

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 migrationsspezifischen Illegalisierungen hat.⁶

Ein weiterer spezieller Aspekt migrationsspezifischer 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

Migrationsspezifische 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 migrationsspezifischer 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 eingeengt 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 dargestellt 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 Migranten/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 nur *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 (migrationsspezifischer 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 migrationsspezifischer 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 migrationsspezifischer 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 Kooption 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 migrationsspezifischen 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 Einschränkung 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.