rn. 12.

221 Siehe EuGH, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson* (C-14/59), EU:C:1959:31, S. 488. Äquivalent dazu wird auch „gewöhnlicher Sinn“, „natürlicher Wortsinn“, „grammatikalischer Sinn“, „landläufiger Sinn“ und „üblicher Wortsinn“ verwendet, siehe für die entsprechenden Rechtsprechungsnachweise Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 347.

222 Siehe beispielsweise die „Fachsprache der Stahlindustrie“ EuGH, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson* (C-14/59), EU:C:1959:31, S. 488; öfter findet sich ein Rückgriff auf den juristischen Sprachgebrauch, siehe Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 348, m.w.N.

223 Ausführlich hierzu F. Müller/Christensen, *Juristische Methodik*, S. 26 ff., Rn. 8 ff. und S. 254 ff., Rn. 314 ff.

als auch den breiteren entstehungsgeschichtlichen Kontext.²²⁴ Insofern finden sich auch im Unionsrecht sowohl historische als auch genetische Auslegungsansätze. Im Rahmen der systematischen Auslegung wird die Norm im Lichte des *gesamten* Unionsrechts interpretiert.²²⁵ Es werden daher nicht nur die verschiedenen Absätze eines Artikels oder die verschiedenen Artikel unter einem Titel betrachtet,²²⁶ sondern das Normsystem des gesamten Rechtsaktes sowie Regelungen aus anderen Rechtsinstrumenten können miteinbezogen werden. Die Einschätzung, dass die systematische Auslegung im Unionsrecht mangels systematischer Kodifizierung der Rechtsnormen kaum Bedeutung habe,²²⁷ geht angesichts der regelmäßigen Anwendung in der Rechtsprechung des EuGH fehl.²²⁸ Ferner untersucht auch der EuGH Sinn und Zweck einer Regelung.²²⁹ Der rechtsvergleichenden Methode kommt bei der Auslegung des Unionsrechts in der Rechtsprechung des EuGH, wenn überhaupt, nur eine untergeordnete Rolle zu.²³⁰

Die bereits in den allgemeinen Ausführungen zu den klassischen Methoden der Rechtswissenschaft aufgeworfene Frage nach einer Rangfolge der anerkannten Auslegungsmethoden stellt sich auch bei der Rechtsfindung

224 Siehe *Vogenaer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 348.

225 Siehe statt vieler nur EuGH, *CILFIT* (C-283/81), EU:C:1982:335, Rn. 20.

226 Siehe die entsprechenden Nachweise bei *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S. 125-145; *Vogenaer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 349 f., auch zur Berücksichtigung des Titels des Rechtsaktes und der Überschrift des Kapitels.

227 Siehe mit stark quantitativem Fokus *Dederichs*, Die Methodik des EuGH, S. 104; sowie *Höpfner/Rüthers*, AcP 2009, S. 1-36 (12), die zwar die die seit langem praktizierte systematische Auslegung des EuGH nicht leugnen, diese jedoch als Kompetenzüberschreitung ansehen.

228 Siehe *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, § 10, Rn. 21 ff.

229 Dabei gilt, dass er sich teils auf den Zweck einer einzelnen Vorschrift beruft und teils auf den des gesamten Rechtsaktes, in welchem sich die auszulegende Norm befindet, siehe *Vogenaer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 355 m.w.N.

230 Siehe *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S. 125-145 (137) Rn. 34. Der tatsächliche Einfluss rechtsvergleichender Argumentationen lässt sich in der Regel nur anhand der Ausführungen der Generalanwält*innen vermuten, da er in den veröffentlichten Entscheidungsgründen oft keinen Niederschlag findet, siehe *Vogenaer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 353. Exemplarisch GA van Gerven, *Ten Oever / Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf* (C-109/91), EU:C:1993:158, dessen Ausführungen zum US Supreme Court (Rn. 37) sich im Urteil, EU:C:1993:833, nicht explizit wiederfinden.

auf Unionsebene und ist dort ebenfalls umstritten. Quantitative Analysen der angewandten Methoden²³¹ können hierbei höchstens als Indikator dienen, da die Häufigkeit der Anwendung nicht auf deren tatsächliche Bedeutung schließen lässt. Auch kann ein Vorrang, jedenfalls nur dann erkennbar werden, wenn es tatsächlich zu Konflikten kommt. Wenn der EuGH in einer Entscheidung sein Ergebnis auf die Teleologie stützt,²³² darf daraus nicht auf einen Vorrang vor dem Wortlaut geschlossen werden, wenn dieser keinen entscheidungserheblichen Mehrwert bietet.²³³ Grundsätzlich verwendet der EuGH die unterschiedlichen Auslegungsmethoden (gleichwertig) nebeneinander.²³⁴ Feststellen lässt sich lediglich eine Priorisierung von Grammatik, Systematik und Wortlaut gegenüber der Entstehungsgeschichte.²³⁵

3. Unionsrechtliche Rechtsanwendungsspezifika

Bei der Rechtsanwendung im Rahmen des Unionsrechts gilt es jedoch neben den klassischen Auslegungsmethoden auch eine Reihe anderer Spezifika zu beachten.

Wenngleich das Unionsrecht eine eigenständige Rechtsordnung darstellt, wird im Rahmen der Auslegung oftmals Konformität mit anderen Regelungsregimen gesucht. Bezugsgegenstand kann dabei sowohl eine mitgliedstaatliche Rechtsordnung als auch das Völkerrecht oder unter Umständen sogar *soft law* sein.²³⁶ Daneben ist die Notwendigkeit der Konformität mit höherrangigem Recht streng genommen kein Spezifikum des EU-Rechts; sie findet sich auch in nationalen Rechtsordnungen. Art. 6 EUV fordert die Vereinbarkeit mit den Rechten, Freiheiten und Grundsätzen der GRC; zudem müssen die Regelungen des Sekundärrechts in pri-

231 Umfangreich hierzu *Dederichs*, Die Methodik des EuGH.

232 So beispielsweise in EuGH, *Europemballage Corporation und Continental Can Company* (C-6/72), EU:C:1973:22.

233 Siehe *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, S. 577, Rn. 703 f.

234 Siehe *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 356 f.

235 Siehe *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, S. 578, Rn. 704 mit Bezug auf den EuGH, *Antonissen* (C-292/89), EU:C:1991:80 und *Kommission / Italien* (C-429/85), EU:C:1988:83. Ebenso *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 356 f.

236 Siehe *Martens*, Methodenlehre des Unionsrecht, S. 451 ff. m.w.N.

märrechtskonformer Weise angewandt werden.²³⁷ Neben dem *lex superior* Grundsatz, finden auch die Grundsätze *lex posterior* und *lex specialis* im Unionsrecht ebenfalls Anwendung.²³⁸

Eine besondere Rolle in der unionsrechtlichen Rechtsanwendung kommt den Erwägungsgründen und Gesetzgebungsmaterialien zu, welche erheblichen Einfluss auf die Auslegung haben (können).

Die Erwägungsgründe im Europäischen Sekundärrecht stellen eine Besonderheit dar.²³⁹ Nach Art. 296 Abs. 2 AEUV sind sie allen Rechtsakten beizufügen und sollen Bezug nehmen auf Vorschläge, Initiativen, Empfehlungen, Anträge oder Stellungnahmen.²⁴⁰ Die mit der Formel „in Erwägung nachstehender Gründe“ vorangestellten Begründungen stellen somit im Gegensatz zu den Gesetzesbegründungen in anderen Rechtsordnungen einen integralen Bestandteil der jeweiligen Rechtsakte dar.²⁴¹ Die Erwägungsgründe enthalten jedoch selbst keine Regelungen und es lassen sich aus ihnen auch keine Rechte ableiten.²⁴² Sie helfen jedoch dabei, den Inhalt der Regelungen im verbindlichen Normtext zu konkretisieren.

Der EuGH hat beispielsweise die Frage, ob der Aufenthalt einer Person, die einen Schutzantrag gestellt hat, bis zur erstinstanzlichen Entscheidung als „illegal“ im Sinne der RückführungsRL einzustufen ist, unter expliziter

237 Siehe nur EuGH, *McDonagh* (C-12/11), EU:C:2013:43, Rn. 44, der fordert, Unionsrechtsakte „im Einklang mit dem gesamten Primärrecht auszulegen“. Zur Kritik an einer umgekehrten Orientierung am Sekundärrecht bei der Primärrechtsinterpretation siehe *F. Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, S. 444 ff., Rn. 548 ff. m.w.N. *Vogenaier*, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, S. 377, weist jedoch am Beispiel von EuGH, *Polydor u.a. / Harlequin u.a.* (C-270/80), EU:C:1982:43 darauf hin, dass der EuGH nahezu identisch formulierte Regelungen in unterschiedlichen Rechtsakten durchaus auch abweichend auslegt.

238 Siehe *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, S. 138 m.w.N.

239 Dennoch findet dieses Spezifikum in den meisten Lehrbüchern zum Unionsrecht leider keine besondere Beachtung, was jedoch auch der Konzentration auf das Primärrecht geschuldet sein mag.

240 Siehe Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die an der Abfassung von Rechtstexten der Europäischen Union mitwirken, Leitlinie 10, abrufbar unter: <https://publications.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/3879747d-7a3c-411b-a3a0-55c14e2ba732> (letzter Abruf am 3. Mai 2020), der ferner hinsichtlich der Formulierung fordert, dass die Erwägungsgründe im Gegensatz zum verfügenden Teil so formuliert werden, dass ihre Unverbindlichkeit deutlich wird.

241 Siehe *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrecht*, S. 178.

242 *Klimas/Vaiciukaite*, *Journal of International & Comparative Law* 2008, S. 61-93 (85 f.).

Berücksichtigung von Erwägungsgrund 9 der RückführungsRL verneint und somit Art. 7 Abs. 1 RückführungsRL unter Bezugnahme auf die Erwägungsgründe konkretisiert.²⁴³ Aus Erwägungsgrund 6 der RückführungsRL folgte er zudem eine Informationspflicht in Bezug auf den Rechtsschutz von Personen, deren Schutzantrag in einer einzigen behördlichen Entscheidung abgelehnt wurde und mit einer Rückkehrentscheidung verknüpft wurde.²⁴⁴ Bei der Frage, wann die Flüchtlingseigenschaft bei einer veränderten Lage im Herkunftsland erlischt, leitete er aus den Erwägungsgründen der QualifikationsRL ab, dass „die Genfer Konvention einen wesentlichen Bestandteil des internationalen Rechtsrahmens für den Schutz von Flüchtlingen darstellt“ und dass die Bestimmungen der QualifikationsRL „erlassen wurden, um die [...] Anwendung der Genfer Konvention [...] zu leiten“ und sie dementsprechend bei der Auslegung der Richtlinie zu berücksichtigen sei.²⁴⁵

Die Erwägungsgründe sind somit von erheblicher Bedeutung für die Auslegung,²⁴⁶ wobei sie regelmäßig Anknüpfungspunkt für die genetische Auslegung sind.²⁴⁷ Da der EuGH die Erwägungsgründe jedoch auch bei der Bestimmung von Sinn und Zweck einer Norm berücksichtigt, verschwimmen bisweilen die Grenzen zwischen teleologischer und historischer/genetischer Auslegung.²⁴⁸ Bei der Berücksichtigung der Erwägungsgründe gilt grundsätzlich, dass der Regelungsgehalt einer allgemeinen oder uneindeutigen Regelung anhand der Erwägungsgründe erweitert werden kann, im Falle einer eindeutigen Regelung ist dies hingegen nicht möglich.²⁴⁹ Stehen die Erwägungsgründe und der verfügende Normtext in Konflikt zu einander, geht der verfügende Teil stets vor.²⁵⁰

243 Siehe EuGH, *Gnandi* (C-181/16), EU:C:2018:465, Rn. 40.

244 Siehe EuGH, *Gnandi* (C-181/16), EU:C:2018:465, Rn. 65.

245 Siehe EuGH, *Salahadin Abdulla u.a.* (C-175/08), EU:C:2010:105, Rn. 52 der sich auf die ErwGr. 3, 16 und 17 der QualifikationsRL bezieht.

246 Siehe *Leisner*, EuR, S. 689-707 (703) m.w.N. und *Dederichs*, EuR, S. 345-359 (358).

247 Siehe *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, S. 75, Rn. 76.

248 Siehe *Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 153, Rn. 6 und *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, S. 253.

249 Siehe *Klimas/Vaiciukaite*, Journal of International & Comparative Law 2008, S. 61-93 (92).

250 Siehe *Klimas/Vaiciukaite*, Journal of International & Comparative Law 2008, S. 61-93 (92), die ferner zutreffend feststellen, dass es nicht möglich ist, berechnete Erwartungen lediglich auf Erwägungsgründe zu stützen, Erwägungsgründe die Entstehung eines Vertrauensschutzes jedoch verhindern, wenn dieser auf uneindeutigen Normen basiert.

Neben den Erwägungsgründen sind auch die Gesetzgebungsmaterialien von Bedeutung.

Nicht zuletzt aufgrund der weitgehenden Informationsrechte stehen die Gesetzgebungsmaterialien der EU in großem Umfang für die Nutzung bei der Norminterpretation zur Verfügung.²⁵¹ Diese vorbereitenden Dokumente werden bei der Interpretation des Sekundärrechts auch vom EuGH in erheblichem Umfang berücksichtigt.²⁵² So werden beispielsweise Protokolle von Ratssitzungen,²⁵³ Kommissionsentwürfe,²⁵⁴ Stellungnahmen des Europäischen Parlaments²⁵⁵ oder Ratsbeschlüsse²⁵⁶ bei der Rechtsfindung durch den EuGH herangezogen.²⁵⁷

Zu berücksichtigen sind außerdem die speziellen Ausprägungen und Gewichtungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Prinzips der praktischen Wirksamkeit, der Auslegung von Ausnahmeregelungen und der Bedeutung von Präjudizien.

Unter den verschiedenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen²⁵⁸ hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Migrationsrecht eine besonders hohe Bedeutung erlangt.²⁵⁹ Er ist fester Bestandteil der Rechtsprechung des EuGH.²⁶⁰ Während die Festsetzung in Art. 5 Abs. 4 EUV als Grenzziehung im Kompetenzgefüge von Union und Mitgliedstaaten fungiert, findet er

251 Eine in vielen Teilen vorbildliche und umfassende Auseinandersetzung mit den Gesetzgebungsmaterialien des Migrationsrechts der EU findet sich in den Kommentierungen in *Hailbronner/Thym*.

252 Siehe *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 348.

253 Siehe statt vieler nur EuGH, *Auer* (C-136/78), EU:C:1979:34, Rn. 25 f.

254 Siehe statt vieler nur EuGH, *Pammer und Hotel Alpenhof* (C-585/08), EU:C:2010:740, Rn. 43. Den Kommissionsvorschlägen wird dabei bisweilen ein sog. „Ankereffekt“ zugesprochen, da spätere Fassungen sich trotz Änderungen im Gesetzgebungsverfahren daran orientieren, siehe *Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 148, Rn. 179 sowie allgemein *Krüper*, JZ 2010, S. 655-662 und *Wagner*, ZZP, S. 5-39, 27 ff.

255 Siehe statt vieler nur EuGH, *AIMA/Greco* (C-36/77), EU:C:1977:175, Rn. 7/12.

256 Siehe statt vieler nur EuGH, *Vereinigtes Königreich / Rat* (C-131/86), EU:C:1988:86, Rn. 26.

257 Siehe *Martens*, Methodenlehre des Unionsrecht, S. 394 ff. m.w.N. und *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 384 f.

258 Siehe allgemein hierzu *Tridimas*, The General Principles of EU Law und ausführlich zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (S. 136 ff).

259 Siehe *Hailbronner/Thym*, in: *Hailbronner/Thym*, Constitutional Framework and Principles for Interpretation, Rn. 24.

260 Siehe statt vieler nur EuGH, *Vodafone* (C-58/08), EU:C:2010:321, Rn. 51 ff. sowie *Martens*, Methodenlehre des Unionsrecht, S. 522 m.w.N. in Fn. 1089.

sich in der Rechtsprechung des EuGH auch als Limitierung staatlicher Akte gegenüber einzelnen Individuen.²⁶¹ Im Gegensatz zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Recht²⁶² wendet der EuGH die Einschränkung der Verhältnismäßigkeit auch in Fällen an, welche keine individuellen Rechte betreffen.²⁶³

Eine weitere Sonderkonstellation, die sich häufig in den Richtlinien mit Migrationsbezug findet, sind Regelungen, welche es den Mitgliedstaaten erlauben, günstigere Bestimmungen im nationalen Recht vorzusehen.²⁶⁴ Diese Abweichungen stehen jedoch meist unter dem Vorbehalt, dass sie sich als kompatibel mit der jeweiligen Richtlinie erweisen müssen.²⁶⁵ Wenn die grundlegende Norm in der Richtlinie eine Vollharmonisierung anstrebt, ist eine Abweichung der Mitgliedstaaten im Rahmen einer Klausel für günstigere nationale Bestimmungen nicht möglich.²⁶⁶ Sofern eine günstigere Bestimmung möglich ist, fällt diese in den verbleibenden Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten, so dass daraus erwachsene Rechte nicht vom Unionsrecht erfasst werden.²⁶⁷

Ferner ist das Prinzip der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) fest im Unionsrecht etabliert. Dennoch ist es nicht einfach, daraus konkrete Ergebnisse abzuleiten.²⁶⁸ Allgemein soll mit diesem der teleologischen Ausle-

261 Siehe statt vieler nur EuGH, *Baumbast und R* (C-413/99), EU:C:2002:493, Rn. 91.

262 Auf dem der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Unionsrecht aufbaut, siehe *Kischel*, EuR 2000, S. 380-402 (383).

263 Siehe *Hailbronner/Thym*, in: Hailbronner/Thym, *Constitutional Framework and Principles for Interpretation*, Rn. 24.

264 Beispielsweise in Bezug auf die Ausstellung dauerhafter oder unbefristeter Aufenthaltstitel in Art. 13 Daueraufenthalts-RL. Siehe hierzu ausführlich *Hailbronner/Thym*, in: Hailbronner/Thym, *Constitutional Framework and Principles for Interpretation*, Rn. 28 ff.

265 Siehe statt vieler nur Art. 4 Abs. 3 RückführungsRL: „sofern diese Vorschriften mit der Richtlinie im Einklang stehen.“

266 Siehe *Hailbronner/Thym*, in: Hailbronner/Thym, *Constitutional Framework and Principles for Interpretation*, Rn. 28 ff., unter Hinweis auf die mit dem Vertrag von Lissabon geänderte primärrechtliche Grundlage, die nunmehr auf die Errichtung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems abzielt und ein höheres Maß an Uniformität fordert.

267 Siehe *Hailbronner/Thym*, in: Hailbronner/Thym, *Constitutional Framework and Principles for Interpretation*, Rn. 33.

268 Die Schwierigkeit aus dem Prinzip der praktischen Wirksamkeit konkrete Ergebnisse abzuleiten liegt darin begründet, dass es regelmäßig eine Vielzahl an verschiedenen Möglichkeiten gibt, um die Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen, siehe *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrecht*, S. 472 ff., m.w.N. zur Rechtsprechung des EuGH in Fn. 844.

gung nahestehenden Ansatz die Verwirklichung der Vertragsziele sichergestellt bzw. gefördert werden.²⁶⁹ Da die Zielsetzung des Prinzips der praktischen Wirksamkeit die Effektivitätsförderung des Unionsrechts selbst ist, sind die Folgen nicht zwingend begünstigend für Migrant*innen,²⁷⁰ was sich beispielsweise im Rahmen der RückführungsRL veranschaulichen lässt.²⁷¹ Die Zielsetzungen eines Sekundärrechtsinstruments sind dabei bisweilen unklar oder es bestehen gar mehrere, miteinander teils konfligierende Ziele.²⁷²

Weiter hat sich in der Rechtsprechung des EuGH der Auslegungsgrundsatz etabliert, dass Ausnahmen stets eng auszulegen sind.²⁷³ Das gilt sowohl für Ausnahmen von sekundärrechtlichen Regelungen als auch im Rahmen des Primärrechts.²⁷⁴

Schließlich kommt Verweisen auf eine frühere Rechtsprechung auch auf Unionsebene eine zunehmende Bedeutung zu, so dass in diesem Zusammenhang zutreffend von der Herausbildung einer „Systematik zweiter Ordnung“ gesprochen werden kann.²⁷⁵ Diese steht jedoch in keinem Kon-

269 Siehe Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim u. a., Art. 19 EUV, Rn. 57. Zur Frage des *effet utile* als Auslegungsmethode Potacs, EuR 2009, S. 465-488, der die EuGH Rechtsprechung hierzu nicht als kompetenzwidrig ansieht, jedoch mehr Methodenstrenge fordert. Eine empirische Auseinandersetzung mit der *effet utile* Rechtsprechung findet sich bei Šadl, European Journal of Legal Studies 2015, S. 18-45, die zu dem Ergebnis kommt, dass es letztlich der Schaffung eines kohärenten Rechtssystems diene und sich die Befürchtungen einer Kompetenzerweiterung des EuGH auf diesem Wege nicht bewahrheiten (41 f.).

270 Siehe Hailbronner/Thym, in: Hailbronner/Thym, Constitutional Framework and Principles for Interpretation, Rn. 16.

271 Das Ziel der RückführungsRL ist es, „eine wirksame Rückkehr- und Rückübernahmepolitik in Bezug auf illegal aufhältige Drittstaatsangehörige zu schaffen“, siehe EuGH, *El Dridi* (C-61/11 PPU), EU:C:2011:268, Rn. 59.

272 Siehe Hailbronner/Thym, in: Hailbronner/Thym, Constitutional Framework and Principles for Interpretation, Rn. 17 m.w.N.

273 Siehe nur EuGH, *Johnston* (C-222/84), EU:C:1986:206, Rn. 36 „Bestimmung als Ausnahme [...] eng auszulegen ist“ und EuGH, *Kalanke* (C-450/93), EU:C:1995:322, Rn. 21. Ferner Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 371 ff. m.w.N.

274 Siehe zur Ausnahme der Grundregel des freien Warenverkehrs EuGH, *Baubuis* (C-46/47), EU:C:1977:6, Rn. 12/15.

275 Siehe Dederichs, Die Methodik des EuGH, S. 60 und F. Müller/Christensen, Juristische Methodik, S. 279 ff., Rn. 347 ff. (insbesondere Rn. 363 ff.), S. 279 ff., Rn. 347 ff. (insbesondere Rn. 363 ff.).

kurrenzverhältnis zur klassischen Systematik (erster Ordnung), sondern sie ergänzt diese.²⁷⁶

Abschließend ist auf die Bedeutung des Auslegungsaspekts der Kohärenz²⁷⁷ im Unionsrecht einzugehen. Eine auf Kohärenz gleichrangiger Regelungen abzielende Auslegung wird teils auch als „horizontal systematische“ Auslegung bezeichnet.²⁷⁸

Dieser rechtsaktübergreifende Systematisierungsansatz ist in Anbetracht der Vielzahl unterschiedlicher Sekundärrechtsinstrumente im Migrationsrecht²⁷⁹ von erheblicher Bedeutung.²⁸⁰ Die Zielsetzung einer rechtsaktübergreifenden terminologischen und inhaltlichen Kohärenz wird auch von den Gesetzgebungsorganen der EU klar formuliert und anerkannt.²⁸¹ Dennoch ist eine gleichförmige Auslegung gleichartiger Begrifflichkeiten nicht zwingend, vielmehr kann es kontextabhängig zu anderen Ergebnissen kommen.²⁸²

Die terminologische Kohärenz scheitert im Unionsrecht jedoch bisweilen schon bei zentralen und eigentlich klar definierbaren Begrifflichkeiten, wie im Folgenden am Beispiel der Begriffe „Drittstaatsangehöriger“ und

276 Siehe *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, S. 292 f., Rn. 367, die darauf hinweisen, dass „ergänzen“ dahingehend missverständlich sein könnte, dass es sich um Randbereiche handle, die Systematik zweiter Ordnung jedoch gerade in den zentralen Bereichen, in denen es bereits eine umfangreiche Judikatur gibt, zum Tragen kommt.

277 Grundlegend zum Kohärenzbegriff im Kontext der Rechtswissenschaft, *Bracker*, Kohärenz und juristische Interpretation.

278 *Martens*, Methodenlehre des Unionsrecht, S. 448 f.

279 Siehe nur die Kommentierungen zu den relevantesten Richtlinien und Verordnungen in *Hailbronner/Thym*.

280 Grundlegend hierzu, jedoch mit Fokus auf das Privatrecht, *Grundmann*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2011, S. 882-932 (894 f.), nach dem gleiche Begriffe in Parallelrechtsakten auch gleich auszulegen sind und teilweise Regelungsinhalte einer Norm auch auf andere Normen mit ähnlichen Wertungen übertragen werden können. Ergänzend hierzu siehe *Martens*, Methodenlehre des Unionsrecht, S. 450 ff.

281 Siehe Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die an der Abfassung von Rechtstexten der Europäischen Union mitwirken, Leitlinie 4, 4.3 und Leitlinie 6, 6.2.1, abrufbar unter: <https://publications.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/3879747d-7a3c-411b-a3a0-55c14e2ba732> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

282 Siehe *Hailbronner/Thym*, in: *Hailbronner/Thym*, Constitutional Framework and Principles for Interpretation, Rn. 18, mit Hinweis auf die divergierende Auslegung des Begriffs der „Sozialhilfe(-leistung)“ in der UnionsbürgerRL und der Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) 833/2004) in EuGH, *Brey* (C-140/12), EU:C:2013:565.

„Familienangehöriger“ exemplarisch veranschaulicht werden soll. In der ArbeitgebersanktionenRL wird als „Drittstaatsangehöriger“ definiert, wer nicht „Unionsbürger im Sinne von Artikel 17 Absatz 1 des Vertrags ist und nicht das Gemeinschaftsrecht auf freien Personenverkehr nach Artikel 2 Absatz 5 des Schengener Grenzkodex genießt“.²⁸³ Eine gleichlautende Begriffsbestimmung findet sich in der RückführungsRL.²⁸⁴ In der FamilienzusammenführungsRL fehlt in der Begriffsbestimmung hingegen der Zusatz hinsichtlich des Freizügigkeitsrechts aus dem Schengener Grenzkodex.²⁸⁵ Ebenso in der DaueraufenthaltsRL und der HochqualifiziertenRL.²⁸⁶ Während die Familienzusammenführungsrichtlinie und die DaueraufenthaltsRL bereits 2003 verabschiedet wurden, also vor Erlass des Schengener Grenzkodex (alte Fassung) im Jahr 2006, stammen die HochqualifiziertenRL wie auch die ArbeitgebersanktionenRL aus dem Jahr 2009, so dass die abweichende Begriffsbestimmung zumindest in diesem Fall nicht aus der bloßen zeitlichen Reihenfolge der Erlasse erklärt werden kann.²⁸⁷ Es ergibt durchaus Sinn, den Schengener Grenzkodex bei der Sanktionierung von Arbeitgebenden aufgrund nicht rechtmäßiger Aufenthalte ihrer Beschäftigten zu berücksichtigen, während die daraus resultierenden Freizügigkeitsrechte für Nicht-Unionsbürger*innen für die Einreisebedingungen von Hochqualifizierten nicht erheblich sind. Dennoch zeigt das Beispiel, dass schon die Legaldefinitionen zentraler Begriffe wie „Drittstaatsangehörige“ im Unionsrecht nicht einheitlich sind und nicht erst auf der Rechtsfolgenseite oder bei der Anwendung Differenzen auftreten.

Auch die Definition von „Familienangehörigen“ unterscheidet sich in den verschiedenen Richtlinien. Während Art. 2 lit. f der HochqualifiziertenRL und der ICT-RL auf die Definition in Art. 4 Abs. 1 der FamilienzusammenführungsRL verweisen, verweist die DaueraufenthaltsRL in Art. 2 lit. e nur pauschal auf die FamilienzusammenführungsRL als Ganzes und Art. 2 lit. j der QualifikationsRL führt eine eigenständige, abweichende Begriffsbestimmung ein.

283 Siehe Art. 2 lit. a ArbeitgebersanktionenRL.

284 Siehe Art. 3 Abs. 1 RückführungsRL.

285 Siehe Art. 2 lit. a FamilienzusammenführungsRL.

286 Siehe Art. 2 lit. a DaueraufenthaltsRL und Art. 2 lit. a HochqualifiziertenRL.

287 Dass die Begriffsbestimmungen in Art. 2 lit. a der Kombinierte-Erlaubnis-RL und Art. 3 lit. a SaisonarbeiterRL dahingehend abweichen, dass sie nunmehr auf Art. 20 Abs. 1 AEUV verweisen, ist hingegen lediglich dem Umstand geschuldet, dass zwischenzeitlich der Vertrag von Lissabon in Kraft getreten ist.

Die unterschiedlichen Begriffsbestimmungen sind zunächst unproblematisch, da sie den jeweiligen Begriff explizit nur für die jeweilige Richtlinie festlegen. Im Hinblick auf das oben beschriebene Kohärenzgebot zeigen sich jedoch schon auf terminologischer Ebene erhebliche Probleme.

§ 2 Hermeneutik

Die bis hierhin dargestellten (klassischen) Methoden in der Rechtswissenschaft sind im Grunde Ausdruck einer rechtspositivistischen Betrachtung bzw. Interpretationstheorie, welcher eine Konstruktion des Rechts²⁸⁸ als autonomes, in sich geschlossenes, deduktives System zugrunde liegt.²⁸⁹ Die im Folgenden dargestellte Hermeneutik baut hierauf auf. Sie ergänzt den, dem klassischen Methodenkanon innewohnenden universellen Richtigkeitsanspruch um eine subjektive Komponente²⁹⁰ und stellt sich insofern als Zwischenschritt oder Zwischenstufe auf dem Weg zu einem dekonstruktiven Zugang dar. Da die Weiterführung der klassischen Methoden in der Hermeneutik als Grundlage der dekonstruktiven Herangehensweise dient, ist eine kurze Darstellung derselben angezeitigt, um die Kontinuitäten und Differenzen der Ansätze nachvollziehbar zu machen.

288 *Savigny* bezeichnete die Auslegung als „die Reconstruction [sic] des dem Gesetze inwohnenden [sic] Gedankens“, siehe *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts – Erster Band, S. 213.

289 Siehe *Vesting*, Rechtstheorie, S. 104 ff., Rn. 200 ff., der den Rechtspositivismus vor einer zu trivialen Betrachtung bewahren möchte und diesem nicht nur eine Anpassungs- und Lernfähigkeit attestiert, sondern auch eine politische Komponente zuspricht.

290 *Schroth*, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 243-271 (253) weist darauf hin, dass die juristische Hermeneutik die methodische Frage, wie ein entsprechendes Textverständnis tatsächlich erfolgen soll, grundsätzlich offen lässt, was in der Rechtsanwendung jedoch nicht zu einer Regelfreiheit führen soll.

I. Einteilung und Entwicklung

Die Hermeneutik²⁹¹ war ursprünglich in der Theologie beheimatet und wurde erst später auch auf Gesetzestexte angewandt.²⁹² Es wird insofern auch unterschieden zwischen einer theologischen und einer juristischen Hermeneutik.²⁹³ Ferner lässt sich der Begriff der juristischen Hermeneutik sowohl als Sammelbezeichnung für die Regeln und Elemente (klassischer) juristischer Interpretation verwenden als auch, in einem engeren Sinne, für die auf der hermeneutischen Philosophie *Gadamer's* aufbauende juristische Methodenlehre, welche seit den 1970er Jahren erhebliche Bedeutung erlangt hat.²⁹⁴ Für das Verständnis der juristischen Hermeneutik, wie es den meisten zeitgenössischen Auseinandersetzungen zugrunde liegt, waren die Ausarbeitungen der Theologen *Schleiermacher*²⁹⁵ und *Dilthey*²⁹⁶ aus dem 19. Jahrhundert grundlegend. Während die Aufgabe der Hermeneu-

291 Aus dem griechischen *hermeneutiké* (Auslegungskunst, Erklärungskunst) von ἑρμηνεύειν (*hermēneúein*), was übersetzt werden kann als ausdrücken (aussagen, sprechen), auslegen (interpretieren, erklären) oder übersetzen (dolmetschen). Siehe ausführlich zum Wortfeld *Grondin*, Einführung in die philosophische Hermeneutik, S. 36 ff. Hermes war in der griechischen Mythologie der Götterbote, der zwischen den Menschen und den Göttern vermittelte bzw. übersetzte. Der Verfasser selbst ist des Griechischen leider nicht mächtig, durfte den (Mehr-)Wert etymologischer Ausführungen (insbesondere zum Griechischen) jedoch glücklicherweise in den Werken von *Lege* entdecken. Verwiesen sei hier lediglich auf die gleichermaßen aufschlussreiche wie unterhaltsame Neuübersetzung von Platons Verfassung des Staates, *Lege*, „Politeía“.

292 Ganz allgemein bezeichnet die Hermeneutik zum einen die Lehre vom Textverstehen (literarische Hermeneutik, z.B. Gesetze (juristische H.), humanistischer Textkanon (philologische H.), philosophische Texte und Bibel (philosophische und theologische H.)), zum anderen die Lehre vom Verstehen überhaupt (hermeneutische Philosophie, oft aber auch philosophische Hermeneutik genannt). Als Ursprünge oder jedenfalls erste Ansätze werden schon die Auslegungen von Mythen durch die Stoiker gesehen; erste Theoretisierungen des Verstehens erfolgten durch die Kirchenväter *Origines* und *Augustinus von Hippo* (*Augustinus* wirkte vor allem durch seine Idee des mehrfachen Schriftsinns), siehe *R. Ahrens*, in: *Nünning* (Hrsg.), Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie, S. 297-300.

293 Wobei es freilich noch weitere Hermeneutiken gibt, beispielsweise finden sich in den Sozialwissenschaften oder der Psychologie ebenfalls hermeneutische Ansätze. Siehe *Bühler*, Hermeneutik, S. 3 ff.

294 Siehe *Klatt*, in: *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, S. 224-230 (224).

295 Zentral *Schleiermacher*, Hermeneutik und Kritik. Das Werk ist im Deutschen Textarchiv vollumfänglich frei verfügbar.

296 Siehe *Dilthey*, Die Entstehung der Hermeneutik.

tik bis dato darin gesehen wurde, ein bereits vollzogenes Verstehen lediglich zu unterstützen und zu sichern, wird sie bei *Schleiermacher* erst zur universalen, vom Bezug auf biblische Texte emanzipierten Grundlage des Verstehens,²⁹⁷ welche er als „die Kunst“ bezeichnete, „die Rede eines anderen, vornehmlich die schriftliche, richtig zu verstehen“.²⁹⁸ Auf diesen Ansatz einer allgemeingültigen Theorie des Verstehens begründete *Gadamer* seine ontologische Hermeneutik.²⁹⁹

II. Gadamer's Hermeneutik

Das 1960 erschienene Werk „Wahrheit und Methode“ von *Gadamer* stellt einen der einflussreichsten Beiträge zur Hermeneutik dar.³⁰⁰ Das revolutionäre an *Gadamer's* Ansatz war es, dass ein „Vor-Urteil“ nicht mehr als Makel betrachtet wurde, welches dem Verstehen hinderlich ist, sondern vielmehr als notwendige Grundlage der Erkenntnis.³⁰¹ Darin besteht die entscheidende Abgrenzung von den entpersonalisierten, objektivitätsorientierten Ansätzen des Rechtspositivismus, die den klassischen Auslegungsmethoden zugrunde liegen. In Anlehnung an *Heidegger* fasst *Gadamer* den Verständnisvorgang wie folgt zusammen:

*„Wer einen Text verstehen will, vollzieht immer ein Entwerfen. Er wirft sich einen Sinn des Ganzen voraus, sobald sich ein erster Sinn im Text zeigt. Ein solcher zeigt sich wiederum nur, weil man den Text schon mit gewissen Erwartungen auf einen bestimmten Sinn hin liest. Im Ausarbeiten eines solchen Vorentwurfs, der freilich beständig von dem her revidiert wird, was sich bei weiterem Eindringen in den Sinn ergibt, besteht das Verstehen dessen, was dasteht.“*³⁰²

297 Siehe *Kimmerle*, Zeitschrift für Theologie und Kirche 1962, S. 114-130 (114).

298 *Schleiermacher*, Hermeneutik und Kritik, S. 1.

299 *Klatt*, in: *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, S. 224-230 (224).

300 Eine umfassende Auseinandersetzung mit *Gadamer's* philosophischen Hermeneutik und deren Bedeutung für die Rechtswissenschaften findet sich bei *Kaspers*, Philosophie – Hermeneutik – Jurisprudenz.

301 *Gadamer*, Hermeneutik I – Wahrheit und Methode, S. 280 f. (S. 260 ff. im Original) spricht von der „Diskreditierung des Begriffes ‘Vorurteil’ durch die Aufklärung““ welcher einer „Rehabilitierung““ bedürfe.

302 *Gadamer*, Hermeneutik I – Wahrheit und Methode, S. 271 (S. 251 im Original).

Gadamer spricht in diesem Zusammenhang von einem „Vorverständnis“, welches sowohl eine „Vormeinung des Sprachgebrauchs“ als auch eine „inhaltliche Vormeinung“ umfasst.³⁰³ Ein solches Vorverständnis ist historisch bedingt, jedoch weniger individuell als gesellschaftlich-historisch,³⁰⁴ und lässt sich als die „Gesamtheit der historisch-kulturellen Vorprägungen“ der interpretierenden Person umschreiben.³⁰⁵ Die interpretierende Person ist also stets durch die Vielzahl vorausgegangener Kommunikationsvorgänge und sedimentierter Bedeutungszusammenhänge in einer Gesellschaft sprachlich und inhaltlich (vor-)programmiert. Mit dieser Prädisposition tritt sie in den Verstehensprozess ein. Dieser sich ständig wiederholende Prozess wird als hermeneutischer Zirkel bezeichnet.

III. Der hermeneutische Zirkel

Der hermeneutische Zirkel beschreibt den Verstehensprozess anhand des Verhältnisses von Vorverständnis und Textverständnis. Dieses sich ständig erneuernde Verhältnis ist das Kernelement der Hermeneutik. Das Bild des Zirkels veranschaulicht den nichtlinearen Ablauf des Verstehensprozesses und dessen ständige wechselseitige Rückwirkungen, meint aber kein geschlossenes System. Wie bereits beschrieben, wird zunächst ein Vorverständnis vorausgesetzt, auf dessen Grundlage eine bestimmte Sinn-Erwartung auf den Text projiziert wird. Nur auf Grundlage eines solchen „Vorentwurfes“ lässt sich überhaupt ein Sinn im Text erkennen. Um beispielsweise die Kompetenzvorschriften in Art. 79 AEUV zu verstehen, ist zumindest eine Idee davon erforderlich, was hinter Begriffen wie Einwanderung, Aufenthalt oder Illegalität steht. Die gewonnene Erkenntnis sorgt wiederum für eine Modifizierung des Vorverständnisses und somit gegebenenfalls zu einer Revision des Vorentwurfes. An folgender Veranschaulichung dieses Prozesses zeigt sich auch, dass die Rede von einer „hermeneutischen Spirale“ passender wäre.³⁰⁶

303 *Gadamer*, Hermeneutik I – Wahrheit und Methode, S. 272 f. (S. 252 f. im Original).

304 *Martens*, Methodenlehre des Unionsrecht, S. 119.

305 Siehe *Mablmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, § 27, Rn. 6, S. 313.

306 Siehe *Bolten*, *Poetica* 1985, S. 355-375 (362 f.), der von der „Unabschließbarkeit der hermeneutischen Spirale“ spricht.

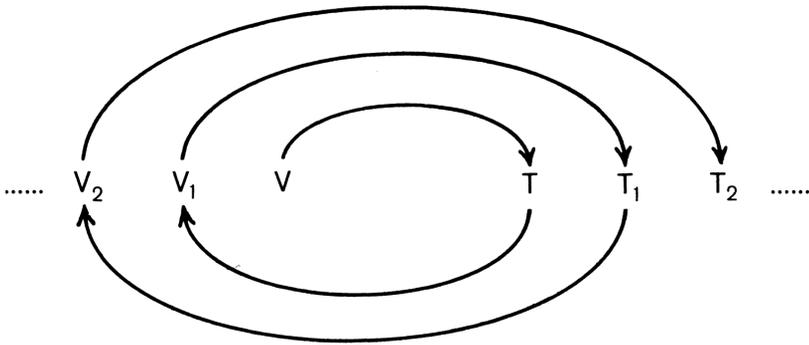


Abbildung 1: Danner, 2006³⁰⁷

IV. Rezeption in der Rechtswissenschaft

Die Thesen *Gadamer*s haben auch in der Rechtswissenschaft Beachtung gefunden.³⁰⁸ Den unterschiedlichen Ansätzen zur juristischen Hermeneutik war dabei gemein, dass sie das volitive Element jeder Rechtsanwendung betonen.³⁰⁹

Insbesondere *Esser* setzte sich sehr kritisch mit dem hermeneutischen Modell im Kontext der Rechtswissenschaften auseinander. Dabei betonte er zwar die Bedeutung der juristischen Ausbildung für die Entwicklung eines spezifisch juristischen Vorverständnisses, welches die Rechtsfindung

307 *Danner*, Methoden geisteswissenschaftlicher Pädagogik, S. 62. V = Vorverständnis; T = Textverständnis; V₁ = erweitertes Vorverständnis; T₁ = erweitertes Textverständnis usw.

308 Zur grundlegenden Funktion der philosophischen Hermeneutik *Gadamer*s für die juristische Hermeneutik siehe *Schroth*, in: *Gabriel/Gröschner* (Hrsg.), Subsumtion, S. 129-148 (129 ff.).

309 Siehe *Klatt*, in: *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, S. 224-230 (225) mit Verweis auf *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“ und *Larenz*, in: *Forsthoff/Weber/Wieacker u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 291-309.

determiniere, jedoch im Rahmen einer „Richtigkeitskontrolle“ korrigiert und somit letztlich entschärft werden könnte.³¹⁰

Auch *Martens* weist darauf hin, dass, wenngleich eine objektive Deutung eines Textes tatsächlich nicht möglich und dies herauszustellen der große Verdienst der Hermeneutik sei, es durchaus möglich sei, die persönlichen, subjektiven Wertvorstellungen zurückzustellen und das historisch-gesellschaftliche Vorverständnis, zumindest in Maßen, selbst zu prüfen und anzupassen.³¹¹

Kramer sieht ein „professionelles Vorverständnis“ ebenfalls als unproblematisch an, da dieses auf „lege artis begründeten Normsinnhypothesen“ beruhe und ist auch der Auffassung, dass subjektive Elemente nicht negiert werden können, im Rahmen einer argumentativen Rechtfertigungslast jedoch erheblich eingeschränkt würden.³¹²

Die Frage, ob und wie weit es möglich ist, subjektive Vorverständnisse bei der Rechtsanwendung auszuschalten und dem Ziel der Objektivität gerecht zu werden, lässt sich nicht abschließend beurteilen.³¹³ Dies ist für die Frage des methodischen Zugriffs jedoch nicht ausschlaggebend. Auch muss an dieser Stelle festgehalten werden, dass die Hermeneutik keine Soziologie juristischer Entscheidungsfindung darstellt, sondern wesentlich tiefgreifender die dem Rechtspositivismus innewohnenden Wahrheitsvorstellungen grundlegend in Frage stellt und mit ihrer Kritik an einer „abstrakten Vernunftkonstruktion [...] weitreichende erkenntnistheoretische Konsequenzen“ nach sich zieht.³¹⁴

Zusammenfassend lässt sich eine hermeneutische Herangehensweise als ein andauernder Prozess der Sinnsuche und Sinnstiftung im Verhältnis der interpretierenden Person und des Gegenstandes bzw. des Textes beschreiben. Das zugrundeliegende Ziel ist ein kontinuierlich optimiertes Textverständnis.

310 Siehe *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 10 und S. 80 ff. sowie S. 139 ff.

311 *Martens*, Methodenlehre des Unionsrecht, S. 120.

312 *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 347 ff.

313 Zur Idee, dass sich die subjektiven Anteile in einem idealen Diskurs gegenseitig enttarnen würden und somit eine objektive Interpretation des Rechts herauskristallisieren würde, siehe *Bydlinski*, Rechtstheorie 1985, S. 1-64 (46 ff.), der von der „am besten begründbare[n] Lösung“ spricht, welche sich „häufig erst auf Grund längerer Diskussionen [ergibt]“ (49). Ebenso, wenngleich etwas zurückhaltender, *Martens*, Methodenlehre des Unionsrecht, S. 121. Diese Idee ist durchaus charmant, bleibt jedoch letztlich ebenso spekulativ.

314 *Vesting*, Rechtstheorie, S. 110, Rn. 213.

§ 3 Dekonstruktion

Die Dekonstruktion lässt sich von der Hermeneutik anhand der Zielsetzung abgrenzen.³¹⁵ Während die Hermeneutik auf der Suche nach einem besseren Verständnis des Textes aus diesem selbst heraus „Sinn rekonstruiert“, erkennt die Dekonstruktion an, dass Texte verschiedene Sinngehalte haben können, es mithin nicht „den einen Sinn“ gibt und Sinngehalte auch zu Widersprüchen und Paradoxien führen können.³¹⁶ Insofern lässt sich die Dekonstruktion als eine radikalisierte Fortschreibung der Hermeneutik begreifen. Die „Gewalt im Sinne einer Zurichtung und Reduktion auf die eigenen Begriffe, die man [...] mitbringt“ soll ebenso vermieden werden wie Gewalt im Sinne einer Ausrichtung auf ein bestimmtes, vorgegebenes Ziel.³¹⁷ Die Bindung von Interpret und Text soll „aufgebrochen“ werden, um einen textlichen Abschluss zu verhindern.³¹⁸ Vereinfacht lässt sich sagen, dass eine dekonstruierende Betrachtung nicht nach „der Antwort“ sucht, sondern sich verhältnismäßig ungezwungen auf die Suche nach Fragen und Widersprüchen macht³¹⁹ und einen Blick „hinter die Kulissen“ oder „in den Maschinenraum“ zu werfen versucht.

Die Dekonstruktion kann daher nicht unmittelbar an die klassischen Methoden der Rechtswissenschaft rückgebunden werden, denn sie kann und will keine Entscheidungshilfe für die konkrete Rechtsanwendung leis-

315 Dekonstruktivismus und Postmodernismus wurden durchaus auch als Stärkung und Weiterentwicklung hermeneutischer Strukturen begriffen, siehe *Grondin*, Einführung in die philosophische Hermeneutik, der von einer „gemeinsamen Front“ von *Gadamer* und *Habermas* spricht.

316 Siehe *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 27.

317 Siehe *Engelmann*, in: *Engelmann* (Hrsg.), Postmoderne und Dekonstruktion, S. 5-32 (30 f.).

318 Siehe *Lodzig*, Grundriss einer verantwortlichen Interpretationstheorie des Rechts, S. 109 ff., m.w.N., dessen gesamtes Buch sich wenig Erkenntnis bringend, mit erstaunlicher Redundanz dieser Offenhaltung der Interpretation widmet und darin die Grundlage für eine „verantwortliche Interpretationstheorie des Rechts“ sieht, S. 150, passim. Die finale Schlussfolgerung dessen Arbeit, dass sich eine solche verantwortliche Interpretationstheorie als ein *progressive project* beschreiben lässt, beruht dabei auf einem unsauberen Verweis auf *Balkin*, Michigan Law Review 1994, S. 1131-1201 (1148). Ferner ist es ein logischer Fehlschluss, aus dem Argument, dass ein „Abschluss“ des Rechtstextes unverantwortlich sei, zu schließen, dass schon alleine deswegen eine „unendliche Lesung“ und ständiges Neuinterpretieren, auch über die Wortlautgrenze hinaus, verantwortlich sei.

319 Siehe *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 27.

ten.³²⁰ Ihr Mehrwert (auch) für die anderen methodischen Ansätze, liegt vielmehr darin, „stärker als bisher das Element des Zweifels wieder in das juristische Denken einzubringen“.³²¹

Die Suche nach Fragen und Widersprüchen geschieht im Bewusstsein, diese nicht immer auch beantworten oder auflösen zu können.³²² Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es sich bei der Dekonstruktion überhaupt um eine Methode handelt.

I. Dekonstruktion als Methode

Als Methode wird gemeinhin eine Art und Weise des Vorgehens bzw. ein Verfahren verstanden, welches ein bestimmtes Ziel vor Augen hat.³²³ In der Wissenschaft ist das erklärte Ziel das Erlangen neuer (Er-)Kenntnisse. Es stellt sich somit die Frage, ob bzw. inwieweit eine dekonstruktive Herangehensweise dem Ziel der Erkenntniserlangung tatsächlich dienen kann. Insbesondere *Derrida* hat sich ausdrücklich gegen die Bezeichnung der Dekonstruktion als Methode gewehrt,³²⁴ er ging sogar so weit, selbst die Möglichkeit, sie in eine Methode zu transformieren, abzulehnen.³²⁵ Gleichwohl begrüßte er grundsätzlich eine Anwendung in juristischen Kontexten.³²⁶ Auch wenn er den Begriff maßgeblich entwickelte und prä-

320 Siehe *Habel*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1997, S. 217-241 (235) Kritisch auch *J. Hoffmann*, KJ 1994, S. 536-542 (542).

321 Siehe *H. Kramer*, in: *Justizministerium Nordrhein-Westfalen* (Hrsg.), Juristische Zeitgeschichte. Band 2: Perspektiven und Projekte, S. 65-70 (69).

322 Siehe *Beck/Marschelke*, in: *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, S. 284-290 (284) mit Bezug auf die Critical Legal Studies, welche als rechtswissenschaftliche „Strömung“ u.a. auf *Derridas* Dekonstruktion aufbauen (siehe hierzu auch Kapitel 2 § 3 III.).

323 Der Begriff stammt vom griechischen μέθοδος (*méthodos*) und bedeutet „Weg zu etwas hin“, zusammengesetzt aus μετά (*metá*) „hinter, nach“ und ὁδός (*bodós*) „Weg“.

324 „Was ich Dekonstruktion nenne, kann natürlich Regeln, Verfahren, Techniken hervorbringen, aber im Grunde genommen ist sie keine Methode [...] weil eine Methode [...] in anderen Zusammenhängen wiederholbar sein soll[te]“, siehe *Rötzer*, Französische Philosophen im Gespräch, S. 70.

325 „Deconstruction is not a method and cannot be transformed into one.“ *Derrida*, in: *Wood/Bernasconi* (Hrsg.), *Derrida and différance*, S. 1-5.

326 „Besides, it was normal, foreseeable, desirable that studies of deconstructive style should culminate in the problematic of law (droit), of law and justice.“ Siehe *Derrida*, in: *Cornell* (Hrsg.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, S. 3-67 (7).

te,³²⁷ ist Dekonstruktion nicht ausschließlich das, was *Derrida* darunter verstand, zumal er trotz umfassender Publikationen dem Begriff nur bedingt deutliche Konturen verlieh. In einer der verhältnismäßig prägnanten Umschreibungen in einem Brief an einen befreundeten japanischen Professor,³²⁸ in der es um eine mögliche Übersetzung des Begriffs ins Japanische geht, weist er darauf hin, dass der Begriff bereits im Französischen unterschiedlichen Konnotationen ausgesetzt ist sowie Deutungsreserven beinhaltet und dass sich diese Koppelung an spezifische Vorstellungen und Werte bereits in verwandten Sprachen wie Deutsch und Englisch steigert. Er stellt auch hier keine positive Bestimmung des Begriffes zur Verfügung, sondern beschränkt sich auf die Frage, welche negativen Bedingungskriterien sich ausmachen lassen. Bei der Wortschöpfung „Dekonstruktion“ baute *Derrida* auf den von *Heidegger* geprägten Begriff der Destruktion auf.³²⁹ Wenngleich zumindest im Englischen eine sprachliche Verwandtschaft zum Begriff der Zerstörung (*to destroy, destruction*) besteht, ist es wichtig festzuhalten, dass eine solche nicht intendiert ist.³³⁰ *Heidegger* verwendete daher anstelle von Destruktion oftmals auch den Begriff des „Abbaus“ (von Verdeckungen).³³¹ Mit anderen Worten geht es nicht um Zerstörung, sondern vielmehr um Enthüllung.

Dekonstruktion beschreibt, wie auch die Hermeneutik, weniger eine konkrete Art und Weise des Vorgehens als vielmehr eine grundlegende Herangehensweise. Da es kein einheitliches methodisches Vorgehen gibt, lässt sich allenfalls, ein pluralistischer dekonstruktiver Methodenkanon skizzieren,³³² welcher nach einem kurzen Exkurs zu den Gefahren der De-

327 *Zima*, Die Dekonstruktion, S. 1, spricht vom „Begründer der Dekonstruktion“; *K. Friedrich Röhl/H. Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 330 vom „Meister der Dekonstruktion“.

328 Eine verhältnismäßig prägnante Umschreibung findet sich in: *Derrida*, in: *Wood/Bernasconi* (Hrsg.), *Derrida and différance*, S. 1-5.

329 Siehe *Derrida*, in: *Wood/Bernasconi* (Hrsg.), *Derrida and différance*, S. 1-5.

330 „Die Destruktion hat ebensowenig den *negativen* Sinn einer Abschüttelung der ontologischen Tradition. [...] Die Destruktion will aber nicht die Vergangenheit in Nichtigkeit begraben, sie hat *positive* Absicht; ihre negative Funktion bleibt unausdrücklich und indirekt.“, *Heidegger*, *Sein und Zeit*, S. 22 f. (Hervorhebung im Original).

331 Siehe nur die begriffliche Gleichsetzung bei *Heidegger*, Gesamtausgabe, S. 3-30 (13).

332 Siehe *Feldman*, *Chicago-Kent Law Review* 2000, S. 893-912 (908 f.) mit Verweis auf den dekonstruktiven Ansatz in *Balkin*, *Cardozo Law Review* 1990, S. 1623-1641.

konstruktion für den rechtswissenschaftlichen Kontext zumindest in Teilen näher beleuchtet wird.

II. Exkurs: Die Gefahr der Dekonstruktion – ist Dekonstruktion noch zeitgemäß?

Bereits 2004 stellte *Latour* in seinem viel beachteten Aufsatz *Why Has Critique Run out of Steam? From Matters of Fact to Matters of Concern* vor dem Hintergrund zunehmender Faktenskepsis die Frage, ob die Dekonstruktion überhaupt noch zeitgemäß sei.³³³ Er sieht die Gefahr, dass die „Waffe“ der Dekonstruktion in falsche Hände geraten und erheblichen Schaden anrichten könne, beispielsweise wenn objektive, eigentlich unbestreitbare Fakten zum Beispiel im Zusammenhang mit dem Klimawandel als ideologische Vorurteile beschrieben werden.³³⁴ Während es lange Zeit darum ging, die tatsächlichen, oftmals ideologischen Hintergründe scheinbar objektiver Feststellungen herauszustellen, sieht *Latour* die Gefahr nun zunehmend in einem exzessiven Misstrauen gegenüber Fakten, welche als ideologische Vorurteile diskreditiert werden, und das Argument der sozialen Konstruktion mit einer gewissen Beliebigkeit gegen jedwede Art unliebsamer Tatsachen in Stellung gebracht wird.³³⁵ Das ist ein gewichtiger Einwand, welcher auch über eine Dekade später nicht nur aktuell ist, sondern in Anbetracht der Zunahme wissenschaftsskeptischer, populistischer Strömungen – sinnbildlich kumulierend in der besorgniserregenden Begriffskreation „alternativer Fakten“³³⁶ – an Dringlichkeit sogar noch zugenommen hat. Lässt sich vor diesem Hintergrund überhaupt noch guten Gewissens dekonstruieren? Oder ist die kritische Auseinandersetzung mit (Forschungs-)Gegenständen in dieser Weise nur Wasser auf die Mühlen von Ideolog*innen und Skeptiker*innen?

Übertragen auf den Forschungsbereich der vorliegenden Arbeit ließe sich das Unbehagen folgendermaßen beschreiben: Werden die Konzeptionen von Legalität und Illegalität herausgefordert und dazwischenliegende

333 Siehe *Latour*, *Critical Inquiry* 2004, S. 225-248.

334 Siehe *Latour*, *Critical Inquiry* 2004, S. 225-248 (227 ff.) bzw. in der deutschen Übersetzung *Latour*, *Elend der Kritik*, S. 11 ff.

335 *Latour*, *Critical Inquiry* 2004, S. 225-248 (227).

336 Der Begriff wurde von *Kellyanne Conway*s, Beraterin des US-Präsidenten *Donald Trump*, im Januar 2017 zur Beschreibung diverser verbreiteter Unwahrheiten verwendet und in Deutschland 2017 zum „Unwort des Jahres“ gekürt, siehe *Gasteiger*, *Süddeutsche Zeitung* vom 16. Januar 2018.

Graubereiche hervorgehoben, droht die Gefahr, dass die Unterscheidung zwischen „legal“ und „illegal“ verschwimmt und als beliebig wahrgenommen wird, bzw. gezielt zu unterwandern versucht wird, mit der Folge, dass auch der Schutz und die Privilegien im Zusammenhang mit „nicht-illegalisierten“ Sachverhalten gefährdet werden. Es droht die Gefahr, dass Schlussfolgerungen einer komplexen Analyse dahingehend vereinfacht und missbraucht werden, dass eine festgestellte Nicht-Eindeutigkeit in manchen Bereichen als generelle Beliebigkeit dargestellt wird. Auch der in der vorliegenden Arbeit eingearbeitete Perspektivenwechsel auf die Illegalisierung birgt ein Missbrauchspotential. Wird die damit bezweckte Verschiebung von der Person zum gesellschaftlichen Prozess hin nicht berücksichtigt oder umgekehrt, droht die Gefahr, dass die Analyse vielfältiger und weitreichender Illegalisierungen in eine umfassende Illegalität der Personen umgedeutet wird.

Wie soll nun dieser Missbrauchsgefahr begegnet werden? Es wäre bedauerenswert, als Reaktion jedwede Kritik aufzugeben und sich mit einer bloßen Affirmation zu begnügen. Auch *Latour* lehnt eine Reduzierung von Kritik auf bloßen Antifetischismus oder Positivismus ab³³⁷ und votiert für einen sensiblen Umgang mit (sozial) Konstruiertem.³³⁸ Ihm ist dahingehend zuzustimmen, dass den aktuellen Herausforderungen nicht stumpf mit den eingespielten Argumentationsmustern begegnet werden sollte, sondern es auch Aufgabe der Wissenschaft ist, die eigene Herangehensweise zu überdenken und gegebenenfalls anzupassen.³³⁹ Für die vorliegende Untersuchung bedeutet dies konkret, dass es nicht um einen dekonstruktiven Ansatz gehen soll, der das bloße Ziel hat, Illegalität als ein soziales Konstrukt zu entlarven, sondern vielmehr um einen solchen, der die soziale Konstruktion von Illegalität als soziale Realität anerkennt und sich den-

337 Antifetischismus meint die Entlarvung als lediglich projizierte Wunschorstellung, also bloß sozial konstruierte Objekte (Fetische), während der Positivismus einen starken Determinismus popagiert, welcher die Menschen, wenngleich oftmals unbewusst und verdeckt, dominiert. *Latour* bezeichnet sie als „*faïry*“ und „*fact*“ Position, welche je nach Untersuchungsgegenstand zur Kritik bzw. Diskreditierung eingenommen werden, *Latour*, *Critical Inquiry* 2004, S. 225-248 (237 ff.).

338 Eine eindrückliche Kritik am Sozialkonstruktivismus unter anderem am Beispiel von Kindesmissbrauch (und Krankheiten) findet sich bei *Hacking*, *The Social Construction of What?*, S. 125 ff.

339 „*This does not mean [...] that we were wrong, but simply that history changes quickly and that there is no greater intellectual crime than to address with the equipment of an older period the challenges of the present one.*“ *Latour*, *Critical Inquiry* 2004, S. 225-248 (231).

noch kritisch damit auseinandersetzt, indem Konstruktionselemente und Wirkungszusammenhänge erforscht werden.

III. Dekonstruktion im Kontext der Rechtswissenschaft

Auch wenn sich rechtswissenschaftliche Arbeiten meist an einer rechtspositivistischen Herangehensweise orientieren,³⁴⁰ finden sich auch Werke, Wissenschaftler*innen und ganze Strömungen, die sich, teils implizit, teils explizit mit der Dekonstruktion in einem spezifisch rechtswissenschaftlichen Kontext auseinandersetzen. Die wohl prominentesten Ansätze hierzu finden sich im Bereich der *critical legal studies*. Wenngleich sich schon die Frage, was die *critical legal studies* eigentlich sind, nicht eindeutig beantworten lässt,³⁴¹ und auch die Ansichten zur persönlichen Zusammensetzung und inhaltlichen Positionen heterogen ausfallen,³⁴² sind sie doch der vermutlich deutlichste Kristallisationspunkt der Auseinandersetzungen rund um die Frage dekonstruktiver Ansätze in der Rechtswissenschaft.³⁴³

In der zentrale These der *critical legal studies* von der Un(vor)bestimmtheit rechtlicher Entscheidungen (*indeterminacy thesis*)³⁴⁴ und der damit einhergehenden Stabilisierung und Reproduktion bestehender Machtverhält-

340 Auch der akademische Diskurs zum europäischen Migrationsrecht ist von klassischen Ansätzen geprägt, wenngleich es zunehmend auch neue Ansätze gibt, welche interdisziplinär geprägt sind und externe Perspektiven einbringen, siehe *Thym*, in: *Jesse* (Hrsg.), *European Societies, Migration, and the Law. The 'Others' amongst 'Us'*.

341 Es wird meist von einer Strömung oder Bewegung, teils jedoch auch abstrakt von einer Theorie gesprochen, siehe nur *Beck/Marschelke*, in: *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, S. 284-290 (284).

342 Siehe *Klarmann*, *GreifRecht*, S. 113-127 (114 ff.).

343 Siehe zusammenfassend zu den *Critical Legal Studies* *Klarmann*, *GreifRecht*, S. 113-127 und *Tushnet*, in: *Golding/Edmundson* (Hrsg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, S. 80-89 jeweils m.w.N.; umfassend *Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*; kritisch kontrastierend zu einer liberalen Perspektive *Altman*, *Critical Legal Studies. Eine gute Zusammenfassung der grundlegenden Texte der Critical Legal Studies* findet sich in *Hutchinson* (Hrsg.), *Critical Legal Studies. Zur Verbindung der Critical Legal Studies mit Derrida*, siehe *F. Hoffmann*, in: *Goodrich* (Hrsg.), *Derrida and Legal Philosophy*, S. 183-200.

344 Siehe nur *Tushnet*, in: *Golding/Edmundson* (Hrsg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, S. 80-89 (81 ff.) m.w.N.

nisse³⁴⁵ kommt das hermeneutische Erbe deutlich zum Ausdruck. In der harschen Kritik an der Vorstellung, dass sich aus der Rechtsordnung allgemeingültige, objektiv „richtige“ Ergebnisse deduzieren lassen,³⁴⁶ steckt der Vorwurf das subjektive Vorverständnis nicht ausreichend anzuerkennen bzw. zu berücksichtigen.

Im Zentrum steht dabei meist die konkrete rechtliche Entscheidung in Form eines Gerichtsurteils (oder einer behördlichen Entscheidung) und deren unzureichend reflektierte subjektive Prägung. Vor dem Hintergrund, dass die Mehrheit der *crits*³⁴⁷ traditionell im *common law*, oder genauer im anglo-amerikanischen Rechtskreis,³⁴⁸ beheimatet sind, in dem Kodifikationen eine untergeordnete Rolle spielen und dessen Entwicklung in wesentlich größerem Maße von der Rechtsprechung geprägt ist als die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, überrascht diese Fokussierung auf die konkrete rechtliche Entscheidung nicht.³⁴⁹

Aber auch bei der Konzeption des Rechts – in der Legislativen – werden Entscheidungen getroffen, welche gleichermaßen subjektiv (vor-)geprägt sind. Insofern besteht hier durchaus eine Parallelität. Doch während die formale Gesetzesbindung der Judikative und Exekutive als Grundlage für die Vorstellung einer gebundenen, objektiv auf Rechtmäßigkeit überprüf- baren Entscheidung dient, gilt dies im Bereich der Legislativen nur eingeschränkt. Diese ist zwar an verfassungsrechtliche bzw. primärrechtliche Vorgaben gebunden, ansonsten in der Entscheidungsfindung jedoch (zu- mindest in der Theorie bzw. Konzeption) weitgehend frei. Insofern ver-

345 Siehe *Habel*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1997, S. 217-241 (224) und *Rodin/Perišin*, in: *Rodin/Perišin* (Hrsg.), The Transformation or Reconstitution of Europe, S. 3-13 (7).

346 Auch juristische Entscheidungen seien „nicht rechtlich determiniert“, sondern Ausdruck von Interessenkämpfen, siehe *Seelmann/Demko*, Rechtsphilosophie, S. 20.

347 So die gebräuchliche Bezeichnung der den *critical legal studies* zugerechneten Personen.

348 Die Begriffe sind streng genommen nicht identisch, da sich *common law* (im engeren Sinne) lediglich auf das von den königlichen Gerichten in England geschaffene Recht in England bezieht, siehe *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 14 III, S. 185.

349 Ferner werden methodische Interpretationsfragen, in den Vereinigten Staaten wesentlich vehementer diskutiert. So wird mit dekonstruktiven Ansätzen versucht, der dort verbreiteten Auffassung, dass lediglich der „durch den Willen der *founding fathers* autorisierten Verfassungstext rational auszulegen“ sei, entgegen zu wirken, siehe *J. Hoffmann*, KJ 1994, S. 536-542 (538).

fängt der Vorwurf der Subjektivität nicht in gleichem Maße, da diese im Rahmen der Politik weder gelehnt noch verschmäht wird.

Insofern macht es einen Unterschied, ob der Untersuchungsgegenstand eine konkrete Entscheidungssituation ist oder ein abstrakt-generelles Regelungssystem wie in der vorliegenden Arbeit. Bei der Dekonstruktion von komplexen rechtlichen Regelungssystemen geht es weniger darum, dass subjektive Prägungen bei der Entstehung einer Rolle spielen,³⁵⁰ sondern vielmehr um die Frage, wie diese geprägt sind, also welche Prägungen sich der jeweiligen Konstruktion entnehmen lassen.³⁵¹

Da sich viele Analysen aus den Reihen der *critical legal studies* (oder auch des *european critical legal thought*)³⁵² entweder abstrakt mit der Konzeption von Recht befassen oder auf die konkrete rechtliche Entscheidung konzentrieren,³⁵³ lassen sie sich für die vorliegende Untersuchung nur bedingt fruchtbar machen.³⁵⁴

350 Wie bereits beschrieben, wird das Subjektive im Rahmen der Gesetzgebung nicht in gleichem Maße skandalisiert, wie dies bei der Rechtsprechung der Fall ist. Daher lässt sich das Recht auch zutreffend als „geronnene Politik“ beschreiben, siehe *Grimm*, JuS 1969, S. 501-510.

351 Wobei für die Frage, wie eine Konstruktion geprägt ist, die Genese einer Norm durchaus relevant sein kann: einerseits bei einer historischen Auslegung im Rahmen einer Rekonstruktion unter Zuhilfenahme der klassischen Auslegungsmethoden, siehe Kapitel 2 § 1 I., andererseits im Zusammenhang mit vorangegangenen Diskussionen anhand derer sich widerstreitende Perspektiven und deren Niederschlag im Normtext ablesen lassen, siehe beispielsweise die Ausführungen zum Europäischen Konvent bei der Genese des einschlägigen Primärrechts in Kapitel 3 § 1 II. 2.

352 *European critical legal thought* (kurz: ECLT) ist die (Selbst-)Bezeichnung des europäischen „Ablegers“, welcher versucht die Techniken der *critical legal studies* im Kontext des Unionsrechts zur Anwendung zu bringen, siehe *Rodin/Perišin*, in: *Rodin/Perišin* (Hrsg.), *The Transformation or Reconstitution of Europe*, S. 3-13 (10 ff.).

353 Für einen deutschsprachigen Überblick der Analysen zur Verfassungsrechtsprechung des *US Supreme Courts* siehe *Euler*, Interpretation der amerikanischen Verfassung durch die Critical Legal Studies Bewegung. In den Beiträgen des ECLT-Sammelbandes zeigt sich ebenfalls eine starke Konzentrierung auf die Rechtsprechung des EuGH, mit Ausnahme von *Rodin*, in: *Rodin/Perišin* (Hrsg.), *The Transformation or Reconstitution of Europe*, S. 177-200.

354 Siehe auch *J. Hoffmann*, KJ 1994, S. 536-542 (542) der eine „gewinnbringende rechtswissenschaftliche Rezeption im deutschen Sprachraum“ durch die Prägung der Diskurse vom „differenten amerikanischen Wissenschafts- und Rechtsbetrieb“ erschwert sieht. Es finden sich jedoch vereinzelt auch Arbeiten aus den Reihen der *critical legal studies*, welche sich dekonstruktiv mit Regelungskonstrukten auseinandersetzen und insoweit als Inspiration dienen können. So zum Beispiel *Kennedy*, *Buffalo Law Review* 1979, S. 205-385, der die berühmten

IV. Dekonstruktion und Subjektkonstruktion nach Baer

Aus den im vorherigen Abschnitt dargelegten Gründen orientiert sich der dekonstruktive Ansatz der vorliegenden Arbeit primär an den methodischen Überlegungen aus der Habilitationsschrift von *Baer*,³⁵⁵ die sich anhand der in diesem Zusammenhang zentralen *topoi* der Dekonstruktion und der Subjektkonstruktion mit einer dekonstruktiven Methode in einem spezifischen und konkreten rechtswissenschaftlichen Kontext auseinandersetzt.

1. Dekonstruktion

Baer betont die Möglichkeit, im Rahmen der Dekonstruktion „tradierte Binaritäten“ in Texten aufzuzeigen, welche „sich nicht ohne Widerspruch, wechselseitige Überlappung und changierende Deutungen verstehen lassen“.³⁵⁶ Da sich die vorliegende Arbeit mit der Binarität von Legalität und Illegalität beschäftigt, liegt ein methodisch ähnliches Herangehen nahe. Auch *Baer* kontrastiert die Dekonstruktion mit hermeneutischen Verfahren, wobei sie Hermeneutik als auf einem „dialogisches Verhältnis zwischen Text und Interpreten“ beruhend sowie auf das bessere Verständnis der Botschaft eines Textes abzielend beschreibt.³⁵⁷ Sie formuliert als Ziel nicht die Schaffung eines positiven Gegenentwurfs, sondern vielmehr eine „rekonstruierende, kritische Bestandsaufnahme des Vorhandenen“.³⁵⁸ Gleiches ist das Ziel der vorliegenden Arbeit in Bezug auf illegalisierte Migration.

Zutreffend stellt *Baer* fest, dass sich die verschiedenen Konstruktionen mit Begriffen stets nur unzureichend beschreiben lassen, mithin nur als

Blackstone's Commentaries umfassend analysiert, welche eine Zusammenfassung des im England des 18. Jahrhunderts geltenden Rechts zum Ziel hatten und von erheblicher Bedeutung für die Entwicklung des anglo-amerikanischen Rechtskreises sind.

355 Siehe *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht.

356 *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 27, nennt beispielsweise Natur/Kultur, Mann/Frau und Bürger/Ausländer.

357 *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 27.

358 *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 25. *J. Hoffmann*, KJ 1994, S. 536-542 (537), spricht von einem „kritischen Zugang zu juristischen Texten“ und einer „kritische[n] Reflexion der Rechtspraxis“.

Annäherungen zu verstehen sind.³⁵⁹ Begriffe bieten eine Orientierung und sind auch für Kommunikationszusammenhänge essentiell. Sie vermögen das Bezeichnete jedoch nie vollständig zu bezeichnen. Diese Diskrepanz zwischen Zeichen oder Bezeichnung und Bezeichnetem lässt somit stets Interpretationsmöglichkeiten offen. Exakt diese Graubereiche, wie beispielsweise die vielschichtigen Abstufungen im Zusammenhang mit illegalisierten Aufenthalt, ³⁶⁰ *Baer* spricht von „Deutungsoptionen“ und „Zwischenräumen“, ³⁶¹ sind von besonderem Interesse für eine dekonstruierende Arbeit.³⁶²

2. Subjektkonstruktion

Baer setzt sich in ihrer Arbeit am Beispiel des „Bürgers“ im Verwaltungsrecht damit auseinander, wie Subjekte durch den Staat konstruiert werden. Analog hierzu lässt sich die Frage stellen, wie im Rahmen der EU das Subjekt des „illegalen Migranten“ konstruiert wird. Für die Zugehörigkeit und Anerkennung in einer Gesellschaft bestehen Parallelen zwischen der Frage nach der „Bürgerschaft“ und der nach der „(Il-)Legalität“. Den jeweils positiv konnotierten, gesellschaftlich anerkannten Subjekten des „Bürgers“ bzw. des „legalen Migranten“ werden „Nicht-Bürger“ oder auch „Bürger zweiter Klasse“³⁶³ und „illegale Migranten“ gegenübergestellt, deren zugewiesene Identität sie exkludiert. Die komplementären Subjektkonstruktionen unterscheiden in einen Normalfall und eine (negative) Abweichung. An diese Zuordnung knüpft eine gesellschaftliche und oftmals auch rechtliche Besser- oder Schlechterstellung an. Während die Ausgrenzung im Bereich der „Bürgerschaft“ meist implizit stattfindet, die Menschen also durch bloßes Schweigen ausgeschlossen werden,³⁶⁴ grenzt die Illegalisierung im Bereich der Migration ganz offen und explizit aus. Insofern haben sich die Vorzeichen vertauscht. Die Konstruktion der Bürgerschaft schafft einen privilegierten Status und bestimmt die entsprechenden Zugangskriterien, die Illegalisierung hingegen kreiert einen benachteiligten Status anhand von Ausschlusskriterien. Gemein ist ihnen einerseits

359 *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 27.

360 Siehe Kapitel 4 § 5 und 6.

361 *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 27.

362 Zu den *topoi* der Grenz- Graubereiche siehe Kapitel 1 § 7.

363 Historisch Frauen, Sklaven und Kinder, siehe *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 31.

364 *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 31.

die Unterteilung in verschiedene Klassen, welche sich auch als dominant und marginalisiert beschreiben lassen, und andererseits die dominante Rolle des Rechts in der Konstruktion.

§ 4 Konzeption der Untersuchung

Diese beiden methodischen Stränge, Subjektkonstruktion und Dekonstruktion, werden auch der vorliegenden Arbeit zugrunde gelegt.

Die Konstruktionsanalyse beschränkt sich dabei jedoch nicht auf das konstruierte Subjekt der/des illegalisierten Migrant*in, sondern umfasst auch weitere Facetten im Zusammenhang mit der Begriffskonstruktion der „illegalen Migration“. Insofern kommt es zu einer Duplizierung – oder gar Multiplizierung –, wenn Illegalisierungen als Prozesse und Illegalitäten als Produkt als jeweils eigenes Analyseobjekt begriffen werden. Tatsächlich handelt es sich jedoch weniger um verschiedene Untersuchungsgegenstände als vielmehr um die Dekonstruktion eines facettenreichen Gegenstandskomplexes, denn die Subjekte (Migrant*innen), das Phänomen (Migration), der Prozess (Illegalisierungen) und dessen Produkt (Illegalitäten) sind eng miteinander verknüpft und überlappen sich bisweilen. Ferner lässt sich die Aufgliederung, welche den Prozess der Illegalisierung und dessen Produkt von den Subjekten und dem Phänomen unterscheidet, bereits als Teil der Dekonstruktion begreifen, so dass diese auch ineinandergreifen und sich gegenseitig bedingen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den verschiedenen Formen und Ausprägungen von Illegalisierungen, denn das „Entschleiern“ der Konstruktion bzw. der einzelnen Konstruktionselemente zeigt wie „illegale Migrant*innen“ als Subjekte und „illegalisierte Migration“ als Begriff konstruiert werden.

Die Konzeption der Untersuchung soll im Folgenden dahingehend präzisiert werden, dass dieser vielseitige und vielschichtige Untersuchungsgegenstand konkretisiert wird (I.) und die Berücksichtigung von Perspektiven dabei hilft, dem Aufbau zusätzliche Struktur und Stringenz zu verliehen (II.).

I. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes

Der Untersuchungsgegenstand ist in zweierlei Hinsicht zu konkretisieren: einerseits hinsichtlich der migrationspezifischen Komponente, andererseits in Bezug auf die untersuchte Regelungsebene.

1. Migrationspezifische Illegalisierung

Die Arbeit beschränkt sich auf die Untersuchung von Illegalisierungen mit Migrationsbezug; Illegalisierungen in anderen Bereichen sind nicht Teil der Untersuchung. Dabei kommt mit dem relativ offen formulierten Erfordernis eines Bezugs zur Migration bereits zum Ausdruck, dass diesem ein verhältnismäßig weites Verständnis zugrunde liegt, welches sich nicht auf bloße Fragen des Aufenthaltsrechts beschränkt. Es werden vielmehr auch Kontexte untersucht, die nicht unmittelbar das Verhalten von Migrant*innen durch Ge- und Verbote zu steuern versuchen, aber dennoch eine Rolle bei der Gesamtkonstruktion illegalisierter Migration spielen, wie beispielsweise bei der Einbeziehung von Dritten in den Kontext migrationspezifischer Illegalisierungen³⁶⁵ oder die informationstechnischen Systeme und Datenbanken,³⁶⁶ welchen grundsätzlich eine „dienende“ Funktion zukommt,³⁶⁷ die jedoch gleichermaßen relevant für die Konstruktion sind.

2. Untersuchungsschwerpunkt auf Regelungsebene der EU

Die zweite Beschränkung bezieht sich auf die Regelungsebene. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt in der Analyse der Regelungen auf der Ebene der EU. Dieser wird nur punktuell mit Ausführungen zu nationalen oder völkerrechtlichen Regelungen ergänzt. Dies ist keine willkürliche Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes, sondern trägt der Tatsache Rechnung, dass die migrationsrechtlichen Vorschriften auf nationaler Ebene inzwischen weitgehend europarechtlich determiniert sind.³⁶⁸

365 Siehe Kapitel 4 § 3 II.

366 Siehe Kapitel 4 § 1 III.

367 Der Grundsatz der dienenden Funktion wird jedoch zumindest dann in Frage gestellt, wenn eine automatisierte Überprüfung erfolgt, wie beispielsweise bei ETIAS, welches eine automatische Prüfung der Reisegenehmigung anhand von spezifischen Risikoindikatoren vorsieht, siehe Kapitel 4 § 1 III. 1. h).

368 Siehe nur *Hecker*, ZAR, S. 46-52; *W. Kluth*, ZAR 2006, S. 1-8; *Rosenow*, International Migration 2009, S. 133-159; *Lavenex*, JCMS 2001, S. 851-874; *Bonjour/Block*, EJML 2013, S. 203-224; und *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 84 ff.

II. Struktur- und stringenzverleihende Charakteristika der Untersuchung: Perspektiven im Migrationsrecht

Neben der Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes gehört es auch zur methodischen Konzeption der Arbeit ihr – komplementär zum Aufbau –³⁶⁹ anhand wiederkehrender Analysemerkmale zusätzliche Struktur und Stringenz zu verleihen. Da sich anderweitige Strukturbegrifflichkeiten wie *Modelle*, *Typen* oder auch *Leitbilder* für die vorliegende Arbeit als inadäquat erweisen (1.), werden hierfür Perspektiven gewählt (2.).

Damit soll einerseits das Verständnis bestehender Regelungskontexte erleichtert werden, andererseits soll es dabei helfen, Entwicklungen besser nachvollziehen und gegebenenfalls auch antizipieren zu können. Ferner lassen sich anhand der Dominanz der verschiedenen Perspektiven in den einzelnen Konstruktionselementen und der Verschiebungen zwischen unterschiedlichen Perspektiven nicht nur die Prägungen der Illegalisierungsprozesse, sondern auch die damit korrespondierenden Veränderungen der Subjektkonstruktionen nachvollziehen.³⁷⁰

1. Abgrenzung übergeordneter Strukturbegrifflichkeiten

Es gibt eine Vielzahl unterschiedlicher Begrifflichkeiten, anhand derer bestehende Strukturen und entwicklungsleitende Tendenzen beschrieben werden. *Baer* spricht von *Schlüsselbegriffen*, welche sie in *Typen*, *Modelle* und *Leitbilder* unterteilt.³⁷¹ *Kahl* unterscheidet in seiner Analyse des europäischen Verwaltungsverbundes *Strukturen*, *Typen* und *Phänomene*.³⁷² Die Terminologie ist aber auch in diesem Bereich uneinheitlich und bisweilen auch inkonsequent.³⁷³

369 Siehe zum Aufbau der Arbeit bereits Einleitung § 3.

370 *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 83 spricht vom „Wandel der Subjektkonstruktionen“ welcher sich in „Abhängigkeit von ‚Leitbildern‘ des Staats“ beschreiben lasse.

371 *Baer*, in: *Schmidt-Assmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, S. 223-251 (225).

372 *Kahl*, Der Staat 2011, S. 353-387.

373 Siehe *Baer*, in: *Schmidt-Assmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, S. 223-251. Siehe auch *Vofskuhle*, Rechtswissenschaft 2010, S. 326-346, der zwar vom „Leitbild des ‚europäischen Juristen‘“ spricht, jedoch einräumt, dass es sich nach der Einteilung von *Baer* wohl eher um ein Modell handelt (327).

Dennoch soll im Folgenden unter Rückgriff auf die Abgrenzungen der *Schlüsselbegriffe* im Bereich der (neuen) Verwaltungsrechtswissenschaft³⁷⁴ bei *Baer*³⁷⁵ zumindest eine grobe Skizzierung übergeordneter Struktur- und Strukturierungselementen erfolgen und diese voneinander abgegrenzt werden, um nachvollziehbar zu machen, was sich vorliegend hinter den Begrifflichkeiten (nicht) verbergen soll³⁷⁶ – wenngleich *Braun* zu Recht darauf hinweist, dass es durchaus „funktionale Überschneidungen, strukturelle Ähnlichkeiten und materielle Schnittmengen“ gibt.³⁷⁷

a) Modelle und Typen

Charakteristisch für Modelle sind nach *Baer* „geschlossene, normative Vorgaben“.³⁷⁸ Sie beinhalten konkrete Elemente und grenzen sich damit vom offenen Charakter der Leitbilder gleichermaßen ab wie die Modelle, welchen ebenfalls eine „deskriptiv-analytische“ und „fixierende“ Eigenschaft innewohnt und die daher eine „primär ausgrenzende, schließende Funktion haben“.³⁷⁹ *Zippelius* beschreibt Typen in Abgrenzung von „einzelnen allgemeinen Eigenschaften“ als „Merkmalskomplex“ und sieht bei ihnen eine „Entwicklungsfähigkeit“, die sich jedoch auf die Anpassung und Präzisierung des Typus bezieht.³⁸⁰ *Baer* nennt als Beispiel für ein Modell das „neue Steuerungsmodell“ und als Beispiele für Typen „Governance“ und

374 Zum Begriff der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ siehe *Vofskuhle*, BayVBl 2010, S. 581-589.

375 Siehe *Baer*, in: *Schmidt-Assmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 223-251, und *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 83 ff. jeweils m.w.N.

376 Im Gegensatz zu *Rabenschlag*, *Leitbilder der Unionsbürgerschaft*, der sich im Rahmen seiner umfangreichen Ausführungen zu den Leitbildern der Unionsbürgerschaft weder mit dem Begriff des Leitbilds als solchem noch mit der Abgrenzung zu anderen Begrifflichkeiten auseinandersetzt.

377 Siehe *Braun*, *Leitbilder im Recht*, S. 42.

378 Siehe *Baer*, in: *Schmidt-Assmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 223-251 (232) und *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 88.

379 Siehe *Baer*, in: *Schmidt-Assmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 223-251 (230 f.) und *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 87 f.

380 Siehe *Zippelius*, in: *Bockelmann/Kaufmann/Klug* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Enigisch zum 70. Geburtstag*, S. 224-242 (227 und 230).

„Gender Mainstreaming“.³⁸¹ *Braun* beschreibt Typen im Zusammenhang wissenschaftlicher Methodik als „wissenschaftliche Konstruktion zur Beschreibung, Strukturierung und Analyse“ und betont weitestgehend deckungsgleich mit *aer* die „determinierende Tendenz“ von Typen und Modellen.³⁸² Insofern lassen sich in migrationsrechtlichen Kontexten verschiedene Typen und Modelle identifizieren. Insbesondere in den verschiedenen Ausgestaltungen von nicht – oder zumindest in geringerem Maße – illegalisierten Zugangs- und Aufenthaltsmöglichkeiten für Studierende, Hochqualifizierte oder Saisonarbeiter*innen lassen sich für die bestimmten Regelungszusammenhänge verhältnismäßig geschlossene normative Vorgaben in der sekundärrechtlichen Ausgestaltung finden, welche diese Migrationskontexte von anderen abgrenzen und fixieren. Für den breiten und mehrdimensionalen Ansatz der vorliegenden Arbeit in Bezug auf verschiedene Illegalisierungen sind Typen und Modelle aufgrund ihrer beschränkten bzw. beschränkenden Anwendung auf abgrenzbare Spezialregelungskontexte jedoch nicht tauglich.

b) Leitbilder

Der wohl schillerndste Strukturbegriff ist jedoch das Leitbild.³⁸³ *Braun* beschreibt Leitbilder als „normative Impulse, die in das Recht an unterschiedlichen Stellen eingehen und es subkutan prägen“, kommt zum Schluss ihrer umfassenden Untersuchung jedoch zu dem Ergebnis, dass ein „klarer konsentierter Leitbildbegriff“ nicht existiere.³⁸⁴ Insofern stellen auch die im Folgenden exemplarisch dargestellten Auseinandersetzungen und Beschreibungen mit Leitbildern lediglich eine Annäherung dar, welche das Leitbild als übergeordneten Strukturbegriff zumindest in Ansätzen konkretisieren.

381 Siehe *Baer*, in: *Schmidt-Assmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 223-251 (231 f.).

382 Siehe *Braun*, *Leitbilder im Recht*, S. 35 m.w.N. zur Auseinandersetzung mit Typen und Typisierung in der Rechtswissenschaft, S. 32 ff.

383 Neben der allgemeinen Funktion bei der Strukturbildung stellen Leitbilder ferner ein „auslegungsrelevantes Element unionsrechtlicher Grundaussagen“ dar, siehe *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim u. a.*, Art. 65 AEUV, Rn. 43.

384 Siehe *Braun*, *Leitbilder im Recht*, S. 208.

Baer nennt als Beispiele für Leitbilder das „humane Gericht“ oder den „aktivierenden Staat“,³⁸⁵ sie will Leitbilder dabei nicht als „Bausteine einer historischen Entwicklung“ verstanden wissen, sondern als Paradigmen, die zeitgleich Bedeutung erlangen können.³⁸⁶ Sie beschreibt den Wandel der Verwaltung in Deutschland chronologisch anhand der Leitbilder des Obrigkeitsstaates, des liberalen Staates, des Sozialstaates, des Verhandlungsstaates, des schlanken Staates und schließlich des aktivierenden Staates.³⁸⁷ *Vofskuhle* beschreibt das Leitbild eines „europäischen Juristen“ und be-

385 Siehe Baer, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 86. Immer häufiger anzutreffen ist das Leitbild der Integration, siehe u.a. W. Kluth, Deutsches Verwaltungsblatt 2016, S. 1081-1088, 1084 ff., der es vom Leitbild der Assimilation und dem der Herausbildung von Parallelgesellschaften abgrenzt, ohne diese Leitbildbeispiele jedoch genauer zu definieren.

386 Siehe Baer, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 110.

387 Siehe Baer, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 92 f., wobei Baer synonym für Leitbild hier auch die Begriffe Paradigma und Prototyp verwendet. Der Obrigkeitsstaat sei stark hierarchisch, befehls- und pflichtenorientiert und schreibe „dem Bürger“ die Rolle des „Untertan“ zu (S. 93 ff.). Das Leitbild des liberalen Staates stelle abwehrrechtliches Denken in den Vordergrund und bringe mit der Trennung der Privatsphäre und der Öffentlichkeit sowie einer verstärkten Individualisierung die bourgeoise Bürgerschaft hervor (S. 110 ff.). Außerdem ließen sich eine organisationsrechtliche Trennung in ein Innen und ein Außen sowie ein Trend zur Formalisierung feststellen. Im folgenden Sozialstaat expandiere das Staatswesen (S. 117 ff.). Ausdruck hiervon sei eine Erweiterung der Handlungsformen (neben den Befehl träten nun auch Vertrag, Plan und Nebenbestimmungen.), eine verstärkte Risikoverteilung und eine Ausdifferenzierung im Organisationsrecht. „Der Bürger“ werde stärker in den Mittelpunkt gestellt. Die Fürsorge trage jedoch paternalistische Züge und konstituiere „den Bürger“ als „Konsument“. Das zentrale „Spurenelement“ des Verhandlungsstaates sieht Baer in der Kooperation: ihm stehe nicht mehr „der Bürger“, sondern die Wirtschaft gegenüber (S. 130 ff.). Der schlanke Staat wird als neoliberales Leitbild moderner Staatlichkeit bezeichnet (S. 150 ff.). Er konzentriere sich auf allen Ebenen effizienzorientiert auf einen Aufgabenkern. Prägend sei eine ökonomische Rationalität, welche beispielsweise neben der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung auch die Verfahrensdauer in den Fokus nehme; wesentliches Merkmal dabei sei die Privatisierung. Dem schlanken Staat stehe „der Bürger“ als „Kunde“ gegenüber. Dieser „Kunde“ sei stärker am wirtschaftlich potenten „Bürger“ orientiert und weniger bedürftig als „der Konsument“ im Sozialstaat. Der aktivierende Staat werde auch als ermöglichender, gewährleistender oder metaregulierender Staat beschrieben (S. 197 ff.). Anders als im schlanken Staat übertrage der aktivierende Staat nicht die Aufgaben an Private und ziehe sich selbst zurück, er lasse den Bürger*innen nur, wenn möglich, den Vortritt. Es entstehe eine Form der Subsidiarität staatlichen Handelns. Die aktivierende Verwaltung organisiere Kooperation und Kommunikation und stelle somit die Infrastruktur, in welcher Bürger*innen selbst eine aktive, selbstverantwortliche und gestaltende Rolle

zeichnet diesen als „Träger und Vermittler der Werte, die die ‚europäische Rechtskultur‘ ausmachen“.³⁸⁸ *Vofskuble* spricht zwar vom „Leitbild des ‚europäischen Juristen‘“, räumt jedoch selbst ein, dass es sich nach der Einteilung von *Baer* wohl eher um ein Modell handelt.³⁸⁹ Auch das von *Thym* identifizierte Leitbild der Sesshaftigkeit im Migrations(folgen)recht, welches er als „konzeptuellen Normalfall“ beschreibt,³⁹⁰ würde in der Terminologie von *Braun* und *Baer* in Anbetracht der analytisch-deskriptiven Ausrichtung wohl eher einem Typen entsprechen.

Bolat geht bei der Begriffsbestimmung von Leitbildern von der Wörterbuchdefinition aus, wonach ein Leitbild eine leitende Vorstellung oder deren Verkörperung ist, die mit Leitbildern verbundene Handlungssteuerung und Entscheidungserleichterung bringe dabei deren wichtigste Funktion zum Ausdruck: die Orientierungsfunktion.³⁹¹ Als Komponenten eines Leitbildes sieht sie unter Bezugnahme auf *Wewer*³⁹² eine Vision, eine Mission und Handlungsgrundsätze. Interessant ist ihre Feststellung, dass rechtliche Leitbilder meist akteur*innenbezogen seien, wengleich unter den bei ihr aufgeführten Beispielen lediglich die Leitbilder des „verständigen, billig und gerecht denkenden Menschen“ und das „Verbraucherleitbild des Europarechts“ aus der Rechtsprechung tatsächlich akteur*innenbezogen

einnehmen könnten (S. 229 ff.), wobei das von *Baer* als Spurenelement identifizierte Ehrenamt als Veranschaulichung hierfür dienen kann.

388 *Vofskuble* beschreibt „den europäischen Juristen“ als (1.) Akteur in nationalen, europäischen und internationalen Normerzeugungsprozessen, (2.) Europäer und Kosmopolit, (3.) Generalist und „Wissensexperte“, (4.) theoretisch und wissenschaftlich ausgebildeter Praktiker, (5.) „Spitzenjurist“, (6.) inter- und vor allem transdisziplinär dialogfähiger sowie (7.) sozialkompetenter Teilnehmer kommunikativer Prozesse. Er grenzt ihn dabei ab vom Technokraten oder „gesetzespositivistischen ‚Diener des Nationalstaates‘“ und sieht ihn als multipel einsetzbaren Rechtsgestalter, „der über Orientierungs- und Verfügungswissen für soziales Handeln in einer komplexen Welt verfügt und der bei zunehmender europäischer und internationaler Verflechtung der Rechtssysteme im ‚Wettbewerb rechtlicher Arrangements‘ selbst Vorschläge formulieren und in die Normerzeugungsprozesse auf europäischer und internationaler Ebene bereits im Vorfeld einzuspeisen vermag. Siehe *Vofskuble*, Rechtswissenschaft 2010, S. 326-346 (335 und 346).

389 Siehe *Vofskuble*, Rechtswissenschaft 2010, S. 326-346 (327).

390 Siehe *Thym*, VVDStRL 2017, S. 169-216, 170 f.

391 *Bolat*, Integration als Leitbild im deutschen Migrationsrecht, S. 51, mit Verweis auf die Definition im Duden.

392 Dass auch *Baer* in ihrer Beschreibung die Begrifflichkeiten von Vision und Mission gebraucht, wird von *Bolat* leider nicht kommentiert.

sind.³⁹³ Ob die Feststellung, dass sich in der Rechtsprechung mehrheitlich Leitbilder von Akteur*innen finden lassen, zutreffend ist, mag vorliegend jedoch dahingestellt bleiben. Jedenfalls gibt es zumindest Vorbilder für akteur*innenbezogenen Leitbilder. Da es keine konkrete Ausarbeitung eines (akteur*innenbezogenen) Leitbilds für (illegalisierte) Migrant*innen gibt, könnten bestehende Leitbilder als Anhaltspunkte dienen.

Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass personenbezogene Leitbilder teils unterschiedliche bis gegenläufige Ausprägungen haben und verschiedene Leitbilder zur gleichen Zeit relevant sein können. Anhand der unterschiedlichen Aktualität und Wirkmächtigkeit von Leitbildprägungen lässt sich ein Wandel in der Subjektkonstruktion ablesen, wie sich beispielsweise anhand des Leitbilds des „Verbrauchers“ zeigen lässt. Dieser wurde lange Zeit als naiv, unmündig, informationsunwillig und schutzbedürftig, letztlich als hilfloses unmündiges und schutzbedürftiges Wesen angesehen,³⁹⁴ während im Unionsrecht insbesondere durch den EuGH das Leitbild eines „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ geprägt wurde,³⁹⁵ welches über die entsprechenden Richtlinien und Verordnungen auch Einzug in die nationalen Rechtsordnungen erhalten hat, so dass sich darin in Maßen ein Wandel in der Subjektkonstruktion des „Verbrauchers“ erkennen lässt.³⁹⁶

Entsprechend ließe sich ein Leitbild „illegalisierte Migrant*innen“ einerseits – mit einer Parallelität zum Opferbegriff – als Bild von Schutzbedürftigen beschreiben, welche zum Konflikt mit der Rechtsordnung gedrängt oder gar gezwungen werden, andererseits mit einer Parallelität zum Täterbegriff als vorsätzliche, gar böswillige Rechtsbrecher*innen. Auch bei möglichen Leitbildern von Dritten im Migrationskontext lässt sich die wi-

393 Die anderen Beispiele *Bolats* stützten ihre These, dass Leitbilder meist akteur*innenbezogen seien letztlich nicht. Das angeführte „städtebauliche Leitbild des BauGB“ oder das „Leitbild der Ehe“ knüpfen nicht unmittelbar an Akteur*innen an. Auch ein Hinweis auf die von *Baer* in diesem Zusammenhang artikulierte Gefahr der oftmals mit Diskriminierungen einhergehenden Stereotypisierung fehlt leider.

394 Diese Auffassung war lange Zeit vor allem im deutschen nationalen Recht vorherrschend. Siehe *Bundesverband der Deutschen Industrie*, Studie – Verbraucherleitbild und Positionsbestimmung zum „Mündigen Verbraucher“, S. 33. Plakatierend *Neubacher*, *Der Spiegel* vom 20. September 2014, der vom „Trottel als Leitbild“ spricht.

395 Siehe statt vieler nur EuGH, *Estée Lauder* (C-220/98), EU:C:2000:8, Rn. 27.

396 Kritisch zur Frage eines gesamteuropäischen Leitbilds für Verbraucher*innen, *Wilhelmsson*, in: *Wilhelmsson/Paunio/Pohjolainen* (Hrsg.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, S. 243-268.

derstreitende Zweiteilung möglicher Leitbilder mit Personenbezug wiederfinden: Diese können gleichermaßen als gutmütige Helfer*innen oder kriminelle Unterstützer*innen dargestellt werden. Ja nachdem welches Leitbild dominiert, werden auch die entsprechenden Subjekte unterschiedlich konstruiert.

Das Problem im Kontext illegalisierter Migration ist dabei jedoch, dass kein Leitbild für illegalisierte Migration oder illegalisierte Migrant*innen existiert, welches eine entwicklungsleitende Funktion einnehmen könnte. Anders als bei der Konstruktion des „Bürgers“³⁹⁷ oder des „Verbrauchers“ fehlt es an einem Entwurf, aus welchem Aussagen über die zugrunde liegende Konstruktion abgeleitet werden könnten. Da illegalisierte Migration „unerwünscht“ ist,³⁹⁸ existiert keine Vision und entsprechend auch kein Leitbild, welches als übergeordnete Strukturbegrifflichkeit bei der rechtlichen Entwicklung Orientierung geben könnte. Denn wenn es etwas gar nicht geben soll, dann wäre es auch widersprüchlich, ein Leitbild dafür zu entwerfen.

2. Perspektiven

Wenngleich es an einer positiven Vision fehlt, bedeutet dies nicht, dass die Entwicklungen im Bereich der illegalisierten Migration gänzlich zufällig erfolgen würden. Anstelle eines monolithischen Leitbildes erscheint es für die Struktur der vorliegende Arbeit und das Verständnis der verschiedenen Aspekte und Elemente vielmehr sinnvoll, sich mit verschiedenen Perspektiven auseinanderzusetzen, welche die Entwicklungen im Migrationsrecht der EU leiten.³⁹⁹

Der Präferenzierung von Perspektiven gegenüber Leitbildern im Rahmen der vorliegenden Untersuchung liegen somit folgende Überlegungen zugrunde: Perspektiven und Leitbilder unterscheiden sich strukturell. Ein Leitbild entwirft eine monolithische Vision, eine Art Idealbild, an wel-

397 Siehe *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 84, bei der es darum geht, „Selbstverständnisse und Selbstentwürfe aktiver Staatlichkeit einerseits und dogmatische Figuren des allgemeinen Verwaltungsrechts andererseits zusammenzuführen, um Aussagen über die jeweils zugrundeliegende Konstruktion ‚des Bürgers‘ treffen zu können.“

398 Siehe *W. Kluth*, Deutsches Verwaltungsblatt 2016, S. 1081-1088 (1082).

399 Siehe hierzu auch *Groenendijk*, EJML 2004, S. 111-126, der seine Konzeption von Integration anhand verschiedener Perspektiven erläutert und damit den Aufbau der Arbeit in diesem Punkt inspiriert hat.

chem sich Entwicklungen orientieren sollen. Es ist also ein bewusster Akt, der in die Zukunft projiziert. Demgegenüber stellen Perspektiven (retrospektiv) auf den (inneren) Standpunkt und die Motivationslage ab. Da es kein Leitbild für „illegale Migration“ gibt und es aus den dargelegten Gründen auch keines geben wird, muss die Analyse der Entwicklung bzw. Konstruktion sinnvollerweise anhand anderer Merkmale strukturiert werden. Hierfür bieten sich die vorgeschlagenen Perspektiven an, denn diese eignen sich um die dem Migrationsrecht zugrundeliegenden, spannungsgeladenen Gemengelagen⁴⁰⁰ abzubilden. Ferner sind sie relativ komprimiert darstellbar, da sie sich auf den Ausgangspunkt der Entwicklung beziehen und somit kein fertiges, ausdifferenziertes „Bild“ vorab gezeichnet werden muss. In ihrer Reduzierung auf den Standpunkt und die Motivation sind sie zudem äußerst eingängig und einprägsam, was sie in erhöhtem Maße operabel macht.

Hierzu vorab zwei Bemerkungen: Erstens sind die im Folgenden vorgestellten Perspektiven recht schlicht dargestellt. Verschiedene Nuancierungen werden dabei bewusst ausgeblendet und die Komplexität der einzelnen Perspektiven reduziert, da es nicht um die umfassende Darstellung einer Individualperspektive gehen soll, sondern lediglich um die „großen Linien“ der Entwicklung, welche zwangsläufig etwas holzschnittartig bleiben müssen.

Zweitens lassen sich diese Perspektiven kaum fein säuberlich voneinander abgegrenzt finden, vielmehr liegen dem Migrationsrecht und dessen einzelnen Rechtsinstrumenten meist „Perspektiv-Bündel“ zugrunde. Die Wechselwirkungen und Gleichzeitigkeiten von Perspektiven in diesen „Perspektiv-Bündeln“ sollen durch die unabhängige und getrennte Darstellung im Folgenden nicht negiert werden.

a) Ökonomische Betrachtung (Nützlichkeitsorientiert)

Zunächst lassen sich Entwicklungen im Migrationsrecht aus einer ökonomischen Betrachtungsweise nachvollziehen, welcher eine (staats)egoistische Motivation zugrunde liegt. Migrant*innen werden unter dem Gesichtspunkt der ökonomischen Nützlichkeit betrachtet und die normativen Regelungsregime dementsprechend aufgestellt bzw. angepasst. Die Regelungen des Gebietszugangs und der Bleibeperspektive orientieren sich beispielsweise teils an wirtschaftlichen Interessen und Bedürfnissen, wobei

400 Zur Dialektik des Migrationsrechts siehe zugleich Kapitel 2 § 4 III.

Migrant*innen einerseits als wichtige Produktionsfaktoren im Sinne von benötigten Arbeitskräften gesehen werden können, andererseits als (potenzielle) Belastung für Sozialsysteme. Entsprechend differenziert gestalten sich die dazugehörigen Regelungskomplexe. Ökonomie ist dabei nicht rein monetär zu verstehen.⁴⁰¹ Auch andere Nützlichkeitsaspekte können zum Tragen kommen, wie beispielsweise die benötigte Unterstützung im Rahmen der Strafverfolgung,⁴⁰² die Förderung kultureller Vielfalt oder die Steuerung demographischer Entwicklungen. Zentral ist jedoch stets die Orientierung am eigenen (staatlichen) Nutzen. Konsequenzen für Dritte sind nur relevant, sofern sie Rückwirkungen auf die eigenen Bedürfnisse haben. Insofern sind insbesondere die verschiedenen Facetten der „Abwehr“ illegalisierter Migrant*innen bzw. der „Bekämpfung“ illegalisierter Migration Ausdruck dieser Orientierung am staatlichen Eigennutzen. Dies gilt auch für den Fall, dass mit der „Abwehr“ tatsächlich eine Art Selbstschädigung verbunden ist, beispielsweise wenn arbeits- und wirtschaftspolitisch notwendige Migration aus xenophoben oder rassistischen Gründen unterbunden wird. Die Motivation bleibt der Eigennutz, lediglich die verschiedenen Nützlichkeitsaspekte werden unterschiedlich gewichtet. Eine solche Konkurrenzsituation verschiedener Nützlichkeitsaspekte innerhalb der nützlichkeitsorientierten Perspektive findet sich beispielsweise auch bei den neuen Formen der Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung im deutschen Recht.⁴⁰³

b) Blickwinkel der Organisation (neutral)

Eine andere aufschlussreiche Perspektive auf die Entwicklungen im Migrationsrecht ist eine (rein) organisatorische. Unter dem im Grundsatz neutralen Blickwinkel der Organisation lassen sich insbesondere die Entwicklungen der verschiedenen Kontroll- und Registrierungsinstrumente (wie VIS, SIS, Eurodac etc.) nachvollziehen.⁴⁰⁴ Die Neutralität hinsichtlich der Moti-

401 Der Begriff der Ökonomie setzt sich aus dem altgriechischen οἶκος (*oikos*) „Haus“ und νόμος (*nomos*) „Gesetz“ zusammen. Das „Gesetz des Hauses“ im Sinne einer Wirtschaftlichkeit gilt dabei allgemein als rationeller Einsatz oder rationelle Verwendung von etwas, siehe Der Duden, Ökonomie, abrufbar unter: <https://www.duden.de/node/105122/revision/105158> (letzter Abruf 3. Mai 2020).

402 So beispielsweise im Fall von Opfern von Menschenhandel, siehe Kapitel 4 § 4 I.

403 Siehe hierzu Kapitel 4 § 5 II. 1. d).

404 Siehe hierzu Kapitel 4 § 1 III.

vationslage der Organisationsperspektive bezieht sich darauf, dass die darauf gestützten Maßnahmen zunächst (auch) unabhängig von einer (anderen) konkreten Zielsetzung erfolgen. Es soll kontrolliert, protokolliert, registriert und geordnet werden, ohne dass damit zwingend bereits ein eigenes Ziel verfolgt wird. Das Sammeln und Ordnen von Informationen stellt insofern einen Selbstzweck dar, als es die Organisation oftmals überhaupt erst ermöglicht. Denn ohne das generierte Wissen fehlt die notwendige Grundlage, um überhaupt erst eine Handlungs- oder Steuerungsfähigkeit zu erlangen. Diese ist für die Organisation von grundlegender Bedeutung, da ihr ein genereller Steuerungsanspruch innewohnt. Die Organisationsperspektive ist somit von der Motivation geprägt, steuern zu können und zu wollen.

Wie bereits erwähnt liegen den einzelnen Rechtsinstrumenten meist „Perspektiv-Bündel“ zugrunde. Es soll also nicht behauptet werden, dass mit deren Konstruktion ausschließlich organisatorische Ziele verfolgt würden. Dennoch lassen sich die Entwicklungen (oder wenigstens Aspekte davon) in diesem Bereich unter neutralen organisatorischen Gesichtspunkten oftmals gut nachvollziehen oder auch antizipieren.

c) Humanitäre Perspektive (altruistisch)

Schließlich besteht eine humanitäre Perspektive mit einem altruistischen Impetus. Die Menschlichkeit kommt darin zum Ausdruck, dass ohne Zwang und Eigennutz das Wohl anderer Menschen gefördert werden soll. Die humanitäre Perspektive zeigt sich primär in den menschenrechtlichen Verpflichtungen,⁴⁰⁵ aber auch in (sekundär-)rechtlichen Ausgestaltungen, welche bisweilen über das menschenrechtlich geforderte Mindestmaß hinausgehen. In dieser „Übererfüllung“ steckt somit ein Maß an Humanität, welches gleichermaßen in den Menschenrechten begründet liegen mag, jedoch eigenständige Bedeutung erlangt und ebenfalls Ausdruck einer Uneigennützigkeit ist. Eine solche humanitäre Perspektive lässt sich beispielsweise in den grundlegenden Regelungen des internationalen Schutzes, der Familienzusammenführung oder auch den Maßnahmen zur De-Illegalisierungen⁴⁰⁶ erkennen.

405 Zur Grenzsetzungsfunktion der Menschenrechte im Hinblick auf migrations-spezifische Illegalisierungen siehe Kapitel 5.

406 Siehe hierzu Kapitel 4 § 6.

III. Die Dialektik des Migrationsrechts

Als Abschluss des Methodenkapitels soll der *topos* der Dialektik in den migrationsrechtlichen (Wissenschafts-)Diskurs eingeführt werden, welcher darin bislang noch keine tragende Rolle einnimmt.⁴⁰⁷ Denn mit dem Begriff der Dialektik lässt sich das in der regelungstechnischen Inkohärenz widerspiegelnde „Ringen“ der verschiedenen Perspektiven äußerst treffend beschreiben.⁴⁰⁸

Wenngleich der Begriff von verschiedenen Personen zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich gebraucht wurde⁴⁰⁹ und es bis heute kein einheitliches Verständnis davon gibt, lässt sich Dialektik vereinfacht als Spannung aus Gegensätzlichkeit beschreiben.⁴¹⁰ Bestenfalls lassen sich die Gegensätze aufheben (Synthese), in jedem Fall treiben die Gegensätze einen kontinuierlichen Entwicklungsprozess voran. Im Hinblick auf das migrationsrechtliche Regelungsregime bestehen die Gegensätze in der altruistischen Grundhaltung der humanitären Perspektive und der Nützlichkeitsorientierung der ökonomischen Perspektive. Einerseits soll das Migrationsrecht den in den Menschenrechtskatalogen und -abkommen formulierten hohen Erwartungen gerecht werden, andererseits soll unerwünschte Migrati-

407 Bei *Bauder*, Immigration Dialectic findet sich diese spezifische Paarung, wobei *Bauder* das dialektische Verhältnis von nationaler Identität und Migration untersucht.

408 Siehe auch *Thym*, Sollbruchstellen des deutschen, europäischen und internationalen Flüchtlingsrechts, S. 16, der von „widerstrebenden Zielsetzungen einer dynamischen Menschenrechtsauslegung und [...] staatlichen Kontrollinteressen“ spricht, welche „in der Praxis kollidieren [...] und [...] die Asyldebatte [prägen].“

409 „In der Antike bezeichnet er die Wahrheitsgewinnung durch kontroverse Erörterung im Gespräch, bei *Kant* die Verirrungen der Vernunft [...]. Bei *Hegel* ist Dialektik der Übergang von einer These zu ihrer Negation in einer Antithese und der Negation der Negation in der Synthese.“ „*Marx* [nimmt] die idealistische Dialektik *Hegels* auf und formt aus ihr eine *materialistische, dialektische Geschichtsphilosophie*. Sie ist materialistisch, weil sie an die wirtschaftliche Reproduktion als Kausalfaktor anknüpft, sie ist dialektisch, weil der Widerspruch von Produktivkräften und Produktionsverhältnissen den Prozess vorantreibt.“ Bei *Horkheimer* und *Adorno* besteht die Dialektik der Aufklärung darin, dass „das Aufklärungszeitalter mit seinen Hoffnungen auf eine humane Zukunft [...] im Nationalsozialismus zu einem endgültigen Ende gekommen [ist] und [...] dabei seine eigene Zwiespältigkeit, seine übersehenen dunklen Seiten offenbart [hat].“ Siehe *Mablmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, § 8, Rn. 3; § 10, Rn. 6 und § 17, Rn. 1 (Hervorhebungen bis auf die der Autoren im Original).

410 Als Alternative wäre auch die Beschreibung als Widersprüchlichkeit von Gleichzeitigem passend.

on unterbunden werden und monetäre Belastungen und soziale Anstrengungen verhindert oder zumindest minimiert werden. Diese konfligierenden entwicklungsleitenden Zielsetzungen führen in den Entwicklungen einzelner Regelungszusammenhänge zu Widersprüchen.⁴¹¹ Diese in dialektischer Spannung stehende Inkohärenz migrationsrechtlicher Regelungen erschwert die Rechtsanwendung bisweilen erheblich. Sie ist jedoch im politischen Aufbau der EU, insbesondere im Bereich geteilter Kompetenzen wie der des Migrationsrechts, veranlagt und für die diversitätsbedingt kompromissabhängigen politischen Prozesse in der EU vielleicht sogar notwendig. Die Inkohärenz ist daher, in überschaubaren Maßen weniger problematisch als schlicht Ausdruck einer demokratischen Rechtsstaatlichkeit in einem System mehrdimensionaler Gewaltenteilung.⁴¹² Die beiden widerstreitenden Perspektiven von Altruismus und Nützlichkeitsorientierung lassen sich somit als Grundlage einer demokratisch bedingten, dialektischen Fortentwicklung des Migrationsrechts begreifen.

411 Siehe hierzu auch *Thym*, ZAR 2018, S. 193-200, der anhand der möglichen Steuerungsfähigkeit von Fluchtmigration sowie der Funktion der Menschenrechte die teils konfliktreiche Gemengelage in den migrationspolitischen Diskursen beschreibt und diese in Anlehnung an eine Formulierung des französischen Präsidenten *Macron* unter der einprägsamen Begriffspaarung „Humanität und Härte“ verschlagwortet (198). Dieser spricht wörtlich von Effektivität („*efficacité*“) und Humanität („*humanité*“), siehe *Macron*, Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique. Zum Duktus von „Humanität und Härte“ siehe ferner *Thym*, FAZ vom 17. Juni 2019.

412 Siehe *Hertog*, in: *Carrera* (Hrsg.), EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes, S. 364-382 (378 ff.).

Kapitel 3 Vorzeichen: Grundlegende Aspekte der Analyse und Rechtentwicklung

Die Breite und Vielfalt der Konstruktionselemente legen es nahe, einige grundlegende Aspekte der Analyse (§ 1) sowie die einschlägige Entwicklung des Rechts (§ 2) im Sinne von Vorzeichen „vor die Klammer zu ziehen“.

Vorzeichen werden in verschiedenen Kontexten verwendet. In der Musik werden durch Vorzeichen die Tonhöhen verändert und damit die Tonart eines Stückes bestimmt.⁴¹³ In diesem Sinne lassen sich die in diesem Kapitel angeführten Punkte begreifen. Sie determinieren, wie in einer Notenschrift, in Teilen die Entwicklung und Prägung der unterschiedlichen Konstruktionselemente, die im darauffolgenden Kapitel 4 ausführlich analysiert werden. Sie stellen insofern eine wertvolle Grundlage für das Verständnis und die Kontextualisierung der einzelnen Konstruktionselemente dar.

§ 1 Grundlegende Aspekte illegalisierter Migration auf EU-Ebene

Zu den Vorzeichen der Analyse gehören drei grundlegende Aspekte: Der (Il-)Legalitäts-Dualismus im Europäischen Migrationsrecht verdeutlicht die Verbreitung und tiefe Verwurzelung der binären Einteilung in „legale“ und „illegale“ Migration und Migrant*innen auf der Unionsebene (§ 1). Er zeigt zum einen, dass die im Zentrum der Arbeit stehende Binarität von Legalität und Illegalität keine Chimäre ist und zum anderen, dass die Entwicklung des Migrationsrechts auf EU-Ebene von der Idee einer Bekämpfung „illegaler Migration“ geprägt ist, welche eine Abgrenzung zwischen „legaler“ und „illegaler“ Migration logisch voraussetzt. Der primärrechtliche Ausgangspunkt für die Konstruktion illegalisierter Migration (§ 2) greift die Binarität auf und ist bedeutsam für die Entwicklung des Migrati-

413 Auch in der Mathematik haben Vorzeichen eine ähnliche, determinierende Funktion. Sie werden beispielsweise reellen Zahl vorangestellt, um diese als positiv oder negativ auszuweisen oder drücken die Orientierung eines gerichteten Winkels aus.

onsrechts.⁴¹⁴ Darüber hinaus gewährt dessen Genese wertvolle Einblicke in die dialektischen Spannungen bei der Fortentwicklung der primärrechtlichen Grundlagen. Schließlich sind die Differenzierungen im Rahmen der Grundprogrammierung des europäischen Migrationsrechts (§ 3) ein bedeutsames Vorzeichen der Analyse, da sich diese in den verschiedenen Konstruktionselementen fortschreiben.⁴¹⁵

I. Der (Il-)Legalitäts-Dualismus im Europäischen Migrationsrecht

Die Konzeption von Recht orientiert sich regelmäßig an binären Entscheidungsmöglichkeiten.⁴¹⁶ Die Einteilung im Migrationsrecht in „legale“ und „illegale“ Migration ist nur eine von vielen. Migration lässt sich beispielsweise auch anhand von Migrationsmotiven (Arbeitsmigration, Tourismus, Schutzsuchende etc.) unterteilen. Ebenso ließe sich das Kriterium der (Un-)Freiwilligkeit anwenden. Die Unterscheidung nach der (Il-)Legalität steht in vielen anderen Kontexten auch nicht im Vordergrund. Wenn beispielsweise über Arbeit allgemein gesprochen wird, geht es meist nicht primär um die Unterteilung in „legale“ und „illegale“ Arbeit, es wird vielmehr unterschieden in Erwerbsarbeit, Erziehungsarbeit, körperliche Arbeit, Zwangsarbeit, etc. Im europäischen Migrationsrecht ist die Einteilung in „legale“ und „illegale“ Migration jedoch äußerst prominent, wobei die Legalität oftmals unausgesprochen bleibt und sich lediglich komplementär aus der Illegalisierung ergibt. Daher ist die Bezeichnung im Rahmen einer binären Unterscheidung als „nicht-illegalisierte“ Migration letztlich treffender.⁴¹⁷

414 Zur Entwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene ausführlich Kapitel 3 § 2.

415 Die folgenden Ausführungen finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (132 ff.).

416 *Luhmann* bezeichnet die binäre Unterscheidung im Rechtssystem nach Recht und Unrecht als „Code“. Sofern sich etwas (eine Kommunikation) nicht anhand dieser Differenzierung (des Codes) unterscheiden lässt, ist es schlicht kein Recht bzw. es „nicht dem Rechtssystem zugerechnet“ (sondern dessen Umwelt), siehe *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 95.

417 Dabei gilt, dass bei einem entsprechend weiten Verständnis von Illegalisierung, wie es der vorliegenden Arbeit zugrunde liegt (siehe Kapitel 1 § 6), letztlich jegliche Form der Migration in irgendeiner Weise (zumindest teilweise) von Illegalisierungen betroffen ist, so dass es im Ergebnis auch keine gänzlich „nicht-illegalisierte“ Migration gibt.

Die Bedeutung des Themas und die Aufmerksamkeit, welche die Gesetzgebung ihm zukommen lässt, zeigen sich auch an der Vielzahl einschlägiger, auf den Kompetenztitel in Art. 79 Abs. 1 AEUV gestützter, sekundärrechtlicher Regelungen, in welchen sich oftmals an prominenter Stelle die Bekämpfung illegalisierter Einwanderung als Zielvorgabe in den Erwägungsgründen findet.⁴¹⁸ Dies verwundert jedoch nicht so sehr, wenn die der rechtlichen Entwicklung zugrunde gelegten Programme und Übereinkünfte näher betrachtet werden. Der Europäische Rat sah bereits 1999 im Tampere Programm die „Beendigung der Illegalen Einwanderung“ als wichtigen Bestandteil bei der Schaffung einer Union der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts an und war „entschlossen, die illegale Einwanderung an ihrer Wurzel zu bekämpfen“.⁴¹⁹ Das folgende Haager Programm fordert die Bekämpfung der illegalen Zuwanderung als Teil der Migrationsströmesteuerung.⁴²⁰ Im Stockholmer Programm wird die Notwendigkeit, „illegale Migration zu verhüten, einzudämmen und zu bekämpfen“ als politische Priorität aufgeführt⁴²¹ und die 2014 in Ypern beschlossenen Leitlinien, welche stärker auf die Implementierung der bestehenden Regelungen gerichtet sind, fordern dazu auf, „energisch gegen irreguläre Migration vorzugehen und ein effizientes Management der EU-Außengrenzen zu gewährleisten.“⁴²² Diese Bestrebungen spiegeln sich auch in den korrespondierenden Aktionsplänen.⁴²³ Schließlich setzt die 2015 veröffentlichte Europäische Migrationsagenda der Kommission einen Schwerpunkt auf

418 Siehe ErwGr. 1 ArbeitgebersanktionenRL; ErwGr. 1 BeihilfeRL und ErwGr. 2 und 5 Rahmenbeschluss 2002/946/JI sowie ErwGr. 1 MenschenhandelsopferRL. Zur Rolle der Erwägungsgründe im Rahmen der Auslegung siehe Kapitel 2 § 1 V. 3.

419 Siehe Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999, Punkt 3.

420 Siehe Europäischer Rat, Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, ABl. 2005 C 53/1, Punkt 1.7, S. 6 f.

421 Siehe Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl. 2010 C115/1, Punkt 1.1, S. 5.

422 Siehe Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 26. und 27. Juni 2014, EUCO 79/14, Punkt I. 5., S. 2 und Annex I Punkt 4, S. 19.

423 Europäischer Kommission, Das Haager Programm: Zehn Prioritäten für die nächsten fünf Jahre, ABl. 2005 C 198/1 und Europäische Kommission, Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms, KOM(2010) 171 endg. vom 20. April 2010.

die Reduzierung der „Anreize für irreguläre Migration“⁴²⁴ und die jüngste EU-Türkei Erklärung beinhaltet den Beschluss „die irreguläre Migration aus der Türkei in die EU zu beenden“⁴²⁵.

Der Ton in Bezug auf illegalisierte Migration hat sich dabei in den vergangenen Jahren zunehmend verschärft, wie sich an den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 28. Juni 2018 ablesen lässt. Diese setzen es sich zum Ziel, „die illegale Migration über alle bestehenden und neuen Routen weiter einzudämmen“.⁴²⁶ Auch in der Strategischen Agenda des Europäischen Rates 2019-2023 wird das Ziel ausgerufen, „illegale Migration und Menschenhandel zu bekämpfen und für effektive Rückführungen zu sorgen“,⁴²⁷ wobei der Auftrag zur Verhütung und Bekämpfung illegalisierter Migration als ein Auftrag zur aktiven Gestaltung zu verstehen ist und folglich auch Maßnahmen zur De-Illegalisierung umfassen kann.⁴²⁸

Die Bekämpfung „illegaler Migration“ zieht sich somit schon seit Jahrzehnten wie ein roter Faden durch die Entwicklung des europäischen Migrationsrechts – und mit ihr die Unterscheidung in „legale“ und illegale“ Migration. Es lässt sich also festhalten, dass die Einteilung in „legale“ und „illegale“ Migration in der Europäischen Politik und Gesetzgebung seit geraumer Zeit fest etabliert ist, wobei eine differenzierte Auseinandersetzung mit der Vielschichtigkeit des Begriffs meist ausbleibt und die Gesetzgebung trotz der Verbreitung der Begrifflichkeit eine Definition von illegaler Migration oder illegalen Migrant*innen bislang schuldig bleibt.⁴²⁹ Stattdessen wird oftmals ohne weitere Hinweise am (Il-)Legalitäts-Dualismus festgehalten und pauschal eine Verhinderung oder Bekämpfung „illegaler“ Migration gefordert, ohne näher auszuführen, was genau darunter verstanden wird.

424 Siehe Europäische Kommission, Die Europäische Migrationsagenda, COM(2015) 240 final vom 13. Mai 2015, Punkt III.1 S. 9. Der Fokus scheint sich dem Wortlaut nach zwar von einer direkten Bekämpfung zu einer Anreizminderung zu verschieben, diese Neujustierung der Herangehensweise ändert jedoch nichts am propagierten Ziel. Dieses bleibt die Reduzierung bzw. Beendigung illegaler Migration.

425 Europäischer Rat, Erklärung EU-Türkei, 18. März 2016.

426 Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 28. Juni 2018, EUCO 9/18, unter I.2.

427 Europäischer Rat, Eine neue Strategische Agenda 2019-2024, Schlussfolgerungen vom 20. Juni 2019, EUCO 9/19.

428 Siehe Kapitel 4 § 6.

429 Siehe zur Frage der Definition auch Kapitel 1 § 6.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich die Etablierung des (II-)Legalitäts-Dualismus in der Politik im Recht niederschlägt⁴³⁰ und somit prägendes Vorzeichen der Konzeption und Entwicklung ist. Dies setzt die Unterteilung bzw. Unterteilbarkeit von „legaler“ und „illegaler“ Migration voraus und formt das Recht entsprechend dieser Vorstellung. Die bewusste und aktive Formung und Prägung in diesem Sinne wird durch die gefestigte Rhetorik der „Bekämpfung“ auf Unionsebene gestützt. Diese Parameter sind wichtige Voraussetzungen für die Analyse der dazwischen befindlichen Graubereiche im Rahmen einer dekonstruktiv ausgerichteten Untersuchung.

II. Primärrechtlicher Ausgangspunkt

Auch der primärrechtliche Ausgangspunkt ist ein Vorzeichen der Analyse. Schon der hierarchische Aufbau des Unionsrechts indiziert eine Thematisierung des Primärrechts vor dem Sekundärrecht. Das Primärrecht ist dabei nicht nur höherrangig, es geht der Entwicklung des Sekundärrechts auch chronologisch stets voran. Daher ist der primärrechtliche Ausgangspunkt, welcher den verschiedenen Konstruktionselementen gleichermaßen zugrunde liegt, als vorgelagertes, horizontales Element mit einer grundlegenden und entwicklungsleitenden Funktion ebenfalls vorab zu behandeln. Während die binäre Einteilung in Art. 79 AEUV (1.) die Festbeschreibung des bereits dargelegten (II-)Legalitäts-Dualismus im Primärrecht bestätigt, gewährt dessen Genese (2.) Einblicke in das „Ringens“ der verschiedenen Perspektiven. Das geänderte Gesetzgebungsverfahren (3.) hat insoweit eine prägende Funktion im Sinne eines Vorzeichens, als es dessen Entwicklung katalysiert, also nicht nur beschleunigt, sondern in Teilen überhaupt erst ermöglicht.

1. Die binäre Einteilung in Art. 79 AEUV

Die Entwicklung des europäischen Migrationsrechts fällt unter die Kompetenz der EU, einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu schaffen, welcher nach Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV der geteilten Zuständigkeit

430 Siehe die folgenden Ausführungen zur binären Einteilung im Primärrecht in Kapitel 3 § 1 II. 1.

mit den Mitgliedstaaten unterfällt, wobei nicht alle Mitgliedstaaten gleichermaßen an die Regelungen in diesem Bereich gebunden sind.⁴³¹

Primärrechtlicher Ausgangspunkt für die Konstruktion illegalisierter Migration ist der Kompetenztitel in Art. 79 Abs. 1 AEUV, welcher den Begriff der illegalen Einwanderung einführt und mit der damit einhergehenden Abgrenzung zur legalen Einwanderung die binäre Einteilung von Migration und Migrant*innen aufnimmt und den (Il-)Legalitäts-Dualismus im Primärrecht festschreibt. Die Fixierung der binären Einteilung im Primärrecht zeichnet die entsprechende Entwicklung des Sekundärrechts vor.

2. Einsichten aus der Genese des Primärrechts

Auch eine Auseinandersetzung mit der Genese des (primärrechtlichen) Ausgangspunktes bringt wertvolle Einsichten für das Konstruktionsverständnis mit sich. Art. 79 AEUV entspricht im Wesentlichen der im Verfassungskonvent⁴³² beschlossenen Regelung (Art. 267 VVE). Auch der Verfassungsvertrag hatte eine Trennung von Asyl- und Einwanderungspolitik vorgesehen.⁴³³

Mit Blick auf die Konzeption der vorliegenden Arbeit sind insbesondere die dem Entwurf vorangegangenen Diskussionen in den Arbeitsgruppen interessant, da diese einen Blick „hinter die Kulissen“ gewähren, anhand derer sich die dem Rechtstext zugrundeliegenden Motivationen und Argumentationen (zumindest teilweise) rekonstruieren lassen – insbesondere lässt sich hieran nachvollziehen, welche Ansätze sich nicht durchsetzen konnten.

431 Das betrifft die Staaten mit einer „Opt-Out Option“, namentlich Irland, Dänemark und bis zu dessen Austritt aus der EU auch das Vereinigte Königreich.

432 Der Verfassungsvertrag wurde zwischen dem 28. Februar 2002 und dem 20. Juli 2003 im Europäischen Konvent erarbeitet. Nach der Unterzeichnung des Verfassungsentwurfs durch die Staats- und Regierungschefs am 29. Oktober 2004 scheiterte der Ratifizierungsprozess jedoch. Der Europäische Konvent umfasste Regierungs- und Parlamentsvertreter*innen der Mitgliedstaaten und der zehn Beitrittsländer und -kandidaten (neben der Türkei waren damals Rumänien und Bulgarien noch Beitrittskandidaten) sowie Vertretern des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission. Das erklärte Ziel war es, die Union demokratischer, transparenter und effizienter zu gestalten, siehe Europäischer Rat, Laeken – Anlagen zu den Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 14. und 15. Dezember 2001, S. 21 und 24.

433 Die geplante Regelung in Art. 266 VVE entspricht in der Sache Art. 78 AEUV.

An dieser Stelle lassen sich zudem die verschiedenen methodischen Ansätze nochmals anschaulich voneinander abgrenzen, da sich deren jeweiliges Untersuchungsinteresse in Bezug auf die Genese unterscheidet. Die Untersuchung der Entstehungsgeschichte im Rahmen einer historischen oder genetischen Auslegung zielt auf die konkrete Rechtsanwendung ab, die Hermeneutik strebt nach einem besseren Textverständnis und versucht Sinn zu rekonstruieren.⁴³⁴ Es geht also stets um eine Verbesserung, eine bessere oder zumindest besser begründbare Auslegung oder ein besseres Verständnis der Norm als solcher. Der dekonstruktive Ansatz der vorliegenden Arbeit befreit hingegen von derartig konkreten Zielsetzungen und ermöglicht einen offene(re)n und zwanglosen Blick.⁴³⁵

Außerdem spiegeln sich in den unterschiedlichen Positionen der Arbeitsgruppe die verschiedenen Perspektiven, die so das Spannungsfeld der migrationspolitischen Dialektik veranschaulichen.

a) Die Arbeitsgruppe X des europäischen Konvents

Die Genese der einschlägigen primärrechtlichen Regelung lässt sich anhand der umfassenden Dokumentation der Arbeitsgruppe X des Konvents zu „Freiheit, Sicherheit und Recht“ nachvollziehen.⁴³⁶ Insbesondere die Dokumentation der Änderungsvorschläge dokumentiert die Entwicklung eindrücklich.⁴³⁷

So wurde die Partnerschaft und Zusammenarbeit mit Drittländern in Art. 78 Abs. 2 lit. g AEUV (Art. 266 VVE) auf Initiative eines britischen Vertreters des Europäischen Parlaments aufgenommen, welcher andernfalls das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für Lager in Drittstaaten befürchtete.⁴³⁸

434 Siehe Kapitel 2 § 1 I. und Kapitel 2 § 2.

435 Es wird nicht versucht, „Texte“ (in einem weiteren Sinne), in ein „Sinnkorsett“ zu zwingen, siehe *Habel*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1997, S. 217-241 (223). Zum dekonstruktiven Ansatz der Arbeit siehe Kapitel 2 § 3 und § 4.

436 In den Dokumenten der Arbeitsgruppe bezieht sich Art. III-162 auf den späteren Art. 266 VVE bzw. Art. 78 AEUV und Art. III-163 den späteren Art. 267 VV bzw. Art. 79 AEUV.

437 Sämtliche Änderungsvorschläge zu den Bestimmungen betreffend Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung inklusive der Begründungen (sofern vorhanden) sind gebündelt abrufbar unter: <http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/pdf/848/global848.pdf> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

438 Siehe den Änderungsvorschlag von *Duff* zu Art. III-162.

Von deutscher Seite aus wurde eine Beschränkung der Regelungskompetenz der Union im Bereich Asyl auf „Mindestnormen“ angemahnt, um großzügigeren Regelungen und Besonderheiten auf mitgliedstaatlicher Ebene Rechnung zu tragen;⁴³⁹ zusätzlich wurde eine Zurückstellung der Mehrheitsentscheidungen in diesem Bereich gefordert, da es sich um einen besonders sensiblen Bereichen der Innenpolitik handle, weshalb „zuvor ein Grundstock gemeinsamer Regeln festgelegt“ werden solle, „bei dem durch die Einstimmigkeit der Entscheidung gesichert ist, dass er die grundlegenden Überzeugungen aller Beteiligten zutreffend widerspiegelt.“⁴⁴⁰

Die Niederlande votierten für eine Vereinheitlichung des Flüchtlings-schutzes und des subsidiären Schutzes unter einem einzelnen einheitlichen Status.⁴⁴¹ Aus Luxemburg kam der Änderungsvorschlag, die Gültigkeit des subsidiären und des temporären Schutzes auf das gesamte Unionsgebiet zu erstrecken.⁴⁴²

b) Die Änderungsvorschläge Kaufmanns

Für die vorliegende Untersuchung sind die Änderungsvorschläge von *Kaufmann* besonders interessant. Sie schlug vor, bei den Rechten von Drittstaatsangehörigen in Abs. 2 lit. b und Abs. 4 statt von einem „rechtmäßigen“ Aufenthalt von einem Aufenthalt „mit gefestigtem Aufenthaltsstatus“ zu sprechen und in Abs. 2 lit. c statt von einem „illegalem“ Aufenthalt von einem „unerlaubten“.⁴⁴³ Ferner plädierte sie für die gänzliche Streichung der Kompetenzen im Bereich der Abschiebung und Rückführung

439 Siehe die Änderungsvorschläge des damaligen deutschen Außenministers *Fischer* zu Art III-162. Ebenso die Vorschläge zu Art. III-162 und 163 des damaligen Ministerpräsidenten Baden-Württembergs *Teufel* welcher vom Europäischen Rat in den Konvent berufen worden war sowie die des stellvertretenden Mitgliedes der Delegation des Europäischen Parlaments *Wuermeling*, welche zudem das Recht der Mitgliedstaaten, den Zugang zum Arbeitsmarkt zu regeln, in Abs. 4 anregten.

440 Siehe die Änderungsvorschläge von *Fischer* zu Art III-163.

441 Neben dem „internationalen Schutz“ hätte es dann nur noch den „temporären Schutz“ gegeben, siehe Änderungsvorschlag zu Art. III-162 von *de Vries* und *de Bruijn*.

442 „[V]alable dans toute l'Union“ siehe Änderungsvorschläge zu Art. II-11 von *Santer*, *Helming* und *Fayot*.

443 Siehe Änderungsvorschläge von *Kaufmann* zu Art. III-163. *Kaufmann* war als Mitglied des Europäischen Parlament im Europäischen Konvent vertreten.

„illegal“ aufhältiger Personen sowie hinsichtlich des Abschlusses von Rückübernahmeabkommen mit Drittländern. Sie argumentierte, dass es „verschiedene Möglichkeiten im Umgang mit Erscheinungen der illegalen Einwanderung [gibt], die den Werten der Union entsprechen“, daher solle die Verfassung sich „einer Präjudizierung dieser Politik enthalten.“⁴⁴⁴ In *Kaufmanns* Änderungsvorschlägen findet sich somit zunächst eine zumindest latente Skepsis an der Verwendung des Illegalitäts-Begriffs. Darüber hinaus lässt sich aus der Tatsache, dass sie im Zusammenhang mit der Gewährung von Rechten anstelle eines „rechtmäßigen“ (bloß) auf einen „gefestigten“ Aufenthalt abstellen möchte, auf eine kritische Haltung gegenüber migrationsrechtlichen Illegalisierungen schließen.

c) Der Abschlussbericht

Die von *Kaufmann* angeregten Änderungen wurden im Verfassungsentwurf letztlich nicht übernommen. Auch im Schlussbericht der Arbeitsgruppe X „Freiheit, Sicherheit und Recht“ finden sie sich nicht wieder. Die zentrale Forderung darin ist die Ablösung des Einstimmigkeitszwangs zugunsten von (qualifizierten) Mehrheitsentscheidungen, um die in den Programmen formulierten Zielsetzungen zeitnah umsetzen zu können.⁴⁴⁵ Daneben wird im Abschlussbericht festgestellt, dass „in Bezug auf die *Bekämpfung der illegalen Einwanderung* gemeinsame Maßnahmen der Union, einschließlich strafrechtlicher Sanktionen, angesichts der offenkundigen Wirkungslosigkeit rein nationaler Maßnahmen [...] stark befürwortet [werden].“⁴⁴⁶

An der Formulierung im Schlussbericht der Arbeitsgruppe zeigt sich, dass die Auffassung und Beschreibung eines „Kampfes“ gegen illegalisierte Migration, wie er sich auch in der Rhetorik der vorangegangenen Programme findet, letztlich auch in der Arbeitsgruppe durchgesetzt hat, wenngleich es auch Vorschläge – wie den von *Kaufmann* – gab, die in eine andere Richtung zeigten.

444 Siehe Änderungsvorschläge von *Kaufmann* zu Art. III-163.

445 Siehe zu den Programmen die vorangegangenen Ausführungen in Kapitel 3 § 1 I. Zu den tatsächlich erfolgten Änderungen und Auswirkungen im Gesetzgebungsverfahren siehe folgend Kapitel 3 § 1 II. 3.

446 Siehe Europäischer Konvent, Schlussbericht der Gruppe X "Freiheit, Sicherheit und Recht", CONV 426/02, S. 4 f. (Hervorhebung durch den Verfasser).

Die „großen Fragen“ im Verfassungskonvent drehten sich hauptsächlich um die Kompetenzen. Eine kritische Auseinandersetzung mit wesentlichen Merkmalen der Grundprogrammierung wie der strukturellen Unterscheidung von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen lässt sich in den Dokumenten der Arbeitsgruppe hingegen nicht finden. Die Differenzierung anhand von Nationalitäten wurde, wie auch die Grundkonzeption des Visaregimes, ohne tiefgreifende Diskussionen vom EGV in das neu geschaffene Primärrecht transponiert.

3. Das geänderte Gesetzgebungsverfahren als Katalysator des europäischen Migrationsrechts

Im EGV war für Maßnahmen nach Art. 63 Nr. 3 b EGV (heute Art. 79 II lit. c AEUV)⁴⁴⁷ noch das Konsultationsverfahren vorgesehen, welches Einstimmigkeit im Rat erforderte und dem Europäischen Parlament eine lediglich beratende Rolle zubilligte, während in anderen Bereichen der Asyl- und Einwanderungspolitik bereits das Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV Anwendung fand, welches eine qualifizierte Mehrheit im Rat und die Zustimmung des Europäischen Parlaments erfordert.⁴⁴⁸ Am 22. Dezember 2004 entschied der Rat, dass fortan auch für Maßnahmen nach Art. 63 Nr. 3 b EGV das Mitentscheidungsverfahren Anwendung finden sollte.⁴⁴⁹ Diese Entwicklung setzte sich im Vertrag von Lissabon fort. Seitdem dieser in Kraft getreten ist, wird die Einstimmigkeit im Europäischen Rat im Bereich der „nicht-illegalisierten“ Migration primärrechtlich nicht mehr gefordert. Stattdessen gilt für sämtliche Regelungen im Bereich des Migrationsrechts das ordentliche Gesetzgebungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit und Mitwirkung des Europäischen Parlaments.⁴⁵⁰ Die Folgen des geänderten Gesetzgebungsverfahrens für die Ent-

447 Diese umfassen einwanderungspolitische Maßnahmen im Bereich „illegale Einwanderung und illegaler Aufenthalt, einschließlich der Rückführung solcher Personen, die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten“. In der Neufassung in Art. 79 II lit. c AEUV wurden sie ergänzt mit „Abschiebungen“.

448 Siehe Art. 67 EGV (Nizza).

449 Beschluss des Rates (2004/927/EG) vom 22. Dezember 2004 über die Anwendung des Verfahrens des Artikels 251 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Bereiche, die unter Titel IV des Dritten Teils dieses Vertrags fallen (Abl. 2004 L 396/45).

450 Mit der Stärkung der Rolle des Europäischen Parlaments im Gesetzgebungsverfahren, wurde teilweise die Hoffnung auf eine flüchtlingsfreundlichere Gesetz-

wicklung des europäischen Migrationsrechts waren und sind erheblich, da mit Wegfall des Einstimmigkeitserfordernisses und der damit einhergehenden Blockademöglichkeit einzelner Staaten im Rat eine Möglichkeit für tieferegreifende Regelungen geschaffen wurde.⁴⁵¹ Insofern hat das geänderte Gesetzgebungsverfahren die Entwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene katalysiert – also sowohl beschleunigt, als auch in Teilen überhaupt erst ermöglicht.⁴⁵² Ferner ist aufgrund des nunmehr einheitlichen Verfahrens auch eine eindeutige Zuordnung von Unionsrechtsakten zum Kompetenzbereich der legalen oder illegalen Migration nicht mehr erforderlich, da Maßnahmen gegebenenfalls auch auf mehrere Kompetenzen gestützt werden können.

III. Beschreibung der Grundprogrammierung

Als dritter vorgezogener Aspekt im Sinne eines Vorzeichens soll die Grundprogrammierung illegalisierter Migration im Unionsrecht erläutert werden. Die darin beschriebene Unterteilung zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen und die entsprechend differenzierten Regelungsansätze stellen eine Grundentscheidung dar, welche die Entwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene in Teilen vorzeichnet, indem sie ein Regelungsmuster vorgibt, welches in den verschiedenen Konstruktionselementen Anwendung findet. Die Analyse der Grundprogrammierung

verbunden. Diese Hoffnungen haben sich jedoch nur bedingt erfüllt. Siehe zum Erlass der RückführungsRL *Acosta*, EJML 2009, S. 19-39, der auch die Funktion informeller Trilogie im Gesetzgebungsprozess thematisiert. Zur gestiegenen Bedeutung der frühen Übereinkünfte, welche auf eine Einigung zwischen Parlament und Rat noch vor der ersten Lesung abzielen, siehe *Bressanelli et al.*, EUI Working Paper RSCAS 2014/64, S. 1-22. Zur Entwicklung der Trilogie siehe *Roederer-Rynning/Greenwood*, Journal of European Public Policy 2015, S. 1148-1165; *Reh et al.*, Comparative Political Studies 2013, S. 1112-1142; und *Brandsma*, European Union Politics 2015, S. 300-319. Zur wiederholten Kritik der mangelnden demokratischen Legitimation der Trilogie siehe *Reh*, Journal of European Public Policy 2014, S. 822-841, die die demokratietheoretischen Bedenken selbst nur bedingt teilt, die Rolle der Berichterstatter hervorhebt und deren Auswahl kritisiert, mit weiteren Nachweisen zu kritischen Standpunkten auf S. 823.

451 Ausführlich hierzu am Beispiel der RückführungsRL *Lutz*, The Negotiations on the Return Directive.

452 Entsprechend der Doppelfunktion der Katalyse in der Chemie, die mittels eines Katalysators die Aktivierungsenergie senkt und damit eine chemische Reaktion in Gang setzt oder beschleunigt.

nung erfüllt somit einen doppelten Zweck: Einerseits ist sie selbst bereits Teil der Dekonstruktion, da sie verdeckte (oder zumindest nicht ganz offensichtliche) Prägungsmuster kritisch rekonstruiert.⁴⁵³ Andererseits dient sie als Grund- bzw. Vorlage für die Analyse der einzelnen Konstruktionselemente.

Die anhand der Nationalitäten der betroffenen Personen differenzierten Regelungsansätze (1.) lassen sich besonders gut an der Ausgestaltung des Sekundärrechts exemplifizieren (2.).

1. Die differenzierten Regelungsansätze hinsichtlich Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen

Zentral für die Grundprogrammierung ist die Unterscheidung von Drittstaatsangehörigen und Unionsbürger*innen.⁴⁵⁴ Während Unionsbürger*innen grundsätzlich freizügigkeitsberechtigt sind und sich somit „nicht-illegalisiert“ innerhalb des Unionsgebiets bewegen können,⁴⁵⁵ ist der Zugang und Aufenthalt für Drittstaatsangehörige von einer Erlaubnis abhängig. Unionsbürger*innen können ihr Aufenthaltsrecht in anderen Mitgliedstaaten jedoch verlieren⁴⁵⁶ und Drittstaatsangehörige können einen Aufenthaltstitel erwerben.

Die Grundprogrammierung lässt sich daher so beschreiben, dass das europäische Migrationsrecht für Drittstaatsangehörige, ein „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“, vielleicht sogar ein „repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt“ vorsieht, während für EU-Bürger*innen eine „generelle Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt“ gilt.⁴⁵⁷ In beiden Fällen ist somit eine Illegalisierung möglich, in keinem Fall jedoch zwingend – es sind le-

453 Zur kritischen Rekonstruktion des Bestehenden im Rahmen der Dekonstruktion siehe die Ausführungen zum Ansatz *Baers* in Kapitel 2 § 3 IV. 1, an welchem sich die vorliegende Arbeit orientiert.

454 Wobei Staatenlose im Unionsrecht grundsätzlich Drittstaatsangehörigen gleichgestellt sind, siehe Art. 67 Abs. 2 AEUV sowie Kapitel 4 § 5 I. 2. Familienangehörige, welche Unionsbürger*innen begleiten oder nachziehen, sind nach Art. 3 Abs. 1 UnionsbürgerRL ebenfalls freizügigkeitsberechtigt und somit Unionsbürger*innen in dieser Hinsicht gleichgestellt.

455 Zum Sonderstatus von Unionsbürger*innen in der europäischen Migrationspolitik siehe *Thym*, CMLR 2013, S. 709-736 (723 ff.).

456 Siehe Kapitel 4 § 5 I. 3.

457 Der Unterschied zwischen präventiven und repressiven Verboten besteht einerseits darin, dass das zugrundeliegende Verhalten bei präventiven Verboten grundsätzlich anerkannt ist und lediglich kontrolliert werden soll, während es

diglich die Vorzeichen vertauscht. Entscheidendes Element für die Frage, welches Regelungsregime Anwendung findet und damit die Wahrscheinlichkeit einer Illegalisierung festlegt, ist somit die Nationalität einer migrierenden Person. Diese Feststellungen für die Dekonstruktion von Illegalisierungsprozessen ist

Sowohl die Differenzierung anhand der Nationalitäten als auch die daran anknüpfenden Regelungsmuster sind integraler Bestandteil der Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten. Die Identifizierung und Benennung dieser fundamentalen Weichenstellung ist daher im Rahmen einer entsprechenden Dekonstruktion unentbehrlich und Voraussetzung für die im nächsten Kapitel folgende Analyse einzelner Konstruktionselemente.

2. Die Grundprogrammierung in der sekundärrechtlichen Ausgestaltung

Zur Veranschaulichung dieser Grundprogrammierung bieten sich deren sekundärrechtliche Ausgestaltungen an.

Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Drittstaatsangehörigen und Unionsbürger*innen findet sich in Art. 6 Abs. 1 lit. b Schengener Grenzkodex, welcher für die Einreise von Drittstaatsangehörigen ein gültiges Visum oder einen gültigen Aufenthaltstitel voraussetzt, während nach Art. 5 UnionsbürgerRL „[f]ür die Einreise von Unionsbürgern [...] weder ein Visum noch eine gleichartige Formalität verlangt werden [darf].“ In diesen zentralen Regelungen zeigt sich sowohl die Differenzierung zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen als auch der Erlaubnis- bzw. Befreiungsvorbehalt für Drittstaatsangehörige.

bei einem repressiven Verbot um ein grundsätzlich unerwünschtes Verhalten geht, welches nur in Ausnahmefällen gestattet werden kann. Andererseits unterscheidet sich ein präventives Verbot von einem repressiven Verbot auf der Rechtsfolgende dahingehend, dass im Falle eines präventiven Verbots der Ermessens- und Beurteilungsspielraum oft beschränkt ist, so dass bei Erfüllung der Voraussetzungen ein Anspruch auf eine Erlaubnis besteht, während die Erteilung einer Befreiung von einem repressiven Verbot meist im Ermessen der Verwaltung liegt. Siehe statt vieler nur *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10, Rn. 504 und *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, § 18/4, Rn. 710 ff., jeweils m.w.N. sowie *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 51, die an Stelle von einem präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt von einer „Kontrollerelaubnis“ sprechen.

Eine Ausnahme von dieser grundsätzlichen Unterscheidung besteht in Bezug auf Drittländer, deren Staatsangehörige von der Visumpflicht befreit sind.⁴⁵⁸ Als rechtlich nicht zwingend gebotene, politisch motivierte Ausnahmeregelung⁴⁵⁹ stellt diese jedoch keinen Widerspruch zur Grundprogrammierung dar. Vielmehr wird die Unterscheidung zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen durch die Einführung des Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) wieder bestärkt, wenn zukünftig von Staatsangehörigen, die visumsfrei einreisen dürfen, zwingend eine ETIAS-Genehmigung verlangt wird.⁴⁶⁰

Ferner findet sich eine sekundärrechtliche Ausprägung der Grundprogrammierung in der RückführungsRL, welche „horizontale Vorschriften“ einführen soll, die für sämtliche Drittstaatsangehörige gelten, die die Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt nicht oder nicht mehr erfüllen.⁴⁶¹ Sie ist dementsprechend grundsätzlich auf alle Drittstaatsangehörigen mit illegalisiertem Aufenthalt anwendbar,⁴⁶² Unionsbürger*innen werden hingegen vom Anwendungsbereich schon gar nicht erfasst. Diese Unterscheidung wird im Rahmen der Definition des „illegalen Aufenthalts“ in Art. 3 Nr. 2 RückführungsRL nochmals unterstrichen, da die dortige Definition voraussetzt, dass es sich um eine Person aus einem Drittstaat handelt. Nach der RückführungsRL können sich also überhaupt nur Drittstaatsangehörige illegal aufhalten.⁴⁶³

In Anlehnung an die Definition in Art. 2 Abs. 5 Schengener Grenzkodex⁴⁶⁴ sind zudem Personen, die das Unionsrecht auf freien Personenverkehr genießen, vom Anwendungsbereich ausgenommen,⁴⁶⁵ also Personen aus Drittländern, welche mit der EU eine Vereinbarung haben, die ihren Staatsangehörigen der Personenfreizügigkeit vergleichbare Rechte ge-

458 Siehe Anhang II zur VisumVO für die Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von der Visumpflicht befreit sind (sog. *white list*).

459 Zu den Kriterien für die Visumsfreiheit siehe Kapitel 4 § 2 IV. 1. a).

460 Siehe zu ETIAS auch Kapitel 4 § 1 III. 1. h).

461 Siehe ErwGr. 5 RückführungsRL.

462 Art. 2 Abs. 1 RückführungsRL.

463 Zur Illegalisierung des Aufenthalts von EU-Bürgern siehe jedoch Kapitel 4 § 5 I. 3.

464 Diese wurde bei der Neufassung des Schengener Grenzkodex inhaltsgleich übernommen.

465 Siehe Art. 2 Abs. 3 RückführungsRL.

währt.⁴⁶⁶ Personen mit Recht auf freien Personenverkehr werden jedoch nicht nur nach Art. 2 Abs. 3 RückführungsRL vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, sie sind nach Art. 3 Nr. 1 RückführungsRL auch schon per Definition keine Drittstaatsangehörigen. Wenn diese Personen keine Drittstaatsangehörigen im Sinne der Richtlinie sind, wäre ein gesonderter Ausschluss vom Anwendungsbereich jedoch nicht notwendig, respektive wäre beim Ausschluss der Anwendbarkeit ein Ausschluss in der Definition obsolet. Das ist regelungstechnisch folglich redundant. Es verdeutlicht jedoch, dass diese Personen, wie auch Unionsbürger*innen, keinen illegalisierten Aufenthalt gemäß der RückführungsRL haben können.

Insoweit spiegeln der Anwendungsbereich der RückführungsRL und die Definition des illegalen Aufenthalts in der RückführungsRL die beschriebene Grundprogrammierung wieder. Wie schon im Visakodex werden Unionsbürger*innen generell ausgeschlossen, während Drittstaatsangehörige grundsätzlich erfasst werden und lediglich Ausnahmeregelungen vorgesehen sind. Eine Ausnahme vom „illegalen Aufenthalt“ im Sinne der RückführungsRL besteht beispielsweise darin, dass im Zusammenspiel mit der VerfahrensRL der Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen, die in einem Mitgliedstaat Asyl beantragt haben, solange nicht als illegal angesehen wird, bis eine rechtskräftige Entscheidung über ihren Antrag vorliegt.⁴⁶⁷ Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Drittstaatsangehörige nach Art. 2 Abs. 2 RückführungsRL unter speziellen Umständen von der Anwendung auszuschließen,⁴⁶⁸ ändert hingegen nichts an deren illegalisiertem Aufenthalt, sondern schließt die betroffenen Personen lediglich von den (Verfahrens-)Garantien der RückführungsRL aus und ist somit in diesem Kontext unbeachtlich.

Es bleibt somit beim präventiven/repressiven Verbot mit Erlaubnis-/Befreiungsvorbehalt für Drittstaatsangehörige in Abgrenzung zur generellen Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt für Unionsbürger*innen.

466 Es ist gleichwohl schwer festzustellen, welche bilateralen Übereinkünfte dieses Erfordernis erfüllen, siehe *Epiney/Egbuna Joss*, in: Hailbronner/Thym, Schengen Borders Code Regulation (EC) No 562/2006, Art. 2, Rn. 5. Siehe hierzu auch *Hinterberger*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 155-186 m.w.N.

467 ErwGr. 9 RückführungsRL, welcher noch auf die frühere VerfahrensRL verweist.

468 Das betrifft Fälle, in denen ein Einreiseverbot einschlägig ist, Personen an der Grenze aufgegriffen werden oder Fälle mit Strafrechtsinvolvierung. Für Einzelheiten siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 2, Rn. 5 ff.

§ 2 Die Entwicklung des Migrationsrechts der Europäischen Union mit Fokus auf illegalisierte Migration

Auch die Entwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene ist als Vorzeichen der Analyse der Konstruktionselemente dieser voranzustellen.

Daher werden im Folgenden diejenigen Entwicklungen im Unionsrecht, die mit der Konstruktion der illegalisierten Migration im Zusammenhang stehen, dargestellt werden. Der Überblick muss sich auf Entwicklungen beschränken, welche einen – wenngleich unterschiedlich starken und bisweilen indirekten – Bezug zum Thema der Illegalisierung aufweisen.⁴⁶⁹ Die historische Kontextualisierung der rechtlichen Grundlagen migrationsspezifischer Illegalisierungen soll helfen, einzelne Konstruktionszusammenhänge besser nachvollziehen zu können.

I. Der Beginn der Vergemeinschaftung im europäischen Migrationsrecht

Im Vergleich zu anderen regionalen Rechtsregimen ist die Entwicklung des europäischen Migrationsrechts ein relativ neues Unterfangen, welches mit der Zielsetzung eines europaweiten gemeinsamen Asylsystems jedoch wesentlich ambitionierter angelegt ist als frühere Ansätze in anderen Regionen.⁴⁷⁰ In den Römischen Verträgen, die am 1. Januar 1958 in Kraft traten⁴⁷¹ und in denen neben der bereits bestehenden Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) die Europäische Atomgemeinschaft (EURATOM) sowie die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) ge-

469 Insbesondere die parallele Entwicklung des Rechtsregimes zur „nicht-illegalisierten“ Migration muss im hiesigen Rahmen aus Platzgründen weitestgehend außer Betracht gelassen werden. Für einen Überblick über die Entwicklung des Migrationsrechts auf Ebene der EU siehe statt vieler nur, *Guild*, *International Journal of Refugee Law* 2006, S. 630-651; *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System*, S. 3-38; *Minter*, *Irregular Immigration*, S. 45 ff.; *Battjes*, *European Asylum Law and International Law*, S. 25 ff.

470 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System*, S. 3-38 (3) m.w.N., der die frühere Entwicklung entsprechender Regelungen auf anderen Kontinenten auf die ungleiche Verteilung von Schutzsuchenden zwischen unterschiedlich stark entwickelten Nationen zurückführt.

471 Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) und Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EURATOM).

gründet wurde (zusammen bildeten diese später die Europäischen Gemeinschaften), sind noch keine migrationsrechtlichen Regelungen zu finden.

Erst 1974 wurde mit der Erörterung einer möglichen Passunion erstmals ein migrationsrechtliches Thema auf die Agenda gesetzt, welches „eine schrittweise Harmonisierung der Ausländergesetzgebung und die Abschaffung der Passkontrolle innerhalb der Gemeinschaft“ vorsehen sollte.⁴⁷² Es dauerte jedoch weitere zehn Jahre, bis die Harmonisierung in diesem Bereich wirklich begann,⁴⁷³ da sich die Mitgliedstaaten zuvor noch für einen intergouvernementalen Ansatz stark gemacht hatten.⁴⁷⁴

Die Entwicklung eines Migrationsrechts auf europäischer Ebene nahm erst mit dem Wegfall der Binnengrenzen in den Schengener Abkommen⁴⁷⁵ und der damit einhergehenden Bewegungsfreiheit im gesamten Unionsgebiet konkrete Formen an, da Migration sich von diesem Zeitpunkt an nicht mehr unabhängig von den anderen Mitgliedstaaten regeln und steuern ließ.⁴⁷⁶ Bis heute lässt sich der Wegfall der Binnengrenzen als die treibende Kraft hinter dem Projekt eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems identifizieren.⁴⁷⁷

Der Wegfall der Binnengrenzen führte neben der Kompensationsmaßnahme in Form des Kurationsprozesses eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems jedoch auch zu einer Akzentuierung der Außengrenzen, wel-

472 Siehe Schlußkommuniqué über die Konferenz der Staats- bzw. Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften (Paris, 9. und 10. Dezember 1974), Punkt 10.

473 Siehe Europäischer Rat, Madrid – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 26. und 27. Juni 1989, S. 6, in denen unter Bezugnahme auf das „Dokument von Palma de Mallorca“ auf das Ergreifen tatsächlicher und wirksamer Durchführungsmaßnahmen gedrängt wird.

474 Der 1988 von der Kommission unterbreitete Vorschlag für eine Richtlinie zur Koordinierung der Regelung des Rechts auf Asyl und des Flüchtlingsstatus wurde 1988 noch abgelehnt, siehe Europäische Kommission, Bericht der Kommission über die Abschaffung der Personenkontrollen an den innergemeinschaftlichen Grenzen, KOM(88) 640 endg., vom 16. Januar 1989.

475 Schengener Übereinkommen vom 14.6.1985, Abl. 2000 L239/13-18 (Schengen I), welches bereits ergänzende Maßnahmen zur Verhinderung der unerlaubten Einreise vorsah (Art. 17) und Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19. Juni 1990, Abl. L 239/19-62 (Schengen II).

476 Siehe beispielsweise für die Verknüpfung des Binnenmarktes und der Migrationssteuerung das Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes vom 14. Juni 1985, Rn. 11.

477 *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System*, S. 3-38 (4).

che fortan einer verstärkten Kontrolle unterworfen waren. Als Komplementärmaßnahme zur Öffnung der Binnengrenzen wurde das Dubliner Übereinkommen⁴⁷⁸ verabschiedet, welches die Zuständigkeit für die Prüfung von Asylanträgen zwischen den unterzeichnenden Staaten regelte.

Die zentralen Elemente des damals gewählten Regelungsansatzes waren grundlegend für die weitere Entwicklung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und bestehen dem Grunde nach bis heute fort. Erster zentraler Regelungsansatz war das erklärte Ziel, dass es stets nur einen für die Prüfung des Asylantrages zuständigen Mitgliedstaat geben soll. Zweitens erfolgt die Zuständigkeitszuweisung anhand von objektiven Kriterien, auf welche sich die Mitgliedstaaten im Dubliner Übereinkommen geeinigt haben, Wünsche oder Präferenzen der Schutzsuchenden werden nicht berücksichtigt. Drittens orientiert sich die Zuständigkeit für die Prüfung des Asylantrages an der Verantwortung eines Mitgliedstaates für die Einreise in das Unionsgebiet. Zwar wurden auch damals schon enge Angehörige, welche sich nicht illegalisiert in einem anderen Mitgliedstaat aufhielten, berücksichtigt,⁴⁷⁹ entscheidend war jedoch meist die Verantwortungszuschreibung für die Einreise, gleich, ob die Einreise auf illegalisiertem Wege erfolgte,⁴⁸⁰ oder ob der Mitgliedstaat einen Gebietszugang vorab auf „nicht-illegalisierter“ Weise ermöglichte.⁴⁸¹ Hinter diesen Regelungsansätzen lässt sich eine Entwicklungslogik erkennen, welche Schutzsuchende als Last und die Zuweisung als Bürde kennzeichnet und somit dazu anspornt, den Gebietszugang für Schutzsuchende zu erschweren.⁴⁸² Neben der neutralen Organisationsperspektive kommt hier also auch die nützlichkeitsorientierte Perspektive zum Ausdruck.⁴⁸³

In den auf die Verabschiedung des Dubliner Übereinkommens folgenden Jahren wuchs der Wunsch nach einem umfassenderen gemeinsamen Asylsystem.⁴⁸⁴ Es folgten weitere Absprachen zwischen den Mitgliedstaat-

478 Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags – Dubliner Übereinkommen, Abl. 1997 C 254/1-12.

479 Siehe Art. 4 Dubliner Übereinkommen. Freilich handelt es sich auch dabei um ein objektives Kriterium.

480 Art. 6 Dubliner Übereinkommen.

481 Art. 5 Dubliner Übereinkommen.

482 Siehe *Guild*, International Journal of Refugee Law 2006, S. 630-651 (637).

483 Zu den im Rahmen der Arbeit entwickelten Perspektiven als struktur- und stringenzverleihende Charakteristika der Untersuchung Kapitel 2 § 4 II. 2.

484 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), Reforming the Common European Asylum System, S. 3-38 (7 f.) m.w.N.

ten hinsichtlich sicherer Drittstaaten,⁴⁸⁵ sicherer Herkunftsländer⁴⁸⁶ und offensichtlich unbegründeter Asylanträge,⁴⁸⁷ deren Rechtsnatur nicht ganz eindeutig war.⁴⁸⁸ Die Internationalisierung des Migrationsrechts erfolgte somit zunächst noch völkerrechtlich zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten. Dieser intergouvernementale Ansatz blieb von den primärrechtlichen Änderungen im Vertrag von Maastricht⁴⁸⁹ unberührt, was aufgrund der fehlenden parlamentarischen und der beschränkten gerichtlichen Kontrolle der sog. „Dritten Säule“ kritisiert wurde.⁴⁹⁰

II. Die Verlagerung in die „erste Säule“ und der Beginn der sekundärrechtlichen Ausgestaltung

Die Vergemeinschaftung auf Grundlage des Primärrechts begann erst mit der Verlagerung von der intergouvernementalen „Dritten Säule“ in die gemeinschaftliche „Erste Säule“ und Schaffung eines eigenen Kompetenztitels⁴⁹¹ im Amsterdamer Vertrag⁴⁹². Diese erfolgte jedoch zunächst noch mit gewissen Einschränkungen. So wurde die Entscheidungskompetenz des EuGH beschränkt⁴⁹³ und die Mitgliedstaaten hatten weiterhin ein Initiativrecht.⁴⁹⁴ Das Bedürfnis nach einer verstärkten Harmonisierung fußte maßgeblich auf der Inkohärenz der Maßnahmen im Bereich des Grenzschutzes und dem Umgang mit Migrationsbewegungen von Drittstaatsan-

485 Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 30. November 1992 zu den Ländern, in denen die Verfolgungsgefahr in der Regel gering ist.

486 Europäischer Rat, Entschließung vom 30. November 1992 über ein harmonisiertes Vorgehen im Zusammenhang mit Aufnahmedrittländern.

487 Europäischer Rat, Entschließung vom 30. November 1992 über offensichtlich unbegründete Asylanträge.

488 *Guild*, International Journal of Refugee Law 2006, S. 630-651 (638 f.).

489 Vertrag über die Europäische Union, unterzeichnet zu Maastricht am 7. Februar 1992, Abl. 1992 C 191/1.

490 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), Reforming the Common European Asylum System, S. 3-38 (8 f.), m.w.N.

491 Titel IV im EGV.

492 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakt, Abl. 1997 C 340/1.

493 Siehe Art. 68 EGV.

494 Dieses unterlag allerdings einer Beschränkung auf die ersten fünf Jahre nach Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam, siehe Art. 67 Abs. 1 EGV.

gehörigen sowie den daran anknüpfenden Fragen zu Aufenthalt und Asyl.⁴⁹⁵

Entsprechend verwundert es nicht, dass eine der ersten migrationspolitischen Maßnahmen unter dem neuen Kompetenztitel die Festlegung der Regelungen über die Zuständigkeit für die Prüfung von Asylanträgen in der Dublin-II-VO war, welche den bereits beschriebenen Regelungssatz vom Völkerrecht ins Unionsrecht transponierte und somit für alle Mitgliedstaaten verbindlich festlegte. Ob hingegen anhand der Regelungspräzision und Detailliertheit der neuen Regelungen im Primärrecht (Art. 63 EGV) auf eine Prioritätensetzung der EU geschlossen werden kann,⁴⁹⁶ darf angezweifelt werden. Die fehlenden Detailregelungen, beispielsweise zur Frage nach der generellen Lasten- bzw. Verantwortungsverteilung, sind tatsächlich wohl weniger Ausdruck einer (fehlenden) Priorisierung, als vielmehr eines fehlenden Konsenses auf politischer Ebene. Außerdem wurden, in chronologischer Reihenfolge, erlassen: die EurodacVO, die MassenzustromRL, die AufnahmeRL, die QualifikationsRL und die VerfahrensRL.⁴⁹⁷ Wobei letztgenannte bereits Regelungen zu beschleunigten Verfahren und sogenannten sicheren Herkunfts- bzw. Drittstaaten beinhaltet.⁴⁹⁸

Dieses erste Paket legislativer Maßnahmen konkretisierte die neue Kompetenz (entsprechend der primärrechtlichen Vorgaben) inhaltlich mit verbindlichen Minimalstandards und gab der Idee eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems somit bereits ein umfangreiches sekundärrechtliches Fundament, welches freilich nicht frei von Kritik blieb,⁴⁹⁹ die sich neben der Beschränkung auf Minimalstandards und der Vereinbarkeit mit der GFK auch auf die relativ weiten Ermessensspielräume, welche den Mitgliedstaaten eingeräumt wurden, konzentrierte.⁵⁰⁰ In Anbetracht dieser „Schlupflöcher“, welche auch an der mehrfachen Verwendung von Richtlinien anstelle von Verordnungen mit höherer Bindungswirkung festgemacht wurden, wurde teils von einer „Harmonisierung *à la carte*“ gespro-

495 *Guild*, International Journal of Refugee Law 2006, S. 630-651 (640).

496 So *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), Reforming the Common European Asylum System, S. 3-38 (10).

497 Siehe EurodacVO (alte Fassung), MassenzustromRL, AufnahmeRL (alte Fassung), QualifikationsRL (alte Fassung) und VerfahrensRL (alte Fassung).

498 Siehe Art. 23 Abs. 4, Art. 27, Art. 31 VerfahrensRL (alte Fassung).

499 Siehe statt vieler nur *Garlick*, in: *Balzacq/Carrera* (Hrsg.), Security Versus Freedom?, S. 45-59; *ECRE*, Broken Promises – Forgotten Principles und *Costello*, EJML 2005, S. 35-70.

500 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), Reforming the Common European Asylum System, S. 3-38 (15 f.) m.w.N.

chen.⁵⁰¹ Die halbherzige Harmonisierung hatte zur Folge, dass sich unterschiedliche Standards entwickelten, welche zu stark divergierenden Anerkennungquoten von Schutzsuchenden führten.⁵⁰²

III. Die Weiterentwicklung entlang der Programme als wichtige Entwicklungsleitlinien

Eine zentrale Rolle bei der (Weiter-)Entwicklung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems kommt den vom Europäischen Rat beschlossenen Arbeitsprogrammen zu. Schon 1999 verabschiedete der Europäische Rat in Tampere ein Arbeitsprogramm, welches die wesentlichen Leitlinien für die Entwicklung des Migrationsrechts der nächsten Jahre enthielt und den Begriff des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems einführte.⁵⁰³ Darin wurden bereits eine effizientere Steuerung der Migrationsströme in allen Phasen angemahnt und die Entschlossenheit, „die illegale Einwanderung an ihrer Wurzel zu bekämpfen“ zum Ausdruck gebracht.⁵⁰⁴ Ferner wurden Rückübernahmeabkommen mit einschlägigen Drittländern gefordert sowie eine engere Zusammenarbeit und gegenseitige technische Unterstützung der Grenzkontrollbehörden der Mitgliedstaaten gewünscht.⁵⁰⁵ Daneben finden sich aber auch Forderungen zur Verbesserung der Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen.⁵⁰⁶

In den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Sevilla 2002 wurden unter Bezugnahme auf das Programm von Tampere nochmals explizit „Maßnahmen zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung“, die „Einführung eines koordinierten und integrierten Schutzes der Außengrenzen“ und die „Einbeziehung der Einwanderungspolitik in die Beziehungen der Union zu Drittländern“ eingefordert, wohingegen sich keiner-

501 Siehe *Teitgen-Colly*, CMLR 2006, S. 1503-1566 (1512 f.).

502 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System*, S. 3-38 (16).

503 Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999.

504 Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999, Punkt 22 und 23.

505 Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999, Punkt 24 und 27.

506 Diese sollen der Rechtsstellung der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten angenähert werden und bei dauerhaft rechtmäßigem Aufenthalt die Möglichkeit des Erwerbs der Staatsangehörigkeit vorsehen, Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999, Punkt 21.

lei Forderungen hinsichtlich der Entwicklung des Rechtsrahmens der „nicht-illegalisierten“ Migration finden.⁵⁰⁷

Im selben Jahr wurde eine Richtlinie zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt⁵⁰⁸ sowie 2004 die VerbindungsbeamtenVO⁵⁰⁹ erlassen, welche diese Stoßrichtung nochmals verdeutlichten. 2004 wurden weitere ergänzende Maßnahmen zur Bekämpfung illegalisierter Migration ergriffen. Beförderungsunternehmen wurden zur Übermittlung von Passagierdaten verpflichtet,⁵¹⁰ und die Rechtsgrundlage für die Errichtung von Frontex wurde geschaffen.⁵¹¹ Bei letzterer handelt es sich um eine europäische Agentur, die 2005 gegründet wurde und seitdem für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zuständig ist.⁵¹²

Die zweite Phase des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems wurde im November 2004 mit dem Haager Programm⁵¹³ und dem dazugehörigen Aktionsplan zur Umsetzung des Haager Programms 2005⁵¹⁴ eingeläutet,⁵¹⁵ welches jedoch zugleich noch die zeitnahe vollständige Umsetzung der ersten Phase durch die Mitgliedstaaten anmahnte.⁵¹⁶

507 Europäischer Rat, Sevilla – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 21. und 22. Juni 2002, 13463/02, Punkt 26 ff.

508 BeihilfeRL.

509 VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung).

510 Siehe BeförderungsdatenRL.

511 Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates vom 26. Oktober 2004 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Abl. 2004 L 349/1.

512 Ausführlich zu Frontex *Lehnert*, Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen, der aufgrund der Unabhängigkeit bei der Koordinierung der Grenzsicherung von einem Verstoß gegen das Demokratieprinzip der EU ausgeht.

513 Europäischer Rat, Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, Abl. 2005 C 53/1.

514 Europäischer Rat und Kommission, Aktionsplan des Rates und der Kommission zur Umsetzung des Haager Programms zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, Abl. 2005 C 198/1.

515 Siehe *Kaunert/Leonard*, Refugee Survey Quarterly 2012, S. 1-20 (13 ff.), die innerhalb der zweiten Phase ferner hinsichtlich des Zeitraums vor und nach dem Vertrag von Lissabon und dem Stockholmer Programm unterscheiden.

516 Siehe Europäischer Rat, Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, Abl. 2005 C 53/1, unter III.1.3. Siehe hierzu auch *Balzacq/Carrera*, in: *Balzacq/Carrera* (Hrsg.), Security Versus Freedom?, S. 1-34.

In der Folge wurde die Rechtsgrundlage für die zweite Generation des Schengener Informationssystems (SIS II)⁵¹⁷ geschaffen. Es folgten ein Grünbuch der Kommission über das künftige Gemeinsame Europäische Asylsystem⁵¹⁸ und die künftige Asylstrategie der Kommission im Juni 2008,⁵¹⁹ in welcher sie die Überarbeitung und Ergänzung des Sekundärrechts aus der ersten Phase vorschlug.⁵²⁰ Diese Auffassung findet sich auch im bald darauf geschlossenen Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl.⁵²¹ Dieser betont einmal mehr die nachfolgend gelisteten zentralen Elemente der Migrationspolitik der EU: (1.) Die Berücksichtigung der Bedürfnisse der Mitgliedstaaten bei der Gestaltung der „nicht-illegalisierten“ Einwanderung, (2.) die Bekämpfung der illegalisierten Migration unter Fokussierung auf eine Rückkehr in die Herkunfts- oder Transitländer, (3.) die Verstärkung der Grenzkontrollen, (4.) die Harmonisierung der Voraussetzungen und Umsetzungen des internationalen Schutzes (hier unter dem pathetischen Titel der „Schaffung eines Europas des Asyls“) und (5.) die Zusammenarbeit mit Drittstaaten.

Erst mit dem Vertrag von Lissabon,⁵²² welcher nach dem gescheiterten Verfassungsreferendum 2005 im Dezember 2007 angenommen wurde und am 1. Dezember 2009 in Kraft trat, kam es wieder zu entscheidenden Änderungen auf legislativer Ebene. Mit dem Vertrag von Lissabon erhielt der Begriff des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems Einzug in das Primär-

517 Siehe SIS-II-VO.

518 Europäische Kommission, Grünbuch über das künftige Gemeinsame Europäische Asylsystem, KOM(2007) 301 endg. vom 6. Juni 2007.

519 Europäische Kommission, Künftige Asylstrategie – Ein integriertes Konzept für EU-Weiten Schutz, KOM(2008) 360 endg. vom 17. Juni 2008.

520 „Die Rechtsinstrumente der ersten Phase des gemeinsamen europäischen Asylsystems stellen insgesamt gesehen wichtige Errungenschaften dar, auf denen die zweite Phase aufbauen muss. Allerdings weisen sie auch Defizite auf; so steht es außer Frage, dass die vereinbarten gemeinsamen Mindeststandards nicht das gewünschte Gleichmaß gebracht haben. Die Kommission erwägt daher, zum einen Änderungen an den bestehenden Rechtsvorschriften und zum anderen neue Instrumente vorzuschlagen. Gleichzeitig wird die Kommission weiterhin überwachen, dass die geltenden Vorschriften ordnungsgemäß umgesetzt und eingehalten werden.“ Siehe Europäische Kommission, Künftige Asylstrategie – Ein integriertes Konzept für EU-Weiten Schutz, KOM(2008) 360 endg. vom 17. Juni 2008, S. 4.

521 Rat der Europäischen Union, Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl, Ratsdokument 13440/08 vom 24.09.2008.

522 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Abl. 2009 C 306/1.

recht⁵²³ und wurde somit von einer politischen Absichtserklärung zu einer rechtlich bindenden Aufgabe für die Institutionen der EU und die Mitgliedstaaten.⁵²⁴ Ferner wurde aus der Kompetenz für die Setzung von „Minimalstandards“ nun die Befugnis, Maßnahmen für „gemeinsame“ und „einheitliche“ Regelungen zu ergreifen. Diese tiefgreifenden Änderungen erlauben es, einen umfassenden, systematischen und kohärenten Regelungsansatz im Bereich des Migrationsrechts auf Unionsebene zu verfolgen.⁵²⁵ Das gilt umso mehr, als der EU mit dem Vertrag von Lissabon in Art. 78 Abs. 2 lit. g AEUV auch die Regelung der „Partnerschaft und Zusammenarbeit mit Drittländern zur Steuerung des Zustroms von Personen, die Asyl oder subsidiären bzw. vorübergehenden Schutz beantragen“ übertragen wurde. Ebenfalls von erheblichem Gewicht für das Migrationsrecht ist die mit dem Vertrag von Lissabon erfolgte verbindliche Aufnahme der EU-Grundrechtecharta auf der Ebene der Verträge.⁵²⁶ Mit den institutionellen Verschiebungen im Vertrag von Lissabon wurden ferner teilweise Hoffnungen auf eine liberale Politik im Bereich Justiz und Inneres verbunden,⁵²⁷ welche mit der zunehmenden Prägung des Migrationsrechts durch Kontroll- und Überwachungserwägungen sowie die Zielsetzung der Bekämpfung illegalisierter Migration jedoch weitgehend enttäuscht wurden.⁵²⁸

Aber auch in der Zeit zwischen der Annahme und dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon wurde das migrationsrelevante Sekundärrecht weiter ausgebaut. Im Hinblick auf den Regelungskontext der illegalisierten Migration ist vor allem der Erlass der RückführungsRL Ende 2008 zu nennen, aber auch die ArbeitgebersanktionenRL und der Visakodex. Die Kompetenzübertragung im Primärrecht wurde 2010 mit der Schaffung des

523 Siehe Art. 78 Abs. 2 EUV.

524 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System*, S. 3-38 (19 f.).

525 Siehe Europäische Kommission, *Commission Staff Working Document Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions – Policy Plan on Asylum: an Integrated Approach to Protection Across the EU – Impact Assessment*, SEC (2008) 2029 unter 2.3 (nur auf Englisch verfügbar).

526 Siehe Art. 6 Abs. 1 EUV.

527 Siehe *Peers*, in: *Acosta Arcarazo/Murphy* (Hrsg.), *EU Security and Justice Law*, S. 17-37, der eine gemischte Prognose für den Bereich des Migrationsrechts stellt.

528 Siehe *Moreno-Lax*, in: *Acosta Arcarazo/Murphy* (Hrsg.), *EU Security and Justice Law*, S. 146-167 (146 ff.).

Europäischen Unterstützungsbüros für Asylfragen (EASO) institutionell ergänzt,⁵²⁹ welches die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten erleichtern, koordinieren und intensivieren, unter Druck stehende Mitgliedstaaten mit effizienten operativen Maßnahmen unterstützen und ferner auch bei der Umsetzung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems mitwirken und als unabhängige Informationsquelle dienen soll.⁵³⁰

Zeitgleich zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon und den damit einhergehenden neuen Kompetenzen für die EU, wurde im Dezember 2009 auch das Stockholmer Programm⁵³¹ angenommen, welches die Leitlinien für die weitere Entwicklung des Migrationsrechts in den kommenden fünf Jahren festlegte. Das Stockholmer Programm fordert eine „effektive Umsetzung aller einschlägigen Rechtsinstrumente“ und unterstreicht das Ziel, „im Jahr 2012 ein gemeinsames Asylsystem zu schaffen“.⁵³² Dieses Ziel wurde im Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms vom Juli 2010 anhand eines detaillierten Zeitplanes für die geplanten Maßnahmen konkretisiert.⁵³³

Es folgte eine weitere Harmonisierung mit der Neufassung der QualifikationsRL und den am selben Tag erlassenen Neufassungen der Aufnahm-RL, der VerfahrensRL, der DublinVO⁵³⁴ und der EurodacVO. Die Reaktionen hierauf waren gemischt. Während sich das UNHCR durchaus positiv gestimmt zeigte und sich sowohl hinsichtlich des Harmonisierungspotenzials, als auch bezüglich der Verbesserung der Schutzstandards im Unionsgebiet optimistisch äußerte,⁵³⁵ waren die Reaktionen vieler Nichtregierungsorganisationen wesentlich verhaltener.⁵³⁶

2011 wurde der Global Approach to Migration and Mobility (GAMM) vorgestellt,⁵³⁷ welcher einen übergeordneten Rahmen der auswärtigen Migrationspolitik der EU festlegt und sich auf die vier folgenden Säulen

529 Siehe hierzu *Comte*, EJML 2010, S. 373-405.

530 Siehe EASO-VO.

531 Siehe Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl. 2010 C115/1.

532 Siehe Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl. 2010 C115/1, unter 1.1.

533 Siehe Europäische Kommission, Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM(2010) 171 endg. vom 20. April 2010, S. 47 ff.

534 Dublin-III-VO.

535 Siehe *UNHCR*, Moving Further Toward a Common European Asylum System.

536 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Matani* (Hrsg.), Reforming the Common European Asylum System, S. 3-38 (24 ff.) m.w.N.

537 Siehe Europäische Kommission, Gesamtansatz für Migration und Mobilität, KOM(2011) 0743 endg. vom 18. November 2011.

stützt: (1.) Organisation und Erleichterung der legalen Migration und Mobilität, (2.) Verhinderung und Eindämmung der illegalisierten Einwanderung und des Menschenhandels, (3.) Förderung des internationalen Schutzes und der externen Dimension der Asylpolitik sowie (4.) Maximierung der Auswirkungen von Migration und Mobilität auf die Entwicklung. Für die EU hatten in der darauffolgenden Zeit zunächst die einheitliche Umsetzung und die wirksame Anwendung Priorität. Anstelle weiterer Legislativmaßnahmen sollte es nunmehr um die Konsolidierung gehen, wie in den Leitlinien von 2014 explizit zum Ausdruck gebracht wurde.⁵³⁸ 2014 wurde ferner die Überwachung der Seeaußengrenzen sekundärrechtlich geregelt.⁵³⁹ Im Mai 2015 stellte die Europäische Kommission die Europäische Migrationsagenda⁵⁴⁰ und den „EU-Aktionsplan gegen die Schleusung von Migranten“⁵⁴¹ vor. Im Jahr 2016 wurden der überarbeitete Schengener Grenzkodex und die Richtlinie zur Verwendung von Fluggastdaten verabschiedet und 2017 wurde das Ein- und Ausreisensystem (EES) beschlossen.⁵⁴²

Für die Entwicklung des Migrationsrechts sind weiterhin die migrationsrelevanten Ausführungen in den Schlussfolgerungen der Ratstreffen von besonderer Relevanz, insbesondere die Ausführungen in der Strategischen Agenda des Europäischen Rates 2019-2024 geben einen Ausblick auf die zukünftige Entwicklung.⁵⁴³

IV. Die kontinuierliche Überarbeitung des Sekundärrechts

Während sich in anderen Bereichen eine Konstitutionalisierungstendenz beobachten lässt, ist das Migrationsrecht der EU weiterhin weitgehend vom Sekundärrecht und weniger von den Verträgen selbst geprägt⁵⁴⁴ und auch die Weiterentwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene erfolgt primär auf der Ebene des Sekundärrechts. Ende 2017 wurde die Einfüh-

538 Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 26. und 27. Juni 2014, EUCO 79/14.

539 SeeaußengrenzenVO.

540 Siehe Europäische Kommission, Die Europäische Migrationsagenda, COM(2015) 240 final vom 13. Mai 2015.

541 Siehe Europäische Kommission, EU-Aktionsplan gegen die Schleusung von Migranten (2015-2020), COM(2015) 285 final vom 27. Mai 2015.

542 Siehe Schengener Grenzkodex, FluggastdatenRL und EES-VO.

543 Siehe Europäischer Rat, Eine neue Strategische Agenda 2019-2024, Schlussfolgerungen vom 20. Juni 2019, EUCO 9/19.

544 *Azoulai/Vries*, in: *Azoulai/Vries* (Hrsg.), *EU Migration Law*, S. 1-13 (6).

rung eines Ein- und Ausreisystems beschlossen⁵⁴⁵ und im Mai 2019 wurde eine überarbeitete Fassung der VerbindungsbeamtenVO verabschiedet⁵⁴⁶ und der Visakodex ergänzt.⁵⁴⁷ Auch zukünftige Entwicklungen zeichnen sich hauptsächlich auf der Ebene des Sekundärrechts ab. Aktuell geplant sind: (1.) Eine Überarbeitung der Dublin-III-VO, welche eine bessere Zuteilung der Zuständigkeit für die Prüfung der Mitgliedstaaten gewährleisten, einen Korrekturmechanismus zur gerechten Verteilung der Verantwortlichkeit beinhalten und „Missbrauch und Sekundärmigration von Antragstellern innerhalb der EU“ vorbeugen soll, (2.) die Neufassung der EurodacVO mit dem Ziel, mehr Daten zu speichern, den Anwendungsbereich zu erweitern und den Zugang für Strafverfolgungsbehörden zu erleichtern, (3.) die Änderung der gesetzlichen Grundlage von EASO zur Umwandlung in eine vollwertige EU-Asylagentur, (4.) die Ersetzung der VerfahrensRL und der QualifikationsRL durch Verordnungen, mit dem Ziel der Harmonisierung und Angleichung der Anerkennungsquoten, Schutzkriterien und Rechte von Schutzsuchenden sowie einer schnelleren Prüfung der Anträge. Ferner soll (5.) die Aufnahmebedingungsrichtlinie überarbeitet werden, um gleichwertige Aufnahmebedingungen zu gewährleisten und Sekundärmigration zu verhindern und (6.) ein neuer ständiger Neuansiedlungsrahmen der EU geschaffen werden, welcher legale und sichere Wege in die EU ermöglichen und damit „langfristig das Risiko massiver irregulärer Einreisen reduzieren“ soll.⁵⁴⁸ Die Fortschritte und Erfolgsaussichten der verschiedenen Legislativvorschläge sind jedoch sehr unterschiedlich.⁵⁴⁹ Schließlich bestehen Initiativen zur Errichtung eines Umsiedlungsmechanismus⁵⁵⁰ sowie einer Liste sicherer Herkunftssta-

545 Siehe EES-VO.

546 Siehe VerbindungsbeamtenVO.

547 Siehe Visakodex-ÄnderungsVO.

548 Siehe zur folgenden Auflistung <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/ce-as-reform/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

549 Für einen Überblick über den aktuellen Stand der Gesetzgebungsiniciativen siehe Rat der Europäischen Union, Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und Neuansiedlung, Ratsdokument 6600/19 vom 26. Februar 2019. Eine regelmäßig aktualisierte Beschreibung der einzelnen Gesetzgebungsverfahren im Bereich der Migration ist abrufbar unter: www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

550 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2015) 450 final vom 9. September 2015.

ten,⁵⁵¹ welche aktuell vom Rat blockiert werden und eine Überarbeitung der RückführungsRL ist geplant.⁵⁵²

Ende September 2020 legte die Kommission umfangreiche Änderungsvorschläge im Rahmen des Migrations- und Asylpakets vor.⁵⁵³ Diese umfassen unter anderem ein Screening für Drittstaatsangehörige schon vor der Einreise, welches jedoch keine im Vorfeld teils geforderte „verpflichtende Vorprüfung“⁵⁵⁴ beinhaltet, sondern vielmehr Identitätsfragen (Art. 10) sowie Sicherheits- und Gesundheitsaspekte klären soll (Art. 9 und 11).⁵⁵⁵ Weiter sollen die Vorschriften über Asyl- und Rückkehrverfahren an der Grenze in einem einzigen Rechtsinstrument zusammengefasst werden.⁵⁵⁶ Der bereits 2018 vorgelegte Vorschlag einer überarbeiteten RückführungsRL⁵⁵⁷ wurde bestätigt und soll dabei helfen, im Zusammenspiel mit einer wirksameren Zusammenarbeit mit Drittstaaten ein „gemeinsames EU-Rückkehrsystem“ zu etablieren. Der bereits 2016 vorgelegte Vorschlag für die Neufassung der EurodacVO⁵⁵⁸ wurde ebenfalls neu gefasst.⁵⁵⁹ Neben den bereits im früheren Vorschlag beinhalteten Elementen wie der Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs, der Herabsetzung des Alters zur Erhebung von Fingerabdrücken und der Verlängerung der Speicherdauer der Daten umfasst er nunmehr außer dem angepassten Interoperabilitätsbedarf auch den Vorschlag, anstelle von Anträgen nunmehr Antragsteller zu erfassen.

551 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2015) 452 final vom 9. September 2015.

552 Siehe Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag, COM(2018) 634 final vom 12. September 2018.

553 Siehe Europäische Kommission, ein neues Migrations- und Asylpaket, COM(2020) 609 final vom 23. September 2020.

554 Siehe unter Berufung auf ein Nonpaper der deutschen Bundesregierung *Thym*, Mehr Schein als Sein?

555 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2020) 612 vom 23. September 2020.

556 Siehe Verordnungsvorschlag, COM(2020) 611 vom 23. September 2020, welcher die bestehende AsylverfahrensRL ersetzen soll.

557 Siehe Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag, COM(2018) 634 final vom 12. September 2018.

558 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 272 final vom 4. Mai 2016.

559 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2020) 614 final vom 23. September 2020.

Kapitel 4 Analyse: Wesentliche Konstruktionselemente migrationspezifischer Illegalitäten

Die Analyse der wesentlichen Konstruktionselemente aus denen die migrationspezifischen Illegalitäten geformt werden, ist von zentraler Bedeutung für die Dekonstruktion.

Das Sezieren der einzelnen Konstruktionselemente lässt die sich hinter den Illegalitäten verborgenen Illegalisierungsprozesse zum Vorschein kommen. Es bricht ein einheitliches Verständnis von Illegalität bzw. „illegaler Migration“ oder „illegaler Migrant*innen“ auf, ohne nach einem neuen, besseren Verständnis zu suchen. Im Rahmen der Dekonstruktion geht es vielmehr darum, Fragen und Widersprüche aufzuspüren und die Verwendung von Begrifflichkeiten gezielt zu verunsichern – plastisch könnte von einem „Bürsten gegen den Strich“ gesprochen werden,⁵⁶⁰ welches dazu dient, die Illegalisierungsprozesse und die verschiedenen Perspektiven im Zusammenhang mit den jeweiligen Konstruktionselementen herauszuarbeiten.

Die Konstruktionselemente umfassen eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungskomplexe und wirken zu unterschiedlichen Zeiten und Orten. Dem breiten Analyserahmen entsprechend, ist zunächst alles, was an der Gesamtkonstruktion migrationspezifischer Illegalitäten mitwirkt, unter den Begriff der Konstruktionselemente zu fassen. Hierfür sind grundsätzlich nicht lediglich rechtliche Regelungen relevant, sondern soziale Interaktionen jeglicher Art.

Ziel der Untersuchung ist jedoch keine interdisziplinäre Analyse sämtlicher Faktoren, die in diesem Zusammenhang Bedeutung erlangen. Der Fokus liegt auf Rechtsnormen und den daraus entstandenen Rechtsstruk-

560 Die von *K. Friedrich Röhl/H. Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 330, gewählte Formulierung ist wohl – wenngleich es an einem entsprechenden Verweis fehlt – auf die von *Benjamin*, in: *Benjamin* (Hrsg.), Gesammelte Schriften – Band I.2, S. 691-704 (697), artikulierte Aufgabenstellung für den historischen Materialisten zurückzuführen, „die Geschichte gegen den Strich zu bürsten“. Daran anknüpfend wurde das „Gegen-den-Strich-Lesen“ in der feministischen Literaturwissenschaft zwischenzeitlich zu einer eigenständigen Lektüreform weiterentwickelt, siehe *Feldmann/Schülting*, in: *Nünning* (Hrsg.), Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie, S. 257 (257).

turen und Regelungskomplexen.⁵⁶¹ Aufgrund der Komplexität der Konstruktion konzentriert sich die Untersuchung auf wesentliche Konstruktionselemente, welche eine (ge-)wichtige Rolle in der Konstruktion spielen, exemplarischen Charakter aufweisen oder aufgrund einer sehr spezifischen, außergewöhnlichen Rolle von Interesse sind. Gestützt durch den im Folgenden dargelegten Aufbau der Analyse soll diese eine Verständnisgrundlage liefern, die trotz ihrer Breite und Vielseitigkeit einprägsam ist.

Die Reihenfolge in der folgenden Darstellung orientiert sich am exemplarischen Ablauf illegalisierter Migrationsbiographien.⁵⁶² Zunächst werden die Illegalisierungen durch Migrationskontrollinstrumente (§ 1) und durch Externalisierungen (§ 2) beleuchtet, welche schon vor dem Gebietszugang der betroffenen Personen Wirkung entfalten. Das Erfordernis eines Visums für die Einreise entsteht beispielsweise schon im Heimatland, und Migrationskontrollsysteme wie ETIAS stellen auch bei Visumsfreiheit schon vor „Reisebeginn“ Anforderungen für die Einreise. Es folgen die physischen Kontrollen an den Außengrenzen, wenn bei Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten die Einreisedokumente kontrolliert und Fingerabdrücke in Eurodac gespeichert werden, sowie parallel dazu digitale Formen der Migrationskontrolle wie die Weiterleitung der Daten von Fluggästen, welche die Außengrenzen überqueren. Aber auch nach der Einreise in das Unionsgebiet sind physische Kontrollen an den Binnengrenzen oder im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten möglich und die informationstechnischen Systeme und Datenbanken „verfolgen“ das Migrationsgeschehen weiter, wenn beispielsweise Personeninformationen im SIS oder Straftaten in ECRIS gespeichert werden.

Die Einbeziehung Dritter und die Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen (§ 3) greifen zu verschiedenen Zeitpunkten im Ablauf eines Migrationsgeschehens ein und sind daher zwischen den verschiedenen Phasen als horizontale Elemente eingefügt. So kann eine strafbare Unterstützung durch eine selbst nicht migrierte Person beispielsweise sowohl hinsichtlich der illegalisierten Einreise als auch in Bezug auf einen illegalisierten Aufenthalt erfolgen. Auch die Übertragung von hoheitlichen Auf-

561 Dabei wird keine Vollständigkeit beansprucht. Es ließe sich schließlich bei nahezu jeder Regelung, vom Ehestandsrecht über das Gesellschaftsrecht bis hin zum Baurecht, ein Migrationsbezug herstellen, welcher sich als kleiner Mosaikstein ebenfalls untersuchen ließe.

562 Eine strikt chronologische Trennung ist nicht möglich, da viele Elemente zu unterschiedlichen Zeitpunkten relevant werden können. Die Zusammenarbeit mit Drittstaaten kann beispielsweise im präventiven Bereich schon ganz zu Beginn relevant werden oder aber repressiv bei der Rückführung erst gegen Ende.

gaben auf nichtstaatliche Akteur*innen erfolgt teilweise schon vor der Einreise, wenn Kontrollaufgaben auf Beförderungsunternehmen übertragen werden, teils erst nach der Einreise, wenn Arbeitgebende involviert werden. Ebenso finden sich Ausprägungen der Diversifikation schon im Vorfeld der Einreise in Form des Netzes von Verbindungsbeam*innen, bei der Einreise im Zusammenhang mit den Beförderungsdaten und nach der Einreise im Kontext der Sanktionen für Arbeitgebende.

Die Instrumentalisierung von vulnerablen Personen (§ 4) und die Ausgestaltung des Aufenthaltsrechts im engeren Sinne (§ 5) entfalten ihre Wirkung hauptsächlich während des Aufenthalts im Unionsgebiet. Inwieweit einer Person besondere Rechte als Menschenhandelsopfer zukommen, wird ebenso erst nach der Einreise zum Zeitpunkt des Aufenthalts virulent wie die komplexen Fragen der Einordnung verschiedener Aufenthaltssituationen von Drittstaatsangehörigen, bei denen Rückführungshindernisse bestehen, oder von Unionsbürger*innen, welche in Schwierigkeiten mit den Freizügigkeitsvoraussetzungen geraten.

Die Fragen der De-Illegalisierung (§ 6) stellen sich ebenfalls im Zeitrahmen des Aufenthalts. Sie sind den primären aufenthaltsrechtlichen Weichenstellungen chronologisch jedoch nachgelagert, da eine Aufenthaltsverfestigung erst nach der Statusfeststellung erfolgen kann. Das gilt sowohl für die Erteilung eines Daueraufenthalts mit verbesserter Rechtsstellung, nachdem zuvor eine befristete Aufenthaltserlaubnis bestand, als auch für die Aufenthaltsverfestigung durch eine Ausbildungsduldung nach festgestellter Ausreisepflicht und Erteilung einer „klassischen“ Duldung.

Die vielfältigen Illegalisierungsmöglichkeiten aufgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (§ 7) knüpfen wiederum an verschiedene Zeitpunkte an. Während die Konstruktionselemente in § 3 eher eine zugangshindernde Ausrichtung haben, stehen die Illegalisierungen aufgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit – wie beispielsweise die Aberkennung eines Aufenthaltstitels – eher im Zusammenhang mit einem Aufenthalt bzw. einer Aufenthaltsbeendigung und werden daher erst an späterer Stelle thematisiert.

Die Auseinandersetzung mit der Perpetuierung der Illegalisierung durch Einreiseverbote (§ 8) nimmt schließlich Bezug auf den Zeitraum nach der Ausreise aus dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und verdeutlicht die zeitliche Fortwirkung von Illegalisierungen in den individuellen Migrationsbiographien.

§ 1 Migrationskontrollinstrumente als Transmissionsriemen der Illegalisierungen

Die Wirkmächtigkeit von Illegalisierungen wäre ohne korrespondierende Kontrollen in erheblichem Maße reduziert. Die verschiedenen Instrumente der Migrationskontrolle transformieren die normativen Vorgaben der Rechtsordnung in die Praxis. Aufgrund dieser zentralen Funktion als „Transmissionsriemen“ sollen als erstes Konstruktionselement verschiedene Migrationskontrollinstrumente und deren Entwicklung beleuchtet werden. Die Regelung der Kontrollen im Bereich der Migration prägt auch die korrespondierenden Illegalisierungen, denn die Frage, wo und wie Migration kontrolliert wird, entscheidet auch darüber, an welchen Orten und in welcher Form die damit einhergehenden Illegalisierungen stattfinden. Daher haben die Ausprägungen und Veränderungen im Bereich der Migrationskontrollen und Migrationskontrollinstrumenten unmittelbar Auswirkungen auf die Konstruktion illegalisierter Migration.⁵⁶³ Migrationsbewegungen werden klassischerweise an Grenzen kontrolliert, wobei das traditionelle Verständnis von Grenzen als Demarkationslinien zwischen kohärenten nationalen Einheiten zunehmend durch die Betonung der Vielfalt und Dialektik von Grenzschutzpraktiken in Frage gestellt wird.⁵⁶⁴ Dementsprechend sollen zunächst das Regelungsregime und die aktuellen Diskussionen im Bereich klassischer Grenzkontrollen auf EU-Ebene dargestellt werden, bevor auf die Wandlung, Ergänzung und teilweise Ablösung der klassischen Migrationskontrollsysteme durch informationstechnische Systeme und Datenbanken eingegangen wird.

I. Grenzkontrollen

Physische Grenzkontrollen sind der Archetyp der Migrationskontrollinstrumente. Sie sind Sinnbild der Einteilung in ein Innen und ein Außen und konkretisieren zumindest punktuell die abstrakten Ein- und Zuteilungen territorialer Herrschaftsbefugnisse. Art. 67 AEUV verleiht der EU die Kompetenz zur Entwicklung einer gemeinsamen Politik im Bereich der Einwanderung und Kontrollen an den Außengrenzen, während Art. 77 AEUV die Kompetenz der EU im Bereich der Grenzschutzpolitik festlegt,

563 Siehe auch *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 117 f.

564 Siehe *Bossong/Carrapico*, in: *Bossong/Carrapico* (Hrsg.), *EU Borders and Shifting Internal Security*, S. 1-21 (2).

welche einerseits die Personenkontrolle und die wirksame Überwachung des Grenzübertritts an den Außengrenzen umfassen soll, andererseits auch die schrittweise Einführung eines integrierten Grenzschutzsystem an den Außengrenzen.

1. Kontrolle der Außengrenzen

Die Außengrenzen der EU dürfen grundsätzlich nur an den Grenzübergangsstellen und während der festgesetzten Verkehrsstunden überschritten werden.⁵⁶⁵ Jeder Mitgliedstaat kontrolliert seinen Teil der Außengrenzen einerseits in Ausübung seiner eigenen Souveränitätsrechte und Interessen, andererseits aber auch im gemeinsamen Interesse der Mitglieder des Schengen-Raums.⁵⁶⁶ Die Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache (Frontex) unterstützt die Mitgliedstaaten und soll zur Sicherstellung eines integrierten Grenzschutzes an den Außengrenzen beitragen, wobei sie inzwischen über ein verstärktes operatives Mandat verfügt, das alle wichtigen Komponenten des integrierten Grenzschutzes an den Außengrenzen umfasst und dafür sorgen soll, „das Überschreiten der Außengrenzen effizient zu steuern“⁵⁶⁷ und nunmehr auch „die Effizienz der Rückkehrpolitik der Union zu erhöhen“.⁵⁶⁸ Trotz dieser Aufwertung des Mandats von Frontex und der korrespondierenden Ausstattung mit mehr Personal und finanziellen Mitteln, wird das etablierte Modell der zwischenstaatlichen Grenzkontrolle und -überwachung grundsätzlich beibehalten, womit sich die Frage nach Verantwortlichkeiten und Rechenschaftspflichten in einem zunehmend supranationalen Grenzmanagement stellt.⁵⁶⁹

Ein weiteres, für die Konstruktion migrationspezifischer Illegalisierungen bedeutsames Element im Kontext von Grenzkontrollen ist die Errichtung von Grenzzäunen oder Grenzmauern, welche gleichermaßen als analoge Ergänzung der physischen Grenzkontrollen fungieren und von immenser Bedeutung für die Symbolik der Kontrolle und Abschottung sind. Art. 14 Abs. 2 des Schengener Grenzkodex sieht vor, dass „[d]ie Einreiseverweigerung [...] nur mittels einer begründeten Entscheidung unter ge-

565 Siehe Art. 5 Schengener Grenzkodex.

566 Siehe Lang, in: *Iliopoulos-Strangas/Potacs/Tanasescu u.a.* (Hrsg.), *Migration | Migration | Migrations*, S. 145-162 (150 f.).

567 Siehe Art. 1 FrontexVO (alte Fassung).

568 Siehe Art. 1 FrontexVO.

569 Siehe *Carrera et al.*, PE 604.943: *The Future of the Schengen Area*, S. 40.

nauer Angabe der Gründe für die Einreiseverweigerung erfolgen [kann]“. Dennoch wurden an vielen Außengrenzen Zäune und Mauern errichtet, um den Zugang zu den mitgliedstaatlichen Hoheitsgebieten unabhängig von den möglichen Gründen für eine Einreise zu unterbinden. Während vor dem sogenannten „langen Sommer der Migration“ 2015 nur in Spanien, Griechenland und Bulgarien Grenzzäune errichtet waren, folgten seitdem auch Ungarn, Slowenien, Estland, Lettland, Litauen und Frankreich.⁵⁷⁰

Die geschlossenen Grenzzäune und -mauern hindern Migrant*innen daran, ein Schutzgesuch überhaupt erst zu stellen und erschaffen rechtliche Leerräume, in denen exekutive Herrschaftsgewalt ausgeführt wird, ohne rechtliche Verantwortung dafür zu tragen.⁵⁷¹ Die Konstruktionen von vorgelagerten Grenzzonen waren bereits wiederholt Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen, wobei es meist zentral um die Frage der Bindung an menschenrechtliche Schutzstandards ging. Richtungsweisend war die *Hirsi* Entscheidung des EGMR zur Zurückweisung auf hoher See,⁵⁷² in welcher der EGMR die Hoheitsgewalt und somit auch die Bindung Italiens an die EMRK bejahte und in der Rückführung der Schutzsuchenden nach Libyen eine Verletzung von Art. 3 EMRK sah. Mangels individueller Prüfung stellte er zudem einen Verstoß gegen das Verbot der Kollektivausweisung sowie gegen das Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 4 ZP IV EMRK und Art. 13 EMRK) fest. Vor diesem Hintergrund ist auch die Entscheidung des EGMR zur spanischen Praxis der Rückschiebungen bei der Enklave Melilla an der Grenze zu Marokko zu sehen, welche die dritte Kammer des EGMR zunächst ebenfalls als Verstoß gegen das Verbot der Kollektivausweisung qualifizierte; zudem wurde die Hoheitsgewalt jenseits des spanischen Territoriums bejaht.⁵⁷³

Der Fall wurde jedoch auf Ersuchen der spanischen Regierung erneut vor der Großen Kammer des EGMR verhandelt und dort am 13. Februar

570 Siehe *Carrera et al.*, PE 604.943: The Future of the Schengen Area, Punkt 4, S. 25 f. und Annex 2 sowie UNHCR, Border Fences and Internal Border Controls in Europe.

571 *Guilfoyle*, in: *Gammeltoft-Hansen/Vedsted-Hansen* (Hrsg.), *Human Rights and the Dark Side of Globalisation*, S. 114-137 (127), spricht in diesem Zusammenhang unter Rückgriff auf *Marc Augé* von Nicht-Orten (*non-places*).

572 EGMR, *Hirsi Jamaa and Others*, Urteil vom 23. Februar 2012 (GK), Nr. 27765/09.

573 Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 3. Oktober 2017, Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 53 f. und 105.

2020 entschieden.⁵⁷⁴ Die Große Kammer entschied, dass kein Verstoß gegen das Verbot der Kollektivausweisung vorliegt. Die Lesarten, Einschätzungen und Bewertungen des Urteils divergieren teils jedoch erheblich.⁵⁷⁵ Jedenfalls lässt sich anhand des Urteils sehr gut illustrieren, welche Schwierigkeiten sich bei der (menschen-)rechtlichen Einhegung der aktuellen Grenzpolitiken ergeben, die versuchen, Grenzen vorzuerlagern und Migrant*innen durch Hinderung am Gebietszugang von Rechten und Garantien auszuschließen.

Wichtig ist zunächst festzuhalten, dass auch die Große Kammer die Praxis der *hot returns* nicht für rechtmäßig erklärt, sondern lediglich im konkreten Fall einen Verstoß gegen Art. 4 ZP IV EMRK verneint. Von der Garantie aus Art. 3 EMRK sind auch bei einer massenhaften Ankunft und illegalisierten Grenzübertritten keine Ausnahmen zulässig. Daher sind die unmittelbaren Abschiebungen ohne individuelle Prüfung direkt an der Grenze mangels der Möglichkeit der effektiven Schutzantragstellung weiterhin rechtswidrig.⁵⁷⁶ Dies wurde in *N.D. und N.T.* jedoch nicht ausdrücklich festgestellt, da mangels substantiierten Vortrags der Beschwerdeführer eine Prüfung von Art. 3 EMRK nicht Gegenstand des Verfahrens war⁵⁷⁷ und zum Entscheidungszeitpunkt aus Sicht des EGMR feststand, dass in beiden Fällen tatsächlich keine Schutzbedürftigkeit bestand.⁵⁷⁸

574 Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15.

575 Siehe *Thym*, A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's *N.D. & N.T.*-Judgment on 'Hot Expulsions'; *Hruschka*, Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR; *Carrera*, EUI Working Paper RSCAS 2020/21, S. 1-27; *Pichl/Schmalz*, „Unlawful“ may not mean rightless; *Markard*, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain; *Lübbe*, Der Elefant im Raum, und *Uerpmann-Witzack*, EGMR billigt Festung Europa mit Toren.

576 Siehe *Hruschka*, Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR, und in der deutschen Version *Hruschka*, Hot Returns bleiben in der Praxis EMRK-widrig, mit dem Hinweis auf die Ausführungen in EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 232, welche die Verpflichtungen aus dem Refoulement-Verbot außer Frage stellen, sowie *Markard*, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain.

577 „[L]es requérants [...] ne prétendent pas avoir été soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention“, siehe die Unzulässigkeitsentscheidung vom 7. Juli 2015, Rn. 15, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156743> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

578 Siehe *Hruschka*, Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR.

Da *hot returns* somit nur erlaubt sind, wenn feststeht, dass keine Schutzbedürftigkeit besteht, muss in der Praxis weiterhin regelmäßig ein Verfahren durchgeführt werden.⁵⁷⁹

Im Urteil der Großen Kammer findet sich jedoch eine „obskure Kombination restriktiver und dynamischer Elemente“, da es einen Ausschluss von illegalisiert Eingereisten vom Anwendungsbereich des Art. 4 ZP IV EMRK vorsieht, allerdings nur sofern „nicht-illegalisierte“ Zugangsmöglichkeiten bestehen und „tatsächlich und effektiv“ erreichbar sind⁵⁸⁰ – die „nicht-illegalisierten“ Zugangsmöglichkeiten fungieren argumentativ also gewissermaßen als „Feigenblatt“ für die Grenzsicherungen.⁵⁸¹ Sie dienen als Voraussetzung für den „Vorwurf“ der illegalisierten Einreise als eigenverantwortliche Handlung sowie für den damit verbundenen Ausschluss vom Anwendungsbereich von Art. 4 ZP IV EMRK.⁵⁸² Das „Ins-Spiel-Bringen“ des Erfordernisses „nicht-illegalisierter“ Zugangsmöglichkeiten droht so aber mangels Konkretisierung der Erfordernisse und praktischen Um-

579 In Anbetracht der dem Refoulement-Verbot dienenden Funktion von Art. 4 ZP IV EMRK, siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 198, kann die Unterscheidung von Art. 3 EMRK und Art. 4 ZP IV EMRK auch in Frage gestellt werden, siehe *Lübbe*, *Der Elefant im Raum*.

580 „[G]enuinely and effectively accessible to the applicants“, siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 211.

581 „[O]bscure combination of restrictions and dynamism.“ Und „the impression that the insistence on legal pathways is nothing more than a humanitarian fig leaf for border closures.“ Siehe *Thym*, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'* der ein Ende der dynamischen, migrationsfreundlichen Menschenrechtsrechtsprechung des EGMR prophezeit und von einem „restrictionist turn“ spricht, sowie *Carrera*, *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*, S. 1-27 (2) der einen „mix of protective and restrictive contributions“ sieht.

582 Dabei gilt, dass mangels Konkretisierung des Erfordernisses „nicht-illegalisierter“ Zugangsmöglichkeiten in der Entscheidung die Ausschlussmöglichkeit auch bestehen könnte, wenn der Zugang tatsächlich seitens eines Drittstaats verhindert wird. Siehe *Markard*, *A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain*, mit Hinweis auf den Bericht des Sonderbotschafters für Migration und Flüchtlinge des Europarats *Boček* zur Situation von Migrant*innen in Melilla und Ceuta, abrufbar unter: <https://www.ecoi.net/en/document/1443311.html> (letzter Abruf am 3. Mai 2020). Ferner besteht die Möglichkeit, dass die Mitgliedstaaten an den Außengrenzen ihre Grenzposten strategisch auf das erforderliche Mindestmaß limitieren um ihre Verpflichtungen aus Art. 4 ZP IV EMRK einzuschränken, siehe *Carrera*, *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*, S. 1-27 (7).

setzungen zu einer hohlen Phrase zu verkommen und für Rechtsunsicherheit in der Zukunft zu sorgen.⁵⁸³

Andererseits sorgt das Urteil für eine erfreuliche Klarheit im Anwendungsbereich, wenn es den Ausschluss von Gebieten aus der Hoheitsgewalt des Staates mit deutlichen Worten ablehnt.⁵⁸⁴ Da die Große Kammer die Rückschiebungen als Ausweisungen im Sinne des Art. 4 ZP IV EMRK qualifiziert,⁵⁸⁵ stattet das Urteil die betroffenen Migrant*innen ferner unabhängig vom (*prima facie*) Nachweis einer Schutzbedürftigkeit mit Verfahrensrechten aus, wenngleich die damit verbundenen Verfahrensgarantien weniger weitreichend sind als im Asylverfahren nach einer erfolgten Einreise. Insofern normiert der EGMR einen neuen Schutzstandard bei der Zurückweisung von Migrant*innen an der Grenze.⁵⁸⁶ Es bleibt jedoch abzuwarten, welche Auswirkungen die Entscheidung auf das Unionsrecht hat.⁵⁸⁷

Die dem Fall zugrundeliegende Grenzpolitik der spanischen Regierung ist deutlicher Ausdruck einer nützlichkeitsorientierten Perspektive. Wie schwierig es ist, einen entsprechend eigennützigen Vorstoß in das altruis-

583 Siehe *Thym*, A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'.

584 „[T]he special nature of the context as regards migration cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system [...]. [T]he Convention cannot be selectively restricted to only parts of the territory of a State by means of an artificial reduction in the scope of its territorial jurisdiction.“ Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar 2020 (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 110.

585 Damit folgt die Große Kammer nicht der Auffassung der spanischen Regierung, welche die Rückschiebungen als bloße Nicht-Zulassungen ansah, siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 173 ff.

586 Siehe *Thym*, A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'.

587 Da Art. 3 der VerfahrensRL, welcher den Anwendungsbereich für Schutzgesuche auf Anträge „an den Grenzen“ der Mitgliedstaaten erstreckt, im Lichte von Art. 18 GRG auszulegen ist, sind hier verschiedene Interpretationen möglich. So könnte mit Blick auf Art. 5 des Schengener Grenzkodex ein Ausschluss von Asylanträgen illegalisiert eingereister Schutzsuchender gefordert werden. Die französische Regierung vertrat im Verfahren vor dem EGMR die Auffassung, dass die AufnahmeRL und die VerfahrensRL nicht anwendbar seien, siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 149, da die betroffenen Personen keinen Schutzantrag an der Grenze im Sinne von Art. 3 AsylverfahrensRL gestellt hatten. Andererseits ist es auch möglich, dass die bestehenden Verpflichtungen aus dem Unionsrecht hier von tatsächlich nicht beeinträchtigt werden, siehe *Markard*, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain.

tisch veranlagte System der Menschenrechte zu integrieren, zeigt sich an den mäandernden Ausführungen des Gerichts. Die im Urteil des EGMR zum Ausdruck kommende Zwiespältigkeit könnte jedoch auch auf eine Verschiebung bei der Dominanz der Perspektiven innerhalb des Gerichts hindeuten.

Das Urteil und die diesbezüglichen Diskussionen zeigen nochmals deutlich, dass physische Grenzsicherungen und -kontrollen weiterhin von großer Bedeutung sind (sowohl funktional als auch symbolisch). Sie dienen ferner als Projektionsflächen und Anlass für Auseinandersetzungen mit grundlegenden Fragen der Konzeption illegalisierter Migration.

2. Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen

Die Kontrollfrequenz korrespondiert mit dem Ausmaß der Illegalisierungen. Je häufiger Kontrollen stattfinden, desto häufiger werden deren Wirkungen in die Praxis übertragen. Daher sind Veränderungen bei der Kontrollhäufigkeit im Rahmen einer Dekonstruktion der Illegalisierungsprozesse relevant.

An den Binnengrenzen im Schengen-Raum finden grundsätzlich keine Grenzkontrollen statt.⁵⁸⁸ Die Kompetenz für die Sicherstellung der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen obliegt nach Art. 77 Abs. 1 lit. a. AEUV der EU. Die Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen ist jedoch ausnahmsweise möglich, allerdings nur unter eng gefassten Voraussetzungen und auch nur zeitlich befristet.⁵⁸⁹ Vorausgesetzt ist eine ernsthafte Bedrohung für die öffentliche Ordnung und Sicherheit oder die Gefährdung des grenzkontrollfreien Innenraums aufgrund „anhaltender schwerwiegender Mängel bei den Kontrollen an den Außengrenzen“.⁵⁹⁰

Typische Beispiele hierfür sind die kurzfristigen Einführungen von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen im Zusammenhang mit politischen oder kulturellen Großveranstaltungen wie beispielsweise zu den G7 Treffen in Italien 2017, Deutschland 2015 und Belgien 2014, zu der Fußball Europameisterschaft 2016 in Frankreich oder der UCI-Straßenrad-

588 Siehe Art. 22 Schengener Grenzkodex.

589 Siehe Art. 25 ff. Schengener Grenzkodex.

590 Siehe Art. 25 Abs. 1 und 29 Abs. 1 Schengener Grenzkodex.

sport-Weltmeisterschaft 2017 in Norwegen.⁵⁹¹ Daneben finden sich seit einigen Jahren allerdings auch wiedereingeführte Grenzkontrollen an den Binnengrenzen, welche mit einem hohen Zugang an Schutzsuchenden begründet werden.⁵⁹² Die Rechtmäßigkeit dieser migrationspolitisch motivierten Binnengrenzkontrollen lässt sich dabei durchaus anzweifeln, insbesondere weil der Schengener Grenzkodex explizit festlegt, dass „Migration und das Überschreiten der Außengrenzen durch eine große Anzahl von Drittstaatsangehörigen [...] nicht an sich als Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit betrachtet werden“ soll.⁵⁹³

Wie weit die migrationspolitische Motivation der Mitgliedstaaten bei der Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen geht, zeigte sich auch deutlich im Verfahren *Arib* vor dem EuGH, in welchem Frankreich dem EuGH die Frage vorlegte, ob die wiedereingeführten Kontrollen an den Binnengrenzen eines Mitgliedstaats den an einer Außengrenze vorgenommenen Kontrollen gleichzustellen seien, wenn es um die Einreise nichtberechtigter Drittstaatsangehöriger gehe.⁵⁹⁴ Frankreich hatte im Abstand von 20 km von der spanisch-französischen Grenze Kontrollen durchgeführt und dabei einen marokkanischen Staatsangehörigen aufgegriffen und wegen des Verdachts der illegalen Einreise in Gewahrsam genommen. Hintergrund der Frage war, ob in einem solchen Fall die Anwendung der RückführungsRL und der damit verbundenen Verfahrensregelungen ausgeschlossen werden kann, da die Person in Verbindung mit der illegalisierten Überschreitung der Außengrenze (bzw. in diesem Fall der mit der Außengrenze gleichgestellten Binnengrenze) aufgegriffen wurde. Der EuGH trat dieser Auffassung mit deutlichen Worten entgegen und

591 Siehe Europäische Kommission, Full list of Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

592 „*Big influx of persons seeking international protection*“ in Österreich, Deutschland, Slowenien, Ungarn, Norwegen, Dänemark und Schweden, siehe Europäische Kommission, Full list of Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

593 Siehe ErwGr. 26 Schengener Grenzkodex.

594 Siehe EuGH, *Arib u.a.* (C-444/17), EU:C:2019:220, Rn. 30.

stellte klar, dass schon der Wortlaut des Schengener Grenzkodex dem entgegensteht, welcher begrifflich eindeutig zwischen Binnen- und Außengrenze unterscheidet, und dass das in der RückführungsRL vorgesehene Rückführungsverfahren entsprechend nicht – auch nicht ausnahmsweise – anwendbar ist.⁵⁹⁵

Auch die zeitliche Dimension von wiedereingeführten Grenzkontrollen an den Binnengrenzen sorgt regelmäßig für Diskussionen. Der maximale Zeitrahmen für temporär wiedereingeführte Grenzkontrollen beträgt zwei Jahre.⁵⁹⁶ Konsequenterweise hatte die Europäische Kommission 2017 darauf hingewiesen, dass die Wiedereinführung oder Verlängerung der Binnengrenzkontrollen nicht länger mit den verstärkten Migrationsbewegungen seit 2015 begründet und somit auch nicht auf Art. 29 des Schengener Grenzkodex gestützt werden kann.⁵⁹⁷ Wenngleich die Begründungen für die wiederholte Anordnung seit dem 13. September 2015 durchgängig bestehender Grenzkontrollen Deutschlands an der Grenze zu Österreich analog zur Begründung der Grenzkontrollen Österreichs an der Grenze zu Ungarn und Slowenien in der Folge teils abgewandelt wurden,⁵⁹⁸ werden die Binnengrenzen weiterhin migrationspolitisch begründet. Die Rechtmäßigkeit der Verlängerung der Binnengrenzkontrollen über den gesetzlich vorgeschriebenen Maximalzeitraum von zwei Jahren hinaus ist deshalb äußerst zweifelhaft.⁵⁹⁹ Das gilt letztlich auch für die Änderung der Begründungen Schwedens, Dänemarks und Norwegens, welche nunmehr nicht mehr direkt auf die Migrationsbewegungen abstellen, jedoch eine Terrorgefahr aus diesen ableiten.⁶⁰⁰ Die Wiedereinführung von Grenzkontrollen in Frankreich im Oktober 2015 aufgrund der UN-Klimakonferenz, welche seitdem aufgrund der wiederholten Terroranschläge durchgehend verlängert wurde, wirft gleichermaßen Fragen zur Vereinbarkeit mit dem geltenden EU-Recht auf.⁶⁰¹ Diese werden jedoch nicht migrationspolitisch

595 Siehe EuGH, *Arib u.a.* (C-444/17), EU:C:2019:220, Rn. 62 und 67.

596 Siehe Art. 25 Abs. 4 Schengener Grenzkodex.

597 Siehe Europäische Kommission, Fact Sheet vom 27. September 2017, Questions & Answers: Preserving and strengthening the Schengen area.

598 Seit Ende 2017 lautet die Begründung: „*security situation in Europe and threats resulting from the continuous significant secondary movements*“.

599 Siehe *Schlikker*, Eine Grenze ist eine Grenze ist keine Grenze?, der von einem anhaltenden und systematischen Rechtsbruch spricht.

600 Siehe Ratsdokumente 13141/17 vom 12. Oktober 2017 (Dänemark), 13203/17 vom 13. Oktober 2017 (Schweden) und 13205/17 vom 13. Oktober 2017 (Norwegen).

601 Siehe *Carrera et al.*, PE 604.943: The Future of the Schengen Area, Punkt 2.3, S. 16 f.

begründet und im Hinblick auf die Terroranschläge und den erklärten Ausnahmezustand ist dies auch glaubwürdig. Daher sind die Grenzkontrollen in Frankreich im Kontext der Konstruktion migrationspezifischer Illegalisierung nicht gewichtig. Am 27. September 2017 hatte die Kommission einen Vorschlag zur Änderung der rechtlichen Regelung zur Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen vorgelegt,⁶⁰² welcher unter anderem in Art. 27 eine „Risikobewertung“ der Mitgliedstaaten bei Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen fordert und die Zeiträume für die Verlängerungen in Art. 25 etwas großzügiger gestaltet, an der Höchstdauer von zwei Jahren jedoch festhält.

Die teils migrationspolitisch motivierte Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen und deren europarechtswidrig lange Beibehaltung sind von erheblicher Bedeutung. Einerseits kommt in der relativ unverhohlenen Nichtanwendung europarechtlicher Vorgaben eine gewisse Renationalisierung zum Ausdruck, welche als Anzeichen für eine partielle, faktische Kompetenzverschiebung im Migrationsrecht gedeutet werden kann und Ausdruck einer zunehmenden Entledigung von Aufnahme- und Prüfungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten gegenüber Schutzsuchenden durch Grenzkontrollen ist.⁶⁰³ Andererseits entstehen durch die Addition der Grenzkontrollen an Außen- und Binnengrenzen vermehrte Möglichkeiten der Illegalisierung von Migrant*innen.⁶⁰⁴ Zudem verdeutlicht die Wiedereinführung der Binnengrenzkontrollen aufgrund der verstärkten (Sekundär-)Migrationsbewegungen noch einmal die enge Verknüpfung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems mit der Schaffung und Regelung des Schengen-Raums.

3. Polizeikontrollen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten

Eine vergleichbare Problematik ergibt sich bei polizeilichen Kontrollmaßnahmen im inneren Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, insbesondere in Grenzgebieten.

602 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 571 final vom 27. September 2017.

603 Siehe *Guild et al.*, PE 571.356: Internal Border Controls in the Schengen Area: is Schengen Crisis-Proof?, Punkt 4.6, S. 48, die in diesem Zusammenhang von einem Surrogat sprechen.

604 Siehe auch *Schuster*, *Ethnic and Racial Studies* 2011, S. 1392-1407, die vor dem Hintergrund der Grenzsicherungsmaßnahmen von einer Verwandlung von (in diesem Fall afghanischen) Schutzsuchenden in „illegale“ Migrant*innen spricht.

Der Schengener Grenzkodex differenziert zwischen zwei verschiedene Formen von „Grenzkontrollen“: einerseits die „Grenzübertrittskontrollen“ und andererseits die „Grenzüberwachung“.⁶⁰⁵ „Grenzübertrittskontrollen“ sind Kontrollen an den Grenzübergangsstellen zur Überprüfung der Ein- oder Ausreisevoraussetzungen, „Grenzüberwachung“ die ergänzende Überwachung zwischen den Grenzübergangsstellen und außerhalb der festgesetzten Verkehrsstunden. Beide Formen der „Grenzkontrollen“ sind unabhängig von einem bestimmten Anlass und erfolgen „ausschließlich aufgrund des beabsichtigten oder bereits erfolgten Grenzübertritts“.⁶⁰⁶ Davon abzugrenzen sind anderweitige innerstaatliche polizeiliche Befugnisse. Diese sind Grenzübertrittskontrollen nicht gleichgestellt, sofern die polizeilichen Maßnahmen

1. keine Grenzkontrollen zum Ziel haben;
2. auf allgemeinen polizeilichen Informationen und Erfahrungen in Bezug auf mögliche Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beruhen und insbesondere auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität abzielen;
3. in einer Weise konzipiert sind und durchgeführt werden, die sich eindeutig von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen unterscheidet;
4. auf der Grundlage von Stichproben durchgeführt werden.⁶⁰⁷

Trotz der Bestätigung und Präzisierung der Voraussetzungen in der Judikatur des EuGH⁶⁰⁸ ist die Qualifizierung konkreter Maßnahmen in der Praxis oftmals umstritten. Eine Konkretisierung des rechtlichen Rahmens durch den EuGH erfolgte 2017 im Urteil zum Vorabentscheidungsersuchen des Amtsgerichts Kehl im Strafverfahren gegen A, welcher sich gegen eine Identitätskontrolle an einem Bahnhof in der Nähe der deutsch-französischen Grenze gewehrt hatte.⁶⁰⁹ Der EuGH machte darin deutlich, dass eine Regelung, „die den Polizeibehörden des betreffenden Mitgliedstaats die Befugnis einräumt, innerhalb eines Gebiets von 30 Kilometern ab der Landgrenze dieses Mitgliedstaats zu anderen Vertragsstaaten des Schengener Durchführungsübereinkommens zur Verhinderung oder Unterbin-

605 Siehe Art. 2 Nr. 10 bis 12 Schengener Grenzkodex.

606 Siehe Art. 2 Nr. 10 Schengener Grenzkodex.

607 Siehe Art. 23 lit. a Schengener Grenzkodex.

608 Siehe EuGH, *Melki und Abdeli* (C-188/10 und C-189/10), EU:C:2010:363, Rn. 70 ff.; *Adil* (C-278/12 PPU), EU:C:2012:508, Rn. 54 und 70, in der beispielsweise Sonderregeln für einen räumlichen Geltungsbereich als Indiz gewertet werden.

609 Siehe EuGH, *A* (C-9/16), EU:C:2017:483.

derung unerlaubter Einreise in das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats oder unerlaubten Aufenthalts in diesem Hoheitsgebiet oder zur Verhütung bestimmter Straftaten, die gegen die Sicherheit der Grenze gerichtet sind, die Identität jeder Person unabhängig von deren Verhalten und vom Vorliegen besonderer Umstände zu kontrollieren“, grundsätzlich europarechtswidrig ist, sofern nicht (ausnahmsweise) gewährleistet ist, „dass deren praktische Ausübung nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben kann“.⁶¹⁰

Der EuGH fordert, dass die polizeilichen Befugnisse in den nationalen Regelungen soweit konkretisiert und eingeschränkt werden, dass in der praktischen Ausübung eine mit Grenzübertrittskontrollen gleichbedeutende Wirkung vermieden wird,⁶¹¹ womit er die Legislative in die Verantwortung zieht und einer weitgehenden Kompetenzübertragung an die Exekutive eine Absage erteilt. Ferner konkretisiert er den Maßstab dahingehend, dass die Einschränkungen und Konkretisierungen umso strenger ausfallen, je zahlreicher die Indizien für eine mögliche gleiche Wirkung sind,⁶¹² wobei neben den anderweitigen nationalen Grundlagen für Kontrollen und Kontrollmaßnahmen im übrigen Hoheitsgebiet insbesondere das verfolgte Ziel und der räumliche Anwendungsbereich als Indizien angeführt werden.⁶¹³

Auch seitens der Europäischen Kommission wurde versucht, die Problematik von Polizeikontrollen im Bereich der Binnengrenzen zu adressieren. So legte sie bereits 2012 Leitlinien für das Funktionieren des Schengen-Raums fest, welche auch polizeiliche Maßnahmen an den Binnengrenzen umfassten und in der die Kommission unter anderem „konkrete statistische Informationen“ von den Mitgliedstaaten forderte.⁶¹⁴ Im Mai 2017 wurden diese Leitlinien im Rahmen einer Empfehlung der Kommission zu verhältnismäßigen Polizeikontrollen und zur polizeilichen Zusammen-

610 Wobei die Überprüfung Sache des vorlegenden Gerichts ist, siehe EuGH, A (C-9/16), EU:C:2017:483, Rn. 63.

611 Siehe EuGH, A (C-9/16), EU:C:2017:483, Rn. 37 ff., wobei er an der dem Fall zugrundeliegenden deutschen Regelung insbesondere die fehlende Konkretisierung der Intensität und der Häufigkeit bemängelt, Rn. 57.

612 *Carrera et al.*, PE 604.943: The Future of the Schengen Area bezeichnen dies treffend als „Maßstab der inkrementellen Rechtsicherheit“, S. 22.

613 Siehe EuGH, A (C-9/16), EU:C:2017:483, Rn. 40.

614 Siehe Europäische Kommission, Halbjahresbericht über das Funktionieren des Schengen-Raums, 1. November 2011 – 30. April 2012, COM(2012) 230 final vom 16. Mai 2012, S. 11 und Anhang II B., S. 16 ff. Die Informationen zu den Kontrollen sollen dabei Zeit, Orte, Gründe und die zuständige nationale Behörde umfassen, S. 18.

arbeit im Schengen-Raum in überarbeiteter Form vorgelegt.⁶¹⁵ Die zentrale Empfehlung ist dabei die „wirksame Nutzung von Polizeikontrollen“, wobei Polizeikontrollen als eine Art Minus -Maßnahme zur Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen skizziert werden und daher vorrangig zur Anwendung kommen sollen.⁶¹⁶ Die Mitgliedstaaten sollen, sofern erforderlich und vom nationalen Rechtsrahmen abgedeckt, im gesamten Hoheitsgebiet die Polizeikontrollen intensivieren und auch an den Hauptverkehrsrouten Kontrollen durchführen, beides explizit auch in den Grenzgebieten. Die Notwendigkeit und Rechtfertigung der Intensivierung der Polizeikontrollen im Grenzgebiet wird ausdrücklich auch mit Sekundärbewegungen von „Personen, die die Außengrenzen irregulär überschritten haben“, begründet, wobei sie aufgrund ihrer Flexibilität als wirksamere Maßnahme gegenüber statischen Grenzkontrollen betrachtet werden.⁶¹⁷ Die Kommission fordert zwar, dass die an die spezifischen Risiken von Grenzgebieten angepassten, intensivierten Polizeikontrollen nicht die gleiche Wirkung haben dürfen wie Grenzübertrittskontrollen, lässt jedoch offen, wie diese Unterscheidung in der Praxis aussehen soll.⁶¹⁸ Die Abgrenzung in der Praxis dürfte noch schwieriger werden, wenn die Kommission (entsprechend der EuGH-Rechtsprechung) auch auf Grenzgebiete beschränkte polizeiliche Befugnisse für möglich erachtet, die Identitätskontrollen beinhalten, und das unabhängig vom Verhalten der kontrollierten Person oder anderweitigen besonderen Umständen oder Informationen, aus denen sich die Gefahr einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit ergibt.⁶¹⁹ Wenn als einziges Differenzierungskriterium zwischen (rechtmäßigen) Polizeikontrollen im Grenzgebiet einerseits und (rechtswidrigen) Grenzkontrollen andererseits die Intensität und Häufigkeit der entsprechenden Kontrollen bleibt, lassen sich die Polizeikontrollen im Grenzgebiet auch als eine *light version* von Grenzkontrollen bezeichnen. Damit bliebe der Schengen-Raum ohne Grenzkontrollen an den Binnengrenzen zwar formal erhalten, dieses wesentliche Element würde jedoch inhaltlich weitgehend ausgehöhlt. Auch der weiterhin uneingeschränkt geltende Grundsatz der Nichtdiskriminierung dürfte die Exekutivorgane vor nicht unerhebliche Herausforderungen stellen,

615 Siehe Europäische Kommission, Empfehlung (EU) 2017/820 der Kommission vom 12. Mai 2017 zu verhältnismäßigen Polizeikontrollen und zur polizeilichen Zusammenarbeit im Schengen-Raum C/2017/3349.

616 Siehe Empfehlung 1 und 2, sowie ErwGr. 13.

617 Siehe ErwGr. 6.

618 Siehe ErwGr. 7.

619 Siehe ErwGr. 9.

wenn einerseits minimalinvasives Vorgehen gefordert wird, um die Gefahr der gleichen Wirkung mit einer Grenzübertrittskontrolle zu bannen, andererseits aber die Unterbindung von Sekundärmigration explizit zum Ziel der Maßnahmen gesetzt wird.

Im Ergebnis ist die Forderung klarer und enger gesetzlicher Voraussetzungen für die Polizeikontrollen sinnvoll. Im Hinblick auf die Konstruktion illegalisierter Migration macht die formelle Unterscheidung zwischen Grenzübertrittskontrollen und Identitätskontrollen im Grenzbereich keinen Unterschied, da sie sich funktional gleichen, insbesondere seitdem migrationspolitische Zielsetzungen als Grund für die Polizeikontrollen aufgeführt werden. Daher lassen sich auch die konstruktionsbezogenen Ausführungen zu den Binnengrenzkontrollen⁶²⁰ entsprechend auf die Polizeikontrollen übertragen.

II. Registrierungserfordernisse für Unionsbürger*innen

Das Kontrollinteresse der Mitgliedstaaten im Bereich der Migration erfasst nicht ausschließlich Drittstaatsangehörige, die in das Unionsgebiet einreisen. Bei einem Aufenthalt von über drei Monaten kann der Aufnahmemitgliedstaat auch von Unionsbürger*innen eine Anmeldung bei der zuständigen Behörde verlangen.⁶²¹ Das Freizügigkeitsrecht von Unionsbürger*innen ist jedoch unabhängig von einer entsprechenden Registrierung, so dass einer Registrierung bzw. einer daraufhin erteilten Aufenthaltserlaubnis letztlich eine rein deklaratorische Funktion zukommt.⁶²² Insofern ist die Qualität der regelmäßigen Erfassung der Migrationsbewegungen von Unionsbürger*innen nicht mit der von Drittstaatsangehörigen vergleichbar. Vielmehr verdeutlicht sich einmal mehr die in der Grundprogrammierung dargestellte Differenzierung von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen.⁶²³

620 Siehe Kapitel 4 § 1 I. 2.

621 Siehe Art. 8 UnionsbürgerRL.

622 Siehe statt vieler nur EuGH, *Oulane* (C-215/03), EU:C:2005:95, Rn. 18 f. und EuGH, *MRAX* (C-459/99), EU:C:2002:461, Rn. 74 jeweils m.w.N. Außerdem stellt Art. 25 der UnionsbürgerRL nochmals gesondert fest, dass es ausreicht, wenn das Recht in irgendeiner Form nachgewiesen werden kann und die Ausübung eines Rechts nicht von entsprechenden (Aufenthalts-)Dokumenten abhängig gemacht werden dürfen.

623 Zur Grundprogrammierung siehe Kapitel 3 § 1 III.

III. Die „Virtualisierung“ der Migrationskontrolle: Informationstechnische Systeme und Datenbanken

Die Migrationskontrolle wird zunehmend „virtualisiert“;⁶²⁴ neben den traditionellen Kontrollen an physischen Grenzen erlangen informationstechnische Systeme und Datenbanken im Bereich der Migrationskontrolle zunehmend an Bedeutung. Diese neuen Formen von Grenzen lassen sich auch als „sozio-digitale“ Grenzen umschreiben.⁶²⁵ Sie sind nicht mehr an einer einheitlichen und vollständigen Öffnung oder Schließung orientiert, sondern vielmehr von einer spezifischen Permeabilität geprägt,⁶²⁶ welche für die Beweglichkeit privilegierter Menschengruppen sowie von Wirtschaftsgütern und Kapital über Grenzen hinweg möglichst durchlässig sind, während illegalisierte Grenzüberschreitungen weniger sichtbar, aber unter Umständen sogar noch effektiver verhindert werden.⁶²⁷ Die Aufgabe von Grenzen differenziert sich aus und umfasst nicht mehr nur eine bloße Abwehrfunktion. Neben einer umfassenden Protokollierung der Grenzübergänge treten zunehmend auch komplexe Kategorisierungs- und Sortierungsaufgaben. Mit der Technologisierung geht dabei auch eine Individualisierung einher, da die automatisierten Bewertungen und Risikoanalysen von Migrant*innen zunehmend pauschale Einteilungen anhand der Herkunftsländer ablösen.⁶²⁸ Die gezielte und kontinuierliche Weiterentwicklung des informationstechnologischen Migrationskontrollansatzes zeigt sich an der Erweiterung der bereits bestehenden Systeme, der Entwicklung neuer Systeme und der systematischen Verbindung der verschiedenen Systeme und Datenbanken.⁶²⁹ Im Folgenden werden zunächst die Entwicklung und Funktionen der verschiedenen informationstechnischen Systeme und Datenbanken mit Migrationsbezug dargestellt (1.), bevor auf

624 Siehe *Bossong*, *Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU*, S. 8.

625 Der Begriff der *socio-digital border* soll die Verknüpfung groß angelegter informationstechnischer Systeme mit der Klassifizierung zu sozialen Zwecken zum Ausdruck bringen, siehe *König*, *Internet Policy Review* 2016, S. 1-14 (9).

626 Siehe *Franko Aas*, *Theoretical Criminology* 2011, S. 331-346 (343).

627 Siehe *Bossong/Carrapico*, in: *Bossong/Carrapico* (Hrsg.), *EU Borders and Shifting Internal Security*, S. 1-21 (9).

628 Siehe *Bellanova/Hert*, in: *Body-Gendrot/Hough/Kerezi u.a.* (Hrsg.), *The Routledge Handbook to European Criminology*, S. 514-532.

629 Zur Rolle von Statistiken im Bereich der Migrations- und insbesondere Grenzkontrollen und zu dem Zusammenspiel der Institutionen siehe *Takle*, *Migration Studies* 2017, S. 267-285.

die übergreifenden Aspekte der Interoperabilität und des Datenschutzes eingegangen (2.) und die Entwicklung evaluiert wird (3.).

1. Übersicht über die Systeme und Datenbanken

Über die Jahre hinweg hat die EU verschiedene, umfangreiche informationstechnische Systeme und Datenbanken entwickelt,⁶³⁰ um die Vielzahl von Informationen im Bereich der Migration und des Grenzschutzes zu sammeln, auszuwerten und zu teilen, wobei seit Ende 2017 zunehmend versucht wird, die verschiedenen zentralisierten Systeme interoperabel zu gestalten, um einen einfacheren und gezielteren Zugriff auf möglichst umfassende und zuverlässige Informationen durch die autorisierten Stellen zu gewährleisten.⁶³¹ Die informationstechnischen Systeme wurden dabei komplementär zum Ziel der Bekämpfung illegalisierter Migration entwickelt und entsprechend der verschiedenen Konstellationen illegalisierter Migration konzipiert: Personen, die illegalisiert eingereist sind und aufgegriffen werden, werden im SIS gespeichert; Personen, die einen Asylantrag stellen, werden in Eurodac registriert und Personen, die mit einem Visum („nicht-illegalisiert“) einreisen, werden im VIS gespeichert, womit die verschiedenen „Migrationsgeschichten“ illegalisierter Migration lückenlos erfasst werden sollen.⁶³²

a) Schengener Informationssystem (SIS)

Nach dem Übereinkommen zum schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen von 1985⁶³³ wurden 1990 im Schengener

630 Ein umfassender und informativer Überblick über die verschiedenen Systeme und Datenbanken im Bereich Justiz und Inneres der EU findet sich im Anhang zu *Bigo et al.*, Justice and Home Affairs Databases and a Smart Borders System at EU External Borders. Stand der Analyse ist 2012, es finden sich dort jedoch auch schon viele der geplanten Neuerungen.

631 Siehe Europäische Kommission, Februar 2019, Factsheet EU INFORMATION SYSTEMS – Security and Borders, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/201902_05_security-union-eu-information-systems_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

632 Siehe und *Broeders*, International Sociology 2007, S. 71-92 (85).

633 Schengener Übereinkommen (SÜ).

Durchführungsübereinkommen verschiedene Maßnahmen zur Umsetzung beschlossen. Diese sahen zur Kompensation des Wegfalls der Personkontrollen an den Binnengrenzen im Schengen-Raum, neben den Kontrollen an den Außengrenzen, ein eigenes elektronisches Fahndungssystem vor:⁶³⁴ das Schengener Informationssystem (SIS). Schon kurz nach der Inbetriebnahme des SIS am 26. März 1995 verständigten sich die Schengen-Staaten auf die Entwicklung einer zweiten Generation des SIS (SIS II), welches neben der Aufnahme weiterer Schengen-Staaten auch einen erweiterten Funktionsumfang haben sollte.⁶³⁵ Die anvisierte neue Generation des SIS sollte eine automatische Speicherung und Abfrage von Fingerabdrücken ermöglichen⁶³⁶ und auch Aspekte der Interoperabilität wurden 2005 bereits diskutiert.⁶³⁷ Nach einer Zwischenlösung (dem sogenannten SISone4all⁶³⁸ oder auch SIS 1+), welche noch nicht die vorgesehene Neukonfiguration umfasste, sondern lediglich den Benutzerkreis erweiterte, ging das SIS II nach wiederholten Verzögerungen und einer Vervielfachung der Kosten⁶³⁹ am 9. April 2013 in Betrieb und führte die Speicherung biometrischer Daten ein.

Das zentralisierte, jedoch weitgehend dezentral geführte,⁶⁴⁰ SIS II ist das größte System zum Informationsaustausch im Bereich der Sicherheit und des Grenzmanagements, wobei es sowohl der Personen- und Sachfahndung im Schengen-Raum dient, als auch der „erleichterten Durchsetzung

634 Siehe Art. 92 bis 101 des Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ).

635 Siehe ausführlich zur Entwicklung vom SIS zum SIS II *Brouwer*, Digital Borders and Real Rights, S. 72 ff.

636 Siehe Europäische Kommission, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II) KOM(2005) 230 endg. vom 31. Mai 2005.

637 Siehe Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Verbesserung der Effizienz der europäischen Datenbanken im Bereich Justiz und Inneres und die Steigerung ihrer Interoperabilität sowie der Synergien zwischen ihnen, KOM(2005) 597 endg. vom 24. November 2005. Zur Interoperabilität siehe Kapitel 4 § 1 III. 2. b).

638 Siehe Ratsdokument Nr. 13540/06 vom 12. Oktober 2006.

639 Anvisiert waren 15 Millionen Euro. Die Kosten beliefen sich am Ende auf ca. 190 Millionen Euro, siehe Deutscher Bundestag, BT-Drucksache 17/13196, S. 11 abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/17/131/1713196.pdf> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

640 Die Mitgliedstaaten sind für die Errichtung, den Betrieb und die Wartung der nationalen Systeme zuständig, die in einem zentralen System zusammengeführt werden, siehe Art. 6 SIS-II-VO.

von aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen“.⁶⁴¹ Der Anwendungsbereich des SIS II umfasst sowohl Personeninformationen von Drittstaatsangehörigen⁶⁴² als auch Fahrzeugregistrierungen⁶⁴³. Die sogenannten Ausschreibungen umfassen unter anderem Einreise- oder Aufenthaltsverweigerungen.⁶⁴⁴ Die gespeicherten Daten beinhalten einen Datensatz zur Identifizierung der Person oder des Gegenstandes, Informationen, warum die Person oder das Objekt gesucht wird, und Anweisungen was zu tun ist, wenn die Person oder das Objekt gefunden wird.⁶⁴⁵

Nachdem die Kommission bereits im Jahr 2016 Vorschläge zum Ausbau des SIS II unterbreitet hatte,⁶⁴⁶ wurde im Juni 2018 auf EU-Ebene eine Einigung hinsichtlich des Ausbaus und der Fortentwicklung des SIS II erzielt, welche einen verbesserten Zugriff für die EU-Agenturen, eine bessere Interoperabilität und einen erweiterten Anwendungsbereich vorsieht.⁶⁴⁷ In Zukunft sollen sowohl Europol als auch die operativen Teams der Europäischen Grenz- und Küstenwache auf das SIS II zugreifen können und Einreiseverbote für Drittstaatsangehörige sollen zwingend in das SIS II aufgenommen werden.⁶⁴⁸ Zusätzlich soll eine neue Ausschreibungskategorie für

641 Siehe *Bossong*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, S. 11, und Europäische Kommission, Februar 2019, Factsheet EU INFORMATION SYSTEMS – Security and Borders, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20190205_security-union-eu-information-systems_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020), wonach im Jahr 2017 fünf Milliarden Abfragen im SIS II durchgeführt wurden, die zu über 76 Millionen Treffern führten, siehe Rat der Europäischen Union, SIS II – 2017 Statistics, Dok. Nr. 8279/18 vom 24. April 2018 abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8279-2018-INIT/en/pdf> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

642 Siehe SIS-II-VO.

643 Siehe SIS-II-KfzVO.

644 Siehe Art. 24 SIS-II-VO.

645 Siehe Art. 20 SIS-II-VO.

646 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 21. Dezember 2016, Sicherheitsunion: Kommission schlägt Stärkung des Schengener Informationssystems zur wirksameren Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität vor.

647 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. Juni 2018, Security Union: Commission welcomes agreement on a reinforced Schengen Information System, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4133_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

648 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. Juni 2018, Security Union: Commission welcomes agreement on a reinforced Schengen Information System, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4133_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

„Rückführungsentscheidungen“ eingeführt werden, um die Durchsetzung von Rückführungsentscheidungen für Drittstaatsangehörige, die sich illegalisiert aufhalten, zu verbessern.⁶⁴⁹ Außerdem soll die Liste der Gegenstände ausgeweitet werden und zukünftig auch gefälschte Dokumente und IT-Ausrüstung umfassen.⁶⁵⁰ Die erweiterten Funktionen des SIS II sollen bis 2021 schrittweise implementiert werden, wobei eu-LISA die Zuständigkeit für die Umsetzung der technischen und operativen Änderungen zukommt.⁶⁵¹ Die Entwicklung des SIS ist somit gezeichnet von einem immer umfangreicheren Anwendungsbereich, welcher in Zukunft voraussichtlich noch wachsen und mit weitergehenden Zugriffsrechten versehen wird und somit die umfassende Dokumentation und Kontrolle von Migration in digitalisierter Form verdeutlicht.

b) Visa-Informationssystem (VIS)

Das 2011 in Betrieb genommene Europäische Visa-Informationssystem (VIS)⁶⁵² baut operativ auf dem SIS auf, beinhaltet Informationen über Personen, die Schengen-Visa beantragen, und dient dem europaweiten Austausch dieser Daten zwischen den Grenzschutzbeamt*innen an den Außengrenzen der EU und den Konsulaten der Mitgliedstaaten auf der ganzen Welt. Das VIS stellt eine der am weitesten entwickelten Datenbanken auf EU-Ebene dar und beinhaltet über 60 Millionen Visumsanträge sowie über 40 Millionen Fingerabdrücke.⁶⁵³ Aufgrund der Verlinkung des zen-

649 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. Juni 2018, Security Union: Commission welcomes agreement on a reinforced Schengen Information System, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4133_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

650 Siehe Pressemitteilung des Rates 661/18 vom 19. November 2018, Schengener Informationssystem: Rat erlässt neue Vorschriften zur Erhöhung der Sicherheit in der EU.

651 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. Juni 2018, Security Union: Commission welcomes agreement on a reinforced Schengen Information System, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4133_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

652 Siehe VIS-VO.

653 Stand August 2018, siehe Europäische Kommission, Februar 2019, Factsheet EU INFORMATION SYSTEMS – Security and Borders, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20190205_security-union-eu-information-systems_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

tralen Visa-Informationssystem (CS-VIS) mit den nationalen Schnittstellen (NI-VIS) wird das VIS bisweilen auch als „System aus Systemen“ bezeichnet.⁶⁵⁴ Das VIS kann biometrische Daten, vor allem Fingerabdrücke, zu Identifikationszwecken abgleichen. Aufgrund der notwendigen Visumsantragstellung werden nur Drittstaatsangehörige erfasst. Neben der Verifikation, dass die Identität der einreisenden Person tatsächlich mit derjenigen, für die das Visum ausgestellt wurde, übereinstimmt, hilft der Abgleich auch bei der Festlegung der Zuständigkeit für die Prüfung eines Asylantrags im Rahmen des Dublin-Systems und soll dem sogenannten „visa shopping“ entgegenwirken.⁶⁵⁵

Am 16. Mai 2018 wurde eine Erneuerung des VIS vorgeschlagen, um die Interoperabilität des VIS mit anderen informationstechnischen Systemen der EU (insbesondere SIS, ECRIS und dem neuen EES) zu gewährleisten und damit eine obligatorische Kontrolle von Visumsanträgen in Form eines Abgleichs in einem einzigen vereinheitlichten Suchportal zu ermöglichen.⁶⁵⁶ Ziel der Erneuerung sind unter anderem effizientere Rückführungsverfahren. Hierzu sollen die Reisedokumente, welche bei einem Visumsantrag hinterlegt werden, in die VIS-Datenbank aufgenommen werden, auf welche zukünftig auch Mitarbeiter*innen von Frontex zugreifen können sollen, womit eine „Identifizierung und Rückübernahme irregulärer Migranten ohne Ausweispapiere“ erleichtert werden soll.⁶⁵⁷ Außerdem soll der Anwendungsbereich des VIS in Zukunft auch auf Informationen über Visa für einen längerfristigen Aufenthalt sowie auf Aufenthaltstitel erweitert werden.⁶⁵⁸ Auch hier zeigt sich, wie schon beim SIS, der kontinuierliche Ausbau der Systeme für immer weiterreichendere Zwecke.

654 „[S]ystem of systems“, siehe Balch/Geddes, in: *Dijstelbloem/Meijer* (Hrsg.), *Migration and the New Technological Borders of Europe*, S. 22-39 (27).

655 Als „visa shopping“ wird die wiederholte Antragstellung in einem anderen Mitgliedstaat, nachdem ein erster Antrag abgelehnt wurde, bezeichnet.

656 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2018) 302 final vom 16. Mai 2018. Zur Interoperabilität siehe Kapitel 4 § 1 III. 2. b).

657 Siehe Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 16. Mai 2018, EU-Visumpolitik: Kommission modernisiert das Visa-Informationssystem zur besseren Sicherung der Außengrenzen der EU.

658 Siehe Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 16. Mai 2018, EU-Visumpolitik: Kommission modernisiert das Visa-Informationssystem zur besseren Sicherung der Außengrenzen der EU.

c) Fingerabdruck-Datenbank (Eurodac)

Eurodac⁶⁵⁹ ist eine 2003 erschaffene Datenbank, welche Fingerabdrücke zu Identifizierungszwecken von Asylbewerber*innen und bestimmten anderen Gruppen von Drittstaatsangehörigen beinhaltet.⁶⁶⁰ Sie soll primär der verbesserten Anwendung der Regelungen der DublinVO dienen, in der Hauptsache also bei der Bestimmung des für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz zuständigen Mitgliedstaats.⁶⁶¹ Insofern wird die Anwendung der Eurodac-Datenbank grundsätzlich durch die Antragstellung der betroffenen Person angestoßen, da erst der Antrag auf internationalen Schutz die Klärung der Zuständigkeit für die Prüfung des Antrages unter den Mitgliedstaaten erforderlich macht. Die Frage der Prüfungszuständigkeit ist für die betroffenen Personen von eminenter Wichtigkeit und das Dublin-System weist zweifelsfrei erhebliche Probleme in der Konzeption und Durchführung auf.⁶⁶²

aa) Bisherige Bedeutung für die migrationsspezifischen Illegalisierungen

Gleichwohl ist die Bedeutung der Identifikationsmöglichkeit über Eurodac in dieser, lediglich der Zuständigkeitsbestimmung dienenden Funktion für den Illegalisierungskontext bislang weniger groß. Eine Eurodac-Überprüfung findet zwar nicht nur im Falle eines Antrages auf internationalen Schutz statt – auch bei Drittstaatsangehörigen, „die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten“, kann eine Abfrage erfolgen, jedoch lediglich, um zu sehen, ob die betreffende Person bereits zu einem früheren Zeitpunkt einen Antrag auf internationalen Schutz in einem anderen Mitgliedstaat gestellt hat.⁶⁶³ Außerdem müssen die Mitgliedstaaten von Personen, die „beim illegalen Überschreiten einer Außengrenze aufgegriffen werden“,

659 Eurodac steht für: *European Dactyloscopy*. Die Daktyloskopie ist die Personenidentifizierung anhand von Fingerabdrücken. Der Begriff Daktyloskopie setzt sich aus „Finger“ (δάκτυλος *dáktylos*) und „Ausschauen“ oder auch „Spähen“ (σκοπιά *skopiá*) zusammen und bedeutet soviel wie „Fingerschau“.

660 Rechtsgrundlage bei Einführung war die EurodacVO (alte Fassung). Daher wird das aktuelle Eurodac teils auch als Eurodac II bezeichnet.

661 Siehe Art. 1 Abs. 1 EurodacVO.

662 Siehe nur allgemein *Maiani*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2017, S. 622-645 und im Detail *Hruschka/Maiani*, in: Hailbronner/Thym, Dublin III Regulation (EU) No 604/2013.

663 Siehe Art. 17 EurodacVO.

Fingerabdrücke abnehmen und binnen 72 Stunden nach dem Aufgreifen an das Zentralsystem der Eurodac-Datenbank übermitteln.⁶⁶⁴

bb) Erweiterung von Eurodac

Der Anwendungsbereich von Eurodac soll erweitert werden und nicht mehr bloß der wirksamen Umsetzung der DublinVO dienen, sondern für einen umfassenden Einsatz im Bereich der Migrationskontrolle konzipiert werden. Im Mai 2016 legte die Kommission einen Vorschlag zur Erweiterung der Eurodac-Datenbank vor, welcher einerseits die Kompatibilität zu den geplanten Veränderungen in der DublinVO sicherstellen sollte, andererseits aber auch weitergehende substanzielle Änderungen vorsah, wie beispielsweise die Ergänzung der biometrischen Daten und Identifizierungsmöglichkeiten um die Gesichtserkennung und die Reduzierung des Mindestalters für die Abnahme von Fingerabdrücken von 14 Jahren auf 6 Jahre.⁶⁶⁵ Außerdem soll der Anwendungsbereich erweitert werden, „um die Identifizierung von illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen sowie von Personen, die über die Außengrenzen irregulär in die EU eingereist sind, zu ermöglichen,“ um „es den Mitgliedstaaten [zu] erleichtern, Drittstaatsangehörigen zum Zwecke der Rückführung neue Ausweispapiere auszustellen“ und somit eine „wirksamere EU-Rückführungspolitik [...], vor allem im Hinblick auf irreguläre Migranten, die mit betrügerischen Mitteln versuchen, die Feststellung ihrer Identität oder die Ausstellung neuer Ausweispapiere zu verhindern“, zu fördern.⁶⁶⁶ Während in Eurodac bislang lediglich die Fingerabdrücke von Personen gespeichert werden, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, soll in Zukunft auch die Übermittlung und der Vergleich von Daten Drittstaatsangehöriger möglich sein, welche sich illegalisiert aufhalten und keinen Schutzantrag stellen.⁶⁶⁷

Eine solche Ausweitung des Anwendungsbereichs der Eurodac-Datenbank auf illegalisierte Migration, Sekundärmigration und Rückführung

664 Siehe Art. 14 EurodacVO.

665 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 272 final vom 4. Mai 2016, S. 2, 4, 13 und 15 respektive die geplanten Art. 2, 10, 13, und 14.

666 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 272 final vom 4. Mai 2016, S. 3.

667 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 272 final vom 4. Mai 2016, S. 12 f.

gen⁶⁶⁸ wäre ein beachtlicher Intensivierungsfaktor hinsichtlich der Illegalisierung von Migrant*innen. Der überarbeitete Vorschlag für die Neufassung der EurodacVO im Rahmen des EU-Migrations- und Asylpakets sieht neben einem angepassten Interoperabilitätsbedarf auch den Vorschlag vor, anstelle von Anträgen nunmehr Antragsteller zu erfassen, insbesondere um im Zusammenhang mit Sekundärmigration feststellen zu können, wann eine wiederholte Antragstellung durch dieselbe Person erfolgte.⁶⁶⁹

d) Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR)

Eine weitere Neuerung im Bereich der informationstechnischen Systeme stellt die Verwendung von Fluggastdatensätzen dar, welche mit der am 14. April 2016 verabschiedeten FluggastdatenRL eingeführt wurde. Diese sieht eine Weiterleitungspflicht der Buchungsdaten von Fluggesellschaften an zentrale Erfassungsstellen in den Mitgliedstaaten vor.⁶⁷⁰ Dabei ist zwischen PNR- (*Personal Name Record*) und API- (*Advance Passenger Information*) Daten zu unterscheiden. Während Erhebung und Verwertung der PNR-Daten in der FluggastdatenRL geregelt sind, finden sich die entsprechenden Regelungen zu den API-Daten in der BeförderungsdatenRL. Die API-Daten sollen der Identifizierung bekannter Straftäter*innen und Terrorist*innen dienen, die PNR-Daten hingegen zielen auf eine Risikoanalyse bisher unbekannter Personen.⁶⁷¹

668 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 272 final vom 4. Mai 2016, Art. 1 Abs. 1 lit. b. des Entwurfs auf S. 39.

669 Siehe den vorgeschlagenen, neu gefassten ErwGr. 14 in Europäische Kommission, ein neues Migrations- und Asylpaket, COM(2020) 609 final vom 23. September 2020, S. 16.

670 Die Ausführungen zur FluggastdatenRL finden sich teilweise schon bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (144 ff.).

671 Siehe *Bąkowski/Voronova*, PE 554.215: The Proposed EU Passenger Name Records (PNR) Directive, S. 2. Bestätigt auch in Art. 6 Abs. 2 lit. a. und ErwGr. 7 FluggastdatenRL.

aa) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der FluggastdatenRL ist nunmehr auf die Übermittlung der Fluggastdatensätze durch Fluggesellschaften beschränkt.⁶⁷² Es steht den Mitgliedstaaten jedoch frei, den Anwendungsbereich nach nationalem Recht auch auf Reisebüros oder Reiseveranstalter zu erstrecken.⁶⁷³ Die Richtlinie betrifft nur Flüge über die EU-Außengrenzen, sog. Drittstaatsflüge. Binnenflüge werden von der Richtlinie selbst nicht erfasst. Für die Mitgliedstaaten besteht jedoch die Möglichkeit, die Richtlinie auch auf Flüge innerhalb der EU anzuwenden.⁶⁷⁴ Die EU-Innenminister hatten allerdings schon 2015 eine Teilnahme der Mitgliedstaaten auf freiwilliger Basis verabredet. Pro Passagier und Flugbuchung können bis zu ca. 60 Einzeldaten⁶⁷⁵ anlasslos erhoben werden. Die Speicherfrist beträgt fünf Jahre;⁶⁷⁶ die Daten werden aber bereits nach sechs Monaten depersonalisiert, wengleich unter einem Offenlegungsvorbehalt im Falle der Erforderlichkeit für die Strafverfolgung.⁶⁷⁷

bb) Diskriminierungsverbot und Flüchtlingsschutz

Die Richtlinie schreibt eine diskriminierungsfreie Verarbeitung der Fluggastdaten vor. Die Überprüfungskriterien dürfen nicht auf der „rassischen“ oder ethnischen Herkunft einer Person, ihrer politischen Meinungen, ihrer religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen, ihrer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, ihrem Gesundheitszustand, ihrem Sexualleben oder ihrer sexuellen Orientierung aufbauen.⁶⁷⁸ Die Verarbeitung der PNR-Daten soll „unter keinen Umständen“ von den Mitgliedstaaten als Mittel zur Umgehung ihrer Verpflichtungen aus der Genfer Flüchtlingskonvention benutzt werden. Außerdem sollte sie nicht zur Verweigerung „sicherer und effektiver rechtmäßiger Wege“ in das Unionsgebiet gegen-

672 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a FluggastdatenRL.

673 Siehe ErwGr. 33 FluggastdatenRL.

674 Siehe Art. 2 Abs. 1 FluggastdatenRL.

675 Vgl. Anhang 1 FluggastdatenRL.

676 Siehe Art. 12 Abs. 1 FluggastdatenRL.

677 Siehe Art. 12 Abs. 2 und 3 FluggastdatenRL.

678 Siehe Art. 6 Abs. 4 FluggastdatenRL. Zur Kritik an der Verwendung des „Rassen“-Begriffs siehe *Cremer*, „... und welcher Rasse gehören Sie an?“.

über Asylbewerber*innen dienen.⁶⁷⁹ Diese Schutzklausel für Asylbewerber*innen in der Präambel findet jedoch keinen Niederschlag im Normtext der Richtlinie. Nur die Freizügigkeit der Unionsbürger*innen wird in der Richtlinie selbst explizit vor Beeinträchtigungen geschützt.⁶⁸⁰ Die Erwägungsgründe können jedoch alleine, also ohne Pendant im Gesetzestext, keine Rechtskraft entfalten, sondern lediglich die Anwendung und Auslegung der verbindlichen Regelungen beeinflussen.⁶⁸¹ Für Asylbewerber*innen beschränkt sich der verbindliche Normtext auf die bloße Nicht-Diskriminierung in Art. 6 Abs. 4. Der Schutz „nicht-illegalisierter“ Zugangsmöglichkeiten zum Unionsgebiet⁶⁸² aus Erwägungsgrund 21 ist lediglich ein, wenngleich dringlicher, Appell an die Mitgliedstaaten.

cc) Zielsetzung der Richtlinie und Bezug zu illegalisierter Migration

Die Verarbeitung der Fluggastdaten soll ausschließlich der Bekämpfung terroristischer Straftaten und schwerer Kriminalität dienen.⁶⁸³ Die Richtlinie definiert „schwere Kriminalität“ anhand eines Kataloges strafbarer Handlungen. Diese müssen ferner im Mitgliedstaat mit einer Freiheitsstrafe bedroht sein, deren Höchstmaß mindestens drei Jahre beträgt. Zu den relevanten strafbaren Handlungen zählt auch die „Beihilfe zur illegalen Einreise und zum illegalen Aufenthalt“.⁶⁸⁴ Diese ist in Deutschland mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe strafbar.⁶⁸⁵ Eine Verarbeitung der Fluggastdaten zur Bekämpfung illegalisierter Migration ist somit möglich. Der Fokus der Datenverarbeitung liegt dabei zunächst auf den unterstützenden Handlungen Dritter.⁶⁸⁶ Entscheidend im Rahmen der Betrachtung der Migrationskontrollinstrumente ist allerdings, dass die Erhebung, Speicherung

679 Siehe ErwGr. 21 FluggastdatenRL. Die Frage, welche sicheren und effektiven Wege es sind, die Schutzsuchenden verbaut werden könnten, bleibt leider unbeantwortet.

680 Siehe Art. 6 Abs. 9 FluggastdatenRL.

681 Zur Rolle der Erwägungsgründe im Rahmen der Gesetzesauslegung siehe *Klimas/Vaiciukaite*, Journal of International & Comparative Law 2008, S. 61-93, und Kapitel 2 § 1 V. 3.

682 Siehe hierzu auch Kapitel 4 § 2 IV. 1. b).

683 Siehe Art. 6 Abs. 2 FluggastdatenRL.

684 Siehe Anhang II Nr. 11 FluggastdatenRL.

685 § 96 Abs. 1 AufenthG. In besonders schweren Fällen sind bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe möglich, § 96 Abs. 2 AufenthG.

686 Zur Illegalisierung von Nicht-Migrant*innen im Rahmen der Beihilfe siehe Kapitel 4 § 3 II. 1. a).

und Verarbeitung der PNR-Daten zumindest auch der Bekämpfung illegalisierter Migration dient.

dd) Evaluation

Neben der zunehmenden (Zwangs-)Involvierung von nichtstaatlichen Akteur*innen bei der Kontrolle und Informationsbeschaffung⁶⁸⁷ stellt die Verwendung von Fluggastdaten somit einen weiteren Baustein in der umfassenden digitalen Erfassung von Migrationsbewegungen dar, welcher explizit dem Ziel der Verhinderung illegalisierter Migration dienen soll.

e) Europäisches Grenzüberwachungssystem (EUROSUR)

Das Europäische Grenzüberwachungssystem (EUROSUR)⁶⁸⁸ vernetzt die Grenzschutzagentur der EU (Frontex) mit den Grenzbehörden der Mitgliedstaaten, deren nationale Koordinierungszentren Frontex über alle wichtigen Vorkommnisse an den Außengrenzen der Europäischen Union unterrichten. Die Rechtsgrundlage⁶⁸⁹ wurde Ende 2019 in eine Neufassung der Verordnung über die Europäische Grenz- und Küstenwache (Frontex) eingearbeitet, „um im Rahmen eines umfassenden Migrationskonzepts für eine wirksame Kontrolle der EU-Außengrenzen zu sorgen und die effektive Rückkehr irregulärer Migranten deutlich auszuweiten.“⁶⁹⁰ EUROSUR soll „der Aufdeckung, Prävention und Bekämpfung von illegaler Einwanderung und grenzüberschreitender Kriminalität“ dienen und nebenbei durch die verbesserte Reaktionsfähigkeit der Mitgliedstaaten auch „einen Beitrag zur Gewährleistung des Schutzes und der Rettung des Lebens von Migranten [...] leisten“.⁶⁹¹ Der Anwendungsbereich erstreckt sich auf die EU-Außengrenzen, umfasst jedoch sowohl die Land- als auch die Seeaußengrenzen. Die bis dato freiwillige Anwendung bei der Überwachung von Luftgrenzen und Kontrollen an Grenzübergangsstellen durch die Mitgliedstaaten,⁶⁹² ist in der Neufassung der FrontexVO ver-

687 Siehe Kapitel 4 § 3 II. 2.

688 EUROSUR steht für: *European Border Surveillance System*.

689 Siehe EurosurVO.

690 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2018) 631 final vom 12. September 2018, S. 1 ff. sowie nunmehr die Art. 18 ff. FrontexVO.

691 Siehe Art. 1 und ErwGr. 1 und 2 EurosurVO und Art. 18 FrontexVO.

692 Siehe Art. 2 Abs. 1 und 2 EurosurVO (alte Fassung).

bindlich geregelt worden.⁶⁹³ Die vorgesehenen Maßnahmen erstrecken sich auf das Beobachten, Aufspüren, Identifizieren, Verfolgen und Verhindern unbefugter Grenzübertritte sowie auf Abfang- bzw. Aufgriffsmaßnahmen.⁶⁹⁴

Schon 2015 sollte das „Seepferdchen Mittelmeer“ (*seahorse mediterranean*)-Netzwerk als Unter-Netzwerk von EUROSUR errichtet werden.⁶⁹⁵ Neben den EU-Mitgliedstaaten mit Mittelmeeraußengrenze soll auch Libyen an dem Projekt „Seepferdchen Mittelmeer“ teilnehmen, um einen besseren und zeitnahen Informationsaustausch zu begünstigen und die Aktivitäten der Küstenüberwachung zu koordinieren.⁶⁹⁶ Der Anwendungsbereich der EurosurVO erstreckt sich bislang lediglich auf EU-Mitgliedstaaten. Durch die Einbindung Libyens in das „Seepferdchen Mittelmeer“-Netzwerk drohte diese Beschränkung schon vor der Erweiterung des Rechtsrahmens für die Zusammenarbeit mit Drittstaaten im Rahmen der Novellierung der EurosurVO umgangen zu werden,⁶⁹⁷ sollte Libyen bereits Zugang zu den Informationen des Überwachungsnetzwerkes erhalten. Ferner hatte die Kommission bereits 2015 erklärt, auch Ägypten, Tunesien und Algerien in das Projekt „Seepferdchen Mittelmeer“ aufnehmen zu wollen.⁶⁹⁸ Ziel des Projekts soll es sein, die Kapazitäten zur Bekämpfung illegalisierter Migration in nordafrikanischen Staaten zu erhöhen, indem deren Grenzüberwachungssysteme gestärkt werden.⁶⁹⁹

693 Siehe Art. 19 Abs. 1 FrontexVO.

694 Siehe Art. 2 Abs. 1 EurosurVO und Art. 19 Abs. 1 FrontexVO.

695 Siehe Europäische Kommission, Mitteilung über die Arbeit der Mittelmeer-Task Force, COM(2013) 869 final vom 4. Dezember 2013, Punkt 1.7.

696 Siehe Europäische Kommission, Questions & Answers: Migration on the Central Mediterranean route, vom 25. Januar 2017.

697 Art. 75 FrontexVO sieht nunmehr explizit einen „Informationsaustausch mit Drittstaaten im Rahmen von EUROSUR“ vor. Allgemein zur Zusammenarbeit mit Drittstaaten siehe Art. 71 ff. FrontexVO, welche nunmehr auch Eurosur integriert.

698 Siehe Antwort der Kommission vom 23. Oktober 2015 auf die parlamentarische Anfrage vom 3. Juli 2015, E-010826/2015(ASW).

699 So explizit die Antwort der Kommission vom 29. März 2018 auf die parlamentarische Anfrage vom 4. Dezember 2017, E-007458/2017(ASW).

f) Persönliche Daten in der Frontex Risikoanalyse (PeDRA)

Im Rahmen der FrontexVO ist für die Überwachung der Migrationsströme ein „gemeinsames integriertes Risikoanalysemodell“ vorgesehen,⁷⁰⁰ welches unter anderem der ebenfalls vorgesehenen „Schwachstellenbeurteilung“ dienen soll.⁷⁰¹ Seit 2016 werden von der Grenzschutzagentur der EU (Frontex) im Rahmen des PeDRA-Projekts (*Processing of Personal Data for Risk Analysis*) persönliche Daten von Personen gesammelt, welche im Verdacht stehen, an Menschenschmuggel, Terrorismus oder grenzüberschreitenden Straftaten beteiligt zu sein. Die erfassten Daten werden täglich an Europol übermittelt, um die Verfolgung in den Mitgliedstaaten zu unterstützen. In der 2018 veröffentlichten umfassenden Risikoanalyse von Frontex wird darauf hingewiesen, dass im Bereich der Asylantragstellungen zunehmend auf Daten des Europäischen Unterstützungsbüros für Asylfragen (EASO) zurückgegriffen wird.⁷⁰² PeDRA ist als gemeinsames Projekt von Frontex und dem European Migrant Smuggling Centre (EMSC) konzipiert. Das EMSC wurde 2016 als Unterorganisation von Europol gegründet, um kriminelle Netzwerke im Bereich des Menschenschmuggels aufzudecken.⁷⁰³ Dieser zunehmende, automatisierte Datenaustausch zwischen Frontex und dem EMSC/Europol⁷⁰⁴ ist ein weiterer Baustein in der informationstechnologischen Ausrichtung der Migrationssteuerungspolitik der EU.

g) Europäisches Strafregisterinformationssystem (ECRIS und ECRIS-TCN)

Das Europäische Strafregisterinformationssystem (ECRIS)⁷⁰⁵ wird wie das SIS grundsätzlich dezentral von den Mitgliedstaaten geführt, ermöglicht

700 Siehe Art. 4 und 29 FrontexVO.

701 Siehe Art. 32 Abs. 8 FrontexVO

702 Siehe Frontex, Risk Analysis for 2018, S. 12.

703 Siehe Europol, Press release from 22 February 2016, abrufbar unter: <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/europol-launches-european-migrant-smuggling-centre> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

704 Siehe Europol/EMSC, Two Years of EMSC – Activity Report (2017-2018), S. 5. Im Jahr zuvor waren es noch lediglich über 500 Interviews, siehe Europol/EMSC, EMSC First Year – Activity Report (2016-2017), S. 13.

705 ECRIS steht für: *European Criminal Records Information System*.

jedoch einen einheitlichen Zugang zu den nationalen Strafregistern.⁷⁰⁶ Insofern ist der Illegalisierungskontext grundsätzlich nicht migrations-spezifisch, da es sich auf strafbare Handlungen im Strafregister allgemein bezieht.⁷⁰⁷ Der migrations-spezifische Illegalisierungskontext tritt erst mit der Erweiterung des ECRIS durch das geplante⁷⁰⁸ ECRIS-TCN⁷⁰⁹ zutage, das es den Mitgliedstaaten ermöglichen soll, Informationen über Verurteilungen von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen abzufragen. Wenngleich das geplante ECRIS-TCN offiziell nicht als „Instrument zur Regulierung der Migration gedacht ist“⁷¹⁰ und lediglich die Lücke schließen soll, welche durch die Nicht-Erfassung von Drittstaatsangehörigen im ECRIS besteht, wurde nicht lediglich eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des ECRIS angestrebt, sondern ein eigenes System mit gesondertem Rechtsrahmen für Drittstaatsangehörige. Inwieweit das Sonderregime für Drittstaatsangehörige am Ende tatsächlich auch materielle Differenzierungen zum ECRIS aufweist, lässt sich erst nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens endgültig beurteilen. Geplant ist eine Einführung für das Jahr 2021. Dass das neue ECRIS-TCN jedoch bereits im Rahmen der Interoperabilitäts-Strategie berücksichtigt worden ist und als komplementärer Teil eines neuen einheitlichen europäischen Suchportals⁷¹¹ geplant ist,⁷¹² lässt vermuten, dass zur Erreichung des Ziels der Interoperabilität stärkere Eingriffe vorgesehen werden, als unbedingt nötig wäre.

706 Siehe Art. 3 Beschluss 2009/316/JI des Rates vom 6. April 2009 zur Einrichtung des Europäischen Strafregisterinformationssystems (ECRIS) gemäß Art. 11 des Rahmenbeschlusses 2009/315/JI (ECRIS-Beschluss).

707 Mit der Einschränkung, dass es Straftatbestände gibt, welche tatbestandlich ein Migrationsmerkmal voraussetzen, was an dieser Stelle jedoch vernachlässigt werden kann.

708 Siehe Europäische Kommission, Richtlinien-vorschlag, COM/2016/07 final vom 19. Januar 2016 und Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 344 final vom 29. Juni 2017.

709 Der Zusatz TCN steht für *Third Country Nationals*, also Drittstaatsangehörige.

710 Siehe Begründung in Europäische Kommission, Richtlinien-vorschlag, COM/2016/07 final vom 19. Januar 2016.

711 Siehe hierzu die Ausführungen im Zusammenhang mit der Interoperabilität in Kapitel 4 § 1 III. 2. b).

712 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 794 final vom 12. Dezember 2017, S. 6.

h) Europäisches Reiseinformations- und -genehmigungssystem (ETIAS)

Am 5. September 2018 wurde die ETIAS-VO zur Einrichtung eines Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems angenommen.⁷¹³ Das vollständig elektronische ETIAS ist an das US-amerikanische System (ESTA)⁷¹⁴ angelehnt und sieht eine Vorabprüfung von Drittstaatsangehörigen, die von der Visumpflicht befreit sind und in den Schengen-Raum einreisen wollen, vor. Diese müssen vor Reiseantritt online eine Reisegenehmigung beantragen und eine geringe Reisegenehmigungsgebühr zahlen. Die Prüfung der Reisegenehmigung wird den Beförderungsunternehmen überantwortet, wobei diese lediglich zu prüfen haben, ob eine solche vorliegt.⁷¹⁵ Damit soll die Informationslücke geschlossen werden, welche bislang beim Überschreiten der EU-Außengrenzen von Reisenden ohne Visumpflicht bestand.⁷¹⁶ ETIAS ist dabei als Komplementärsystem zum SIS konzipiert und soll im Rahmen der Antragsüberprüfung die Daten mit den Ausschreibungen im SIS abgleichen.⁷¹⁷ Ziel der Vorabprüfung ist eine Analyse in Bezug auf ein etwaiges Sicherheitsrisiko, dem Risiko einer illegalen Einwanderung oder eines Epidemierisikos.⁷¹⁸

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit sich das Erfordernis einer Reisegenehmigung vom Erfordernis eines Visums unterscheidet, und ob durch eine entsprechende Vorprüfung nicht die Visumsfreiheit unterminiert wird. In den offiziellen Quellen der EU wird hinsichtlich der Unterscheidung von Schengen-Visa und ETIAS-Reisegenehmigung teils lediglich darauf hingewiesen, dass die Schengen-Visa manuell im Reisepass eingetragen werden und grundsätzlich nur für das Land gelten, welches das Visum genehmigt hat, während die ETIAS-Reisegenehmigung elektronisch erfolgt und für den gesamten Schengen-Raum gilt.⁷¹⁹ An anderer Stelle wird mit dem Hinweis, dass für die Reisegenehmigung keine Botschaft aufgesucht werden muss und weniger Daten gesammelt werden als bei einer Visumsantragstellung, versichert, dass es sich nicht um ver-

713 ETIAS steht für *European Travel Information and Authorisation System*. Der Verordnungstext umfasst über 200 Seiten.

714 ESTA steht für *Electronic System for Travel Authorization*.

715 Siehe Art. 45 Abs. 1 ETIAS-VO.

716 Siehe ErwGr. 2 der ETIAS-VO.

717 Siehe ErwGr. 12 der ETIAS-VO.

718 Siehe Art. 1 Abs. 1, Art. 4, sowie ErwGr. 2, 9, 10, 22 und 27 der ETIAS-VO.

719 Siehe <https://etias.com/about-etias/differences-between-etias-and-schengen-visas> (abgerufen am 20. Februar 2019).

gleichbare Erfordernisse handle.⁷²⁰ Insbesondere auch die signifikant längere Geltungsdauer der Reisegenehmigungen von drei Jahren und die wesentlich geringeren Bearbeitungszeiten aufgrund des automatisierten Vorgangs sprechen dafür, dass der Aufwand für die Betroffenen tatsächlich erheblich geringer ist.

Während der Aufwand für die betroffenen Personen bei der Reisegenehmigung geringer ausfällt, ergeben sich mit dem automatisierten Verfahren gleichwohl neue Probleme.

Die Verordnung sieht vor, dass „Kriterien für die Festlegung der spezifischen Risikoindikatoren [...] unter keinen Umständen auf Informationen beruhen [dürfen], die die Hautfarbe, die Rasse, die ethnische oder soziale Herkunft, die genetischen Merkmale, die Sprache, die politische oder sonstige Anschauung, die Religion oder die Weltanschauung, die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, das Vermögen, die Geburt, eine Behinderung oder die sexuelle Orientierung einer Person offenlegen.“⁷²¹ Außerdem sollen die Risikoindikatoren gegebenenfalls durch einen Überprüfungsausschuss ex-post beurteilt, überarbeitet und gelöscht werden.⁷²² In der Stellungnahme der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte zum Verordnungsentwurf kommen jedoch deutliche Bedenken hinsichtlich der Gefahr diskriminierender Profilbildungen (*discriminatory profiling*) sowie der automatischen Datenverarbeitung und der Interoperabilität zum Ausdruck,⁷²³ welchen in der verabschiedeten Verordnung nicht abgeholfen wurde. So ist beispielsweise weiterhin ein umfassender Abgleich auch mit den Daten im VIS und Eurodac vorgesehen und die Speicherfrist wurde bei fünf Jahren belassen.⁷²⁴

Neben diesen konkreten Problemen bei der Umsetzung sind bei einer abstrakteren Betrachtung der Einführung des ETIAS im Hinblick auf den Zusammenhang von Migrationskontrollinstrumenten und illegalisierter Migration zwei Punkte besonders hervorzuheben: Einerseits die umfassen-

720 Siehe European Commission – Fact Sheet vom 5. Juli 2018, Security Union: A European Travel Information and Authorisation System – Questions & Answers, Punkt 1 abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-4362_en.htm (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

721 Siehe Art. 14 und ErwGr. 27 ETIAS-VO.

722 Siehe Art. 33 Abs. 6 ETIAS-VO.

723 Siehe *European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion 2/2017: The Impact on Fundamental Rights of the Proposed Regulation on the European Travel Information and Authorisation System (ETIAS), Punkt 2.3 und 3.2.

724 Siehe Art. 20 Abs. 2 und Art. 54 Abs. 1 lit. b ETIAS-VO.

de Prüfung von Drittstaatsangehörigen vor Einreise in den Schengen-Raum und andererseits die Zielbestimmung der Verhinderung illegalisierter Einwanderung.

Mit Einführung des ETIAS werden sämtliche Drittstaatsangehörige bereits vor der Einreise einer Prüfung unterzogen und die beschriebene Grundprogrammierung eines präventiven Verbots für Drittstaatsangehörige auch verfahrenstechnisch umfassend implementiert. Wenngleich sich die konkreten Erfordernisse bei der Reisegenehmigung und dem Antrag auf ein Schengen-Visum unterscheiden, ist stets eine Vorabprüfung vorgesehen, welche nicht nur in Ausnahmefällen durchgeführt wird, sondern bei jeder Einreise zwingend zu erfolgen hat und dokumentiert wird. Diese umfassende Prüfung und Dokumentation unterstreicht nochmals die grundsätzliche Unterscheidung von EU-Bürger*innen (welche weiterhin keiner Vorprüfung unterzogen werden) und Drittstaatsangehörigen, wobei Drittstaatsangehörigen durch das Überprüfungserfordernis ein Risikoattribut zugeschrieben wird. Ferner bleibt abzuwarten, wie zuverlässig und reibungslos die automatische Überprüfung funktionieren wird.⁷²⁵ Im Falle einer (automatischen) Ablehnung der Reisegenehmigung ist eine manuelle Überprüfung und individuelle Bewertung des Risikos vorgesehen.⁷²⁶ Außerdem ist bei einer Verweigerung der Grund anzugeben, jedoch nur aus der in Art. 37 Abs. 1 und 2 aufgeführten Auflistung von Gründen.⁷²⁷ Eine weitergehende Begründungspflicht ist nicht vorgesehen. Ferner müssen bei Verweigerung, Annullierung und Aufhebung der Reisegenehmigung Rechtsmittel zur Verfügung gestellt werden.⁷²⁸

Der zweite Punkt betrifft die Zweck- und Zielbestimmungen des ETIAS. Die in Art. 4 ETIAS-VO genannten Ziele umfassen neben dem allgemeinen Schutz vor Sicherheits- und Gesundheitsrisiken (lit. a und b) und der Verhütung, Aufdeckung und Untersuchung terroristischer oder sonstiger schwerer Straftaten (lit. f) unter anderem auch die „Verhinderung illegaler Einwanderung“ (lit. b)⁷²⁹ und die „Unterstützung bei der Verwirklichung der Ziele des SIS“ (lit. e). Der breit gefächerte Zielkatalog lässt aufgrund der Tatsache, dass dieselben Maßnahmen zur Zielerreichung eingesetzt werden, auf eine gewisse Gleichgewichtung von Kriminalprävention und

725 Die Anwendung des Systems ist ab 2021 geplant.

726 Siehe Art. 26 ETIAS-VO.

727 Siehe Art. 38 Abs. 2 lit. b. ETIAS-VO.

728 Siehe Art. 37 Abs. 3, Art. 40 Abs. 3 und Art. 41 Abs. 7 ETIAS-VO.

729 Maßstab für die illegale Einwanderung sind nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 7 ETIAS-VO die Voraussetzungen für die Einreise und den Aufenthalt gemäß Art. 6 des Schengener-Grenzkodex.

Migrationskontrolle schließen und illustriert somit auch die Vermischung bis hin zur Vereinheitlichung migrations- und kriminalpolitischer Regelungen.

i) Smart Borders (EES und RTP)

Die 2013 gestartete Initiative für „intelligente Grenzen“ (*smart borders*)⁷³⁰ zielt auf eine Ergänzung der bestehenden informationstechnischen Systeme und soll aus einem Einreise-/Ausreisensystem (EES) und einem Registrierungsprogramm für Vielreisende (RTP) bestehen, welche Lücken in den bestehenden informationstechnischen Systemen schließen sollen.⁷³¹

Das Einreise-/Ausreisensystem (EES)⁷³² soll im Wesentlichen das Stempeln der Reisepässe durch ein elektronisches Verfahren ersetzen, welches die Einreise und Ausreise von Drittstaatsangehörigen in den Schengen-Raum dokumentiert. Es findet insofern keine Prüfung wie im Rahmen des ETIAS statt, sondern nur eine Registrierung, wobei im Rahmen des EES auch biometrische Daten wie Gesichtsbilder und Fingerabdrücke gespeichert werden.⁷³³ Die Hauptgründe für die Errichtung eines Einreise-/Ausreisensystem bestehen unter anderem darin „*overstayer*“ systematisch zu identifizieren und die betroffenen Personen effizienter aufzugreifen, sowie illegalisierte Migrant*innen anhand gespeicherter biometrischer Informationen zu identifizieren.⁷³⁴ Das Registrierungsprogramm für Vielreisende (RTP) zielte auf eine „Erleichterung des Grenzübertritts an den Außengrenzen der EU für Drittstaatsangehörige bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Sicherheit auf heutigem Niveau,“ wobei es im Detail um die „Förderung der Registrierung bestimmter Kategorien von vielreisenden, sicherheitsgeprüften Drittstaatsangehörigen“ ging und operativ die „Verkürzung der Wartezeiten von Vielreisenden“ angestrebt wurde, wobei die frei-

730 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, KOM(2008) 69 endg. vom 13. Februar 2008.

731 Siehe Europäische Kommission, Solidere und intelligentere Informationssysteme für das Grenzmanagement und mehr Sicherheit, COM(2016) 205 final vom 6. April 2016, Punkt 4 und 5.

732 EES steht für *Entry-Exit System*.

733 Siehe Art. 15, 16 Abs. 1 lit. d und 17 Abs. 1 lit. b und c EES-VO.

734 Siehe den entsprechenden Verordnungsvorschlag der Europäische Kommission, COM(2016) 194 final vom 6. April 2016, S. 3, Punkt 1.2.

werdenden Kapazitäten eine „gezielten Kontrolle von Reisenden mit höherem Risikoprofil“ ermöglichen sollten.⁷³⁵

Im Jahr 2016 hat die Kommission den Gesetzesentwurf für das Registrierungsprogramm für Vielreisende zurückgenommen⁷³⁶ und einen neuen Entwurf zu den *smart borders* eingebracht, welcher am 30. November 2017 angenommen wurde.⁷³⁷ Hintergrund für die Änderungen waren Schwierigkeiten bei der technischen Umsetzung.⁷³⁸ Die wesentlichen Regelungen sind jedoch gleich geblieben, insbesondere wurde die Privilegierung von *bona fide*-Reisenden beibehalten.

Die Kritik an intelligenten Grenzen reicht von Kostenfragen über Zweifel an der Nützlichkeit im Bereich der Gefahrenabwehr bis hin zu Gefahren der Diskriminierung, des Datenschutzes und der „Erosion rechtsstaatlicher Verantwortlichkeit“.⁷³⁹ Für das Verständnis der Konstruktion migrationspezifischer Illegalisierungen sind hingegen hauptsächlich relevant: 1. die immer umfangreichere Erfassung von individuellen Migrationsbewegungen und 2. die zunehmende Automatisierung bei der Erfassung und Auswertung.

Im Konzept der *smart borders* lassen sich die verschiedenen entwicklungsleitenden Perspektiven im europäischen Migrationsrecht deutlich herauslesen.⁷⁴⁰ Das möglichst lückenlose Erfassen von Migrationsbewegungen ist zunächst Ausdruck der neutralen Organisationsperspektive. Im Zusammenhang mit den Privilegierungen für Vielreisende und der systematischen Suche nach und Identifizierung von illegalisierten Migrant*innen kommt hingegen eine deutliche Einteilung nach Gesichtspunkten der Nützlichkeit zum Ausdruck.

735 Siehe *Ballon*, PE 514.063: Erste Bewertung einer Folgenabschätzung der Europäischen Kommission – Paket „Intelligente Grenzen“: Vorschlag der Kommission zu einem Registrierungsprogramm für Reisende, S. 3.

736 Siehe Abl. EU 2016 C 422/2.

737 Siehe EES-VO.

738 Die Registrierung mit zehn Fingern dauerte zu lang und war zu fehleranfällig, so dass nunmehr eine Registrierung mit nur vier Fingern vorgesehen ist. Die umfassende Machbarkeitsstudie von PWC ist abrufbar unter: www.statewatch.org/news/2014/oct/eu-smart-borders-report.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

739 Siehe *Bossong*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, S. 8 f. m.w.N.

740 Zu den im Rahmen der Arbeit entwickelten Perspektiven als struktur- und stringenzverleihende Charakteristika der Untersuchung siehe Kapitel 2 § 4 II. 2

2. Eu-LISA, Interoperabilität und Datenschutz

Eine zunehmend bedeutende Rolle im Bereich der informationstechnischen Systeme und Datenbanken kommt eu-LISA als deren „Managerin“ oder „Hüterin“ zu. Diese institutionelle Zentralisierung stellt in Verbindung mit der zunehmenden Verknüpfung verschiedener Systeme im Rahmen der Interoperabilitätsoffensive eine gleichermaßen bedeutsame wie problematische Entwicklung dar.

- a) Die Europäische Agentur für IT-Großsysteme (eu-LISA) als zentraler Knotenpunkt

Im September 2011 beschloss die EU die Gründung einer Agentur für IT-Großsysteme (eu-LISA),⁷⁴¹ welche im Dezember 2012 ihre Arbeit aufnahm.⁷⁴² Das Hauptquartier der eu-LISA ist in Tallinn (Estland), das Zentrum für die Operationen hingegen in Straßburg (Frankreich).

Die vielleicht „obskurste Behörde der EU“⁷⁴³ hat allgemein die Verwaltung der informationstechnischen Großsysteme zur Aufgabe, wobei ihre Verantwortung zunächst im Betriebsmanagement des SIS II, des VIS und von Eurodac liegt, was jedoch auch auf andere Großsysteme erweitert werden kann, sofern diese ebenfalls auf die Regelungen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im AEUV⁷⁴⁴ gestützt sind.⁷⁴⁵ Die Kommission legte im November 2016⁷⁴⁶ und im Juni 2017⁷⁴⁷ Entwürfe für die Erweiterung des Verantwortungsbereichs von eu-LISA vor, wobei sich ersterer auf das bereits beschriebene Reiseinformations- und -genehmigungssystem (ETIAS) bezieht, während der Entwurf vom Juni 2017 eine Überarbeitung der Gründungsverordnung der Agentur vorsieht, „um [...] die Arbeitsweise der Agentur zu verbessern und ihre Rolle bei der Bewältigung aktueller europaweiter Herausforderungen im Raum der Freiheit, der Si-

741 Eu-LISA steht für: *European Union Agency for the Operational Management of Large-Scale IT Systems in the Area of Freedom, Security and Justice*.

742 Siehe eu-LISA-VO (alte Fassung).

743 Siehe *Brühl*, Süddeutsche Zeitung vom 21. November 2018.

744 Siehe Art. 67 bis 89 AEUV.

745 Siehe Art. 1 Abs. 2 und 3 eu-LISA-VO (alte Fassung).

746 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 731 final vom 16. November 2016.

747 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 352 final vom 29. Juni 2017.

cherheit und des Rechts auszubauen und zu stärken“.⁷⁴⁸ Daher soll der Agentur einerseits die Verwaltung neuer Systeme übertragen werden (neben ETIAS sind nun auch EES und ECRIS-TCN aufgenommen worden) und andererseits soll sie für die Entwicklung von Interoperabilitätsmaßnahmen zuständig sein.⁷⁴⁹

Am 14. November 2018 wurde dann das Mandat der Agentur in einer Neufassung der eu-LISA-VO verbindlich erneuert und erweitert. Neben dem Betriebsmanagement von SIS II, VIS und Eurodac ist die Konzeption und Entwicklung des Betriebsmanagements des Einreise-/Ausreisystems (EES), von Dublinet und des Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) explizit vorgesehen, während weiterhin die Möglichkeit besteht, der Agentur die Zuständigkeit für weitere Großsysteme zu übertragen.⁷⁵⁰ Damit wird die Rolle von eu-LISA als zentraler Knotenpunkt in der Datenverarbeitung in Zukunft noch weiter wachsen. Die damit einhergehende Zentralisierungstendenz beschränkt sich jedoch nicht auf die institutionelle Ebene, auch funktional werden entsprechende Tendenzen anhand der Interoperabilitätsbestrebungen deutlich, wie im Folgenden dargestellt wird.

b) Interoperabilität

Unter Interoperabilität versteht man die Fähigkeit von Informationssystemen, Daten auszutauschen und die gemeinsame Nutzung von Informationen zu ermöglichen.⁷⁵¹ Die beschriebenen informationstechnischen Systeme und Datenbanken auf EU-Ebene im Bereich des Migrationsrechts wurden jeweils für einen bestimmten Zweck entwickelt. Ziel eines verbesserten Austauschs der Informationen aus den unterschiedlichen Datenbanken ist es, „effizientere Kontrollen an den Außengrenzen [zu] ermöglichen und dazu bei[zu]tragen, die irreguläre Migration zu verhindern und zu be-

748 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 352 final vom 29. Juni 2017, S. 2.

749 Siehe den Entwurf zu Art. 1 der vorgeschlagenen Verordnung, COM(2017) 352 final vom 29. Juni 2017.

750 Siehe Art. 1 Abs. 2 bis 5 sowie ErwGr. 18 eu-LISA-VO, welcher das ECRIS-TCN als mögliches Beispiel aufführt.

751 Siehe Europäische Kommission, Solidere und intelligentere Informationssysteme für das Grenzmanagement und mehr Sicherheit, COM(2016) 205 final vom 6. April 2016, Punkt 7.

kämpfen.⁷⁵² Als Legitimation für die Ausweitung des Datenaustauschs werden meist Argumente der Terrorismusbekämpfung und Sicherheit angeführt.⁷⁵³

2017 hatte die Kommission zwei ausgearbeitete Verordnungsvorschläge zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen in den Bereichen polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration⁷⁵⁴ sowie Grenzen und Visa⁷⁵⁵ vorgelegt, wobei ersterer 2018 nochmals überarbeitet wurde.⁷⁵⁶ Anfang 2019 wurde eine vorläufige Einigung zwischen Ratsvorsitz und Parlament für eine Neuregelung der Interoperabilität der EU-Informationssysteme im Bereich Justiz und Inneres erreicht⁷⁵⁷ und im Mai 2019 wurden die beiden Verordnungen angenommen.⁷⁵⁸

Die Interoperabilitätskomponenten für die von den beiden Verordnungen erfassten Systeme⁷⁵⁹ umfassen (1.) ein Europäisches Suchportal, (2.) einen gemeinsamen Dienst für den Abgleich biometrischer Daten, (3.) einen gemeinsamen Speicher für Identitätsdaten und (4.) einen Detektor für Mehrfachidentitäten.⁷⁶⁰ Das neu geschaffene „Europäische Suchportal“⁷⁶¹, welches es der Polizei und dem Grenzschutz ermöglichen soll, Identifikationspapiere simultan anhand sämtlicher Informationssysteme der EU mit einer einzelnen Anfrage überprüfen zu lassen, wurde an anderer Stelle markant als „eine Art Super-Google für den Sicherheitsapparat“ bezeichnet.⁷⁶²

752 Siehe Pressemitteilung 67/19 des Rates vom 5. Februar 2019, Interoperabilität der EU-Informationssysteme: vorläufige Einigung zwischen Ratsvorsitz und Europäischem Parlament.

753 Siehe *Mitsilegas*, in: *Lindahl* (Hrsg.), *A Right to Inclusion and Exclusion?*, S. 33-64 (54).

754 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 794 final vom 13. Dezember 2017.

755 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 793 vom 13. Dezember 2017.

756 Siehe Europäische Kommission, Geänderter Verordnungsvorschlag, COM(2018) 480 final vom 13. Juni 2018.

757 Siehe Pressemitteilung 67/19 des Rates vom 5. Februar 2019, Interoperabilität der EU-Informationssysteme: vorläufige Einigung zwischen Ratsvorsitz und Europäischem Parlament.

758 Siehe InteroperabilitätsVO I und InteroperabilitätsVO II.

759 EES, VIS, ETIAS, Eurodac, SIS und ECRIS-TCN, siehe Art. 1 Abs. 1 InteroperabilitätsVO I und II.

760 Siehe Art. 1 Abs. 2 InteroperabilitätsVO I und II.

761 *European Search Portal* (ESP), siehe Art. 6 bis 11 InteroperabilitätsVO I und II.

762 Siehe *Brühl*, *Süddeutsche Zeitung* vom 21. November 2018.

Das Suchportal soll dabei nicht nur die eingangs erwähnten Informationssysteme umfassen, sondern im Falle einer Überprüfung auch auf Daten von Europol und Interpol zugreifen.⁷⁶³ Als Schnittstelle wird ein „universelles Nachrichtenformat“ (UMF) eingeführt, welches ein „gemeinsames Vokabular und logische Strukturen für üblicherweise ausgetauschte Informationen“ vorgeben soll, „damit ausgetauschte Inhalte einheitlich und semantisch gleichwertig erstellt und gelesen werden können“.⁷⁶⁴ Der gemeinsame Dienst für den Abgleich biometrischer Daten⁷⁶⁵ soll die Aufgabe haben, biometrische Merkmalsdaten zu speichern und die systemübergreifende Abfrage mehrerer Informationssysteme der EU anhand biometrischer Daten zu ermöglichen.⁷⁶⁶ Der gemeinsame Speicher für Identitätsdaten⁷⁶⁷ dient dazu, die korrekte Identifizierung von erfassten Personen zu erleichtern, indem eine individuelle Datei angelegt wird.⁷⁶⁸ Der Detektor für Mehrfachidentitäten schließlich soll den gemeinsamen Speicher für Identitätsdaten, das SIS und das Europäische Suchportal miteinander verbinden, um Identitätsprüfungen zu vereinfachen und dabei zu helfen, Identitätsbetrug zu bekämpfen⁷⁶⁹.

c) Der Prümer Vertrag und Beschluss

Der 2005 von einigen Mitgliedstaaten geschlossene Prümer Vertrag⁷⁷⁰ ist ein zwischenstaatlicher „Vertrag über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, zur Bekämpfung des Terrorismus, der Kriminalität und der illegalen Migration“, welcher das Ziel eines vertieften Informationsaustauschs zwischen den Staaten verfolgt. Der Vertrag regelt neben dem Informationsaustausch über terroristische „Gefährder“ und „Hooli-

763 Siehe Art. 6 Abs. 1 InteroperabilitätsVO I und II.

764 Siehe Art. 38 und ErwGr. 50 InteroperabilitätsVO I und II

765 *Shared Biometric Matching* (SBM), siehe Art. 12 bis 16 InteroperabilitätsVO I und II.

766 Siehe Art. 12 Abs. 1 InteroperabilitätsVO I und II.

767 *Common Identity Repository* (CIR), siehe Art. 17 bis 24 InteroperabilitätsVO I und II.

768 Siehe Art. 17 Abs. 1 InteroperabilitätsVO I und II.

769 *Multiple-Identity Detector* (MID), siehe Art. 25 bis 36 InteroperabilitätsVO I und II.

770 Vertragsstaaten waren zunächst Belgien, Deutschland, Spanien, Frankreich, Luxemburg, die Niederlande und Österreich. Später sind Finnland, Slowenien, Ungarn, Norwegen, Bulgarien, Rumänien und Island dem Abkommen ebenfalls beigetreten.

gans“ hauptsächlich den automatisierten Austausch von DNA-Daten, Fingerabdruckdaten und Daten aus Kraftfahrzeugregistern sowie den dafür notwendigen Datenschutz.⁷⁷¹ In Kapitel 4 des Prümer Vertrags sind Maßnahmen zur Bekämpfung der illegalen Migration festgelegt, welche die Schaffung eines Netzes von Verbindungsbeamt*innen, die Benennung nationaler Kontakt- und Koordinierungsstellen und eine gegenseitige Unterstützung bei Rückführungen umfassen.⁷⁷² Am 26. August 2008 wurden die wesentlichen Inhalte des Prümer Vertrags durch einen EU-Ratsbeschluss in den Rechtsrahmen der Europäischen Union überführt.⁷⁷³ Da im Ratsbeschluss ein dezentralisiertes System für den Austausch biometrischer Daten vorgesehen war, wird die Übereinstimmung des geplanten gemeinsamen Dienstes, welcher eine systemübergreifende Abfrage anhand biometrischer Daten ermöglichen soll,⁷⁷⁴ bisweilen in Frage gestellt.⁷⁷⁵

d) Datenschutz auf Unionsebene

Neben der Frage der Kompatibilität mit den völkerrechtlichen Vorgaben hinsichtlich des Informationsaustausches in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit im Prümer Vertrag und Beschluss stehen die zunehmenden Interoperabilitätsbestrebungen auch in einem Spannungsfeld mit den datenschutzrechtlichen Regelungen auf Unionsebene.

So kompliziert die datenschutzrechtlichen Details im Einzelfall sein mögen, die grundlegenden Regelungen zum Datenschutz auf Unionsebene lassen sich überschaubar zusammenfassen. Nach Art. 16 AEUV besteht ein Recht auf Schutz personenbezogener Daten und gem. Art. 8 Abs. 2 GRC dürfen Daten „*nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke* und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich ge-

771 Außerdem sind dort verschiedene Formen der operativen polizeilichen Zusammenarbeit, wie gemeinsame Streifen und polizeiliche Hilfeleistung bei Unglücksfällen und Großereignissen geregelt

772 Siehe Art. 20 bis 23 Prümer Vertrag.

773 Beschluss 2008/615/JI des Rates vom 23. Juni 2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität.

774 Siehe Art. 12 Abs. 1 InteroperabilitätsVO I und II.

775 Siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794, S. 2.

regelten legitimen Grundlage verarbeitet werden.⁷⁷⁶ Diese Zweckbindung ist der zentrale Pfeiler im Datenschutzrecht. Daneben wurden folgende Grundsätze des Datenschutzes entwickelt, die sich bereits in Art. 6 Abs. 1 der DatenschutzRL aus dem Jahr 1995 finden und nunmehr in Art. 5 Abs. 1 der 2016 erlassenen Datenschutz-GrundVO zu finden sind, welche die frühere Richtlinie ersetzt: 1. Rechtmäßigkeit sowie Verarbeitung nach Treu und Glauben und Transparenz (lit. a), 2. Zweckbindung (lit. b), 3. Datenminimierung (lit. c), 4. Richtigkeit der Daten (lit. d), 5. Begrenzung der Speicherdauer (lit. e), 6. Integrität und Vertraulichkeit (lit. f).

Im Hinblick auf die informationstechnischen Systeme und Datenbanken im Kontext migrationspezifischer Illegalisierungen stellen sich zuvorderst Fragen in Bezug auf die Zweckbindung und das Gebot der Datenminimierung. Personenbezogene Daten müssen danach einerseits „für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden“ (Zweckbindung), andererseits müssen die Daten „dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein“ (Datenminimierung),⁷⁷⁷ womit eine ziellose Datensammlung unterbunden werden soll.⁷⁷⁸ Daneben spielen aber auch die Maximen der Datenrichtigkeit und der Speicherdauerbegrenzung eine Rolle.

Zunächst droht die Interoperabilität mit dem Gebot der Zweckbindung zu konfliktieren, wenn Daten aus den verschiedenen Systemen, die auf unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen mit abweichenden Zwecken erhoben wurden, im Rahmen der Interoperabilitätsmechanismen zusammengeführt werden. Insofern kann die Verknüpfung der Daten im Rahmen der Interoperabilität als eine (inzidente) Reform der Zweckbindungen angesehen werden. Dabei kommen nicht lediglich die vorhandenen Zwecke der einzelnen Systeme zusammen, es kommen auch neue Zwecke hinzu, wenn die verknüpften Datenbanken zur Bekämpfung von Identitätsbetrug genutzt werden sollen. Dies stellt einen neuen Zweck der Datenverarbeitung dar und birgt daher das Risiko einer „Zweckentfremdung“ der zu einem anderen Zweck erhobenen Daten.⁷⁷⁹

776 Hervorhebung durch den Verfasser.

777 Siehe Art. 5 Abs. 1 lit. b und c Datenschutz-GrundVO.

778 Siehe *Brouwer*, in: *Besselink/Pennings/Prechal* (Hrsg.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, S. 273-294 (277 ff.).

779 Siehe *Europäische Datenschutzbeauftragte*, *Reflexionspapier zur Interoperabilität von Informationssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, S. 12.

Auf das datenschutzrechtliche Gebot der Datenminimierung haben die Interoperabilitätsbestrebungen zunächst keine direkten Auswirkungen, da damit keine neuen Datenerhebungsbefugnisse einhergehen. Die Verknüpfung der verschiedenen Datenbanken führt jedoch teilweise dazu, dass sich einzelne Datensätze gewissermaßen „vergrößern“, wenn (im gemeinsamen Speicher für Identitätsdaten) alphanumerische Daten und (im Dienst für den Abgleich biometrischer Daten) biometrische Daten zusammengeführt werden.

Im Hinblick auf das Gebot der Begrenzung der Speicherdauer ist die geplante Regelung zur Datenspeicherungsdauer im gemeinsamen Speicher für Identitätsdaten in den neuen InteroperabilitätsVOen problematisch. Dort ist eine Speicherung individueller Daten vorgesehen, „so lange [...] wie die entsprechenden Daten in mindestens einem der Informationssysteme gespeichert werden, aus dem die Daten stammen“, was mit Blick auf die divergierenden Speicherungszeiten in den verschiedenen zugrundeliegenden Systemen⁷⁸⁰ zu einer erheblichen Verlängerung der Speicherdauer führen kann.⁷⁸¹ Der finale Gesetzestext wurde zwar noch geändert, jedoch ohne dass damit materielle Änderungen einhergegangen wären.⁷⁸² Ferner erhöht die Zentralisierung der verschiedenen Systeme die Gefahr unbefugter Zugriffe, da nunmehr lediglich ein Zugangspunkt angegriffen werden muss, um Zugriff auf mehrere Datenbanken zu erhalten, so dass mit der Interoperabilität auch ein erhöhtes Datensicherheitsrisiko einhergeht.⁷⁸³

Schließlich bringen informationstechnische Großsysteme aufgrund der Masse der verarbeiteten Daten immer auch die Gefahr von fehlerhaften

780 Im VIS sind fünf Jahre vorgesehen, in Eurodac zehn Jahre und im SIS II drei Jahre mit einer Verlängerungsmöglichkeit, siehe Art. 23 Abs. 1 VIS-VO, Art. 12 Abs. 1 EurodacVO und Art. 15 Abs. 4 und 5 SIS-II-VO.

781 Siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794, S. 5.

782 Anstelle des Bezugs auf eines der IT-Systeme, „aus dem die Daten stammen“, heißt es in Art. 23 Abs. 2 InteroperabilitätsVOen nunmehr „von dem Daten im CIR enthalten sind“. Da die Formulierung in der englischen Sprachfassung im Entwurf und im verabschiedeten Gesetzestext diesbezüglich identisch ist („*data is/are contained in the CIR*“), sind damit wohl keine inhaltlichen Änderungen intendiert worden.

783 Siehe *Europäische Datenschutzbeauftragte*, Reflexionspapier zur Interoperabilität von Informationssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

Daten mit sich.⁷⁸⁴ Zwar kann der Datenabgleich im Rahmen der Interoperabilität in einem gewissen Umfang auch bei der Behebung von Fehlern hilfreich sein. Da dies jedoch nur für den Abgleich von Daten aus verschiedenen Systemen gilt, bleibt das grundsätzliche Problem im Zusammenhang mit fehlerhaft erhobenen Daten aber bestehen. Bei zunehmender Interoperabilität kann sich das Problem fehlerhafter Datensätze sogar noch verschärfen: nämlich dann, wenn aufgrund des Konzepts des gegenseitigen Vertrauens keine gewissenhafte Überprüfung des Einzelfalls (mehr) erfolgt, sondern lediglich auf die von einem anderen Mitgliedstaat erhobene Daten aus einem der verknüpften Systeme zurückgegriffen wird.⁷⁸⁵

Ferner macht die Komplexität der Datensysteme es den betroffenen Personen schwer nachvollziehen, wo welche Daten über sie gespeichert sind.⁷⁸⁶ Sofern die Urheberschaft von Daten den betroffenen Personen nicht bekannt ist oder Staaten sich ohne die Möglichkeit einer Überprüfung auf Daten anderer Staaten berufen, wird es trotz des in den InteroperabilitätsVOen vorgesehenen Schutzes und der Anwendbarkeit der Datenschutz-Standards oftmals schwer sein, sich gegen fehlerhafte Daten effektiv zur Wehr zu setzen.⁷⁸⁷ Damit droht auch ein Konflikt mit dem Recht auf einen effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 GRCh,⁷⁸⁸ wenngleich in der gesetzlichen Ausgestaltung explizit Informations- und Berichtigungsrechte vorgesehen sind und ein Web-Portal zur Erleichterung der Ausübung dieser Rechte eingerichtet werden soll.⁷⁸⁹

784 Und dies in nicht unerheblichem Maße, siehe *European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion 1/2018: Interoperability and Fundamental Rights Implications, S. 49 m.w.N.

785 Siehe *Brouwer*, Interoperability of Databases and Interstate Trust: A Perilous Combination for Fundamental Rights.

786 Siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794.

787 Siehe *Brouwer*, Interoperability of Databases and Interstate Trust: a Perilous Combination for Fundamental Rights und *European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion 1/2018: Interoperability and Fundamental Rights Implications, S. 50 ff.

788 Siehe *Bossong*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, S. 30, gestützt auf die inklusive Auslegung der Verfahrensrechte in EuGH, *El Hassani* (C-403/16), EU:C:2017:960, Rn. 42, wonach bei Ablehnung von Visumsanträgen ein gerichtlicher Rechtsbehelf erforderlich ist und eine Überprüfung allein durch die Verwaltung folglich nicht ausreicht.

789 Siehe Art. 47 f. InteroperabilitätsVO I und II.

3. Evaluation der Entwicklung im Bereich der IT-Systeme

Die beständige Fortentwicklung der bestehenden informationstechnischen Systeme und Datenbanken (SIS, VIS, Eurodac) führt zu einer nahezu lückenlosen Dokumentation und Kontrolle von Migration. Diese Entwicklung bringt eine erhebliche Intensivierung der Illegalisierungen mit sich, da sie komplexere Prüfungsvorgänge ermöglicht und die Feststellung von Devianz erheblich erleichtert. Die neueren Instrumente sind von der Idee einer Permeabilität geprägt, nach der die neuen technischen Möglichkeiten für ein differenzierteres Kontrollsystem genutzt werden sollen. Diese Individualisierungstendenz bei der Kontrolle wirkt sich über die daran geknüpften Anforderungen und Restriktionen auf die verschiedenen Illegalisierungsprozesse aus. Sofern dies zu neuen Anforderungen führt wie bei der ETIAS-Reisegenehmigung, bedeutet dies ein „Mehr“ an Illegalisierung.

Der Ausbau der bestehenden Systeme, kombiniert mit der Schaffung neuer Systeme und Datenbanken und der zunehmenden Vernetzung, birgt zudem eine Vielzahl an Risiken und ruft daher vielfältige Kritik hervor. Zunächst hat sich in der Vergangenheit bereits gezeigt, dass die Umsetzung informationstechnologischer Erneuerungen oftmals wesentlich langwieriger und kostspieliger ist, als zunächst geplant, womit die Glaubwürdigkeit und Unterstützung der Projekte gefährdet werden kann.⁷⁹⁰ Für den Bereich der illegalisierten Migration ist insbesondere die Frage spannend, inwieweit die informationstechnischen Systeme und „intelligenten Grenzen“ tatsächlich Auswirkungen auf die Migrationsbewegungen haben. Die möglichen oder tatsächlichen Auswirkungen auf die einer Migrationsbewegung zugrundeliegenden subjektiven Motive lassen sich kaum ergründen. Die Frage, inwieweit die Neuerungen in der Lage sind, die anvisierten Ziele der Terrorismusbekämpfung und der Reduzierung illegalisierter Migration voranzubringen, lässt sich hingegen zumindest in Teilen antizipieren. Da das EES keinen umfassenden und unmittelbaren Zugriff durch die Polizeibehörden vorsieht und im Rahmen regulärer Grenzkontrollen nur die Visadaten abgeglichen werden sollen, sind die damit einhergehenden substanziellen Veränderungen voraussichtlich überschaubar, und das EES dürfte eher dem Zweck der „Verwaltung der legalen Migration“ dienen. Hierfür spricht auch die – trotz Einführung eines biometri-

790 Siehe *Bossong*, *Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU*, S. 18 f.

schen Ein-/Ausreisystems – gleichbleibende Entwicklung illegalisierter Migration in den USA.⁷⁹¹

Ferner bestehen Zweifel hinsichtlich des Schutzes vor Diskriminierung. Wenngleich die neuen InteroperabilitätsVOen einen Diskriminierungsschutz vorschreiben, beschränkt sich dieser auf die „Verarbeitung personenbezogener Daten“⁷⁹² und erfasst somit weder mögliche Diskriminierungen im Rahmen individueller Kontrollen basierend auf den Interoperabilitätsmechanismen, noch diskriminierende Aspekte in der Grundkonzeption.⁷⁹³ Der EuGH hatte an anderer Stelle eine Differenzierung anhand der Nationalität in der Datenverarbeitung zum Zwecke der Kriminalitätsbekämpfung untersagt, da sich die Situation von eigenen und fremden Staatsangehörigen für den jeweiligen Staat „im Hinblick auf das Ziel der Bekämpfung der Kriminalität“ nicht unterscheidet.⁷⁹⁴ Dementsprechend ist die Rechtmäßigkeit der unterschiedlichen Behandlung von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen⁷⁹⁵ zumindest dann zweifelhaft, wenn die Datenverarbeitung der Kriminalitätsbekämpfung dient.

791 Siehe *Bossong*, *Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU*, S. 20 f.

792 Siehe Art. 5 InteroperabilitätsVO I und II.

793 Insbesondere die Ungleichbehandlung von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen, siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM(2017) 794, S. 3.

794 Siehe EuGH, *Huber* (C-524/06), EU:C:2008:724, Rn. 76 ff. Auch der EuGH sieht in einer unterschiedlichen Verarbeitung der Daten von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen im Rahmen der Kriminalitätsbekämpfung eine Verletzung des Diskriminierungsschutzes, da die Situation „im Hinblick auf das Ziel der Bekämpfung der Kriminalität“ unabhängig von der Staatsangehörigkeit ist und somit eine „systematische Verarbeitung personenbezogener Daten allein derjenigen Unionsbürger, die keine Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats sind“, nicht zu rechtfertigen vermag.

795 Die unterschiedliche Behandlung von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen spiegelt die in der Grundprogrammierung dargestellte Unterscheidung wider, siehe Kapitel 3 § 1 III. Sie ist bewusst in den Instrumenten verankert worden, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 794 final vom 12. Dezember 2017, S. 20, wonach diese „in erster Linie auf Drittstaatsangehörige ab[zielen], deren Daten in einem zentralen Informationssystem der EU erfasst sind“ und darüber hinaus „das Vertrauen der Öffentlichkeit stärken [dürften], da sie gewährleisten, dass die Sicherheit der EU-Bürger aufgrund der Konzipierung und Nutzung der Systeme erhöht wird.“

Weiter droht die Interoperabilität von informationstechnischen Systemen mit der datenschutzrechtlichen Vorgabe, zwischen „den personenbezogenen Daten verschiedener Kategorien betroffener Personen“ klar zu unterscheiden, zu konfigurieren,⁷⁹⁶ wenn die gespeicherten Daten teilweise in Verbindung mit kriminellem Verhalten oder illegalisierten Grenzübertritten und gleichermaßen von *bona fide* Reisenden erhoben werden, womit außerdem auch die Vereinbarkeit mit dem Prümer Vertrag und Beschluss und weitergehenden Fragen im Bereich des Datenschutzes aufgeworfen werden.⁷⁹⁷

Zudem haben die veränderten Zugriffsmöglichkeiten im Rahmen der Interoperabilität Auswirkungen auf die der Datenerhebung und -verarbeitung zugrundeliegende Zweckbindung. Die in den InteroperabilitätsVOen vorgesehenen Mechanismen ermöglichen zukünftig regelmäßig den bis dato nur in Ausnahmefällen möglichen Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf die Informationen aus den Datenbanken im Bereich von Migration und Grenzen und führen damit zu einer entscheidenden Neugestaltung der Zweckbindung.⁷⁹⁸

Schließlich sollen die Maßnahmen zur Weiterentwicklung der informationstechnischen Systeme sicherstellen, dass die persönlichen Daten möglichst fehlerfrei sind. Wenngleich dies nur in beschränktem Umfang möglich ist, dient dieser Aspekt nicht nur dem staatlichen bzw. behördlichen Interesse, sondern kann auch dem individuellen Interesse von Migrant*innen dienen.⁷⁹⁹

Mit Ausnahme der Aussicht auf eine mögliche Korrektur fehlerhafter Datensätze durch den Abgleich verschiedener Datensätze dient der Ansatz

796 Siehe Art. 6 JI-RL, welche beispielsweise zur Differenzierung zwischen Verdächtigen, Straftäter*innen, Opfern und anderen Beteiligten wie Zeug*innen auffordert.

797 Beispielsweise in Eurodac oder im VIS, siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794.

798 Siehe *Bossong*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, S. 28, der technische Mittel (wie beispielsweise das „bit/no-bit“-Verfahren) als nicht ausreichend zur Vermeidung der entstehenden datenschutzrechtlichen Konflikte erachtet.

799 Siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794, S. 2.

der Interoperabilität somit primär den Behördeninteressen. Die mit umfassenderen und vereinfachten Zugriffsmöglichkeiten einhergehenden Probleme im Bereich des Datenschutzes und des Diskriminierungsschutzes werden unzureichend adressiert. Insofern lassen sich die Entwicklungen im Bereich der informationstechnischen Systeme und Datenbanken nicht allein aus einer neutralen Ordnungsperspektive erklären. Da es bei der Interoperabilität nicht nur um die Verbesserung des Datenmaterials geht, sondern die Verknüpfungen eine Erleichterung der Arbeit der Behörden darstellen, welche negative Auswirkungen auf die Rechtspositionen von Migrant*innen mit sich bringt, muss auch die Nützlichkeitsperspektive hinzugenommen werden, um die Entwicklung umfassend nachvollziehen zu können.

IV. Zwischenresümee

Migrationskontrollinstrumente sind von eminenter Bedeutung für die Konstruktion illegalisierter Migration. An ihnen konkretisieren sich die abstrakten Regelungen der Migrationssteuerung, indem sie die Orte und Formen des Zusammentreffens von Exekutive und Migrant*innen festlegen. Während physische (Grenz-)Kontrollen an den Außengrenzen weiterhin bedeutsam sind und Abschottungen an den Außengrenzen schon den Zugang zum Hoheitsgebiet und den eigentlichen Kontrollpunkten zu unterbinden versuchen, haben in den vergangenen Jahren auch Kontrollen an den Binnengrenzen (teils in Form von wirkungsgleichen Polizeikontrollen) eine Renaissance erlebt. Die Verstärkung von Migrationskontrollen, insbesondere im Grenzbereich, hat dabei oftmals dahingehend ambivalente Effekte, dass mit ihr zwar ein gewisser Abschreckungseffekt verbunden ist, dieser jedoch eher zu einer Verschiebung von Migrationsbewegungen als zu einer Reduzierung führt. Eine umfassendere Kontrolle muss daher nicht zwingend eine signifikante Reduzierung illegalisierter Migration zur Folge haben.

Bei der der Migrationskontrolle gewinnen daneben zunehmend informationstechnische Systeme und Datenbanken an Bedeutung, welche auf verschiedenen Ebenen eine Transformation des Migrationskontrollregimes mit sich bringen. Die einzelnen Systeme und Datenbanken wachsen stetig an. Es werden mehr Personen erfasst, mehr Daten gespeichert und mehr Zugriffsmöglichkeiten vorgesehen mit dem Ergebnis einer immer umfas-

senderen Dokumentation und Kontrolle⁸⁰⁰ – und damit einer Verstärkung der Illegalisierungsprozesse.

Die Entwicklung zeichnet sich jedoch nicht nur durch eine quantitative Steigerung aus. Auch die Qualität der Instrumente nimmt zu, da diese immer mehr auch für Analysezwecke in Bezug auf Risikoeinschätzungen eingesetzt werden (siehe PeDRA und ETIAS). Diese automatisierten Bewertungen und Risikoanalysen lösen zunehmend die Einteilung anhand der Herkunftsländer ab und führen somit zu einer Individualisierung der Kontrollen. Die umfassenden Datensätze ermöglichen eine komplexere Einschätzung der einzelnen Person und deren Umstände. Insofern kann das komplexe Zusammenspiel der Migrationskontrollinstrumente mit *Broeders* als „Sortiermaschine“ bezeichnet werden, welche Migrant*innen „kennzeichnet“ und „standardisiert“, wobei manche dadurch privilegiert, andere dagegen exkludiert und ausgeschlossen werden.⁸⁰¹

Aus dieser Individualisierung bei den Migrationskontrollen folgt eine Differenzierung der Illegalisierungsprozesse, da sich diese nicht nur in ihren Anforderungen, Sanktionen etc. unterscheiden, sondern zunehmend auch hinsichtlich der entsprechenden Kontrollen.

Die Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten wird damit noch komplexer und im Ergebnis auch umfassender. Die Bedeutung von Migrationskontrollinstrumenten bei der Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten, insbesondere der IT-Systemen und Datenbanken, wird oftmals nicht ausreichend gewürdigt, da diesen grundsätzlich eine „dienende“ Rolle zugeordnet ist. Sie sind als „Bindeglieder“ bzw. „Transmissionsriemen“ im Rahmen einer Dekonstruktion, welche der Frage nachspürt, wie die zur „Illegalität“ führenden Illegalisierungsprozesse konstruiert werden, jedoch gleichermaßen bedeutsam wie aufschlussreich.

800 Aufgrund des zunehmenden Einsatzes von Überwachungsmitteln an den EU-Außengrenzen wurde teilweise der Begriff der „elektronischen Festung“ verwendet, siehe *Hayes/Vermeulen*, *Borderline – The EU's New Border Surveillance Initiatives*, S. 4.

801 „[B]order surveillance can be seen as a sorting machine designed to earmark, standardize and sometimes even privilege part of the migrant population whilst at the same time earmarking, denying access and attempting to exclude and expel another part.“ Siehe *Broeders*, in: *Dijstelbloem/Meijer* (Hrsg.), *Migration and the New Technological Borders of Europe*, S. 40-67 (47).

§ 2 Die Außendimension – Formen der Externalisierung

Die Migrationskontrolle und -steuerung beginnt nicht erst an der Grenze. Neben dem Ausbau der oben beschriebenen Migrationskontrollinstrumente der EU besteht im Bereich der Migrationssteuerung und Grenzkontrollen bzw. Grenzsicherung als Reaktion auf eine „geopolitische Ausdehnung der Migration“⁸⁰² seit einigen Jahren die Tendenz, die Außendimension (*external dimension*) verstärkt in den Fokus zu nehmen. Nachdem wesentliche Bestandteile der Migrationskontrolle zunächst im europäischen Rahmen auf ein intergouvernementales und später zunehmend supranationales Level gehoben wurden,⁸⁰³ folgt nun eine Verlagerung nach außen.⁸⁰⁴ Diese Tendenz ist eines der prägenden Entwicklungsmerkmale der europäischen Migrationspolitik⁸⁰⁵ und von zentraler Bedeutung für die Konstruktion illegalisierter Migration, da sich der räumliche und zeitliche Anknüpfungspunkt migrationsrechtlicher Regelungen verschiebt. Im Folgenden soll zunächst auf die einschlägigen Begrifflichkeiten eingegangen werden (I.) und die Entwicklung und Implikationen dargestellt werden (II.), bevor eine Auseinandersetzung mit der Kompetenzverteilung (III.) und autonomen (IV.) sowie kooperativen (V.) Externalisierungen erfolgt.

I. Begrifflichkeiten der Außendimension

Die Außendimension der Migrationspolitik beschreibt generell den Regelungs- und Wirkungsbereich außerhalb der EU, wobei die Anknüpfungspunkte, Instrumente, Wirkungsmechanismen und die damit einhergehenden Verschiebungen und Ausdehnungen vielfältig sind. Die Außendimension spielt auf EU-Ebene nicht nur im Bereich des Migrationsrechts eine (zunehmend) wichtige Rolle.⁸⁰⁶ Im Folgenden sollen sich die Ausführungen entsprechend der Ausrichtung der Untersuchung jedoch darauf konzentrieren.

802 Siehe *Geddes*, JCMS 2005, S. 787-806 (791).

803 Siehe zur Entwicklung ausführlich Kapitel 3 § 2.

804 Siehe *Lavenex*, West European Politics 2006, S. 329-350.

805 Vielleicht ist es sogar *das* prägende Merkmal. *Oliveira*, KJ 2016, S. 167-179, spricht hinsichtlich der zur Externalisierung korrespondierenden Frage nach dem („nicht-illegalisierten“) Zugang zu internationalem Schutz nachvollziehbar von der „Gretchenfrage im Flüchtlingsrecht“.

806 Siehe beispielsweise zur Außendimension der Sozialpolitik der EU, *Eichhorst et al.*, PE 440.287: The External Dimension of EU Social Policy.

Dieses Entwicklungsphänomen wird meist mit dem Begriff der Externalisierung (respektive Internalisierung) beschrieben,⁸⁰⁷ es werden aber auch die Begriffe der Extra-Territorialisierung⁸⁰⁸ oder *external governance*⁸⁰⁹ verwendet, welche jeweils unterschiedliche Aspekte der Entwicklung akzentuieren.

Das Konzept der *external governance* dient eher einer allgemeinen Beschreibung der Ausdehnung des unionsrechtlichen Rechtsregimes. Es betont den „Export“ von Regelungen und Normen über das eigene Hoheitsgebiet hinaus. Zusammenfassen lässt sich die *external governance* als ein Zusammenspiel verschiedener Maßnahmen und Prozesse, wodurch eine Entität (die EU) das Verhalten einer anderen Entität (Staat X) kontrolliert.⁸¹⁰ Beispielhaft hierfür sind die Beitrittsverfahren zur EU, wobei auch die zunehmend komplexen gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnisse von Staaten als Auslöser für die *external governance* fungieren.⁸¹¹ Teil dieser allgemeinen Ausdehnung des Rechtsregimes im Sinne eines „Regelungsexports“ sind auch migrationsrechtliche Regelungen. Diese spielen in dem Bereich der Außendimension jedoch keine besondere Rolle.

Externalisierung, die Nach-Außen-Verlagerung, wird teils auf die neofunktionalistische Konzeption von *Schmitter*⁸¹² zurückgeführt und beschreibt die Expansion von (Innen-)Politiken der EU auf Drittstaaten, (auch) ohne dass eine zukünftige Mitgliedschaft in der EU in Aussicht steht.⁸¹³ Dem gegenüber wird in diesem Kontext von „Internalisierung“, der Nach-Innen-Verlagerung, gesprochen, wenn die EU als eigenständige

807 Siehe statt vieler nur *Gammeltoft-Hansen*, in: *Guild/Minderhoud* (Hrsg.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, S. 273-298; *Bossong/Carrapico* (Hrsg.), *EU Borders and Shifting Internal Security*; *Moreno-Lax/Lemberg-Pedersen*, *Questions of International Law* 2019, S. 5-33; *Liguori*, *Migration Law and the Externalization of Border Controls* und *Spijkerboer*, *Journal of Refugee Studies* 2018, S. 216-239.

808 Siehe *Rijpma/Cremona*, *EUI Working Papers LAW* 2007/01, S. 1-24.

809 Siehe *Lavenex*, *Journal of European Public Policy* 2004, S. 680-700.

810 Siehe *Balzacq*, in: *Balzacq* (Hrsg.), *The External Dimension of EU Justice and Home Affairs*, S. 1-32 (2), der ferner unter Berufung auf *Rodier* das Konzept der Extra-Territorialisierung als „Avatar“ der *external governance* bezeichnet.

811 Siehe *Lavenex/Schimmelfennig*, *Journal of European Public Policy* 2009, S. 791-812 (793), welche die Staateninterdependenz als „trigger“ für die Ausweitung der *external governance* sehen.

812 Siehe *P. Schmitter*, in: *Whitehead* (Hrsg.), *The International Dimensions of Democratization*, S. 26-54.

813 Siehe *Wolff*, in: *Balzacq* (Hrsg.), *The External Dimension of EU Justice and Home Affairs*, S. 154-183 (158 f.), wobei das Konzept von *Schmitter* von 1996 ist und nicht, wie dort angeführt, von 1969.

politische Einheit mit Drittstaaten über Angelegenheiten in Verhandlung tritt, welche traditionell in den Bereich der Innenpolitik fallen,⁸¹⁴ wenn die Außenpolitik also von den Institutionen der Innenpolitik bestimmt wird.⁸¹⁵ Sowohl Externalisierung als auch Internalisierung beschreiben daher im Ergebnis ein Verschwimmen der Grenze zwischen den Politik- und Regelungsbereichen, die klassischerweise der Innen- oder Außenpolitik zugeordnet werden. Die Verfolgung innenpolitischer Ziele findet zunehmend auch im außenpolitischen Rahmen statt, bzw. die Außenpolitik wird durch innenpolitische Ziele geprägt.

Rijpma und *Cremona* verwenden anstelle der Externalisierung den Begriff der Extra-Territorialisierung mit dem Argument, dass der Begriff der Externalisierung zu eng gefasst sei, wobei sie sich dabei auf die Definition von *Grossman* und *Helpman* zum Phänomen des *outsourcing*⁸¹⁶ stützen. Da die Externalisierung im ökonomischen Sinne (das *outsourcing*) eine externe Entität erfordert, an die etwas übertragen wird, lasse sich dies nicht auf die Analyse der Migrationspolitik der EU übertragen, weil diese teilweise auch unabhängig von einer Einbindung von Drittstaaten erfolgen könne, beispielsweise im Rahmen der Visa-Politik.⁸¹⁷ Von diesem Betrachtungswinkel aus ergibt die Argumentation durchaus Sinn. Die Gleichsetzung von *outsourcing* und Externalisierung als „*franglais*“⁸¹⁸ kann jedoch nur bedingt überzeugen, da die beiden Sprachräume zu trennen sind und die Begrifflichkeiten im Englischen deutlich unterscheidbar sind.

Ferner ist aus der Beschreibung eines spezifisch ökonomischen Phänomens auch nicht zwingend eine generelle Verengung des Begriffs ableitbar. Daher ist eine synonyme Verwendung der Begriffe „Externalisierung“ und „Extra-Territorialisierung“ nicht notwendigerweise abzulehnen.

Wenngleich der Begriff der Extra-Territorialisierung eine gewinnbringende Akzentverschiebung darstellen kann, da er im Gegensatz zum eher entitäts-bezogenen Begriff der Externalisierung den Zusammenhang der Entwicklungen zur (komplexen und sich wandelnden) Konzeption von Territorialität betont, soll im Rahmen der Untersuchung der Begriff der Externalisierung (in einem weiten Verständnis) verwendet werden, weil er

814 Siehe *Balzacq*, in: *Balzacq* (Hrsg.), *The External Dimension of EU Justice and Home Affairs*, S. 1-32 (2).

815 Diese Bestimmung erfolgt im Kontext der EU also konkret vom Rat für Justiz und Inneres anstelle des Rats für Auswärtige Angelegenheiten, d.h. von den Innenminister*innen der Mitgliedstaaten anstelle der Außenminister*innen.

816 Siehe *Grossman/Helpman*, *Review of Economic Studies* 2005, S. 135-159.

817 Siehe *Rijpma/Cremona*, *EUI Working Papers LAW* 2007/01, S. 1-24.

818 Im Französischen wird *outsourcing* als *externalisation* bezeichnet.

die Entwicklungen auf konzeptioneller Ebene am umfassendsten beschreibt.

II. Entwicklung und Implikationen

Nach der Klärung der Begrifflichkeiten, sollen im Folgenden die Entwicklung und die Konzeption der Außendimension beleuchtet werden.

1. Entwicklung

Die Entwicklung der Außendimension in der Migrationspolitik und damit auch im Migrationsrecht der EU ist kein so neues Phänomen, wie es bisweilen scheint. Schon im Tampere-Programm von 1999 wurde die „Partnerschaft mit Herkunftsländern“ im Rahmen eines „umfassenden Migrationskonzept[s]“ gefordert und die Bekämpfung der „illegale[n] Einwanderung an ihrer Wurzel“ in den breiteren Ansatz einer „Steuerung der Migrationsströme“ eingebettet.⁸¹⁹ 2005 stellte der *Global Approach to Migration* (GAM)⁸²⁰ einen breiter gefassten Rahmen auf, welcher die Vielschichtigkeit von Migration besser zu fassen versuchte und in überarbeiteter und umbenannter Form seit 2011 im *Global Approach to Migration and Mobility* (GAMM)⁸²¹ einen übergeordneten Rahmen der auswärtigen Migrationspolitik der EU festlegt. Dieser soll die „externe Dimension der Migrationspolitik der EU“ konkretisieren, „auf einer echten Partnerschaft mit Nicht-EU-Ländern basieren und Fragen der Migration und Mobilität umfassend und ausgewogen angehen.“⁸²² Dieser Ansatz findet sich auch bereits im 2006 eingeleiteten sogenannten Rabat-Prozess,⁸²³ der eine Verbesserung des Dia-

819 Siehe Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999, Punkt 11 und 22 ff.

820 Siehe Europäischer Rat, Brüssel – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Dezember 2005, 15914/05, Punkt 8 ff.

821 Siehe Europäische Kommission, Gesamtansatz für Migration und Mobilität, KOM(2011) 0743 endg. vom 18. November 2011.

822 Siehe Europäische Kommission, Gesamtansatz für Migration und Mobilität, KOM(2011) 0743 endg. vom 18. November 2011, S. 5.

823 Siehe Rabat Declaration vom 11. Juli 2006. Es folgten seitdem regelmäßige Erklärungen und Aktionspläne, welche den Prozess konkretisierten und fortschrieben. Zuletzt die Politische Erklärung und der Aktionsplan 2018-2020 von Marrakesch vom 2. Mai 2018, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites>

logs und der Zusammenarbeit im Bereich der Migration mit den Staaten aus Nord-, West- und Zentralafrika zum Ziel hat, sowie im 2014 gestarteten sogenannten Khartum-Prozess, der eine zwar unverbindliche, aber umfassende und vertiefte Zusammenarbeit im Bereich Migration und Mobilität mit den Staaten am Horn von Afrika anvisiert.⁸²⁴ 2016 wurde der GAMM durch den „neuen Migrationspartnerschaftsrahmen“ komplementiert,⁸²⁵ welcher eine Bündelung von verschiedenen Instrumenten und Einflussmöglichkeiten in umfassenden Partnerschaften („Migrationspakete“) mit Drittländern anstrebt, um Migration besser zu steuern. Und auch in der Strategischen Agenda des Europäischen Rates 2019-2023 wird das Konzept aufgegriffen, wenn dort unter anderem ausgeführt wird: „Wir sind entschlossen, weiter auf eine uneingeschränkt funktionierende, umfassende Migrationspolitik hinzuarbeiten. Wir werden unsere Zusammenarbeit mit Herkunfts- und Transitländern fortführen und vertiefen, um illegale Migration und Menschenhandel zu bekämpfen und für effektive Rückführungen zu sorgen.“⁸²⁶

Diese Entschlossenheit spiegelt sich auch in der Finanzierung wider. So soll das Budget für den Migrationsbereich im Mehrjährigen Finanzrahmen 2021-2027 im Vergleich zur vorherigen Periode 2014-2020 von 12,4 auf fast 33 Milliarden Euro erhöht werden und neben dem aufgestockten Asyl- und Migrationsfonds nun auch einen neuen Fonds für Integriertes Grenzmanagement von über 11 Milliarden beinhalten.⁸²⁷

Ferner hatte die Kommission 2018 vorgeschlagen, ein „Instrument für Nachbarschaft, Entwicklungszusammenarbeit und internationale Zusammenarbeit“ einzurichten, welches die im vorausgegangenen Mehrjährigen Finanzrahmen noch einzeln gegliederten externen Aktivitäten in ein ge-

/homeaffairs/files/20180503_declaration-and-action-plan-marrakesh_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

824 Siehe Declaration of the Ministerial Conference of the Khartoum Process (EU-Horn of Africa Migration Route Initiative) vom 28. November 2014. Kritisch *Theurer*, KJ 2018, S. 280-294, die den Khartum-Prozess als „externalisiertes ‚Reparatur-Moment‘“ bezeichnet (282, Hervorhebung im Original).

825 Siehe Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über einen neuen Partnerschaftsrahmen für die Zusammenarbeit mit Drittländern im Kontext der Europäischen Migrationsagenda, COM(2016) 385 vom 7. Juni 2016.

826 Europäischer Rat, Eine neue Strategische Agenda 2019-2024, Schlussfolgerungen vom 20. Juni 2019, EUCO 9/19.

827 Siehe Europäische Kommission, Mehrjähriger Finanzrahmen 2021-2027, COM(2018) 321 final vom 2. Mai 2018, S. 16 f.

meinsames Instrument überführen soll,⁸²⁸ und die dafür vorgesehenen Gesamtmittel um ca. 30 Prozent zu erhöhen.⁸²⁹

2. Implikationen

Externalisierungen sind meist von einer hierarchischen Beziehung zwischen den verschiedenen territorialen Hoheitsgewalten geprägt, so dass die wesentliche Entscheidungsmacht auf der einen Seite (EU) steht, während die Umsetzung größtenteils auf dem Gebiet der anderen Seite (Drittstaat) stattfindet.⁸³⁰ Der Regelungs- und Einflussrahmen wird auf das Gebiet anderer Staaten ausgedehnt, diesen Staaten jedoch nur in sehr beschränktem Maße Zugang zu den Institutionen der EU gewährt und damit auch nur geringer Einfluss auf die Regelungsentwicklung innerhalb der EU zugestanden.⁸³¹

Dabei ist es eigentlich unzutreffend, von dem Gebiet und den Grenzen der EU zu sprechen, da sich die einschlägigen Regelungen oftmals auf den Schengen-Raum beziehen, welcher vom gemeinsamen Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten abweicht.⁸³² Die Differenzierung zwischen den Mitgliedstaaten der EU und den Schengen-Staaten bzw. der EU als Akteurin soll jedoch für die nachfolgenden Ausführungen nicht weiter berücksichtigt werden, da die diesbezüglichen Abweichungen bei einer konzeptionellen Betrachtung von untergeordneter Bedeutung sind.

Ferner ist es grundsätzlich wichtig, die Außendimension der Angelegenheiten der EU auf den Gebieten Justiz und Inneres⁸³³ nicht mit der Außen-

828 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2018) 460 final vom 14. Juni 2018.

829 Siehe Europäische Kommission, Mehrjähriger Finanzrahmen 2021-2027, COM(2018) 321 final vom 2. Mai 2018, S. 21

830 Siehe *Zapata-Barrero*, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* 2013, S. 1-36 (5).

831 Siehe *Lavenex*, *Journal of European Public Policy* 2004, S. 680-700 (684).

832 Während Irland Teil der EU und nicht umfasst ist (ebenso das Vereinigte Königreich bis zu dessen Austritt aus der EU), gehören Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz als Nicht-Mitgliedstaaten dazu. Die EU-Mitgliedsländer Bulgarien Rumänien und Kroatien wenden den Schengen-Acquis bislang nur teilweise an.

833 Siehe zur Entwicklung *Boswell*, *International Affairs*, S. 619-638.

politik gleichzusetzen, sondern vielmehr als ein eigenes Politikfeld mit eigenen Wirkmechanismen anzuerkennen.⁸³⁴

Die Entwicklungstendenz der Externalisierung lässt sich an einer Vielzahl unterschiedlicher Maßnahmen feststellen, welche sich sowohl uni-, bi- oder multilateral auf der staatlichen Ebene finden lassen, als auch unter der Einbeziehung von nichtstaatlichen Akteur*innen.⁸³⁵ Im Folgenden soll zunächst auf die Problematik der Kompetenzverteilung eingegangen werden, bevor daraufhin die für die Konstruktion migrationspezifischer Illegalisierung bedeutsamsten Externalisierungen, unterteilt in autonome und kooperative, dargestellt, erläutert und kontextualisiert werden.

III. Externalisierung und Kompetenzverteilung

Die Kompetenzverteilung im Primärrecht bezieht sich gewöhnlich nicht explizit auf die Außendimension der Regelungsbereiche, der EuGH hat jedoch in seiner Rechtsprechung das Konzept der „impliziten externen Kompetenzen“ (*implied external competences*)⁸³⁶ entwickelt. Hiernach können sich Kompetenzen im Externen nicht nur aus einer ausdrücklichen Erteilung in den Verträgen ergeben, sondern auch implizit aus anderen Regelungen ableiten lassen.⁸³⁷

1. Die Kompetenz für die Außendimension des Migrationsrechts

So wurden Rückübernahmeabkommen im EG-Vertrag auf Art. 63 Abs. 3 lit. b EGV gestützt, obwohl dieser im Gegensatz zu Art. 79 Abs. 3 AEUV den Abschluss von internationalen Abkommen nicht ausdrücklich vorsah und die Abkommen lediglich als zweckdienlich für

834 Siehe *Balzacq*, in: *Balzacq* (Hrsg.), *The External Dimension of EU Justice and Home Affairs*, S. 1-32 (1) m.w.N.

835 Ausführlich *Gammeltoft-Hansen*, *Access to Asylum*.

836 Siehe *Rijpma/Cremona*, *EUI Working Papers LAW 2007/01*, S. 1-24 (10 f.).

837 „Um im Einzelfall zu ermitteln, ob die Gemeinschaft zum Abschluß internationaler Abkommen zuständig ist, muß [sic] auf das System und auf die materiellen Vorschriften des Vertrages zurückgegriffen werden. Eine solche Zuständigkeit ergibt sich nicht nur aus einer ausdrücklichen Erteilung durch den Vertrag [...] sondern sie kann auch aus anderen Vertragsbestimmungen und aus in ihrem Rahmen ergangenen Rechtsakten der Gemeinschaftsorgane fließen.“ Siehe EuGH, *Commission v Council* (C-22/70), EU:C:1971:32, Rn. 15/19.

die Erreichung der Zielvorgaben der Norm (Rückführung illegalisierter Migrant*innen) angesehen wurden.⁸³⁸ Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass sich die Rechtsprechung zu den impliziten externen Kompetenzen ohne Weiteres auf sämtliche Aspekte der Außendimension im Migrationsrecht übertragen ließe. Vielmehr steht der immer umfassendere Ansatz in der Außendimension in einem Spannungsverhältnis zum Fehlen einer ausdrücklichen umfassenden Kompetenz der EU für die Außendimension des Migrationsrechts.⁸³⁹

Als explizite Kompetenz der EU für die Außendimension des Migrationsrechts findet sich zunächst die bereits erwähnte Kompetenz zur Schließung von Übereinkünften über eine Rückübernahme von Drittstaatsangehörigen in ihr Ursprungs- oder Herkunftsland in Art. 79 Abs. 3 AEUV. Daneben umfasst Art. 78 Abs. 2 lit. g AEUV die Zuständigkeit für die „Partnerschaft und Zusammenarbeit mit Drittländern zur Steuerung des Zustroms von Personen, die Asyl oder subsidiären bzw. vorübergehenden Schutz beantragen“. Ob dies ebenfalls eine explizite externe Kompetenz oder lediglich eine interne Kompetenz darstellt, von welcher gegebenenfalls eine „implizite externe Kompetenz“ abgeleitet werden kann, ist nicht eindeutig. Dies kann jedoch auch dahingestellt bleiben, da die meisten Externalisierungsmaßnahmen nicht in den Bereich der in Art. 78 AEUV geregelte Asyl- und Flüchtlingspolitik fallen, sondern vielmehr in die Einwanderungspolitik aus Art. 79 AEUV, womit nur der Rückgriff auf die EuGH-Rechtsprechung zu den „impliziten externen Kompetenzen“ bleibt.⁸⁴⁰

Voraussetzung für eine implizite externe Kompetenz ist nach der Rechtsprechung des EuGH, dass der Abschluss eines internationalen Abkommens in einem bestimmten Politikfeld „erforderlich“ ist, um die Ziele der korrespondierenden internen Kompetenz der EU zu erreichen.⁸⁴¹ Dieser Maßstab wurde nunmehr auch in Art. 216 AEUV übernommen,⁸⁴² womit diese Vorschrift in Verbindung mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung aus Art. 5 EUV die wesentlichen Vorgaben beinhaltet.

Grundsätzlich lassen sich für die verschiedenen Externalisierungsmaßnahmen durchaus (interne) Kompetenzzuweisungen in den Verträgen finden, deren Ziele mit den Maßnahmen gefördert werden. So umfassen

838 Siehe *Rijpma/Cremona*, EUJ Working Papers LAW 2007/01, S. 1-24 (10).

839 Siehe *García Andrade*, CMLR 2018, S. 157-200.

840 Siehe *García Andrade*, CMLR 2018, S. 157-200 (160 f.).

841 Siehe EuGH, *Opinion 1/76*, EU:C:1977:63, Rn. 3.

842 „[W]enn der Abschluss einer Übereinkunft im Rahmen der Politik der Union [...] zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich [ist].“

Art. 77 Abs. 2 lit. a, b und d AEUV Visa und kurzfristige Aufenthaltstitel, Kontrollen an den Außengrenzen sowie den Grenzschutz an den Außengrenzen; Art. 79 Abs. 2 lit. a und c AEUV beinhalten die Regelung der Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen nicht illegalisierter Migration sowie die Bekämpfung der illegalisierten Migration. Daraus lassen sich grundsätzlich entsprechend weitgehende Kompetenzen in der Außendimension ableiten. Als Grenze dieser aus den internen Zuständigkeiten abgeleiteten umfassenden externen Kompetenz kommt einerseits Art. 79 Abs. 5 AEUV in Betracht, welcher den Mitgliedstaaten eine Berechtigung zur quantitativen Migrationssteuerung zugesteht⁸⁴³ und somit die Möglichkeit der EU begrenzt, über den Arbeitsmarktzugang Anreize für Zusagen in der Kooperation von Drittstaaten zu setzen. Andererseits ist die Rechtsharmonisierung durch die EU im Bereich der Integration durch Art. 79 Abs. 4 AEUV beschränkt.⁸⁴⁴

Unabhängig von diesen Beschränkungen steht die umfassende Anwendung der Doktrin zu den impliziten externen Kompetenzen jedoch in einem Spannungsfeld zu der Zurückhaltung der Mitgliedstaaten bei der ausdrücklichen Kompetenzübertragung. Wenn eine so umfassende Kompetenz auch in der Außendimension intendiert gewesen ist, stellt sich die Frage, warum diese dann nur punktuell explizit erteilt worden ist. Diese Diskrepanz wirft ein kritisches Licht auf die großzügige Auslegung der impliziten externen Kompetenzen im Bereich des Migrationsrechts, zumal Ausnahmeregelungen grundsätzlich zurückhaltend anzuwenden sind. Würde eine weitgehende Erstreckung der internen Kompetenzen auf die Außendimension hingegen abgelehnt, würde die EU außerhalb ihrer Kompetenzen handeln, also *ultra vires*, womit es ihr an der notwendigen demokratischen Legitimation fehlen würde.⁸⁴⁵ Auch wenn man nicht so weit geht, die tatsächliche Kompetenz in der Außendimension zu verneinen, wird klar, dass die bestehende kompetenzrechtliche Ausgestaltung

843 Siehe *Thym*, in: Kluth/Heusch, Art. 79 AEUV, Rn. 26.

844 Siehe *García Andrade*, CMLR 2018, S. 157-200.

845 Die Problematik der fehlenden demokratischen Legitimation besteht freilich auch dann, wenn kein hinreichend qualifizierter Kompetenzverstoß vorliegt, wie ihn das BVerfG für eine *ultra vires*-Kontrolle fordert und voraussetzt, dass „das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt“, siehe BVerfG, 2 BvR 2661/06, Beschluss vom 6. Juli 2010, DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bvr266106, Rn. 61.

der Außendimension im Bereich des Migrationsrechts nicht unproblematisch ist.

Die Frage nach der Kompetenz ist daher nicht nur abstrakt für die Frage nach den zuständigen Akteur*innen der Illegalisierung und deren demokratische Legitimation bedeutend, sondern kann auch zu Rechtmäßigkeitsproblemen von Externalisierungsmaßnahmen führen, wie an der EU-Türkei-Erklärung im Folgenden exemplifiziert werden soll.

2. Handlungszuschreibung und Verbindlichkeit: Die EU-Türkei-Erklärung

Während es bei der allgemeinen Problematik der großzügigen Anwendung der Doktrin der impliziten externen Kompetenzen um die Konstellation ging, dass die EU unter Umständen in der Außendimension des Migrationsrechts außerhalb der ihr übertragenen Kompetenzen handelt und somit die demokratische Legitimation dafür fraglich ist, wirft der Fall der EU-Türkei-Erklärung kompetenzrechtliche Fragen aus einer anderen Perspektive auf. Die EU-Türkei-Erklärung wurde seitens der EU nicht als Akt der EU qualifiziert, sondern vielmehr als „die Frucht eines internationalen Dialogs zwischen den Mitgliedstaaten und der [Republik] Türkei und [sie] sollte angesichts ihres Inhalts und der Absicht ihrer Urheber weder rechtliche Bindungswirkungen entfalten noch eine Übereinkunft oder einen Vertrag darstellen“.⁸⁴⁶ Wenn die Erklärung weder Unionsakt ist noch rechtlich bindend, dann stellt sich auch die oben ausgeführte Kompetenzproblematik nicht. Doch die einseitige Qualifizierung als unverbindlicher Staatendialog ist durchaus zweifelhaft, bleibt allerdings für die weitere Entwicklung von Bedeutung.⁸⁴⁷

Obwohl die EU-Türkei-Erklärung auf der gemeinsamen Website des Europäischen Rates und des Rates der Europäischen Union in Form einer Pressemitteilung veröffentlicht wurde, ist auch das EuG der Auffassung, dass die Erklärung „weder als eine vom Europäischen Rat oder von einem anderen Organ, einer Einrichtung oder einer sonstigen Stelle der Union vorgenommene Handlung [...] angesehen werden [kann]“, vielmehr hät-

846 Siehe die Antwort des Europäischen Rats auf die Fragen des Gerichts, zitiert in EuGH, *NF / Europäischer Rat* (T-192/16), EU:T:2017:128, Rn. 27.

847 Insbesondere in Anbetracht der zunehmenden „Informalisierung“, siehe *Carrera*, in: *Carrera* (Hrsg.), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, S. 21-59 (53).

ten die Staats- und Regierungschefs ein „internationales Gipfeltreffen“ veranstaltet und als Vertreter der Mitgliedstaaten als völkerrechtliche Subjekte gehandelt, weshalb das Gericht hinsichtlich der vorgebrachten Klagen von drei Schutzsuchenden unzuständig sei.⁸⁴⁸ Diese Konstruktion eines Ausweichens auf einen „intergouvernementalen Politikmodus“ birgt die Gefahr, die gerichtliche Kontrolle von Unionsorganen zu umgehen. Deshalb muss es auf die zugrundeliegende Kompetenzverteilung ankommen und nicht auf den „äußeren Schein“. Damit wäre wohl eine Qualifizierung der Erklärung als Unionsakt geboten.⁸⁴⁹ Sofern die Erklärung jedoch als Unionsakt angesehen wird und Teile der Erklärung als rechtsverbindliche Zusagen qualifiziert werden, wären die Verfahrensvorschriften aus Art. 218 AEUV einzuhalten gewesen, es hätte also insbesondere die Zustimmung des Europäischen Parlaments eingeholt werden müssen.⁸⁵⁰

Die Qualifizierung als Unionsakt hätte demnach nicht nur die Kontrollmöglichkeit durch die Unionsgerichte zur Folge, sondern sie hätte durch die zwingende Einbeziehung des Parlaments auch eine Auswirkung auf die demokratische Legitimation des Handelns der EU in der Außendimension des Migrationsrechts. Die Umgehung des Parlaments in politischen Prozessen der EU und die damit einhergehenden Schwächung der demokratischen Legitimation ist auch bei der zunehmenden „Informalisierung“ von Rückübernahmeabkommen zu beobachten.⁸⁵¹

Es zeigt sich, dass es in der Außendimension bisweilen nicht nur schwierig ist festzustellen, wer eigentlich handeln darf, sondern auch wer tatsächlich gehandelt hat, wobei in beiden Fällen die demokratische Legitimation im Bereich der Externalisierungen umgangen zu werden droht. Eine entsprechende Vernachlässigung der demokratischen Legitimation ist ein Merkmal, welches bei einer kritischen Bestandsaufnahme zu berücksichtigen ist.

848 Siehe EuGH, *NF / Europäischer Rat* (T-192/16), EU:T:2017:128, Rn. 71.

849 Siehe *Bast*, Scharade im kontrollfreien Raum: Hat die EU gar keinen Türkei-Deal geschlossen?

850 Namentlich geht es hier um die Aufnahme syrischer Schutzsuchender und die vereinbarte Kostenübernahme, siehe *R. Hofmann/Schmidt*, NVwZ extra 2016, S. 1-9 (6). Kritisch auch *Spijkerboer*, *Journal of Refugee Studies* 2018, S. 216-239 (220 ff.).

851 Siehe *Carrera*, in: *Carrera* (Hrsg.), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, S. 21-59 (53).

IV. Autonome Externalisierungen der EU

Die verschiedenen Externalisierungsinstrumente lassen sich einteilen in autonome Externalisierungen, welche von der EU unabhängig von den betroffenen Drittstaaten vorgenommen werden (können) und kooperative Externalisierungen, in welche die Drittstaaten zumindest involviert sind.⁸⁵² So lassen sich beispielsweise die bereits beschriebenen Nutzungen informationstechnischer Systeme im Rahmen der Grenzkontrollen teilweise als autonome Externalisierungsmaßnahmen qualifizieren, da diese unabhängig von Drittstaaten erfolgen und schon vor dem Erreichen der physischen Außengrenzen Informationen erhoben werden, und teilweise auch (Vor-)Entscheidungen über die Illegalisierung⁸⁵³ einer Einreise getroffen werden.⁸⁵⁴ Gleiches gilt für den physischen Grenzschutz, welcher durch die Errichtung von Mauern oder Zäunen einseitig Migration bis auf das Hoheitsgebiet unterbindet, und damit territoriale Grauzonen zu schaffen versucht,⁸⁵⁵ wie sie sich in ähnlicher Form auch in den internationalen Transit-Zonen an Flughäfen finden.⁸⁵⁶

Ergänzend zu den bereits beschriebenen Migrationskontrollinstrumenten mit Externalisierungstendenz sollen im Folgenden das Visaregime und die Sanktionen für Beförderungsunternehmen als autonome Externalisierungen näher betrachtet werden.

852 Siehe *Rijpma/Cremona*, EUI Working Papers LAW 2007/01, S. 1-24 (13 ff.), die ferner als dritte Möglichkeit die (freiwillige) Inkorporation von bestimmten Regelungen in das nationale Recht von Drittstaaten aufführen, beispielsweise im Rahmen der Schengen-Systems (15).

853 *Spijkerboer*, EJML 2018, S. 452-469 (457) spricht in diesem Zusammenhang von der Verweigerung des Zugangs zur „Globalen Mobilitäts-Infrastruktur“.

854 Beispielsweise im Reiseinformations- und Genehmigungssystem (ETIAS), siehe Kapitel 4 § 1 III. 1. h), das eine Vorabprüfung von Drittstaatsangehörigen die von der Visumpflicht befreit sind, vorsieht und somit komplementär zum Visaregime konzipiert ist.

855 *Markard*, ZAR 2019, S. 236-241 (238) spricht in diesem Zusammenhang von der Schaffung „rechtsfreier Räume“.

856 Während der EuGH Flughafen-Transit-Visa vom damaligen Kompetenzbereich ausschloss, da keine Außengrenze überquert worden sei, siehe EuGH, *Kommission / Rat* (C-170/96), EU:C:1998:219, Rn.32, die Grauzone im Flughafen also vom Hoheitsgebiet ausschloss, hat der EGMR die Konzeption eines territorialen Ausschlusses verworfen und die Anwendung der EMRK gefordert, siehe EGMR, *Amuur v. France*, Urteil vom 25. Juni 1996, Nr. 19776/92, Rn. 52.

1. Visaregime

Das Erfordernis eines Visums für die Einreise in die EU bzw. den Schengen-Raum verlagert die Prüfung des Gebietszugangs von der (Außen-)Grenze in das Hoheitsgebiet desjenigen Drittstaates, dessen Staatsbürgerschaft die einreisewillige Person besitzt. Daher stellt es eine (klassische) Externalisierung dar. Die Festlegung der Staaten, deren Angehörige ein Visum zur Einreise benötigen, und der Drittländer, deren Staatsangehörige von der Visumpflicht befreit sind, erfolgt einseitig und unabhängig durch die EU,⁸⁵⁷ weshalb die Externalisierung als autonom zu qualifizieren ist.

Grundsätzlich gilt, dass ein Schengen-Visum für drei Monate je Sechsmonatszeitraum gültig ist und zur Reise im gesamten Schengen-Gebiet berechtigt.⁸⁵⁸ Während die Vergabe der Schengen-Visa früher nach der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion (*Common Consular Instructions – CCI*)⁸⁵⁹ erfolgte, geschieht dies seit 2009 auf Grundlage des erlassenen Visa-Kodex, womit die früher den Mitgliedstaaten überantwortete Frage nach der Möglichkeit von Rechtsmitteln gegen ablehnende Bescheide nun durch eine entsprechende Verpflichtung zur Begründung der ablehnenden Entscheidung und Zurverfügungstellung von Rechtsmitteln ersetzt wurde, was als eine der bedeutsamsten Neuerungen angesehen wurde.⁸⁶⁰ Die Gründe für die Ablehnung eines Visumsantrags sind in Art. 32 Abs. 1 Visa-Kodex nunmehr abschließend normiert, eine Erweiterung der Gründe durch die Mitgliedstaaten ist nicht möglich.⁸⁶¹

a) Kriterien für die Visumsfreiheit und Erteilung eines Visums

In diesem Zusammenhang ist es interessant, sich anzusehen, welche Kriterien ausschlaggebend dafür sind, dass ein Land generell von der Visumpflicht befreit wird oder einer Person im Einzelfall ein Visum erteilt wird.

857 Siehe VisumsVO.

858 Siehe Art. 2 Nr. 2 lit. a. und Nr. 3 Visakodex. Ferner besteht die Möglichkeit eines „Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit“, welches für das Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, aber nicht aller Mitgliedstaaten gültig ist, siehe Art. 2 Nr. 4 Visakodex.

859 Siehe Gemeinsame konsularische Instruktion an die diplomatischen Missionen und die konsularischen Vertretungen, die von Berufskonsularbeamten geleitet werden, Abl. 2002 C 313/01.

860 Siehe *Meloni*, *European Law Review* 2009, S. 671-695 (690).

861 Siehe EuGH, *Koushkaki* (C-84/12), EU:C:2013:862, Rn. 55.

Die Bestimmung der Länder, deren Staatsangehörige von der Visumpflicht befreit werden, soll regelmäßig durchgeführt werden und „auf der Grundlage einer fallweise gewichteten Bewertung mehrerer Kriterien erfolgen.“⁸⁶² Die nicht abschließende Liste der Kriterien für die Entscheidung ob eine Befreiung von der Visumpflicht gewährt wird umfasst unter anderem: (1.) die „illegale“ Einwanderung, (2.) die öffentliche Ordnung und Sicherheit, (3.) die wirtschaftlichen Vorteile und (4.) die Außenbeziehungen der Union zu den entsprechenden Drittländern.⁸⁶³ Weitergehende Hinweise, wie diese gegeneinander abzuwägen sind, bestehen jedoch nicht.⁸⁶⁴ Ergänzend zu der Einteilung nach der Staatsangehörigkeit besteht die Möglichkeit, für bestimmte Personengruppen Ausnahmen vorzusehen.⁸⁶⁵

Neben der Ordnungsperspektive, welche durch die umfassende Informationsbeschaffung im Vorfeld einer möglichen Einreise zum Ausdruck kommt, verdeutlicht insbesondere der Aspekt der wirtschaftlichen Vorteile bei der Frage nach der Gewährung einer Visumfreiheit die Dominanz der ökonomischen Perspektive in der Konzeption des Visaregimes.

Auch die Entscheidung, ob bei einer bestehenden Visumpflicht im Einzelfall ein Visum erteilt wird, hängt oftmals direkt von den ökonomischen Verhältnissen der antragstellenden Person ab, da „ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts [...] [und der] Rückreise“ vorhanden sein müssen.⁸⁶⁶ Dabei soll die Rückkehrabsicht anhand der sozio-ökonomischen Situation festgestellt werden, welche neben den familiären Umständen auch anhand von Arbeitsplatzsituation, Höhe und Regelmäßigkeit von Einkommen, Eigentumspositionen sowie des sozialen Status (öffentliches Amt, angesehene Profession etc.) bewertet wird.⁸⁶⁷ Aufgrund der bestehenden strukturellen Benachteiligungen von Frauen und Minderheiten lässt sich darin teils auch ein indirektes Anknüpfen an das Geschlecht und die Ethnizität erkennen.⁸⁶⁸ Bei der Frage nach der Einhaltung der Grundsätze der Nicht-Diskriminierung der EU kommt es im Rahmen des Kon-

862 Siehe ErwGr. 3 VisumsVO.

863 Siehe Art. 1 VisumsVO.

864 Siehe *Heijer*, EJML 2018, S. 470-489 (472).

865 Siehe Art. 6 VisumsVO.

866 Siehe Art. 21 Abs. 3 lit. b Visakodex.

867 Siehe Europäische Kommission, Handbuch für die Bearbeitung von Visumanträgen und die Änderung von bereits erteilten Visa, Konsolidierte Fassung vom 15. September 2011, S. 126.

868 Siehe *Spijkerboer*, EJML 2018, S. 452-469 (458).

zepts der indirekten Diskriminierung⁸⁶⁹ letztlich darauf an, ob sich die tatsächlichen Verzerrungen bei der Behandlung von Personengruppen als notwendig und verhältnismäßig darstellen und ob sie sich durch andere legitime Gründe rechtfertigen lassen.⁸⁷⁰

b) Humanitäre Visa

Im Rahmen der individuellen Visumsverfahren besteht jedoch auch die Möglichkeit, aus humanitären Gründen Visa zu erteilen.⁸⁷¹ Die Erteilung humanitärer Visa findet gleichermaßen in der Außendimension statt, jedoch unter umgekehrten Vorzeichen. Während die verschiedenen Externalisierungen den Gebietszugang grundsätzlich erschweren, eröffnen humanitäre Visa „nicht-illegalisierte“ Zugangswege und das nicht erst an der Grenze, sondern schon in den Drittstaaten. Sie durchbrechen gewissermaßen die vorverlagerte Abschottung und reichen, bildlich gesprochen, den schutzbedürftigen Personen die Hand. Konzeptionell ist daher schon die Möglichkeit, humanitäre Visa zu erteilen, als komplementäre Externalisierungsmaßnahme von herausragender Bedeutung; auf geradezu einzigartige Weise verdeutlicht sie die Dialektik des Migrationsrechts.⁸⁷²

aa) Die aktuelle Situation

Wenngleich die Möglichkeit zur Erteilung humanitärer Visa die altruistisch humanitäre Perspektive im Visakodex rechtlich verankert, kommt sie in der Realität kaum zum Tragen. Es bestehen lediglich vereinzelte (freiwillige) Programme mit beschränktem Umfang zur humanitären Aufnahme

869 Formal knüpft das Visaregime an die Nationalität an.

870 Wenngleich die Staaten das Recht haben, grundsätzlich frei darüber zu entscheiden, wer ihr Hoheitsgebiet betreten darf, lässt sich das Visaregime, auch wenn es formal an die Nationalität anknüpft, auf die Einhaltung der Grundsätze der Nicht-Diskriminierung der EU überprüfen, siehe *Heijer*, EJML 2018, S. 470-489 (473 und 488), der insbesondere eine indirekte Diskriminierung aus rassistischen und religiösen Gründen untersucht.

871 Siehe Art. 19 Abs. 4, Art. 25 Abs. 1 lit. a Visa-Kodex, jedoch nur mit räumlich beschränkter Gültigkeit.

872 Zur Dialektik des Migrationsrechts siehe Kapitel 2 § 4 III.

me auf mitgliedstaatlicher Ebene.⁸⁷³ Zwar hatte die Kommission 2017 die Mitgliedstaaten dazu aufgerufen, bis zum 31. Oktober 2019 mindestens 50.000 Personen neu anzusiedeln,⁸⁷⁴ aber trotz der Finanzierungshilfe von 10.000€ je Neuansiedlung wird diese Zielvorgabe wohl nicht erreicht werden.⁸⁷⁵ 2016 hatte die Kommission eine Verordnung zur Schaffung eines gesetzlichen Rahmens für die Neuansiedlung (*resettlement*) in der EU vorgeschlagen.⁸⁷⁶ Diese sollte erstmals einheitliche Verfahrensregelungen und Kriterien „für die Aufnahme von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Gewährung von internationalem Schutz [schaffen]“ und eine „legale und sichere Einreise [ermöglichen]“.⁸⁷⁷ Im Falle einer positiven Entscheidung soll der jeweilige Mitgliedstaat sogar für die „kostenlose Überstellung in sein Hoheitsgebiet“ sorgen und gegebenenfalls auch die „Ausreise aus dem Drittstaat [erleichtern]“.⁸⁷⁸ Nach einer teilweisen Einigung zwischen Parlament und Rat im Jahr 2018 wurde der Vorschlag aufgrund der fehlenden Unterstützung im Rat zurück auf die technische Ebene verwiesen,⁸⁷⁹ weshalb ein Erlass in naher Zukunft unwahrscheinlich ist.

873 Konzeptionell können *resettlement* (eher dauerhaft) und humanitäre Aufnahmeprogramme (eher *ad-hoc*) weitestgehend als identisch betrachtet werden, wenn gleich sich die Aufenthaltstitel in der konkreten Ausgestaltung und entsprechend die korrespondierenden Rechte im Hinblick auf Sozialleistungen, Arbeitsmarktzugang und Familienzusammenführung unterscheiden können. Siehe beispielsweise die Regelungen im deutschen Recht nach § 23 Abs. 2 (humanitäre Aufnahme) und 4 (*resettlement*) AufenthG mit den divergierenden Verlängerungsvorschriften nach § 8 AufenthG bzw. § 26 Abs. 3 AufenthG.

874 Siehe Europäische Kommission, Empfehlung der Kommission vom 3.10.2017 über den Ausbau legaler Einreisemöglichkeiten für Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, C(2017) 6504 final.

875 Siehe Europäische Kommission, Delivering on Resettlement vom 20. Juni 2019, wonach erst 32.071 der geforderten 50.000 Neuansiedlungen erfolgreich waren, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20190619_managing-migration-factsheet-delivering-resettlement_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

876 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 468 vom 13. Juli 2016.

877 Siehe Art. 1 und 3 der vorgeschlagenen Verordnung in Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 468 vom 13. Juli 2016.

878 Siehe Art. 10 Abs. 7 lit. b der vorgeschlagenen Verordnung in Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 468 vom 13. Juli 2016.

879 Siehe <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-jd-eu-resettlement-framework> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

bb) Die mögliche Verpflichtung zur Erteilung humanitärer Visa

Unabhängig von den politischen und rechtlichen Entwicklungen stellt sich die Frage, inwieweit nicht schon jetzt die Erteilung humanitärer Visa nicht nur rechtlich möglich ist, sondern unter Umständen sogar verpflichtend sein kann, insbesondere, wenn andernfalls (schwere) Menschenrechtsverletzungen zu befürchten sind,⁸⁸⁰ mit anderen Worten, wenn der bestehende Ermessensspielraum bei der Erteilung humanitärer Visa in diesen Fällen auf Null reduziert wird.

Eine solche Ermessensreduzierung könnte sich aus Art. 33 Abs. 1 GFK, Art. 3 EMRK oder Art. 4 GRC ergeben. Hierfür müsste aber zunächst der jeweilige Anwendungsbereich eröffnet sein,⁸⁸¹ bevor in einem zweiten Schritt die resultierenden Pflichten diskutiert werden können.

Die Anwendung der GFK ist bei einer Antragstellung im Heimatland problematisch, da diese nach Art. 1 A Abs. 2 GFK voraussetzt, dass sich die Person außerhalb des Landes befindet. Auch wird die Antragstellung in einem Drittstaat nicht an Art. 33 Abs. 1 GFK geprüft, wenn dieser Drittstaat keine Rückführung plant.⁸⁸² Insofern wird die (Nicht-)Erteilung humanitärer Visa wohl eher nicht durch die GFK determiniert. Lediglich im Falle der Gefahr einer Ketten-Rückschiebung könnte der Drittstaat als (mit-)verantwortlich angesehen werden und daher ein direktes und individuelles Risiko der Verletzung des Refoulement-Verbotes Einfluss auf die Visumsentscheidung haben.⁸⁸³

Die Anwendung der GRC im Falle eines Antrages auf ein Visum aus humanitären Gründen in der Botschaft wurde durch den EuGH ebenfalls verneint.⁸⁸⁴ In dem Eilverfahren ging es um eine syrische Familie mit zwei Kindern aus Aleppo, die in der belgischen Botschaft in Beirut (Libanon) Visumsanträge gestellt hat, um nach Belgien reisen zu können und dort Anträge auf internationalen Schutz zu stellen. Der EuGH vertrat die Auffassung, dass die Anträge zwar formal ein Kurzzeitvisum zum Gegenstand hatten, tatsächlich jedoch die Möglichkeit einer Schutzantragstellung nach erfolgter Einreise bezweckten und daher auf einen längerfristigen Aufent-

880 Noch vor der Entscheidung EuGH, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:173 bejahend in Analogie zu EuGH, *Koushkaki* (C-84/12), EU:C:2013:862 *Peers*, External Processing of Applications for International Protection in the EU und *Jensen*, PE 509.986: Humanitarian Visas: Option or Obligation?, S. 26 ff.

881 Siehe hierzu Kapitel 5 § 1.

882 Siehe *Noll*, International Journal of Refugee Law 2005, S. 542-573 (555).

883 Siehe *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, S. 252.

884 Siehe EuGH, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:173.

halt abzielen würden.⁸⁸⁵ Da die EU jedoch nur für die Erteilung der 90-Tage-Visa zuständig ist,⁸⁸⁶ könne der Antrag nicht in den Anwendungsbereich des Visakodex bzw. des Unionsrechts fallen, womit auch die Anwendung der GRC entfällt und für die Entscheidung allein das nationale Recht des Mitgliedstaats ausschlaggebend ist.

Zwar legt Art. 32 Abs. 1 lit. b Visakodex fest, dass „begründete Zweifel an der [vom Antragsteller] bekundeten Absicht..., das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vor Ablauf der Gültigkeit des beantragten Visums zu verlassen“, lediglich einen Grund für die Verweigerung des beantragten Visums darstellen und folglich nicht zur Nichtanwendung des Visakodex führen, womit auch die GRC anwendbar wäre. Diese Regelung hielt der EuGH jedoch für nicht einschlägig, da entsprechende Zweifel im Ausgangsverfahren nicht bestünden.⁸⁸⁷ Es ließe sich durchaus auch vertreten, die tatsächlichen Beweggründe für die Antragstellung, also die geplante Schutzantragstellung, nicht bereits bei der Anwendbarkeit des Visakodex zur berücksichtigen, sondern erst im Rahmen der materiellen Prüfung des Antrags,⁸⁸⁸ womit der Visakodex anwendbar bliebe.

Abgesehen davon haben die Mitgliedstaaten den Visakodex teils bereits für einen „nicht-illegalisierten“ Zugang zu internationalem Schutz genutzt, womit ebenfalls ein langfristiger Aufenthalt anvisiert wurde.⁸⁸⁹ Aufschlussreich sind daher die Ausführungen des EuGH darüber, dass es „die allgemeine Systematik des mit der Verordnung Nr. 604/2013 geschaffenen Systems beeinträchtigen würde“, wenn „Drittstaatsangehörige unter Berufung auf den Visakodex [...] Visumanträge mit dem Ziel stellen könnten, die Gewährung internationalen Schutzes im Mitgliedstaat ihrer Wahl zu erreichen“,⁸⁹⁰ welche den naheliegenden Vorwurf provozieren, dass der EuGH sich mehr um den Schutz des Dublin-Systems als um den Schutz der Schutzsuchenden kümmere.⁸⁹¹ Da der EuGH, abweichend von den Schlussanträgen des Generalanwalts, bereits die Anwendung der GRC verneint hat, bleibt die Frage nach der Tragweite von Art. 4 GRC und der ent-

885 Siehe EuGH, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:173, Rn. 42.

886 Siehe Art. 77 Abs. 2 lit. a AEUV „Visa und andere kurzfristige Aufenthaltstitel“ bzw. davor Art. 62 Nr. 2 lit. a und b EGV „Vorschriften über Visa für geplante Aufenthalte von höchstens drei Monaten“.

887 Siehe EuGH, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:173, Rn. 46.

888 So ausdrücklich GA Mengozzi, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:93., Rn. 51.

889 Siehe *Jensen*, PE 509.986: Humanitarian Visas: Option or Obligation?, S. 43 ff.

890 Siehe EuGH, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:173, Rn. 48.

891 Siehe *Brouwer*, *The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal Integrity vs. Political Opportunism?*, S. 4.

sprechenden Auswirkung auf die Ermessensentscheidung zur Erteilung humanitärer Visa weiterhin ungeklärt. Wenngleich die Entscheidung vor dem Hintergrund der politischen Rahmenbedingungen im Ergebnis nachvollziehbar ist, bleibt sie sowohl inhaltlich als auch rechtstechnisch⁸⁹² enttäuschend.

Schließlich kommt eine Ermessensreduzierung auf Grundlage der EMRK in Betracht. Die Frage, ob die EMRK in dieser Konstellation anwendbar ist, ist ebenfalls noch ungeklärt. Sie liegt aktuell zur Entscheidung bei der großen Kammer des EGMR.⁸⁹³ Wenngleich der für die Anwendung der EMRK geforderte Maßstab der Hoheitsgewalt (*jurisdiction*) zunächst enger erscheint als die bloße Durchführung des Unionsrechts in der GRC, ist in Anbetracht der Rechtsprechung des EGMR, wonach es eine Ausübung von Hoheitsgewalt im Sinne des Art. 1 EMRK darstellt, wenn Personen daran gehindert werden, die Grenzen eines Staates zu erreichen, eine Anwendung der EMRK durchaus denkbar.⁸⁹⁴ Was aus einer Anwendbarkeit der EMRK für die Erteilung humanitärer Visa folgt, ist damit freilich noch nicht beantwortet. Da Art. 3 EMRK absolut gilt, wäre eine Verpflichtung zur Erteilung humanitärer Visa, zumindest in schwerwiegenden Fällen, konsequenterweise zu bejahen, denn ohne (Gebiets-)Zugang bleibt das menschenrechtliche Schutzversprechen eine *Fata Morgana*.⁸⁹⁵

892 *Thym*, Sollbruchstellen des deutschen, europäischen und internationalen Flüchtlingsrechts, S. 27, spricht zutreffend von „fadenscheinigen Argumenten“ hinsichtlich der Ablehnung der Anwendbarkeit des Visakodex.

893 Siehe EGMR, *M.N. and Others v. Belgium*, Nr. 3599/18. Die Anhörung fand am 24. April 2019 statt, die Entscheidung steht zum Zeitpunkt der Bearbeitung noch aus.

894 „[T]he effect of which is to prevent migrants from reaching the borders of the State“, siehe EGMR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Urteil vom 23. Februar 2012 (GK), Nr. 27765/09, Rn. 180.

895 So auch *Costello*, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law, S. 3, die im speziellen Kontext der Erlangung des privilegierten Flüchtlingsstatus vor dem Hintergrund mangelnder Zugangs- und fairer Verfahrensmöglichkeiten von einer „*mirage*“ spricht.

c) Die Perspektiven in der „Fernsteuerung“ durch das Visaregime

Zusammenfassend lässt sich das Visaregime der EU als ein Instrument der „Fernsteuerung“⁸⁹⁶ bezeichnen, welches in Anbetracht der Möglichkeit zur Erteilung humanitärer Visa durchaus das Potenzial hätte, primär als Ordnungs- bzw. Steuerungsinstrument zu fungieren und dabei humanitäre und ökonomische Perspektiven gleichermaßen zu berücksichtigen. In der aktuellen Ausgestaltung und Anwendung dient es jedoch primär der Verhinderung ungewollter Einreisen von Drittstaatsangehörigen und bedient somit die staatliche Eigennützlichkei

2. Sanktionen für Beförderungsunternehmen als vorgelagerte Kontrollinstanz

Ein weiteres einseitig seitens der EU eingeführtes Externalisierungsinstrument sind die Sanktionen für Beförderungsunternehmen, womit diese als eine Art vorgelagerte Kontrollinstanz fungieren (sollen) und damit das Visaregime und die Grenzkontrollen komplementär ergänzen.⁸⁹⁷ Beförderungsunternehmen sind dazu verpflichtet, die Einreisedokumente der von ihnen transportierten Personen zu kontrollieren und „alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sich zu vergewissern, dass der auf dem Luft- oder Seeweg beförderte Drittausländer über die für die Einreise in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien erforderlichen Reisedokumente verfügt.“⁸⁹⁸ Liegen die entsprechenden Papiere nicht vor, haben die Beförderungsunternehmen einen Transport der Person zu unterlassen. Ferner sind die Schengen-Staaten verpflichtet, „Sanktionen gegen Beförderungsunternehmen einzuführen, die Drittausländer, welche nicht über die erforderlichen Reisedokumente verfügen, auf dem Luft- oder Seeweg aus einem Drittstaat in ihr Hoheitsgebiet verbringen.“⁸⁹⁹ Diese Sanktionen wurden sekundärrechtlich teilweise harmonisiert, zudem wurde eine Mindesthöhe

896 „[R]emote control“. Siehe auch *Guild/Bigo*, in: *Guild/Bigo* (Hrsg.), *Controlling Frontiers*, S. 233-263, die zur Verdeutlichung der dahinterliegenden Logik von „policing at distance“ sprechen.

897 Zum empirischen Vergleich der Umsetzung von Sanktionen gegen Beförderungsunternehmen siehe *Baird*, *EJML* 2017, S. 307-334.

898 Siehe Art. 26 Abs. 1 lit. b. Schengener Durchführungsabkommen (SDÜ).

899 Siehe Art. 26 Abs. 2 Schengener Durchführungsabkommen (SDÜ).

für die Sanktionen festgelegt.⁹⁰⁰ Wie das Visaregime ist auch die Sanktionierung von Beförderungsunternehmen ein passives Instrument, um (ungewollte) Migration schon vor den Außengrenzen zu stoppen.⁹⁰¹

Gleich den Visumsentscheidungen finden auch die Kontrollen durch die Beförderungsunternehmen außerhalb des Hoheitsgebiets der EU statt. Aufgrund der territorialen Verlagerung droht die Umgehung staatlicher Schutzpflichten,⁹⁰² denn das Sanktionsregime für Beförderungsunternehmen steht zwar formal unter dem Vorbehalt der Einhaltung der Verpflichtungen aus der GFK,⁹⁰³ weshalb ein Transport von Flüchtlingen, auch vor der Anerkennung⁹⁰⁴ ohne entsprechende Reisedokumente, eigentlich nicht sanktioniert werden dürfte. In Anbetracht der oftmals komplexen Faktoren, welche einen Flüchtlingsstatus begründen, ist eine solche Prüfung von einem Beförderungsunternehmen jedoch regelmäßig nicht leistbar, so dass in Anbetracht der drohenden Sanktionen im Zweifel von einer Beförderung absehen wird, selbst wenn diese eventuell aufgrund des Verweises auf die GFK nicht sanktioniert werden dürfte.⁹⁰⁵

V. Kooperative Externalisierungen unter Einbeziehung von Drittstaaten

Neben den autonomen Externalisierungen bestehen auch kooperative Ansätze in der Außendimension, welche die Drittstaaten miteinbeziehen.

900 Je beförderte Person muss der Mindestbetrag der Sanktion 3000 Euro betragen oder der Höchstbetrag mindestens 5000 Euro. Alternativ kann ein pauschaler Höchstbetrag von mindestens 500.000 Euro ungeachtet der Anzahl der beförderten Personen angesetzt werden. Siehe Art. 4 Abs. 1 lit. a bis c SDÜ-ErgänzungsRL.

901 „[P]assive interception measure“, siehe *Lax*, EJML 2008, S. 315-364 (362). Anders verhält es sich bei aktiven Abfang-Maßnahmen, siehe *Goodwin-Gill/McAdam*, *The Refugee in International Law*, S. 374.

902 Siehe *Rodenhauser*, *International Journal of Refugee Law* 2014, S. 223-247 (234 ff.), der eine Verletzung des Rechts auf Ausreise für möglich hält (237) und das Refoulement-Verbot als verletzt ansieht (242), sofern die Hoheitsgewalt (*jurisdiction*) bejaht wird, was er zumindest als geboten ansieht (245). Zur Frage der Zurechnung der Handlung von nichtstaatlichen Akteur*innen siehe Kapitel 4 § 3 II. 2. d).

903 Siehe Art. 26 Abs. 1 Schengener Durchführungsabkommen (SDÜ) und ErwGr. 3 SDÜ-ErgänzungsRL.

904 Die Statusfeststellung ist lediglich deklaratorisch.

905 Siehe ausführlich *Scholten*, *The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions*, S. 99 ff.

1. Rückübernahmeabkommen

Wenngleich die EU (bzw. die Mitgliedstaaten) eigenständig über den Aufenthalt und die Rückkehr einer Person entscheiden und dabei einzelne Staaten auch autonom als sog. sichere Dritt- oder Herkunftsstaaten deklarieren kann,⁹⁰⁶ ist sie bei der praktischen Umsetzung auf die Kooperation mit Drittstaaten angewiesen.⁹⁰⁷ Rückübernahmeabkommen verpflichten die Vertragsparteien zur Rückübernahme ihrer Staatsangehörigen sowie – unter bestimmten Bedingungen – von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen. Sie legen ferner Regeln für die Durchführung der Rückführung fest, wobei in den teilnehmenden Staaten nicht immer die gleichen Teile der Exekutiven für die Umsetzung der Rückübernahmeabkommen zuständig sind.⁹⁰⁸ Rechtsgrundlage für die Abkommen sind Art. 79 Abs. 3 und 218 AEUV.⁹⁰⁹ Es bestehen aktuell 17 Rückübernahmeabkommen zwischen der

906 Siehe Art. 37 VerfahrensRL, wonach die Mitgliedstaaten sichere Herkunftsstaaten bestimmen können. Der seit geraumer Zeit bestehende Vorschlag einer europäischen Liste sicherer Herkunftsstaaten konnte bislang nicht umgesetzt werden. Ausführlich zur Entwicklung des Konzepts der sog. Sicherer Drittstaaten auf EU-Ebene *Lavenex*, Safe Third Countries, sowie zur Praxis der Mittelmeeranrainerstaaten und der Anwendung des Konzepts der sicheren Drittstaaten *Gil-Bazo*, *International Journal of Refugee Law* 2006, S. 571-600.

907 Siehe auch ErwGr. 7 der RückführungsRL, der „[d]ie Notwendigkeit gemeinschaftlicher und bilateraler Rückübernahmeabkommen mit Drittländern zur Erleichterung des Rückkehrprozesses“ hervorhebt, da die „internationale Zusammenarbeit mit den Herkunftsländern in allen Phasen des Rückkehrprozesses [...] eine Voraussetzung für die Erzielung nachhaltiger Rückführungen [ist]“.

908 Meist sind es Polizei- (12 Staaten) oder Migrationsbehörden (11 Staaten), teils aber auch Grenzschutz (6 Staaten) oder Innenministerium (5 Staaten), siehe *European Migration Network*, *Good Practices in the Return and Reintegration of Irregular Migrants*, Annex 2, Tabelle A 2.1. Die Summe der zuständigen Stellen ist größer als die der teilnehmenden Staaten, da teils verschiedene Behörden in einem Staat zuständig sind und außerdem in manchen Staaten die Behörden in einer Institution zusammengefasst sind.

909 Siehe ausführlich zur Zuständigkeit *Schmidt*, *Die Rückübernahmeabkommen der EU und der Kompetenzkonflikt mit ihren Mitgliedstaaten*, S. 285 ff.

EU und Drittstaaten.⁹¹⁰ Die Rückübernahmeabkommen der EU gehen den bilateralen Abkommen der Mitgliedstaaten vor.⁹¹¹

a) Entwicklung

Der Abschluss von Rücknahmeübereinkommen ist seit den Schlussfolgerungen von Sevilla 2002 fester Bestandteil der Maßnahmen zur Bekämpfung illegalisierter Migration,⁹¹² wobei sich die Anfänge dieser Entwicklung noch wesentlich weiter zurückverfolgen lassen.⁹¹³ Aktuell laufen Verhandlungen über Rückübernahmeabkommen seitens der EU mit Weißrussland, Tunesien, Nigeria, China, Algerien und Jordanien.⁹¹⁴ Da sich der Abschluss verbindlicher Abkommen oftmals als schwer und langwierig erweist, kommt zunehmend ein breiteres Instrumentarium zum Einsatz, welches verstärkt informellere Vereinbarungen umfasst, wie beispielsweise die praktischen Kooperationsvereinbarungen, welche bereits mit Afghanistan, Guinea, Bangladesch, Äthiopien, Gambia und der Elfenbeinküste ab-

910 In chronologischer Reihenfolge: Hongkong (1. März 2004), Macau (1. Juni 2004), Sri Lanka (1. Mai 2005), Albanien (1. Mai 2006), Russland (1. Juni 2007), Ukraine (1. Januar 2008), Mazedonien (1. Januar 2008), Bosnien und Herzegowina (1. Januar 2008), Montenegro (1. Januar 2008), Serbien (1. Januar 2008), Moldau (1. Januar 2008), Pakistan (1. Dezember 2010), Armenien (1. März 2011), Georgien (1. Januar 2014), Aserbaidschan (1. September 2014), Türkei (1. Oktober 2014), Kap Verde (1. Dezember 2014), siehe https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/return-readmission_en (letzter Abruf am 3. Mai 2020), wo sich auch die einzelnen Abkommen abrufen lassen. Ferner ist ein Rückübernahmeabkommen mit Weißrussland, welches 2020 noch in Kraft treten soll, bereits unterzeichnet, siehe Europäische Kommission, Visaerleichterungen und Rückübernahme: EU und Belarus unterzeichnen Abkommen, Pressemitteilung vom 8. Januar 2020. Für einen umfassenden Vergleich der verschiedenen Rückübernahmeabkommen der EU siehe *Carrera*, Implementation of EU Readmission Agreements, S. 23 ff.

911 So hatte beispielsweise Deutschland ebenfalls Rückübernahmeabkommen mit Albanien, Mazedonien, Serbien, Georgien und Armenien geschlossen, bevor die Abkommen dieser Staaten mit der EU abgeschlossen wurden.

912 Siehe Europäischer Rat, Sevilla – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 21. und 22. Juni 2002, 13463/02, Punkt 30.

913 Siehe zur Entwicklung der Rückübernahmeabkommen der EU *Billet*, EJML 2010, S. 45-79 (47 ff.).

914 Siehe Europäische Kommission, Fact sheet: State of the Union 2018: Stronger EU rules on return vom 12. September 2018, MEMO/18/5713.

geschlossen wurden und sich gezielt an die Herkunftsländer illegalisierter Migrant*innen richten.⁹¹⁵

Diese Strategie der Mitteldiversifikation im Bereich der Rückführungen wurde 2016 im sog. Migrationspartnerschaftsrahmen⁹¹⁶ umfassend erläutert und bestätigt. Kurzfristig geht es unter anderem darum, „die Rückkehrquote in die Herkunfts- und Transitländer zu steigern“, während langfristig die „Grundursachen von irregulärer Migration“ bekämpft werden sollen. Es geht also nicht nur um die Rückkehr in die Heimatstaaten, auch eine „Rückkehr“ in ein bloßes Transitland ist möglich. Dazu sollen „verschiedene Instrumente und Einflussmöglichkeiten kombinier[t] und ein[ge]setz[t]“ werden, „um umfassende Partnerschaften („Migrationspakete“) mit Drittländern zur besseren Steuerung der Migration [...] zu errichten.“ Es soll „die gesamte Bandbreite der Strategien und Instrumente der EU im Bereich der Außenbeziehungen in Anspruch genommen werden“, wobei „positive und negative Anreize miteinander kombiniert werden“.⁹¹⁷ Rückübernahmeabkommen in einem weiteren Sinne umfassen daher nicht nur die formellen Rückübernahmeabkommen der EU, sondern auch die politischen, unverbindlichen Absprachen auf „technischer“ Ebene.

Dieser „Rückübernahmen-Agenda“ kommt seit den hohen Migrationszahlen nach 2015 seitens der EU eine zentrale Rolle zu, um das propagierte Ziel einer effizienten Rückkehrpolitik⁹¹⁸ umzusetzen, wobei in der praktischen Umsetzung vor allem die Identitätsfeststellung eine große Hürde darstellt und Drittstaaten oftmals die Rückübernahme von Personen verweigern, welche seitens der EU als „ihre“ Staatsangehörigen qualifiziert wurden.⁹¹⁹ Noch größer sind die Probleme bei der Kooperation, wenn es um die Rückübernahme von Drittstaatsangehörigen geht, welche nicht aus dem jeweiligen Land kommen, sondern dieses lediglich auf dem Weg

915 Siehe Europäische Kommission, Fact sheet: State of the Union 2018: Stronger EU rules on return vom 12. September 2018, MEMO/18/5713.

916 Siehe Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über einen neuen Partnerschaftsrahmen für die Zusammenarbeit mit Drittländern im Kontext der Europäischen Migrationsagenda, COM(2016) 385 vom 7. Juni 2016.

917 Siehe auch bereits die Ausführungen zur Entwicklung der Externalisierungen in Kapitel 4 § 2 II.

918 Siehe Europäische Kommission, EU-Aktionsplan für die Rückkehr, COM(2015) 453 final vom 9. September 2015.

919 Siehe *Carrera*, in: *Carrera* (Hrsg.), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, S. 21-59 (21, 25 und 26 ff.).

nach Europa durchquert haben,⁹²⁰ was wenig verwundert, da meist weder die Staaten noch die betroffenen Personen ein intrinsisches Interesse an einer Rückübernahme haben und entsprechend allenfalls widerwillig kooperieren.⁹²¹

b) Staatszugehörigkeitsfeststellung

Wie aus der Entwicklung der Rückübernahmeabkommen hervorgeht, kommt dem Verfahren der Staatszugehörigkeitsfeststellung eine zentrale Rolle bei der Konzeption und Umsetzung dieser Abkommen zu. Die Regelungen hierzu divergieren in den verschiedenen Rückübernahmeabkommen der EU, wobei im Abschnitt zu den Rückübernahmeverfahren bei der Staatsangehörigkeitsfeststellung in der Regel auf eine angehängte Liste von möglichen Dokumenten verwiesen wird, welche entweder als Beweis oder zumindest als Anscheinsbeweis (*prima facie*) angesehen werden.⁹²²

Die Verpflichtungen in den Rückübernahmeabkommen der EU unterscheiden sich hinsichtlich der Rückübernahme von eigenen Staatsangehörigen und Drittstaatsangehörigen, wobei die Beweisanforderungen bei Drittstaatsangehörigen erhöht sind und voraussetzen, dass der Antragstaat nachweisen kann, dass die Person sich im Staatsgebiet des anderen Staates aufgehalten hat oder dieses durchquert hat, bevor sie (direkt) illegalisiert eingereist ist, während bei eigenen Staatsangehörigen der Nachweis der Staatsangehörigkeit genügt.⁹²³ Diese Differenzierung ist vor dem Hinter-

920 Siehe Kommissar für Migration, Inneres und Bürgerschaft *Avramopoulos*, Increasing the effectiveness of the EU system to return irregular migrants, 10170/15 vom 22. Juni 2015, S. 5.

921 Siehe EMN, Practical Measures to Reduce Irregular Migration vom 30. Oktober 2012, S. 62. Weshalb der Passersatz (*EU laissez-passer*) auch in der Rückkehrpraxis kaum eine Rolle spielt, siehe die Antwort Deutschlands in der Befragung des EMN: Ad-Hoc Query on EU Laissez-Passer vom Oktober 2010.

922 Siehe *Carrera*, Implementation of EU Readmission Agreements, S. 30 ff. mit einer Überblickstabelle für die Rückübernahmeabkommen der EU mit Pakistan, Georgien, Armenien, Kap Verde, Aserbaidschan und der Türkei. Einheitlich ist lediglich die Anerkennung des Reisepasses, des Personalausweises und der Staatsangehörigkeitsurkunde als Beweismittel und der Aussage der betroffenen Person als Anscheinsbeweis. In allen anderen Punkten unterscheiden sich die Abkommen.

923 Siehe *Carrera*, Implementation of EU Readmission Agreements, S. 25. Die Differenzierung findet sich beispielsweise in Art. 3 und 4 der 2014 abgeschlossenen

grund der völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Verpflichtung, eigene Staatsangehörige „zurückzunehmen“,⁹²⁴ verständlich.

Es verwundert nicht, dass versucht wird, die Schwierigkeiten bei der Staatsangehörigkeitsfeststellung in den Rückübernahmeabkommen der EU durch Regeln und Verfahren zu umschiffen, die eine Rückübernahme auch bei einer nicht vollständig geklärten Beweislage ermöglichen. So ist regelmäßig eine Rückübernahme Drittstaatsangehöriger und Staatenloser auch dann vereinbart, wenn die Voraussetzungen lediglich „durch vorgelegte Anscheinsbeweise glaubhaft gemacht“ werden. Für den Nachweis der illegalisierten Einreise reicht sogar „die Erklärung des ersuchenden Staates, dass die betreffende Person nicht im Besitz der erforderlichen Reisedokumente, des erforderlichen Visums oder des erforderlichen Aufenthaltstitels ist“ als Anscheinsbeweis aus.⁹²⁵ Die Herabsetzung der Beweishürden zugunsten des ersuchenden Staates in den Rückübernahmeabkommen der EU führt zu erheblichen Souveränitätseinbußen auf Seiten des ersuchten Staates,⁹²⁶ worin sich oftmals die den Abkommen zugrundeliegenden Machtverhältnisse widerspiegeln dürften.

c) Rückübernahmeabkommen als konzeptionelle Ergänzung

Konzeptionell ergänzen die Rückübernahmeabkommen die Migrationskontrollinstrumente und die bereits beschriebenen Externalisierungen dahingehend, dass sie für den Fall, dass die vorverlagerten Kontroll- und Illegalisierungsinstanzen eine ungewollte Einreise nicht verhindern konnten, die Person möglichst zeitnah und unkompliziert wieder aus dem direkten Verantwortungsbereich der EU, also zurück in die Außendimension, verbracht werden kann.

Rückübernahmeabkommen mit Armenien, Aserbaidschan, Kap Verde und der Türkei.

924 Siehe EuGH, *Van Duyn / Home Office* (C-41/74), EU:C:1974:133, Rn. 21/23, „[a]ndererseits besagt ein völkerrechtlicher Grundsatz [...], daß [sic] ein Staat seinen eigenen Staatsangehörigen die Einreise in sein Hoheitsgebiet oder den Aufenthalt in diesem nicht versagen darf.“

925 Siehe Art. 4 und 10 Abs. 3 der Rückübernahmeabkommen von 2014 (bei Kap Verde Art. 9 Abs. 3). Aber auch in den älteren Rückübernahmeabkommen reicht die Glaubhaftmachung oftmals aus, siehe Art. 5 der Rückübernahmeabkommen von 2008 mit Serbien, Montenegro sowie Bosnien und Herzegowina.

926 Siehe *Carrera*, Implementation of EU Readmission Agreements, S. 50.

2. Hotspots

Das Konzept der Hotspots wurde von der Kommission im Rahmen der Sofortmaßnahmen in der Europäischen Migrationsagenda 2015 vorgestellt. Es soll demnach ein Konzept entwickelt werden, „bei dem das Europäische Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO), Frontex und Europol vor Ort mit Mitgliedstaaten an den Außengrenzen zusammenarbeiten werden, um ankommende Migranten rasch erkenntungsdienstlich zu behandeln, zu registrieren und ihre Fingerabdrücke abzunehmen [...]. Bei nicht schutzbedürftigen Personen wird Frontex die Mitgliedstaaten durch Koordinierung der Rückführung irregulärer Migranten unterstützen.“⁹²⁷ Zwischenzeitlich wurden auf den griechischen Inseln Chios, Kos, Leros, Lesbos und Samos und in den italienischen Küstenorten Messina, Trapani, Pozzallo und Taranto sowie der italienischen Insel Lampedusa entsprechende Einrichtungen aufgebaut.⁹²⁸ Die geographische Verteilung der Hotspots auf den griechischen Inseln unterstreicht den engen Zusammenhang des Hotspot-Konzepts mit der EU-Türkei-Erklärung,⁹²⁹ welche die Rückführung aller illegalisierten Migrant*innen, die ab dem 20. März 2016 von der Türkei auf die griechischen Inseln gelangen, vorsieht.⁹³⁰

Da die betroffenen Personen meist kein Interesse an einer Verlegung in die Hotspots haben und vielmehr eine Weiterreise nach eigenen Vorstellungen anstreben, ist die Funktionalität der Hotspots vom Einsatz von Zwangsmitteln abhängig.⁹³¹ Wengleich die GFK keine Vorgaben zur Haft beinhaltet, fordert sie grundsätzlich Freizügigkeit für Flüchtlinge, was ab dem Zeitpunkt der Antragstellung gilt.⁹³² In jedem Fall anwendbar sind das Recht auf Freiheit aus Art. 5 EMRK bzw. Art. 6 GRC sowie die se-

927 Siehe, Europäische Kommission, Die Europäische Migrationsagenda, COM(2015) 240 final vom 13.5.2015, S. 7.

928 Siehe *Mentzelopoulou/Luyten*, PE 623.563: Hotspots at EU External Borders – State of Play, S. 3 f., welche ferner diverse italienische Häfen identifizieren, welche faktisch als Hotspots fungieren.

929 Siehe *Mentzelopoulou/Luyten*, PE 623.563: Hotspots at EU External Borders – State of Play, S. 4.

930 Zu den weitreichenden Folgen des Abkommens auf das türkische Grenz- und Migrationsregime siehe *Hess/Heck*, in: *Ataç/Heck/Hess u.a.* (Hrsg.), *Turkey's Changing Migration Regime and its Global and Regional Dynamics*, S. 35-52.

931 Siehe *Markard/Heuser*, ZAR 2016, S. 165-172 (166).

932 Siehe Art. 26 GFK. Als Ausnahme kommt Haft als Maßnahme im Rahmen von Art. 9 und 32 GFK in Betracht. Siehe hierzu auch *Hathaway*, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 414, und *Goodwin-Gill/McAdam*, *The Refugee in International Law*, S. 462 ff.

kundärrechtlichen Vorgaben in der AufnahmeRL, RückführungsRL und Dublin III-VO, welche teils erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der bestehenden Praxis aufwerfen.⁹³³ Der EuGH hingegen sah in der Unterbringung im griechischen Hotspot auf Chios keinen Verstoß gegen Art. 3 EMRK und verneinte auch eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK.⁹³⁴

Ohne die prekären Verhältnisse in den Hotspots marginalisieren zu wollen, soll die tatsächliche Ausgestaltung in der Praxis vorliegend jedoch außer Acht bleiben. Für die vorliegende Untersuchung stehen vielmehr die allgemeine Konzeption und die damit einhergehenden Verschiebungen bei der Konstruktion migrationspezifischer Illegalisierungen im Fokus.

a) Konzeption

Konzeptionell ist zunächst die Zusammenarbeit der EU-Agenturen EASO, Frontex und Europol in den Hotspots hervorzuheben. Wenngleich deren Einsatz grundsätzlich auf die gezielte Unterstützung des Mitgliedstaates ausgelegt ist, sind sie umfassend in die Prozesse in den Hotspots eingebunden.⁹³⁵ So wird in jedem Einsatzmitgliedstaat ein gemeinsames operatives Hauptquartier mit Vertretern der drei Agenturen (Regionale Taskforce der Europäischen Union – EURTF) aufgebaut, welches die Arbeiten der Unterstützungsteams an den Hotspots koordiniert und die enge Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden des Einsatzmitgliedstaates sicherstellen soll.⁹³⁶ Expert*innen von Frontex sollen bei der Registrierung und Abnahme von Fingerabdrücken und der Vorbereitung der Rückführung unterstützen, während die EASO-Expert*innen bei der Registrierung und Dokumentation unterstützen sollen und Europol und Eurojust zusätzliche Ressourcen bereitstellen sollen.⁹³⁷ Wenngleich die Mitgliedstaaten also formal

933 Siehe ausführlich hierzu *Markard/Heuser*, ZAR 2016, S. 165-172 (167 ff.), die von „[m]enschen- und europarechtswidrige[n] Internierungslager[n]“ sprechen.

934 Siehe EGMR, *J.R. et al v. Greece*, Urteil vom 25.1.2018, Nr. 22696/16, Rn. 147 und 116. Eine Verletzung der Informationspflicht aus Art. 5 Abs. 2 EMRK wurde hingehend bejaht, Rn. 124.

935 Siehe Pressemitteilung 144/16 des Europäischen Rates und des Rates der Europäischen Union, Erklärung EU-Türkei vom 18. März 2016.

936 Siehe Europäische Kommission, Bewältigung der Flüchtlingskrise: operative, haushaltspolitische und rechtliche Sofortmaßnahmen im Rahmen der Europäischen Migrationsagenda, COM(2015) 490 final vom 23. September 2015, Annex 2, S. 3.

937 Siehe Europäische Kommission, Bewältigung der Flüchtlingskrise: operative, haushaltspolitische und rechtliche Sofortmaßnahmen im Rahmen der Europä-

weiterhin für die Verfahren zuständig sind, verdeutlicht sich der zunehmende Einfluss der EU-Agenturen und damit eine Verschiebung hinsichtlich der Akteur*innen im Prozess der Illegalisierung von Migrant*innen. Wenngleich die Festsetzung von Migrant*innen in den Hotspots an den Außengrenzen innerhalb des Unionsgebiets stattfindet⁹³⁸ und somit streng genommen keine Extra-Territorialisierung im wörtlichen Sinne darstellt, ist die Externalisierungswirkung in Anbetracht der abgelegenen Orte vergleichbar mit den anderen Externalisierungsmaßnahmen⁹³⁹ und dahingehend kooperativ, dass die Zustimmung des Einsatzmitgliedstaates erforderlich ist.

b) Umverteilungsmechanismen

Zum Hotspot-Konzept gehört ferner auch die Idee temporärer Umverteilungsmechanismen, nach der Menschen mit einem klaren Anspruch auf internationalen Schutz an andere Mitgliedstaaten verteilt werden, wo ihr Schutzantrag zu bearbeiten ist. Die Umverteilungsregelung ist nur auf Antragstellende anwendbar, welche aus Staaten kommen, deren Staatsangehörige eine durchschnittliche Schutzquote von über 75 Prozent vorweisen können.⁹⁴⁰ Diese Kategorisierung von Schutzsuchenden anhand der Nationalität verdeutlicht einerseits ein pragmatisches Vorgehen unter der entwicklungsleitenden Steuerungsperspektive. Andererseits ist es eine modifi-

ischen Migrationsagenda, COM(2015) 490 final vom 23. September 2015, Annex 2, S. 2 f.

938 Die rechtliche Zulässigkeit von Aufnahmezentren außerhalb der EU, wie sie immer wieder zur Diskussion gestellt werden, hängt letztlich von deren konkreten Ausgestaltung ab, siehe *Berlit*, Flüchtlingsrecht in Zeiten der Krise, S. 78 m.w.N., der selbst die rechtlichen Hürden als „nicht unüberwindbar“ qualifiziert. Ausführlich zur Entwicklung siehe *Engler*, Z'Flucht 2019, S. 128-145 m.w.N.

939 Siehe *Papoutsi et al.*, Journal of Ethnic and Migration Studies 2018, S. 1-13, die im Kontext der Hotspots von der Schaffung von Schwellenräumen (*liminal territory*) sprechen.

940 Siehe Rat der Europäischen Union, Beschluss (EU) 2015/1523 des Rates vom 14. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland (Abl. L 239 vom 15.9.2015), Art. 3 Abs. 2 und Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates vom 22. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland (Abl. 248 vom 24.9.2015, S. 80), Art. 3 Abs. 2. Ausschlaggebend hierfür sind die Eurostat-Daten.

zierte Fortschreibung der beschriebenen Grundprogrammierung,⁹⁴¹ welche eine privilegierende Einteilung anhand der Nationalität vorsieht, wenngleich hier nicht zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen, sondern zwischen Drittstaatsangehörigen unterschiedlicher Staatsangehörigkeit unterschieden wird.

VI. Zwischenresümee

Die verschiedenen Externalisierungen haben direkte Auswirkungen auf die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierungen, da sich die Örtlichkeiten und Zeitpunkte der Kontakte zwischen den Staaten und den Migrant*innen verschieben. Mit den verschiedenen Formen der Externalisierung wächst ferner die Befürchtung, dass die EU und die Mitgliedstaaten versuchen, rechtliche Bindungen im Bereich des Migrationsrechts zu umgehen.⁹⁴² Auch lässt sich im Bereich der Außendimension eine Perspektivverschiebung beobachten. Die durch die Externalisierungen erzeugten Verlagerungen reduzieren die öffentliche Wahrnehmung der Maßnahmen. Dadurch, dass die betroffenen Personen nicht mehr (erst) auf dem Staatsgebiet in Kontakt mit den staatlichen Autoritäten treten, werden Migrant*innen und deren Behandlungen auch von der mitgliedstaatlichen Bevölkerung nicht mehr unmittelbar wahrgenommen. Dies führt zu einer Stärkung der ökonomischen Perspektive, da nicht nur das Korrektiv der Öffentlichkeit geschwächt ist, sondern auch die gerichtliche Kontrolle als Schutzinstanz der konkurrierenden humanitären Perspektive in der Außendimension stark reduziert ist.

Zwar hat der EGMR als Reaktion auf die Externalisierungsmaßnahmen den Anwendungsbereich der EMRK konsequenterweise auch auf Sachverhalte außerhalb der territorialen Hoheitsgebiete erweitert⁹⁴³ und somit die

941 Siehe Kapitel 3 § 1 III.

942 Dabei ist zu beachten, dass auch der Europäische Rat betont, „dass die erforderliche Verstärkung der Kontrollen an den europäischen Grenzen jenen Personen, die die Schutzsysteme berechtigt in Anspruch nehmen können, nicht den Zugang zu diesen Systemen verwehren darf.“ Siehe Europäischer Pakt zu Einwanderung und Asyl, 13440/08 vom 24. September 2008, S. 11. Zur Bindung an die Menschenrechte im Rahmen extraterritorialer Kooperationen anhand von Sorgfaltsverpflichtungen („*due diligence*“) siehe *Ferstman*, GLJ 2020, S. 459-486, welche diese am Beispiel der Unterstützung Libyens durch die EU analysiert.

943 Siehe EGMR, *Loizidou v. Turkey*, Urteil vom 23. März 1995 (GK), Nr. 15318/89, Rn. 62: „[T]he responsibility of Contracting Parties can be involved because of acts of

menschenrechtliche Bindung grundsätzlich aufrecht gehalten, dies gilt jedoch entsprechend der Vorgaben in der EMRK nur dann, wenn tatsächlich auch Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Sofern dieses Maß der Kontrolle nicht erreicht wird und die Maßnahmen in der Außendimension unter der Hoheitsgewalt des Drittstaats erfolgen, entfällt die Kontrolle durch den EGMR.

Es sind jedoch nicht nur menschenrechtliche Garantien, die in der Außendimension umgangen werden. Auch die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit sind gefährdet, wenn keine entsprechenden wirksamen Schutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Schließlich führt die Verlagerung von Prozessen und Entscheidungen in die Außendimension für die betroffenen Personen dazu, dass die tatsächlichen Entscheidungsträger*innen und Entscheidungsprozesse oftmals nicht klar erkennbar sind und die damit einhergehenden Illegalisierungen folglich nicht mehr eindeutig zugeordnet werden können.

§ 3 Die Involvierung Dritter und Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen

Migrationspezifische Illegalisierungen sind von einer Akteur*innen- und Betroffenenvielfalt sowie einer Regelungsstreuung geprägt, welche oftmals übersehen wird. Die in diesem Abschnitt besprochenen Aspekte können im Rahmen eines Migrationsgeschehens zu verschiedenen Zeitpunkten und unter unterschiedlichen Bedingungen relevant werden, lassen sich jedoch im breit angelegten Analyserahmen der Illegalisierung sinnig und aufschlussreich mit den anderen Konstruktionselementen verbinden. Diese horizontale Verbindung verschiedener Konstruktionsmerkmale hilft dabei ein Verständnis für das komplexe Regelungsgefüge zu entwickeln, welches sich hinter dem Prozess der Illegalisierung verbirgt. Die Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen (I.) und die Einbeziehung Dritter (II.) illustrieren wesentliche strukturelle Merkmale der Konstruktion. Darüber hinaus lassen sich über einzelne Aspekte die auch in anderen Kontexten relevant sind, wie beispielsweise die Privatisierung hoheitlicher Aufgaben, Querbezüge zu anderen Diskursen herstellen, welche sich dann wiederum gewinnbringend rückerbinden lassen.

their authorities, whether performed within or outside national boundaries, which produce effects outside their own territory“.

I. Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen

Illegalisierungen im Migrationsrecht beschränken sich nicht auf die materiell-rechtlichen Fragen hinsichtlich des Gebietszugangs und des Aufenthaltstitels, sondern finden sich, oftmals versteckt, auch in vielen anderen Regelungsbereichen, welche vordergründig ein anderes Regelungsziel verfolgen. Bei einer genaueren Betrachtung fungieren diese jedoch als Ergänzungsmaßnahmen im Regelungskomplex illegalisierter Migration. Diese Streuung von Illegalisierungsmechanismen soll im Folgenden anhand verschiedener Sekundärrechtsinstrumente exemplarisch verdeutlicht werden.

1. Die ArbeitgebersanktionenRL

Ein gutes Beispiel für das Chimärenhafte des europäischen Migrationsrechts ist die ArbeitgebersanktionenRL.⁹⁴⁴ Deren zentrale Regelungsinhalte umfassen ein Beschäftigungsverbot für Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt⁹⁴⁵ sowie diverse Pflichten für Arbeitgebende mit entsprechenden Sanktionen bei Zuwiderhandlung⁹⁴⁶. Daneben sieht die Richtlinie einen Schutz für Beschäftigte mit illegalisiertem Aufenthalt vor. Arbeitgebende müssen auch bei nach der Richtlinie illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen einschlägige Mindestlöhne zahlen und etwaige Mehrkosten für den Geldtransfer in das Land, in welches der/die illegalisiert Beschäftigte zurückgekehrt ist oder zurückgeführt wurde, übernehmen.⁹⁴⁷ Flankiert wird dies mit einem Auskunftsrecht über solche Ansprüche und korrespondierenden Mechanismen zur vereinfachten Geltendmachung.⁹⁴⁸

In diesem Schutz der Lohnansprüche zeigt sich eine Anerkennung der Machtverhältnisse in Arbeitsverhältnissen, wie sie auch in anderen illegalisierten Arbeitsverhältnissen, wie der sogenannten Schwarzarbeit, beobachtet werden kann. Die Arbeitgebenden agieren aus einer Machtposition, die Arbeitnehmenden sind gezwungen, sich den Umständen anzupassen. Entsprechend wurde beispielsweise im deutschen Recht, auch bei aufgrund von Schwarzarbeit nichtigen Verträgen, der Lohnanspruch auf Arbeitneh-

944 Die Ausführungen hierzu finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (139 ff.).

945 Art. 3 Abs. 1 ArbeitgebersanktionenRL.

946 Art. 4 ff. ArbeitgebersanktionenRL.

947 Art. 6 Abs. 1 lit. a und c ArbeitgebersanktionenRL.

948 Art. 6 Abs. 2 ArbeitgebersanktionenRL.

mendenseite, zumindest bereicherungsrechtlich, geschützt,⁹⁴⁹ Leistungs- oder Mängelansprüche auf Arbeitgebendenseite hingegen nicht. Diese Privilegierung der Arbeitnehmendenseite in Schwarzarbeitsfällen wurde jedoch in jüngster Zeit aufgehoben.⁹⁵⁰ Es sollen grundsätzlich keinerlei durchsetzbare Ansprüche aus dem nichtigen Arbeitsverhältnis entstehen – egal für wen. Das Gesetz verfolgt nicht „den Schutz eines oder beider Vertragspartner“, sondern „die Wahrung öffentlicher Belange“.⁹⁵¹ Bei bewussten Verstößen gegen arbeitsrechtliche Anzeige- und Meldepflichten sollen also beide Vertragsparteien gleichermaßen vom Schutz der Rechtsordnung ausgenommen werden, um eine wirkungsvolle Bekämpfung sicherzustellen.

Anders verhält es sich bei Zuwiderhandlungen gegen das Verbot illegalisierter Beschäftigung aus Art. 3 Abs. 1 ArbeitgebersanktionenRL. Hier besteht die Auffassung, dass Arbeitnehmende, insbesondere illegalisierte, gegenüber ihren Arbeitgebern schutzbedürftig sind, in den Schutznormen aus Art. 6 fort.⁹⁵²

Diese unterschiedlichen Herangehensweisen könnten zunächst schlicht auf die unterschiedlichen Regelungsebenen zurückgeführt werden. Die gesetzgeberischen Motive der EU decken sich eben nicht immer mit den nationalstaatlichen. Außerdem sind illegalisiert beschäftigte Drittstaatsangehörige signifikant vulnerabler als „gewöhnliche“ schwarzarbeitende Arbeitnehmer*innen.⁹⁵³ Eine Privilegierung bei der Geltendmachung von vertraglichen Ansprüchen in Fällen mit Bezug zu illegalisierter Migration kann ferner die staatlichen Bekämpfungsententionen stützen, da sie die Anzeigewahrscheinlichkeit erhöht.⁹⁵⁴

Eine dritte, etwas unerwartete, Erklärung bietet die Richtlinie selbst. Der Zweck des Beschäftigungsverbots sowie der korrespondierenden Sank-

949 Siehe noch BGH, VII ZR 336/89, Urteil vom 31. Mai 1990, NJW 1990, 2542.

950 BGH, VII ZR 241/13, Urteil vom 10. April 2014, NJW 2014, 1805. Zur gesetzgeberischen Intention der Gleichbehandlung, trotz meist unterschiedlicher wirtschaftlicher Stärke, siehe schon BT-Drs. 2/1111, 4.

951 BGH, VII ZR 336/89, Urteil vom 31. Mai 1990, NJW 1990, 2542 (2543).

952 Siehe *Schierle*, in: Hailbronner/Thym, Employers Sanctions Directive 2009/52/EC, Art. 6, Rn. 1.

953 Insbesondere in Arbeitsbereichen mit Vollbeschäftigung gestaltet sich das Machtverhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmenden (genauer wäre es, speziell in diesen Konstellationen, aber auch allgemein, eigentlich von Arbeitentlohnenden und Arbeitleistenden zu sprechen) bisweilen signifikant anders, da die Abhängigkeit der Arbeitnehmenden wesentlich geringer ist.

954 Siehe *Schierle*, in: Hailbronner/Thym, Employers Sanctions Directive 2009/52/EC, Art. 6, Rn. 4.

tionen und Maßnahmen liegt nicht, wie im Falle des Schwarzarbeitsverbots, im Schutz der Wirtschaft, des Wettbewerbs oder der Sozialkassen. Das Beschäftigungsverbot besteht nach Art. 1 „um die rechtswidrige Einwanderung zu bekämpfen“, indem es, wie in Erwägungsgrund 2 formuliert, den „Anreiz“ für eine rechtswidrige Einwanderung verringert, welcher in einer Beschäftigungsmöglichkeit auch ohne den erforderlichen Rechtsstatus gesehen wird.

Es handelt sich (ausschließlich) um ein Instrument der Migrationssteuerung. Die in der Richtlinie verwendete Terminologie der „illegalen Beschäftigung“⁹⁵⁵ oder „illegal beschäftigten Drittstaatsangehörigen“⁹⁵⁶ betont die Beschäftigungssituation, entscheidend für die Illegalisierung der Beschäftigung ist jedoch nicht die Arbeitserlaubnis, sondern die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts. Arbeitet beispielsweise eine Person mit einem Visum für Studierende, also mit grundsätzlich nicht illegalisiertem Aufenthalt, aber ohne entsprechende Arbeitserlaubnis,⁹⁵⁷ greifen die strengen Sanktionsmechanismen aus der Richtlinie für die Arbeitgebenden folglich nicht.⁹⁵⁸

Es handelt sich bei der vordergründig arbeitsrechtlichen Vorgabe, dass Arbeitgebende nur Personen mit Aufenthaltsstatus beschäftigen dürfen, tatsächlich um ein Instrument zur Bekämpfung illegalisierter Migration, da die Arbeitgebenden zur Kontrolle der Aufenthaltstitel herangezogen werden und bei Zuwiderhandlungen mit empfindlichen Strafen rechnen müssen.⁹⁵⁹ Mit anderen Worten lässt sich die Richtlinie somit als repressives Migrationssteuerungsinstrument im Gewand einer Arbeits- und Wirtschaftsregulierung beschreiben.

955 Art. 3 ArbeitgebersanktionenRL.

956 Art. 6 Abs. 1 lit. a ArbeitgebersanktionenRL.

957 Zu den Einschränkungen bei der Erwerbstätigkeit von Studierenden siehe Art. 23 REST-RL.

958 Wenngleich einige Mitgliedstaaten beschlossen haben, den Anwendungsbereich der Richtlinie auch auf Personen zu erweitern, deren (gültige) Aufenthaltserlaubnis die Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht zulässt, siehe Europäische Kommission, Mitteilung betreffend die Anwendung der Richtlinie 2009/52/EG vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, COM(2014) 286 final vom 22. Mai 2014, S. 3.

959 Zu (eigenständigen) Illegalisierungen der Arbeitgebenden siehe zugleich Kapitel 4 § 3 II. 2. a)

2. Das Netz von Verbindungsbeamt*innen

Auch in anderen sekundärrechtlichen Instrumenten wird der Fokus auf die Illegalisierung erst auf den zweiten Blick sichtbar. Beispielsweise in der Verordnung zur Schaffung eines Netzes von Verbindungsbeamt*innen für Einwanderungsfragen.⁹⁶⁰ Diese soll die Arbeit von Behördenmitarbeiter*innen in anderen Ländern koordinieren. Die Entsandten sollen Kontakte zu den Behörden des Gastlandes herstellen und aufrechterhalten,⁹⁶¹ sowie Informationen sammeln, welche zur Nutzung entweder auf operativer oder strategischer Ebene bestimmt sind.⁹⁶² Informationen sind zur Steuerung und zum Verständnis von Migration grundsätzlich hilfreich.

Die Verordnung in der ursprünglichen Fassung beschrieb den Zweck der Entsendung der Verbindungsbeamt*innen als Beitrag „[1.] zur Verhinderung und Bekämpfung der illegalen Einwanderung, [2.] zur Rückkehr illegaler Einwanderer und [3.] zur Steuerung der *legalen Wanderung*“.⁹⁶³ Sie sollen also auch die Steuerung „nicht-illegalisierter“ Migration unterstützen.

Der zwar nicht abschließende, aber umfangreiche Katalog der als relevant betrachteten Informationen in Art. 2 Abs. 2 der bis 2019 geltenden Fassung umfasste jedoch ausschließlich Fragen zur illegalisierten Migration. Es ging um die „Ströme illegaler Einwanderer“, deren Routen, Vorgehensweise und Anlässe, kriminelle Organisationen und Schleuseraktivitäten, Fälschungsmethoden von Reisedokumenten sowie schließlich Mittel und Wege der Rückkehr und Rückführung in die Herkunftsländer. Warum die „Einwanderungsfragen“ nicht auch „nicht-illegalisierte“ Bereiche umfassten, ist nicht nachvollziehbar. Wenn ein Netzwerk von informationssammelnden Beamt*innen im Ausland installiert wird, bietet dies beispielsweise auch eine Möglichkeit, hinsichtlich der Arbeitsmarktsituation Rückmeldung zu geben, um das Potenzial „nicht-illegalisierter“ Einwanderung von hochqualifizierten Arbeitskräften oder Saison-Arbeiter*innen einschätzen zu können. Ebenso könnte die Möglichkeit zur Erfüllung der

960 Siehe VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung). Diese wurde am 6. Juni 2019 ersetzt durch die VerbindungsbeamtenVO.

961 Siehe Art. 3 Abs. 3 VerbindungsbeamtenVO und Art. 1 Abs. 1 VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung).

962 Siehe Art. 3 Abs. 4 Art. 3 Abs. 3 VerbindungsbeamtenVO und Art. 2 Abs. 1 und 2 VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung).

963 Art. 1 Abs. 1 VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung) (Nummerierung und Hervorhebung durch den Verfasser).

Voraussetzungen für einen Familiennachzug evaluiert werden.⁹⁶⁴ Die deutliche Schwerpunktsetzung der ursprünglichen Verordnung sah dies jedoch nicht vor. Betrachtet man die Schlussfolgerungen des Rats, welche der Verordnung zu Grunde liegen,⁹⁶⁵ verdeutlicht sich diese Intention. Diese adressieren ebenfalls sowohl illegalisierte als auch „nicht-illegalisierte“ Migration, der Schwerpunkt liegt jedoch wiederum auf Letzterer. Bei „nicht-illegalisierter“ Migration geht es zudem vornehmlich um Integration und nicht um Zugangswege. Das Konzept der Verbindungsbeamten*innen wurde auf die Beziehungen zu Drittländern ausgerichtet, „die bei der Bekämpfung der illegalen Zuwanderung nicht mit der EU zusammenarbeiten“.⁹⁶⁶

Im Mai 2019 wurde eine Neufassung der VerbindungsbeamtenVO beschlossen, welche eine erhebliche Neuausrichtung darstellt. Zunächst ist nun von „Verbindungsbeamten für Zuwanderungsfragen“ anstelle von „Verbindungsbeamten für Einwanderungsfragen“ die Rede.⁹⁶⁷ Auch der Katalog der als relevant betrachteten Informationen wurde überarbeitet. Er umfasst nun neben den weitgehend übernommenen Informationen im Kontext illegalisierter Migration, welche oben beschrieben wurden, unter anderem auch „Maßnahmen zur Ausreisepreparierung, die Migranten in Herkunfts- oder Aufnahmedrittländern zur Verfügung stehen und die die erfolgreiche Integration nach der legalen Ankunft in den Mitgliedstaaten fördern“ und „bestehende und mögliche künftige Strategien und Möglichkeiten für eine legale Einwanderung aus Drittländern in die Union unter Berücksichtigung von Qualifikationen und der Nachfrage auf den Arbeitsmärkten der

964 Zu den erforderlichen Integrationsmaßnahmen vor Genehmigung der Familienzusammenführung, wie beispielsweise der Erwerb von Sprachkenntnissen, siehe *Hailbronner/Klarmann*, in: *Hailbronner/Thym*, Family Reunification Directive 2003/86/EC, Art. 7, Rn. 29 ff.

965 Europäischer Rat, Thessaloniki – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 19. und 20. Juni 2003, 11638/03 und Sevilla – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 21. und 22. Juni 2002, 13463/02 auf welche auch die ErwGr. 2 und 3 VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung) Bezug nehmen.

966 Europäischer Rat, Thessaloniki – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 19. und 20. Juni 2003, 11638/03, Punkt II. 19 f., S. 5 f.

967 Siehe Art. 2 Abs. 1 VerbindungsbeamtenVO (Hervorhebung durch den Verfasser). Dies scheint jedoch nur in der deutschen Sprachfassung der Fall zu sein. In der englischen, spanischen, französischen, portugiesischen, niederländischen, italienischen und dänischen Sprachfassung findet sich eine entsprechende sprachliche Verschiebung nicht. Dort wird in beiden Fassungen von *immigration*, *inmigración*, *immigration*, *imigração*, *immigratie*, *immigrazione* bzw. *indvandring* gesprochen.

Mitgliedstaaten sowie von Neuansiedlungs- und sonstigen Schutzinstrumenten“.⁹⁶⁸

Die Neufassung der Verordnung geschah explizit in Reaktion auf den „drastische[n] Anstieg gemischter Migrationsströme in den Jahren 2015 und 2016“ und ist Ausdruck der politischen Zielsetzung „irreguläre und unkontrollierte Migrationsströme durch sichere und gesteuerte Einreisemöglichkeiten zu ersetzen“.⁹⁶⁹ Die Förderung der „Prävention und Bekämpfung von illegaler Einwanderung“ ist weiterhin ein zentrales Ziel der Regelung, nunmehr jedoch eingebettet in einen „umfassenden Ansatz eine[r] besseren Steuerung der Zuwanderung“.⁹⁷⁰ Wenngleich der Anstoß für die Überarbeitung der VerbindungsbeamtenVO im „EU-Aktionsplan gegen die Schleusung von Migranten“⁹⁷¹ erfolgte, wurde der Ansatz im Gesetzgebungsprozess erweitert und eine umfassendere Aufgabe der Verbindungsbeamten*innen angestrebt. Da die Verhandlungsposition des Rates sich hauptsächlich auf die „Verstärkung der Rolle der Verbindungsbeamten bei der Bekämpfung der Schleusung von Migranten und bei der Erhebung von Informationen zur Unterstützung des Grenzmanagements an den Außengrenzen der EU“ beschränkte⁹⁷² und die Änderungsvorschläge die Erweiterung auf Schutzalternativen im Drittstaat und Aufnahme von kriminellen Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Schmuggel von Migrant*innen umfassten,⁹⁷³ lässt sich eine tatsächliche Verlagerung des Tätigkeitsschwerpunktes der Verbindungsbeamten*innen in der Praxis bezweifeln.

Dennoch zeigt die Gesetzesänderung eine Verschiebung der Perspektiven auf. Während es in der bisherigen Fassung fast ausschließlich um illegalisierte Migration ging und somit die nützlichkeitsorientierte ökonomische Perspektive klar dominant war, kommt nun verstärkt auch die neutrale Ordnungsperspektive zur Geltung und im Hinblick auf „nicht-illegalisierte“ Zugangsmöglichkeiten sogar die altruistische Perspektive, so dass

968 Siehe Art. 3 Abs. 4 lit. h und k VerbindungsbeamtenVO.

969 Siehe ErwGr. 2 und 3 VerbindungsbeamtenVO.

970 Siehe ErwGr. 5 VerbindungsbeamtenVO.

971 Siehe Europäische Kommission, EU-Aktionsplan gegen die Schleusung von Migranten (2015-2020), COM(2015) 285 final vom 27. Mai 2015.

972 Siehe Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 14.11.2018. Daneben wurden die Einführung eines Lenkungsausschusses und die Bereitstellung von Mitteln aufgeführt.

973 Siehe Rat der Europäischen Union, ST 14356 2018 INIT vom 15. November 2018.

sich nun, ganz im Sinne des (neuen) umfassenden Ansatzes, alle drei entwicklungsleitenden Perspektiven in der Regelung wiederfinden.

Mit der Aktualisierung der FrontexVO Ende 2019 werden die darin vorgesehenen Verbindungsbeamten in Drittstaaten in das mit der VerbindungsbeamtenVO geschaffene Netz „eingebunden“.⁹⁷⁴ Diese werden vorrangig in Drittstaaten entsandt, „die der Risikoanalyse zufolge ein Ursprungs- oder Durchgangsland für illegale Einwanderung sind.“ Die Frontex-Verbindungsbeamten werden entsendet, „um einen Beitrag zur Prävention und Bekämpfung illegaler Einwanderung und zur Rückkehr von zur Rückkehr verpflichteten Personen zu leisten.“⁹⁷⁵ Insofern lässt sich damit auf ein Wiedererstarken der nützlichkeitsorientierten Perspektive in der Konzeption des Netzes von Verbindungsbeamt*innen schließen. Neben diesem anschaulichen Changieren der Perspektiven in der sich wandelnden Gesetzeskonstruktion sind aus dekonstruktiver Sicht auch die Verlagerungen der Regelungen interessant. Das nützlichkeitsorientierte Ziel der Bekämpfung illegalisierter Migration im Rahmen des Netzes von Verbindungsbeamt*innen wurde letztlich lediglich auf der Ebene des Sekundärrechts verschoben. Auf die Nivellierung in der VerbindungsbeamtenVO folgte die Einführung in der FrontexVO. Solche horizontalen Verschiebungen in der Konstruktion lassen sich nur bei einer entsprechenden Analysebreite nachvollziehen.

3. Die BeförderungsdatenRL

Eine ähnliche Beobachtung lässt sich auch hinsichtlich der sekundärrechtlich in der BeförderungsdatenRL normierten Pflicht von Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln, feststellen. Diese Angaben umfassen neben gewöhnlichen Daten wie Name, Staatsangehörigkeit, Geburtsdatum und Dokumentennummer auch Reise-spezifika wie Abreise- und Ankunftszeit, Grenzübergangsstelle und Abreisort.⁹⁷⁶ Eine solche Obliegenheit erscheint zunächst neutral und ließe sich vielfältig sinnvoll deuten und nützlich einsetzen. Beispielsweise könnten die Informationen für verkehrspolitische oder touristische Zwecke genutzt werden. Eindeutiger Zweck der Richtlinie ist es aber, „die Grenzkontrol-

974 Siehe Art. 77 Abs. 1 FrontexVO.

975 Siehe Art. 77 Abs. 3 FrontexVO.

976 Siehe Art. 3 Abs. 2 BeförderungsdatenRL.

len zu verbessern und die illegale Einwanderung zu bekämpfen“.⁹⁷⁷ Anders als bei der FluggastdatenRL, welche der allgemeinen Terrorismus- und Kriminalitätsbekämpfung dienen soll und nur innerhalb dieses weiten Anwendungsbereichs (auch) Aspekte der illegalisierten Migration erfasst,⁹⁷⁸ dient die BeförderungsdatenRL gemäß ihrer Zweckbestimmung ausschließlich der Verbesserung der Grenzkontrollen und der Bekämpfung illegalisierter Migration.

4. Verschleierte Regelungsziele

Diese Beispiele verdeutlichen die inhaltliche Fokussierung auf den Bereich der illegalisierten Migration in Richtlinien, welche *prima facie* einen umfassenden Anwendungsbereich vermuten lassen. Diese verschleierte Regelungsziele unterstreichen die Notwendigkeit, den Blickwinkel bei der Betrachtung illegalisierter Migration zu weiten, um der Vielfältigkeit der Konstruktion gerecht zu werden.

II. Die Einbeziehung Dritter im Kontext migrationsspezifischer Illegalisierungen

Nicht-Migrieren schützt vor migrationsspezifischer Illegalisierung nicht. Auch Personen, die selbst nicht migrieren oder migriert sind, werden in Prozesse migrationsspezifischer Illegalisierungen einbezogen: einerseits aufgrund von eigenen Handlungen im Migrationskontext (I.), andererseits durch die Übertragung von Aufgaben (II.). Die Involvierung von Dritten als Konstruktionselement migrationsspezifischer Illegalisierungen ist einerseits in Anbetracht der Konzeption der vorliegenden Arbeit von besonderem Interesse, da Elemente miteinander verknüpft werden, welche ansonsten meist in getrennten Kontexten behandelt werden. Andererseits schafft deren Einbeziehung besondere (Zwischen-)Formen von Illegalitäten, da Dritte auch von einer (partiellen) Illegalisierung betroffen sind.

977 Siehe Art. 1 BeihilfeRL und nahezu identisch auch ErwGr. 1 BeförderungsdatenRL.

978 Siehe Kapitel 4 § 1 III. 1. d).

1. Migrationspezifische Illegalisierungen von Nicht-Migrant*innen

Wie eingangs erwähnt beschränken sich die Illegalisierungen im Migrationsrecht nicht auf den Personenkreis der Migrant*innen selbst. Es gibt eine Vielzahl an Handlungen Dritter, welche in diesem Zusammenhang ebenfalls involviert und illegalisiert werden. Bereits erwähnt wurden das Beschäftigen von Personen mit illegalisiertem Aufenthalt sowie die Nicht-Kooperation von Beförderungsunternehmen mit den Grenzbehörden. In diesem Zusammenhang werden Arbeitgebende bzw. Beförderungsunternehmen, wenngleich selbst nicht migrierend, in einem migrationspezifischen Kontext von Illegalisierungen erfasst, wenn sie Migrant*innen Arbeit geben bzw. befördern.⁹⁷⁹

Der wohl wichtigste Bereich, in welchem Dritte vom migrationspezifischen Illegalisierungszusammenhang erfasst werden, ist jedoch die Beihilfe zur illegalisierten Migration⁹⁸⁰ sowie der Menschenhandel und -schmuggel.⁹⁸¹

a) Die Beihilfe zur illegalisierten Migration

Ausgangspunkt ist die Richtlinie zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt. Diese sieht zunächst eine generelle Ausnahme für die Hilfe zur illegalisierten Einreise, Durchreise und Aufenthalt von Angehörigen der Mitgliedstaaten vor.⁹⁸² Das ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert. Zum einen wird damit klargestellt, dass auch die Migration von EU-Bürger*innen illegalisiert sein kann. Andernfalls wäre eine Beihilfe schon gar nicht möglich und müsste nicht explizit ausgeschlossen werden. Das ist in Anbetracht des definitiven Ausschlusses von EU-Bürger*innen vom illegalisierten Aufenthalt in der RückführungsRL⁹⁸³ nicht frei von Widerspruch. Zum anderen ver-

979 Siehe zur ArbeitgebersanktionenRL auch Kapitel 4 § 3 I. 1 und Kapitel 4 § 3 II. 2. a) sowie zu den Pflichten der Beförderungsunternehmen Kapitel 4 § 3 I. 3 und Kapitel 4 § 3 II. 2. b) und c).

980 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a und b) BeihilfeRL.

981 Die Ausführungen hierzu finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (147 ff.).

982 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a und b) BeihilfeRL, wonach lediglich Personen erfasst sind, die nicht Angehörige eines Mitgliedstaats sind.

983 Siehe Art. 3 Nr. 2 RückführungsRL.

wundert der diesbezügliche Ausschluss der Beihilfe. Wenn die Richtlinie (zu Recht) davon ausgeht, dass auch EU-Bürger*innen Einreise- und Aufenthaltsvorschriften verletzen können, ist es nicht nachvollziehbar, warum die Beihilfe dazu nicht gleichermaßen illegalisiert werden soll. Eine dahingehende Erklärung, dass die „nicht-illegalisierte“ Ausübung der Personenfreizügigkeit, welche dem ganz überwiegenden Teil der Angehörigen der Mitgliedstaaten zusteht, nicht dadurch erschwert werden soll, dass Unterstützungshandlungen unter dem Damoklesschwert der Illegalisierung stehen, kann nicht überzeugen, da die Richtlinie für eine Sanktionierung stets Vorsatz fordert. Die Richtlinie wurde im Gesetzgebungsprozess ausgiebig diskutiert.⁹⁸⁴ Eine Begründung für den Ausschluss der Beihilfe für EU-Bürger*innen findet sich dennoch nicht.

Die aus der Richtlinie folgende Verpflichtung der Sanktionierung erstreckt sich auf die Hilfe in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates einzu- reisen, durchzureisen⁹⁸⁵ oder sich dort aufzuhalten,⁹⁸⁶ jedoch nur, sofern dies vorsätzlich und unter Verletzung der Rechtsvorschriften des betreffenden Staates geschieht. Während die Beihilfe zur illegalisierten Ein- und Durchreise generell sanktioniert werden soll, wird für die Beihilfe zum illegalisierten Aufenthalt zusätzlich ein Handeln zu Gewinnzwecken gefordert. Ferner besteht die Möglichkeit, von einer Sanktionierung der Beihilfe zur Ein- und Durchreise abzusehen, wenn mit der Handlung eine humanitäre Unterstützung der Person bezweckt wurde⁹⁸⁷. Diese humanitäre Ausnahmemöglichkeit besteht nur für die Beihilfe zur illegalisierten Ein- und Durchreise, im Fall der Beihilfe zum illegalisierten Aufenthalt hingegen nicht. Zugegebenermaßen stehen Gewinnzwecke und humanitäre Unterstützung in einem gewissen Widerspruch. Aber auch humanitäre Projekte müssen in einer kapitalistischen Ordnung wirtschaftlich operieren. Eine humanitäre Unterstützung ist folglich nicht zwingend von Gewinnzwecken losgelöst. Die mit dem zusätzlichen Erfordernis der Gewinnzwecke intendierte Privilegierung der Beihilfe zum Aufenthalt gegenüber der Beihilfe zur Ein- und Durchreise kann somit in einigen Konstellationen in eine gegenteilige Ordnung umschlagen.

984 Die Richtlinie wurde damals noch im Konsultationsverfahren gegen den Widerstand des Parlaments verabschiedet, siehe ABl. 2001 C 276/244.

985 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a BeihilfeRL.

986 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. b BeihilfeRL.

987 Siehe Art. 1 Abs. 2 BeihilfeRL.

aa) Fehlende Definition

Die Frage, welche der Richtlinienartikel zu beantworten vorgibt,⁹⁸⁸ nämlich unter welchen Umständen eine Einreise, Durchreise oder der Aufenthalt als unerlaubt anzusehen ist, bleibt leider weitestgehend offen. Die Richtlinie beschränkt sich diesbezüglich auf den Verweis auf die „Rechtsvorschriften des betreffenden Staates“⁹⁸⁹ und bringt somit erneut die Kohärenzgefährdende, hybride Rechtsnatur vieler sekundärrechtlicher Regelungen zum Ausdruck.

bb) Anstiftung und Beihilfe zur Beihilfe

Schließlich fordert die Richtlinie in Art. 2 auch eine Sanktionierung der Anstiftung und der Beihilfe (zur Beihilfe) sowie des Versuchs der Beihilfe und in Art. 3, dass die Sanktionen wirksam, angemessen und abschreckend sind. Wie weit diese – im Strafrecht grundsätzlich nicht unübliche – Ausweitung des Täter*innenkreises reicht, wird erst auf den zweiten Blick deutlich. Die diesbezügliche Haupttat ist ja an sich bereits eine bloße Beihilfe. Die damit einhergehende Strafbarkeit der versuchten Beihilfe ist zumindest dem deutschen Strafrecht ansonsten fremd.⁹⁹⁰ Auch eine versuchte Anstiftung ist im deutschen Strafrecht grundsätzlich nur bei Verbrechen möglich.⁹⁹¹ Bei Straftatbeständen mit Migrationsbezug ist der Kreis an strafrechtlich sanktionierbaren Personen im Ergebnis wesentlich weiter.

988 Der vollständige Titel ist: Richtlinie 2002/90/EG des Rates vom 28. November 2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt, ABl. 2002 L 328/17.

989 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a und b BeihilfeRL.

990 Siehe, anstatt vieler, *Kudlich*, in: Heitschel-Heinegg, § 27 StGB, Rn. 22. Die von der Richtlinie geforderte Strafbarkeit findet sich jedoch in § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AufenthG entsprechend umgesetzt.

991 Die Straffrahmen der entsprechenden Haupttaten in § 95 Abs. 1 AufenthG beträgt jedoch lediglich bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bzw. in § 95 Abs. 3 AufenthG bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Die nach § 12 Abs. 1 i.V.m § 30 Abs. 1 StGB für eine Qualifizierung als Verbrechen und damit einhergehende Strafbarkeit des Versuchs der Anstiftung notwendige Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe ist somit nicht gegeben. Dennoch ist auch der Versuch einer Anstiftung nach § 96 Abs. 1, Abs. 3 AufenthG strafbar.

b) Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK

Mangels „nicht-illegalisierter“ Einreisemöglichkeiten bleibt Schutzsuchenden meist nur die Einreise auf illegalisiertem Wege. Dieses Dilemma wird in Art. 31 Abs. 1 GFK aufgegriffen. Dort wird für Flüchtlinge ein Pönalisierungsverbot für die illegalisierte Einreise und den illegalisierten Aufenthalt normiert.⁹⁹² Dieses ist einerseits für sich genommen im Kontext migrationspezifischer Illegalisierungen allgemein interessant, da es eine Grenze für Illegalisierungen normiert, andererseits im Bereich der Beihilfe, da die mögliche Straffreiheit der migrierenden Person auch Fragen hinsichtlich der Strafbarkeit der Unterstützungshandlungen von Dritten aufwirft. Im Folgenden soll zunächst auf Umfang und Inhalt des Pönalisierungsverbotes eingegangen werden, bevor dessen Rolle auf Unionsebene beleuchtet und abschließend die Anwendung anhand der Umsetzung im deutschen Recht exemplarisch dargestellt werden wird.

aa) Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK

Art. 31 Abs. 1 GFK sieht vor, dass die Konventionsstaaten „wegen unrechtmäßiger Einreise oder Aufenthalts keine Strafen gegen Flüchtlinge verhängen, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit im Sinne von Artikel 1 bedroht waren und die ohne Erlaubnis in das Gebiet der vertragschließenden Staaten einreisen oder sich dort aufhalten, vorausgesetzt, dass sie sich unverzüglich bei den Behörden melden und Gründe darlegen, die ihre unrechtmäßige Einreise oder ihren unrechtmäßigen Aufenthalt rechtfertigen.“ Das Pönalisierungsverbot bildet mit dem Non-Refoulement Prinzip den Kern des internationalen Flüchtlingsrechts und ist entscheidend für die Möglichkeit, Zugang zu effektiven Schutzsystemen zu bekommen.⁹⁹³ Aufgrund des lediglich deklaratorischen Charakters der Anerkennung als Flüchtling,⁹⁹⁴ wird bis zu einer endgültigen Ablehnung der Rechtsstellung als Flüchtling von einer Vorwirkung des Flüchtlingsschutzes ausgegangen, welche auch das Pönalisierungsver-

992 Art. 31. Abs. 1 GFK verlangt, dass „[d]ie vertragschließenden Staaten [...] wegen unrechtmäßiger Einreise oder Aufenthalts keine Strafen gegen Flüchtlinge verhängen“.

993 Siehe *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, S. 81-90 (81).

994 Siehe *UNHCR*, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Rn. 28.

bot erfasst.⁹⁹⁵ Auch bei Personen mit subsidiärem Schutz oder anderen Schutztiteln lässt sich für eine entsprechende Anwendung argumentieren, was jedoch bislang keine weitreichende Akzeptanz gefunden hat.⁹⁹⁶ Das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Einreise führt regelmäßig zu Schwierigkeiten, da die Einreise meist über einen Drittstaat erfolgt. Sofern ein Drittstaat jedoch nur als „Durchgangsland“ genutzt wird, soll dies dem Erfordernis der Unmittelbarkeit aber nicht entgegenstehen.⁹⁹⁷

Während die unverzügliche Behördenmeldung meist relativ unproblematisch ist,⁹⁹⁸ ist der Schutzzumfang kontrovers. Einerseits stellt sich die Frage, ob die Straffreiheit nur das Strafrecht (im engeren Sinne) betrifft, oder auch zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Instrumente umfasst. Aus dem Sinn und Zweck der Norm, nämlich dem Ausschluss einer Bestrafung von Schutzbedürftigen, ist eine enge Auslegung abzulehnen und ein weites Verständnis von „Strafen“ vorzuziehen, welches auch Ordnungswidrigkeiten und zivilrechtliche Instrumente umfasst.⁹⁹⁹ Andererseits ist der Umfang der erfassten Delikte umstritten. Da der Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 GFK nur die unrechtmäßige Einreise und den unrechtmäßigen Aufenthalt nennt, stellen einige Staaten die Verwendung gefälschter Papiere bei der Einreise weiterhin unter Strafe.¹⁰⁰⁰

995 Siehe *Goodwin-Gill*, in: *Feller/Nicholson/Türk* (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, S. 185-252 (S. 193 und 219 Punkt 7).

996 Siehe *Costello*, UNHCR PPLA/2017/01: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, S. 12 f. m.w.N.

997 Siehe *UNHCR*, UNHCR's Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers, S. 2 Punkt 4, sowie zur Anerkennung in der deutschen Rechtsprechung und Kommentarliteratur *Hohoff*, in: *Kluth/Heusch*, § 95 AufenthG Rn. 109 m.w.N.

998 Die Unverzüglichkeit ist nicht anhand eines festen Zeitraums zu bestimmen, sondern individuell unter Berücksichtigung der besonderen Umstände, in welchen sich Flüchtlinge befinden, siehe *Costello*, UNHCR PPLA/2017/01: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, S. 28.

999 Siehe *Costello*, UNHCR PPLA/2017/01: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, S. 32 ff. m.w.N.

1000 Strafen sind hierfür beispielsweise in Deutschland, Österreich und Frankreich vorgesehen, während dies in den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich als vom Pönalisierungsverbot erfasst angesehen wird, siehe *Costello*, UNHCR PPLA/2017/01: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, S. 39 ff.

bb) Art. 31 Abs. 1 GFK im Unionsrecht

Neben dem primärrechtlichen Gebot des Einklangs mit der GFK aus Art. 78 AEUV, wird die GFK im migrationsrelevanten Sekundärrecht der EU oftmals erwähnt¹⁰⁰¹ und teils darauf verwiesen.¹⁰⁰² Auch der EuGH hat die GFK wiederholt als „wesentlichen Bestandteil des internationalen Rechtsrahmens für den Schutz von Flüchtlingen“ bezeichnet,¹⁰⁰³ sieht sich jedoch für die Auslegung von Art. 31 GFK selbst als nicht zuständig an.¹⁰⁰⁴ Die Kompetenz des EuGH aus Art. 267 AEUV erstreckt sich „lediglich auf die Rechtsvorschriften, die zum Unionsrecht gehören“ und umfasst somit internationale Übereinkommen, die von der Union geschlossen worden sind, nicht jedoch solche zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten.¹⁰⁰⁵ Insofern ist die Nichtzuständigkeitserklärung eindeutig, da die EU selbst der GFK nicht beigetreten ist. Die Zuständigkeit im Vorlageverfahren besteht jedoch auch, „wenn und soweit die Union die Zuständigkeiten übernommen hat, die zuvor von den Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich einer nicht von der Union geschlossenen internationalen Übereinkunft ausgeübt wurden, und die Bestimmungen dieser Übereinkunft damit für die Union bindend geworden sind“.¹⁰⁰⁶ Da trotz des Erlasses mehrerer Unionsrechtsakte im Anwendungsbereich der GFK die Zuständigkeiten nicht vollständig auf die Union übergegangen sind, sieht sich der EuGH dennoch nicht befugt, die GFK auszulegen, woran auch der Hinweis in Art. 78 AEUV nichts ändere, welcher fordert, dass die gemeinsame Politik im Bereich Asyl mit der GFK im Einklang stehen muss.¹⁰⁰⁷ Eine Ausnahme findet sich in der Rechtsprechung des EuGH bei Fällen, in welchen das Unionsrecht auf eine bestimmte Norm in der GFK verweist.¹⁰⁰⁸ Insofern könnte der Verweis auf Art. 31 GFK in Art. 14 Abs. 6 der Qualifikations-RL die Auslegungskompetenz des EuGH begründen, was im Übrigen auch der Zwecksetzung in Erwägungsgrund 23 die „zuständigen innerstaatli-

1001 Siehe beispielsweise ErwGr. 3 Dublin III VO oder ErwGr. 3 AufnahmeRL.

1002 Siehe Art. 14 Abs. 6 QualifikationsRL.

1003 Siehe statt vieler nur EuGH, X (C-199/12), EU:C:2013:720, Rn. 39 m.w.N.

1004 Siehe EuGH, *Qurbani* (C-481/13), EU:C:2014:2101, Rn. 29.

1005 Siehe EuGH, *TNT Express Nederland* (C-533/08), EU:C:2010:243, Rn. 59 ff. m.w.N. zur entsprechenden Rechtsprechung des EuGH.

1006 Siehe EuGH, *TNT Express Nederland* (C-533/08), EU:C:2010:243, Rn. 62 m.w.N. zur Rechtsprechung des EuGH.

1007 Siehe EuGH, *Qurbani* (C-481/13), EU:C:2014:2101, Rn. 24.

1008 Siehe EuGH, *Bolbol* (C-31/09), EU:C:2010:351 und *Abed El Karem El Kott u. a.* (C-364/11), EU:C:2012:826.

chen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention zu leiten“ dienen würde. Der EuGH lässt diese Möglichkeit einer Zuständigkeitsbegründung explizit offen, sieht diese im zugrundeliegenden Verfahren jedoch nicht gegeben, da diese weder in der Vorlagefrage aufgeworfen worden, noch entscheidungserheblich gewesen sei.¹⁰⁰⁹ Die Möglichkeit einer harmonisierenden Auslegung durch den EuGH besteht also grundsätzlich, ist bislang jedoch nicht erfolgt. Daher kommt den Anwendungen der Norm auf nationaler Ebene besondere Bedeutung zu, welche im Folgenden anhand der Rechtslage in Deutschland¹⁰¹⁰ exemplarisch dargestellt werden soll.

cc) Die Rechtslage in Deutschland (§ 95 Abs. 5 AufenthG)

Nach überwiegender Auffassung erstreckt sich der auf Art. 31 Abs. 1 GFK gestützte Strafschutz nicht auf anlässlich der illegalisierten Einreise oder des illegalisierten Aufenthalts begangene Begleitdelikte, wie beispielsweise Urkundendelikte.¹⁰¹¹ Ferner schützt das Strafverbot zunächst nur die migrierte Person selbst. Dritte sind von diesem Strafschutz nicht umfasst. Nach der deutschen Strafrechtsdogmatik gibt es zwar keine Teilnahme ohne vorsätzliche rechtswidrige Haupttat, das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK, umgesetzt im nationalen Recht in § 95 Abs. 5 AufenthG, wird jedoch überwiegend nicht als Rechtfertigungsgrund ange-

1009 Siehe EuGH, *Qurbani* (C-481/13), EU:C:2014:2101, Rn. 28.

1010 Die Rechtslage in Deutschland war auch Gegenstand des Vorlageverfahrens in EuGH, *Qurbani* (C-481/13), EU:C:2014:2101. Vorgelegt hatte das Amtsgericht Würzburg.

1011 So in der Tendenz auch das BVerfG in seinem ausführlich begründeten Nichtannahmebeschluss, BVerfG, 2 BvR 450/11, Beschluss vom 8. Dezember 2014, NVwZ 2015, 361, jedoch einschränkend, wenn eine „notstandsähnliche Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit“ vorliegt, 366, Rn. 53 ff. Kritisch in den Anmerkungen dazu, *Hörich/M. Bergmann*, NVwZ 2015, S. 367-368, die ausgehend vom geschützten Rechtsgut die Sinnhaftigkeit einer Sanktionierung bezweifeln (368). Für einen Ausschluss der Begleitdelikte von der Strafbefreiung siehe *Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, § 95 AufenthG, Rn. 68; *Hoboff*, in: Kluth/Heusch, § 95 AufenthG, Rn. 106. A.A. ausführlich *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, S. 81-90 (87 ff.), 87 ff., und dem explizit folgend AG Korbach, InfAuslR 2012, 43, sowie *Fahlbusch*, in: Hofmann, § 95 AufenthG, Rn. 262 f. m.w.N.

sehen, sondern als persönlicher Strafaufhebungsgrund.¹⁰¹² Somit besteht die rechtswidrige Haupttat fort und die Teilnahme ist weiterhin strafbar. Der Kreis der Personen, welche im Rahmen der Beihilfe zur illegalisierten Einreise und Durchreise sowie zum illegalisierten Aufenthalt sanktionierbar sind, ist damit nicht nur untypisch weit gefasst, er ist auch von den privilegierenden Einschränkungen der GFK ausgeschlossen. Während der weit gefasste Täter*innenkreis vor dem Hintergrund von oftmals stark verzweigten Netzwerken der Migrationshilfe nachvollziehbar ist, ist der Ausschluss von Begleitdelikten und Dritten vom Strafverbot schwerer verständlich.

Das BVerfG vertritt die Auffassung, dass sich trotz des in der GFK geforderten, möglichst hohen Schutzniveaus, welches allgemein für eine weite Auslegung spricht, nicht unmittelbar aus der GFK ein Strafverbot hinsichtlich der Begleitdelikte ergibt.¹⁰¹³ Entscheidend für die Erfassung vom Strafausschluss sei vielmehr, ob das Delikt in einer notstandsähnlichen Situation verübt worden ist. Neben der Frage nach der Notstandsähnlichkeit der Situation, erscheint es aber sinnvoll, auch die betroffenen Rechtsgüter in die Entscheidung miteinzubeziehen. Wenn sich die geschützten Rechtsgüter der jeweiligen Strafvorschrift mit denen decken, welche die Strafbarkeit der illegalisierten Einreise oder des illegalisierten Aufenthalts zu schützen versucht,¹⁰¹⁴ sich mithin der Strafzweck gleicht,¹⁰¹⁵ ist das Strafverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK richtigerweise ebenfalls anzuwenden. Die Forderung des BVerfG nach einer notstandsähnlichen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit mehrt ferner die Zweifel an der Einordnung als persönlicher

1012 Siehe zuletzt BVerfG, 2 BvR 450/11, Beschluss vom 8. Dezember 2014, NVwZ 2015, 361, 362 Rn. 18. Ebenso *Gericke*, in: Joecks/Miebach, § 95 AufenthG, Rn. 123; *Hoboff*, in: Kluth/Heusch, § 95 AufenthG, Rn. 106; *Winkelmann*, in: Bergmann/Dienelt, § 95 AufenthG, Rn. 15 f. A.A. *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, S. 81-90 (89 f.), die es als Rechtfertigungsgrund ansehen, sowie *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, Strafverteidiger 2015, S. 386-392 (388 f.), jedoch unter Rückgriff auf § 34 StGB. *Hörich*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, § 95 AufenthG, Rn. 275 lässt es offen, ob der Notstand nach § 34 StGB oder der Entschuldigungsgrund nach § 35 als einschlägig betrachtet wird. *Fahlbusch*, in: Hofmann, § 95 AufenthG, Rn. 247 nimmt schon einen Ausschluss auf Tatbestandsebene an.

1013 BVerfG, 2 BvR 450/11, Beschluss vom 8. Dezember 2014, NVwZ 2015, 361, 364, Rn. 34 ff.

1014 Namentlich die „Kontroll- und Steuerungsfunktion des ausländerrechtlichen Genehmigungsverfahrens“, siehe *Heinrich*, ZAR, S. 309-317 (314).

1015 So in einigen Fällen der Urkundenfälschung, wenn sich der Rechtsverkehr auf die mit der Einreisekontrolle betraute Person beschränkt, *Hörich/M. Bergmann*, NVwZ 2015, S. 367-368 (368).

Strafaufhebungsgrund und dem damit einhergehenden Ausschluss Dritter. Die Notstandsähnlichkeit rückt die Sachverhalte in die Nähe des rechtfertigenden Notstandes aus § 34 StGB. Dieser lässt als Rechtfertigungstatbestand jedoch die rechtswidrige Haupttat und somit die Strafbarkeit der Teilnahme entfallen. Gleiches wäre daher auch für die Fälle des Art. 31 Abs. 1 GFK bzw. § 95 Abs. 5 AufenthG angezeigt. Im Ergebnis ist die Einordnung des Pönalisierungsverbots als persönlicher Strafaufhebungsgrund legitimen Zweifeln ausgesetzt, und der umfassende Ausschluss von Begleitdelikten nur schwer rechtfertigbar.

2. Privatisierung hoheitlicher Aufgaben

Auch die Privatisierung hoheitlicher Aufgaben¹⁰¹⁶ stellt ein Konstruktions-element migrationspezifischer Illegalisierungen dar, welches zunehmend an Bedeutung gewonnen hat.¹⁰¹⁷ Dieses soll im Folgenden anhand der Einbeziehung von Arbeitgebenden (1.) und Beförderungsunternehmen im Allgemeinen (2.) bzw. Fluggesellschaften im Speziellen (3.) exemplifiziert werden, bevor abschließend die Frage der Zurechnung der Handlungen nichtstaatlicher Akteur*innen zu den Staaten thematisiert werden soll (4.). Die behandelten Formen der Privatisierung lassen sich als „indirekte Privatisierungen“ begreifen, da sie nicht unmittelbar auf Vertragsbeziehungen

1016 Die Kategorien der „Privatheit“ und der „Hoheitlichkeit“ sind nicht naturgegeben, sondern gleichermaßen konstruiert wie die Unterscheidung von „Privatheit“ und „Öffentlichkeit“, deren Abgrenzung vielfach Anlass für Kontroversen – insbesondere in feministischen Debatten – war und ist, siehe nur *Ermert/Böhmer/Jähnert*, in: *Zentrum für transdisziplinäre Geschlechterstudien* (Hrsg.), Grenzziehungen von „öffentlich“ und „privat“ im neuen Blick auf die Geschlechterverhältnis, S. 1-11. Wengleich nicht negiert werden soll, dass nicht abstrakt feststeht, was privat und was hoheitlich ist, werden die Zuschreibungen im Folgenden verwendet, um die Konstruktion bzw. die Verschiebungen in der Konstruktion darzustellen. Die Kooptation von Arbeitgebenden und Beförderungsunternehmen stellt als Vervielfältigung der Akteur*innen im Rahmen von Illegalisierungsprozessen eine Verschiebung in der Konstruktion dar, unabhängig davon, dass bzw. wie die verwendeten Begrifflichkeiten konstruiert wurden. Bei der später in diesem Abschnitt diskutierten Frage, inwieweit „Private“ durch Menschenrechte gebunden sind, werden zudem implizit auch die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den konstruierten Zuschreibungen verhandelt.

1017 Die Ausführungen hierzu finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (143 ff.).

basieren, sondern nichtstaatliche Akteur*innen durch Haftungsregelungen kooptiert werden.¹⁰¹⁸ Die Privatisierung hoheitlicher Aufgaben ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit unter zweierlei Gesichtspunkten von Interesse: Erstens ist die Verschiebung bei den Akteur*innen bzw. die Auslagerung für die (Re-)Konstruktion der migrationspezifischen Illegalisierungsprozesse relevant, da sie ein bedeutsames Strukturmerkmal darstellt. Zweitens sind die einbezogenen nichtstaatlichen Akteur*innen indirekt selbst von den migrationspezifischen Illegalisierungen betroffen, womit erneut gesonderte (Zwischen-)Formen von Illegalitäten entstehen.

a) Arbeitgebende

Ein Beispiel für die Entwicklung im Rahmen der hoheitlichen Bestrebung, Migration zu steuern und zunehmend nichtstaatliche Akteur*innen einzu-beziehen, ist die Verpflichtung von Arbeitgebenden, die Aufenthaltspapire von Arbeitnehmenden vor der Beschäftigungsaufnahme zu kontrollieren und eine Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne „rechtmäßigen Aufenthalt“ zu unterlassen.¹⁰¹⁹ Diese Kontroll- und Mitteilungsverpflichtung¹⁰²⁰ dient (ausschließlich) der Bekämpfung der illegalisierten Migration¹⁰²¹ und ist somit ein Instrument der Migrationssteuerung im Gewand einer Arbeits- und Wirtschaftsregulierung,¹⁰²² welches nichtstaatliche Akteur*innen in den Illegalisierungskontext einbezieht, indem diesen die Pflicht zur Prüfung der aufenthaltsrechtlichen Situation ihrer Arbeitnehmenden übertragen wird.

Abgesehen davon, dass entsprechende Prüfungen für Arbeitgebende bisweilen durchaus herausfordernd sind, ist es grundsätzlich nicht die Aufgabe nichtstaatlicher Akteur*innen, die aufenthaltsrechtliche Situation von

1018 Siehe *Gammeltoft-Hansen/Schechinger*, in: *Nollkaemper/Plakokefalos/Schechinger* (Hrsg.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, S. 527-555 (531 f.). „Direkte“ Involvierungen finden sich im Gegensatz dazu teils im Rahmen von vertraglichen Verpflichtungen privater Militär- und Sicherheitsfirmen, siehe hierzu *Davitti*, GLJ 2020, S. 487-505.

1019 Siehe Art. 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 lit. a ArbeitgebersanktionenRL.

1020 Arbeitgebende haben nach Art. 4 Abs. 1 lit. c ArbeitgebersanktionenRL den Beschäftigungsbeginn eigenständig den Behörden anzuzeigen.

1021 Siehe Art. 1 ArbeitgebersanktionenRL.

1022 Es handelt sich hierbei somit um ein gutes Beispiel für die Diversifikation der Konstruktionselemente migrationspezifischer Illegalisierungen siehe Kapitel 4 § 3 I.

anderen Personen zu prüfen. Durch ihre Prüfungen und Mitteilungen wirken sie jedoch gezwungenermaßen auch an der Illegalisierung von Personen mit und helfen dabei, den aufenthaltsrechtlichen Steuerungsmechanismen durch das Transponieren in die Arbeitswelt einen breiten Wirkungsbereich und eine effektivere Durchsetzung zu verschaffen. Da die Arbeitgebenden mit den Sanktionsdrohungen gezwungen werden, an der Durchsetzung von Migrationssteuerungsversuchen mitzuwirken, lässt sich dies ebenfalls als eigenständige Illegalisierung begreifen. Insofern besteht eine Parallelität zur bereits beschriebenen Konstellation bei der Beihilfe,¹⁰²³ da spezifische Formen migrationspezifischer Illegalitäten entstehen.

b) Beförderungsunternehmen

Die bereits im Rahmen der Externalisierungen dargestellten Sanktionen für Beförderungsunternehmen¹⁰²⁴ sind für die Konstruktion migrationspezifischer Illegalisierungen nicht nur aufgrund der geographischen Verlagerung der Kontrolle in Drittstaaten relevant; auch die Übertragung der Kontrollaufgaben auf nichtstaatliche Akteur*innen ist in diesem Kontext von Bedeutung. Beförderungsunternehmen sind einerseits zur Übermittlung von Passagierdaten verpflichtet,¹⁰²⁵ andererseits sind sie verpflichtet, sicherzustellen, dass die von ihnen beförderten Personen über die für die Einreise erforderlichen Dokumente verfügen.¹⁰²⁶ Die Datenübermittlungen der Beförderungsunternehmen stellen selbstverständlich keine Grenzkontrollen dar und sollen diese auch nicht ersetzen. Die Tatsache, dass die Angaben an die „mit der Durchführung der Personenkontrollen an den Außengrenzen beauftragten Behörden“ übermittelt werden, zeigt jedoch das Ineinandergreifen von auf nichtstaatliche Akteur*innen übertragenen Vorbereitungsmaßnahmen und weiterhin staatlich ausgeübten Kernbereichen.¹⁰²⁷ Die Verbindlichkeit dieser Einbeziehung wird durch die emp-

1023 Siehe Kapitel 4 § 3 II. 1.

1024 In der Praxis ist der Sanktions-Begriff wohl eher unüblich, es wird meist eher von Verantwortlichkeiten (*carriers' liability* oder *obligation*) und Gebühr (*charge*) gesprochen, siehe *Scholten*, *The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions*, S. 17.

1025 Siehe Art. 3 Abs. 2 BeförderungsdatenRL und Kapitel 4 § 3 II. 2. c).

1026 Siehe Art. 26 Abs. 1 lit. b. Schengener Durchführungsabkommen (SDÜ) und Kapitel 4 § 2 IV. 2.

1027 Aber auch die Kernbereiche sind davor nicht restlos gefeit. Im Februar 2016 hatte der Direktor von Frontex, *Fabrice Leggeri*, den Einsatz von Privatfirmen

findlichen Sanktionen bei Nicht-Kooperation unterstrichen,¹⁰²⁸ so dass auch in diesem Fall von einer eigenständigen Teil-Illegalisierung der Beförderungsunternehmen gesprochen werden kann.¹⁰²⁹

Im Gegensatz zu den Privatisierungen von staatlichen Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge erfolgt die Übertragung der Migrationskontrolle an die Beförderungsunternehmen nicht freiwillig, sondern diese wird ihnen zwangsweise auferlegt, weshalb sie sich von einem klassischen *outsourcing* signifikant unterscheidet. Die Beförderungsunternehmen profitieren daher weder von den durchgeführten Kontrollaufgaben noch verstoßen sie selbst gegen die migrationsrechtlichen Vorgaben. Dennoch sind sie in dem Regelungskomplex diejenigen, die die Hauptverantwortung tragen, weshalb sich diesbezüglich zutreffend von einem *third-party liability system*¹⁰³⁰ oder auch von *third-party policing*¹⁰³¹ sprechen lässt.

Ob die Privatisierung von Migrationskontrollen letztlich ein Kontrollzuwachs oder ein Kontrollverlust für die Staaten darstellt,¹⁰³² lässt sich schwer beantworten.¹⁰³³ Klar ist hingegen, dass der Ansatz Ausdruck einer Transformation von Grenzen und Grenzkontrollen ist, welche nicht mehr physisch an den Rändern der Hoheitsgebiete verlaufen, sondern nunmehr

an den EU-Außengrenzen zur Diskussion gestellt, siehe ZDF Morgenmagazin: Frontex: „Braucht mehr Grenzbeamte“ vom 3.2.2016.

- 1028 Art. 4 BeförderungsdatenRL fordert abschreckende, wirksame und angemessene Sanktionen und setzt lediglich finanzielle Mindeststrafbeträge fest. Auf die Möglichkeit anderer Sanktionen, auch nicht monetärer Art, im Falle schwerwiegender Verstöße wird ebenfalls explizit hingewiesen. Im deutschen Recht finden sich die Vorgaben in §§ 63 f. AufenthG umgesetzt.
- 1029 Entsprechend der Beihilfe zur illegalisierten Migration und der parallel konstruierten Teil-Illegalisierung von Arbeitnehmenden, siehe Kapitel 4 § 3 II. 1 und Kapitel 4 § 3 II. 2. a).
- 1030 Welches *Gilboy* anhand der folgenden drei Kriterien beschreibt „(1) *private entities are compelled to help deter misconduct*; (2) *civil and criminal sanctions exist for failure to perform duties*; and (3) *little or no compensation is provided to cover the costs of performing duties*“, siehe *Gilboy, Law & Policy* 1998, S. 135-155 (140).
- 1031 „*Third-party policing*“ describes police efforts to persuade or coerce nonoffending persons to take actions which are outside the scope of their routine activities, and which are designed to indirectly minimize disorder caused by other persons or to reduce the possibility that crime may occur.“ Siehe *Buerger/Mazerolle, Justice Quarterly* 1998, S. 301-327 (301).
- 1032 Bei *Bigo/Guild*, in: *Ryan/Mitsilegas* (Hrsg.), *Extraterritorial Immigration Control*, S. 252-273, wird dagegen die Kontrollfähigkeit der Staaten generell in Frage gestellt.
- 1033 Siehe *Scholten, The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions*, S. 31 ff. m.w.N.

in diversifizierter Form¹⁰³⁴ in Räumen¹⁰³⁵ weit außerhalb der Hoheitsgebiete¹⁰³⁶ erfolgen.

c) Passagierdatenübermittlung durch Fluggesellschaften

Auch die in der 2016 verabschiedeten FluggastdatenRL geregelte Übermittlung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten) durch Fluggesellschaften¹⁰³⁷ ist ein Beispiel für die Involvierung nichtstaatlicher Akteur*innen im Kontext migrationspezifischer Illegalisierungen. Die Fluggesellschaften sind verpflichtet, die Buchungsdaten 24 bis 48 Stunden vor dem planmäßigen Abflug und unmittelbar nach dem die Fluggäste an Bord gegangen sind, an die zentralen Erfassungsstellen der Mitgliedstaaten zu übermitteln. Ziel der Erhebung und Weiterleitung der Fluggastdaten ist die Unterstützung der nationalen Behörden und Europol's im Kampf gegen schwere Kriminalität und Terrorismus.¹⁰³⁸ „Schwere Kriminalität“ wird dabei im Anhang der Richtlinie anhand eines Kataloges strafbaren Handlungen, die in dem jeweiligen Mitgliedstaat mit einer Höchst-Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren bedroht sind, definiert.¹⁰³⁹ Zu den im Anhang aufgezählten relevanten strafbaren Handlungen zählt auch die „Beihilfe zur illegalen Einreise und zum illegalen Aufenthalt“.¹⁰⁴⁰ Diese ist in Deutschland mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe strafbar,¹⁰⁴¹ womit eine Verarbeitung der Fluggastdaten zur Bekämpfung illegalisierter Migration möglich ist.

Die Erhebung und Übermittlung der Daten obliegt privaten Fluggesellschaften, welchen bei Zuwiderhandlungen abschreckende Sanktionen drohen.¹⁰⁴² Sie werden somit ebenfalls als nichtstaatliche Akteur*innen gezwungen, sich an der Kontrolle und Kriminalitätsbekämpfung zu betei-

1034 Siehe Kapitel 4 § 1.

1035 Siehe *Schulze Wessel*, Grenzfiguren – Zur politischen Theorie des Flüchtlings, die vom „Grenzraum“ spricht.

1036 Siehe Kapitel 4 § 2.

1037 Siehe zur FluggastdatenRL als Migrationskontrollinstrument auch Kapitel 4 § 1 III. 1. d).

1038 Siehe Art. 6 Abs. 2 lit. a bis c FluggastdatenRL.

1039 Siehe Art. 3 Nr. 9 FluggastdatenRL.

1040 Siehe Anhang II Nr. 11 FluggastdatenRL.

1041 § 96 Abs. 1 AufenthG. In besonders schweren Fällen sind bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe möglich, § 96 Abs. 2 AufenthG.

1042 Siehe Art. 14 FluggastdatenRL.

gen,¹⁰⁴³ und damit in Teilen auch eigenständig illegalisiert – in einem migrationsspezifischen Kontext.

d) Zurechnung der Handlungen nichtstaatlicher Akteur*innen

Die Übertragung der Kontrollen an private Beförderungsunternehmen wirft die Frage auf, ob bzw. inwieweit die Handlungen nichtstaatlicher Akteur*innen den Staaten zugerechnet werden können. Grundsätzlich kann Staaten nur ihr eigenes Handeln zugerechnet werden.

Wann und durch wen Staaten handeln, ist jedoch nicht immer einfach festzustellen. Die 2001 von der UN-Völkerrechtskommission erlassenen „Artikelentwürfe über die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln“ geben jedoch hilfreiche Anhaltspunkte. Darin sieht Artikel 5 vor, dass „[d]as Verhalten einer Person oder Stelle, die kein Staatsorgan [...] ist, die jedoch nach dem Recht des betreffenden Staates ermächtigt ist, hoheitliche Befugnisse auszuüben, [...] als Handlung des Staates im Sinne des Völkerrechts zu werten [ist], sofern die Person oder Stelle im Einzelfall in dieser Eigenschaft handelt.“ Artikel 8 gibt vor, dass „[d]as Verhalten einer Person oder Personengruppe [...] als Handlung eines Staates im Sinne des Völkerrechts zu werten [ist], wenn die Person oder Personengruppe dabei faktisch im Auftrag oder unter der Leitung oder Kontrolle dieses Staates handelt.“ Danach ließe sich eine völkerrechtliche Zurechnung der Handlungen der Beförderungsunternehmen an die Staaten durchaus begründen.¹⁰⁴⁴

Neben der Staatenverantwortlichkeit könnten sich mit Blick auf die Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte der UN¹⁰⁴⁵ auch menschenrechtliche Verpflichtungen von Unternehmen begründen lassen (so

1043 Kriminalität umfasst in diesem Fall auch die Beihilfe zur illegalisierten Einreise und zum illegalisierten Aufenthalt.

1044 Siehe *Rodenhauser*, *International Journal of Refugee Law* 2014, S. 223-247 (230 ff.), der eine Zurechnung bejaht.

1045 Siehe Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte: Umsetzung des Rahmens der Vereinten Nationen: „Schutz, Achtung und Abhilfe“, welche vom Menschenrechtsrat in der Resolution 17/4 vom 16. Juni 2011 verabschiedet wurden; diese sollen in ein verbindliches Abkommen übertragen werden, siehe Resolution 26/9. 2018 wurde ein erster Entwurf (*zero draft*) vorgestellt, welcher 2019 nochmals überarbeitet wurde, abrufbar unter: https://www.ohchr.org/Documents/HRCBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

wohl moralisch als auch rechtlich), womit die Handlungen der Beförderungsunternehmen selbst direkt an menschenrechtlichen Maßstäben zu messen wären.¹⁰⁴⁶ Es bestehen also durchaus Begründungsmöglichkeiten, einerseits die Handlungen den Staaten zuzurechnen oder andererseits private Unternehmen zu verpflichten. Solange diese jedoch nicht fest etabliert sind und durchgesetzt werden, besteht die Gefahr menschenrechtlicher Schutzlücken bei der Übertragung von Aufgaben an nichtstaatliche Akteur*innen fort.

III. Zwischenresümee

Die beiden behandelten Themenkomplexe, die Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen und die Einbeziehung Dritter in den Illegalisierungskontext, verdeutlichen die Vielfalt von Illegalisierungen und deren horizontale Streuung über verschiedene Regelungskomplexe hinweg.

Die bei der Diversifikation angeführten Beispiele von Regelungen mit verschleiertem Regelungsziel zeigen, dass sich Konstruktionselemente der Illegalisierung bisweilen erst auf den zweiten Blick als solche offenbaren und eine Dekonstruktion daher auch an abgelegenen Orten „suchen“ muss.

Der Mehrwert des breiten dekonstruktiven Analyseansatzes offenbart sich auch am zweiten analysierten Themenkomplex, der Einbeziehung Dritter: Auch Personen, die selbst nicht migrieren, sind im Kontext migrationsspezifischer Illegalisierungen relevant, da diese einerseits eigenständig auf migrationsspezifische Weise illegalisiert werden können, und andererseits durch die (zwangsweise) Übertragung von Kontroll- und Mitteilungspflichten in Illegalisierungsprozesse einbezogen werden. Diese Dimension der migrationsspezifischen Illegalisierungsprozesse droht verloren zu gehen, wenn „illegale Migration“ bzw. „illegale Migrant*innen“ im Mittelpunkt stehen, da die betroffenen Personen bei der Strafbarkeit der Beihilfe¹⁰⁴⁷ selbst nicht migrieren und somit auch nicht unmittelbar Teil von Migration in einem engeren Sinne sind. Insofern akzentuiert der Abschnitt den Mehrwert des breiten Analyseansatzes mit Blick auf die Prozesse der Illegalisierung.

1046 Siehe *Baird/Spijkerboer*, Amsterdam Law Forum 2019, S. 4-19 (8 ff.).

1047 Die Strafbarkeit der Beihilfe bezieht sich hier auf eine nach Art. 31. Abs. 1 GFK straffreien illegalisierten Einreise oder zu einem illegalisierten Aufenthalt.

Sofern Dritte im Rahmen der Beihilfe oder der unfreiwilligen Übernahme von Migrationskontrollaufgaben selbst mit Sanktionen bedroht werden, ist dies ebenfalls als eine spezifische Form migrationspezifischer Illegalisierung zu betrachten.¹⁰⁴⁸

Da nur einzelne Handlungen bzw. Unterlassungen von der jeweiligen Sanktionierung erfasst werden, handelt es sich lediglich um eine partielle Illegalisierung, womit erneut ein rechtlicher Graubereich eröffnet wird.

Wenngleich somit auch Dritte von Illegalisierungsprozessen erfasst werden, ist deren Status innerhalb einer (Il-)Legalitäts-Dichotomie nur schwer zu beschreiben. Während bei Migrant*innen zumindest die Migration als Abgrenzungsmerkmal existiert, so dass die zu bezeichnenden Graubereiche sich auf das Illegalitätsmerkmal beziehen,¹⁰⁴⁹ fehlt es im Rahmen der Beihilfe und Kooption schon daran. In Anlehnung an die in der vorliegenden Arbeit gewählte Terminologie¹⁰⁵⁰ müsste im Rahmen der Beihilfe wohl von (eigenständig) „illegalisierten Migrationshelfer*innen“ gesprochen werden. Bei der Kooption ist die Beschreibung eines Status noch komplizierter. Am ehesten träfe es wohl die Bezeichnung als (eigenständig) „illegalisierte Helfer*innen bei der Migrationskontrolle“. Insofern zeigt sich auch hier wieder der Vorteil einer Fokusverschiebung von der Person zum Prozess.¹⁰⁵¹

Die spezifische Illegalisierung nicht migrierter Personen im Rahmen der Beihilfe produziert dabei nicht lediglich eine besondere Ausprägung migrationspezifischer Illegalität. Die „illegalisierten Migrationshelfer*innen“ werden auf Unionsebene meist als „Schleuser“ bezeichnet,¹⁰⁵² womit auch eine entsprechend negativ konnotierte Subjektkonstruktion einhergeht.¹⁰⁵³

1048 Zum Verständnis der Migrationsspezifität im Rahmen der vorliegenden Arbeit siehe Kapitel 2 § 4 I. 1 sowie zur Definition illegalisierter Migration Kapitel 1 § 6.

1049 Siehe hierzu die *topoi* der Grenz- und Graubereiche in Kapitel 1 § 7.

1050 Siehe Kapitel 1 § 4.

1051 Zur sich in der Terminologie widerspiegelnden Fokusverschiebung siehe Kapitel 1 § 4 I.

1052 Siehe nur Europäische Kommission, EU-Aktionsplan gegen die Schleusung von Migranten (2015-2020), COM(2015) 285 final vom 27. Mai 2015.

1053 Die negative Konnotation durch den „Schleuser“-Begriff wurde in jüngerer Zeit teilweise durch den positiver besetzten Begriff der (privaten) „Seenotretter*innen“ herausgefordert. Zur Rolle und Entwicklung der zivilen Seenotretterorganisationen im Mittelmeer siehe *Schmid*, *sui generis* 2018, S. 285-296. Im Hinblick auf die Wahrnehmung der zivilen Seenotrettung ist ferner der Streit um die Klassifizierung der von Nichtregierungsorganisationen bei der

Da diese Personen von eigenständigen migrationsspezifischen Illegalisierungen betroffen sind, ist es jedenfalls wichtig, diese Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereich der Illegalisierungen nicht zu unterschlagen.

Auch die mit der Teleologie von Art. 31 Abs. 1 GFK konfligierende strafrechtliche Sanktionierung von Begleitdelikten erweitert den Anwendungsrahmen migrationsspezifischer Illegalisierungen – im Gegensatz zur Beihilfe jedoch nicht personell, sondern materiell.

Ebenso wird der Radius migrationsspezifischer Illegalisierungen durch die Involvierung nichtstaatlicher Akteur*innen erweitert. Die nichtstaatlichen Akteur*innen werden zwar selbst nur in sehr geringem Maße bzw. nur sehr indirekt illegalisiert. Insofern lassen sie sich bei einer statusorientierten Betrachtung ebenfalls schwerlich als „illegal“ erfassen. Ihre Kooptation verdeutlicht jedoch die Vielschichtigkeit und Komplexität von Illegalisierungsprozessen, welche migrationsspezifische Illegalitäten produzieren. Deren Involvierung führt allerdings nicht nur zu einer Vermehrung der relevanten Akteur*innen und einer Ausdifferenzierung der Illegalisierungsprozesse, sondern sie hat auch Auswirkungen auf die menschenrechtliche „Einhegung“ von Illegalisierungen wenn aufgrund der Einbindung von nichtstaatlichen Akteur*innen menschenrechtliche Schutzlücken drohen – insbesondere weil deren Handlungen zwar teilweise an menschenrechtliche Schutzstandards gebunden sein oder unter Umständen auch Staaten zuzurechnen sein können, diese Konstruktionen aber noch keine weitreichende Akzeptanz gefunden haben.

Für die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalitäten ist ferner zu berücksichtigen, dass lediglich die Beförderung von Personen *ohne* die erforderlichen Dokumente sanktioniert wird, während die *Nicht*-Beförderung von Berechtigten nicht unter Strafe gestellt wird.¹⁰⁵⁴ Durch diese einseitige Sanktionierung von Beförderungsunternehmen wird die Illegalisierungstendenz durch die kooptierten nichtstaatlichen Akteur*innen in erheblichem Maße verstärkt.

Seenotrettung eingesetzten Schiffe vor den deutschen Verwaltungsgerichten illustriert, siehe hierzu *Madjidian*, *Zivile Seenotrettung vor deutschen Gerichten*.

1054 Damit werden Anreize für eine präventive Nicht-Beförderung gesetzt, siehe *Kritzman-Amir*, *Law & Ethics of Human Rights* 2011, S. 194-215 (203).

§ 4 Die Instrumentalisierung von vulnerablen Personen

Ein Schutzbedürfnis liegt in vielen Fällen bereits der ursprünglichen Migrationsentscheidung (zumindest mit) zugrunde – teilweise entsteht es jedoch auch erst oder erneut in anderer Form im Zielstaat aufgrund ungleicher Teilhaberechte. Die Frage, wie mit besonders vulnerablen Gruppen verfahren wird ist unter Konstruktionsgesichtspunkten in zweierlei Hinsicht besonders interessant. Einerseits geht mit der Vulnerabilität oftmals auch eine Marginalisierung einher,¹⁰⁵⁵ so dass es sich häufig um wenig sichtbare Regelungsbereiche handelt. Andererseits lässt die besondere Schutzbedürftigkeit das Verhältnis der widerstreitenden Perspektiven besonders deutlich zutage treten.

In den Regelungen zu Opfern von Menschenhandel und illegalisiert beschäftigten Migrant*innen zeigt sich eine Instrumentalisierung der betroffenen Personen. Die Ausgestaltung der Rechte und Schutzoptionen für diese besonders gefährdeten Personengruppen lässt sich tatsächlich nicht aus einer humanitären Perspektive ableiten. Es zeigt sich vielmehr, dass sich Nützlichkeitsabwägungen dahinter „verbergen“.

I. Opfer von Menschenhandel

So findet sich in der Normierung des Umgangs mit Menschen, die Opfer¹⁰⁵⁶ von Menschenhandel geworden sind, eine verdeckte Instrumentali-

1055 Resultiert die Schutzbedürftigkeit beispielsweise aus einem illegalisierten Arbeitsverhältnis, fehlt es regelmäßig an einer Öffentlichkeit oder Unterstützungsstrukturen wie Gewerkschaften. Auch nach ihrer Ankunft bleiben die Opfer von Menschenhandel oft für die Öffentlichkeit „unsichtbar“.

1056 Der Opferbegriff teilt nicht nur Schuld und Unschuld zu und klärt die Verantwortung für die Tat, er impliziert auch Ohnmacht, Hilflosigkeit und Schwäche. Aufgrund dieser vielfältigen Zuschreibungen wird der Opferbegriff insbesondere im Bereich sexualisierter Gewalt teils abgelehnt. Siehe *Sanyal*, Die Tageszeitung vom 13. Februar 2017, die vorschlägt, möglichst wertungsfrei von „Erlebende sexualisierter Gewalt“ zu sprechen. Differenziert zu *Sanyals* Vorschlag mit weiteren Verweisen *Detjen*, ZEIT Online vom 27. Februar 2017. Trotz der nachvollziehbaren viktimologischen Bedenken wird er in diesem Rahmen verwendet um den korrespondierenden „Status“ in den rechtlichen Regelungen zum Ausdruck zu bringen. Zur Entwicklung des Opferbegriffs seit 1800 siehe *Goltermann*, Opfer.

sierung von Personen.¹⁰⁵⁷ Das zentrale Instrument in diesem Zusammenhang ist die MenschenhandelsopferRL.¹⁰⁵⁸ Diese beschäftigt sich dem Titel nach mit der Erteilung von Aufenthaltstiteln für Opfer von Menschenhandel und benennt als Gegenstand der Richtlinie auch die Erteilung eines befristeten Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige, die „bei der Bekämpfung des Menschenhandels und der Beihilfe zur illegalen Einwanderung kooperieren“.¹⁰⁵⁹ Die Anwendung ist für die Mitgliedstaaten im Falle von Opfern des Menschenhandels obligatorisch, in Fällen bloßer Beihilfe zur illegalisierten Einwanderung hingegen fakultativ.¹⁰⁶⁰

Die bedeutendste Regelung der Richtlinie ist die Gewährung eines befristeten Aufenthaltstitels für kooperationswillige Drittstaatsangehörige.¹⁰⁶¹ Die Erteilung eines solchen Aufenthaltstitels steht jedoch im Ermessen der Behörden. Auch wenn die Voraussetzungen vorliegen, besteht kein Anspruch der betroffenen Personen auf die Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels.¹⁰⁶² Mit dem Aufenthaltstitel geht ein Recht auf Arbeitsmarkt- und Bildungszugang einher.¹⁰⁶³ Davor wird eine Bedenkzeit eingeräumt, aus welcher sich zwar noch kein Aufenthaltsrecht ergibt,¹⁰⁶⁴ in der aber Zugang zu medizinischer Notversorgung und Mitteln zur Sicherung des Lebensunterhalts gewährt wird.¹⁰⁶⁵

Ferner sieht die Richtlinie eine besondere Rücksichtnahme auf das Kindeswohl bei Minderjährigen¹⁰⁶⁶ vor sowie einen Zugang zu Programmen und Maßnahmen für die Rückführung in ein normales soziales Leben, sofern solche im jeweiligen Mitgliedstaat bestehen¹⁰⁶⁷. Ergänzend besteht

1057 Die Ausführungen hierzu finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (152 f.).

1058 Daneben sind in diesem Bereich die MenschenhandelsRL und OpferschutzRL relevant, welche jedoch keine migrationsspezifischen Aspekte behandeln, siehe *Peers et al.*, EU Immigration and Asylum Law: 2nd, rev. ed Volume 2: EU Immigration Law, S. 462.

1059 Siehe Art. 1 MenschenhandelsopferRL.

1060 Siehe Art. 3 Abs. 1 und 3 MenschenhandelsopferRL.

1061 Siehe Art. 8 MenschenhandelsopferRL. Dieser ist zunächst mindestens sechs Monate gültig und gegebenenfalls verlängerbar.

1062 Siehe *Kau*, in: *Hailbronner/Thym*, Human Trafficking Directive 2004/81/EC, Art. 8, Rn. 2 und 8 sowie *Peers et al.*, EU Immigration and Asylum Law: 2nd, rev. ed Volume 2: EU Immigration Law, S. 465.

1063 Siehe Art. 11 Abs. 1 MenschenhandelsopferRL.

1064 Siehe Art. 6 Abs. 1 und 3 MenschenhandelsopferRL.

1065 Siehe Art. 7 Abs. 1 MenschenhandelsopferRL.

1066 Siehe Art. 10 MenschenhandelsopferRL.

1067 Siehe Art. 12 Abs. 1 MenschenhandelsopferRL.

nach Art. 11 Abs. 3 RückführungsRL ein Verbot gegen die Person ein Einreiseverbot auszusprechen – sofern die Person keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt.¹⁰⁶⁸

Den Opfern von Menschenhandel werden somit ein recht umfassender Schutz sowie umfangreiche Unterstützung und Entfaltungsmöglichkeiten gewährt. Dieser Schutz und die Unterstützung sind jedoch nur temporär. Der Aufenthaltstitel und die damit einhergehenden Unterstützungen können entzogen oder nicht verlängert werden – ohne dass die Richtlinie diesbezüglich spezifische Verfahrensrechte vorsieht.¹⁰⁶⁹ Der Entzug ist möglich, sofern das Opfer aktiv, freiwillig und aus eigener Initiative den Kontakt zu den mutmaßlichen Tätern wiederaufnimmt, betrügt, die Zusammenarbeit einstellt oder die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit gefährdet.¹⁰⁷⁰ Das ist normativ nachvollziehbar, da es an ein persönliches „Fehlverhalten“ der Person anknüpft.

Daneben besteht aber auch die Möglichkeit des Entzuges, wenn die Behörde beschließt, das Verfahren einzustellen,¹⁰⁷¹ bzw. den erteilten Aufenthaltstitel nicht zu verlängern, wenn das Verfahren abgeschlossen wurde.¹⁰⁷² Auf diese Tatsache bzw. Entscheidung hat das Opfer jedoch keinerlei Einfluss. Folglich kann sie ihm auch nicht vorgeworfen werden. Dennoch werden dem Opfer des Menschenhandels der Schutz, die Unterstützung und die Entfaltungsmöglichkeiten im Rahmen der Richtlinie entzogen.¹⁰⁷³ Zur Anwendung kommt dann das allgemeine Ausländerrecht.¹⁰⁷⁴ Die Mitgliedstaaten sind lediglich dazu angehalten, bei einem Antrag auf einen anderweitigen Aufenthaltstitel in Betracht zu ziehen, dass ein Aufenthaltstitel aufgrund der Richtlinie erteilt wurde.¹⁰⁷⁵

1068 Zur flächendeckenden Illegalisierungsreserve des Vorbehalts der öffentlichen Ordnung und Sicherheit siehe auch Kapitel 4 § 7.

1069 Siehe *Peers et al.*, EU Immigration and Asylum Law: 2nd, rev. ed Volume 2: EU Immigration Law, 467 f., die aber auch darauf hinweisen, dass insbesondere mit Blick auf Art. 47 GRC dennoch zumindest irgendeine Form von Rechtsbehelf vorzusehen ist.

1070 Siehe Art. 14 lit. a bis d MenschenhandelsopferRL.

1071 Siehe Art. 14 lit. e MenschenhandelsopferRL.

1072 Siehe Art. 13 Abs. 1 MenschenhandelsopferRL.

1073 Die allgemeinen Schutz- und Unterstützungsvorschriften aus der OpferschutzRL und der MenschenhandelsRL (insbesondere Art. 13) finden weiterhin Anwendung.

1074 Siehe Art. 13 Abs. 2 MenschenhandelsopferRL.

1075 Siehe ErwGr. 18 MenschenhandelsopferRL.

Auch das Verhängen von Einreiseverboten ist danach grundsätzlich wieder möglich.¹⁰⁷⁶ In aller Deutlichkeit und Härte wird damit klar, dass es letztlich um Informationsbeschaffung und Kriminalitätsbekämpfung und nicht um einen effektiven Opferschutz geht.¹⁰⁷⁷ Die Sonderregelungen der MenschenhandelsopferRL gelten nur, solange die Person eine sinnvolle Hilfe bei der Bekämpfung des Menschenhandels und illegalisierten Einwanderung darstellt. Die intuitiv hinter dem Instrument vermutete humanitäre Perspektive wird daher faktisch von der nützlichkeitsorientierten Perspektive überlagert.

II. Migrant*innen in illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen

Die Instrumentalisierung von an sich besonders schutzbedürftigen Personen ist kein Einzelfall in der Konstruktion des europäischen Migrationsrechts, vielmehr lässt es sich als wiederkehrendes Strukturmerkmal oder eben bewusstes Konstruktionselement bezeichnen. Auch in der ArbeitgebersanktionenRL lässt sich dieser Regelungsansatz finden. Dort wird in Art. 13 Abs. 4 die Möglichkeit eröffnet, befristete Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige in illegalisierten Beschäftigungen zu gewähren.

Die Regelung bezieht sich mit dem internen Verweis auf Art. 9 Abs. 1 lit. c und e explizit auf Fälle von besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen und Beschäftigungen von Minderjährigen.¹⁰⁷⁸ Auch hier geht es somit um besonders schutzbedürftige Personen, zumal die Beschäftigungsverhältnisse von Personen ohne rechtmäßigen Aufenthalt ohnehin meist besonders prekär sind.

Die in der Richtlinie vorgesehene Möglichkeit der Erteilung eines nicht bzw. geringer illegalisierten Aufenthaltes dient jedoch bei einer genauen

1076 Der Schutz besteht nur bei einem illegalisierten Aufenthalt, der direkt auf einen – gemäß der MenschenhandelsopferRL gewährten – „nicht-illegalisierten“ Aufenthalt folgt. Es besteht keine „lebenslange Ausnahme“, siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 11, Rn. 17.

1077 Siehe auch *Askola*, European Law Journal 2007, S. 204-217 (212) „It is thus not a measure aimed at the protection of trafficking victims, but at squeezing out any relevant information [...]. After that even the ‘useful’ victims are discarded.“

1078 Der Vorschlag des Europäischen Parlaments, auch die Straftaten in Bezug auf die „unter Zwang erbrachten Arbeiten oder Dienste“ von Opfern von Menschenhandel aus Art. 9 Abs. 1 lit. d ArbeitgebersanktionenRL aufzunehmen, wurde nicht angenommen, siehe Europäisches Parlament, 2007/0094(COD), PE409.510, S. 29, Änderungsantrag 48.

Betrachtung wiederum nicht dem Schutz der betroffenen Personen. Vielmehr geht es allein um die Verfolgung der Arbeitgebenden, welche gegen das Beschäftigungsverbot von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt verstoßen haben – und somit letztlich wiederum um die Bekämpfung illegalisierter Migration, indem der Anreiz reduziert wird, auch ohne gültigen Aufenthaltstitel Arbeit finden und sich somit selbst versorgen zu können.

Deutlich wird dieses Regelungsmuster wiederum an der Befristung des Aufenthaltstitels auf die Dauer des innerstaatlichen Verfahrens.¹⁰⁷⁹ Wenn das behördliche Interesse an der Person mit Abschluss des Verfahrens erlischt, diese also keinen „Nutzen“ mehr für die Bekämpfung illegalisierter Beschäftigungen und Migration bringt, werden auch die Schutzmaßnahmen eingestellt.

Diese Parallele zwischen dem Umgang mit Opfern von Menschenhandel und demjenigen mit Migrant*innen in illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen kommt auch darin zum Ausdruck, dass hinsichtlich der Bedingungen für die Erteilung eines befristeten Aufenthaltstitels in der ArbeitgebersanktionenRL ausdrücklich auf die MenschenhandelsopferRL verwiesen wird.¹⁰⁸⁰

III. Zwischenresümee

Die Ausgangssituationen und die gesetzlichen Regelungen in den beiden dargestellten Fällen gleichen sich. Es handelt sich jeweils um vulnerable Personengruppen, an denen von staatlicher Seite ein Kooperationsinteresse besteht. Die „Zusammenarbeit“ erfolgt mit dem Ziel, den Menschenhandel bzw. die Beihilfe zur illegalen Einwanderung sowie illegalisierte Beschäftigungsverhältnisse zu bekämpfen – letztlich also illegalisierte Migration zu verhindern. Da die spezifischen Unterstützungen und Schutzgewährungen für die betroffenen Personen jedoch bedingt und befristet sind und somit einseitig vom staatlichen Interesse an einer „Zusammenarbeit“

1079 „[B]efristete Aufenthaltstitel, entsprechend der Dauer der betreffenden innerstaatlichen Verfahren“, siehe Art. 13 Abs. 4 ArbeitgebersanktionenRL.

1080 Der Regelung zufolge „[...] legen die Mitgliedstaaten [...] die Bedingungen fest, unter denen sie den betroffenen Drittstaatsangehörigen — *vergleichbar mit Drittstaatsangehörigen, die unter die Bestimmungen der Richtlinie 2004/81/EG fallen* — im Einzelfall befristete Aufenthaltstitel [...] gewähren können“, siehe Art. 13 Abs. 4 ArbeitgebersanktionenRL (Richtlinie 2004/81/EG ist die MenschenhandelsopferRL, Hervorhebung durch den Verfasser).

abhängig gemacht werden, kann tatsächlich nicht von einer „Kooperation“ gesprochen werden. Die temporären und konditionalen Statusverbesserungen fungieren vielmehr lediglich als Anreiz zur Informationspreisgabe und die betroffenen Personen somit als bloßes „Mittel zum Zweck“.

In dieser Instrumentalisierung von Personen, die oftmals besonderen Schutzes bedürften, wird die humanitäre Perspektive somit nahezu vollständig zugunsten von Nützlichkeitsabwägungen verdrängt und die einer funktionalen Nützlichkeitslogik folgende Ausgestaltung mancher Konstruktionselemente des Migrationsrechts offengelegt.

§ 5 Das Aufenthaltsrecht (im engeren Sinne) als zentrale Determinante
illegalisierter Migration

Das Aufenthaltsrecht (im engeren Sinne)¹⁰⁸¹ nimmt unter den verschiedenen Konstruktionselementen eine zentrale Rolle ein. Wenngleich die vorliegende Arbeit darauf zielt, das Bewusstsein dafür zu schärfen, dass migrationspezifische Illegalisierungen wesentlich vielschichtiger und verbreiteter sind, als dies bei einer auf die aufenthaltsregelnden Normen beschränkten Untersuchung ersichtlich ist, soll nicht negiert werden, dass das Aufenthaltsrecht der zentrale Anknüpfungs- und Entscheidungspunkt der meisten migrationspezifischen Illegalisierungen ist. Es soll im Folgenden jedoch nicht darum gehen, eine umfassende Analyse sämtlicher aufenthaltsrechtlicher Regelungen durchzuführen. Im Sinne der dekonstruktiv angelegten Untersuchung wird keine vollständige Darstellung des Aufenthaltsrechts angestrebt, vielmehr sollen Regelungs- und Konstruktionszu-

1081 Gemeint ist die Regelung des Aufenthalts. Insbesondere im deutschen Sprachraum wird (entsprechend des Regelungsbereichs nach § 1 Abs. 1 AufenthG) unter dem Begriff des Aufenthaltsrechts (im weiteren Sinne) auch die Regelung von Einreise und Aufenthaltsbeendigung sowie der Erwerbstätigkeit von Migrant*innen gefasst. Das entsprechende *right of residence* (*droit de séjour; derecho de residencia*) wird auf Unionsebene als „[t]he right to regularly reside in a given country, according to the migration law of that country“ definiert, siehe *European Migration Network, Asylum and Migration Glossary* 6.0, S. 335. Das Aufenthaltsrecht (im engeren Sinne) ist an verschiedenen Stellen mit anderen Regelungsbereichen „verwoben“; insbesondere wird die Regelung des Aufenthalts von der Einreise abhängig gemacht und Fragen der Aufenthaltsbeendigung haben Auswirkungen auf den Aufenthalt, wenn beispielsweise im deutschen Recht mangels Rückführungsmöglichkeit trotz Ausreisepflicht eine Duldung erteilt wird. Insofern ist auch das Aufenthaltsrecht (im engeren Sinne) nicht vollständig isoliert zu betrachten.

sammenhänge in verschiedenen aufenthaltsrechtlich relevanten Kontexten thematisiert werden, die Fragen aufwerfen, Probleme aufdecken oder Widersprüche hervorheben und die binäre Aufteilung von Aufenthalten in „legale“ und „illegale“ in Frage stellen.

I. Besondere Regelungskomplexe im Aufenthaltskontext

Zunächst sollen drei verschiedene Regelungskomplexe vorgestellt werden, welche sich von den grundsätzlichen aufenthaltsrechtlichen Regelungen abheben: (1.) die Regelungen zu „nicht-illegalisierten“ Migrationsmöglichkeiten von Drittstaatsangehörigen, (2.) die Regelungen zur Staatenlosigkeit und (3.) der Sonderfall der Illegalisierung von Unionsbürger*innen.

1. „Nicht-illegalisierte“ Migrationsmöglichkeiten

Es mag verwundern, in einer Arbeit über illegalisierte Migration über „nicht-illegalisierte“ Migrationsmöglichkeiten zu sprechen, also den Bereich, der meist als „legale Migration“ bezeichnet wird. Bei dem der Arbeit zugrunde gelegten umfassenden Begriff der Illegalisierung lassen sich Illegalisierungen jedoch auch in Regelungszusammenhängen identifizieren, die üblicherweise dem Feld der „legalen Migration“ zugeordnet werden. Wenngleich in den Fallkonstellationen, welche in diesem Abschnitt besprochen werden, also ebenfalls eine (wenngleich weniger intensiv) prekäre Aufenthaltssituation vorliegt und die Personen sich somit ebenso migrationspezifischen Illegalisierungen ausgesetzt sehen, unterscheiden sie sich doch von anderen Konstellationen.

Auf der unionsrechtlichen Regelungsebene bestehen besondere Regelungen hinsichtlich der Einreise und des Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen¹⁰⁸² für Studierende und Forschende,¹⁰⁸³ bei der unternehmensin-

1082 Die „nicht-illegalisierten“ Migrationsmöglichkeiten von Unionsbürger*innen, welche entsprechend der Grundprogrammierung privilegiert sind (siehe Kapitel 3 § 1 III.), werden später gesondert adressiert (siehe Kapitel 4 § 5 I. 3.). Auch die „nicht-illegalisierten“ Migrationsmöglichkeiten von Familienangehörigen werden als nachgelagertes Instrument in diesem Rahmen nicht thematisiert.

1083 Siehe REST-RL. Der Anwendungsbereich der Richtlinie kann von den Mitgliedstaaten nach Art. 2 Abs. 1 jedoch auch auf Schüler*innen, Freiwilligendienstleistende oder Au-Pairs ausgeweitet werden.

ternen Entsendung von Arbeitnehmenden,¹⁰⁸⁴ der Ausübung hochqualifizierter Beschäftigungen¹⁰⁸⁵ sowie für Saisonarbeiter*innen¹⁰⁸⁶. Diese sektoralen Sonderregelungsregime für Drittstaatsangehörige können als Negativabgleich aufschlussreich für die Untersuchung der illegalisierten Bereiche sein. Migration in diesen Kontexten unterscheidet sich von den anderen Kontexten illegalisierter Migration hauptsächlich in zwei Punkten: Zum einen ist die Prekarität des Aufenthalts oftmals geringer¹⁰⁸⁷ und zum anderen entfällt ein regelmäßiger Anknüpfungspunkt von Illegalisierungen: die illegalisierte Einreise. Diese privilegierenden sektoralen Sonderregelungen basieren auf ökonomischen Erwägungen und bringen somit auch in Form der Privilegierungen die ökonomische Perspektive zum Ausdruck, welche Ausnahmen für Personen anhand von deren Nützlichkeit vorsieht.

2. Staatenlosigkeit

Auch Staatenlosigkeit stellt einen besonderen aufenthaltsrechtlichen Regelungskontext dar, welcher für die Konstruktion illegalisierter Migration von Bedeutung ist. Personen ohne Staatsangehörigkeit stellen für das migrationsrechtliche Regelungsregime der EU eine Herausforderung dar, da sie nicht ohne weiteres in das binäre Unterteilungsmuster in Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörige passen. Im Primärrecht wurde daher festgelegt, dass innerhalb der Regelungen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Staatenlose den Drittstaatsangehörigen gleichgestellt sind.¹⁰⁸⁸ Diese Gleichstellung ist jedoch wiederum nicht ganz unproblematisch, da es die Mitgliedstaaten sind, die über den Erwerb und den Verlust der Staatsangehörigkeit entscheiden und für die Feststellung der Staatsangehörigkeit zuständig sind.¹⁰⁸⁹

1084 Siehe ICT-RL.

1085 Siehe HochqualifiziertenRL.

1086 Siehe SaisonarbeiterRL.

1087 Wobei diesbezüglich auch differenziert werden muss, da beispielsweise der Aufenthalt von Inhaber*innen der Blauen Karte meist weniger prekär sein dürfte als der von Saisonarbeiter*innen.

1088 Siehe Art. 67 Abs. 2 AEUV.

1089 Das Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen von 1954 definiert Staatenlose zwar als Personen, die aufgrund der jeweiligen nationalen Gesetzgebung von keinem Staat als Staatsangehörige betrachtet werden, regelt jedoch kein entsprechendes Verfahren zur Feststellung der Staatenlosigkeit.

Die Problematik der Staatenlosigkeit ist nicht neu, wurde jedoch aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit von Menschen ohne Staatsangehörigkeit in den letzten Jahren auf Unionsebene verstärkt in den Blick genommen. Ende 2015 nahm der Rat die Schlussfolgerungen zur Staatenlosigkeit an und begrüßte in diesem Rahmen auch die zehnjährige Kampagne des UNHCR zur Beseitigung der Staatenlosigkeit.¹⁰⁹⁰ Ferner findet sich ein Hinweis auf das bereits seit 1997 bestehende Europäische Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit,¹⁰⁹¹ welches in Art. 4 den Grundsatz normiert, dass jede Person ein Recht auf eine Staatsangehörigkeit hat und Staatenlosigkeit zu vermeiden ist. Die EU hat sich also das Ziel gesetzt, Staatenlosigkeit zu verhindern, ohne selbst in der Lage zu sein, die Staatenlosigkeit einer Person durch die Vergabe einer Staatsangehörigkeit beheben zu können. Da die Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen in den Mitgliedstaaten jedoch oftmals mangelhaft ist, stellt sich die Frage, ob es von Seiten der EU ausreicht, einen „Austausch zwischen den Mitgliedstaaten über bewährte Vorgehensweisen einzuleiten“ und das „Europäische Migrationsnetzwerk als Plattform“ anzupreisen,¹⁰⁹² oder ob nicht ein gesetzlicher Rahmen für die Identifizierung und den Schutz von Staatenlosen auf Unionsebene geboten ist.¹⁰⁹³ Eine entsprechende Harmonisierung der Regelungen zur Staatenlosigkeit würde nicht nur die Schutzmöglichkeiten von Staatenlosen verbessern, sondern gleichermaßen dem Ziel der Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems entsprechen, da andernfalls die Statusregelungen von Staatenlosen im Unionsgebiet divergieren, diese in den migrationsrechtlichen Regelungen der EU jedoch Drittstaatsangehörigen gleichgestellt werden.¹⁰⁹⁴

Die EU hätte die Kompetenz für eine Vereinheitlichung der Regelungen zur Staatenlosigkeit. Sie könnte mit der Festsetzung eines Verfahrens zur Feststellung der Staatenlosigkeit – der Voraussetzungen für einen Aufenthalt und des Umfangs der korrespondierenden Rechte – die Rechte der betroffenen Personen stärken und eine einheitliche Umsetzung im Unionsge-

1090 Siehe Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung 893/15 vom 4. Dezember 2015. Die Kampagne des UNHCR läuft unter dem #Ibelong. Weitere Informationen sind abrufbar unter: <https://www.unhcr.org/ibelong/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

1091 Europäisches Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit vom 06.11.1997, SEV Nr. 166.

1092 Siehe Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung 893/15 vom 4. Dezember 2015.

1093 Siehe *Swider/Heijer*, EJML 2017, S. 101-135 (103).

1094 Siehe *Swider/Heijer*, EJML 2017, S. 101-135 (103 f.).

biet fördern.¹⁰⁹⁵ Solange dies nicht erfolgt, stellen Staatenlose eine besonders vulnerable, uneinheitlich geregelte Sondergruppe illegalisierter Migrant*innen dar. Diese „Regelungslücke“ ist grundsätzlich unabhängig von der Dialektik der humanitären Perspektive und der Nützlichkeitsperspektive. Da sie zudem im Widerspruch mit der Ordnungsperspektive steht, lässt sich die Untätigkeit auf Seiten der EU letztlich nur mit einer überhöhten Rücksichtnahme auf das Subsidiaritätsprinzip erklären und auf Ebene der Mitgliedstaaten mit einer schlichten Geringschätzung der Problematik.

3. Die migrationsrechtliche Illegalisierung von EU-Bürger*innen

Illegalisierte Migration wird meist mit Nicht-EU-Bürger*innen assoziiert. Auch Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten können aber direkt von Illegalisierungen betroffen sein. Nicht nur im Rahmen der Einbeziehung von Personen, die nicht selbst migriert sind,¹⁰⁹⁶ sondern als selbst illegalisierte Migrant*innen. Das Konzept der Unionsbürgerschaft, welches darauf zielt, „der grundlegende Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“,¹⁰⁹⁷ und die Freizügigkeit im Schengen-Raum lassen ein solches Szenario zunächst abwegig erscheinen.¹⁰⁹⁸ Entsprechend beschränkt sich der Anwendungsbereich der migrationsrechtlichen Sekundärrechtsnormen meist auch auf Drittstaatsangehörige. In der Folge besteht, wie bereits in der Grundprogrammierung¹⁰⁹⁹ umrissen wurde, tatsächlich ein grundsätzlicher Schutz vor migrationsrechtlicher Illegalisierung für EU-Bürger*innen,¹¹⁰⁰ an welchen jedoch ein Verbotsvorbehalt geknüpft ist. Dieser Regelungskomplex soll im Folgenden anhand der euro-

1095 Siehe *Swider/Heijer*, EJML 2017, S. 101-135 (121 ff.).

1096 Siehe hierzu Kapitel 4 § 3 II.

1097 Siehe statt vieler nur EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 58.

1098 *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, S. 52, bezeichnet die Unionsbürgerschaft als einen „Migrationssteuerungsabwehranspruch“ und akzentuiert damit deren Schutzfunktion.

1099 Siehe Kapitel 3 § 1 III.

1100 Auch vor anderen migrationsspezifischen Illegalisierungen sind Unionsbürger*innen grundsätzlich geschützt. Anders als für Drittstaatsangehörige bestehen keine Beschränkungen beim Arbeitsmarktzugang und es dürfen keine Sprach- oder Integrationstests von Unionsbürger*innen verlangt werden, siehe *Thym*, CMLR 2013, S. 709-736 (711 f.). Da es in diesem Teil jedoch um den Aufenthalt geht, werden sich die Ausführungen auf diesen konzentrieren.

parechtlichen Regelungen und der korrespondierenden Rechtsprechung näher beleuchtet werden.

a) Die primärrechtlichen Anknüpfungspunkte

Die primärrechtlichen Anknüpfungspunkte für das Aufenthaltsrecht von Unionsbürger*innen in anderen Mitgliedstaaten finden sich einerseits in den personenbezogenen Grundfreiheiten¹¹⁰¹ und andererseits in der allgemeinen Freizügigkeitsregelung in Art. 21 Abs. 1 AEUV. In ersterem Fall ist es als Begleitrecht zur wirtschaftlichen Tätigkeit ausgestaltet und somit eng an die Ausübung einer wirtschaftlichen Betätigung geknüpft,¹¹⁰² im zweiten Fall folgt es unabhängig von einer wirtschaftlichen Aktivität unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft. Das Freizügigkeitsrecht von Unionsbürger*innen steht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV explizit unter einem Regelungsvorbehalt, welcher Beschränkungen und Bedingungen ermöglicht. Es besteht unabhängig von nationalen Bescheinigungen, welchen lediglich „deklaratorische Wirkung und Beweisfunktion“ zukommt.¹¹⁰³ Das Vorliegen der Voraussetzungen für ein Freizügigkeitsrecht ist somit autonom zu prüfen und richtet sich (ausschließlich) nach den europarechtlichen Vorgaben.¹¹⁰⁴

b) Die sekundärrechtliche Ausgestaltung in der UnionsbürgerRL

Die grundlegenden Vorschriften aus dem Primärrecht finden sich etwas ausdifferenzierter in der sekundärrechtlichen Ausgestaltung wieder. Die Ausdifferenzierung findet sich in diesem Fall jedoch nicht in den allgemeinen sekundärrechtlichen Regelungen migrationspezifischer Illegalisie-

1101 Insbesondere Art. 45 und 49 AEUV.

1102 Siehe EuGH, *Roux* (C-363/89), EU:C:1991:41, Rn. 9.

1103 Siehe EuGH, *Martínez Sala* (C-85/96), EU:C:1998:217, Rn. 53.

1104 Diese Unabhängigkeit von nationalen Bescheinigungen gilt gleichermaßen für die Entstehung wie auch für den Verlust des Freizügigkeitsrechts, siehe *Thym*, ZAR 2014, S. 220-227 (221). Eine Kompensation des Verlustes der Freizügigkeit durch einen „nicht-illegalisierten“ Aufenthalt nach nationalem Recht ist grundsätzlich möglich, führt jedoch nicht zu einem Wiederaufleben des Freizügigkeitsrechts (223).

nung,¹¹⁰⁵ sondern gesondert für Unionsbürger*innen in der UnionsbürgerRL. Es handelt sich somit um grundsätzlich getrennte Regelungskomplexe. Die sekundärrechtlichen Regelungen, welche im Zusammenhang mit der Illegalisierung von Unionsbürger*innen stehen, sollen im Folgenden genauer untersucht werden.

Die UnionsbürgerRL unterscheidet nach Aufenthalt bis zu drei Monaten (Art. 6), mehr als drei Monaten (Art. 7) und ab fünf Jahren im Aufnahmemitgliedstaat (Art. 16).

aa) In den ersten drei Monaten

Bis zu drei Monaten besteht ein Aufenthaltsrecht, wenn die Person im Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses ist. Ansonsten sind nach Art. 6 Abs. 1 keine weiteren Bedingungen zu erfüllen oder Formalitäten zu erledigen. Es besteht also ein nahezu bedingungsloses Aufenthaltsrecht in den ersten drei Monaten, welches lediglich aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit eingeschränkt werden darf.¹¹⁰⁶ Ferner steht das Aufenthaltsrecht auch in den ersten drei Monaten bereits unter dem Vorbehalt, dass die Begünstigten „Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen“.¹¹⁰⁷

bb) Nach drei Monaten bis zu fünf Jahren Aufenthalt

Nach drei Monaten besteht das Aufenthaltsrecht nur fort, wenn die Person selbständig oder nichtselbständig erwerbstätig ist oder (für sich und ihre Familienangehörigen) „über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen“ und ein umfassender Kran-

1105 Da sich die Konzeption des illegalisierten Aufenthalts oftmals explizit an Drittstaatsangehörige richtet, sind Unionsbürger*innen *a priori* vom Anwendungsbereich dieser Regelungen ausgeschlossen, siehe *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 49.

1106 Zur öffentlichen Ordnung und Sicherheit als flächendeckende Illegalisierungsreserve siehe Kapitel 4 § 7.

1107 Siehe Art. 14 Abs. 1 UnionsbürgerRL sowie EuGH, *Garcia-Nieto* (C-299/14), EU:C:2016:114, zum Ausschluss der Sozialleistungen in den ersten drei Monaten des Aufenthalts.

kenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat besteht bzw. wenn anderweitig sichergestellt ist, dass ein ausreichender Krankenversicherungsschutz besteht und keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen werden müssen.¹¹⁰⁸ Das Aufenthaltsrecht für Unionsbürger*innen nach drei Monaten hängt somit weitgehend von wirtschaftlichen Faktoren ab und bringt daher die ökonomische Perspektive zum Ausdruck, welche einer Verwertungslogik der Aufnahme(mitglied)staaten folgt. Berechtig sind ökonomisch aktive¹¹⁰⁹ und/oder ökonomisch inaktive, finanziell unabhängige Unionsbürger*innen.¹¹¹⁰ In manchen Fällen (Krankheit, Unfall oder unfreiwillige Arbeitslosigkeit nach mindestens einjähriger Beschäftigung) sind Härtefallregelungen vorgesehen, welche das Aufenthaltsrecht auch bei ökonomischer Inaktivität übergangsweise nicht erlöschen lassen,¹¹¹¹ an der grundsätzlich ökonomischen Ausrichtung jedoch nichts ändern.

Die Frage nach der Rechtstellung ökonomisch inaktiver Unionsbürger*innen ist in diesem Zusammenhang besonders umstritten, da diese bei der Schaffung des Regelungskomplexes zunächst nicht bedacht wurden und sich erst im Laufe der Zeit ein klares Regelungsmuster entwickelt hat. Zum einen stellt sich die Frage, wann eine ökonomische Inaktivität angenommen werden kann (1), zum anderen, wie die ausreichenden Existenzmittel zu qualifizieren sind (2). Außerdem ist das Verhältnis zwischen Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrecht und Gleichbehandlungsgebot klärungsbedürftig (3).

(1) *Ökonomische (In-)Aktivität*

Für Arbeitnehmer*innen und Selbständige besteht nach Art. 7 Abs. 1 lit. a UnionsbürgerRL auch nach drei Monaten ein Aufenthaltsrecht. Die Arbeitnehmereigenschaft bleibt grundsätzlich erhalten, sofern die Person im Aufnahmemitgliedstaat unfreiwillig arbeitslos wird.¹¹¹²

1108 Siehe Art. 7 Abs. 1 UnionsbürgerRL.

1109 Die Definition der ökonomisch aktiven Unionsbürger*innen ist eng verbunden mit der Definition des „Arbeitnehmers“ aus Art. 45 AEUV, siehe *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 52 f.

1110 Hinzu kommen Studierende, also Personen bei denen eine ökonomische Aktivität und finanzielle Unabhängigkeit in der Zukunft zumindest als wahrscheinlich betrachtet wird.

1111 Siehe Art. 7 Abs. 3 UnionsbürgerRL. Zum Fortbestand der „Arbeitnehmereigenschaft“ im Zusammenhang mit der eingeschränkten ökonomischen Aktivität im Rahmen einer Schwangerschaft siehe (bejahend) EuGH, *Saint Prix* (C-507/12), EU:C:2014:2007. Ausführlich zu den Härtefallregelungen *Guild/Peers/Tomkin*, *The EU Citizenship Directive*, S. 134 ff.

1112 Siehe *Tewocht*, in: Kluth/Heusch, § 2 FreizügG/EU, Rn. 26.

Der Status als Arbeitnehmer*in wird dabei durch den EuGH im Rahmen einer Gesamtbetrachtung recht großzügig gewährt.¹¹¹³ Komplizierter gestaltet sich die Frage nach der ökonomischen (In-)Aktivität im Rahmen der Arbeitssuche. Der EuGH geht davon aus, dass die Freizügigkeit solange vorliegt, wie eine begründete Aussicht auf Erfolg der Arbeitssuche besteht.¹¹¹⁴ Die Auffassung bestätigte er nochmals im Urteil *Alimanovic*, in welchem er festlegte, dass „ein Unionsbürger, der in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats eingereist ist, um Arbeit zu suchen, nicht ausgewiesen werden darf, solange er nachweisen kann, dass er weiterhin Arbeit sucht und eine begründete Aussicht hat, eingestellt zu werden.“¹¹¹⁵ Auf eine detailliertere Auseinandersetzung mit Grenzfällen der ökonomischen Aktivität, also insbesondere mit der Frage, wann eine begründete Aussicht auf eine Arbeitsaufnahme (noch) besteht, kann vorliegend verzichtet werden, da sie für die Beschreibung des Konstruktionselements nicht erforderlich ist. Die ökonomische Inaktivität alleine führt jedoch noch nicht zum Verlust des Freizügigkeitsrechts, vielmehr stellt sich dann die Frage nach ausreichenden Existenzmitteln.

(2) *Ausreichende Existenzmittel und unangemessene Belastung*

Nach Art. 8 Abs. 4 UnionsbürgerRL dürfen die Mitgliedstaaten keinen festen Betrag für die Existenzmittel festlegen, die sie als ausreichend betrachten, sondern müssen die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigen. Ferner darf die Inanspruchnahme von Sozialleistungen nicht automatisch zu einer Ausweisung führen.¹¹¹⁶ Als entscheidendes Kriterium hat sich im Zusammenhang mit ökonomisch inaktiven Unionsbürger*innen die Formel der „unangemessenen Belastung“ herauskristallisiert,¹¹¹⁷ welcher es jedoch an inhaltlicher Schärfe fehlt.¹¹¹⁸ Der EuGH nennt in *Brey* „die Höhe und die Regelmäßigkeit der [...] verfügbaren Einkünfte, den Umstand, dass diese Einkünfte die nationalen Behörden zur Ausstellung einer Anmeldebescheinigung bewogen haben, und den Zeitraum [...], in dem [...] die beantragte Leistung voraussichtlich gezahlt

1113 Siehe EuGH, *Genc* (C-14/09), EU:C:2010:57, Rn. 15 ff., der bei einem monatlichen Durchschnittslohn von etwa 175 Euro und einer Wochenarbeitszeit von knapp 6 Stunden eine Qualifizierung als Arbeitnehmer*in für möglich erachtet.

1114 Siehe EuGH, *Kommission / Belgien* (C-344/95), EU:C:1997:81, Rn. 17.

1115 Siehe EuGH, *Alimanovic* (C-67/14), EU:C:2015:597, Rn. 56.

1116 Siehe Art. 14. Abs. 3 UnionsbürgerRL.

1117 Siehe EuGH, *Brey* (C-140/12), EU:C:2013:565, Rn. 79, sowie ErwGr. 16 der UnionsbürgerRL.

1118 Siehe *Verschueren*, EJML 2014, S. 147-179 (177).

werden wird“ als Orientierungspunkte.¹¹¹⁹ Ferner kann für die Beurteilung der Gesamtbelastung der jeweilige Anteil an der Gesamtzahl der Personen, welche die Leistung beziehen, berücksichtigt werden.¹¹²⁰

Die Unangemessenheit wird demnach einerseits im Hinblick auf den Einzelfall und andererseits mit Blick auf das Gesamtsystem ermittelt. Damit wird zwar den widerstreitenden Zielvorgaben der Freizügigkeit einerseits, und der Integrität der Sozialsysteme der Mitgliedstaaten andererseits, Rechnung getragen, gleichzeitig führt diese Doppel-Formel jedoch zu mehr Ungewissheit als Klarheit.¹¹²¹ In der Folgejudikatur des EuGH lässt sich jedoch eine Abwendung von der Gesamtbetrachtung und eine Konzentration auf den Einzelfall feststellen.¹¹²² Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist ferner, dass es unerheblich ist, wer die Existenzmittel bereitstellt. Es kann sowohl die betroffene Person selbst sein, als auch Familienangehörige.¹¹²³

(3) Freizügigkeitsrecht und Gleichbehandlungsgebot

Sofern bei ökonomischer Inaktivität die eigenen Mittel zur Existenzsicherung nicht ausreichen, stellt sich die Frage, inwieweit sich aus dem Gleichbehandlungsgebot Sozialleistungsansprüche ableiten lassen.¹¹²⁴ Das Verhältnis des Freizügigkeitsrechts von Unionsbürger*innen und des Gleichheitsgebots war lange Zeit unklar und umstritten.

Zwischenzeitlich stellte der EuGH im Fall *Dano* jedoch klar, dass das Gleichbehandlungsgebot vom Freizügigkeitsrecht abhängt.¹¹²⁵ Ohne Erwerbstätigkeit oder ausreichende Existenzmittel besteht demnach kein Freizügigkeitsrecht und somit kein Gleichbehandlungsanspruch.¹¹²⁶ Der EuGH betont dabei die Einschränkungen, welche im Primärrecht explizit

1119 Siehe EuGH, *Brey* (C-140/12), EU:C:2013:565, Rn. 78.

1120 Siehe EuGH, *Brey* (C-140/12), EU:C:2013:565, Rn. 78, sowie ausführlich zur *Brey*-Entscheidung *Verschuereen*, *EJML* 2014, S. 147-179.

1121 Siehe *Verschuereen*, *EJML* 2014, S. 147-179 (177 ff.), der von einem „double test“ spricht und außerdem auf den immensen Verwaltungsaufwand, der mit einer solchen Feststellung verbunden ist, hinweist.

1122 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 80.

1123 Siehe EuGH, *Zhu und Chen* (C-200/02), EU:C:2004:639, Rn. 30.

1124 Zur Frage der Sozialleistungsansprüche von Unionsbürger*innen siehe statt vieler nur *Raschka*, *ZAR* 2015, S. 331-337, und *D. Kramer*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2016, S. 270-301, der die Entwicklung aus einer Perspektive der „earned citizenship“ rekonstruiert.

1125 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 74, und *Alimanovic* (C-67/14), C:2015:597, Rn. 50.

1126 Der EuGH betont das Regelungsziel in Art. 7 Abs. 1 lit. b der UnionsbürgerRL, wonach nicht erwerbstätige Unionsbürger*innen daran gehindert wer-

vorgesehen sind.¹¹²⁷ Danach findet das Diskriminierungsverbot nur im Anwendungsbereich der Verträge Anwendung¹¹²⁸ und das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger*innen steht unter dem Vorbehalt der „Beschränkungen und Bedingungen“ in den Verträgen und Durchführungsvorschriften¹¹²⁹. Ferner sieht Art. 20 Abs. 2 Unterabs. 2 AEUV ausdrücklich vor, dass die Rechte, die dieser Artikel den Unionsbürgern verleiht, „unter den Bedingungen und innerhalb der Grenzen ausgeübt [werden], die in den Verträgen und durch die in Anwendung der Verträge erlassenen Maßnahmen festgelegt sind“.¹¹³⁰

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass der EuGH das Diskriminierungsverbot in der UnionsbürgerRL als nicht anwendbar ansieht, wenn das Freizügigkeitsrecht einer Person infolge ökonomischer Inaktivität oder fehlender finanzieller Mittel erloschen ist. In der Folge ist ein Rückgriff auf Sozialleistungen im Gaststaat zur Sicherung der Freizügigkeitsrechte ausgeschlossen.¹¹³¹ Die Frage nach den ausreichenden Existenzmitteln fordert demnach „eine konkrete Prüfung der wirtschaftlichen Situation jedes Betroffenen vorzunehmen, ohne die beantragten Sozialleistungen zu berücksichtigen.“¹¹³²

Der EuGH schrieb diesen Ansatz konsequent fort, als er in der Rechtssache *Alimanovic* auch arbeitssuchenden Unionsbürger*innen das Recht auf Sozialleistungen verweigerte, wobei er dies auf die Ausnahmebestimmung in Art. 24 Abs. 2 der UnionsbürgerRL stützte.¹¹³³ Die systematische Logik dahinter ist nachvollziehbar; würde der sozialrechtliche Gleichbehandlungsanspruch unabhängig von einem Aufenthaltsrecht bestehen, hätte dies zur Folge, dass eben diese Sozialleistungen eine Existenzsicherung gewährleisten und somit letztlich zu einem Aufenthaltsrecht führen, womit die Voraussetzungen aus Art. 7 Abs. 1 lit. b der UnionsbürgerRL ausgehebelt würden.

den sollen, „das System der sozialen Sicherheit des Aufnahmemitgliedstaats zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts in Anspruch zu nehmen“, EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 76.

1127 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 60.

1128 Siehe Art. 18 AEUV.

1129 Siehe Art. 21. Abs. 1 AEUV.

1130 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 60. Der Vorbehalt in Art. 20 Abs. 2 Unterabs. 2 AEUV ist gleichlautend mit dem aus Art. 21 Abs. 1 AEUV.

1131 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 78. Eine freiwillige Leistungserbringung durch den Gaststaat wäre jedoch weiterhin möglich.

1132 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 80.

1133 Siehe EuGH, *Alimanovic* (C-67/14), EU:C:2015:597, Rn. 57.

Insofern lässt sich eine klare Linie erkennen. Die Frage nach aufenthaltsrechtlichen Privilegierungen orientiert sich an der ökonomischen Situation und Aktivität der betroffenen Person. Diese Fokussierung auf ökonomische Maßstäbe verschiebt das Konzept der Unionsbürgerschaft als „grundlegende[n] Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten“¹¹³⁴ zurück zu einer „Marktbürgerschaft“ welche zwischenzeitlich infolge der progressiven EuGH-Rechtsprechung bereits als überwunden angesehen wurde.¹¹³⁵

c) Nach fünf und zehn Jahren

Unionsbürger*innen, die sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben, haben nach Art. 16 Abs. 1 der UnionsbürgerRL das Recht, sich dauerhaft dort aufzuhalten, ohne dass dies an die bis dahin geltenden Voraussetzungen geknüpft ist.¹¹³⁶ Die Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft und der ausreichenden Existenzmittel entfallen. Einzig der Vorbehalt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bleibt weiterhin bestehen.¹¹³⁷ Das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 24 Abs. 1 UnionsbürgerRL wird uneingeschränkt angewandt. Nach zehn Jahren findet dahingehend eine weitere Aufenthaltsverfestigung statt, dass nach Art. 28 Abs. 3 UnionsbürgerRL nunmehr nur noch *zwingende* Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Ausweisung zu rechtfertigen vermögen, während bis dato nach Art. 28 Abs. 2 UnionsbürgerRL *schwerwiegende* ausreichend waren.

1134 Siehe statt vieler nur EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 58.

1135 Siehe *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, S. 2008-2014 (2011), die in Anbetracht des Urteil *Ruiz Zambrano* (C-34-09), EU:C:2011:124, noch konstatierten, dass der EuGH sich „endgültig von der transnationalen „Marktbürgerschaft“ gelöst habe. Allgemein zur Entwicklung der Konzepte der Unionsbürgerschaft und der Marktbürgerschaft, siehe *Nic Shuibhne*, CMLR 2010, S. 1597-1628.

1136 Der EuGH betont in diesem Zusammenhang die in ErwGr. 18 der UnionsbürgerRL festgehaltene Zielsetzung, damit ein „wirksames Instrument für die Integration in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats“ bereitzustellen, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 72.

1137 Siehe Art. 27 ff. der UnionsbürgerRL. Zur öffentlichen Sicherheit und Ordnung als flächendeckende Illegalisierungsreserve siehe Kapitel 4 § 7.

d) Die Perspektiven und Subjektkonstruktionen in den aufenthaltsrechtlichen Abstufungen

Zusammengefasst besteht lediglich in den ersten drei Monaten und nach fünf Jahren ein weitgehend geschützter Aufenthalt für Unionsbürger*innen in anderen Mitgliedstaaten, welcher jedoch auch der Einschränkungsmöglichkeit aufgrund der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit unterliegt.¹¹³⁸ In der Zwischenzeit, dem Aufenthalt von drei Monaten bis zu fünf Jahren, ist die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts eng an ökonomische Kriterien gebunden. Sind diese nicht (mehr) gegeben, erlischt das Aufenthaltsrecht. Das grundsätzliche Aufenthaltsrecht von Unionsbürger*innen ist somit ökonomisch determiniert. Es besteht ein zwischenzeitlich durch die Rechtsprechung ausdifferenzierter Ausschlussvorbehalt, welcher eine migrationspezifische Illegalisierung von Unionsbürger*innen zur Folge hat.

Die tiefergehende Betrachtung dieses Regelungskomplexes veranschaulicht somit zweierlei: Zunächst wird deutlich, dass auch der Status von Unionsbürger*innen und das in den Grundfreiheiten verankerte korrespondierende Freizügigkeitsrecht nach einer zwischenzeitlichen Annäherung an einen „grundlegenden Status“ letztlich von einer marktwirtschaftlichen Logik geprägt und beschränkt werden. Während die Entwicklung der Unionsbürgerschaft zu einem grundlegenden Status mit umfangreichen korrespondierenden Rechten die altruistische Perspektive zum Ausdruck bringt, zeigt sich in den Einschränkungen die Perspektive staatlicher Nützlichkeitsabwägungen. Deutlich werden an dieser Stelle auch die entsprechende Subjektkonstruktionen,¹¹³⁹ welche Unionsbürger*innen entweder als eigenständige Träger*innen von Freiheitsrechten oder als ökonomisch aktive Marktteilnehmer*innen kreieren.

Zweitens zeigt sich, dass es zwar unterschiedliche Regelungsansätze für Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörige gibt,¹¹⁴⁰ jedoch beide Raum für migrationspezifische Illegalisierungen lassen.

Hier verdeutlicht sich einmal mehr der Mehrwert der Fokusverschiebung auf die Illegalisierungsprozesse im Rahmen der Dekonstruktion. Wenn von „illegaler Migration“ oder „illegalen Migrant*innen“ gespro-

1138 Zur öffentlichen Ordnung und Sicherheit als flächendeckende Illegalisierungsreserve siehe Kapitel 4 § 7.

1139 Zur Subjektkonstruktion siehe Kapitel 2 § 3 IV. 2.

1140 Zur Grundprogrammierung des gesamten Migrationsrechts der EU in diesem Sinne siehe Kapitel 3 § 1 III.

chen wird, sind meist nicht Unionsbürger*innen gemeint. Sofern Unionsbürger*innen mit „illegaler Migration“ in Zusammenhang gebracht werden,¹¹⁴¹ geht es meist darum einen Überraschungseffekt zu erzielen und auf die Tatsache aufmerksam zu machen, dass die Freizügigkeitsrechte von Unionsbürger*innen nicht grenzenlos sind – und nicht darum, die betroffenen Personen entsprechend zu stigmatisieren oder sie tatsächlich mit illegalisierter Migration aus Drittstaaten gleichzusetzen. Dies wäre in der Sache auch nicht zutreffend. Unionsbürger*innen sind und bleiben gegenüber Drittstaatsangehörigen privilegiert. Für eine möglichst umfassende Dekonstruktion migrationspezifischer Illegalitäten, ist es jedoch erforderlich, auch diese Konstellationen einzubeziehen um damit zusammenhängende Fragen und Widersprüche zu thematisieren.

Unter dem Blickwinkel der Illegalisierung ist es möglich, dem Ziel des dekonstruktiven Ansatzes gerecht zu werden, migrationspezifisch illegalisierte Unionsbürger*innen zu berücksichtigen, ohne an dem Versuch zu scheitern, diese „sinnvoll“ in die bestehenden Kategorien von „legal“ und „illegal“ einzuordnen. Vielmehr stellen diese, wie bereits die eigenständig teil-illegalisierten Dritten,¹¹⁴² eine Zwischenform dar.

II. Die Illusion der Aufenthaltsrechtlichen (Il-)Legalitäts-Dichotomie

Dass die mit der formalen, binären Einteilung in „legale“ und „illegale“ Migration bzw. „legale“ und „illegale“ Migrant*innen suggerierte Möglichkeit einer klaren Unterscheidung eine Illusion ist,¹¹⁴³ lässt sich auch anhand der folgenden Beispiele verdeutlichen.

1. Rückführungshindernisse und Nicht-Rückführbarkeit

Ein gleichermaßen anschauliches wie auch weit verbreitetes Phänomen, welches die Illusion einer solchen binären Einteilung deutlich macht, sind rückkehrpflichtige Personen, die nicht zurückgeführt werden können.¹¹⁴⁴

1141 Siehe beispielsweise *Thym*, *European Law Review* 2015, S. 249-262, oder *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 48 ff.

1142 Siehe Kapitel 4 § 3 II.

1143 Siehe nur *Düvell*, *EJML* 2011, S. 275-295 (292).

1144 So die etwas sperrige Übersetzung für den englischen Begriff der *non-removable returnee*.

Die Gründe, warum eine Rückführung nicht möglich ist, sind vielfältig und können neben rechtlicher auch praktischer/technischer oder politischer Natur sein.¹¹⁴⁵ Sie reichen von Schwierigkeiten bei der Identifikation und Dokumentenbeschaffung über gesundheitliche und schutzbedingte Gründe bis zu technischen Gründen (wie beispielsweise das Fehlen passender Transportmöglichkeiten).¹¹⁴⁶ Solche Hindernisse bei der Rückführung sind keine Seltenheit. Vielmehr lag die Rückführungsquote, also das Verhältnis zwischen der Zahl der Personen, gegen die eine Rückkehrentscheidung ergangen ist und der Zahl der tatsächlich rückgeführten Personen (unabhängig davon, ob sie freiwillig zurückgekehrt sind oder unter Zwang rückgeführt wurden), 2016 bei 45,8 Prozent und 2017 bei nur noch 36,6 Prozent.¹¹⁴⁷ Nicht in allen Fällen, in denen eine Rückführung ausblieb, ist die Nicht-Rückführbarkeit dauerhaft. Wenngleich der genaue Anteil nicht festgestellt werden kann, ist jedoch von einer signifikanten Höhe an Fällen auszugehen, in denen eine dauerhafte Nicht-Rückführbarkeit vorliegt.¹¹⁴⁸

a) Grundsatz der zwingenden Rückkehrentscheidung

Die zentrale Regelung zum Umgang mit Personen mit einem illegalisierten Aufenthalt ist Art. 6 Abs. 1 RückführungsRL, welche besagt, dass „die Mitgliedstaaten gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung“ erlassen. Diese wird mit der Aufforderung in Art. 8 Abs. 1 RückführungsRL komplementiert, welche die Mitgliedstaaten auffordert, „alle erforderlichen Maßnahmen zur Vollstreckung der Rückkehrentscheidung“ zu ergreifen. Sofern der Tatbestand eines „illegalen Aufenthalts“ gegeben ist, ist die Rechtsfolgenseite somit grundsätzlich eindeutig. Es soll eine Rückkehrentscheidung getroffen werden und diese (sofern keine freiwillige Ausreise erfolgt, siehe Art. 7 RückführungsRL) mit den erforderlichen Maßnahmen vollstreckt werden.

1145 Siehe *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 83.

1146 Siehe *Lutz*, *EJML* 2018, S. 28-52 (30).

1147 Siehe Europäische Kommission, Fortschrittsbericht über die Umsetzung der Europäischen Migrationsagenda, COM(2018) 301 final vom 15. Mai 2018, S. 17.

1148 Siehe *Lutz*, *EJML* 2018, S. 28-52 (30), der trotz der dünnen statistischen Grundlage eine vorsichtige Schätzung auf ca. 300.000 Fälle pro Jahr abgibt.

b) Ausnahmeregelungen

Von dieser Regelung gibt es jedoch Ausnahmen. Zum einen sieht die RückführungsRL in Art. 6 Abs. 2 ausdrücklich eine Ausnahme von der Verpflichtung zum Erlass einer Rückkehrentscheidung vor, wenn die Person ein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat hat.¹¹⁴⁹ Die Illegalisierung des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat bei bestehendem Aufenthaltsrecht in einem anderen, lässt sich zwar ebenfalls kaum in das binäre Schema von legalem und illegalem Aufenthalt einteilen, ist im Rahmen der Frage nach der Nicht-Rückführbarkeit jedoch vernachlässigbar.

Ferner kann von einer direkten Rückkehrentscheidung nach Art. 6 Abs. 3 RückführungsRL abgesehen werden, wenn die Person aufgrund eines bilateralen Abkommens von einem anderen Mitgliedstaat aufgenommen wird,¹¹⁵⁰ oder nach Art. 6 Abs. 5 RückführungsRL solange ein aufenthaltsrechtliches Verfahren noch anhängig ist. Darüber hinaus finden sich in Art. 9 Abs. 1 RückführungsRL zwingende¹¹⁵¹ Regelungen zum Aufschub der Vollstreckung, sofern (a.) diese gegen den Grundsatz der Nichtzurückweisung verstoßen würde oder (b.) nach Artikel 13 Abs. 2 RückführungsRL aufschiebende Wirkung besteht (sprich Rechtsbehelfe eingelegt wurden, über welche noch nicht abschließend entschieden wurde). Zudem wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, „die Abschiebung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls um einen angemessenen Zeitraum auf[zu]schieben“.¹¹⁵² Bei dieser fakultativen Regelung sind „die körperliche oder psychische Verfassung“ der betreffenden Person sowie „technische Gründe wie fehlende Beförderungskapazitäten oder [das] Scheitern der Abschiebung aufgrund von Unklarheit über die Identität“ zu berücksichtigen.¹¹⁵³

1149 Dies gilt sofern keine Gründe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit vorliegen oder die Person der Verpflichtung nicht nachkommt, sich in den entsprechenden Mitgliedstaat zu begeben.

1150 Dieser hat dann wiederum eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, weswegen *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 6, Rn. 16, von *domino return* sprechen.

1151 Im Gesetzgebungsverfahren hatte der Europäische Rat dafür plädiert, die Regelungen als nicht-bindende „Kann-Klauseln“ zu formulieren, ist jedoch am Widerstand des Europäischen Parlaments gescheitert, siehe *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 85.

1152 Siehe Art. 9 Abs. 2 RückführungsRL.

1153 Siehe Art. 9 Abs. 2 lit. a und b RückführungsRL.

Sofern die Abschiebung in einem der dargestellten Fälle aufgeschoben wird, können der betreffenden Person Verpflichtungen auferlegt werden. Diese entsprechen den Verpflichtungen, die für die Dauer der Frist für eine freiwillige Ausreise zur Vermeidung einer Fluchtgefahr vorgesehen sind und umfassen (1.) eine regelmäßige Meldepflicht, (2.) eine finanzielle Sicherheitsleistung, (3.) die Hinterlegung von Papieren oder (4.) die Verpflichtung, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten.¹¹⁵⁴ Auch diese Ausnahmen sind aufgrund ihres temporären Charakters für die Nicht-Rückführbarkeit letztlich unerheblich. Einzig die in Art. 6 Abs. 4 RückführungsRL vorgesehene Möglichkeit, anstelle einer Rückkehrentscheidung einen Aufenthaltstitel zu erteilen, bietet einen unter Umständen dauerhaften Ausweg aus der Nicht-Rückführbarkeit.¹¹⁵⁵ Andernfalls ist zwingend eine Rückkehrentscheidung zu treffen.¹¹⁵⁶

c) Temporäre Rückführungshindernisse

Die Frage ist nun, was geschieht, wenn sich eine entsprechende Rückführungsentscheidung nicht vollziehen lässt. Eine praktische oder faktische Duldung des Aufenthalts der Personen auf dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ist nicht zulässig.¹¹⁵⁷ Teilweise finden sich im nationalen Recht der Mitgliedstaaten jedoch formell anerkannte, vorübergehende Abschiebehindernisse, wie beispielsweise im Rahmen der Duldung in Deutschland¹¹⁵⁸ oder Österreich.¹¹⁵⁹ Grundsätzlich sollen Personen, deren Aufenthalt in einem Mitgliedstaat toleriert/geduldet wird, im Unionsrecht nicht als „illegal“ eingestuft werden, wenn die Tolerierung/Duldung förmlich erfolgt.¹¹⁶⁰ Letztlich wird es jedoch dem nationalen Gesetzgeber freigestellt, den Status als einen legalen anzuerkennen oder auch nicht.¹¹⁶¹ Im Falle einer Duldung nach deutschem Recht soll der Aufenthalt weiterhin

1154 Siehe Art. 8 Abs. 3. i.V.m. Art. 7 Abs. 3 RückführungsRL.

1155 Zur Frage, inwieweit daraus eine Pflicht erwachsen kann, siehe Kapitel 4 § 6 II.

1156 Gegebenenfalls ist diese nach Aufschub oder vorheriger Aufnahme durch einen anderen Mitgliedstaat zu treffen.

1157 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (30).

1158 Siehe § 60a AufenthG.

1159 Siehe § 46a Fremdenpolizeigesetz 2005.

1160 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 3, Rn. 8.

1161 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 3, Rn. 8.

als illegalisiert gelten,¹¹⁶² wenngleich diese förmlich erfolgt.¹¹⁶³ Andere sprechen mit Blick auf die „faktische und durch die Rechtsordnung vorübergehend nicht aufhebbare Aufenthaltsmöglichkeit“ von einem „Aufenthaltsrecht im weiteren Sinne“, welches von der aufenthaltsrechtlichen Illegalisierung nicht erfasst sei.¹¹⁶⁴ Schließlich wird in der deutschen Duldung gleichzeitig eine „sonstige Aufenthaltsberechtigung“ im Sinne des Art. 6 Abs. 4 Satz 1 RückführungsRL gesehen.¹¹⁶⁵ Anhand der förmlichen Duldung des (weiterhin) illegalisierten Aufenthalts, welche sich sprachlich wie rechtlich als „Zwitterkategorie“ beschreiben lässt,¹¹⁶⁶ wird somit die zunächst so eingängige binäre Einteilung in „legal“ und „illegal“ in Frage gestellt.

d) Die neue Duldungsvielfalt im deutschen Recht

Während also bereits die bestehende „klassische“ Form der Duldung erhebliche Kategorisierungsprobleme mit sich brachte, steigern die jüngst in Deutschland eingeführten neuen Formen der Duldung als Zwischenstufen an der Grenze zwischen Legalität und Illegalität die Komplexität in diesem Bereich zusätzlich. An ihnen lässt sich daher hervorragend exemplifizieren, wie schwierig bzw. beliebig eine Abgrenzung letztlich ist.

Mit den neu eingeführten Varianten der Duldung in Form der Ausbildungs-¹¹⁶⁷ und Beschäftigungsduldung¹¹⁶⁸ sowie der Duldung für Personen mit ungeklärter Identität¹¹⁶⁹ existieren in Deutschland nunmehr vier

1162 Siehe *Bruns*, in: Hofmann, § 60a AufenthG, Rn. 2.

1163 Siehe § 60a Abs. 4 AufenthG: „Über die Aussetzung der Abschiebung ist dem Ausländer eine Bescheinigung auszustellen.“

1164 Siehe *W. Kluth*, ZAR 2007, S. 20-23 (22), und *Hinterberger*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 155-186 (159).

1165 Siehe *Bauer/Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt, § 60a AufenthG, Rn. 3.

1166 Siehe *Thym*, ZAR 2018, S. 193-200 (198).

1167 Siehe § 60c AufenthG. Die Möglichkeit einer Ausbildungsduldung wurde 2015 eingeführt. Die letzte Änderung aus dem Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung vom 8. Juli 2019 (BGBl. I 1021) ist am 1. Januar 2020 in Kraft getreten.

1168 Siehe § 60d AufenthG. Die Beschäftigungsduldung wurde durch das zum 1. Januar 2020 in Kraft getretene Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung vom 8. Juli 2019 eingeführt.

1169 Siehe § 60b AufenthG. Die Vorschrift wurde 2015 eingeführt, 2017 geändert und im Rahmen des Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausrei-

verschiedene Formen der „Duldung“, welche sich in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen teils erheblich unterscheiden.¹¹⁷⁰

Während die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung Privilegierungen zur „klassischen Duldung“ nach § 60a AufenthG darstellen, folgt aus der Duldung nach § 60b AufenthG eine Schlechterstellung.

Die zentralen Voraussetzungen der Ausbildungsduldung sind die Aufnahme einer Ausbildung und die Klärung der Identität.¹¹⁷¹ Daneben bestehen verschiedene Ausschlussstatbestände.¹¹⁷² Bei der Beschäftigungsduldung ist eine 18-monatige Vorbeschäftigung zentral, ergänzt wiederum um das Erfordernis einer geklärten Identität. Hinzu kommen bei der Beschäftigungsduldung soziale Integrationsanforderungen.¹¹⁷³

Die Regelungen zur Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung gewähren bei Erfüllung der Voraussetzungen ein subjektives Recht auf die Erteilung einer Duldung („ist zu erteilen“)¹¹⁷⁴ und es besteht die Möglichkeit einer Aufenthaltsverfestigung. Die Ausreisepflicht bleibt zwar formal bestehen, aufgrund der „rechtlich vorstrukturierten Bleibeperspektive“ besteht jedoch nur ein geringer Unterschied zu den bestehenden Aufenthaltstiteln, weshalb diesbezüglich zutreffend auch von einem „verkappten

sepflicht von 15. August 2019 (BGBl. I 1294) mit Wirkung zum 21. August 2019 neu gefasst und umfassend ergänzt, *Winkelmann*, in: Bergmann/Dienelt, § 62b AufenthG, Rn. 1.

1170 Für einen Überblick der (Neu-)Regelungen nebst Abgrenzung und Kontextualisierung siehe *Thym*, ZAR 2019, S. 353-363, sowie noch vor der Gesetzgebung unter teilweise Einbeziehung von Alternativvorschlägen *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286 v. 13.3.2019 (u.a.).

1171 Zur Ausbildungsduldung nach § 60c AufenthG siehe *Wittmann/Röder*, ZAR, S. 412-426.

1172 Voraufenthaltszeit, Missbrauch, sicherer Herkunftsstaat, strafrechtliche Verurteilung, zu vertretener Nicht-Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen, bei bestehender Ausreisepflicht konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung, abgelehnter Asylantrag der nach dem Stichtag am 31.8.2015 gestellt wurde.

1173 Siehe § 60d Abs. 1 AufenthG. Die Integrationsanforderungen umfassen die Sicherung des Lebensunterhalts (Nr. 5), ausreichende Sprachkenntnisse (Nr. 6) und den Abschluss eines Integrationskurses (Nr. 11) sowie bei Kindern den tatsächlichen Schulbesuch (Nr. 10).

1174 Bei der Beschäftigungsduldung erstreckt sich der Anspruch auch auf Ehegatt*innen bzw. Lebenspartner*innen und minderjährige Kinder, ist jedoch auf einen Regelanspruch reduziert („ist in der Regel [...] zu erteilen“) siehe § 60d Abs. 1 und 2 AufenthG.

Aufenthaltstitel“ gesprochen werden kann.¹¹⁷⁵ Inwieweit diese „aufenthaltsrechtliche Zwitterlösung“ mit der Vorgabe aus der Rückführungs-RL vereinbar ist, dass die Ausreisepflicht gegen Personen, die sich „illegal in ihrem Hoheitsgebiet“ aufhalten, entweder zu vollstrecken ist oder einen „Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung zu erteilen“ ist,¹¹⁷⁶ ist zudem zweifelhaft.¹¹⁷⁷

Daneben lässt sich die Duldung für Personen mit ungeklärter Identität als eine „Duldung light“ oder „Duldung minus“ beschreiben, da gegenüber einer „regulären“ oder „klassischen“ Duldung die Rechtsstellung eingeschränkt wird.¹¹⁷⁸ Die abgestufte Duldung nach § 60b AufenthG wird jedoch nur erteilt, wenn die Person getäuscht, falsche Angaben gemacht oder Mitwirkungspflichten verletzt hat, nicht jedoch, wenn die Identitätsklärung aus anderen Gründen scheitert. Ferner besteht die Möglichkeit einer „Heilung“ wenn die Mitwirkungspflichten nachträglich erfüllt werden.

Diese Pluralität von Duldungsformen und die damit einhergehende Schaffung von Zwischenstufen eignen sich hervorragend für das Ziel der vorliegenden Arbeit, migrationspezifische Illegalitäten zu dekonstruieren.

In den neuen Formen der Duldung spiegeln sich widerstreitende Motive und Perspektiven. Aufgrund der den Regelungen zugrundeliegenden dialektischen Spannung erscheint der Versuch einer hermeneutischen Sinn-Rekonstruktion wenig erfolgversprechend. Lässt man hingegen Widersprüche und Paradoxien im Rahmen einer dekonstruktiven Herangehensweise zu, lässt sich viel über die Konstruktionszusammenhänge lernen.

1175 Siehe *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286 v. 13.3.2019 (u.a.), S. 9 und 22.

1176 Siehe Art. 6 Abs. 4 und Art. 6 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 RückführungsRL.

1177 Siehe *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286 v. 13.3.2019 (u.a.), S. 22 ff.

1178 Siehe *Thym*, ZAR 2019, S. 353-363 (354 f.) der darauf hinweist, dass die meisten Rechtsfolgen (Erwerbstätigkeitsverbot, Wohnsitzauflage, Nichtberücksichtigung als Vorduldungszeit, reduzierte Sozialleistungen) schon vorher existierten und lediglich das Bußgeld für missachtete Mitwirkungspflichten wirklich neu ist. Der Begriff einer „Duldung minus“ geht auf den amtierenden Innenminister Horst Seehofer zurück, siehe Plenarprotokoll 19/101 vom 16. Mai 2019, 12184 (C).

Besonders spannend ist dabei, dass im Rahmen der neuen Duldungsformen nicht nur die verschiedenen Perspektiven miteinander in Konflikt geraten, sondern auch verschiedene Formen von Nützlichkeitsabwägungen miteinander konfliktieren.

Das formale Festhalten an der Ausreisepflicht lässt sich nur aus einem staatlichen Eigeninteresse heraus erklären. In Anbetracht der Tatsache, dass der Vollzug längerfristig ausgesetzt wird, bleiben zur Begründung jedoch lediglich ein genereller Steuerungsanspruch¹¹⁷⁹ und eine Mahnung der betroffenen Person zur Einhaltung der Voraussetzungen.

Auf der anderen Seite werden mit der in Aussicht gestellten Statussicherung und -verfestigung bei einer Beschäftigung oder Ausbildung Integrationserfolge belohnt und Perspektiven eröffnet. In der Gewährung dieser Rechte zeigt sich einerseits die humanitäre Perspektive, andererseits besteht regelmäßig auch ein ökonomisches Eigeninteresse von staatlicher Seite an der Erwerbstätigkeit und Qualifikation der Personen.

Insofern harmonisieren hier einerseits die sonst regelmäßig widerstreitenden Perspektiven humanitärer und ökonomischer Prägung, andererseits konfliktieren die ökonomischen und steuerungspolitischen Formen der Eigennützlichkeitsabwägung, wenn eine ökonomisch begründete Bleibeperspektive mit der steuerungspolitischen Ausreisepflicht verknüpft bleibt.¹¹⁸⁰

Mit den neuen Formen der Duldung geht eine Ausdifferenzierung des Aufenthalts im intensiv illegalisierten Bereich einher. Schon die „klassische“ Duldung ließ sich nicht eindeutig als „legaler“ oder „illegaler“ Aufenthalt qualifizieren. Mit der zunehmend nuancierteren Regelungsgestaltung erscheint die Vorstellung einer klaren Abgrenzbarkeit von Legalität und Illegalität noch illusorischer. Ordnet man die verschiedenen Formen der Duldung stattdessen in einem „Illegalisierungs-Kontinuum“ ein, welches keine festen Grenzen und kein schwarz/weiß kennt, sondern le-

1179 In der umstrittenen Theorie der Migrationssteuerung durch sog. *push* und *pull* Effekte, wäre die Ausreisepflicht gewissermaßen der kompensierende *push*-Effekt für den mit der Bleibeperspektive einhergehenden *pull*-Effekt. Zur Theorie der sog. *push* und *pull* Effekte siehe *van Hear/Bakewell/Long*, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 2018, S. 927-944, die sich für ein „push-pull *plus*“ Modell aussprechen, welches neben den sozialen Strukturen auch die Handlungsfähigkeit („*agency*“) von Migrant*innen berücksichtigen soll.

1180 Siehe auch *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286 v. 13.3.2019 (u.a.), S. 6 ff., der von einem „Zielkonflikt“ zwischen Integrationsförderung und Migrationssteuerung spricht.

diglich verschiedene Intensitäten der Illegalisierung, besteht dieses Problem hingegen nicht.

e) Nicht-Rückführbarkeit

Die Uneindeutigkeiten bei der Unterteilung verschärfen sich noch, wenn Rückführungshindernisse nicht nur vorübergehend bestehen. Wenngleich sich eine Nicht-Rückführbarkeit niemals absolut feststellen lässt, kann das Fehlen jeglicher begründeten Aussicht auf eine Rückführung in der absehbaren Zukunft als ausreichend betrachtet werden, um von einer Nicht-Rückführbarkeit auszugehen.¹¹⁸¹ Der Fall, dass ein tatsächlicher Vollzug der Rückkehrentscheidung dauerhaft nicht möglich ist, wird regelungstechnisch jedoch nicht adressiert – mit dem Ergebnis, dass es eine Vielzahl nicht-rückführbarer Personen gibt, welche sich aufgrund ihres dauerhaften Konflikts mit dem Regelungsansatz nicht in der (Il-)Legalitäts-Dichotomie kategorisieren lassen¹¹⁸² und diese somit stetig herausfordern. Hieran verdeutlicht sich nicht nur ein großer Graubereich im Rahmen der rekonstruierenden, kritischen Bestandsaufnahme; auch die Subjektkonstruktion¹¹⁸³ illegalisierter Migrant*innen wird durch die dauerhafte (Nicht-)Abschiebbarkeit (*deportability*) geprägt.¹¹⁸⁴

2. Divergenz und Konflikt zwischen formeller und materieller Rechtslage

Ein im Rahmen migrationspezifischer Illegalisierungen spannender Gesichtspunkt sind ferner Situationen, in denen es zu einer Divergenz bzw. einem Konflikt zwischen der formellen und der materiellen Rechtslage kommt, da in diesen Situationen die tatsächliche Uneindeutigkeit der binären Unterscheidung in „legal“ und „illegal“ deutlich zum Vorschein kommt. Was genau damit gemeint ist, soll im Folgenden an drei kurzen Beispielen veranschaulicht werden.

1181 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (30 f.).

1182 Ausführlich zu der Problematik der Nicht-Rückführbarkeit und den damit einhergehenden Problemen siehe *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 81 ff.

1183 Siehe hierzu im Rahmen der Methodik Kapitel 2 § 3 IV. 2.

1184 Zu *deportability* und deren Auswirkungen auf das Leben der betroffenen Personen siehe insbesondere *Genova* 2002, S. 419-447.

a) Die Situation vor einer deklaratorischen Statusfeststellung

Die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft¹¹⁸⁵ ist ein rein deklaratorischer Akt.¹¹⁸⁶ Daher stellt sich die Frage, wie sich Personen im Zeitraum nach der Einreise bis zur deklaratorischen Statusfeststellung in einem binären System qualifizieren lassen. Einerseits haben sie bis zur Statusfeststellung keinen Aufenthaltstitel, andererseits sind sie mit einem anerkannten Fluchtgrund eingereist und sind somit bereits Flüchtlinge, womit ein Recht auf einen „nicht-illegalisierten“ Aufenthalt einhergeht. Das europäische Migrationsrecht sieht auch schon vor der formalen Statusfeststellung unterschiedliche Schutzgarantien vor. Der Schutz vor einer Zurückweisung aus Art. 21 Abs. 2 der QualifikationsRL ist ebenso anzuwenden wie die Garantien aus der VerfahrensRL, welche beispielsweise ein Aufenthaltsrecht bis zur Entscheidung über den Schutzantrag vorsehen.¹¹⁸⁷

Ergänzend sieht die AufnahmeRL soziale Schutzstandards für Schutzsuchende ab dem Moment der Antragstellung vor.¹¹⁸⁸ Insofern wird die Frage bisweilen als rein theoretisch abgetan und die dogmatische Frage nach der Konzeption einer rein deklaratorischen Statusfeststellung als „mehr oder weniger unnötig“ angesehen.¹¹⁸⁹ Bei einer genaueren Betrachtung erscheint die Frage nicht ganz so einfach. Einerseits sind die beschriebenen Rechte vor der Statusfeststellung nicht deckungsgleich mit denen einer Person mit anerkanntem Flüchtlingsstatus und das deutsche Bundesverwaltungsgericht stellt mit Blick auf die europarechtlichen Regelungen fest, dass „das Aufenthaltsrecht für den anerkannten Flüchtling unionsrechtlich an die Zuerkennung des Flüchtlingsschutzes anknüpft, die sich ungeachtet der deklaratorischen Natur der Anerkennung gerade keine umfassende

1185 Siehe Art. 13 QualifikationsRL.

1186 Siehe *Kraft*, in: Hailbronner/Thym, Asylum Qualification Directive 2011/95/EU, Art. 13, Rn. 9, sowie ausdrücklich auch ErwGr. 21 QualifikationsRL: „Die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ist ein deklaratorischer Akt“.

1187 Siehe Art. 9 und Art. 46 Abs. 5 VerfahrensRL für den Verbleib während des Rechtsmittelverfahrens.

1188 Siehe zum Anwendungsbereich Art. 3 Abs. 1 AufnahmeRL: „Diese Richtlinie gilt für alle Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einschließlich an der Grenze, in den Hoheitsgewässern oder in den Transitzonen internationalen Schutz beantragen, [...]“.

1189 Siehe *Kraft*, in: Hailbronner/Thym, Asylum Qualification Directive 2011/95/EU, Art. 14, Rn. 10.

Rückwirkung beimisst.¹¹⁹⁰ Eine nachträgliche Ausweitung der Rechte von Personen mit anerkanntem Flüchtlingsstatus auf die davorliegende Zeit ist folglich nicht vorgesehen,¹¹⁹¹ womit eine Divergenz hinsichtlich des Ausmaßes der (Nicht-)Illegalisierung der betroffenen Personen vor und nach der Antragstellung bestehen bleibt.

Andererseits gelten die beschriebenen Rechte, wie bereits erwähnt, auch erst ab dem Moment der Antragstellung. Für die Zeit bis zur Antragstellung besteht ein entsprechender Schutz nicht. Nach der Definition in der RückführungsRL besteht ein „illegaler Aufenthalt“ bei einer Anwesenheit im Hoheitsgebiet, wenn die betroffene Person die Voraussetzungen für die Einreise oder den Aufenthalt nicht erfüllt.¹¹⁹² Da bei Vorliegen eines anerkannten Fluchtgrundes die Voraussetzungen für einen Aufenthalt grundsätzlich erfüllt sind, dürfte der Aufenthalt demnach eigentlich auch schon vor einer Antragstellung oder selbst für den Fall, dass eine Antragstellung gänzlich unterbleibt nicht illegalisiert werden. Es bleibt festzuhalten, dass die Einteilung in das binäre (Il-)Legalitäts-Schema in diesen Fällen besonders schwerfällt.

b) Noch ungeahndeter Verstoß gegen Auflagen

Eine vergleichbare Schwierigkeit bei der binären Einteilung ergibt sich im Falle eines noch nicht formell festgestellten Verstoßes gegen Auflagen im Zusammenhang mit spezifischen Aufenthaltstiteln. Auch in diesen Konstellationen divergieren die formelle und die materielle Rechtslage. So besteht beispielsweise im Rahmen eines Visums für Studierende grundsätzlich ein „nicht-illegalisierter“ Aufenthalt, welcher jedoch Einschränkungen hinsichtlich der Arbeitsmöglichkeit vorsieht. Die Richtlinie überlässt die Regelung des Umfangs, in welchem eine Erwerbstätigkeit neben dem Studium ausgeübt werden darf, grundsätzlich den Mitgliedstaaten, legt jedoch eine Mindestfreigrenze von durchschnittlich fünfzehn Stunden pro Woche fest.¹¹⁹³ Damit stellt sich die Frage, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn ein formal gültiger Aufenthalt in Form eines Visums für Studierende besteht,

1190 Siehe BVerwG, Urteil vom 13.02.2014, DE:BVerwG:2014:130214U1C4.13.0, Rn. 15.

1191 Siehe *Kraft*, in: Hailbronner/Thym, Asylum Qualification Directive 2011/95/EÜ, Art. 13, Rn. 11.

1192 Siehe Art. 3 Nr. 2 RückführungsRL.

1193 Siehe Art. 24 Abs. 3 REST-RL. In Deutschland liegt die Grenze nach Art. 16 Abs. 3 AufenthG bei 120 Tagen oder 240 halben Tagen im Jahr.

die betroffene Person jedoch mehr arbeitet als sie dürfte. Streng genommen müsste eine Person, die zwanzig Stunden in der Woche arbeitet, fünfzehn Stunden als „nicht-illegalisiert“ und die restlichen fünf Stunden als illegalisiert betrachtet werden.¹¹⁹⁴ Die Situation ist vergleichbar mit Situationen, in denen Personen einen Aufenthaltstitel als Hochqualifizierte oder Saisonarbeiter*innen besitzen,¹¹⁹⁵ aufgrund eines Arbeitsplatzwechsels oder einer zwischenzeitlich eingetretenen Arbeitslosigkeit die Voraussetzungen für den genehmigten Aufenthalt jedoch nicht mehr erfüllen.¹¹⁹⁶ Zieht man erneut die Einteilung in der RückführungsRL zu Rate, müsste man feststellen, dass die Voraussetzungen für einen Aufenthalt in diesen Konstellationen nicht mehr vorliegen und der Aufenthalt als illegalisiert zu betrachten ist.

Zusammenfassend lässt sich die Frage stellen, ob die Voraussetzungen für die Einreise und den Aufenthalt im Rahmen der RückführungsRL formell oder materiell zu betrachten sind. Eine rein materielle Betrachtung hätte die Möglichkeit einer Ausweisung und Abschiebung einer Person mit einem formell gültigen Aufenthalt zur Folge, eine rein formelle Betrachtung würde zu einer illegalisierenden Qualifikation von schutzsuchenden Personen mit anerkannten Fluchtgründen führen.

Unabhängig von der Rechtsfolgenseite zeigen die Konstellationen, dass schon die Einteilung der Sachverhalte in das binäre Muster der (Il-)Legalität erhebliche Probleme verursacht. Im Rahmen der Rechtsanwendung lässt sich dieser Problematik mit einer Kumulierung der Erfordernisse entgegenwirken. Nur wenn die Voraussetzungen sowohl formell als auch materiell nicht (mehr) vorliegen, kann die daran angeknüpfte Rechtsfolge eintreten. Im weiteren Analyserahmen migrationspezifischer Illegalisierung, wie er der vorliegenden Arbeit zugrunde liegt, bleibt die Frage jedoch ebenso bestehen wie in den rechtlichen Einteilungen im Primärrecht und den daran anknüpfenden Politiken. Auch wenn gegebenenfalls für

1194 Siehe *Düvell*, Social Science Information 2008, S. 479-497 (488), der innerhalb der Freigrenzen von „*perfectly legal immigrants*“ und in der darüber hinausgehenden Zeit von „*clandestine immigrant workers*“ spricht. Dies gilt für den Fall, dass die entsprechende Regelung der Mindestfreigrenze von fünfzehn Stunden pro Woche entspricht, wobei sich die Konstellation entsprechend der nationalen Umsetzungen dem Umfang nach umgestalteten ließe.

1195 Zum Spannungsfeld von arbeitsrechtlichen und migrationsrechtlichen Regulierungen im Rahmen der SaisonarbeiterRL siehe *Herzfeld Olsson/Fudge*, EJML 2014, S. 439-466.

1196 Siehe für Hochqualifizierte die Zulassungskriterien in Art. 5 HochqualifiziertenRL und für Saisonarbeiter*innen Art. 5 und 6 SaisonarbeiterRL.

das Eintreten der Rechtsfolge zunächst die formelle und materielle Rechtslage in Einklang gebracht werden müssen, beispielsweise zu viel arbeitenden Studierenden also zunächst der Aufenthaltstitel entzogen werden müsste, beantwortet das noch nicht die Frage, ob im Rahmen der gemeinsamen Einwanderungspolitik der EU (Art. 79 AEUV) diese Konstellationen nicht auch schon davor als illegalisiert betrachtet werden müssten.

c) Wegfall von aufenthaltsstatusbegründenden Faktoren

Als drittes Beispiel können Situationen dienen, in welchen die aufenthaltsbegründenden Faktoren später entfallen. Verbessert sich die Situation im Herkunftsland signifikant, so dass die Verfolgungssituation dauerhaft entfällt, liegen die Voraussetzungen für eine Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft nicht mehr vor, ohne dass die betroffene Person Einfluss darauf hat oder ihr eigenes Handeln dafür verantwortlich ist. Bis es gegebenenfalls im Rahmen einer Regelüberprüfung zu einem Widerruf der Anerkennung kommt,¹¹⁹⁷ liegen die Voraussetzungen für einen „nicht-illegalisierten“ Aufenthalt nicht mehr vor, dennoch besteht der Aufenthaltstitel fort. Das Gleiche lässt sich auf Personen mit subsidiärem Schutz oder einem nationalen Abschiebungsverbot bis zum Widerruf oder der Rücknahme übertragen.¹¹⁹⁸ Wieder stellt sich die Frage, ob sich das Ausbleiben einer Illegalisierung auf administrativer Ebene verallgemeinern lässt und solche Konstellationen nicht in anderen Kontexten als illegalisiert zu betrachten sind. In jedem Fall ist der Aufenthalt der betroffenen Personen in solchen Situationen hochgradig prekär und in Anbetracht der erschwerten Aufenthaltsverfestigungsmöglichkeiten nur noch begrenzt vergleichbar mit anderen weniger stark illegalisierten Aufenthaltssituationen.

d) Der zugrundeliegende Perspektivenstreit

In den Abweichungen der formellen Rechtslage von der materiellen in den beschriebenen Konstellationen spiegeln sich dabei auch die widerstrebenden Perspektiven wieder, welche den Regelungen zugrunde liegen. Die Ausgestaltung der formellen Rechtslage ist selbstverständlich auch durch

1197 In Deutschland soll eine Regelüberprüfung spätestens nach drei Jahren stattfinden, siehe § 73 Abs. 2a AsylG.

1198 Siehe zu Widerruf und Rücknahme in Deutschland § 73b und 73c AsylG.

spezifische Motive geprägt. Die Privilegierung von Studierenden (vor einem Verstoß gegen Auflagen) ist zumindest auch von einem Eigennutzen geprägt, da diese als potenzielle qualifizierte Arbeitskräfte von wirtschaftlichem Interesse sind, der Erhalt des Schutzstatus bis zur Feststellung des Wegfalls aufenthaltsbegründender Faktoren ist hingegen vorwiegend altruistisch geprägt. In allen Fällen spielt jedoch auch die neutrale Ordnungsperspektive eine Rolle. Der in der formellen Rechtslage verankerte „Bestandsschutz“ dient der Operationalisierung. Die Statuskonservierung erleichtert die Steuerung, steht jedoch im Konflikt mit der materiellen Rechtslage und den darin verankerten Zielen. Während bei der ausstehenden Feststellung eines Schutzstatus die humanitäre Perspektive mit der Ordnungsperspektive konfligiert, ist es beim anstehenden Statusentzug die Perspektive des Eigennutzes. Die neutrale Ordnungsperspektive steht dabei nicht direkt in einem Konflikt mit den anderen Perspektiven, sondern „hemmt“ vielmehr (zumindest zeitweise) deren Umsetzung. Dies ändert jedoch nichts daran, dass es zu einem normativen Widerspruch in dieser Zwischenzeit kommt – gerade dieses Aufspüren von Widersprüchen ist Ziel des dekonstruktiven Ansatzes der Arbeit.

III. Zwischenresümee

An den vorangegangenen Ausführungen zeigt sich, dass es verschiedene Konstellationen gibt, in denen das binäre (II-)Legalitäts-Muster uneindeutig ist. Selbst die Frage nach der rechtlichen Möglichkeit einer Abschiebung führt nicht zu einer klaren Zuordnung, wenn eine Duldung zwar temporär vor einer Abschiebung schützen, den damit einhergehenden Aufenthalt jedoch nicht als „nicht-illegalisiert“ festschreiben soll. Bei einer abstrakteren Betrachtung verschwimmen die Grenzen noch mehr, so dass letztlich alle Personen als illegalisiert betrachtet werden können. Es lässt sich lediglich das Ausmaß der Illegalisierung unterscheiden. Der Aufenthalt ist also unterschiedlich prekär, aber letztlich in allen Fällen prekär. Der andauernde „Prozess des Statuswandels“¹¹⁹⁹, beinhaltet nicht nur die Möglichkeit einer Statusverfestigung, sondern immer auch die eines Statusverlusts.¹²⁰⁰ Sofern die Stuserlangung im Rahmen des Migrations-

1199 Siehe *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 19.

1200 Wenngleich sich konzeptionell eine Mündung einerseits in eine Abschiebung und andererseits in der Einbürgerung beschreiben lässt, siehe *Thym*, Migrati-

rechts erfolgt, bleibt diese somit immer prekär; es gibt keinen endgültigen Schutz vor einer migrationspezifischen Illegalisierung.

Besonders deutlich wird diese prekäre Situation in den Fällen akzessorischer Aufenthaltstitel, in denen die betroffenen Personen ihr Aufenthaltsrecht lediglich von dem eines/-r „Stammberechtigten“¹²⁰¹ ableiten. Zwar besteht in diesen Konstellationen grundsätzlich die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenständiges Aufenthaltsrecht zu erlangen.¹²⁰² Bis dahin greifen die migrationspezifischen Illegalisierungen jedoch vollumfänglich auf die abgeleiteten Aufenthaltstitel durch, so dass beispielsweise bei einer im Nachhinein festgestellten betrügerischen Erlangung des Aufenthaltstitels des/-r Stammberechtigten auch den im Rahmen der Familienzusammenführung nachgezogenen Familienmitgliedern die Aufenthaltstitel entzogen werden können, selbst wenn diese nichts davon wussten.¹²⁰³ Selbst ein nach fünf Jahren erlangter selbständiger Daueraufenthaltstitel kann unter diesen Umständen noch entzogen werden,¹²⁰⁴ was

onsverwaltungsrecht, S. 19, ist der Statuswandel in der Realität auch in diesen Fällen nicht endgültig abgeschlossen. Einerseits kann der Prozess mit einer erneuten Einreise fortgesetzt werden, andererseits ist selbst eine Einbürgerung (unter engen Voraussetzungen) widerrufbar. Im Vereinigten Königreich ist der Entzug der Staatsbürgerschaft bereits bei einem Verdacht auf terroristische Aktivitäten möglich, British Nationality Act 1981 (in der aktuellen Fassung), Section 40, 4A. In Frankreich wurde, letztlich erfolglos, eine Verfassungsänderung angestrebt, die es ermöglichen sollte, verurteilten Extremist*innen die Staatsangehörigkeit zu entziehen, ZEIT ONLINE: „Hollande zieht Verfassungsänderung zurück“, 30. März 2016. Auch Art. 16 Abs. 1 GG gewährt keinen ausschlossenen Schutz. So ist beispielsweise der Entzug einer erschlichenen Staatsangehörigkeit möglich, BVerfG, 2 BvR 669/04, Urteil vom 24. Mai 2006, NVwZ 2006, 807, 810, Rn. 56 ff. Ferner wurde als Reaktion auf die Rückkehr von Terrorkämpfer*innen der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit 2019 auch auf Fälle von konkreten Beteiligungen „an Kampfhandlungen einer terroristischen Vereinigung im Ausland“ erweitert, siehe den neu erlassenen § 28 Abs. 1 Nr. 2, welcher jedoch nur anwendbar ist, wenn die Person volljährig ist und nicht staatenlos würde.

1201 In der FamilienzusammenführungsRL wird von „Zusammenführender“ bzw. „sponsor“ gesprochen, siehe dort in Art. 2 lit. c.

1202 Im Rahmen der Familienzusammenführung gilt dies spätestens nach fünf Jahren, sofern zwischenzeitlich kein anderweitig begründeter Aufenthaltstitel ausgestellt wurde, siehe *Hailbronner/Klarmann*, in: *Hailbronner/Thym*, Family Reunification Directive 2003/86/EC, Art. 15, Rn. 7 ff. m.w.N.

1203 Siehe EuGH, *Y.Z. u.a.* (C-557/17), EU:C:2018:820, Rn. 45 ff.

1204 Siehe EuGH, *Y.Z. u.a.* (C-557/17), EU:C:2018:820, Rn. 61 ff., wobei in beiden Fällen eine individualisierte Prüfung der Situation der Familienangehörigen

die dauerhafte Prekarität im Zusammenhang mit akzessorischen Aufenthaltstiteln deutlich zum Ausdruck bringt.

Vor dem Hintergrund dieser dauerhaften Möglichkeit des Statuswandels wird das migrationsrechtliche Konzept der Aufenthaltsregulierung teils als *fluid* oder *hybrid* umschrieben.¹²⁰⁵ An anderer Stelle wird das gesamte Migrationskontrollsystem¹²⁰⁶ als Illegalitäts-Regime bezeichnet, welchem die Annahme zugrunde liegt, dass jede*r potentiell „illegal“ sei.¹²⁰⁷

In jedem Fall lässt sich aus dem Aufenthaltsrecht mitnichten eine klare Einteilung von Migrant*innen als „legal“ oder „illegal“ ableiten. Es lassen sich lediglich verschiedene Formen und Intensitäten der Illegalisierung im Aufenthaltsrecht ausmachen, die sich tatsächlich nicht als fixe Kategorien, sondern als Teile eines Kontinuums begreifen lassen.

§ 6 De-Illegalisierung

Für die Konstruktion der migrationspezifischen Illegalisierungen sind auch die Wege und Möglichkeiten der Legalisierung aufschlussreich, wobei es entsprechend der Ausführungen zur Terminologie zutreffender ist, in diesem Kontext von De-Illegalisierung zu sprechen.¹²⁰⁸ Der Vielzahl und Vielschichtigkeit der Illegalisierungen entsprechend bestehen auch

vorgenommen werden muss und dabei der Umstand, dass sie nichts von den betrügerischen Umständen wussten, zu berücksichtigen ist.

1205 Siehe *Vollmer*, Policy Discourses on Irregular Migration in Germany and the United Kingdom, S. 9 f.: „*The concept's nature of fluidity and hybridism becomes evident when looking at the various combinations of how a status of irregularity may be produced.*“

1206 Zur Abgrenzung der Migrationskontrolle zum umfassenderen Ansatz der Migrationssteuerung siehe *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, S. 6 ff., insbesondere S. 17 f.

1207 Siehe *Amaya-Castro*, European Journal of Legal Studies 2011, S. 137-161 (140): „*assumption that everybody is potentially illegal*“.

1208 Siehe Kapitel 1. Entsprechend der Terminologiedebatte wird in diesem Zusammenhang auch häufig von Regularisierung gesprochen, siehe statt vieler nur *Blaschke*, PE 393.282: Trends on Regularization of Third Country Nationals in Irregular Situation of Stay Across the EU und *Baldwin-Edwards/Kraler*, REGINE – Regularisations in Europe. Dahingegen plädiert *W. Kluth*, ZAR 2007, S. 20-23 (22), dafür, zumindest in der deutschsprachigen Literatur aufgrund mangelnden Verbreitung des Begriffs der Irregularität von Legalisierung zu sprechen. Kritisch mit Blick auf den sich wandelnden Sprachgebrauch hierzu wiederum *Hinterberger*, Regularisierungen von irregulär aufhaltigen Migrant*innen, S. 105 ff.

zahlreiche Formen der De-Illegalisierung. Da eine umfassende Darstellung sämtlicher De-Illegalisierungen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, sollen im Folgenden lediglich die aufenthaltsbezogenen De-Illegalisierungen besprochen werden.

Vor dem Hintergrund der dauerhaften Möglichkeit des Statuswandels sind aufenthaltsrechtliche De-Illegalisierungen meist nicht absolut, sondern sie stellen lediglich eine positive Veränderung in Form einer Statusverfestigung dar, welche somit den Grad der Illegalisierung und der entsprechenden Prekarität verringern, die aufenthaltsrechtlichen Illegalisierungen jedoch nicht gänzlich zum Verschwinden bringen. Daher rühren teils auch die Schwierigkeiten bei den Versuchen, Regularisierung (respektive De-Illegalisierung) zu definieren.¹²⁰⁹ Veranschaulicht werden kann diese Problematik wiederum anhand der bereits erwähnten „Zwitterkategorie“¹²¹⁰ der Duldung in Deutschland¹²¹¹ oder Österreich¹²¹². Je nachdem, wie der Status mit oder ohne Duldung in einer binären Unterteilung von „legal“ und „illegal“ qualifiziert wird, ist er als eine Form der „Legalisierung“ anzusehen oder nicht. Insofern schreibt sich das bereits beschriebene Problem der Zuordnung eines geduldeten Aufenthalts¹²¹³ nunmehr im Rahmen der De-Illegalisierungen fort, nur das es nunmehr nicht um die Qualifizierung des mit einer Duldung verbundenen Status geht, sondern um den daran anknüpfenden Prozess des Statuswandels.

Wie bereits erwähnt, soll eine förmlich erfolgte Duldung unionsrechtlich zwar nicht als „illegal“ eingestuft werden, die Anerkennung wird letztlich jedoch den Mitgliedstaaten freigestellt.¹²¹⁴ So wird die förmliche Duldung nach deutschem Recht¹²¹⁵ teils als „illegaler“ Aufenthalt angesehen,¹²¹⁶ teils wird von einem nicht illegalisierten „Aufenthaltsrecht im

1209 Siehe *Hinterberger*, Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen, S. 106 ff., m.w.N., der als Definition vorschlägt: „Jede administrative oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung, die irregulär aufhältigen Migrant*innen bei Erfüllen der Mindesterteilungsvoraussetzungen ein Aufenthaltsrecht gewährt,“ wobei lediglich der irreguläre Aufenthalt und die Erteilung eines Aufenthaltstitels konstitutiv sein sollen, S. 117.

1210 Siehe *Thym*, ZAR 2018, S. 193-200 (198).

1211 Siehe § 60a AufenthG.

1212 Siehe § 6a Fremdenpolizeigesetz 2005.

1213 Siehe hierzu bereits Kapitel 4 § 5 II. 1. c).

1214 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 3, Rn. 8.

1215 Siehe § 60a Abs. 4 AufenthG: „Über die Aussetzung der Abschiebung ist dem Ausländer eine Bescheinigung auszustellen.“

1216 Siehe *Bruns*, in: Hofmann, § 60a AufenthG, Rn. 2.

weiteren Sinne“ gesprochen.¹²¹⁷ Dies hat zur Folge, dass die Erteilung einer Duldung als „Legalisierung“ zu qualifizieren wäre, wenn der Aufenthalt mit einer Duldung als „nicht-illegalisiert“ betrachtet wird. Wird hingegen auch der geduldete Aufenthalt als „illegal“ qualifiziert, wäre die Duldung keine Form der „Legalisierung“.

Wird die Duldung bereits als „legalisiert“ betrachtet, kann eine weitere Statusverfestigung in einer binären Einteilung keine „Legalisierung“ mehr darstellen. Sofern der geduldete Status als ein „illegaler“ angesehen wird, ist zu einem späteren Punkt der Statusverfestigung noch eine „Legalisierung“ möglich.

Keine der beiden binären, absoluten Einteilungen vermag zu überzeugen. Sieht man die „Grenze“ zur Legalisierung schon bei einer Duldung erreicht, wären die gewichtigen Statusverbesserungen, die mit einer späteren Erteilung eines Aufenthaltstitels verbunden sind, nicht mehr als „Legalisierung“ anzusehen. Dies erscheint vor dem Hintergrund des Fortbestehens der Ausreisepflicht sowie der Nicht-Anerkennung als rechtmäßiger Aufenthalt widersinnig.

Andererseits droht eine Unterschlagung der durchaus relevanten Wirkungen einer Duldung, wenn diese nicht als „Legalisierung“ begriffen wird. Mit einer Duldung entfällt die Strafbarkeit des illegalisierten Aufenthalts, die Abschiebung wird zumindest für kurze Zeit ausgesetzt und es bestehen Möglichkeiten der Statusverfestigung. Insofern sind mit einer Duldung erhebliche Statusverbesserungen verbunden. Dies gilt in noch größerem Maße für die beschriebenen neuen Formen der Duldung.¹²¹⁸ Da die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung aufgrund ihrer umfangreichen Statusrechte als „verkappte Aufenthaltstitel“ anzusehen sind, wäre es unangemessen, diese gänzlich aus dem „Legalisierungs-“ bzw. De-Illegalisierungskontext auszuklammern.¹²¹⁹

1217 Siehe *W. Kluth*, ZAR 2007, S. 20-23 (22) und *Hinterberger*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 155-186 (159).

1218 Siehe Kapitel 4 § 5 II. 1. d).

1219 Es ist zudem fragwürdig, inwieweit diese (in Anbetracht der fortbestehenden Ausreisepflicht) „unvollständige“ Legalisierung trotz der weitreichenden Statusverbesserung mit einer vorgezeichneten Aufenthaltsverfestigung mit der Vorgabe der Rückführungsrichtlinie vereinbar ist, dass entweder rückgeführt oder „legalisiert“ werden soll und eine Verzögerung der Rückkehr die praktische Wirksamkeit der Richtlinie gefährdet, siehe *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286 v. 13.3.2019 (u.a.), S. 22 ff.

Sofern wie in der vorliegenden Arbeit nicht an der binären Einteilung in „legal“ und „illegal“ festgehalten, sondern anerkannt wird, dass der andauernde „Prozess des Statuswandels“¹²²⁰ zu unterschiedlich stark ausgeprägten Illegalisierungen des Aufenthalts führt, ist eine feste Grenzziehung zwischen „legalen“ und „illegalen“ Aufhalten weitgehend obsolet. Vielmehr werden unterschiedliche Intensitäten der Illegalisierung als ein Kontinuum begriffen.

Entscheidend für die Frage, wann eine De-Illegalisierung vorliegt, ist dann lediglich, in welche „Richtung“ die Statusveränderung erfolgt. Führt sie zu einer Stärkung der Rechtsposition und eröffnet Teilhabe- und Integrationsoptionen, ist sie folgerichtig als De-Illegalisierung anzuerkennen, wenngleich ein darauf gestützter Aufenthalt weiterhin als illegalisiert zu qualifizieren ist.¹²²¹

I. Kategorisierungen und Konzeption

De-Illegalisierungen bringen grundsätzlich die humanitäre Perspektive zum Ausdruck, da sie Personen die Möglichkeit eröffnen aus Illegalisierungskontexten herauszutreten. Es sind jedoch nicht ausschließlich altruistische Motive, die den De-Illegalisierungen zu Grunde liegen. Einerseits kann die mit einer De-Illegalisierung verbundene Beendigung eines illegalisierten Aufenthalts auch im Interesse des jeweiligen Staates liegen, andererseits können De-Illegalisierungen auch eingesetzt werden, um Fehlern in der Verwaltung zu begegnen¹²²² und so die Funktionalität (wieder) herzustellen, worin primär die Ordnungsperspektive zum Ausdruck kommt.

In den meisten Mitgliedstaaten gab und gibt es verschiedene Formen der De-Illegalisierung.¹²²³ Konzeptionell lassen sich aufenthaltsrechtliche

1220 Siehe *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 19, sowie *Motomura*, *Immigration Outside the Law*, S. 21: „*immigration status often is hard to ascertain or is changeable*“.

1221 Siehe Kapitel 4 § 5 II.

1222 Siehe *Bosniak*, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 2013, S. 344-365 (348 ff.), die von einem *administrative reset (mechanism)* spricht.

1223 Eine Übersicht für Italien, Spanien, Polen, Frankreich, die Niederlande, Schweden und Deutschland findet sich bei *Kraler*, *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 2019, S. 94-113, 101 f. Ausführlich zu Deutschland, Österreich und Spanien *Hinterberger*, *Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen*, S. 187 ff., und umfassend für die Mitgliedstaaten von 1996-2007 *Baldwin-Edwards/Kraler*, *REGINE – Regularisations in Europe*, S. 30 ff.

De-Illegalisierungen auf verschiedene Weisen einteilen. *Baldwin-Edwards* und *Kraler* unterscheiden Programme und Mechanismen.¹²²⁴ Aufenthaltsrechtliche De-Illegalisierungsprogramme sind demnach durch ein Verfahren gekennzeichnet, das außerhalb des regulären migrationsrechtlichen Rahmens angesiedelt ist,¹²²⁵ auf bestimmte illegalisierte Personengruppen abzielt und zeitlich begrenzt ist.¹²²⁶

Dahingegen werden alle anderen Instrumente als Mechanismen klassifiziert, wobei diese meist langfristiger angelegt sind.¹²²⁷ *Apap*, *De Bruycker* und *Schmitter* schlagen eine kleinteiligere Unterscheidung anhand der folgenden Kriterien vor: 1. dauerhaft oder zeitlich begrenzt, 2. individuell oder kollektiv, 3. aus Schutzgründen oder aus Anerkennung faktischer Gründe, 4. aus Ermessen/Zweckmäßigkeitserüberlegungen oder aus Verpflichtung, und schließlich 5. organisiert/offiziell oder informell, welche weitestgehend selbsterklärend sind.¹²²⁸ Lediglich die Unterscheidung nach individuellen oder kollektiven De-Illegalisierungen ist etwas irreführend. Gemeint ist die Unterscheidung, ob die De-Illegalisierung auf individuell gewerteten Bewertungskriterien basiert, welche in der betroffenen Person begründet sind oder auf objektiven Kriterien, welche eine Vielzahl von Personen gleichermaßen betreffen und in der Regel keinen Beurteilungsspielraum vorsehen.¹²²⁹

Hinterberger unterscheidet dagegen nach dem Zweck der zugrundeliegenden aufenthaltsrechtsbegründenden Entscheidungen, d.h. nach den Rechtsgründen, welche im Wesentlichen umfassen: 1. Nichtrückführbar-

1224 Siehe *Baldwin-Edwards/Kraler*, REGINE – Regularisations in Europe, S. 8.

1225 Diese sind gleichwohl rechtlicher Natur und befinden sich nicht gänzlich außerhalb des Rechts; so aber *Dauvergne*, Making People Illegal, S. 28 und 139 ff., die von einer Amnestie außerhalb des Rechts spricht.

1226 „A regularisation programme is defined as a specific regularisation procedure which (1) does not form part of the regular migration policy framework, (2) runs for a limited period of time and (3) targets specific categories of non-nationals in an irregular situation“, siehe *Baldwin-Edwards/Kraler*, REGINE – Regularisations in Europe, S. 8.

1227 Siehe *Baldwin-Edwards/Kraler*, REGINE – Regularisations in Europe, S. 9. Ähnlich *Brick*, Regularizations in the European Union, S. 3 f., und *Costello*, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law, S. 74 ff., die noch „regularization by entitlement“ ergänzt.

1228 Siehe *Apap/Bruycker/Schmitter*, EJML 2000, S. 263-308 (266 ff.).

1229 Siehe *Apap/Bruycker/Schmitter*, EJML 2000, S. 263-308 (267 f.).

keit, 2. Soziale Bindung, 3. Familieneinheit, 4. Vulnerabilität, 5. Erwerbstätigkeit und Ausbildung und 6. Sonstige staatliche Interessen.¹²³⁰

Auch wenn die Trennlinien der Kategorisierungen in der Praxis bisweilen verschwimmen,¹²³¹ akzentuieren die Kategorisierungsvorschläge unterschiedliche Aspekte der verschiedenen De-Illegalisierungen und können daher allesamt gewinnbringende Perspektiven eröffnen. Konzeptionell ist es zum einen wichtig festzuhalten, dass sich, auch wenn die Entscheidung über De-Illegalisierungsmaßnahmen weitestgehend in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verbleibt,¹²³² eine zunehmende „Europäisierung“ des Regelungsbereichs Thematis beobachten lässt.¹²³³ Zum anderen sind humanitäre De-Illegalisierungen im Ermessen der Staaten von Situationen zu trennen, in welchen aus menschenrechtlichen Verpflichtungen ein obligatorischer Schutzanspruch besteht.¹²³⁴

II. Pflicht zur De-Illegalisierung?

Nach den Ausführungen zu den Kategorisierungen und der Konzeption von De-Illegalisierungen stellt sich die Frage, wann eine Pflicht zur De-Illegalisierung besteht bzw. wie sich eine solche begründen lässt. Aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 7 GRC¹²³⁵ oder Art. 3 EMRK lässt sich eine solche Pflicht nur in besonderen Ausnahmefällen oder in den beschränkten Ausmaßen eines Abschiebehindernisses herleiten.¹²³⁶ Anders könnte es jedoch ausse-

1230 Siehe *Hinterberger*, Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen, S. 122 ff.

1231 Dies zeigt sich beispielsweise an einer im Ermessen stehenden Erneuerung eines Aufenthaltstitels, welcher sich faktisch nicht von einer De-Illegalisierung unterscheidet, siehe *Costello*, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, S. 73, sowie *Kraler*, *EJML* 2011, S. 297-316 (301).

1232 Zu einer möglichen Verpflichtung aus unionsrechtlichen Vorgaben siehe sogleich Kapitel 4 § 6 II .

1233 Siehe *Kraler*, *EJML* 2011, S. 297-316 (299 ff.).

1234 Siehe *Costello*, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, S. 78.

1235 „Art. 7 der Charta [ist] die gleiche Bedeutung und Tragweite beizumessen wie Art. 8 Abs. 1 EMRK in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte“, siehe EuGH, *McB.* (C-400/10 PPU), EU:C:2010:582, Rn. 53.

1236 Siehe hierzu ausführlicher *Thym*, *ICLQ* 2008, S. 87; *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 103 ff., und *Schieber*, *Komplementärer Schutz*, S. 82 ff., sowie die einschlägige Rechtsprechung des EGMR in *Jeunesse v. The Netherlands*, Urteil vom 3. Oktober 2014, Nr. 12738/10, Rn. 100 ff., und *Hoti v. Croatia*, Ur-

hen, sofern der Blick auf die Systematik des Migrationsrecht der Union, insbesondere die sekundärrechtliche Ausgestaltung in der Rückführungs-RL gerichtet wird.

Das Ziel der Bekämpfung illegalisierter Migration wird auf Unionsebene meist durch eine „konsequentere und wirksamere europäische Rückführungspolitik“ verfolgt.¹²³⁷ Dieser Ansatz spiegelt sich in der Vorgabe der RückführungsRL, nach der die Mitgliedstaaten grundsätzlich „gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung“ zu erlassen haben, welche, sofern keine freiwillige Ausreise erfolgt, mit „alle[n] erforderlichen Maßnahmen“ vollstreckt werden soll.¹²³⁸ Alternativ zur vorgesehenen Rückkehrentscheidung¹²³⁹ lässt sich der illegalisierte Aufenthalt jedoch auch durch eine De-Illegalisierungsmaßnahme „beenden“. Diese Möglichkeit ist in Art. 6 Abs. 4 RückführungsRL auch explizit vorgesehen.¹²⁴⁰ Sofern die Vollstreckung einer Rückkehrentscheidung scheitert, stellt sich daher die Frage, inwieweit aus der Möglichkeit der De-Illegalisierung eine Pflicht werden kann, um das propagierte Ziel der Beendigung des illegalisierten Aufenthalts dennoch zu erreichen.¹²⁴¹

teil vom 26. Juli 2018, Nr. 63311/14, Rn. 118 ff. m.w.N. Kritisch zu De-Illegalisierungen die auf einer humanitären Logik beruhen *Kraler*, EJML 2011, S. 297-316 (313 ff.).

1237 Siehe Europäische Kommission, Eine konsequentere und wirksamere europäische Rückführungspolitik vom 12. September 2018, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-returns-policy_de.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

1238 Siehe Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 RückführungsRL.

1239 Siehe EuGH, *Zaizoune* (C-38/14), EU:C:2015:260, Rn. 31.

1240 „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. In diesem Fall wird keine Rückkehrentscheidung erlassen.“

1241 Siehe ausführlich *Hinterberger*, Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen, S. 152 ff. Für die in diesem Zusammenhang immer wieder angeführten „Pull-Effekte“, nach denen die Anzahl illegalisierter Migrant*innen zwar kurzfristig durch De-Illegalisierungen sinken würde, mittel- oder langfristig jedoch steigen könnte, da mehr Personen in der Hoffnung auf eine spätere De-Illegalisierung zunächst illegalisiert einreisen, fehlt es meist an Nachweisen, siehe *Orrenius/Zavodny*, FRB of Dallas Working Paper No. 1603 2016, S. 1-29 (21). Zu *push-* und *pull-*Faktoren im Bereich der Migrationssteuerung der EU siehe *Thielemann*, Refugee Survey Quarterly 2012, S. 21-37. Zur Frage nach einer Pflicht zur De-Illegalisierung des Aufenthalts aus familiären Gründen siehe *Rausch*, Die rechtliche Behandlung von irregulärer Migration zwi-

*Acosta Arcarazo*¹²⁴² und *Hinterberger*¹²⁴³ leiten aus dieser Systematik eine Pflicht zur aufenthaltsrechtlichen De-Illegalisierung mit dem Argument ab, dass, zumindest in den Fällen, in denen andernfalls ein längerfristiger illegalisierter Aufenthalt zu erwarten ist, die Effektivität und praktische Wirksamkeit der Vorgaben der RückführungsRL anders nicht zu gewährleisten ist. *Lutz* ist hingegen der Auffassung, dass nicht rückführbaren Personen ein Minimum an Rechten zusteht, welche in Art. 14 Abs. 1 der RückführungsRL aufgelistet sind und im Umfang bewusst hinter den Rechten aus der AufnahmeRL zurückbleiben,¹²⁴⁴ sich aus dem Unionsrecht jedoch keine Verpflichtung zur Erteilung eines Aufenthaltstitels im Falle der Nicht-Rückführbarkeit ableiten lasse.¹²⁴⁵

Auch der EuGH hat festgestellt, dass es nicht der Zweck der RückführungsRL sei, „die Voraussetzungen für den Aufenthalt illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, gegen die eine Rückkehrentscheidung nicht vollzogen werden kann oder konnte, im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu regeln“ und daher „ein Mitgliedstaat nicht verpflichtet sein kann [...] einen eigenen Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung zu erteilen“, auch wenn „keine hinreichende Aussicht auf Abschiebung mehr [...] besteh[t]“.¹²⁴⁶ Eine Pflicht zur De-Illegalisierung aufgrund faktischer Hindernisse bei der Rückführung hat der EuGH verneint.¹²⁴⁷

Auch gesundheitliche Gründe reichen nach der Auffassung des EuGH nicht für eine Pflicht zur De-Illegalisierung aus, sondern können lediglich eine aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs gegen eine Rückkehrentscheidung und die damit einhergehende Sicherung des Existenzminimums bedingen.¹²⁴⁸

Diese Feststellung des EuGH, dass faktische Abschiebehindernisse keine allgemeine De-Illegalisierungspflicht begründen können, wird jedoch zu-

schen Migrationskontrolle und Menschenrechten in der Bundesrepublik Deutschland und Europa, S. 274 ff.

1242 Siehe *Acosta Arcarazo*, CMLR 2015, S. 1361-1378 (1377 ff.).

1243 Siehe *Hinterberger*, Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen, S. 158 und 163 ff.

1244 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (30 ff.).

1245 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (46).

1246 Siehe EuGH, *Mahdi* (C-146/14 PPU), EU:C:2014:1320, Rn. 87 und 89. Die Verpflichtung, eine schriftliche Bestätigung der Situation auszustellen (Rn. 88), lässt sich schwerlich als De-Illegalisierung qualifizieren.

1247 Dabei lässt sich zumindest eine Pflicht zur Formalisierung des Aufenthalts nicht rückführbarer Personen begründen, sofern diese lediglich deklaratorischen Charakter hat, siehe *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 103.

1248 Siehe EuGH, *Abdida* (C-562/13), EU:C:2014:2453, Rn. 53 ff.

mindest in denjenigen Fällen herausgefordert, in denen die faktischen Hindernisse nicht lediglich vorübergehend, sondern dauerhaft bestehen.

Die Frage, wann eine Nicht-Rückführbarkeit als dauerhaft anzusehen ist, lässt sich kaum eindeutig beantworten. Da sich die Umstände in der Zukunft ändern können und die Nicht-Rückführbarkeit sich somit nie endgültig darstellt, schlägt *Lutz* vor, „das Fehlen einer realistischen Aussicht auf eine erfolgreiche Rückführung in der vorhersehbaren Zukunft“ ausreichen zu lassen, um von einer Nicht-Rückführbarkeit zu sprechen.¹²⁴⁹ Diese Abgrenzung sollte hinreichend konkret sein, um die konkreten Einzelfälle entsprechend qualifizieren zu können. Wenngleich, insbesondere durch die Kooperation mit Drittstaaten in Form von Rückübernahmeabkommen, versucht wird, Rückführungshindernisse abzubauen,¹²⁵⁰ existieren zweifelsfrei weiterhin Fälle von ausreisepflichtigen Personen, die nach dieser Definition als (dauerhaft) nicht abschiebbar anzusehen sind. Die Existenz dieser Personengruppe ist konzeptionell nicht vorgesehen,¹²⁵¹ deshalb verwundert es auch nicht, dass die einschlägigen Unionsdokumente nicht vorrangig das Ziel verfolgen, die Rechtstellung von nicht-rückführbaren Personen zu regeln.¹²⁵² Doch die Haltung (frei nach *Morgenstern*), dass „nicht sein kann, was nicht sein darf“¹²⁵³ stellt letztlich keinen konstruktiven Ansatz zur Lösung des Problems dar.

III. Zwischenresümee

Vor dem Hintergrund des ständigen Prozesses des Statuswandels ist eine feste Grenzziehung zwischen den binären Kategorien von „legalen“ und „illegalen“ Aufhalten abzulehnen und eine De-Illegalisierung stets zu

1249 „[T]he absence of a realistic prospect that removal can be carried out successfully within the foreseeable future“, siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (31).

1250 Zur Kooperation mit Drittstaaten im Rahmen von Externalisierungen siehe Kapitel 4 § 2 V.

1251 In ErwGr. 12 der RückführungsRL ist daher auch die Rede von „Drittstaatsangehörigen, die sich unrechtmäßig im Land aufhalten, aber *noch* nicht abgeschoben werden können.“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

1252 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (31 f.).

1253 In *Christian Morgensterns* Gedicht „Die unmögliche Tatsache“ kommt der Protagonist Palmström nach der Gesetzeslektüre zu dem Schluss, dass der eigene Tod aufgrund eines Zusammenstoßes mit einem Kraftfahrzeug lediglich ein Traum gewesen sein muss, da dies ansonsten rechtswidrig gewesen sei: „Weil, so schließt er messerscharf, nicht sein kann, was nicht sein darf.“ Siehe *Morgenstern*, *Alle Galgenlieder*, S. 83 f.

bejahen, wenn eine Stärkung der Rechtsposition erfolgt und Teilhabe- und Integrationsoptionen eröffnet werden, auch wenn der Aufenthalt weiterhin – wenn auch in geringerem Maße – als illegalisiert zu betrachten ist. Es bestehen verschiedene Kategorisierungsvorschläge für De-Illegalisierungen. Aus konzeptioneller Sicht ist insbesondere die Frage, ob eine De-Illegalisierung im Ermessen der Staaten liegt oder sich aus menschenrechtlichen Verpflichtungen ableitet, von Interesse, wobei sich auch aus der in der RückführungsRL konkretisierten Systematik des Migrationsrechts der EU eine Pflicht zu De-Illegalisierung ableiten lässt – insbesondere in Fällen der Nicht-Rückführbarkeit.

*§ 7 Die öffentliche Ordnung und Sicherheit als flächendeckende
Illegalisierungsreserve*

Die migrationsrechtlichen Voraussetzungen und Gewährleistungen divergieren in den verschiedenen Regelungsbereichen erheblich. Die Erfordernisse für einen Aufenthalt im Rahmen einer Familienzusammenführung unterscheiden sich von denen für eine Aufenthaltserlaubnis als Flüchtling oder als hochqualifizierter Arbeiter signifikant. Im Gegensatz zu den unterschiedlichen Regelungen hinsichtlich der positiven Voraussetzungen für eine Aufenthaltsgenehmigung lässt sich ein Ausschlusskriterium identifizieren, welches quer durch die aufenthaltsgewährenden Regelungen zu finden ist: Der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Wie ein roter Faden durchzieht er das Migrationsrecht und hängt damoklesschwertgleich über sämtlichen Migrationssachverhalten. Wie verfestigt der Aufenthalt einer Person auch bereits sein mag, bei einer Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit droht der Statusverlust. Aufgrund der Vielzahl unterschiedlicher Situationen, in welchen der Vorbehalt Anwendung findet, und der Vielfältigkeit der möglichen Rechtsfolgen birgt der Vorbehalt hinsichtlich der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eine beachtliche Illegalisierungsreserve. Die Verbreitung des Vorbehalts in verschiedenen Rechtsinstrumenten lässt ihn zudem flächendeckend Anwendung finden. Insbesondere erfasst er nicht nur die „klassischen“ Bereiche illegalisierter Migration, sondern er betrifft auch Migrationsbereiche, welche gewöhnlich als „legal“ bzw. nicht-irregulär qualifiziert werden, wie die Migration zu Studien- oder Forschungszwecken oder die Migration von Hochqualifizierten. So verdeutlicht er auch noch einmal die Vielfältigkeit und Vielschichtigkeit von migrationspezifischen Illegalisierungen.

I. Die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht

Im Folgenden soll zunächst die Ausgestaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht näher beleuchtet werden. Vorab ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass die unionsrechtlichen Rechtsbegriffe autonom und daher unabhängig von nationalen Konzepten gleichlautender Begrifflichkeiten zu bestimmen sind.¹²⁵⁴

Die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sind als Rechtfertigungsgründe für Einschränkungen der Grundfreiheiten im Primärrecht etabliert,¹²⁵⁵ finden sich jedoch auch an vielen Stellen im Sekundärrecht.¹²⁵⁶ Die regelmäßig mitangeführte öffentliche Gesundheit ist konzeptionell für die Konstruktion migrationspezifischer Illegalisierung weniger relevant, da diese, anders als die öffentliche Ordnung und Sicherheit,¹²⁵⁷ meist nicht im Zusammenhang mit einer individuellen Handlung der betroffenen Person steht.

Weder die öffentliche Ordnung noch die öffentliche Sicherheit sind im Unionsrecht legaldefiniert, weshalb die jeweiligen Vorgaben im innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten Bedeutung erlangen. Die nationalrechtliche Ausgestaltung hat jedoch europarechtlichen Vorgaben zu entsprechen und kann daher, trotz Beurteilungsspielraum, „nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden.“¹²⁵⁸ Da es sich um eine Ausnahme zu den Grundfreiheiten

1254 Siehe *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim u. a., Art. 36 AEUV, Rn. 17, sowie etwas ausführlicher zum Autonomiepostulat im Unionsrecht *Thym*, ZAR 2019, S. 1-7 (5), der auch auf die Notwendigkeit der Kontextualisierung des Migrationsrechts im Rahmen des weiteren Unionsrechts hinweist, um die „dogmatische[n] Rückkopplungsschleifen“ zu berücksichtigen.

1255 Siehe Art. 36 AEUV für die Warenverkehrsfreiheit, Art. 45. Abs. 3 AEUV für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 52 Abs. 1 AEUV für die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsverkehrsfreiheit (i.V.m. Art. 62 AEUV) sowie Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV für die Kapitalfreiheit.

1256 Zur Entwicklung des Konzepts der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, ausgehend von der Rechtsprechung zum Binnenmarkt und der Unionsbürgerschaft und dessen Ausdifferenzierung in den migrationsrechtlich relevanten Sekundärrechtsakten siehe *Thym*, EJML 2019, S. 166-193 (180 f.) bzw. in der deutschen Sprachfassung *Thym*, ZAR 2019, S. 1-7 (6).

1257 Exemplifiziert in Art. 27 Abs. 2 UnionsbürgerRL, wonach für eine „Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit [...] ausschließlich das persönliche Verhalten des Betroffenen ausschlaggebend sein [darf]“.

1258 Siehe EuGH, *Van Duyn / Home Office* (C-41/74), EU:C:1974:133, Rn. 18 f.

ten handelt, ist bei der Begriffsbestimmung eine enge Auslegung angezeigt.¹²⁵⁹

Für einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung fordert der EuGH, dass „außer der Störung der öffentlichen Ordnung, die jede Gesetzesverletzung darstellt, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.“¹²⁶⁰ Diese Tatbestandsbestimmung wurde zwar mit Blick auf Unionsbürger*innen und deren Angehörigen entwickelt, ist grundsätzlich aber auch bei der Auslegung anzuwenden, wenn Regelungen Drittstaatsangehörige (die keine Angehörigen von Unionsbürger*innen sind) betreffen.¹²⁶¹

Der unionsrechtliche Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sowohl den Bereich der inneren, als auch den der äußeren Sicherheit,¹²⁶² wobei „[1.] die Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie [2.] das Überleben der Bevölkerung ebenso wie [3.] die Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder [4.] eine Beeinträchtigung der militärischen Interessen die öffentliche Sicherheit berühren können“.¹²⁶³ Ergänzt wird die allgemeine Konzeption der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sicherheit teils durch eine abgestufte Qualifizierung. So werden im Rahmen des Ausweisungsschutzes der UnionsbürgerRL abhängig von der Aufenthaltsdauer der Person im Hoheitsgebiet „schwerwiegende“ oder gar „zwingende“ Gründe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gefordert,¹²⁶⁴ während beispielsweise in der HochqualifiziertenRL bloße Gründe ausreichen¹²⁶⁵ oder in der REST-RL eine

1259 Siehe EuGH, *Van Duyn / Home Office* (C-41/74), EU:C:1974:133, Rn. 18 f.

1260 Siehe EuGH, *Bouchereau*, (Rs. 30/77), EU:C:1977:172, Rn. 33/35. Das Erfordernis, dass ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt sein muss findet sich auch in Art. 27 Abs. 2 UnionsbürgerRL und ErwGr. 27 Schengener Grenzkodex, der auf die ständige Rechtsprechung des EuGH verweist.

1261 Siehe EuGH, *E.P.* (C-380/18), EU:C:2019:1071, Rn. 30 f. Dies gilt jedoch nur grundsätzlich. Der Wortlaut, die Zielbestimmung und der Kontext einer Regelung können zu einer abweichenden Begriffsbestimmung führen, siehe Rn. 33 zur abweichenden Auslegung des Begriffs im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. e Schengener Grenzkodex.

1262 Siehe statt vieler nur EuGH, *Richardt* (C-367/89), EU:C:1991:376, Rn. 22 und *Tsakouridis* (C-145/09), EU:C:2010:708, Rn. 43 m.w.N.

1263 Siehe *Tsakouridis* (C-145/09), EU:C:2010:708, Rn. 44 m.w.N.

1264 Siehe Art. 28 Abs. 1 bis 3 UnionsbürgerRL; zur Qualifizierung außerdem ausführlich EuGH, *Tsakouridis* (C-145/09), EU:C:2010:708, Rn. 22 ff.

1265 Siehe Art. 9 Abs. 3 lit. a HochqualifiziertenRL.

„Bedrohung“ ausreicht.¹²⁶⁶ Grundsätzlich gilt zudem, dass ökonomische Erwägungen im Rahmen der Entscheidung über restriktive Maßnahmen aufgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nicht zulässig sind.¹²⁶⁷

In seiner jüngeren Rechtsprechung entwickelte der EuGH eine großzügigere Auslegung, welche den Mitgliedstaaten weitergehende Beurteilungsspielräume eröffnete. So sah der EuGH es für möglich an, auch den bandenmäßigen Drogenhandel zu erfassen, freilich abhängig von seiner Intensität,¹²⁶⁸ womit die Unterscheidung von öffentlicher Sicherheit und öffentlicher Ordnung an Trennschärfe zu verlieren droht und eine Erweiterung des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten nahegelegt wird.¹²⁶⁹ Außerdem wurde in *P.I.* der sexuelle Missbrauch von Kindern ohne Einbindung in eine Bande oder sonstige kriminelle Strukturen als Möglichkeit der Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit anerkannt und der Maßstab für die „besonders schwere Beeinträchtigung eines grundlegenden gesellschaftlichen Interesses“ im Rahmen der öffentlichen Sicherheit dahingehend ausgelegt, dass es ausreicht, dass „die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung“ unmittelbar bedroht werden könnte.¹²⁷⁰ Diese erweiterte Begriffsauslegung lässt sich dahingehend deuten, dass schwerwiegende Vergehen nicht (mehr/bloß) als individuelle Taten gegen einzelne Personen angesehen werden, sondern als Unrecht gegenüber der Gesellschaft als solcher und deren Werte.¹²⁷¹

1266 Siehe Art. 7 Abs. 6 REST-RL. Teils finden sich zudem im Sekundärrecht punktuelle Konkretisierungen. In Art. 6 Abs. 2 Familienzusammenführungs-RL wird beispielsweise darauf hingewiesen, dass bei der Beurteilung die Schwere und Art des begangenen Verstoßes sowie die von der Person ausgehende Gefahr berücksichtigt werden müssen. Art. 6 Abs. 1 Daueraufenthalts-RL verpflichtet dazu, der Aufenthaltsdauer und den bestehenden Bindungen im Aufnahmestaat Rechnung zu tragen.

1267 Siehe Art. 6 Abs. 2 DaueraufenthaltsRL oder Art. 27 Abs. 1 UnionsbürgerRL.

1268 Siehe *Tsakouridis* (C-145/09), EU:C:2010:708, Rn. 45 ff., da „die Rauschgiftsucht ein großes Übel für den Einzelnen und eine soziale und wirtschaftliche Gefahr für die Menschheit ist“.

1269 Siehe *Steblik*, *International and Comparative Law Review* 2017, S. 127-142 (132).

1270 Siehe EuGH, *P. I.* (C-348/09), EU:C:2012:300, Rn. 17 ff. und 28.

1271 Siehe *Coutts*, *CMLR* 2015, S. 531-545 (539 ff.), der die Schlussfolgerung insbesondere auch auf die Entscheidung EuGH, *Onuekwere* (C-378/12), EU:C:2014:13 stützt, in der es um die Frage der Anrechnung von Zeiten in Strafhafte für die Erlangung eines Daueraufenthaltstitels ging und in welcher der EuGH das Kriterium der Integration im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft betonte.

Wenngleich die jüngere Rechtsprechung nicht frei von Kritik geblieben ist,¹²⁷² kann die allgemeine Rechtsprechung im Bereich der Grundfreiheit und Unionsbürgerschaft als einigermaßen gesichert angesehen werden, so dass sich die Frage stellt, inwieweit sich diese auch auf die migrationsrechtlichen Regelungen im Unionsrecht übertragen lässt.¹²⁷³ Hierbei ist mangels umfangreicher Rechtsprechung zu dieser Frage insbesondere die Entscheidung *Fahimian*¹²⁷⁴ von Bedeutung.¹²⁷⁵

Der EuGH bestätigt in *Fahimian* die Unterscheidung zwischen Binnenmigration und der Migration aus Drittstaaten dahingehend, dass Ausnahmen und Einschränkungen im Rahmen der Binnenmigration eng auszulegen sind, während im Bereich der Migration aus Drittstaaten ein weiterer Auslegungsspielraum besteht und kontextspezifische Erwägungen berücksichtigt werden dürfen.¹²⁷⁶ Der EuGH betont, dass „bei der Auslegung einer Unionsvorschrift nicht nur deren Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen [sind], die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden“.¹²⁷⁷ Dementsprechend können die Mit-

1272 Siehe *Azoulai/Coutts*, CMLR 2013, S. 553-570; *Kochenov/Pirker*, Columbia Journal of European Law 2013, S. 369-390, und *Kostakopoulou-Dochery/Ferreira*, Columbia Journal of European Law 2014, S. 167-191, die jeweils die Grundkonzeption der Unionsbürgerschaft durch die neuere Rechtsprechung gefährdet sehen.

1273 Grundsätzlich sieht der EuGH dies als möglich an, wie sich aus EuGH, *Zh. und O.* (C-554/13), EU:C:2015:377, Rn. 48 ergibt, in welcher er bei der Auslegung im Rahmen der RückführungsRL auf die Rechtsprechung zur UnionsbürgerRL in EuGH, *Gaydarov* (C-430/10), EU:C:2011:749, Rn. 32 verweist.

1274 EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255.

1275 Siehe *Stehlik*, International and Comparative Law Review 2017, S. 127-142 (131 f.), der die Anwendung im Rahmen der RückführungsRL leider nicht anspricht. Die relativ knapp gehaltenen Ausführungen in EuGH, *López Pastuzano* (C-636/16), EU:C:2017:949, Rn. 26 ff. beschränken sich im Wesentlichen darauf, dass eine Einzelfallprüfung notwendig ist und in diesem Rahmen die in Art. 12 Abs. 3 UnionsbürgerRL aufgezählten Kriterien zu berücksichtigen sind. Da sich die Vorgaben zum Ausweisungsschutz gem. ErwGr. 16 UnionsbürgerRL an Kriterien aus der Rechtsprechung des EGMR orientieren und nicht an der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, trägt das Urteil der kleinen Kammer nicht zur Klärung bei, siehe *Thym*, EJML 2019, S. 166-193 (181), bzw. in der deutschen Sprachfassung *Thym*, ZAR 2019, S. 1-7 (6); zur Rechtsprechung des EGMR im Rahmen von Art. 12 Abs. 3 UnionsbürgerRL siehe *Thym*, in: Hailbronner/Thym, Long Term Residents Directive 2003/109/EC, Art. 12, Rn. 10 f.

1276 Siehe *Stehlik*, International and Comparative Law Review 2017, S. 127-142 (137).

1277 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 30.

gliedstaaten keine zusätzlichen Bedingungen einführen, welche über die sekundärrechtlichen Vorgaben hinausgehen, sie haben jedoch einen Beurteilungsspielraum bei der Feststellung einer Bedrohung für die öffentliche Sicherheit.¹²⁷⁸

Für die Konstruktion migrationspezifischer Illegalisierungen besonders relevant sind die darauf folgenden Ausführungen des EuGH, in welchen dieser die kontextuellen Unterschiede hinsichtlich der Einschränkungsmöglichkeiten aufgrund der öffentlichen Sicherheit zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen hervorhebt. Das Regelungsregime bei Unionsbürger*innen sieht vor, dass „bei einer zum Schutz der öffentlichen Sicherheit getroffenen Maßnahme ausschließlich das persönliche Verhalten des Betroffenen ausschlaggebend sein darf und dieses Verhalten eine „tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche“ Gefahr für dieses Grundinteresse der Gesellschaft darstellen muss“, während im Fall der Ablehnung eines Drittstaatsangehörigen eine „potenzielle Gefahr für die öffentliche Sicherheit“ ausreicht, wobei die Beurteilung sich zumindest auf Tatsachen stützen muss.¹²⁷⁹

Diese Gefahrenprognose erfordert „eine Gesamtbetrachtung aller seine Situation kennzeichnenden Umstände“, welche mit „komplexen Bewertungen verbunden sein [kann]“, wobei „die zuständigen nationalen Behörden über einen weiten Beurteilungsspielraum [verfügen]“.¹²⁸⁰ Als mögliche Beurteilungskriterien nennt der EuGH die „Persönlichkeit des Antragstellers, seine Integration in dem Land, in dem er lebt, die politische, soziale und wirtschaftliche Lage dieses Landes“ sowie die Möglichkeit, dass „die von diesem Antragsteller während seines Studiums erworbenen Fähigkeiten später in seinem Herkunftsland zu die öffentliche Sicherheit beeinträchtigenden Zwecken eingesetzt werden können.“¹²⁸¹ Ergänzend zu den vielfältigen Beurteilungskriterien und dem weiten Beurteilungsspielraum „ist die gerichtliche Kontrolle der Beurteilung auf die Prüfung offenkundiger Fehler beschränkt“ und hat sich zudem „insbesondere auf die Wahrung der Verfahrensgarantien“ zu beziehen.¹²⁸²

Diesen Ansatz bestätigte der EuGH jüngst in *E.P.* Dabei konkretisierte er den modifizierten Gefahrenbegriff bei Art. 6 Abs. 1 lit. e Schengener Grenzkodex dahingehend, dass „übereinstimmende, objektive und eindeu-

1278 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 36 f.

1279 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 40.

1280 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 41 ff.

1281 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 41.

1282 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 46.

tige Indizien“ notwendig sind, um einen Verdacht darauf stützen zu können.¹²⁸³ Außerdem hatte der EuGH darauf hingewiesen, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet, dass die Straftat, „deren Begehung der betreffende Drittstaatsangehörige verdächtig ist, angesichts ihrer Art und der drohenden Strafe eine hinreichende Schwere aufweisen muss, um die sofortige Beendigung seines Aufenthalts im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu rechtfertigen.“¹²⁸⁴

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Anknüpfungspunkte bzw. die Tatbestandmerkmale der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht einigermaßen einheitlich sind, die kontextabhängigen Ausgestaltungen sich jedoch stark unterscheiden.¹²⁸⁵ Während die Qualifizierungen für Sachverhalte innerhalb der Union hohen Voraussetzungen unterliegen und zudem die entsprechende Auslegung sehr eng ausfällt,¹²⁸⁶ wird in den Regelungen, die Drittstaatsangehörige betreffen, ein geringerer Qualifikationsmaßstab angesetzt und zudem ein sehr weiter Beurteilungsspielraum zugestanden.

Daran zeigt sich nicht nur eine weitere Ausprägung der beschriebenen Grundprogrammierung des Migrationsrechts, welche zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen differenziert,¹²⁸⁷ auch die unterschiedlichen Perspektiven¹²⁸⁸ treten hier deutlich hervor. Während die entwicklungsleitende Perspektive bei den Regelungen der Grundfreiheiten und der Unionsbürgerschaft auf das Ziel der Europäischen Integration gerichtet ist und somit dem Grunde nach altruistisch, sind die Zulassungsregelungen von Drittstaatsangehörigen von einer ökonomischen Betrachtungsweise geprägt.

Neben dieser konzeptionellen Analyse ist es im Hinblick auf die Konstruktion migrationspezifischer Illegalisierung interessant, wie vielfältig

1283 Siehe EuGH, *E.P.* (C-380/18), EU:C:2019:1071, Rn. 49.

1284 Siehe EuGH, *E.P.* (C-380/18), EU:C:2019:1071, Rn. 47 f.

1285 Siehe auch *Thym*, ZAR 2019, S. 1-7 (6), der von einer „kontextspezifischen Ausdifferenzierung“ spricht und dies anhand der EuGH-Rechtsprechung zu den einschlägigen Sekundärrechtsakten belegt.

1286 Dies gilt auch für die Regelungen und Auslegung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Rahmen des EWR-Abkommens, des Assoziierungsabkommens mit der Türkei und des CETA Abkommens, welche insoweit den Regelungen des Binnenmarkts und der Unionsbürgerschaft näher sind, als den allgemeinen Regelungen in Bezug auf Drittstaatsangehörige, siehe *Stehlík*, *International and Comparative Law Review* 2017, S. 127-142 (138 ff.).

1287 Siehe Kapitel 3 § 1 III.

1288 Zu den im Rahmen der Arbeit entwickelten Perspektiven als struktur- und stringenzverleihende Charakteristika der Untersuchung Kapitel 2 § 4 II. 2.

und weit verbreitet der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im unionsrechtlichen Migrationsrecht ist. Dies soll im Folgenden anhand eines Überblicks über die verschiedenen migrationsrechtlich relevanten Regelungen verdeutlicht werden.

II. Zugangs- und aufenthaltsbezogene Einschränkungsmöglichkeiten

In nahezu allen Rechtsinstrumenten, welche spezielle Zugangs- und Aufenthaltsmöglichkeiten regulieren, findet sich ein Vorbehalt hinsichtlich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Bei der Prüfung eines Visumsantrags ist zu prüfen, ob die Person eine Gefahr für die Sicherheit der Mitgliedstaaten darstellt, und gegebenenfalls das Visum zu Verweigern.¹²⁸⁹ Von der Erfüllung dieser Voraussetzung für die Einreise hängt später auch die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts ab.¹²⁹⁰

Die Zulassung und der Entzug bzw. die Nichtverlängerung der Blauen Karte stehen für Hochqualifizierte unter dem Vorbehalt, dass diese keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen dürfen.¹²⁹¹ Gleiches gilt für den Ausschluss bei langfristig Aufenthaltsberechtigten.¹²⁹² Auch die FamilienzusammenführungsRL sieht die Möglichkeit vor, eine Bewerbung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit abzulehnen oder den Aufenthaltstitel eines Familienangehörigen zu entziehen bzw. nicht zu verlängern.¹²⁹³ Der umfassende Vorbehalt betrifft auch Saisonarbeiter*innen. Werden diese als Bedrohung für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit angesehen, muss ihnen die Zulassung verweigert werden.¹²⁹⁴

Der Aufenthaltstitel von Drittstaatsangehörigen, welche bei der Bekämpfung von Menschenhandel und illegalisierter Einwanderung kooperieren, kann aus Gründen der öffentlichen Ordnung und dem Schutz der inneren Sicherheit nicht erteilt, nicht verlängert oder entzogen werden¹²⁹⁵ Sofern Drittstaatsangehörige als Bedrohung für die öffentliche Ordnung,

1289 Art. 21 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 lit. a vi) Visakodex.

1290 Siehe EuGH, *E.P.* (C-380/18), EU:C:2019:1071, Rn. 24 ff.

1291 Siehe Art. 5 Abs. 1 lit. f und Art. 9 Abs. 3 lit. a HochqualifiziertenRL.

1292 Siehe Art. 6 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 DaueraufenthaltsRL.

1293 Art. 6 Abs. 1 und 2 FamilienzusammenführungsRL.

1294 Art. 6 Abs. 4 SaisonarbeiterRL.

1295 Art. Abs. 2 und Art. 14 lit. c MenschenhandelsopferRL.

Sicherheit oder Gesundheit angesehen werden, ist auch eine Zulassung als unternehmensinterner Transfer ausgeschlossen.¹²⁹⁶

Wie bereits in der allgemeinen Analyse ausgeführt, steht auch die Zulassung von Studierenden und Forschenden unter dem Vorbehalt, dass diese nicht als Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit angesehen werden dürfen.¹²⁹⁷ Dementsprechend können Aufenthaltstitel oder deren Verlängerung verweigert¹²⁹⁸ und Mobilitätsrechte eingeschränkt werden.¹²⁹⁹

Die Rechtsstellung als Flüchtling kann aberkannt, beendet oder die Verlängerung abgelehnt werden, wenn es stichhaltige Gründe für die Annahme gibt, dass die Person eine Gefahr für die Sicherheit des Mitgliedstaats darstellt.¹³⁰⁰ Gleiches gilt für subsidiär Schutzberechtigte.¹³⁰¹ Auch die GFK sieht einen entsprechenden Vorbehalt vor. Ein sich rechtmäßig aufhaltender Flüchtling kann nach Art. 32 Abs. 1 GFK nur aus Gründen der Staatssicherheit und der öffentlichen Ordnung ausgewiesen werden. Selbst das Refoulement-Verbot wird für Flüchtlinge ausgesetzt, die als eine Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmestaates angesehen werden oder aufgrund eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden sind und daher als Bedrohung für die Gemeinschaft angesehen werden.¹³⁰²

III. Weitere gerechtfertigte Einschränkungen

Die öffentliche Ordnung und Sicherheit dient jedoch nicht nur als Rechtfertigung für aufenthaltsbezogene Einschränkungen, sondern eröffnet auch eine Vielzahl an weiteren Einschränkungen in anderen Bereichen, welche ebenfalls zumindest überblicksartig dargestellt werden sollen, um deren Vielfältigkeit zu verdeutlichen.¹³⁰³

1296 Art. 6 Abs. 8 ICT-RL.

1297 Siehe Art. 7 Abs. 6 REST-RL.

1298 Art. 21 Abs. 4 REST-RL.

1299 Siehe Art. 28 Abs. 8, Art. 29 Abs. 4 und Art. 31 Abs. 8 REST-RL.

1300 Art. 14 Abs. 4 lit. a QualifikationsRL.

1301 Art. 17 Abs. 1 lit. d QualifikationsRL.

1302 Art. 33 Abs. 2 GFK, europarechtlich aufgegriffen in Art. 21 Abs. 2 lit. a QualifikationsRL.

1303 Für Details zu den einzelnen Regelungen siehe die entsprechenden Kommentierung in *Hailbronner/Thym*.

1. Haft und Haftbedingungen

Die Inhaftnahme einer Person, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, kann aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden.¹³⁰⁴ Gleiches gilt für die Zugangsverweigerung für Familienangehörige, Rechtsbeistand oder Mitglieder von Nichtregierungsorganisationen zu Inhaftierten.¹³⁰⁵

2. Einschränkungen des Rechts auf Gleichbehandlung

Die im Gleichbehandlungsgebot von Arbeiter*innen aus Drittstaaten verankerte Vereinigungsfreiheit steht unter dem Vorbehalt nationaler Bestimmungen über die öffentliche Ordnung und Sicherheit.¹³⁰⁶ Gleiches gilt für das Streikrecht und die Vereinigungsfreiheit von Saisonarbeiter*innen¹³⁰⁷ sowie für das Gleichbehandlungsgebot in der HochqualifiziertenRL.¹³⁰⁸

3. Beschleunigte Verfahren und Grenzverfahren

Die begründete Annahme einer Gefahr für die nationale Sicherheit oder die öffentliche Ordnung eröffnet die Möglichkeit, ein beschleunigtes Verfahren oder ein Verfahren bereits an der Grenze durchzuführen.¹³⁰⁹ Das gilt auch für unbegleitete Minderjährige.¹³¹⁰

4. Verweigerung der Ausstellung von Reisedokumenten

Auch die Ausstellung von Reiseausweisen kann anerkannten Flüchtlingen verweigert werden, wenn zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung dem entgegenstehen.¹³¹¹

1304 Art. 8 Abs. 3 lit. e AufnahmeRL.

1305 Art. 10 Abs. 4 AufnahmeRL.

1306 Siehe Art. 12 Abs. 1 lit. b Kombinierte-ErlaubnisRL.

1307 Siehe Art. 23 Abs. 1 lit. b SaisonarbeiterRL.

1308 Siehe Art. 14 Abs. 1 lit. b HochqualifiziertenRL.

1309 Art. 31 Abs. 8 lit. j VerfahrensRL.

1310 Art. 25 Abs. 6 lit. a iii) VerfahrensRL.

1311 Art. 25 Abs. 1 QualifikationsRL.

5. Verweigerung der Frist zur freiwilligen Ausreise und Verlängerung des Einreiseverbotes

Ebenso steht die Gewährung einer Frist zur freiwilligen Ausreise unter dem Vorbehalt einer Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit.¹³¹² Ferner kann ein Einreiseverbot bei einer schwerwiegenden Gefahr auf über fünf Jahre verlängert werden.¹³¹³

6. Verweigerung der Entscheidungsbegründung

Die Begründungen für Rückkehrentscheidungen sowie Entscheidungen über ein Einreiseverbot oder eine Abschiebung können ebenfalls eingeschränkt werden.¹³¹⁴

7. Außerbetrachtung anderweitiger Aufenthaltstitel

Sofern Personen sich illegalisiert in einem Mitgliedstaat aufhalten, jedoch in einem anderen Mitgliedstaat einen gültigen Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung haben, ist grundsätzlich keine Rückkehrentscheidung zu treffen, sondern die Rückkehr in diesen Mitgliedstaat anzuordnen. Dies gilt wiederum nicht, wenn die sofortige Ausreise des Drittstaatsangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit geboten ist.¹³¹⁵

8. Ausschreibung zur Einreise- oder Aufenthaltsverweigerung im SIS

Die Ausschreibung zur Einreise- oder Aufenthaltsverweigerung im SIS II erfolgt, wenn dies auf eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit gestützt wird,¹³¹⁶ wobei in diesen Fäl-

1312 Art. 7 Abs. 4 RückführungsRL.

1313 Art. 11 Abs. 2 RückführungsRL.

1314 Art. 12 Abs. 1 RückführungsRL.

1315 Art. 6 Abs. 2 RückführungsRL.

1316 Art. 24 Abs. 2 SIS-II VO.

len zudem auch das Informationsrecht der Betroffenen eingeschränkt werden kann.¹³¹⁷

9. Einreiseverbote über die 5-Jahresbeschränkung hinaus

Während Einreiseverbote gewöhnlich auf eine maximale Dauer von fünf Jahren beschränkt sind, kann diese Befristung überschritten werden, sofern „der Drittstaatsangehörige eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt“.¹³¹⁸ Eine zeitliche Obergrenze für ein Einreiseverbot besteht in diesen Fällen nicht, die Mitgliedstaaten sind lediglich zu einer Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angehalten.¹³¹⁹

10. Verfahrensschutz bei Ausweisung

Schließlich können auch die verfahrensrechtlichen Schutzvorschriften bei Ausweisungen von Ausländern aus Art. 1 ZP VII EMRK gem. Abs. 2 unbeachtet bleiben, wenn dies im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist oder die Ausweisung aus Gründen der nationalen Sicherheit erfolgt.

IV. Zwischenresümee

Der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit findet sich quer durch die aufenthaltsgewährenden Rechtsakte der EU und rechtfertigt nicht nur die Nicht-Gewährung, die Nicht-Verlängerung oder den Entzug von Aufenthaltstiteln, sondern darüber hinaus eine Vielzahl an weiteren Einschränkungen. Die zwischenzeitlich etablierte, grundsätzliche Ausgestaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht differenziert in der Anwendung nach Unionsbürger*innen und Drittstaatsan-

1317 Art. 42 Abs. 2 lit. c SIS-II VO.

1318 Siehe Art. 11 Abs. 2 RückführungsRL sowie die Ausführungen zu den Einreiseverboten in Kapitel 4 § 8.

1319 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 11, Rn. 13 f.

gehörigen und bringt damit gleichermaßen die Grundprogrammierung als auch die verschiedenen entwicklungsleitenden Perspektiven zum Ausdruck. Sie ist daher als horizontales Querschnittsinstrument für die Konstruktion illegalisierter Migration im Unionsrecht gleichermaßen bedeutsam wie aufschlussreich.

§ 8 Perpetuierung der Illegalisierungen durch Einreiseverbote

Die migrationspezifische Illegalisierung einer Person endet nicht immer mit deren Ausreise oder Rückführung. Die Phasen der Illegalisierung im chronologischen Ablauf eines Migrationszyklus lassen sich grob unterteilen in 1. Grenzübertritt, 2. Aufenthalt und 3. Ausreise/Rückführung.¹³²⁰ Eine umfassende Analyse der Illegalitätskonstruktion auf EU-Ebene endet jedoch, auch aus migrantischer Sicht, nicht mit der Rückführung einer Person. Die RückführungsRL sieht in Art. 11 die Möglichkeit vor, mit der Rückkehrentscheidung ein Einreiseverbot zu verhängen¹³²¹ und somit den Illegalisierungskontext zeitlich über den Zeitpunkt der Rückkehr zu erstrecken. Die einheitliche Regelung der Einreiseverbote auf EU-Ebene war zunächst aufgrund der divergierenden nationalen Praktiken in Bezug auf Einreiseverbote umstritten; sie soll einerseits die Glaubwürdigkeit des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems fördern, andererseits Anreize für eine „freiwillige“ Rückkehr schaffen.¹³²²

Ein Einreiseverbot erstreckt sich entsprechend der Legaldefinition in Art. 3 Nr. 6 der RückführungsRL auf „das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten“, womit einerseits klargestellt ist, dass die Hoheitsgebiete sämtlicher Staaten¹³²³ umfasst sind, andererseits, dass rein nationale Einreiseverbote

1320 Siehe *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU*, S. 15 ff., die zwischen Aufenthalt und Ausreise zusätzlich noch eine Phase der Abhängigkeit beschreibt.

1321 Art. 3 Nr. 6 der RückführungsRL definiert ein Einreiseverbot als „die behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme, mit der die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und der dortige Aufenthalt für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird und die mit einer Rückkehrentscheidung einhergeht.“

1322 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, *Return Directive 2008/115/EC*, Art. 11, Rn. 1.

1323 Dies umfasst selbstverständlich nur diejenigen Staaten, die an die RückführungsRL gebunden sind. Von den EU-Mitgliedstaaten ist Irland ausgenommen (ebenso das Vereinigte Königreich bis zu dessen Austritt aus der EU). In Island, Liechtenstein, Norwegen und der Schweiz ist sie hingegen (eingeschränkt) anwendbar.

grundsätzlich nicht möglich sind, wobei die Regelungen im Rahmen der RückführungsRL sich nur auf migrationspezifische Einreiseverbote beziehen und die Regelungen zu Einreiseverboten zu anderen Zwecken daher nicht berühren.¹³²⁴ Ein Einreiseverbot geht mit einer Rückkehrentscheidung zwingend einher, sofern keine Frist für eine freiwillige Ausreise eingeräumt oder falls der Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen wurde, andernfalls ist ein Einreiseverbot im Rahmen einer Rückkehrentscheidung nicht obligatorisch.¹³²⁵ In vielen Mitgliedstaaten wird jedoch bei jeder Rückkehrentscheidung automatisch immer auch ein Einreiseverbot verhängt.¹³²⁶ Sofern ein Mitgliedstaat trotz eines bestehenden Einreiseverbots eines anderen Mitgliedstaats einen Aufenthalt gewähren möchte, muss er zunächst den Mitgliedstaat, der das Einreiseverbot verhängt hat, konsultieren.¹³²⁷ Die Dauer eines Einreiseverbots ist einzelfallabhängig festzusetzen und auf maximal fünf Jahre beschränkt, sofern die Person nicht eine „schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit“ darstellt.¹³²⁸ Zeitlich unbeschränkte Einreiseverbote sind somit nicht möglich, wobei die Fünfjahresbegrenzung auch dann gilt, wenn kein entsprechender Befristungsantrag gestellt wurde, sofern ein solcher Antrag in der nationalrechtlichen Ausgestaltung vorgesehen ist.¹³²⁹ Ferner hat der EuGH zwischenzeitlich klargestellt, dass die Fünfjahresfrist erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, zu dem die betroffene Person das Gebiet der EU-Mitgliedstaaten verlassen hat.¹³³⁰

Um die tatsächlichen Auswirkungen von Einreiseverboten besser nachvollziehen zu können, ist es hilfreich, zwei verschiedene Konstellationen

1324 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 11, Rn. 5 f.

1325 Siehe Art. 11 Abs. 1 RückführungsRL.

1326 Siehe Europäische Kommission, Evaluation on the application of the Return Directive (2008/115/EC): DR-02-13-466-EN-N vom 22 Oktober 2013, S. 165. Lediglich in Frankreich, Slowenien und Litauen erfolgte demnach eine einzel-fallbezogene Entscheidung über Einreiseverbote. Siehe außerdem *Boeles*, in: *Zwaan* (Hrsg.), The Returns Directive, S. 39-46 (41 ff.), der sich gegen eine automatisierte Erteilung von Einreiseverboten ausspricht und für eine Einzelfallentscheidung plädiert.

1327 Siehe Art. 11 Abs. 4 RückführungsRL.

1328 Siehe Art. 11 Abs. 2 RückführungsRL.

1329 Siehe zur bis zum 31.7.2015 geltenden deutschen Regelung nach § 11 AufenthG, EuGH, *Filev und Osmani* (C-297/12), EU:C:2013:569, insbesondere Rn. 27 und 34.

1330 Siehe EuGH, *Oubrami* (C-225/16), EU:C:2017:590, Rn. 58.

zu betrachten: (1.) Die geplante Wiedereinreise, um einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen, und (2.) die geplante Wiedereinreise zu anderen Aufenthaltswzwecken.

I. Wiedereinreise zur Schutzantragstellung

Zunächst soll die Frage in den Blick genommen werden, wie sich ein bestehendes Einreiseverbot zu einer erneuten Einreise zur Schutzantragstellung verhält. Mit einer erfreulichen Eindeutigkeit stellt Art. 11 Abs. 4 der RückführungsRL klar, dass ein Einreiseverbot einen Antrag auf internationalen Schutz nicht berührt. Somit beschränkt sich das Einreiseverbot in diesen Fällen tatsächlich auf die Einreise und hat keine weiterreichenden Auswirkungen auf einen möglichen Aufenthalt. In Anbetracht des Mangels an „nicht-illegalisierten“ Einreisemöglichkeiten in vielen Fällen dürfte die zusätzliche Illegalisierung der Einreise durch ein Einreiseverbot im Rahmen des der Migrationsentscheidung zugrundeliegenden Motivbündels daher oftmals nicht zusätzlich ins Gewicht fallen, sofern das Ziel der illegalisierten Einreise das Stellen eines Schutzgesuches ist. Ferner steht es den Mitgliedstaaten offen, in Einzelfällen ein Einreiseverbot auszusetzen oder aufzuheben, wobei humanitäre Gründe als Anlass hierfür explizit genannt werden.¹³³¹ In diesen Konstellationen sind die praktischen Auswirkungen von Einreiseverboten somit wohl eher beschränkt und die Regelung ist im Rahmen dieser Untersuchung primär als normatives Konstruktionselement von Interesse.

II. Strafrechtliche Sanktionierbarkeit und crimmigration

Die beschränkte Wirkung eines zusätzlichen Verbots der in den meisten Fällen ohnehin schon illegalisierten Einreise kommt auch in Erwägungsgrund 14 der RückführungsRL zum Ausdruck, der die Berücksichtigung einer Einreise trotz eines Einreiseverbots bei der Festsetzung der Dauer eines Einreiseverbots vorsieht, und somit verdeutlicht, dass die tatsächliche Wirkung eines Einreiseverbotes oftmals hinter der normativen Erwartung zurückbleibt.

Daher stellt sich die Frage, inwieweit es den Staaten möglich ist, Verstöße gegen Einreiseverbote mit weitergehenden strafrechtlichen Sanktionen

¹³³¹ Siehe Art. 11 Abs. 3. RückführungsRL.

zu belegen, um deren ansonsten beschränkte Wirkung in den Fällen zu verstärken, in denen die Wiedereinreise mit dem Ziel erfolgt, einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen. Während die RückführungsRL selbst die Möglichkeit einer strafrechtlichen Sanktionierung grundsätzlich offen lässt, setzt die Rechtsprechung des EuGH einer solchen klare Grenzen.¹³³² Entsprechend der wiederholten Festlegung in der RückführungsRL selbst¹³³³ muss zunächst der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sämtlicher Maßnahmen berücksichtigt werden.¹³³⁴ Ferner dürfen strafrechtliche Mittel nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH nicht den Zielen der Richtlinie zuwiderlaufen und somit deren praktische Wirksamkeit gefährden,¹³³⁵ sie sind jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen.¹³³⁶ Auch die Europäische Kommission bestätigt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, auf Verstöße gegen Einreiseverbote mit strafrechtlichen Sanktionen zu reagieren.¹³³⁷ Erfolgt die Wiedereinreise trotz bestehendem Einreiseverbot zur Schutzantragstellung, beschränkt sich die Wirkung insofern hauptsächlich auf eine strafrechtliche Sanktion, während Einreise und Aufenthalt faktisch weitgehend unberührt bleiben. Die strafrechtliche Sanktionierung des Verstoßes gegen ein migrationsrechtlich normiertes (Einreise-)Verbot verdeutlicht die unter dem Stichwort *crimmigration* diskutierte, zunehmende Verflechtung von Straf- und Migrationsrecht.¹³³⁸

1332 Siehe *Waasdorp/Pabladsingb*, BJCLCJ 2017, S. 247 (249 und 255).

1333 Siehe ErwGr. 13 und 16, sowie die Regelungen zur Inhaftierung in Art. 15 ff. RückführungsRL.

1334 Siehe EuGH, *El Dridi* (C-61/11 PPU), EU:C:2011:268, Rn. 41.

1335 Siehe EuGH, *Sagor* (C-430/11), EU:C:2012:777, Rn. 32 m.w.N.

1336 Siehe EuGH, *Skerdjan Celaj* (C-290/14), EU:C:2015:640, Rn. 25.

1337 Siehe Europäische Kommission, Anhang der Empfehlung der Kommission für ein gemeinsames „Rückkehr-Handbuch“, das von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung rückkehrbezogener Aufgaben heranzuziehen sein soll C(2017) 6505 final, Punkt 11.7, S. 63 f.

1338 Einführend zu *crimmigration* siehe *Marin/Spenna*, EJML 2016, S. 147-156, und *Cholewinski/Ryszard*, in: *Baldaccini/Guild/Toner* (Hrsg.), *Whose Freedom, Security and Justice?*, S. 301-336; ausführlicher im Kontext von Einreiseverboten auf Unionsebene *Waasdorp/Pabladsingb*, BJCLCJ 2017, S. 247; ferner *Stumpf*, *American University Law Review* 2006, S. 367-419 (379 f.), als wohl prominenteste Vertreterin, die die Vermischung von Strafrecht und Migrationsrecht gleichermaßen als seltsam wie auch seltsam unscheinbar bezeichnet, da es sich einerseits um „entfernte Verwandte“ handle, welche unterschiedliche Regelungsinhalte umfassen und auch historisch unterschiedliche Verbindungen eingegangen sind. Gleichwohl sei ihnen gemein, dass beide sich von anderen Rechtsgebieten dahingehend unterscheiden, dass sie öffentlich-rechtliche Inklusions- und Exklusionssysteme regeln und somit gleichermaßen darauf ausgelegt sind,

III. Wiedereinreise zu anderen Zwecken

Die Bedeutung von Einreiseverboten in den Fällen, in denen die Einreise nicht auf eine Schutzantragstellung zielt, ist wesentlich umfassender. Die Ausnahmeregelung aus Art. 11 Abs. 4 RückführungsRL bezieht sich nur auf den Fall, dass die erneute Einreise zur Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz erfolgt. Somit erstreckt sich die Perpetuierung der Illegalisierung durch Einreiseverbote in allen anderen Fällen sowohl normativ als auch faktisch auf Einreise und Aufenthalt.

Die für andere Aufenthaltsw Zwecke¹³³⁹ grundsätzlich offenstehenden „nicht-illegalisierten“ Einreisemöglichkeiten werden somit durch Einreiseverbote versperrt. Zukünftig sollen Einreiseverbote außerdem zwingend im SIS hinterlegt werden, um eine wirksame Durchsetzung der Einreiseverbote im gesamten Schengen-Raum zu gewährleisten.¹³⁴⁰ Im Falle einer Einreise trotz bestehenden Einreiseverbots, steht die illegalisierte Einreise der Erlangung eines „nicht-illegalisierten“ Aufenthalts entgegen.¹³⁴¹

Wenngleich bei bestehenden Einreiseverboten also grundsätzlich „nicht-illegalisierte“ Einreisen und Aufenthalte ausgeschlossen sind, sind in engen Grenzen Ausnahmen vorzusehen. So hatte der EuGH 2018 über die Vorlagefrage eines belgischen Gerichts zu entscheiden, inwieweit bestehende Einreiseverbote dem Recht auf Familienzusammenführung entgegenstehen können.¹³⁴² In den Verfahren ging es um Unionsbürger*innen, die nie von ihrem Freizügigkeitsrecht in der Union Gebrauch gemacht hatten¹³⁴³ und einen Antrag auf Familienzusammenführung mit Drittstaatsangehörigen gestellt hatten, welche aus unterschiedlichen Gründen mit einem Einreiseverbot bedacht worden waren. Die zuständige belgische

Individuen als Mitglieder der Gesellschaft anzuerkennen oder sie auszuschließen. Auch der damalige Menschenrechtskommissar des Europarates *Hammarberg*, kritisierte schon 2009 die Kriminalisierung von Migration, siehe *Hammarberg*, EJML 2009, S. 383-385.

1339 Beispielsweise um zu arbeiten, zu studieren oder zum Zweck der Familienzusammenführung.

1340 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 21. Dezember 2016, Sicherheitsunion: Kommission schlägt Stärkung des Schengener Informationssystems zur wirksameren Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität vor.

1341 Siehe exemplarisch die explizite deutsche Regelung in § 11 Abs. 1 AufenthG.

1342 Siehe EuGH, *K.A. u.a.* (C-82/16), EU:C:2018:308, Rn. 39, dem sieben verbundene Ausgangsverfahren zugrunde lagen.

1343 Im Rahmen der Vorlagefragen wird insoweit von „statische[n] Unionsbürger[n]“ gesprochen.

Behörde hatte sich aufgrund der bestehenden Einreiseverbote geweigert, die Anträge zu bearbeiten. Dem ist der EuGH dahingehend entgegengetreten, dass er der nationalen Behörde auferlegt hat, zumindest zu prüfen, ob ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, da andernfalls Unionsbürger*innen *de facto* dazu gezwungen werden könnten, das Unionsgebiet als Ganzes zu verlassen und ihnen somit der „tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte“, die ihnen ihr Status verleiht, „vorenthalten würde“. ¹³⁴⁴ Dabei soll es unerheblich sein, ob das Abhängigkeitsverhältnis erst nach der Verhängung des Einreiseverbots entstanden ist oder ob das Einreiseverbot aufgrund einer Gefahr für die öffentliche Ordnung erlassen wurde. ¹³⁴⁵ Aus der RückführungsRL selbst folgt hingegen keine Verpflichtung, einen entsprechenden Antrag auch nur zu bearbeiten. ¹³⁴⁶

Das Vorliegen eines entsprechenden Abhängigkeitsverhältnisses wird bei erwachsenen Unionsbürger*innen regelmäßig zu verneinen sein. ¹³⁴⁷ Insofern verdeutlicht die durch den EuGH geforderte Prüfung eines Abhängigkeitsverhältnisses zum Schutz des Kernbestands der Unionsbürger*innenrechte ¹³⁴⁸ im Umkehrschluss noch einmal die weitreichende Wirkung der Einreiseverbote. Außerhalb der engen Grenzen, in denen ausnahmsweise eine Prüfung vorzunehmen ist, gelten die Einreiseverbote umfassend.

IV. Zwischenresümee

Zusammenfassend ist die genauere Betrachtung von Einreiseverboten somit auf unterschiedliche Weise aufschlussreich für die Analyse der Konstruktion der migrationspezifischen Illegalisierung. Zunächst stellt sie aufgrund der Perpetuierung der Illegalisierung über die Ausreise hinaus ein bedeutsames Konstruktionselement der migrationspezifischen Illegalisierung dar. Darüber hinaus zeigt die strafrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen Einreiseverbote die konzeptionelle Verschmelzung migrationsrechtlicher und strafrechtlicher Regelungsbereiche.

1344 Siehe EuGH, *K.A. u.a.* (C-82/16), EU:C:2018:308, Rn. 52 ff., insbesondere 62.

1345 Siehe EuGH, *K.A. u.a.* (C-82/16), EU:C:2018:308, Rn. 81 und 97.

1346 Siehe EuGH, *K.A. u.a.* (C-82/16), EU:C:2018:308, Rn. 45 f.

1347 Siehe EuGH, *K.A. u.a.* (C-82/16), EU:C:2018:308, Rn. 65.

1348 Zur auf Art. 20 AEUV gestützten Figur des Kernbestandsschutzes und der sich daraus ergebenden Folgen für die Rechtsstellung Drittstaatsangehöriger siehe *Neier*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 99-124 (127 ff.).

Kapitel 5 Komplement: Menschenrechte als Grenzen der Illegalisierung

Menschenrechte komplementieren die Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten indem sie den Illegalisierungen Grenzen setzen. Diese Grenzziehung ist für die Konstruktion von eminenter Bedeutung,¹³⁴⁹ da sie das Spielfeld der Politik respektive der Gesetzgebung im Sinne eines „Bis-hierher-und-nicht-Weiter“¹³⁵⁰ begrenzt. Menschenrechte dienen jedoch nicht nur als Leitplanken für den Zug der Gesetzgebung¹³⁵¹ im Bereich der illegalisierten Migration, sondern sie bilden auch einen normativen Rahmen, welcher in die verschiedenen Prozesse hineinwirkt und darin eine eigene (humanitäre, altruistische) Perspektive verankert, welche eine entwicklungsleitende Funktion einnimmt. In den Menschenrechtskatalogen und den unterschiedlichen einfachgesetzlichen bzw. sekundärrechtlichen Konkretisierungen kommt die humanitäre Perspektive am deutlichsten zum Ausdruck. Sie stellt insofern ein wichtiges Gegengewicht zu der in den Konstruktionselementen dominanten, ökonomischen Perspektive (gepaart mit der verstärkten Organisationsperspektive) dar.

Wenngleich eine umfassende Darstellung und Auseinandersetzung mit dem komplexen System der Menschenrechte in diesem Rahmen nicht möglich ist, so sollen sie zumindest in Grundzügen skizziert werden, um das Bild der illegalisierten Migration zu vervollständigen.

Zur überblicksartigen Konkretisierung des menschenrechtlichen Rahmens sollen daher zunächst die für den Bereich der illegalisierten Migration auf Unionsebene relevanten Menschenrechtsabkommen systematisie-

1349 Zur Bedeutung siehe jüngst auch *Markard*, ZAR 2019, S. 236-241. Zurückhaltender hingegen *Groß*, JZ 2019, S. 327 (327), der das Migrationsrecht nur eingeschränkt durch völkerrechtliche Vorgaben geprägt sieht.

1350 Siehe *Nußberger*, JZ 2018, S. 845 (854), die vor dem Hintergrund menschenrechtlicher Grenzziehungen im Diskurs auf die Schwierigkeiten der Abgrenzung des „originären Wirkungsbereich[s]“ der Politik hinweist.

1351 Das Europäische Parlament verwendet für die Darstellung aktueller Gesetzgebungsverfahren den *legislative train schedule*, siehe <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

rend vorgestellt und im Anschluss die im Hinblick darauf wichtigsten Rechte erläutert werden.¹³⁵²

§ 1 Überblick Menschenrechtsabkommen

Es existiert inzwischen eine Vielzahl an internationalen Übereinkommen zum Menschenrechtsschutz. Allein die Vereinten Nationen haben seit ihrem Bestehen zehn Kernmensenrechtsverträge verabschiedet.¹³⁵³ Der folgende systematische Überblick beschränkt sich jedoch auf die aus uni-onsrechtlicher Sicht zentralen Kataloge.¹³⁵⁴

I. Zivilpakt (IPbpr) und Sozialpakt (IPwskr)

Der Zivilpakt (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte – IPbpr)¹³⁵⁵ wurde 1966 gemeinsam mit dem Sozialpakt (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte – IPwskr)¹³⁵⁶ verabschiedet. Nachdem die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte noch unverbindliches *soft law* darstellte, sind die beiden Pakte als multilaterale völkerrechtliche Verträge bindendes Völkerrecht. Nach Art. 47 EUV besitzt die EU Völkerrechtspersönlichkeit und kann somit im Rahmen ihrer materiellen Sachkompetenz als Völkerrechtssubjekt völkerrechtliche Übereinkünfte schließen.¹³⁵⁷ Während jedoch sämtliche Mitgliedstaaten Vertragsparteien der beiden Pakte sind, ist die EU den Pakten nicht beigetre-

1352 Siehe vertiefend zu den Menschenrechten im Migrationskontext *Costello*, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*.

1353 Für eine Übersicht der Kernverträge mit Zusatzprotokollen, siehe: *UNHCR*, *The Core International Human Rights Treaties*.

1354 Da sich die Untersuchung auf die Ebene des Unionsrechts konzentriert, sind die nationalen Menschenrechtsverbürgungen nicht Gegenstand einer eigenen umfassenden rechtsvergleichenden Untersuchung, sondern werden nur punktuell ergänzend dargestellt.

1355 Siehe Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, veröffentlicht im BGBl. 1973 II, S. 1533.

1356 Siehe Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 veröffentlicht im BGBl. 1973 II, S. 1569.

1357 Siehe *Lorenzmeier*, ZJS 2012, S. 322-328 (322); ferner zur Entwicklung der Völkerrechtspersönlichkeit und Vertragspraxis der EU bis zum Vertrag von Lissabon siehe *Thym*, ZaöRV 2006, S. 863-925.

ten,¹³⁵⁸ sie ist daher nicht selbst daran gebunden, weshalb die Pakte für die Analyse des Unionsrechts in der vorliegenden Arbeit von untergeordneter Bedeutung sind.¹³⁵⁹

II. Die Genfer Flüchtlingskonvention

Der GFK¹³⁶⁰ und dem Protokoll von 1967 kommt im Bereich der illegalisierten Migration eine herausragende Rolle zu. Die GFK definiert den Flüchtlingsbegriff und die damit einhergehenden Rechte (und Pflichten). Wenngleich sie kein klassisches Menschenrechtsabkommen ist, fungiert sie gleichermaßen als Begrenzung migrationspezifischer Illegalisierungen, weshalb sie für die vorliegende Untersuchung als Funktionsäquivalent in diesem Kapitel ebenfalls berücksichtigt werden soll. Die EU ist der GFK nicht beigetreten,¹³⁶¹ weshalb diese als völkerrechtliches Abkommen auf Unionsebene wie auch der Sozial- und Zivilpakt nicht direkt anwendbar ist.¹³⁶²

Wenngleich sich aus dem Völkerrecht keine umfassende Bindung ergibt, hat sich die EU mit Art. 78 Abs. 1 AEUV, welcher die Vereinbarkeit

1358 Der erste Menschenrechtsvertrag, dem die EU am 23. Dezember 2010 als eigenes Rechtssubjekt beigetreten ist, ist die UN-Behindertenrechtskonvention.

1359 Gleichwohl soll nicht unterschlagen werden, dass der EuGH ihnen „bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts Rechnung trägt“, siehe EuGH, *Parlament / Rat* (C-540/03), EU:C:2006:429, Rn. 37.

1360 Der offizielle Titel lautet nicht Genfer Flüchtlingskonvention, sondern „Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge“.

1361 Im Stockholmer Programm wurde ein solcher Beitritt explizit gefordert, siehe Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl. 2010 C115/1, Punkt 6.2.1. Mit Blick auf die Formulierung in Art. 39 GFK, welcher von Staaten spricht, ist die Möglichkeit eines Beitritts jedoch auch zweifelhaft.

1362 Ausgenommen sind hiervon die Teile der GFK, die Völkergewohnheitsrecht darstellen, siehe *Hailbronner/Thym*, in: Hailbronner/Thym, Legal Framework for EU Asylum Policy, Rn. 47. Die Frage, ob das Refoulement-Verbot aus Art. 33 GFK tatsächlich als Völkergewohnheitsrecht mit universeller Geltung angesehen werden kann, ist umstritten. Siehe ausführlich dafür *Lauterpacht/Bethlehem*, in: *Feller/Nicholson/Türk* (Hrsg.), Refugee Protection in International Law, S. 87-177; bejahend auch *Edwards*, International Journal of Refugee Law 2005, S. 293-330 (301); kritisch hingegen *Hathaway*, Texas International Law Journal 2010, S. 503-536 (506), der an der notwendigen Staatenpraxis und *opinio juris* zweifelt; ebenso kritisch *Hailbronner*, Virginia Journal of International Law 1986, S. 857-896 (858).

des migrationsrechtlichen Schutzregimes der EU mit der GFK im Primärrecht festgelegt, selbst zur Respektierung der GFK bekannt. Die Berücksichtigung der GFK im Rahmen der Auslegung wurde auch durch den EuGH wiederholt bestätigt.¹³⁶³

III. Die Europäische Menschenrechtskonvention

Auch die EMRK ist ein bindender völkerrechtlicher Vertrag, welchem die EU, trotz der primärrechtlichen Bestimmung dazu in Art. 6 Abs. 2 EUV, zumindest bislang¹³⁶⁴ ebenfalls nicht beigetreten ist. Die EU ist somit bisher selbst nicht unmittelbar gebunden. Durch die strenge Akzessorietät der Rechte aus der GRC zu den entsprechenden Rechten der EMRK¹³⁶⁵ ist die EMRK jedoch zumindest materiell vollständig in das Unionsrecht inkorporiert.¹³⁶⁶

Die Lückenhaftigkeit der EMRK wurde teils durch eine sehr weite Auslegung durch den EGMR ausgeglichen. Auch die bisweilen sehr dynamische Auslegung des EGMR und der damit einhergehende erweiterte Schutzbereich ist vom geforderten Mindestgehalt in Art. 52 Abs. 3 GRC erfasst, wobei die Auslegung der einzelnen Grundrechte durchaus voneinander abweichen können, da die GRC einen umfassenderen Rechtskatalog vorsieht.¹³⁶⁷ Entscheidend ist somit, dass das „Gesamt-Schutzniveau“ der EMRK unter Einbeziehung der Rechtsprechung des EGMR nicht unterschritten wird, unabhängig von der konkreten Normkonstellation, auf welche die Gewährleistung gestützt wird.¹³⁶⁸

1363 Siehe nur EuGH, *Bolbol* (C-31/09), EU:C:2010:351, Rn. 36 ff. m.w.N. zur entsprechenden Rechtsprechung.

1364 Zur Problematik des Beitritts der EU zur EMRK siehe das Gutachten 2/13 des EuGH., EU:C:2014:2454 sowie statt vieler nur *Kuijjer*, *The International Journal of Human Rights* 2018, S. 1-13 Und *Krenn*, *GLJ* 2015, S. 147-167.

1365 Siehe die Transferklausel in Art. 52 Abs. 3 GRC.

1366 Siehe *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRC, Rn. 52 ff.

1367 Siehe *Jarass*, *EuR* 2013, S. 29-45 (42), und *Naumann*, *EuR* 2008, S. 424-435 (430), der trotz der Autonomie des EuGH grundsätzlich eine vollständige Respektierung der Dogmatik des EuGH fordert.

1368 Siehe auch die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, *Abl.* 2007 C 303/02 (33): „Die Bedeutung und Tragweite der garantierten Rechte werden nicht nur durch den Wortlaut dieser Vertragswerke, sondern auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [...] bestimmt.“

Der Anwendungsbereich der EMRK bezieht sich auf die Personen, die der Hoheitsgewalt der Staaten unterstehen.¹³⁶⁹ Die Anknüpfung an die tatsächliche Hoheitsgewalt erlaubt eine Anwendung über das staatliche Hoheitsgebiet hinaus¹³⁷⁰ und ist daher in der Lage, auch Sachverhalte in der Außendimension zu erfassen,¹³⁷¹ wie dies in den beiden richtungsweisen Entscheidungen *Hirsi* zur Zurückweisung auf hoher See¹³⁷² und *N.D. und N.T.* in der Grenzzone der spanischen Enklave Melilla auch geschehen ist. Die Große Kammer ging in *N.D. und N.T.* aber sogar noch weiter. Während die dritte Kammer die *de facto*-Hoheitsgewalt Spaniens ab dem Moment bejahte, indem der vorgelagerte Grenzzaun überwunden war,¹³⁷³ lehnte die Große Kammer die Konstruktion eines von der Hoheitsgewalt ausgeschlossenen Gebiets der spanischen Regierung mit klaren Worten ab, da es nicht zur Disposition der Staaten stehe, schutzfreie Zonen zu errichten.¹³⁷⁴

Eine weitere Konkretisierung ist im noch anhängigen Verfahren *S.S.*¹³⁷⁵ zu erwarten, welches die Unterstützung der libyschen Küstenwache und Koordination von Rettungsaktionen seitens Italiens betrifft.

Moreno-Lax hat in diesem Zusammenhang ein Modell „funktionaler Hoheitsgewalt“ vorgeschlagen, welches das Spannungsfeld bei der Anwendbarkeit von Menschenrechten zwischen Universalität und Staatensouverä-

1369 Siehe Art. 1 EMRK.

1370 Dabei wird das Hoheitsgebiet weiterhin als konzeptioneller Normalfall angesehen. Darüber hinausgehende Fälle bedürfen als Ausnahmen einer besonderen Rechtfertigung, siehe EGMR, *Bankovic and Others v. Belgium*, Urteil vom 12. Dezember 2001, Nr. 52207/99, Rn. 61.

1371 Zur Außendimension siehe ausführlich bereits Kapitel 4 § 2.

1372 Siehe EGMR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Urteil vom 23. Februar 2012 (GK), Nr. 27765/09.

1373 „[F]rom the point at which the applicants climbed down from the border fences they were under the continuous and exclusive control, at least *de facto*, of the Spanish authorities.“ Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 3. Oktober 2017, Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 54.

1374 „[T]he existence of a fence located some distance from the border does not authorise a State to unilaterally exclude, alter or limit its territorial jurisdiction, which begins at the line forming the border“ und „the special nature of the context as regards migration cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system [...]. [T]he Convention cannot be selectively restricted to only parts of the territory of a State by means of an artificial reduction in the scope of its territorial jurisdiction.“ Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar 2020 (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 109 f.

1375 EGMR, *S. S. and Others v. Italy*, Nr. 21660/18.

nität auflöst.¹³⁷⁶ Dies soll eine kohärente Konzeption von Hoheitsgewalt bereitstellen, welche den Ethos der Universalität der Menschenrechte mit der Existenz von nationalen Grenzen in einer globalisierten Welt vereint.¹³⁷⁷

Während die Staatsgewalt in *Hirsi* unmittelbar durch Teile der italienischen Exekutive ausgeübt wurde, erfolgt diese in der *S.S. u.a.* zugrundeliegenden Konstellation stellvertretend („*by proxy*“) durch die libyschen Kräfte.¹³⁷⁸ Um bestehende Zurechenbarkeitslücken¹³⁷⁹ zu schließen, soll der funktionale Ansatz auch dann eine hoheitsgewaltliche Verbindung bejahen können, wenn es keinen direkten physischen Kontakt gibt.¹³⁸⁰ Sofern die operationale Machtinhaberschaft über Maßnahmen, die außerhalb des Territorium ausgeführt werden, bejaht wird, soll dies zu einer Ausübung von Hoheitsgewalt ausreichen.¹³⁸¹

Moreno-Lax verwendet die Beschreibung „funktional“, um die staatlichen Funktionen zu betonen, welche der Staatsgewalt Ausdruck verleihen.¹³⁸² Sie moniert, dass bei der Anwendung des vorherrschenden Abgrenzungskriteriums der „effektiven Kontrolle“ die (*de facto*) Ausübung physischer Gewalt im Fokus stehe, während *de jure* Faktoren vernachlässigt würden.¹³⁸³ Anknüpfend an die Ausführungen des EGMR im Fall *Al-Skeini*,¹³⁸⁴ sieht sie die Hoheitsgewalt definiert durch „*an exercise of normative power by a state, with a claim to legitimacy, that establishes a sovereign-authority nexus with those concerned through factual or legal means, or a combination*

1376 „*Functional Jurisdiction*“ siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (385 f.), und zur Abgrenzung zu anderen Ansätzen, welche sich ebenfalls der Funktionalitäts-Terminologie bedienen (402).

1377 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (386).

1378 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (387), die in diesem Zusammenhang auch von „*contactless control*“ spricht, siehe *Giuffrè/Moreno-Lax*, in: *Juss* (Hrsg.), *Research Handbook on International Refugee Law*, S. 82-108, sowie *Markard*, *European Journal of International Law* 2016, S. 591-616 zu „*pull-backs*“.

1379 Zu den „*Legal Black Holes*“ auf hoher See siehe *Mann*, *European Journal of International Law* 2018, S. 347-372, sowie den umfassenden „*Topographical Approach to Accountability for Human Rights Violations in Migration Control*“ von *Tan/Gammeltoft-Hansen*, GLJ 2020, S. 335-354.

1380 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416.

1381 „*[T]he functional understanding maintains that operational power projected and actioned abroad, like other methods of territorial and/or personal control, amounts to an exercise of jurisdiction.*“ Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (388).

1382 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (401).

1383 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (402).

1384 Siehe EGMR, *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Urteil vom 7. Juli 2011 (GK), Nr. 55721/07.

of both.“¹³⁸⁵ Dies hat zur Folge, dass nicht nur die effektive Kontrolle über Personen und Hoheitsgebiete entscheidend ist um die EMRK zur Anwendung zu bringen, sondern auch die Kontrolle über grundsätzliche Politikbereiche („*general policy areas*“) sowie einzelne taktische Operationen („*tactical operations*“), welche im Ausland durchgeführt werden oder dort Effekte erzeugen. Die Abgrenzung erfolgt also mehr in Bezug auf die jeweilige (Gesamt-)Situation als auf die Personen oder Örtlichkeiten.¹³⁸⁶ Eine Kontrolle ist im funktionalen Modell „effektiv“, wenn sie bei einer ganzheitlichen Betrachtung in der Lage ist, die tatsächliche oder rechtliche Position der betroffenen Personen zu beeinflussen.¹³⁸⁷

Ob sich das Modell einer funktionalen Hoheitsgewalt durchsetzen wird, ist ebenso wenig vorherzusehen wie dessen mögliche Folgen.¹³⁸⁸ Es verdeutlicht in jedem Fall die Schwierigkeiten den Anwendungsbereich der EMRK an die neuen Formen der politischen Praxis in einer globalisierten Welt zu adaptieren.

IV. Die Europäische Grundrechtecharta

Die GRC wurde mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 1999 rechtsverbindlich¹³⁸⁹ und ist seitdem der zentrale Menschenrechtskatalog auf Unionsebene.¹³⁹⁰ Im Rahmen des systematisierenden Überblicks über die verschiedenen Menschenrechtskataloge sind insbesondere die Allgemeinen Bestimmungen in Kapitel VII der GRC bedeutsam, namentlich die Frage nach dem Anwendungsbereich, dem Verhältnis zu den nationalen Schutzbestimmungen und zur EMRK.

1385 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (402).

1386 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (403), die für die Qualifizierung der funktionalen Hoheitsgewalt auf die Kriterien „*impact*“, „*decisive influence*“ und „*operative involvement*“ zurückgreift, welche bei der Feststellung der „effektiven Kontrolle“ bereits anerkannt sind (405 ff.).

1387 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (414).

1388 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (414 ff.), die selbst darauf hinweist, dass die Ausweitung des Anwendungsbereichs ein Hindernis für die internationale Kooperation im Migrationsbereich darstellen könnte oder Staaten dazu verleiten könnte, aus der EMRK auszutreten oder noch rigorosere Maßnahmen zu ergreifen.

1389 Siehe Art. 6 Abs. 3 EUV.

1390 Zur Entstehungsgeschichte der GRC siehe *Búrca*, *European Law Review* 2015, S. 799-810.

1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der GRC umfasst die gesamte Durchführung unionsrechtlicher Regelungen, gleich ob durch die Organe oder Einrichtungen der Union oder durch die Mitgliedstaaten.¹³⁹¹ Das gilt auch, wenn den Mitgliedstaaten Ermessensspielräume eingeräumt werden.¹³⁹² Dieser umfassende Geltungsanspruch wurde vom EuGH in der Entscheidung *Åkerberg Fransson* bestärkt, in welcher sich die Große Kammer für eine großzügige Auslegung entschied¹³⁹³ und somit eine mögliche Trennung der Grundrechtssphären (zwischen EU und Mitgliedstaaten) klar ablehnte.¹³⁹⁴

2. Schutzniveau und mitgliedstaatlicher Schutz

Die GRC soll einen verbindlichen Mindeststandard schützen, dabei jedoch nicht in Konkurrenz zu den mitgliedstaatlichen Menschenrechtskatalogen stehen, welche einen weitergehenden Schutz vorsehen können.¹³⁹⁵ Das gilt jedoch nur, soweit „der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts [nicht] beeinträchtigt werden“.¹³⁹⁶ Außerdem können die Schutzvorschriften in der GRC keine weiteren Zuständigkeiten der EU begründen;¹³⁹⁷ es bleibt bei den in den Verträgen festgelegten Bereichen.

1391 Siehe Art. 51 Abs. 1 GRC. Zur Frage, inwieweit die Grundrechte der Charta Auswirkung auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts haben können siehe *Snell*, *European Law Review* 2018, S. 475-476. Ausführlich zum Anwendungsbereich der GRC im Kontext mitgliedstaatlicher Grundrechtsgarantien jüngst *Bilz*, *Margin of Appreciation der EU-Mitgliedstaaten*.

1392 Siehe EuGH, *N.S.* (C-411/10), EU:C:2011:865, Rn. 66 ff.

1393 Immer wenn Unionsrecht angewandt wird, sind die Grundrechte der GRC zu berücksichtigen, siehe EuGH, *Åkerberg Fransson* (C-617/10), EU:C:2013:105, Rn. 21: „[Es] sind keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären.“

1394 Siehe *Thym*, *NVwZ* 2013, S. 889-896 (891).

1395 Siehe Art. 53 GRC.

1396 Siehe EuGH, *Melloni* (C-399/11), EU:C:2013:107, Rn. 60.

1397 Siehe EuGH, *Melloni* (C-399/11), EU:C:2013:107, Rn. 61.

3. Das Verhältnis zur EMRK

Der umfassende und strenge Verweis auf die EMRK bei der Frage des Schutzzumfangs im Rahmen der GRC wurde bereits erläutert. Der materielle Schutzgehalt der GRC und der EMRK sind grundsätzlich gleich, wobei das Unionsrecht einen weitergehenden Schutz vorsehen kann.¹³⁹⁸ Der Anwendungsbereich der GRC (bei Durchführung von Unionsrecht) unterscheidet sich von dem der EMRK (Hoheitsgewalt). Wenngleich bei Durchführung des Unionsrechts regelmäßig auch das Erfordernis der Hoheitsgewalt zu bejahen sein wird und somit beide Instrumente zu berücksichtigen sind, sind insbesondere in außendimensionalen Fällen¹³⁹⁹ Divergenzen möglich.

§ 2 Die zentralen Menschenrechte im Migrationskontext

Wenngleich es spannend wäre, auch andere Grund- und Menschenrechte wie beispielsweise das Recht auf freie Meinungsäußerung oder die Versammlungsfreiheit unter dem Aspekt des Migrationsbezuges zu untersuchen, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf solche Garantien, die unmittelbar mit dem Versuch der Steuerung und Kontrolle von Migration in Verbindung stehen. Hintergrund der Beschränkung ist die eingangs erwähnte komplementäre Ausrichtung der Ausführungen zu den Menschenrechten zu den im vorherigen Kapitel beschriebenen Konstruktionselementen migrationspezifischer Illegalisierungen. Es geht dementsprechend darum, die grenzziehende Funktion der Menschenrechte im Zusammenhang mit migrationspezifischen Illegalisierungen anhand der zentralen Vorschriften zu exemplifizieren.¹⁴⁰⁰

1398 Siehe Art. 52 Abs. 3 GRC. Die starke Anlehnung an den Schutz aus der EMRK bei der Entwicklung der GRC zeigt sich bereits deutlich anhand der Gegenüberstellung einzelner Vorschriften der GRC und EMRK durch das Präsidium des Verfassungskonvents in ABl. 2007 C 303/33 f., abgegrenzt nach gleicher und umfassender Tragweite der GRC-Artikel im Verhältnis zu den korrespondierenden Vorschriften der EMRK.

1399 Zur Außendimension siehe Kapitel 4 § 2.

1400 Umfassende Nachlagewerke zu den verschiedenen Menschenrechtskatalogen gibt es in mehr als ausreichender Zahl, siehe statt vieler nur *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention zur EMRK; *Peers et al.*, The EU Charter of Fundamental Rights zur GRC und der bald erscheinende deutschsprachige Kommentar zur GRC: *Hruschka*.

I. Non-Refoulement und Folterverbot

Das Non-Refoulement-Prinzip ist von fundamentaler Bedeutung für das Migrationsrecht. Es verbietet die Auslieferung, Ausweisung oder Rück-schiebung einer Person in ein anderes Land, „in de[m] sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.“¹⁴⁰¹ Das Non-Refoulement aus der GFK wird im Unionsrecht gleichermaßen auf das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung gestützt, welches gleichlautend in Art. 4 GRC und in Art. 3 EMRK aufgestellt wird. Ergänzend spricht Art. 18 GRC von einem Recht auf Asyl, wobei ein daraus resultierender, weitergehender Schutzanspruch umstritten ist.¹⁴⁰²

Das Non-Refoulement-Prinzip führt in Verbindung mit dem Pönalisierungsverbot¹⁴⁰³ zu einer nicht unerheblichen Einschränkung der staatlichen Befugnisse im Bereich der Migrationskontrolle und -steuerung, selbst wenn keine Verpflichtung zur Gebietszulassung daraus abgeleitet wird,¹⁴⁰⁴ zumindest nicht, solange die betroffene Person nicht wenigstens die Grenze erreicht hat.¹⁴⁰⁵ Die extraterritoriale Anwendung in Fällen auf hoher See ist umstritten.¹⁴⁰⁶ Diese territorialen Beschränkungen von auf univ-ersellen Werten beruhenden Garantien, welche in den Menschenrechtskatalogen auch entsprechend universal formuliert werden, lässt sich als „parti-kularer Universalismus“ beschreiben.¹⁴⁰⁷

Während in der GFK Ausnahmemöglichkeiten vorgesehen sind, gilt der Schutz unter Art. 3 EMRK absolut. Da Art. 3 EMRK ferner nicht nur vor individueller Verfolgung schützt, sondern auch andere Gefahren für das

1401 Siehe Art. 33 Abs. 1 GFK.

1402 Insbesondere die Frage, ob ein subjektiv-individueller Asylanspruch besteht, ist umstritten. Ablehnend unter Hinweis auf die Formulierungsänderungen im Rahmen des Grundrechtekonvents *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 18 GRC, Rn. 13; bejahend hingegen *Jarass*, Art. 18 GRC, Rn. 2, jeweils m.w.N.

1403 Zum Pönalisierungsverbot siehe bereits Kapitel 4 § 3 II. 1. b).

1404 Siehe *Chetail*, in: *Rubio-Marín* (Hrsg.), *Human Rights and Immigration*, S. 19-72 (30).

1405 Siehe *Groß*, JZ 2019, S. 327 (331 f.).

1406 Siehe *Goodwin-Gill*, *International Journal of Refugee Law* 2011, S. 443-457, und *Trevisanut*, *Leiden Journal of International Law* 2014, S. 661-675 (673), die ein „*principle of non-rejection at the maritime frontier*“ aufstellt.

1407 Siehe *Thym*, *Sollbruchstellen des deutschen, europäischen und internationalen Flüchtlingsrechts*, 29 ff.

Leben umfasst, geht der Schutz unter Art. 3 EMRK somit über den in der GFK vorgesehenen Schutzzumfang hinaus.¹⁴⁰⁸

Wenngleich die Fragen des Anwendungsbereichs und des Schutzzumfangs des Zurückweisungs- und Folterverbots weiterhin nicht vollständig geklärt sind, ist deren Bedeutung für die Konstruktion des migrationsrechtlichen Schutzregimes auf Unionsebene unverkennbar. Unabhängig von den Details stellt das grundsätzliche Versprechen, schutzbedürftigen Personen Schutz zu gewähren, eine bedeutsame Grenze für migrationspezifische Illegalisierungen dar.

II. Recht auf Familien- und Privatleben

Neben dem Folter- und Zurückweisungsverbot hat sich insbesondere das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens zu einer bedeutsamen Grenze der Illegalisierung entwickelt. Der sprachlich kurz gefassten Gewährleistung aus Art. 8 EMRK entspringt infolge der Rechtsprechung des EGMR inzwischen ein umfangreicher Schutz, welcher sie zu einer der zentralen Normen im Migrationsrecht macht.¹⁴⁰⁹ Das Schutzversprechen findet sich nunmehr in nahezu identischer Form auch in Art. 7 Abs. 1 GRC.¹⁴¹⁰

Der Schutzgehalt des Art. 8 EMRK beschränkt sich nicht auf die negative Pflicht der Nicht-Verletzung durch den Staat, sondern normiert auch positive Schutz- und Gewährleistungspflichten für die Staaten.¹⁴¹¹ Hinsichtlich der grenzüberschreitenden Migration ist es zentral, dass Art. 8 EMRK kein Verbot von Einreise- oder Aufenthaltsbeschränkungen oder

1408 Siehe *Hailbronner/Thym*, in: Hailbronner/Thym, Legal Framework for EU Asylum Policy, Rn. 55, sowie anschaulich EGMR, *Abmed v. Austria*, Urteil vom 17. Dezember 1996, Nr. 25964/94, in welchem der betroffenen Person der Flüchtlingsstatus aufgrund strafrechtlicher Verurteilungen entzogen, jedoch ein Ausweisungsschutz unter Art. 3 EMRK gewährt wurde.

1409 Siehe *J. Hofmann*, in: Kluth/Heusch, Art. 8 EMRK, Rn. 1, wobei der EGMR stets betont, dass gemäß der anerkannten völkerrechtlichen Regeln die Vertragsstaaten (vorbehaltlich ihrer vertraglichen Verpflichtungen) das Recht haben, die Einreise, den Aufenthalt und die Ausweisung von Nicht-Staatsangehörigen zu kontrollieren, siehe nur EGMR, *Saadi v. Italy*, Urteil vom 28. Februar 2006 (GK), Nr. 37201/06, Rn. 124 m.w.N.

1410 Bei der Übernahme in Art. 7 Abs. 1 GRC wurde lediglich der Begriff der Korrespondenz aus Art. 8 EMRK durch den der Kommunikation ersetzt.

1411 *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 2.

Auslieferungen normiert, den Konventionsstaaten in Art. 8 Abs. 2 EMRK jedoch eine Rechtfertigungslast bei Eingriffen auferlegt.¹⁴¹²

Der Begriff des Privatlebens ist umfassend zu verstehen und aufgrund seiner stetigen Weiterentwicklung nicht abschließend definierbar.¹⁴¹³ Von den vielen auf den Schutz des Privat- und Familienlebens in Art. 8 EMRK gestützten Gewährleistungsbereichen sind im Kontext dieser Untersuchung nicht alle relevant.¹⁴¹⁴ Im Bereich der illegalisierten Migration ist vor allem die Frage entscheidend, ob oder wann im Einzelfall ein Schutz vor Ausweisung oder gar ein Recht auf Einreise aus dem Schutz des Privatlebens erwachsen kann. Der EGMR hatte zu Beginn des Jahrhunderts in einer Reihe von Urteilen eine Rechtsprechungslinie initiiert, welche, auf einem weiten Verständnis des Privatlebens aus Art. 8 EMRK aufbauend, in Einzelfällen ein Recht auf einen Aufenthaltstitel gewährt.¹⁴¹⁵ In der Folge ist er jedoch in Bezug auf eine Ableitung weitergehender Zugangsrechte aus Art. 8 EMRK zurückhaltend geblieben, so dass der Hauptanwendungsbereich weiterhin der Schutz vor Ausweisung ist. Dabei hat der EGMR den Schutzbereich von Art. 8 EMRK zwischenzeitlich über den engen Rahmen familiärer Beziehungen hinaus ausgedehnt und berücksichtigt nunmehr das weite Netzwerk von persönlichen, sozialen und ökonomischen Beziehungen, aus denen das Privatleben aller Menschen besteht.¹⁴¹⁶

Der aus der Rechtsprechung des EGMR resultierende, weite Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK, macht diesen zur zweiten zentralen menschenrechtlichen Grenze von migrationspezifischen Illegalisierungen.

1412 Siehe *J. Hofmann*, in: Kluth/Heusch, Art. 8 EMRK, vor Rn. 1, und *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 21 Rn. 68.

1413 *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 8 EMRK Rn. 7.

1414 Unter den Schutz des Privatlebens fallen beispielsweise auch Informationsrechte über Krankenhausakten oder Umweltrisiken, die sexuelle Identität und die Kenntnis von Verwandtschaftsverhältnissen, siehe *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 10 ff. m.w.N.

1415 Siehe *Thym*, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2006, S. 541-554 (541 ff.) m.w.N. und Ausführungen zu den einschlägigen Urteilen, insbesondere EGMR, *Slivenko v. Latvia*, Urteil vom 9. Oktober 2003 (GK), Nr. 48321/99 und *Sisojeva and Others v. Latvia*, Urteil vom 15. Januar 2007, Nr. 60654/00.

1416 „[T]he network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being“, siehe EGMR, *Slivenko v. Latvia*, Urteil vom 9. Oktober 2003 (GK), Nr. 48321/99, Rn. 96.

III. Verfahrensgarantien

Neben den materiell-rechtlichen Hürden auf dem Weg, einen „nicht-illegalisierten“ Aufenthaltsstatus zu erlangen, und den Hindernissen dabei, überhaupt Zugang zu einem entsprechenden Verfahren zu bekommen, ergeben sich bisweilen auch erhebliche Probleme im Zusammenhang mit den für die Darlegung der Gründe für die Statusfeststellung vorgesehenen Verfahren. Entsprechend bedeutsam sind Verfahrensgarantien, wenn gleich diese grundsätzlich nur eine dienende Funktion haben.

Die Verfahrensgarantien in Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK beziehen sich explizit auf Zivil- und Strafverfahren. Da es sich in den Verfahren mit migrationspezifischen Illegalisierungsproblematiken in aller Regel um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten handelt, finden sie hier keine Anwendung,¹⁴¹⁷ zumal der EGMR sich bei der Bewertung der nationalen Rechtslage stark zurückhält und den nationalen Gerichten somit weite Einschätzungsspielräume lässt.¹⁴¹⁸ Diese Schutzlücke wurde 1984 zumindest teilweise mit Art. 1 ZP VII EMRK geschlossen, welcher verfahrensrechtliche Schutzvorschriften in Bezug auf die Ausweisung von Ausländern normiert¹⁴¹⁹ und sich inhaltlich mit Art. 13 IPbPR deckt.

Der Schutzgehalt des Art. 1 ZP VII EMRK umfasst das Recht, Gründe gegen eine Ausweisung vorzubringen (lit. a), den Fall prüfen zu lassen (lit. b) und sich hierbei rechtlich vertreten zu lassen (lit. c). Ausweisung ist in diesem Zusammenhang weit zu verstehen und kann, unabhängig von nationalrechtlichen Begriffsverwendungen, auch Wiedereinreiseverbote umfassen.¹⁴²⁰

1417 Vergleiche auch *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 24, Rn. 178. Zivilrechtliche Streitigkeiten werden dabei verstanden als Streitigkeiten zwischen privaten Individuen, siehe *EGMR*, Guide on Article 6 : Right to a Fair Trial (civil limb), Rn. 18, wobei sich der Schutz dabei nicht auf monetäre Streitigkeiten beschränkt, siehe auch Rn. 25 f. mit einer detaillierten Auflistung, sowie *F. Meyer*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 EMRK, Rn. 13 ff. m.w.N.

1418 *EGMR, I.M. v. France*, Urteil vom 2. Februar 2012, Nr. 9152/09.

1419 Das ZP VII EMRK wurde allerdings von den Niederlanden, Deutschland und dem Vereinigten Königreich nicht ratifiziert, zudem haben einige Staaten Vorbehalte erklärt.

1420 Siehe *EGMR, Nolan and K. v. Russia*, Urteil vom 12. Februar 2009, Nr. 2512/04, Rn. 112.

Die Verfahrensgarantien stehen nur einer Person zu, die sich „rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält“.¹⁴²¹ Ohne die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung besteht kein Schutz,¹⁴²² wobei es für die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts auf das jeweilige nationale Recht ankommt.¹⁴²³ Solange kein dauerhafter Aufenthalt an einem anderen Ort begründet wurde, ist es für das Fortbestehen des Schutzes ferner unerheblich, wenn die Person sich zeitweise außerhalb des Hoheitsgebiets aufhält.¹⁴²⁴ Außerdem ist der Aufenthalt als rechtmäßig anzusehen, solange ein Rechtsbehelfsverfahren mit aufschiebender Wirkung andauert.¹⁴²⁵ Darüber hinaus kann eine Kumulierung von einzelnen Einschränkungen, welche gesondert betrachtet wohl nicht als ausreichend gravierend eingeschätzt würden, in der Summe zu einer Verletzung führen.¹⁴²⁶

In einigen Punkten ist die Kasuistik zu Art. 13 EMRK recht unkontrovers. Dass es einen wirksamen Schutz vor willkürlicher Abschiebung geben muss, bevor die Rechtsmittelverfahren abgeschlossen sind,¹⁴²⁷ dürfte ebenso wenig in Frage gestellt werden, wie das ein Verhör unter Folter

1421 In den authentischen Sprachfassungen lautet die Einschränkung „*étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat*“ und „*alien lawfully resident in the territory of a State*“.

1422 Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 24, Rn. 179.

1423 Siehe EGMR, *Georgia v. Russia*, Urteil vom 3. Juli 2007, Nr. 13255/07, Rn. 228 ff.

1424 Siehe EGMR, *Nolan and K. v. Russia*, Urteil vom 12. Februar 2009, Nr. 2512/04, Rn. 110.

1425 Siehe EGMR, *Bolat v. Russia*, Urteil vom 5. Oktober 2006, Nr. 14139/03, Rn. 78.

1426 Siehe EGMR, *I.M. v. France*, Urteil vom 14. Dezember 2006 (GK), Nr. 9152/09, in dem es um die Konstellation ging, dass es einerseits zu einer automatischen Zuordnung zu einem Schnellverfahren mit verkürzten Fristen kam, und andererseits der Umstand, dass der Antrag aus der besonderen Situation der Inhaftierung gestellt wurde, nicht berücksichtigt wurde – in gewisser Weise analog der Kumulierung von unterschiedlichen Maßnahmen bei der Feststellung einer Verfolgungshandlung, wie sie in Art. 9 Abs. 1 lit. b QualifikationsRL normiert ist.

1427 EGMR, *Spain v. A.C. and Others*, Urteil vom 22. April 2014, Nr. 6528/11. In dem Fall ging es um insgesamt 30 Kläger*innen, die nach einer Zwangsräumung ihrer Zufluchtsstätten in der Westsahara durch die marokkanische Polizei mit Booten auf die Kanarischen Inseln geflohen waren und dort Schutzanträge gestellt hatten.

oder fehlende Rechtsbehelfe gegen die Unterbringungs-umstände bei Inhaftierung eine Verletzung von Art. 13 EMRK darstellen.¹⁴²⁸

Andere Punkte sind hingegen durchaus umstritten. Die vielleicht wichtigste Frage im Bereich des Rechts auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK im Kontext der Migration ist die Frage, wann eine Beschwerde tatsächlich als wirksam zu betrachten ist, wobei der EGMR eine gleichermaßen rechtliche wie auch praktische Wirksamkeit fordert.¹⁴²⁹

Der EGMR hatte im Fall *Hirsi* die Bedeutung des Auskunfts- und Informationsrechts für eine wirksame Beschwerdemöglichkeit betont und festgehalten, dass mangels qualifiziertem Befragungspersonal und Übersetzungsmöglichkeiten kein effektiver Rechtsschutz gewährleistet war.¹⁴³⁰ Auch das Fehlen einer aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen steht einer wirksamen Beschwerde nach Art. 13 EMRK grundsätzlich entgegen.¹⁴³¹

In *Khlajfia* stellte der EGMR jedoch klar, dass es sich dabei lediglich um eine logische Konsequenz des Prinzips handelt, dass die Konventionsrechte so ausgelegt werden müssen, dass sie nicht nur theoretischen oder illusorischen, sondern effektiven Schutz bieten.¹⁴³² Trotz fehlender aufschiebender Wirkung der Rechtsbehelfe, wurde keine Verletzung festgestellt, als tunesische Schutzsuchende vom italienischen Grenzschutz abgefangen und nach Lampedusa verbracht wurden, von wo sie bereits innerhalb von weniger als zwei Wochen zurück nach Tunesien gebracht wurden. In der Entscheidung wird mit Blick auf das Verbot der Kollektivausweisung aus Art. 4 ZP IV EMRK ausgeführt, dass es kein Recht auf ein Individualinterview gibt und es ausreicht, wenn die tatsächliche Möglichkeit besteht, effektiv Argumente gegen eine Abschiebung vorzubringen und diese von staatlicher Seite angemessen gewürdigt werden.¹⁴³³ Da es insgesamt zwei

1428 Siehe EGMR, *Nasr and Ghali v. Italy*, Urteil vom 23. September 2016, Nr. 44883/09 und EGMR, *Alimov v. Turkey*, Urteil vom 6. September 2016, Nr. 14344/13.

1429 „A remedy must be effective in practice as well as in law in order to fulfil the requirements of Article 13 of the Convention.“ Siehe EGMR, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, Urteil vom 22. September 2009, Nr. 30471/08, Rn. 115.

1430 Siehe EGMR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Urteil vom 23. Februar 2012, Nr. 27765/09, Rn. 185.

1431 Siehe EGMR, *Čonka v. Belgium*, Urteil vom 5. Februar 2002, Nr. 51564/99, Rn. 79.

1432 EGMR, *Khlajfia and Others v. Italy*, Urteil vom 15. Dezember 2016 (GK), Nr. 16483/12, Rn. 260.

1433 EGMR, *Khlajfia and Others v. Italy*, Urteil vom 15. Dezember 2016 (GK), Nr. 16483/12, Rn. 248.

Personenüberprüfungen gab, geht der EGMR davon aus, dass es ausreichend Möglichkeiten gegeben hat, mit den Autoritäten in Kontakt zu treten. In der vorausgegangenen Kammerentscheidung waren die Richter*innen noch der Auffassung, dass der Rechtsschutz aufgrund der fehlenden aufschiebenden Wirkung ungenügend sei und Art. 13 EMRK daher verletzt wurde.¹⁴³⁴ In der Entscheidung der großen Kammer kommt hingegen die Auffassung zum Tragen, dass die Möglichkeit bestand, innerhalb von 60 Tagen Rechtsmittel einzulegen.

Im Fall der Rückschiebungen von Schutzsuchenden an der Grenze von Melilla nach Marokko, welche der EGMR als *de facto*-Abschiebungen bezeichnet, war eine Verletzung von Art. 13 EMRK hingegen offensichtlich, da keinerlei Zugang zu irgendeinem Verfahren der Identitätsfeststellung oder Schutzantragstellung gewährt wurde, so dass die Frage nach einer aufschiebenden Wirkung nicht einmal gestellt werden konnte.¹⁴³⁵

Abschließend ist im Migrationszusammenhang noch festzuhalten, dass auch eine nicht zu lange Verfahrensdauer zur Wirksamkeit eines Rechtsbehelfs gehört,¹⁴³⁶ selbst dann, wenn eine große Zahl von Schutzgesuchen zu prüfen ist.¹⁴³⁷

IV. Recht auf Ausreise

Das Recht, jedes Land, einschließlich des eigenen, verlassen zu können, ist in Art. 2 Abs. 2 ZP IV EMRK verbrieft und findet sich zudem in Art. 12 Abs. 2 IPbPR. Das Recht zur Ausreise wird jedoch nicht vorbehaltlos gewährt, sondern ist nach Art. 2 Abs. 3 ZP IV EMRK durch Gesetz einschränkbar, sofern es notwendig ist, um die „nationale oder öffentliche Sicherheit [zu gewährleisten], zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“ Es ist sowohl eine lediglich vorübergehende als auch eine unbefristete Ausreise vom

1434 EGMR, *Khlafia and Others v. Italy*, Urteil vom 15. Dezember 2016 (GK), Nr. 16483/12.

1435 Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 3. Oktober 2017, Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 118 ff.

1436 Siehe EGMR, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Urteil vom 21. Januar 2011 (GK), Nr. 30696/09, Rn. 293.

1437 Siehe EGMR, *A.C. and Others v. Spain*, Urteil vom 22. April 2014, Nr. 6528/11, Rn. 104.

Schutzumfang erfasst,¹⁴³⁸ und beinhaltet nach Auffassung des EGMR auch das Recht der ausreisewilligen Person, den Zielstaat selbst zu wählen.¹⁴³⁹ Ein solches Recht zur Ausreise in den Wunsch-Zielstaat konfiguriert grundsätzlich mit den beschriebenen Migrationskontroll- und Externalisierungsinstrumenten, welche eine Einreise in die Mitgliedstaaten erschweren oder gar verhindern. Aus dem Recht zur Ausreise und der Wahl des Wunsch-Zielstaates folgt jedoch kein Recht zur Einreise, wenn der Zielstaat zur Aufnahme nicht bereit ist.¹⁴⁴⁰ Es folgt auch keine negative Ausreisefreiheit, welche gegebenenfalls zu einem Verbleib im Konventionsstaat führen würde.¹⁴⁴¹ Lediglich hinsichtlich des eigenen Herkunftsstaats besteht explizit auch ein Recht zur Einreise nach Art. 3 Abs. 2 ZP IV EMRK bzw. Art. 12 Abs. 4 IPbPR.

Das Recht auf Ausreise ist somit für den breiteren Kontext der Migrationssteuerung bedeutsam, da es den staatlichen Kontrollbefugnissen Grenzen setzt und individuelle Migrationsmöglichkeiten ermöglicht. Vor dem Hintergrund des nicht umfassten korrespondierenden Einreiserechts ist es für die migrationsspezifischen Illegalisierungen auf Unionsebene hingegen weniger bedeutsam, da, mit Ausnahme der Unterbindung von Sekundärmigration, das das Ausreiseverlangen von Migrant*innen in der Regel nicht eingeschränkt wird.¹⁴⁴²

§ 3 Zwischenresümee

Die menschenrechtlichen Grenzen der Illegalisierung sind ebenfalls von einer Vielfalt und Vielschichtigkeit geprägt. Der für das Unionsrecht bedeutsamste Menschenrechtskatalog in der GRC wird in den für die vorliegende Untersuchung relevanten Bereichen noch weitestgehend durch die Rechtsprechung des EGMR zu den korrespondierenden Schutznormen in der EMRK geprägt. Lediglich hinsichtlich des Anwendungsbereichs lassen

1438 Siehe *Hoppe*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 2 ZP IV EMRK, Rn. 7.

1439 Siehe EGMR, *Baumann v. France*, Urteil vom 22. Mai 2001, Nr. 33592/96, Rn. 61.

1440 *E. Eichenhofer*, ZAR 2013, S. 135-142 (139), spricht aufgrund der fehlenden korrespondierenden Einreisefreiheit von einer *lex imperfecta*.

1441 Siehe *Hoppe*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 2 ZP IV EMRK, Rn. 7. Anderer Auffassung *E. Eichenhofer*, ZAR 2013, S. 135-142 (138).

1442 Das gilt jedenfalls sofern nicht mit *E. Eichenhofer*, ZAR 2013, S. 135-142 (139 f.), aus dem effektiven Schutz der Ausreise ein Einreiseanspruch abgeleitet wird.

sich signifikante Abweichungen absehen. Dies könnte sich bei Anwendung des Modells der „funktionalen Hoheitsgewalt“ jedoch ändern. Das Refoulement-Verbot ist der zentrale Anknüpfungspunkt, wenn es um den Schutz vor Misshandlungen und Verfolgungen in den Herkunftsstaaten und Transitländern geht, während sich der Schutz des Familien- und Privatlebens gegen die Mitgliedstaaten richtet, in denen die betroffenen Personen aufhältig sind und aus denen sie ausgewiesen werden sollen.

Den Verfahrensgarantien kommt insofern eine ergänzende Funktion zu, welche jedoch in der praktischen Bedeutung nicht zurücksteht. Diese *trias* stellt somit die grundlegende menschenrechtliche Schutzarchitektur im Bereich der Migration dar, während das Recht auf Ausreise zwar konzeptionell eine wichtige Funktion einnimmt, in der gegenwärtigen Ausgestaltung im Bereich des Unionsrechts jedoch nicht gleichermaßen bedeutend ist.

Exzerpt: Die (De-)Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten im Unionsrecht

Der Ausgangspunkt der Untersuchung ist die binäre Einteilung von Migration und Migrant*innen in „legal“ und „illegal“. ¹⁴⁴³ Diese Dichotomie ist (auch) auf Unionsebene fest etabliert. ¹⁴⁴⁴ Die Entwicklung des Unionsrechts zur illegalisierten Migration ist dabei geprägt von der Idee eines „Kampfes“ gegen „illegale Migration“. ¹⁴⁴⁵

Illegalität entzieht sich jedoch einer phänomenologischen Betrachtung. „Illegale“ Migrant*innen oder „illegale“ Migration sind keine faktischen Gegebenheiten, sondern werden durch verschiedene Regelungen und Prozesse konstruiert. Die Arbeit dekonstruiert die Vorstellung von „illegaler Migration“ oder „illegalen“ Migrant*innen als faktische Gegebenheiten, indem sie die zugrundeliegenden Prozesse herausarbeitet und analysiert und somit die Konstruiertheit als solche, sowie deren spezifische Prägung herausstellt.

Anders als es die binäre Einteilung in „legal“ und „illegal“ suggeriert, gibt es unterschiedliche Formen von Illegalisierungen. Im Bereich der Migration existiert nicht der eine „Code“, der allein über Legalität und Illegalität entscheidet; die einzelnen Illegalisierungen sind komplex und vielschichtig. Die deshalb gebotene Zerlegung migrationspezifischer Illegalitäten in die verschiedenen Illegalisierungen bricht dabei – inhaltlich wie sprachlich – die monolithische Vorstellung von Illegalität auf und betont die Konstruiertheit im Rahmen von (Illegalisierungs-)Prozessen. Der erste Schritt der Dekonstruktion besteht somit darin, festzustellen, dass dem Konstrukt der „illegalen Migration“ nicht ein schlichter, binärer „Code“ zugrunde liegt, sondern vielmehr eine Vielzahl von Illegalisierungsprozessen.

Der nächste Schritt der Dekonstruktion besteht darin, die verschiedenen Illegalisierungen zu untersuchen. Um dabei dem Ziel einer möglichst umfassenden kritischen Bestandsaufnahme gerecht zu werden, ist ein entsprechend „breiter“ Analyseansatz notwendig. Nur so können die Vielfältigkeit der Illegalisierungen und deren Komplexität nachvollzogen werden.

1443 Siehe Einleitung.

1444 Siehe Kapitel 3 § 1 I. und Kapitel 1.

1445 Siehe Kapitel 3 § 2.

Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass sich die verschiedenen Illegalisierungen jeweils auf bestimmte Kontexte beziehen. Es werden stets nur einzelne Aspekte illegalisiert. Insbesondere betrifft dies die Einreise und den Aufenthalt der betroffenen Personen. Es können aber auch andere Aspekte betroffen sein wie beispielsweise Beschäftigungsverhältnisse.

Die einzelnen Aspekte werden dabei nicht immer vollumfänglich illegalisiert. Vielmehr sind die Illegalisierungen in der Regel inhaltlich oder zeitlich beschränkt bzw. bedingt. Die einzelnen Illegalisierungen unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich des Umfangs der Illegalisierung, sondern auch mit Blick auf deren Intensität. Die Divergenz der Illegalisierungen zeigt sich beispielsweise bei den unterschiedlichen Illegalisierungen der Einreise je nach Herkunftsland. Aber auch bei den Einschränkungen des Aufenthalts wird hinsichtlich der Aufenthaltsdauer und der damit einhergehenden Rechte auf vielfältige Weise differenziert.¹⁴⁴⁶ Es besteht also ein komplexes Geflecht von „Teil-Illegalisierungen“, welche einzelne Aspekte in unterschiedlicher Intensität betreffen.

Weil stets nur einzelne Aspekte illegalisiert werden, und dies in der Regel jeweils nicht vollumfänglich geschieht, ist die undifferenzierte Bezeichnung als „illegal“ stark vereinfacht und ungenau. Sofern eine pauschale Zuschreibung verwendet wird, welche sich an dem Ergebnis und nicht an den Prozessen orientiert, wäre es daher zutreffender, von „semi-legaler“ Migration bzw. „semi-legalen“ Migrant*innen zu sprechen.¹⁴⁴⁷

Damit jedoch nicht lediglich die Ausschnitthaftigkeit der Illegalisierung im Ergebnis betont wird, sondern auch die Konstruiertheit durch die zugrundeliegenden Prozesse, verwendet die vorliegende Untersuchung die Beschreibung als „illegalisiert“. Diese hat zusätzlich den Vorzug, dass sie unintendierte performative Wirkungen vermeidet, indem die Betroffenen nicht mit dem Merkmal als „illegal“ (oder auch nur als „semi-legal“) versehen und durch eine wiederholte Attribuierung als entsprechende Subjekte konstruiert werden.¹⁴⁴⁸

Während die einzelnen Illegalisierungen also fragmentarisch bleiben, finden sie doch dahingehend umfassende Anwendung, dass bei einem entsprechend weiten Verständnis von Illegalisierung, wie es der vorliegenden Arbeit zugrunde liegt,¹⁴⁴⁹ letztlich jegliche Form der Migration in irgendeiner Weise, zumindest in Teilen, von Illegalisierungen betroffen ist. Es

1446 Siehe insbesondere Kapitel 3 § 1 III, Kapitel 4 § 1 und Kapitel 4 § 5.

1447 Siehe Kapitel 1 § 7 IV.

1448 Siehe Kapitel 2 § 3 IV. 2.

1449 Siehe Kapitel 1 § 6.

gibt demnach keine (gänzlich) „legale“ Migration, weshalb sich auch die Beschreibung als „nicht-illegalisiert“ lediglich auf einzelne Aspekte oder Bereiche beziehen kann, nicht auf Migrationsformen als solche – denn auch eine „nicht-illegalisierte Migration“ existiert nicht. Die umfassende Illegalisierung jeglicher Migration zeigt sich deutlich am bidirektionalen „Prozess des Statuswandels“ und der damit einhergehenden Möglichkeit des Statusverlusts, welcher als Damoklesschwert über jeder Migrationsbiographie schwebt.

Als Zwischenergebnis der Dekonstruktion kann daher festgehalten werden, dass letztlich jede Form der Migration von Illegalisierungen erfasst wird, aber stets nur in Teilen illegalisiert wird.

Die spezifischen „Teil-Illegalisierungen“ führen in den unterschiedlichen Konstellationen zu verschiedenen Grenz- und Graubereichen. Um ein differenziertes Verständnis für die Graubereiche der (Il-)Legalität zu entwickeln, hilft es, sich mit Begriffen auseinanderzusetzen, die Grenz- und Graubereiche zu beschreiben versuchen. Die Diskussionen rund um die verschiedenen *topoi*, unter denen rechtliche Graubereiche verhandelt werden, eröffnen neue Blickwinkel, welche bei einer Konzeptualisierung helfen. Während die Beschreibungen als Schwellenlegalität, A-Legalität oder Semi-Legalität neue Kategorisierungsmöglichkeiten terminologischer Art anbieten, eröffnen die zugrundeliegenden Überlegungen zur jeweiligen Konzeptualisierung darüber hinaus interessante Perspektiven. Ferner lassen sich Parallelen zu anderen Regelungskontexten erkennen, wie beispielsweise zwischen der Strafverfolgung und der Migrationssteuerung im Rahmen der Diskussion um die Anwendung des Opportunitätsprinzips im Zusammenhang mit verschiedenen Formen der Legalitätsdevianz.¹⁴⁵⁰

Für den nächsten Schritt der Dekonstruktion, die Untersuchung der einzelnen Illegalisierungen, sind zunächst einige Vorüberlegungen anzustellen.

Der dekonstruktive Ansatz der Arbeit zielt auf eine „rekonstruierende, kritische Bestandsaufnahme des Vorhandenen“, welche die Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten offenlegt und Graubereiche sowie Zwischenräume hervorhebt.¹⁴⁵¹ Dies erfolgt nicht in der Absicht, eine Antwort auf die Frage, was „illegale Migration“ ist, zu geben oder gar einen „neuen“, „besseren“ oder „sinnvolleren“ Entwurf davon zu entwickeln. Vielmehr sollen Fragen aufgeworfen werden und bestehende Zusammenhänge und Widersprüche gesucht werden. Auch werden dabei keine „zerstöre-

1450 Siehe Kapitel 1 § 7.

1451 Siehe Kapitel 2 § 3 IV. und Kapitel 2 § 4.

rischen“ Ambitionen verfolgt, sondern vielmehr versucht, „Verdeckungen“ oder „Verschleierungen“ abzubauen, abzutragen oder aufzulösen. Es soll ein Blick „hinter die Fassade“ geworfen werden bzw. die zugrundeliegende Konstruktion – im wahrsten Sinne des Wortes – „ent-hüllt“ werden.

Die Auseinandersetzung mit den klassischen Methoden in der Rechtswissenschaft dient dazu, die Grundlage für eine kritische Rekonstruktion zu schaffen, welche vielfach nur unter Rückgriff auf die klassischen Auslegungsmethoden möglich ist. Die Ausführungen dienen jedoch zugleich auch dazu, das spezifische Vorverständnis des Verfassers offenzulegen und bewusst zu machen. Die Ausführungen zur Hermeneutik erläutern die Bedeutung des Vorverständnisses und bilden die Grundlage für das letztlich gewählte dekonstruktive Vorgehen. Sie sind insofern ein wichtiges Bindeglied bei der Herleitung des methodischen Ansatzes.

Um den facettenreichen Untersuchungsgegenstand zu konkretisieren, wird er auf migrationsspezifische Kontexte beschränkt und der Untersuchungsschwerpunkt auf das Unionsrecht gelegt.

Die bei der Konzeption der Arbeit gewählten Perspektiven wurden als strukturgebend für migrationsrechtliche Entwicklungen analysiert und spiegeln sich daher auch in der Struktur der Untersuchung wider. Sie sind für die Analyse von Struktur und Entwicklung im Rahmen der Arbeit besser geeignet als andere Begriffe wie Modelle, Typen oder Leitbilder und umfassen eine nützlichkeitsorientierte, ökonomische Betrachtung, einen neutralen Ordnungsblickwinkel und eine altruistisch geprägte, humanitäre Perspektive. Da die Entwicklung des Migrationsrechts im Spannungsfeld zwischen diesen Perspektiven stattfindet, welches sich als Dialektik des Migrationsrechts beschreiben lässt,¹⁴⁵² dienen diese dazu, die migrationsrechtliche (Gesamt-)Konstruktion und die einzelnen Konstruktionselemente besser zu verstehen. Sie stellen einen „roten Faden“ dar, welcher sich durch die bisherigen Entwicklungen zieht und zukünftige Entwicklungen leiten wird.¹⁴⁵³

Die Differenzierung zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen ist von grundlegender Bedeutung für die Konstruktion illegalisierter Migration. Während für Drittstaatsangehörige ein „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ gilt, ist für Unionsbürger*innen eine „generelle Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt“ vorgesehen.¹⁴⁵⁴ Dieser nach Staatsangehörigkeiten differenzierte Regelungsansatz schreibt sich in den verschiedenen

1452 Siehe Kapitel 2 § 4 III.

1453 Siehe Kapitel 2 § 4 II.

1454 Siehe Kapitel 3 § 1 III.

Konstruktionselementen fort und lässt sich damit als eine Grundprogrammierung begreifen. Er ist daher im Aufbau der Arbeit als grundlegender Aspekt der Analyse im Sinne eines Vorzeichens „vor die Klammer gezogen“. Gleiches gilt für die Untersuchung des (Il-)Legalitäts-Dualismus im europäischen Migrationsrecht, welcher die Relevanz der für die Arbeit zentralen Unterscheidung von „legaler“ und „illegaler“ Migration aufzeigt, sowie für den primärrechtlichen Ausgangspunkt, welcher die weitgehend im Sekundärrecht ausgestalteten Konstruktionselemente prägt und dessen Genese Einblicke in das konkrete „Ringen“ der Perspektiven gewährt.

Der Überblick über die Entwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene unter Fokussierung der illegalisierten Migration ist zur Kontextualisierung der Analyse ebenfalls als Vorzeichen vorangestellt.

Die Analyse der einzelnen Konstruktionselemente steht im Zentrum der Arbeit. Sie dient dazu, darzulegen, *dass* und vor allem *wie* Illegalitäten produziert werden, und damit illegalisierte Migration zu dekonstruieren. Die Darstellung der Konstruktionselemente orientiert sich am Ablauf illegalisierter Migrationsbiographien.

Migrationskontrollinstrumente bestimmen wann, wo und wie Migrant*innen mit der Staatsgewalt und dem Migrationsrechtsregime konfrontiert werden.¹⁴⁵⁵ Sie fungieren als „Transmissionsriemen“, welche die normativen Vorgaben der Rechtsordnung in die Praxis übersetzen und sind daher von herausragender Bedeutung für die Konstruktion illegalisierter Migration. Neben den weiterhin bedeutsamen physischen (Grenz-)Kontrollen an den Außengrenzen haben Kontrollen an den Binnengrenzen, teils in Form von wirkungsgleichen Polizeikontrollen, in den vergangenen Jahren eine Renaissance erlebt. Außerdem gewinnen die stetig wachsenden informationstechnischen Systeme und Datenbanken im Rahmen der Migrationskontrolle zunehmend an Bedeutung. Die Anzahl der erfassten Personen und gespeicherten Daten steigt und die Zugriffsmöglichkeiten werden kontinuierlich erweitert. Die neueren Migrationskontrollinstrumente sind dabei an einer spezifischen Permeabilität orientiert, welche eine stärkere Differenzierung zwischen gewollten und ungewollten Migrationen ermöglichen soll. Dieser differenzierte Ansatz hat jedoch nicht nur eine erhöhte „Durchlässigkeit“ in bestimmten Fällen zur Folge. Wie sich an der Einführung des ETIAS-Reisegenehmigungserfordernisses für visumsbefreite Drittstaatsangehörige zeigt,¹⁴⁵⁶ führt die Ausdiffe-

1455 Siehe Kapitel 4 § 1.

1456 Siehe Kapitel 4 § 1 III. 1. h).

renzung auch zu neuen Hürden für zuvor privilegierte Personengruppen.

Neben der Einrichtung neuer Systeme und Datenbanken wird auf Unionebene zudem verstärkt auf eine Verknüpfung der bestehenden Systeme hingearbeitet. Das Ergebnis ist eine immer umfassendere (digitale) Dokumentation und Kontrolle von Migration. Der massive Ausbau der digitalisierten Migrationsinstrumente führt in Kombination mit den verstärkten Grenzkontrollen zu einer Vervielfachung von Kontrollpunkten, welche die Wirkung von Illegalisierungen erheblich verstärken, da erst die Kontrollen die normativen Vorgaben in der Praxis verankern. Insofern steigen das Ausmaß und die Intensität migrationsspezifischer Illegalisierungen mit dem Ausbau der Migrationskontrollen.

Inwieweit sich der Ausbau der IT-Systeme tatsächlich auf Migrationsbewegungen auswirkt, lässt sich hingegen nur schwer feststellen. Das Konfliktpotenzial zwischen den digitalisierten Migrationskontrollinstrumenten und den Vorgaben des Datenschutzes ist indes beachtlich und wird durch den Interoperabilitätsansatz noch verstärkt.

Die qualitative Entwicklung der informationstechnischen Systeme führt dabei auch zu einer individualisierten Migrationskontrolle, da automatisierte Bewertungen und Risikoanalysen zunehmend die Einteilung anhand der Herkunftsländer ablösen.

Eng verknüpft mit den Migrationskontrollinstrumenten sind die verschiedenen Formen der Externalisierung, welche die Außendimension, also den Regelungs- und Wirkungsbereich außerhalb der EU, in die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierungen integrieren.¹⁴⁵⁷ Diese lassen sich in autonome und kooperative Externalisierungen unterscheiden, je nachdem, ob die betroffenen Drittstaaten involviert sind oder nicht. Wie die (klassischen) Migrationskontrollinstrumente haben auch Externalisierungen Einfluss auf Zeit, Ort und Form des Zusammentreffens von Staatsgewalt und Migration bzw. Migrant*innen.

Mit der Verlagerung in die Außendimension gehen vielfältige Gefährdungen der demokratischen Legitimation einher, welche als kritisches Merkmal bei der Konstruktionsanalyse der damit in Verbindung stehenden Illegalisierungsprozesse zu berücksichtigen sind. Zunächst werden mit der „Fernsteuerung“ im Rahmen der Externalisierungen die Maßnahmen aus dem Blick der mitgliedstaatlichen Gesellschaften genommen und eine kritische Auseinandersetzung in der demokratischen Öffentlichkeit erschwert. Außerdem deuten die kompetenzrechtlichen Problemlagen, wel-

1457 Siehe Kapitel 4 § 2.

che mit der Verlagerung in die Außendimension einhergehen, auf legitimatorische Defizite hin. Dies gilt sowohl für die beschriebenen Informalisierungstendenzen, als auch für die fragwürdigen Handlungsqualifikationen wie beispielsweise bei der EU-Türkei-Erklärung oder dem großzügigen Rückgriff auf das Konzept der „impliziten externen Kompetenzen“. Zur Dekonstruktion illegalisierter Migration gehört es auch, entsprechende Entdemokratisierungstendenzen in der Entwicklung der Illegalisierungsprozesse aufzuzeigen.

Das breite Spektrum der im Rahmen einer Dekonstruktion zu berücksichtigenden Konstruktionselemente zeigt sich bei der Einbeziehung von Nicht-Migrant*innen in den migrationspezifischen Illegalisierungskontext.¹⁴⁵⁸ Diese erfolgt einerseits dadurch, dass die Hilfen zur Ein- und Durchreise sowie zum Aufenthalt kriminalisiert werden, wobei sich diverse Spannungslagen mit dem Pönalisierungsverbot aus der GFK ergeben. Andererseits werden nichtstaatliche Akteur*innen einbezogen, was sich an der Übertragung hoheitlicher Aufgaben an Arbeitgebende und Beförderungsunternehmen exemplifizieren lässt.

Diese Dimension migrationspezifischer Illegalisierungen droht bei einer Fokussierung auf Migrant*innen übersehen zu werden. Sie ist jedoch in zweierlei Hinsicht relevant für die Dekonstruktion: Erstens erweitert sich der Kreis der involvierten Akteur*innen und betroffenen Personen, die im Rahmen der Untersuchung zu berücksichtigen sind. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der vorherrschenden Rechtsauffassung, welche trotz des Pönalisierungsverbotes aus Art. 31 Abs. 1 GFK an einer Strafbarkeit der Beihilfe zur illegalisierten Einreise festhält sowie Begleitdelikte umfassend ausschließt und somit einer möglichen Einschränkung von Illegalisierungen in diesem Zusammenhang entgegensteht.

Zweitens kommt es in diesem Zusammenhang zu eigenständigen Teil-Illegalisierungen der betroffenen „Gehilfen“, Arbeitgebenden und Beförderungsunternehmen, welche spezifische Zwischenstufen der Illegalisierung und besondere Formen der Konstruktionen illegalisierter Subjekte, beispielsweise als „Schleuser“, zur Folge haben.

Da ferner weder ein Konsens über die Zurechnung der Handlungen nichtstaatlicher Akteur*innen an die Staaten noch über die direkte Bindung nichtstaatlicher Akteur*innen an menschenrechtliche Vorgaben besteht, drohen bei der Übertragung von Aufgaben an Private menschenrechtliche Schutzlücken zu entstehen und die damit einhergehenden Grenzen der Illegalisierung umgangen zu werden. Dies gilt umso mehr

1458 Siehe Kapitel 4 § 3 II.

vor dem Hintergrund der Verstärkung der Illegalisierungstendenz in diesem Zusammenhang dadurch, dass Beförderungsunternehmen keine Sanktionen drohen, wenn sie Personen nicht befördern, sondern nur wenn sie gegen ihnen auferlegte Überprüfungspflichten verstoßen und Personen ohne die erforderlichen Dokumente befördern.

Die für die Dekonstruktion zu berücksichtigende Vielfaltigkeit migrationspezifischer Illegalisierungen zeigt sich auch in deren Streuung in Regelungsbereiche mit vordergründig anderen Zielsetzungen.¹⁴⁵⁹ Die Sanktionierung von Arbeitgebenden, die illegalisierte Migrant*innen beschäftigen, dient dazu, Anreize für illegalisierte Migration zu verringern. Das Netz von Verbindungsbeamten*innen diente bis zur Neufassung der VerbindungsbeamtenVO im Mai 2019 primär der Bekämpfung illegalisierter Migration. Auch die Datenübermittlungspflichten von Beförderungsunternehmen sind tatsächlich nicht allein mit der neutralen Ordnungsperspektive zu begründen. Ihre Zweckbestimmung ist vielmehr die Verbesserung der Grenzkontrollen und der Bekämpfung illegalisierter Migration. Diese Beispiele für die Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen verdeutlichen noch ein Mal, dass sich eine Untersuchung illegalisierter Migration nicht auf die sekundärrechtlichen Regelungen zur Einreise und zum Aufenthalt beschränken darf, wenn sie die zugrundeliegenden komplexen Konstruktionszusammenhänge darstellen will. Anhand der Neukonzeption des Netzes der Verbindungsbeamten*innen¹⁴⁶⁰ zeigt sich ferner anschaulich wie sich die Dominanz der Perspektiven innerhalb eines Regelungsinstrumentes verschieben kann. Außerdem unterstreichen die Regelungsverlagerungen in die neue FrontexVO die Notwendigkeit eines breiten horizontalen Analyserahmens, um die Verschiebungen rekonstruieren zu können.

Ein besonders einprägsames Beispiel für die Nützlichkeitsorientierung im europäischen Migrationsrecht ist die Instrumentalisierung von Personen im Rahmen der Regelungen zum Umgang mit Menschen, die Opfer von Menschenhandel geworden sind, oder zu Migrant*innen in illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen.¹⁴⁶¹ Die darin vorgesehenen Unterstützungen und Schutzvorschriften werden an dahinterstehende staatliche Interessen gekoppelt. Daraus lässt sich auf eine deutliche Dominanz der Nützlichkeitsorientierung über die humanitäre Perspektive schließen. Da sich diese Form der Instrumentalisierung von an sich besonders schutzbedürftigen Personen in verschiedenen Regelungskontexten wiederfindet,

1459 Siehe Kapitel 4 § 3 I.

1460 Siehe Kapitel 4 § 3 I. 2.

1461 Siehe Kapitel 4 § 4.

lässt sie sich nicht als Einzelfall in der Konstruktion des europäischen Migrationsrechts abtun. Sie ist im Rahmen der Dekonstruktion vielmehr als wiederkehrendes Strukturmerkmal oder eben bewusstes Konstruktionselement anzusehen.

Dem Aufenthaltsrecht kommt in der Illegalitätskonstruktion eine zentrale Rolle zu.¹⁴⁶² Aufenthaltsrechtliche Beschränkungen bestehen dabei nicht nur für Drittstaatsangehörige. Auch der Aufenthalt von Unionsbürger*innen kann illegalisiert werden. Gleiches gilt für andere Personengruppen, die grundsätzlich von Illegalisierungen weitgehend verschont werden, wie beispielsweise Studierende aus Drittstaaten. Die Möglichkeit, dass deren Aufenthalt in bestimmten Konstellationen dennoch illegalisiert wird, verdeutlicht einmal mehr, wie vielfältig die aufgedeckten Illegalisierungen sind und wie viele Aspekte dementsprechend bei einer Dekonstruktion zu berücksichtigen sind.

In den Einschränkungen der Freizügigkeitsrechte und des Status von Unionsbürger*innen tritt dabei erneut eine starke Nützlichkeitsorientierung hervor, da die Illegalisierung des Aufenthalts stark von ökonomischen Kriterien abhängt – vor allem im besonders relevanten Aufenthaltszeitraum zwischen dem vierten Monat und dem sechsten Jahr. Darin spiegelt sich der Wandel in der Subjektkonstruktion der Unionsbürger*innen von eigenständigen Träger*innen von Freiheitsrechten hin zu ökonomisch aktiven Marktteilnehmer*innen im Sinne von „Marktbürger*innen“.

Außerdem lässt sich an verschiedenen Konstellationen aufzeigen, dass die (Il-)Legalitäts-Dichotomie selbst im beschränkten Rahmen des Aufenthaltsrechts im engeren Sinne eine Illusion ist. Nicht nur die binäre Einteilung von Migration und Migrant*innen in „legal“ oder „illegal“ im Allgemeinen lässt sich somit schwerlich aufrechterhalten, sondern auch die binäre Einteilung eines einzelnen Aspekts – des Aufenthalts – stößt an ihre Grenzen.

Dass sich selbst die Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Aufenthalts nur schwer eindeutig beantworten lässt, zeigt sich eindrücklich an den Beispielen der Nicht-Rückführbarkeit und der divergierenden bzw. konfligierenden Rechtslagen auf formeller und materieller Ebene.

Da der andauernde „Prozess des Statuswandels“ zudem nicht nur die Möglichkeit einer Statusverfestigung beinhaltet, sondern immer auch die eines Statusverlusts, lässt sich aus dem Aufenthaltsrecht mitnichten eine klare Einteilung von Migrant*innen als „legal“ oder „illegal“ ableiten. Es lassen sich vielmehr lediglich verschiedene Formen und Intensitäten der Il-

1462 Siehe Kapitel 4 § 5.

legalisierung im Aufenthaltsrecht ausmachen, welche sich als Kontinuum darstellen. Die Schwierigkeit einer Zuordnung von aufenthaltsrechtlichen Situationen in eine binäre Einteilung lässt sich besonders anschaulich an den neuen Formen der Duldung im deutschen Recht exemplifizieren. Die Ausbildungs- und die Beschäftigungsduldung eröffnen als „verkappte Aufenthaltstitel“ Bleibeperspektiven und Möglichkeiten zur Aufenthaltsverfestigung, lassen die Ausreisepflicht jedoch nicht entfallen. Damit werden nicht nur neue Zwischenstufen und -formen der Illegalisierung geschaffen, in ihnen zeigt sich ferner ein interessantes Perspektivenkonglomerat, in dem auch unterschiedliche Nützlichkeitserwägungen miteinander in Konflikt geraten.

Ferner sind aus dekonstruktiver Sicht diejenigen Situationen aufschlussreich, in denen die formelle und die materielle Rechtslage divergieren, da hier das konservierende Interesse der neutralen Ordnungsperspektive mit den intendierten Revisionen in Konflikt gerät, welche sich aus der nützlichkeitsorientierten oder der humanitären Perspektive ableiten. Insofern zeigt sich wie die widerstreitenden Perspektiven zu illegalisierten Zwischenformen führen, welche der Dialektik des Migrationsrechts Ausdruck verleihen.

Auch die korrespondierenden De-Illegalisierungen lassen sich vor dem Hintergrund des Statuswandels sinnvollerweise in Form eines Kontinuums darstellen.¹⁴⁶³ Vor dem Hintergrund, dass eine binäre Einteilung in „legale“ und „illegale“ Aufenthalte illusorisch ist, sind auch die verschiedenen Formen der De-Illegalisierungen niemals absolut. Sie stellen vielmehr unterschiedliche Gestaltungen der Statusverbesserung dar, ohne dass die Stärkung der Rechtsposition hierfür ein festgesetztes Niveau erreichen müsste.

Dabei stellt sich regelmäßig die Frage, ob De-Illegalisierungen gänzlich im Ermessen der Staaten liegen oder auch aus menschenrechtlichen Verpflichtungen herrühren. Insbesondere in Fällen der Nicht-Rückführbarkeit lässt sich zudem auch aus der in der RückführungsRL konkretisierten Systematik des Migrationsrechts der EU eine Pflicht zur De-Illegalisierung ableiten. Für die Dekonstruktion der Illegalisierungen ist insbesondere die komplementäre Einordnung von De-Illegalisierungen in einem Kontinuum relevant. Die Diskussion um eine Verpflichtung zur De-Illegalisierung aus der Systematik der RückführungsRL heraus veranschaulicht darüber hinaus die Relevanz der klassischen Methoden im Rahmen einer Dekonstruktion.

1463 Siehe Kapitel 4 § 6.

Ein weiteres Konstruktionselement von besonderem Interesse ist der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit,¹⁴⁶⁴ welcher sich quer durch die verschiedenen migrationsrechtlichen Regelungen zieht und nicht nur zugangs- und aufenthaltsbezogene Einschränkungen mit sich bringt, sondern eine Vielzahl weiterer Einschränkungen rechtfertigt, welche von Haft(-bedingungen) über Verfahrensrechte bis zu verlängerten Einreiseverboten reichen. Im Rahmen der Konstruktionsanalyse stellt sich der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit daher als eine flächendeckende Illegalisierungsreserve dar. Da die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht ferner in der Anwendung teilweise zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen unterscheidet, zeigt sich darin auch eine Fortschreibung der Grundprogrammierung. Auch die entwicklungsleitenden Perspektiven kommen zum Ausdruck. Das Instrument als solches und sein weiter Anwendungsbereich verdeutlichen die Nützlichkeitsorientierung; die – wenngleich teils unterschiedlich hohen – Anforderungen für die jeweiligen Einschränkungen lassen sich hingegen auf humanitäre Erwägungen zurückführen. Die Regelungen zur öffentlichen Ordnung und Sicherheit sind daher als horizontales Querschnittsinstrument für die Dekonstruktion illegalisierter Migration im Unionsrecht gleichermaßen bedeutsam wie aufschlussreich. Bei der Analyse des unionsrechtlichen Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und dessen kontextabhängiger Ausgestaltung, insbesondere auch durch die Rechtsprechung des EuGH, zeigt sich zudem in besonderem Maße die Bedeutung der klassischen Auslegungsmethoden als Grundlage der Dekonstruktion.

Schließlich stellen auch die chronologisch am Schluss einer Migrationsbiographie stehenden Einreiseverbote ein wesentliches Konstruktionselement dar, da sie die Illegalisierungen perpetuieren und den Illegalisierungskontext somit zeitlich über den Zeitpunkt der Ausreise bzw. der Rückkehr der betroffenen Personen erstrecken.¹⁴⁶⁵ Die strafrechtliche Sanktionierbarkeit von Verstößen gegen Einreiseverbote weist zudem auf die konzeptionelle Verschmelzung migrationsrechtlicher und strafrechtlicher Regelungsbereiche hin.

Der umfangreichen und vielschichtigen Konstruktion illegalisierter Migration werden durch die Menschenrechte Grenzen gesetzt.¹⁴⁶⁶ Diese Grenzziehungsfunktion ist für die (De-)Konstruktion der Illegalitäten von

1464 Siehe Kapitel 4 § 7.

1465 Siehe Kapitel 4 § 8.

1466 Siehe Kapitel 5.

herausragender Bedeutung. Die verschiedenen Menschenrechtsabkommen begrenzen jedoch nicht nur die Möglichkeiten der Illegalisierung, sondern bilden darüber hinaus einen normativen Rahmen, der auch innerhalb der gesetzten Grenzen wirkt. Dadurch, dass die Menschenrechte nicht nur Grenzen ziehen, sondern auch in die verschiedenen Regelungskomplexe hineinwirken und somit die humanitäre Perspektive darin etablieren, entsteht die dialektische Spannung im Migrationsrecht.

Für das europäische Migrationsrecht sind insbesondere die GRC und der EMRK relevant. Während deren Garantien weitgehend deckungsgleich sind, kann es aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte im Anwendungsbereich zu Abweichungen kommen. Insbesondere die Anwendbarkeit außerhalb der mitgliedstaatlichen Hoheitsgebiete unterscheidet sich, wobei das Abstellen auf die Hoheitsgewalt im Rahmen der EMRK in anderen Konstellationen zur Anwendung führen kann als das Kriterium der Durchführung von Unionsrecht im Rahmen der GRC. Beide Instrumente und deren jeweilige Entwicklung sind somit auch für sich allein genommen für den Konstruktionszusammenhang relevant. Daneben finden auch die Vorgaben aus der GFK Beachtung, da sich die EU zu deren Respektierung verpflichtet hat, obwohl sie nicht direkt daran gebunden ist.

Die zentralen Pfeiler des Menschenrechtsschutzes im Bereich der Migration sind das Refoulement-Verbot und der Schutz des Familien- und Privatlebens. Aufgrund des absoluten Schutzes vor Folter aus Art. 3 EMRK stellt das Refoulement-Verbot dabei die widerstandsfähigste Grenze dar. Das Recht auf Familien- und Privatleben ist hingegen vor allem wegen seines in der Rechtsprechung des EGMR entwickelten sehr weitreichenden und vielfältigen Schutzbereichs bedeutsam.

Während das Recht auf Ausreise zwar konzeptionell von Bedeutung ist, in der Praxis jedoch eine untergeordnete Rolle spielt, ist darüber hinaus die Bedeutung der Verfahrensgarantien im Migrationsrecht, auch in praktischer Hinsicht, nicht zu unterschätzen.

Es lässt sich daher zusammenfassen, dass sich unter dem Deckmantel der Illegalität tatsächlich eine Vielzahl verschiedener Prozesse findet, welche Menschen und Migrationsbewegungen in spezifischen Kontexten illegalisieren und damit migrationsspezifische Illegalitäten produzieren. Die aus verschiedenen Illegalisierungen zusammengesetzte Konstruktion, die sich hinter dem Begriff der illegalen Migration verbirgt, ist vielfältig, vielschichtig und komplex.

Um es noch einmal auf den Punkt zu bringen: Menschen werden in migrationspezifischen Kontexten auf vielfältige Weise illegalisiert. Sie selbst sind jedoch niemals illegal.

Literaturverzeichnis

- Aarnio, Aulis*, Statutory Interpretation in Finland, in: MacCormick, Neil/Summers, Robert (Hrsg.), *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, 2016, S. 123-170.
- Acosta Arcarazo, Diego*, The Charter, Detention and Possible Regularization of Migrants in an Irregular Situation Under the Returns Directive: Mahdi, CMLR 2015, S. 1361-1378.
- Acosta, Diego*, The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive), EJML 2009, S. 19-39.
- Abrens, Jill*, Suspended in Eurocrisis, New Immobilities and Semi-Legal Migrations Amongst Nigerians Living in Spain, *Journal of Mediterranean Studies* 2013, S. 115-139.
- Abrens, Rüdiger*, Hermeneutik, in: Nünning, Ansgar (Hrsg.), *Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie, Ansätze – Personen – Grundbegriffe, Fünfte, aktualisierte und erweiterte Auflage* 2013, S. 297-300.
- Albrecht, Peter-Alexis*, Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts, *KritV* 1993, S. 163-182.
- Altman, Andrew*, *Critical Legal Studies*, 1990.
- Amaya-Castro, Juan*, Illegality Regimes and the Ongoing Transformation of Contemporary Citizenship, *European Journal of Legal Studies* 2011, S. 137-161.
- Apap, Joanna/Bruycker, Philippe de/Schmitter, Catherine*, Regularisation of Illegal Aliens in the European Union. Summary Report of a Comparative Study, EJML 2000, S. 263-308.
- Askola, Heli*, Violence against Women, Trafficking, and Migration in the European Union, *European Law Journal* 2007, S. 204-217.
- Austin, John*, *How to Do Things with Words*, 1962.
- Azoulay, Loïc/Coutts, Stephen*, Restricting Union Citizens' Residence Rights on Grounds of Public Security, Where Union Citizenship and the AFSJ meet: P.I., CMLR 2013, S. 553-570.
- Azoulay, Loïc/Vries, Karin de*, Introduction, in: Azoulay, Loïc/Vries, Karin de (Hrsg.), *EU Migration Law, Legal Complexities and Political Rationales*, 2014, S. 1-13.
- Baer, Susanne*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, *Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat*, 2006.
- Baer, Susanne*, *Rechtssoziologie, Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 3. Aufl. 2017.
- Baer, Susanne*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Assmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 223-251.

- Baird, Theodore*, Carrier Sanctions in Europe, A Comparison of Trends in 10 Countries, EJML 2017, S. 307-334.
- Baird, Theodore/Spijkerboer, Thomas*, Carrier Sanctions and the Conflicting Legal Obligations of Carriers: Addressing Human Rights Leakage, Amsterdam Law Forum 2019, S. 4-19.
- Bąkowski, Piotr/Voronova, Sofija*, PE 554.215: The Proposed EU Passenger Name Records (PNR) Directive 2015, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/554215/EPRS_BRI\(2015\)554215_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/554215/EPRS_BRI(2015)554215_EN.pdf) (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Balch, Alex/Geddes, Andrew*, The Development of the EU Migration and Asylum Regime, in: Dijstelbloem, Huub/Meijer, Albert (Hrsg.), Migration and the New Technological Borders of Europe, 2011, S. 22-39.
- Baldwin-Edwards, Martin/Kraler, Albert*, REGINE – Regularisations in Europe, Study on Practices in the Area of Regularisation of Illegally Staying Third-Country Nationals in the Member States of the EU 2009, http://research.icmpd.org/fileadmin/Research-Website/Project_material/REGINE/Regine_report_january_2009_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Balkin, Jack*, Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction, Cardozo Law Review 1990, S. 1623-1641.
- Balkin, Jack*, Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice, Michigan Law Review 1994, S. 1131-1201.
- Ballon, Elke*, PE 514.063: Erste Bewertung einer Folgenabschätzung der Europäischen Kommission – Paket „Intelligente Grenzen“: Vorschlag der Kommission zu einem Registrierungsprogramm für Reisende 2013, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/514063/IPOL-JOIN_NT\(2013\)514063_DE.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/514063/IPOL-JOIN_NT(2013)514063_DE.pdf) (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Balzacq, Thierry*, The Frontiers of Governance: Understanding the External Dimension of EU Justice and Home Affairs, in: Balzacq, Thierry (Hrsg.), The External Dimension of EU Justice and Home Affairs, Governance, Neighbours, Security, 2009, S. 1-32.
- Balzacq, Thierry/Carrera, Sergio*, The Hague Programme: The Long Road to Freedom, Security and Justice, in: Balzacq, Thierry/Carrera, Sergio (Hrsg.), Security Versus Freedom?, A Challenge for Europe's Future, 2006, S. 1-34.
- Bast, Jürgen*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011.
- Bast, Jürgen*, Scharade im kontrollfreien Raum: Hat die EU gar keinen Türkei-Deal geschlossen? 3. März 2017, <https://verfassungsblog.de/scharade-im-kontrollfreien-raum-hat-die-eu-gar-keinen-tuerkei-deal-geschlossen/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Battjes, Hemme*, European Asylum Law and International Law, 2006.
- Bauder, Harald*, Immigration Dialectic, Imagining Community, Economy, and Nation, 2011.
- Bauder, Harald*, Why We Should Use the Term 'Illegalized' Refugee or Immigrant, A Commentary, International Journal of Refugee Law 2014, S. 327-332.

- Beck, Susanne/Marschelke, Jan-Christoph*, Critical Legal Studies, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2017, S. 284-290.
- Bellanova, Rocco/Hert, Paul de*, Practices and Modes of Transatlantic Data-Processing. From Sorting Countries to Sorting Individuals?, in: Body-Gendrot, Sophie/Hough, Mike/Kerezi, Klara/Lévy, René/Snacken, Sonja (Hrsg.), The Routledge Handbook to European Criminology, 2014, S. 514-532.
- Benjamin, Walter*, Über den Begriff der Geschichte, in: Benjamin, Walter (Hrsg.), Gesammelte Schriften – Band I.2, 1974, S. 691-704.
- Bergmann, Jan/Dienelt, Klaus* (Hrsg.), Ausländerrecht, 12. Aufl., 2018 (zit. als *Bearbeiter*in* in Bergmann/Dienelt).
- Berlit, Uwe-Dietmar*, Flüchtlingsrecht in Zeiten der Krise, Grenzen und Möglichkeiten der Steuerung von Fluchtmigration und ihrer Folgen durch Recht, 2017.
- Bezemek, Christoph*, Allgemeine Handlungsfreiheit im System der österreichischen Bundesverfassung, Austrian Law Journal 2016, S. 109-121.
- Bigo, Didier/Carrera, Sergio/Hayes, Ben/Hernanz, Nicholas/Jeandesboz, Julien*, Justice and Home Affairs Databases and a Smart Borders System at EU External Borders, An Evaluation of Current and Forthcoming Proposals, 2012.
- Bigo, Didier/Guild, Elspeth*, The Transformation Of European Border Controls, in: Ryan, Bernard/Mitsilegas, Valsamis (Hrsg.), Extraterritorial Immigration Control, 2010, S. 252-273.
- Billet, Carole*, EC Readmission Agreements: A Prime Instrument of the External Dimension of the EU's Fight against Irregular Immigration, An Assessment after Ten Years of Practice, EJML 2010, S. 45-79.
- Bilz, Christopher*, Margin of Appreciation der EU-Mitgliedstaaten, 2020.
- Blaschke, Jochen*, PE 393.282: Trends on Regularization of Third Country Nationals in Irregular Situation of Stay Across the EU 2008, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2008/393282/IPOL-LIBE_NT\(2008\)393282_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2008/393282/IPOL-LIBE_NT(2008)393282_EN.pdf) (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Boeles, Pieter*, Entry Bans and SIS-alerts, in: Zwaan, Karin (Hrsg.), The Returns Directive, Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States, 2011, S. 39-46.
- Bolat, Hacer*, Integration als Leitbild im deutschen Migrationsrecht, 2016.
- Bolten, Jürgen*, Die hermeneutische Spirale, Überlegungen zu einer integrativen Literaturtheorie, Poetica 1985, S. 355-375.
- Bonjour, Saskia/Bloch, Laura*, Fortress Europe or Europe of Rights? The Europeanisation of Family Migration Policies in France, Germany and the Netherlands, EJML 2013, S. 203-224.
- Bosniak, Linda*, Amnesty in Immigration: Forgetting, Forgiving, Freedom, Critical Review of International Social and Political Philosophy 2013, S. 344-365.
- Bossong, Raphael*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, Umsetzungsrisiken und rechtsstaatliche Anforderungen, 2018.

- Bossong, Raphael/Carrapico, Helena, The Multidimensional Nature and Dynamic Transformation of European Borders and Internal Security, in: Bossong, Raphael/Carrapico, Helena (Hrsg.), EU Borders and Shifting Internal Security, Technology, Externalization and Accountability, 2016, S. 1-21.
- Boswell, Christina, The 'External Dimension' of EU Immigration and Asylum Policy, *International Affairs*, S. 619-638.
- Bracker, Susanne, Kohärenz und juristische Interpretation, 2000.
- Bradley, Kieran, Legislating in the European Union, in: Barnard, Catherine/Peers, Steve (Hrsg.), *European Union Law*, 2. Aufl. 2017, S. 97-142.
- Brandsma, Gijs Jan, Co-decision after Lisbon: The Politics of Informal Trilogues in European Union Lawmaking, *European Union Politics* 2015, S. 300-319.
- Braun, Johanna, Leitbilder im Recht, 2015.
- Bressanelli, Edoardo/Heritier, Adrienne/Koop, Christel/Reh, Christine, The Informal Politics of Codecision, Introducing a New Data Set on Early Agreements in the European Union, *EUI Working Paper RSCAS 2014/64*, S. 1-22.
- Brick, Kate, Regularizations in the European Union, The Contentious Policy Tool 2011, <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/EURegularization-Insight.pdf> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Broeders, Dennis, A European 'Border' Surveillance System under Construction, in: Dijkstra/bloem, Huub/Meijer, Albert (Hrsg.), *Migration and the New Technological Borders of Europe*, 2011, S. 40-67.
- Broeders, Dennis, The New Digital Borders of Europe, *International Sociology* 2007, S. 71-92.
- Brouwer, Evelien, Digital Borders and Real Rights, 2008.
- Brouwer, Evelien, Interoperability of Databases and Interstate Trust: a Perilous Combination for Fundamental Rights 25. Mai 2019, <https://verfassungsblog.de/interoperability-of-databases-and-interstate-trust-a-perilous-combination-for-fundamental-rights/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Brouwer, Evelien, Legality and Data Protection Law: The Forgotten Purpose of Purpose Limitation, in: Besselink, Leonard/Pennings, Frans/Prechal, Sacha (Hrsg.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, 2011, S. 273-294.
- Brouwer, Evelien, The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal Integrity vs. Political Opportunism? 16. März 2017, https://www.ceps.eu/download/publication/?id=9909&cpdf=Visa%20Code%20CJEU%20E%20Brouwer%20CEPS%20Commentary_0.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Brühl, Jannis, Neue Macht für die obskure Behörde der EU, *Süddeutsche Zeitung* vom 21. November 2018, <https://www.sueddeutsche.de/digital/fluechtlinge-eurodac-eu-datenbanken-migration-ueberwachung-kriminalitaet-1.4219070> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Buerger, Michael/Mazerolle, Lorraine Green, Third-Party Policing: A Theoretical Analysis of an Emerging Trend, *Justice Quarterly* 1998, S. 301-327.
- Bühler, Axel, Hermeneutik, 2008.

- Bull, Hans Peter/Mehde, Veith*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015.
- Bundesverband der Deutschen Industrie*, Studie – Verbraucherleitbild und Positionsbestimmung zum „Mündigen Verbraucher“, 2014.
- Búrca, Gráinne de*, The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights, *European Law Review* 2015, S. 799-810.
- Busse, Carl-David von*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015.
- Butler, Judith*, Bodies That Matter, On the Discursive Limits of „sex“, 1993.
- Butler, Judith*, Gender Trouble, Feminism and the Subversion of Identity, 1999.
- Butler, Judith*, Kontingente Grundlagen: Der Feminismus und die Frage der „Postmoderne“, in: Benhabib, Seyla/Butler, Judith/Cornell, Drucilla/Fraser, Nancy (Hrsg.), Der Streit um Differenz, Feminismus und Postmoderne in der Gegenwart, 1993, S. 31-58.
- Bydlinski, Franz*, Die normativen Prämissen der Rechtsgewinnung, *Rechtstheorie* 1985, S. 1-64.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/ Schiemann, Gottfried/ Wacke, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, Zum 70. Geburtstag, 1999, S. 25-61.
- Carrera, Sergio*, Implementation of EU Readmission Agreements, Identity Determination Dilemmas and the Blurring of Rights, 2016.
- Carrera, Sergio*, On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes, in: Carrera, Sergio (Hrsg.), EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes, 2018, S. 21-59.
- Carrera, Sergio*, The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain : a Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?, *EUI Working Paper RSCAS* 2020/21, S. 1-27.
- Carrera, Sergio/Stefan, Marco/Luk, Ngo Chun/Vosyliute, Lina*, PE 604.943: The Future of the Schengen Area, Latest Developments and Challenges in the Schengen Governance Framework since 2016, Brussels 2018, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604943/IPOL_STU\(2018\)604943_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604943/IPOL_STU(2018)604943_EN.pdf) (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Chetail, Vincent*, Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law, in: Rubio-Marín, Ruth (Hrsg.), Human Rights and Immigration, 2014, S. 19-72.
- Chetail, Vincent*, The Common European Asylum System: Bric-à-brac or System?, in: Chetail, Vincent/Bruycker, Philippe de/Maiani, Francesco (Hrsg.), Reforming the Common European Asylum System, *The New European Refugee Law*, 2016, S. 3-38.
- Cholewinski/Ryszard*, The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy, in: Baldaccini, Anneliese/Guild, Elspeth/Toner, Helen (Hrsg.), Whose Freedom, Security and Justice?, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2007, S. 301-336.

- Clayton, Gina, Textbook on Immigration and Asylum Law, 2016.
- Comte, Françoise, A New Agency Is Born in the European Union: The European Asylum Support Office, EJML 2010, S. 373-405.
- Costello, Cathryn, The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?, EJML 2005, S. 35-70.
- Costello, Cathryn, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law, 2016.
- Costello, Cathryn, UNHCR PPLA/2017/01: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees 2017, www.refworld.org/pdfid/59ad55c24.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Coutin, Susan Bibler, Legalizing Moves, Salvadoran Immigrants' Struggle for U.S. Residency, 2003.
- Coutts, Stephen, Union Citizenship as Probationary Citizenship: Onuekwere, CMLR 2015, S. 531-545.
- Craig, Paul/Búrca, Gráinne de, EU Law, Text, Cases, and Materials, 5. Aufl. 2011.
- Cremer, Hendrik, „... und welcher Rasse gehören Sie an?“, Zur Problematik des Begriffs „Rasse“ in der Gesetzgebung 2009, https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Policy_Paper/policy_paper_10_un_d_welcher_rasse_gehoeren_sie_an.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Danner, Helmut, Methoden geisteswissenschaftlicher Pädagogik, Einführung in Hermeneutik Phänomenologie und Dialektik, 5. Aufl. 2006.
- Dauvergne, Catherine, Making People Illegal, 2008.
- Davitti, Daria, Beyond the Governance Gap: Accountability in Privatized Migration Control, GLJ 2020, S. 487-505.
- Deckert, Martina Renate, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995.
- Dederichs, Mariele, Die Methodik des EuGH, Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, 2004.
- Dederichs, Mariele, Die Methodik des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, EuR, S. 345-359.
- Derrida, Jacques, Force of Law: The „Mystical Foundation of Authority“, in: Cornell, Drucilla (Hrsg.), Deconstruction and the Possibility of Justice, 1992, S. 3-67.
- Derrida, Jacques, Letter to a Japanese Friend, in: Wood, David/Bernasconi, Robert (Hrsg.), Derrida and différance, 1988, S. 1-5.
- Derrida, Jacques, Signatur, Ereignis, Kontext, in: Engelmann, Peter (Hrsg.), Randgänge der Philosophie, 1988, S. 291-314.
- Detjen, Marion, Gewalt ohne Namen, ZEIT Online vom 27. Februar 2017, <https://www.zeit.de/kultur/2017-02/vergewaltigung-opfer-sexuelle-gewalt-opferbegriff-erlbnis-10nach8> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2018.
- Dilthey, Wilhelm, Die Entstehung der Hermeneutik, 1900.

- Dougan, Michael/Dashwood, Alan/ Rodger, Barry/ Spaventa, Eleanor/ Wyatt, Derrick, European Union Law, 6. Aufl. 2013.
- Düvell, Franck, Clandestine Migration in Europe, Social Science Information 2008, S. 479-497.
- Düvell, Franck, Paths into Irregularity: The Legal and Political Construction of Irregular Migration, EJML 2011, S. 275-295.
- ECRE, Broken Promises – Forgotten Principles, An ECRE Evaluation of the Development of EU Minimum Standards for Refugee Protection 2004, https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Broken-Promises-%E2%80%93-Forgotten-Principles-An-ECRE-evaluation-of-the-development-of-EU-minimum-standards-for-refugee-protection_June-2004.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Edwards, Alice, Human Rights, Refugees, and The Right 'To Enjoy' Asylum, International Journal of Refugee Law 2005, S. 293-330.
- EGMR, Guide on Article 6 : Right to a Fair Trial (civil limb) 2013, <https://rm.coe.int/1680700aaf> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Eichenhofer, Eberhard, Einreisefreiheit und Ausreisefreiheit, ZAR 2013, S. 135-142.
- Eichhorst, Werner/Kendzia, Michael/Knuksen, Jonathan Benjamin/Wahl-Brink, Dorit, PE 440.287: The External Dimension of EU Social Policy 2010, http://ftp.iza.org/report_pdfs/iza_report_26.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- El-Ghazi, Mobamad/Fischer-Lescano, Andreas, Rechtfertigung bei Einreisedelikten, Strafverteidiger 2015, S. 386-392.
- Engelmann, Peter, Einführung, in: Engelmann, Peter (Hrsg.), Postmoderne und Dekonstruktion, 2015, S. 5-32.
- Engler, Marcus, Umkämpfte Externalisierung. Zur Dynamik der Diskussionen über regionale ›Ausschiffungszentren‹ und ihrer Folgen für die europäische und globale Flüchtlingspolitik, Z'Flucht 2019, S. 128-145.
- Erb, Volker, Legalität und Opportunität, Gegensätzliche Prinzipien der Anwendung von Strafrechtsnormen im Spiegel rechtstheoretischer, rechtsstaatlicher und rechtspolitischer Überlegungen, 1999.
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max, Strafrechtliche Nebengesetze, 224. Aufl., hrsg. von Peter Häberle, 2019 (zit. als *Bearbeiter*in* in Erbs/Kohlhaas).
- Ernert, Sophia/Böhmer, Tina/Jähnert, Gabriele, Einleitung, in: Zentrum für transdisziplinäre Geschlechterstudien (Hrsg.), Grenzziehungen von „öffentlich“ und „privat“ im neuen Blick auf die Geschlechterverhältnisse, 2017, S. 1-11.
- Eskridge, William, Dynamic Statutory Interpretation, 1994.
- Esser, Josef, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, 1970.
- Euler, Herbert, Interpretation der amerikanischen Verfassung durch die Critical Legal Studies Bewegung, 2001.

- Europäische Datenschutzbeauftragte*, Reflexionspapier zur Interoperabilität von Informationssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts 2017, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-11-16_opinion_interoperability_de_0.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- European Migration Network*, Asylum and Migration Glossary 6.0 2018, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/docs/interactive_glossary_6.0_final_version.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- European Migration Network*, Good Practices in the Return and Reintegration of Irregular Migrants, Member States' Entry Bans Policy and Use of Readmission Agreements between Member States and Third Countries 2014, http://emn.lt/wp-content/uploads/2015/07/emn_study_reentry_bans_and_readmission_agreements_final_december_2014.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion 1/2018: Interoperability and Fundamental Rights Implications 2018, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-opinion-01-2018-interoperability_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion 2/2017: The Impact on Fundamental Rights of the Proposed Regulation on the European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) 2017, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-opinion-02-2017-etias.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Feldman, Stephen*, How to Be Critical, *Chicago-Kent Law Review* 2000, S. 893-912.
- Feldmann, Doris/Schülting, Sabine*, Gegen-den-Strich-Lesen, in: Nünning, Ansgar (Hrsg.), *Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie, Ansätze – Personen – Grundbegriffe*, Fünfte, aktualisierte und erweiterte Auflage 2013, S. 257.
- Ferstman, Carla*, Human Rights Due Diligence Policies Applied to Extraterritorial Cooperation to Prevent „Irregular“ Migration: European Union and United Kingdom Support to Libya, *GLJ* 2020, S. 459-486.
- Fischer-Lescano, Andreas/Horst, Johan*, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK, zur Rechtfertigung von Straftaten bei Flüchtlingseinreisen, *ZAR* 2011, S. 81-90.
- Förster, Till*, Victor Turners Ritualtheorie, *Theologische Literaturzeitung* 2003, S. 703-716.
- Franko Aas, Katja*, 'Crimmigrant' Bodies and Bona Fide Travelers: Surveillance, Citizenship and Global Governance, *Theoretical Criminology* 2011, S. 331-346.
- Gadamer, Hans-Georg*, *Hermeneutik I – Wahrheit und Methode*, 1999.
- Gammeltoft-Hansen, Thomas*, Access to Asylum, *International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, 2011.
- Gammeltoft-Hansen, Thomas*, The Externalisation of European Migration Control and the Reach of International Refugee Law, in: Guild, Elspeth/Minderhoud, Paul (Hrsg.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, 2012, S. 273-298.

- Gammeltoft-Hansen, Thomas/Schechinger, Jessica*, Private Actor Involvement in Migration Management, in: Nollkaemper, Andre/Plakokefalos, Ilias/Schechinger, Jessica (Hrsg.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, 2017, S. 527-555.
- García Andrade, Paula*, EU External Competences in the Field of Migration: How to Act Externally When Thinking Internally, *CMLR* 2018, S. 157-200.
- Garlick, Madeline*, Asylum Legislation in the European Community and the 1951 Convention: Key Concerns regarding Asylum Instruments Adopted in the 'First Phase' of Harmonization, in: Balzacq, Thierry/Carrera, Sergio (Hrsg.), *Security Versus Freedom?, A Challenge for Europe's Future*, 2006, S. 45-59.
- Gasteiger, Carolin*, Eine Welt, in der alle nur noch meinen wollen, *Süddeutsche Zeitung* vom 16. Januar 2018, <https://www.sueddeutsche.de/kultur/unwort-des-jahres-alternative-fakten-kuendigt-den-gesellschaftsvertrag-1.3827379> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Geddes, Andrew*, Europe's Border Relationships and International Migration Relations, *JCMS* 2005, S. 787-806.
- Gemi, Eda*, Albanian Migration in Greece: Understanding Irregularity in a Time of Crisis, *EJML* 2017, S. 12-33.
- Genova, Nicholas de*, Migrant „Illegality“ and Deportability in Everyday Life 2002, S. 419-447.
- Gil-Bazo, María-Teresa*, The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited, *International Journal of Refugee Law* 2006, S. 571-600.
- Gilboy, Janet*, Compelled Third-Party Participation in the Regulatory Process: Legal Duties, Culture, and Noncompliance, *Law & Policy* 1998, S. 135-155.
- Giuffrè, Mariaguglia/Moreno-Lax, Violeta*, The Rise of Consensual Containment, in: Juss, Satvinder Singh (Hrsg.), *Research Handbook on International Refugee Law*, 2019, S. 82-108.
- Goltermann, Svenja*, *Opfer, Die Wahrnehmung von Krieg und Gewalt in der Moderne*, 2017.
- Goodwin-Gill, Guy*, Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection, in: Feller, Erika/Nicholson, Frances/Türk, Volker (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection*, 2003, S. 185-252.
- Goodwin-Gill, Guy*, The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement, *International Journal of Refugee Law* 2011, S. 443-457.
- Goodwin-Gill, Guy/McAdam, Jane*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl. 2007.
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl. 2016.
- Grabitz, Eberhard et al.* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 67. Aufl., 2019 (zit. als *Bearbeiter*in* in Grabitz/Hilf/Nettesheim/Athen).
- Grimm, Dieter*, *Recht und Politik*, *JuS* 1969, S. 501-510.

- Grochtmann, Ansgar, Die Normgeprägtheit des Art. 14 GG, Konsequenzen für die Eigentumsdogmatik, 2. Aufl. 2010.
- Groenendijk, Kees, Legal Concepts of Integration in EU Migration Law, EJML 2004, S. 111-126.
- Grondin, Jean, Einführung in die philosophische Hermeneutik, 2. Aufl. 2001.
- Groß, Thomas, Grund- und menschenrechtliche Grenzen der Migrationssteuerung, JZ 2019, S. 327.
- Grossman, Gene/Helpman, Elhanan, Outsourcing in a Global Economy, Review of Economic Studies 2005, S. 135-159.
- Grundmann, Stefan, „Inter-Instrumental-Interpretation“, Systembildung durch Auslegung im Europäischen Unionsrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2011, S. 882-932.
- Guild, Elspeth, The Europeanisation of Europe's Asylum Policy, International Journal of Refugee Law 2006, S. 630-651.
- Guild, Elspeth/Bigo, Didier, Policing at a Distance: Schengen Visa Policies, in: Guild, Elspeth/Bigo, Didier (Hrsg.), Controlling Frontiers, Free Movement Into and Within Europe, 2005, S. 233-263.
- Guild, Elspeth/Carrera, Sergio/Vosyliute, Lina/Groenendijk, Kees/Brouwer, Evelien/Bigo, Didier/Jeandesboz, Julien/Martin-Mazé, Médéric, PE 571.356: Internal Border Controls in the Schengen Area: is Schengen Crisis-Proof? 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571356/IPOL_STU\(2016\)571356_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571356/IPOL_STU(2016)571356_EN.pdf) (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Guild, Elspeth/Peers, Steve/Tomkin, Jonathan, The EU Citizenship Directive, A Commentary, 2014.
- Guilfoyle, Douglas, Jurisdiction at Sea, Migrant Interdiction and the Transnational Security State, in: Gammeltoft-Hansen, Thomas/Vedsted-Hansen, Jens (Hrsg.), Human Rights and the Dark Side of Globalisation, Transnational Law Enforcement and Migration Control, 2016, S. 114-137.
- Gunneflo, Markus/Selberg, Niklas, Discourse or Merely Noise? Regarding the Disagreement on Undocumented Migrants, EJML 2010, S. 173-191.
- Habel, Marc, Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1997, S. 217-241.
- Häberle, Peter, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ, S. 913-919.
- Hacking, Ian, The Social Construction of What?, 9. Aufl. 2003.
- Hager, Gunter, Rechtsmethoden in Europa, 2009.
- Hailbronner, Kay, Non-Refoulement and Humanitarian Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking., Virginia Journal of International Law 1986, S. 857-896.
- Hailbronner, Kay/Thym, Daniel, Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, NJW 2011, S. 2008-2014.

- Hailbronner, Kay/Thym, Daniel (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, A Commentary, 2. Aufl. (zit. als *Bearbeiter*in* in Hailbronner/Thym).
- Hammarberg, Thomas, „It is Wrong to Criminalize Migration“, EJML 2009, S. 383-385.
- Hannich, Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., 2019 (zit. als *Bearbeiter*in* in Hannich).
- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias/Fuchs, Tobias/Kubicki, Philipp, Europarecht, 10. Aufl. 2016.
- Hathaway, James, Leveraging Asylum, Texas International Law Journal 2010, S. 503-536.
- Hathaway, James, The Rights of Refugees under International Law, 2005.
- Hayes, Ben/Vermeulen, Mathias, Borderline – The EU's New Border Surveillance Initiatives, Assessing the Costs and Fundamental Rights Implications of EURO-SUR and the „Smart Borders“ Proposals 2012, <https://www.statewatch.org/news/2012/jun/borderline.pdf> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Hecker, Jan, Zur Europäisierung des Ausländerrechts, ZAR, S. 46-52.
- Heidegger, Martin, Sein und Zeit, 11. Aufl. 1967.
- Heidegger, Martin, Zeit und Sein (1962), in: Gesamtausgabe, Unveröffentlichte Abhandlungen, Vorträge, Gedachtes, 1975, S. 3-30.
- Heijer, Maarten den, Visas and Non-Discrimination, EJML 2018, S. 470-489.
- Heinrich, Bernd, Verwaltungsakzessorietät des Ausländerstrafrechts und Schleuserkriminalität, ZAR, S. 309-317.
- Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hrsg.), BeckOK StGB, 43. Aufl., 2019 (zit. als *Bearbeiter*in* in Heintschel-Heinegg).
- Heinz, Wolfgang, Kriminalität von Ausländern und von „Menschen mit Migrationshintergrund“ - was meinen wir zu wissen und was wissen wir wirklich?, in: Jochum, Georg/Fritzemeyer, Wolfgang (Hrsg.), Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers, Festschrift für Kay Hailbronner, 2013, S. 845-868.
- Hering, Laura, Fehlerfolgen im europäischen Eigenverwaltungsrecht, Heilung und Unbeachtlichkeit in rechtsvergleichender Perspektive, 2019.
- Hermes, Georg/Wieland, Joachim, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988.
- Hertog, Leonhard den, In Defence of Policy Incoherence – Illustrations from EU External Migration Policy, in: Carrera, Sergio (Hrsg.), EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes, 2018, S. 364-382.
- Herzfeld Olsson, Petra/Fudge, Judy, The EU Seasonal Workers Directive: When Immigration Controls Meet Labour Rights, EJML 2014, S. 439-466.
- Hess, Sabine/Heck, Gerda, Tracing the Effects of the EU-Turkey Deal, The Momentum of the Multi-layered Turkish Border Regime, in: Ataç, Ilker/Heck, Gerda/Hess, Sabine/Kaşlı, Zeynep/Ratfisch, Philipp/Soykan, Cavidan/Yılmaz, Bediz (Hrsg.), Turkey's Changing Migration Regime and its Global and Regional Dynamics, 2017, S. 35-52.

- Heun, Werner, Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers, AöR 1991, S. 185-209.
- Hinterberger, Kevin Fredy, Die Mehrebenendimension aufenthaltsrechtlicher Irregularität, Konzeptionelle Überlegungen zum Auftreten irregulärer Migration in der EU, in: Thym, Daniel/Klarmann, Tobias (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, 2017, S. 155-186.
- Hinterberger, Kevin Fredy, Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen, 2020.
- Hochmann, Thomas, Grundrechte, in: Marsch, Nikolaus/Vilain, Yoan/Wendel, Matthias (Hrsg.), Französisches und Deutsches Verfassungsrecht, Ein Rechtsvergleich, 2015, S. 323-372.
- Hoffmann, Floria, Deadlines: Derrida and Critical Legal Scholarship, in: Goodrich, Peter (Hrsg.), Derrida and Legal Philosophy, 2008, S. 183-200.
- Hoffmann, Jonas, Derridas „Gesetzeskraft“ u.a., KJ 1994, S. 536-542.
- Hofmann, Rainer (Hrsg.), Ausländerrecht, AufenthG, AsylG (AsylVfG), GG, FreizügG/EU, StAG, EU-Abkommen, Assoziationsrecht, 2. Aufl., 2016 (zit. als *Bearbeiter*in* in Hofmann).
- Hofmann, Rainer/Schmidt, Adela, Die Erklärung EU-Türkei vom 18.3.2016 aus rechtlicher Perspektive, NVwZ extra 2016, S. 1-9.
- Hohendorf, Andreas, § 153a I StPO als Radikalmittel zur Bewältigung der „Massen-Bagatellkriminalität“?, NJW 1987, S. 1177-1180.
- Hohendorf, Andreas, Das Opportunitätsprinzip als Magd des Legalitätsprinzips, Zeitschrift für Rechtspolitik 1987, S. 218.
- Höpfner, Clemens/Rüthers, Bernd, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 2009, S. 1-36.
- Hörich, Carsten/Bergmann, Marcus, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 08.12.2014 – 2 BvR 450/11, NVwZ 2015, S. 367-368.
- Horstmann, Markus, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, 2002.
- Hruschka, Constantin, Hot Returns bleiben in der Praxis EMRK-widrig 21. Februar 2020, <https://verfassungsblog.de/hot-returns-bleiben-in-der-praxis-emrk-widrig/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Hruschka, Constantin, Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR 28. Februar 2020, <http://eumigrationlawblog.eu/hot-returns-remain-contrary-to-the-echr-nd-nt-before-the-echr/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Hruschka, Constantin (Hrsg.), Genfer Flüchtlingskonvention, Handkommentar, 2021 (im Erscheinen) (zit. als *Bearbeiter*in* in Hruschka).
- Huber, Berthold/Eichenhofer, Johannes/Endres de Oliveira, Pauline (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz, 2017 (zit. als *Bearbeiter*in* in Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira).
- Itzcovich, Giulio, The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice, GLJ 2009, S. 537-560.

- Jandl, Michael/Vogel, Dita/Iglicka, Krystyna, Report on Methodological Issues 2008, http://clandestino.eliamep.gr/wp-content/uploads/2009/12/clandestino_policy_brief_comparative_size-of-irregular-migration.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Jarass, Hans, Zum Verhältnis von Grundrechtecharta und sonstigem Recht, EuR 2013, S. 29-45.
- Jarass, Hans (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., 2016 (zit. als *Bearbeiter*in* in Jarass).
- Jensen, Ulla Iben, PE 509.986: Humanitarian Visas: Option or Obligation? 2014, http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/eb469bdf-0e31-40bb-8c75-8db410ab13fc/Session_2_-_Study_Humanitarian_visas.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB – Band 8, 3. Aufl., 2018 (zit. als *Bearbeiter*in* in Joecks/Miebach).
- Kahl, Wolfgang, Der Europäische Verwaltungsverbund, Strukturen – Typen – Phänomene, Der Staat 2011, S. 353-387.
- Kant, Immanuel, Kant's gesammelte Schriften – Band XIX, 1984.
- Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz (Hrsg.), EMRK, 2. Aufl., 2015 (zit. als *Bearbeiter*in* in Karpenstein/Mayer).
- Kaspers, Jens, Philosophie – Hermeneutik – Jurisprudenz, Die Bedeutung der philosophischen Hermeneutik Hans-Georg Gadamers für die Rechtswissenschaften, 2014.
- Kaufmann, Arthur, Analogie und „Natur der Sache“, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl. 1982.
- Kaufmann, Arthur, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, Eine Rationale Analyse : Deduktion, Induktion, Abduktion, Analogie, Erkenntnis, Dezision, Macht, 1999.
- Kaunert, Christian/Leonard, Sarah, The European Union Asylum Policy after the Treaty of Lisbon and the Stockholm Programme: Towards Supranational Governance in a Common Area of Protection?, Refugee Survey Quarterly 2012, S. 1-20.
- Kelman, Mark, A Guide to Critical Legal Studies, 1987.
- Kennedy, Duncan, The Structure of Blackstone's Commentaries, Buffalo Law Review 1979, S. 205-385.
- Kimmerle, Heinz, Hermeneutische Theorie oder ontologische Hermeneutik, Zeitschrift für Theologie und Kirche 1962, S. 114-130.
- Kirchhof, Paul, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, Vortrag 14. Februar 1978, 1978.
- Kischel, Uwe, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, S. 380-402.
- Kischel, Uwe, Rechtsvergleichung, 2015.

- Klarmann, Tobias*, Aspekte migrationsspezifischer Illegalisierung im Unionsrecht, in: Thym, Daniel/Klarmann, Tobias (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, 2017, S. 127-154.
- Klarmann, Tobias*, Der Einfluss der Critical Legal Studies in den USA, *GreifRecht*, S. 113-127.
- Klatt, Matthias*, Juristische Hermeneutik, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, S. 224-230.
- Klimas, Tadas/Vaicikaite, Jurate*, The Law of Recitals in European Community Legislation, *Journal of International & Comparative Law* 2008, S. 61-93.
- Kluge, Friedrich/Seebold, Elmar*, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 25. Aufl. 2011.
- Kluth, Christopher*, Die „Schwere der Schuld“ in § 153a StPO, 2016.
- Kluth, Winfried*, Einheitliche Europäische Zuwanderungspolitik, Vertragsrechtliche Grundlagen und Vergleich der politischen Konzeptionen: Legalisierungsmaßnahmen, *ZAR* 2007, S. 20-23.
- Kluth, Winfried*, Grundlagen und Strukturen eines Migrationsfolgenrechts, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2016, S. 1081-1088.
- Kluth, Winfried*, Reichweite und Folgen der Europäisierung des Ausländer- und Asylrechts, *ZAR* 2006, S. 1-8.
- Kluth, Winfried/Heusch, Andreas* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Ausländerrecht*, 23. Aufl., 2019 (zit. als *Bearbeiter*in* in Kluth/Heusch).
- Kochenov, Dimitry/Pirker, Benedikt*, Deporting the Citizens within the European Union: A Counter-Intuitive Trend in Case C-348/09, P.I. v. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, *Columbia Journal of European Law* 2013, S. 369-390.
- König, Magdalena*, The Borders, They Are a-Changin'! The Emergence of Socio-Digital Borders in the EU, *Internet Policy Review* 2016, S. 1-14.
- Koskeniemi, Martti*, Letter to the Editors of the Symposium, *The American Journal of International Law* 1999, S. 351.
- Kostakopoulou-Dochery, Theodora/Ferreira, Nuno*, Testing Liberal Norms: The Public Policy and Public Security Derogations and the Cracks in European Union Citizenship, *Columbia Journal of European Law* 2014, S. 167-191.
- Kotthoff, Helga/Nübling, Damaris*, *Genderlinguistik, Eine Einführung in Sprache, Gespräch und Geschlecht*, 2018.
- Kraler, Albert*, Fixing, Adjusting, Regulating, Protecting Human Rights – The Shifting Uses of Regularisations in the European Union, *EJML* 2011, S. 297-316.
- Kraler, Albert*, Regularization of Irregular Migrants and Social Policies: Comparative Perspectives, *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 2019, S. 94-113.
- Kramer, Dion*, Earning Social Citizenship in the European Union: Free Movement and Access to Social Assistance Benefits Reconstructed, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2016, S. 270-301.
- Kramer, Ernst*, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl. 2016.

- Kramer, Helmut*, Juristische Zeitgeschichte und die Methode der Juristen, in: Justizministerium Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Juristische Zeitgeschichte. Band 2: Perspektiven und Projekte, S. 65-70.
- Krenn, Christoph*, Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13, GLJ 2015, S. 147-167.
- Kritzman-Amir, Tally*, Privatization and Delegation of State Authority in Asylum Systems, Law & Ethics of Human Rights 2011, S. 194-215.
- Krüper, Julian*, Lawfirm – legibus solutus? Legitimität und Rationalität des inneren Gesetzgebungsverfahrens und das ‚Outsourcing‘ von Gesetzentwürfen, JZ 2010, S. 655-662.
- Kubal, Agnieszka*, Conceptualizing Semi-Legality in Migration Research, Law & Society Review 2013, S. 555-587.
- Kubal, Agnieszka*, Socio-Legal Integration, Polish Post-2004 EU Enlargement Migrants in the United Kingdom, 2012.
- Kuijjer, Martin*, The Challenging Relationship between the European Convention on Human Rights and the EU Legal Order: Consequences of a Delayed Accession, The International Journal of Human Rights 2018, S. 1-13.
- La Torre, Massimo/Pattaro, Enrico/Taruffo, Michele*, Statutory Interpretation in Italy, in: McCormick, Neil/Summers, Robert (Hrsg.), Interpreting Statutes, A Comparative Study, 2016, S. 213-256.
- Lang, Alessandra*, The EU Legal Regime of Migration and the External Borders, in: Iliopoulos-Strangas, Julia/Potacs, Michael/Tanasescu, Elena Simina/Ziller, Jacques (Hrsg.), Migration | Migration | Migrations, Neue Herausforderungen für Europa, für die Staatssouveränität und für den sozialen Rechtsstaat | New challenges for Europe, for State Sovereignty and for the Rule of Law and the Welfare State | Nouveaux défis pour l'Europe, la souveraineté de l'État et l'État de droit social, 2017, S. 145-162.
- Larenz, Karl*, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Forsthoff, Ernst/Weber, Werner/Wieacker/Franz (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 291-309.
- Latour, Bruno*, Elend der Kritik, Vom Krieg um Fakten zu Dingen von Belang, 2007.
- Latour, Bruno*, Why Has Critique Run out of Steam?, From Matters of Fact to Matters of Concern, Critical Inquiry 2004, S. 225-248.
- Lauterpacht, Sir Elihu/Bethlehem, Daniel*, The Scope and Content of the Principle of *Non-Refoulement*: Opinion, in: Feller, Erika/Nicholson, Frances/Türk, Volker (Hrsg.), Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection, 2003, S. 87-177.
- Lavenex, Sandra*, EU External Governance in 'Wider Europe', Journal of European Public Policy 2004, S. 680-700.
- Lavenex, Sandra*, Safe Third Countries, Extending the EU Asylum and Immigration Policies to Central and Eastern Europe, 1999.
- Lavenex, Sandra*, Shifting Up and Out, The Foreign Policy of European Immigration Control, West European Politics 2006, S. 329-350.

- Lavenex, Sandra*, The Europeanization of Refugee Policies, Normative Challenges and Institutional Legacies, JCMS 2001, S. 851-874.
- Lavenex, Sandra/Schimmelfennig, Frank*, EU Rules Beyond EU Borders, Theorizing External Governance in European Politics, Journal of European Public Policy 2009, S. 791-812.
- Lax, Violeta Moreno*, Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees, EJML 2008, S. 315-364.
- Lege, Joachim*, „Politeía“, Ein Abenteuer mit Platon, 2013.
- Lehnert, Matthias*, Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen, Verwaltungskooperation – materielle Rechtsgrundlagen – institutionelle Kontrolle, 2014.
- Leisner, Walter Georg*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR, S. 689-707.
- Lenaerts, Koenraad/van Nuffel, Piet/Bray, Robert/Cambien, Nathan*, European Union Law, 3. Aufl. 2011.
- Liguori, Anna*, Migration Law and the Externalization of Border Controls, European State Responsibility, 2019.
- Lindahl, Hans*, A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries, Modern Law Review 2010, S. 30-56.
- Lindahl, Hans*, Border Crossings by Immigrants: Legality, Illegality, and Alegality, Res Publica 2008, S. 117-135.
- Lindahl, Hans*, Fault Lines of Globalization, 2013.
- Lock, Tobias*, EU Accession to the ECHR: Implications for the Judicial Review in Strasbourg, European Law Review 2010, S. 777-799.
- Lodzig, Bennet*, Grundriss einer verantwortlichen Interpretationstheorie des Rechts, Von der juristischen Methodik zum juristischen Postmodernismus, 2015.
- Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, 1996.
- Lorenzmeier, Stefan*, Völkerrechtliche Übereinkommen der Europäischen Union und das ACTA-Übereinkommen, ZJS 2012, S. 322-328.
- Lübbe, Anna*, Der Elefant im Raum 18. Februar 2020, <https://verfassungsblog.de/de-r-elefant-im-raum/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Luhmann, Niklas*, Das Recht der Gesellschaft, 1993.
- Luhmann, Niklas*, Soziale Systeme, Grundriß einer allgemeinen Theorie, 17. Aufl. 2018.
- Lüttringhaus, Jan*, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, Die Verbürgung und Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit im Zusammenspiel von EU-Privatrecht, BGB und ZPO, 2018.
- Lutz, Fabian*, Non-removable Returnees under Union Law: Status Quo and Possible Developments, EJML 2018, S. 28-52.

- Lutz, Fabian*, The Negotiations on the Return Directive, Comments and Materials, 2010.
- Macron, Emmanuel*, Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique 26. September 2017, <https://www.elysee.fr/front/pdf/elysee-module-795-fr.pdf> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Madjarov, Peter*, Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode, GreifRecht 2013, S. 75-90.
- Madjidian, Nassim*, Zivile Seenotrettung vor deutschen Gerichten 13. September 2019, <https://verfassungsblog.de/zivile-seenotrettung-vor-deutschen-gerichten/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Mahlmann, Matthias*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 4. Aufl. 2017.
- Maiani, Francesco*, The Reform of the Dublin System and the Dystopia of 'Sharing People', Maastricht Journal of European and Comparative Law 2017, S. 622-645.
- Mann, Itamar*, Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law, European Journal of International Law 2018, S. 347-372.
- Mansel, Jürgen*, Kriminelle Ausländer? Fremdenfeindlichkeit, Anzeigeverhalten und Kontrollpolitik, in: Heitmeyer, Wilhelm (Hrsg.), Deutsche Zustände – Folge 5, 2007, S. 169-191.
- Marin, Luisa/Spena, Alessandro*, Introduction, The Criminalization of Migration and European (Dis)Integration, EJML 2016, S. 147-156.
- Markard, Nora*, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain 1. April 2020, <http://eumigrationlawblog.eu/a-hole-of-unclear-dimensions-reading-nd-and-nt-v-spain/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Markard, Nora*, Die Bedeutung der Menschenrechte für Migrant*innen in Europa, ZAR 2019, S. 236-241.
- Markard, Nora*, The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries, European Journal of International Law 2016, S. 591-616.
- Markard, Nora/Heuser, Helene*, „Hotspots“ an den EU-Außengrenzen, Menschen- und europarechtswidrige Internierungslager, ZAR 2016, S. 165-172.
- Martens, Sebastian*, Methodenlehre des Unionsrecht, 2014.
- Martens, Sebastian*, Rechtsvergleichung und grenzüberwindende Jurisprudenz im Gemeinschaftsrecht, in: Busch, Christoph/Kopp, Christina/McGuire, Mary-Rose/Zimmermann, Martin (Hrsg.), Europäische Methodik, 2010, S. 27-50.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017.
- Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794 19. Februar 2018, https://www.commissie-meijers.nl/sites/all/files/cm1802_comments_on_com_2017_794.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Meloni, Annalisa*, The Community Code on Visas: Harmonisation at Last?, European Law Review 2009, S. 671-695.

- Menezes Queiroz, Benedita*, Illegally Staying in the EU, An Analysis of Illegality in EU Migration Law, 2018.
- Menjívar, Cecilia*, Liminal Legality: Salvadoran and Guatemalan Immigrants' Lives in the United States, *American Journal of Sociology* 2006, S. 999-1037.
- Menjívar, Cecilia/Kanstroom, Daniel*, Introduction – Immigrant „Illegality“, in: Menjívar, Cecilia/Kanstroom, Dan (Hrsg.), *Constructing Immigrant „Illegality“, Critiques, Experiences, and Responses*, 2014, S. 1-34.
- Mennel, Birgit/Mokre, Monika*, Das große Gefängnis, *Geschichten von Harraga*, 2014.
- Mentzelopoulou, Maria Margarita/Luyten, Katrien*, PE 623.563: Hotspots at EU External Borders – State of Play 2018, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/623563/EPRS_BRI\(2018\)623563_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/623563/EPRS_BRI(2018)623563_EN.pdf) (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Merlino, Massimo/Parkin, Joanna*, Irregular Migration in Europe: EU Policies and the Fundamental Rights Gap 2011, https://migration.etuc.org/en/docs_en/19%20Irregular%20Migration%20in%20Europe_%20EU%20policies%20and%20the%20Fundamental%20Rights%20Gap.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Metzger, Axel*, Extra legem, intra ius, Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht, 2009.
- Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl., 2019 (zit. als *Bearbeiter*in* in Meyer/Hölscheidt).
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/Raumer, Stefan von* (Hrsg.), *EMRK, Handkommentar*, 4. Aufl., 2017 (zit. als *Bearbeiter*in* in Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer).
- Minter, Steffen*, Irregular Immigration, An Economic Analysis of Policies in the EU, 2015.
- Mitsilegas, Valsamis*, The Borders Paradox: The Surveillance of Movement in a Union without Internal Frontiers, in: Lindahl, Hans (Hrsg.), *A Right to Inclusion and Exclusion?, Normative Fault Lines of the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, 2009, S. 33-64.
- Möllers, Thomas*, *Juristische Methodenlehre*, 2017.
- Moreno-Lax, Violeta*, Life After Lisbon: EU Asylum Policy as a Factor of Migration Control, in: Acosta Arcarazo, Diego/Murphy, Cian (Hrsg.), *EU Security and Justice Law, After Lisbon and Stockholm*, 2014, S. 146-167.
- Moreno-Lax, Violeta*, The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, *S.S. and Others v. Italy*, and the „Operational Model“, *GLJ* 2020, S. 385-416.
- Moreno-Lax, Violeta/Lemberg-Pedersen, Martin*, Border-Induced Displacement: The Ethical and Legal Implications of Distance-Creation Through Externalization, *Questions of International Law* 2019, S. 5-33.
- Morgenstern, Christian*, *Alle Galgenlieder*, 1983.
- Morlok, Martin*, Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Rolf (Hrsg.), *Subsumtion, Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre*, 2012, S. 179-214.

- Motomura, Hiroshi*, Immigration Outside the Law, 2014.
- Müller, Felix*, Ökonomische Theorie des Rechts, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009, S. 351-372.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik, Band II – Europarecht, 3. Aufl. 2012.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik, Band I – Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl. 2013.
- Naumann, Kolja*, Art. 52 Abs. 3 GrCh zwischen Kohärenz des europäischen Grundrechtsschutzes und Autonomie des Unionsrechts, EuR 2008, S. 424-435.
- Neier, Christina*, Die Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen im Rahmen des Kernbestandsschutzes, in: Thym, Daniel/Klarmann, Tobias (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, 2017, S. 99-124.
- Neubacher, Alexander*, Trottel als Leitbild, Der Spiegel vom 20. September 2014, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-129456809.html> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Nic Shuibhne, Niamb*, The Resilience of EU Market Citizenship, CMLR 2010, S. 1597-1628.
- Noll, Gregor*, Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?, International Journal of Refugee Law 2005, S. 542-573.
- Noll, Gregor*, The Laws of Undocumented Migration, EJML 2010, S. 143-147.
- Nußberger, Angelika*, Wenn Selbstverständliches nicht mehr selbstverständlich ist: Zum Status quo des Menschenrechtsschutzes in Europa, JZ 2018, S. 845.
- Oliveira, Pauline Endres de*, Legaler Zugang zu internationalem Schutz – zur Gretchenfrage im Flüchtlingsrecht, KJ 2016, S. 167-179.
- Orrenius, Pia/Zavodny, Madeline*, Irregular Immigration in the European Union, FRB of Dallas Working Paper No. 1603 2016, S. 1-29.
- Papoutsis, Anna/Painter, Joe/Papada, Evie/Vradis, Antonis*, The EC Hotspot Approach in Greece: Creating Liminal EU Territory, Journal of Ethnic and Migration Studies 2018, S. 1-13.
- Pechstein, Matthias/Drechsler, Carola*, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Aufl. 2015, S. 125-145.
- Peczenik, Aleksander/Bergholz, Gunnar*, Statutory Interpretation in Sweden, in: MacCormick, Neil/Summers, Robert (Hrsg.), Interpreting Statutes, A Comparative Study, 2016, S. 311-358.
- Peers, Steve*, External Processing of Applications for International Protection in the EU 24. April 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/04/last-autumns-huge-loss-of-lives-near.html> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Peers, Steve*, Justice and Home Affairs Law since the Treaty of Lisbon: A Fairy-Tale Ending?, in: Acosta Arcazo, Diego/Murphy, Cian (Hrsg.), EU Security and Justice Law, After Lisbon and Stockholm, 2014, S. 17-37.

- Peers, Steve/Guild, Elspeth/Acosta Arcarazo, Diego/Groenendijk, Kees/Moreno-Lax, Violeta, EU Immigration and Asylum Law: 2nd, rev. ed Volume 2: EU Immigration Law, 2012.
- Peers, Steve/Hervey, Tamara/Kenner, Jeff/Ward, Angela, The EU Charter of Fundamental Rights, 2014.
- Peters, Anne, There is Nothing More Practical than a Good Theory: an Overview of Contemporary Approaches to International Law, in: Delbrück, Jost/Giegerich, Thomas/Zimmermann, Andreas/Peters, Anne/Wandscher, Christiane/Bank, Roland (Hrsg.), German Yearbook of International Law, 2002, S. 25-37.
- Pichl, Maximilian/Schmalz, Dana, „Unlawful“ may not mean rightless 14. Februar 2020, <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Pinkerton, Charles/McLaughlan, Gail/Salt, John, Home Office Online Report 58/04: Sizing the Illegally Resident Population in the UK (2nd Edition), 2004.
- Posner, Richard, Economic Analysis of Law, 7. Aufl. 2007.
- Potacs, Michael, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, S. 465-488.
- Prelle, Miriam, Opportunität und Konsens: Verfahrensförmige Normsuspensionierung als Hilfe für die Überlast im Kriminaljustizsystem?, KritV 2011, S. 331-364.
- Puppe, Ingeborg, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2014.
- Rabenschlag, David, Leitbilder der Unionsbürgerschaft, 2009.
- Raschka, Johannes, Anspruch von Unionsbürgern auf Zugang zu Sozialleistungen nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH, ZAR 2015, S. 331-337.
- Rausch, Christine, Die rechtliche Behandlung von irregulärer Migration zwischen Migrationskontrolle und Menschenrechten in der Bundesrepublik Deutschland und Europa, 2016.
- Reh, Christine, Is Informal Politics Undemocratic?, Trilogues, Early Agreements and the Selection Model of Representation, Journal of European Public Policy 2014, S. 822-841.
- Reh, Christine/Heritier, Adrienne/Bressanelli, Edoardo/Koop, Christel, The Informal Politics of Legislation, Explaining Secluded Decision Making in the European Union, Comparative Political Studies 2013, S. 1112-1142.
- Reimer, Franz, Juristische Methodenlehre, 2016.
- Reiners, Edgar, Die Normenhierarchie in den Mitgliedstaaten der europäischen Gemeinschaften, Eine rechtsvergleichende Darstellung der Rechtsquellen, der Rangordnung von Rechtsquellen und Rechtsnormen sowie der Normenkontrolle in den Staaten Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Belgien, Luxemburg, Niederlande, Italien, 1971.
- Rigo, Enrica, Citizens Despite Borders: Challenges to the Territorial Order of Europe, in: Squire, Vicki (Hrsg.), The Contested Politics of Mobility, Borderzones and Irregularity, 2011, S. 199-215.
- Rijpma, Jorrit/Cremona, Marise, The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law, EU Working Papers LAW 2007/01, S. 1-24.

- Rodenhauser, Tilman*, Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control, *International Journal of Refugee Law* 2014, S. 223-247.
- Rodin, Siniša*, Useful Effect of the Framework Decision on the European Arrest Warrant, in: Rodin, Siniša/Perišin, Tamara (Hrsg.), *The Transformation or Reconstitution of Europe, The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*, 2018, S. 177-200.
- Rodin, Siniša/Perišin, Tamara*, Transformation or Reconstitution of Europe: The European Critical Legal Studies Perspective, in: Rodin, Siniša/Perišin, Tamara (Hrsg.), *The Transformation or Reconstitution of Europe, The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*, 2018, S. 3-13.
- Rodriguez Iglesias, Gil Carlos*, Reflections on the General Principles of Community Law, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 1998, S. 1-16.
- Roederer-Rynning, Christilla/Greenwood, Justin*, The Culture of Trilogues, *Journal of European Public Policy* 2015, S. 1148-1165.
- Röhl, Klaus Friedrich/Röhl, Hans Christian*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008.
- Rosenow, Kerstin*, The Europeanisation of Integration Policies, *International Migration* 2009, S. 133-159.
- Rötzer, Florian*, *Französische Philosophen im Gespräch*, Baudrillard, Castoriadis, Derrida, Lyotard, Serres, Raulot, Levinas, Virilio, 1986.
- Rytter, Mikkel*, Semi-legal Family Life, Pakistani Couples in the Borderlands of Denmark and Sweden, *Global Networks* 2012, S. 91-108.
- Šadl, Urška*, The Role of Effet Utile in Preserving the Continuity and Authority of European Union Law: Evidence from the Citation Web of the Pre-accession Case Law of the Court of Justice of the EU, *European Journal of Legal Studies* 2015, S. 18-45.
- Sanyal, Mithu*, Du Opfer!, *Die Tageszeitung* vom 13. Februar 2017, <https://taz.de/Beschreibung-sexualisierter-Gewalt/15379541/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Sauer, Heiko*, *Juristische Methodenlehre*, in: Krüper, Julian (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. 2013, S. 172-192.
- Savigny, Friedrich Carl von*, *System des heutigen Römischen Rechts – Erster Band*, 1840.
- Schieber, Julia*, *Komplementärer Schutz*, 2013.
- Schleiermacher, Friedrich*, *Hermeneutik und Kritik*, 1838.
- Schlikker, Michael*, Eine Grenze ist eine Grenze ist keine Grenze? 21. Juni 2018, <https://verfassungsblog.de/eine-grenze-ist-eine-grenze-ist-keine-grenze/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Schmid, Salome*, Zwischen Kriminalisierung und Regulierung: Der schwindende Aktionsradius der zivilen Seenotrettungsorganisationen im Mittelmeer – ein Eingriff in die Vereinigungsfreiheit?, *sui generis* 2018, S. 285-296.
- Schmidt, Adela*, *Die Rückübernahmeabkommen der EU und der Kompetenzkonflikt mit ihren Mitgliedstaaten*, 2016.

- Schmitter, Philippe*, The Influence of the International Context Upon the Choice of National Institutions and Policies in Neo-Democracies, in: Whitehead, Laurence (Hrsg.), The International Dimensions of Democratization, Europe and the Americas, 2001, S. 26-54.
- Schoch, Friedrich*, Gefahrenabwehrmaßnahmen und Opportunitätsprinzip, JuS 1994, S. 754-759.
- Scholten, Sophie*, The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions, 2015.
- Schönknecht, Sabine*, Das Opportunitätsprinzip im französischen Strafverfahren, 1999.
- Schroth, Ulrich*, Juristische Hermeneutik und Norminterpretation, in: Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Saliger, Frank (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl. 2016, S. 243-271.
- Schroth, Ulrich*, Juristische und philosophische Hermeneutik, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Rolf (Hrsg.), Subsumtion, Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, 2012, S. 129-148.
- Schulze Wessel, Julia*, Grenzfiguren – Zur politischen Theorie des Flüchtlings, 2017.
- Schuster, Liza*, Turning Refugees into ‘illegal migrants’, Ethnic and Racial Studies 2011, S. 1392-1407.
- Scott, John/Marshall, Gordon*, A Dictionary of Sociology, 3. Aufl. 2009.
- Seelmann, Kurt/Demko, Daniela*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2014.
- Snell, Jukka*, Do Fundamental Rights Determine the Scope of EU Law?, European Law Review 2018, S. 475-476.
- Sommer, Jan*, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht, 2016.
- Spaventa, Eleanor*, Fundamental Rights in the European Union, in: Barnard, Catherine/Peers, Steve (Hrsg.), European Union Law, 2. Aufl. 2017, S. 227-309.
- Spijkerboer, Thomas*, Bifurcation of People, Bifurcation of Law: Externalization of Migration Policy before the EU Court of Justice, Journal of Refugee Studies 2018, S. 216-239.
- Spijkerboer, Thomas*, The Global Mobility Infrastructure: Reconceptualising the Externalisation of Migration Control, EJML 2018, S. 452-469.
- Steblick, Václav*, Discretion of Member States Vis-à-vis Public Security: Unveiling the Labyrinth of EU Migration Rules, International and Comparative Law Review 2017, S. 127-142.
- Stelten, Lukas*, Gerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich, 2018.
- Streinz, Rudolf*, Europarecht, 10. Aufl. 2016.
- Stumpf, Juliet*, The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power, American University Law Review 2006, S. 367-419.
- Swider, Katja/Heijer, Maarten den*, Why Union Law Can and Should Protect Stateless Persons, EJML 2017, S. 101-135.
- Takle, Marianne*, Migration and Asylum Statistics as a Basis for European Border Control, Migration Studies 2017, S. 267-285.

- Tan, Nikolas Feith/Gammeltoft-Hansen, Thomas*, A Topographical Approach to Accountability for Human Rights Violations in Migration Control, *GLJ* 2020, S. 335-354.
- Teitgen-Colly, Catherine*, The European Union and Asylum: An Illusion of Protection, *CMLR* 2006, S. 1503-1566.
- Theurer, Sarina*, Der Khartum-Prozess. Europäische Krisenpolitik am Horn von Afrika, *KJ* 2018, S. 280-294.
- Thielemann, Eiko*, How Effective are National and EU Policies in the Area of Forced Migration?, *Refugee Survey Quarterly* 2012, S. 21-37.
- Thym, Daniel*, A Bird's Eye View on ECJ Judgments on Immigration, Asylum and Border Control Cases, *EJML* 2019, S. 166-193.
- Thym, Daniel*, A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions' 17. Februar 2020, <http://eumigrationlawblog.eu/a-restrictionist-revolution-a-counter-intuitive-reading-of-the-ecthrs-n-d-n-t-judgment-on-hot-expulsions/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Thym, Daniel*, Deciphering the Role of Migration Law in the Social Construction of 'Otherness', in: Jesse, Moritz (Hrsg.), *European Societies, Migration, and the Law. The 'Others' amongst 'Us'*, im Erscheinen.
- Thym, Daniel*, Die Migrationspolitik braucht ein neues Leitbild, *FAZ* vom 17. Juni 2019, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/warum-die-migrationspolitik-ein-leitbild-braucht-16239596.html> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Thym, Daniel*, Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?, *NVwZ* 2013, S. 889-896.
- Thym, Daniel*, Die völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Union, *ZaöRV* 2006, S. 863-925.
- Thym, Daniel*, EU Migration Policy and its Constitutional Rationale: A Cosmopolitan Outlook, *CMLR* 2013, S. 709-736.
- Thym, Daniel*, EuGH-Judikatur zum Migrationsrecht aus der Vogelperspektive (Teil 1), *ZAR* 2019, S. 1-7.
- Thym, Daniel*, Geordnete Rückkehr und Bleiberechte im Dschungel des Migrationsrechts, *ZAR* 2019, S. 353-363.
- Thym, Daniel*, Mehr Schein als Sein? 24. September 2020, <https://verfassungsblog.de/mehr-schein-als-sein/> (letzter Abruf am 7. Oktober 2020).
- Thym, Daniel*, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts?, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2006, S. 541-554.
- Thym, Daniel*, Migrationsfolgenrecht, *VVDStRL* 2017, S. 169-216.
- Thym, Daniel*, Migrationssteuerung im Einklang mit den Menschenrechten, Anmerkungen zu den migrationspolitischen Diskursen der Gegenwart, *ZAR* 2018, S. 193-200.
- Thym, Daniel*, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010.
- Thym, Daniel*, Respect For Private And Family Life Under Article 8 ECHR In Immigration Cases: A Human Right To Regularize Illegal Stay?, *ICLQ* 2008, S. 87.

- Thym, Daniel*, Sollbruchstellen des deutschen, europäischen und internationalen Flüchtlingsrechts, 2019.
- Thym, Daniel*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286 v. 13.3.2019 (u.a.). 30. Mai 2019, <https://www.bundestag.de/resource/blob/645296/d1dbb4c966cf2d99585fa4ee376b48dc/A-Drs-19-4-287-E-data.pdf> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- Thym, Daniel*, Unionsbürgerfreiheit und Aufenthaltsrecht, ZAR 2014, S. 220-227.
- Thym, Daniel*, When Union Citizens Turn into Illegal Migrants: The Dano Case, *European Law Review* 2015, S. 249-262.
- Trevisanut, Seline*, The Principle of Non-Refoulement and the De-Territorialization of Border Control at Sea, *Leiden Journal of International Law* 2014, S. 661-675.
- Triandafyllidou, Anna/Ilios, Maria*, Irregular Migration in Europe in the Early 21st Century, in: Triandafyllidou, Anna (Hrsg.), *Irregular Migration in Europe, Myths and Realities*, 2010, S. 1-21.
- Tridimas, Takis*, *The General Principles of EU Law*, 2. Aufl. 2007.
- Turner, Victor*, Liminalität und Communitas, in: Belliger, Andréa/Krieger, David J. (Hrsg.), *Ritualtheorien, Ein einführendes Handbuch*, 2. Aufl. 2003, S. 251-262.
- Turner, Victor*, *The Forest of Symbols, Aspects of Ndembu Ritual*, 1970.
- Tushnet, Mark*, Critical Legal Theory, in: Golding, Martin Philip/Edmundson, William Atkins (Hrsg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, 2005, S. 80-89.
- Uerpmann-Witzack, Robert*, EGMR billigt Festung Europa mit Toren 14. Februar 2020, <https://voelkerrechtsblog.org/egmr-billigt-festung-europa-mit-toren/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- UNHCR*, Border Fences and Internal Border Controls in Europe 2017, <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/55249> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- UNHCR*, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 2011.
- UNHCR*, Moving Further Toward a Common European Asylum System, UNHCR's Statement on the EU Asylum Legislative Package 2013, <https://www.unhcr.org/protection/operations/51b7348c9/moving-further-toward-common-european-asylum-system-unhcrs-statement-eu.html> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
- UNHCR*, *The Core International Human Rights Treaties*, 2014.
- UNHCR*, *UNHCR's Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, 1999.
- van Gennep, Arnold*, *Übergangsriten, Les rites de passage*, 1999.
- van Hear, Nicholas/Bakewell, Oliver/Long, Katy*, Push-Pull Plus: Reconsidering the Drivers of Migration, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 2018, S. 927-944.

- Verschueren, Herwig*, Free Movement or Benefit Tourism: The Unreasonable Burden of Brey, EJML 2014, S. 147-179.
- Vesting, Thomas*, Rechtstheorie, 2007.
- Vogenaier, Stefan*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001.
- Vollmer, Bastian*, Policy Discourses on Irregular Migration in Germany and the United Kingdom, 2014.
- Vofskuhle, Andreas*, Das Leitbild des „europäischen Juristen“, Gedanken zur Juristenausbildung und zur Rechtskultur in Deutschland, Rechtswissenschaft 2010, S. 326-346.
- Vofskuhle, Andreas*, Duldung rechtswidrigen Verwaltungshandelns?, Zu den Grenzen des Opportunitätsprinzips, Die Verwaltung 1996, S. 511-538.
- Vofskuhle, Andreas*, Verwaltungsrecht & Verwaltungswissenschaft = Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, BayVBl 2010, S. 581-589.
- Vultejus, Ulrich*, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip, Zeitschrift für Rechtspolitik 1999, S. 135-137.
- Waasdorp, Jim/Pahladsingh, Aniel*, Expulsion or Imprisonment? Criminal Law Sanctions for Breaching an Entry Ban in the Light of Crimmigration Law, BJCLCJ 2017, S. 247.
- Wagner, Gerhard*, Heuristiken und Urt.sverzerrungen in Konfliktsituationen, ZZP, S. 5-39.
- Wehr, Matthias*, Rechtspflichten im Verfassungsstaat, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte der Dogmatik öffentlich-rechtlicher Pflichten Privater, 2005.
- Weigend, Thomas*, Das „Opportunitätsprinzip“ zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1997, S. 103-121.
- Wilhelmsson, Thomas*, The Average European Customer: A Fiction?, in: Wilhelmsson, Thomas/Paunio, Elina/Pohjolainen, Annika (Hrsg.), Private Law and the Many Cultures of Europe, 2007, S. 243-268.
- Wittmann, Philipp/Röder, Sebastian*, Aktuelle Rechtsfragen der Ausbildungsduldung gem. § 60 c AufenthG, ZAR, S. 412-426.
- Wolff, Sarah*, The Mediterranean Dimension of EU's Internal Security, in: Balzacq, Thierry (Hrsg.), The External Dimension of EU Justice and Home Affairs, Governance, Neighbours, Security, 2009, S. 154-183.
- Wróblewski, Jerzy*, Statutory Interpretation in Poland, in: MacCormick, Neil/Summers, Robert (Hrsg.), Interpreting Statutes, A Comparative Study, 2016, S. 257-310.
- Zapata-Barrero, Ricard*, The External Dimension of Migration Policy in the Mediterranean Region, Premises for Normative Debate, Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos 2013, S. 1-36.
- Zima, Peter*, Die Dekonstruktion, Einführung und Kritik, 1994.

Literaturverzeichnis

Zippelius, Reinhold, Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen, in: Bockelmann, Paul/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 224-242.

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996.