

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 migrations-spezifischer 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 migrationsspezifischer 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.

zugrundeliegenden 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 zugeordnet, 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 Englisch.

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 *European critical legal thought*), siehe hierzu Kapitel 2 § 3 III.

185 Siehe statt vieler nur Sauer, in: Kriiper (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 „Versteinierung“ 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); sowie 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 „Versteinierung“ 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 Vogenauer, 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 *Rodriguez 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 Rechtsprechungsnaehweise 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 *Vogenauer*, 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; *Vogenauer*, 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 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 *Vogenauer*, 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 *Vogenauer*, 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 mitgliedsstaatliche 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 *Vogenauer*, 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 *Vogenauer*, 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 *Vogenauer*, 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 *Vogenauer*, 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 Kompetenzausweitung 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, *Bauhuis* (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 angezeigt, 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*, „Politeia“.

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: *Hilgendorff/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. Gadamers Hermeneutik

Das 1960 erschienene Werk „Wahrheit und Methode“ von *Gadamer* stellt einen der einflussreichsten Beiträge zur Hermeneutik dar.³⁰⁰ Das revolutionäre an *Gadamers* 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 *Gadamers* 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 Unionsrechts, S. 119.

305 Siehe *Mahlmann*, 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.

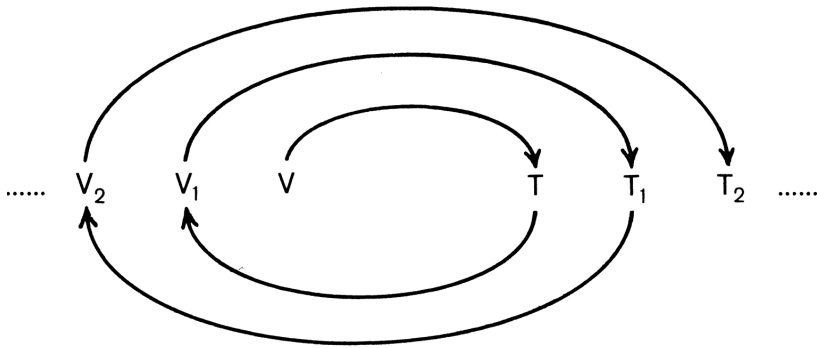


Abbildung 1: Danner, 2006³⁰⁷

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 *Bydliński*, 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 (*hodós*) „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 Bedeutungskriterien 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 ebenso wenig 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*, 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 bedauerndswert, 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 Wunschvorstellung, 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 „fairy“ 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 (zumindest 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 benachteiligenden 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 migrationsspezifischen Komponente, andererseits in Bezug auf die untersuchte Regelungsebene.

1. Migrationsspezifische 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 migrationsspezifischer 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 Voßkuhle, 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 *Voßkuhle*, 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 Baer 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 Voßkuhle 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 *Voßkuhle* 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, wenngleich 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 *Voßkuhle* 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 *Voßkuhle*, Rechtswissenschaft 2010, S. 326-346 (335 und 346).

389 Siehe *Voßkuhle*, 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 (*oîkos*) „Haus“ und νόμος (*nómos*) „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 *Mahlmann*, 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.).