

Exzerpt: Die (De-)Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten im Unionsrecht

Der Ausgangspunkt der Untersuchung ist die binäre Einteilung von Migration und Migrant*innen in „legal“ und „illegal“. ¹⁴⁴³ Diese Dichotomie ist (auch) auf Unionsebene fest etabliert. ¹⁴⁴⁴ Die Entwicklung des Unionsrechts zur illegalisierten Migration ist dabei geprägt von der Idee eines „Kampfes“ gegen „illegale Migration“. ¹⁴⁴⁵

Illegalität entzieht sich jedoch einer phänomenologischen Betrachtung. „Illegale“ Migrant*innen oder „illegale“ Migration sind keine faktischen Gegebenheiten, sondern werden durch verschiedene Regelungen und Prozesse konstruiert. Die Arbeit dekonstruiert die Vorstellung von „illegaler Migration“ oder „illegalen“ Migrant*innen als faktische Gegebenheiten, indem sie die zugrundeliegenden Prozesse herausarbeitet und analysiert und somit die Konstruiertheit als solche, sowie deren spezifische Prägung herausstellt.

Anders als es die binäre Einteilung in „legal“ und „illegal“ suggeriert, gibt es unterschiedliche Formen von Illegalisierungen. Im Bereich der Migration existiert nicht der eine „Code“, der allein über Legalität und Illegalität entscheidet; die einzelnen Illegalisierungen sind komplex und vielschichtig. Die deshalb gebotene Zerlegung migrationspezifischer Illegalitäten in die verschiedenen Illegalisierungen bricht dabei – inhaltlich wie sprachlich – die monolithische Vorstellung von Illegalität auf und betont die Konstruiertheit im Rahmen von (Illegalisierungs-)Prozessen. Der erste Schritt der Dekonstruktion besteht somit darin, festzustellen, dass dem Konstrukt der „illegalen Migration“ nicht ein schlichter, binärer „Code“ zugrunde liegt, sondern vielmehr eine Vielzahl von Illegalisierungsprozessen.

Der nächste Schritt der Dekonstruktion besteht darin, die verschiedenen Illegalisierungen zu untersuchen. Um dabei dem Ziel einer möglichst umfassenden kritischen Bestandsaufnahme gerecht zu werden, ist ein entsprechend „breiter“ Analyseansatz notwendig. Nur so können die Vielfältigkeit der Illegalisierungen und deren Komplexität nachvollzogen werden.

1443 Siehe Einleitung.

1444 Siehe Kapitel 3 § 1 I. und Kapitel 1.

1445 Siehe Kapitel 3 § 2.

Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass sich die verschiedenen Illegalisierungen jeweils auf bestimmte Kontexte beziehen. Es werden stets nur einzelne Aspekte illegalisiert. Insbesondere betrifft dies die Einreise und den Aufenthalt der betroffenen Personen. Es können aber auch andere Aspekte betroffen sein wie beispielsweise Beschäftigungsverhältnisse.

Die einzelnen Aspekte werden dabei nicht immer vollumfänglich illegalisiert. Vielmehr sind die Illegalisierungen in der Regel inhaltlich oder zeitlich beschränkt bzw. bedingt. Die einzelnen Illegalisierungen unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich des Umfangs der Illegalisierung, sondern auch mit Blick auf deren Intensität. Die Divergenz der Illegalisierungen zeigt sich beispielsweise bei den unterschiedlichen Illegalisierungen der Einreise je nach Herkunftsland. Aber auch bei den Einschränkungen des Aufenthalts wird hinsichtlich der Aufenthaltsdauer und der damit einhergehenden Rechte auf vielfältige Weise differenziert.¹⁴⁴⁶ Es besteht also ein komplexes Geflecht von „Teil-Illegalisierungen“, welche einzelne Aspekte in unterschiedlicher Intensität betreffen.

Weil stets nur einzelne Aspekte illegalisiert werden, und dies in der Regel jeweils nicht vollumfänglich geschieht, ist die undifferenzierte Bezeichnung als „illegal“ stark vereinfacht und ungenau. Sofern eine pauschale Zuschreibung verwendet wird, welche sich an dem Ergebnis und nicht an den Prozessen orientiert, wäre es daher zutreffender, von „semi-legaler“ Migration bzw. „semi-legalen“ Migrant*innen zu sprechen.¹⁴⁴⁷

Damit jedoch nicht lediglich die Ausschnitthaftigkeit der Illegalisierung im Ergebnis betont wird, sondern auch die Konstruiertheit durch die zugrundeliegenden Prozesse, verwendet die vorliegende Untersuchung die Beschreibung als „illegalisiert“. Diese hat zusätzlich den Vorzug, dass sie unintendierte performative Wirkungen vermeidet, indem die Betroffenen nicht mit dem Merkmal als „illegal“ (oder auch nur als „semi-legal“) versehen und durch eine wiederholte Attribuierung als entsprechende Subjekte konstruiert werden.¹⁴⁴⁸

Während die einzelnen Illegalisierungen also fragmentarisch bleiben, finden sie doch dahingehend umfassende Anwendung, dass bei einem entsprechend weiten Verständnis von Illegalisierung, wie es der vorliegenden Arbeit zugrunde liegt,¹⁴⁴⁹ letztlich jegliche Form der Migration in irgendeiner Weise, zumindest in Teilen, von Illegalisierungen betroffen ist. Es

1446 Siehe insbesondere Kapitel 3 § 1 III, Kapitel 4 § 1 und Kapitel 4 § 5.

1447 Siehe Kapitel 1 § 7 IV.

1448 Siehe Kapitel 2 § 3 IV. 2.

1449 Siehe Kapitel 1 § 6.

gibt demnach keine (gänzlich) „legale“ Migration, weshalb sich auch die Beschreibung als „nicht-illegalisiert“ lediglich auf einzelne Aspekte oder Bereiche beziehen kann, nicht auf Migrationsformen als solche – denn auch eine „nicht-illegalisierte Migration“ existiert nicht. Die umfassende Illegalisierung jeglicher Migration zeigt sich deutlich am bidirektionalen „Prozess des Statuswandels“ und der damit einhergehenden Möglichkeit des Statusverlusts, welcher als Damoklesschwert über jeder Migrationsbiographie schwebt.

Als Zwischenergebnis der Dekonstruktion kann daher festgehalten werden, dass letztlich jede Form der Migration von Illegalisierungen erfasst wird, aber stets nur in Teilen illegalisiert wird.

Die spezifischen „Teil-Illegalisierungen“ führen in den unterschiedlichen Konstellationen zu verschiedenen Grenz- und Graubereichen. Um ein differenziertes Verständnis für die Graubereiche der (Il-)Legalität zu entwickeln, hilft es, sich mit Begriffen auseinanderzusetzen, die Grenz- und Graubereiche zu beschreiben versuchen. Die Diskussionen rund um die verschiedenen *topoi*, unter denen rechtliche Graubereiche verhandelt werden, eröffnen neue Blickwinkel, welche bei einer Konzeptualisierung helfen. Während die Beschreibungen als Schwellenlegalität, A-Legalität oder Semi-Legalität neue Kategorisierungsmöglichkeiten terminologischer Art anbieten, eröffnen die zugrundeliegenden Überlegungen zur jeweiligen Konzeptualisierung darüber hinaus interessante Perspektiven. Ferner lassen sich Parallelen zu anderen Regelungskontexten erkennen, wie beispielsweise zwischen der Strafverfolgung und der Migrationssteuerung im Rahmen der Diskussion um die Anwendung des Opportunitätsprinzips im Zusammenhang mit verschiedenen Formen der Legalitätsdevianz.¹⁴⁵⁰

Für den nächsten Schritt der Dekonstruktion, die Untersuchung der einzelnen Illegalisierungen, sind zunächst einige Vorüberlegungen anzustellen.

Der dekonstruktive Ansatz der Arbeit zielt auf eine „rekonstruierende, kritische Bestandsaufnahme des Vorhandenen“, welche die Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten offenlegt und Graubereiche sowie Zwischenräume hervorhebt.¹⁴⁵¹ Dies erfolgt nicht in der Absicht, eine Antwort auf die Frage, was „illegale Migration“ ist, zu geben oder gar einen „neuen“, „besseren“ oder „sinnvolleren“ Entwurf davon zu entwickeln. Vielmehr sollen Fragen aufgeworfen werden und bestehende Zusammenhänge und Widersprüche gesucht werden. Auch werden dabei keine „zerstöre-

1450 Siehe Kapitel 1 § 7.

1451 Siehe Kapitel 2 § 3 IV. und Kapitel 2 § 4.

rischen“ Ambitionen verfolgt, sondern vielmehr versucht, „Verdeckungen“ oder „Verschleierungen“ abzubauen, abzutragen oder aufzulösen. Es soll ein Blick „hinter die Fassade“ geworfen werden bzw. die zugrundeliegende Konstruktion – im wahrsten Sinne des Wortes – „ent-hüllt“ werden.

Die Auseinandersetzung mit den klassischen Methoden in der Rechtswissenschaft dient dazu, die Grundlage für eine kritische Rekonstruktion zu schaffen, welche vielfach nur unter Rückgriff auf die klassischen Auslegungsmethoden möglich ist. Die Ausführungen dienen jedoch zugleich auch dazu, das spezifische Vorverständnis des Verfassers offenzulegen und bewusst zu machen. Die Ausführungen zur Hermeneutik erläutern die Bedeutung des Vorverständnisses und bilden die Grundlage für das letztlich gewählte dekonstruktive Vorgehen. Sie sind insofern ein wichtiges Bindeglied bei der Herleitung des methodischen Ansatzes.

Um den facettenreichen Untersuchungsgegenstand zu konkretisieren, wird er auf migrationsspezifische Kontexte beschränkt und der Untersuchungsschwerpunkt auf das Unionsrecht gelegt.

Die bei der Konzeption der Arbeit gewählten Perspektiven wurden als strukturgebend für migrationsrechtliche Entwicklungen analysiert und spiegeln sich daher auch in der Struktur der Untersuchung wider. Sie sind für die Analyse von Struktur und Entwicklung im Rahmen der Arbeit besser geeignet als andere Begriffe wie Modelle, Typen oder Leitbilder und umfassen eine nützlichkeitsorientierte, ökonomische Betrachtung, einen neutralen Ordnungsblickwinkel und eine altruistisch geprägte, humanitäre Perspektive. Da die Entwicklung des Migrationsrechts im Spannungsfeld zwischen diesen Perspektiven stattfindet, welches sich als Dialektik des Migrationsrechts beschreiben lässt,¹⁴⁵² dienen diese dazu, die migrationsrechtliche (Gesamt-)Konstruktion und die einzelnen Konstruktionselemente besser zu verstehen. Sie stellen einen „roten Faden“ dar, welcher sich durch die bisherigen Entwicklungen zieht und zukünftige Entwicklungen leiten wird.¹⁴⁵³

Die Differenzierung zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen ist von grundlegender Bedeutung für die Konstruktion illegalisierter Migration. Während für Drittstaatsangehörige ein „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ gilt, ist für Unionsbürger*innen eine „generelle Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt“ vorgesehen.¹⁴⁵⁴ Dieser nach Staatsangehörigkeiten differenzierte Regelungsansatz schreibt sich in den verschiedenen

1452 Siehe Kapitel 2 § 4 III.

1453 Siehe Kapitel 2 § 4 II.

1454 Siehe Kapitel 3 § 1 III.

Konstruktionselementen fort und lässt sich damit als eine Grundprogrammierung begreifen. Er ist daher im Aufbau der Arbeit als grundlegender Aspekt der Analyse im Sinne eines Vorzeichens „vor die Klammer gezogen“. Gleiches gilt für die Untersuchung des (Il-)Legalitäts-Dualismus im europäischen Migrationsrecht, welcher die Relevanz der für die Arbeit zentralen Unterscheidung von „legaler“ und „illegaler“ Migration aufzeigt, sowie für den primärrechtlichen Ausgangspunkt, welcher die weitgehend im Sekundärrecht ausgestalteten Konstruktionselemente prägt und dessen Genese Einblicke in das konkrete „Ringen“ der Perspektiven gewährt.

Der Überblick über die Entwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene unter Fokussierung der illegalisierten Migration ist zur Kontextualisierung der Analyse ebenfalls als Vorzeichen vorangestellt.

Die Analyse der einzelnen Konstruktionselemente steht im Zentrum der Arbeit. Sie dient dazu, darzulegen, *dass* und vor allem *wie* Illegalitäten produziert werden, und damit illegalisierte Migration zu dekonstruieren. Die Darstellung der Konstruktionselemente orientiert sich am Ablauf illegalisierter Migrationsbiographien.

Migrationskontrollinstrumente bestimmen wann, wo und wie Migrant*innen mit der Staatsgewalt und dem Migrationsrechtsregime konfrontiert werden.¹⁴⁵⁵ Sie fungieren als „Transmissionsriemen“, welche die normativen Vorgaben der Rechtsordnung in die Praxis übersetzen und sind daher von herausragender Bedeutung für die Konstruktion illegalisierter Migration. Neben den weiterhin bedeutsamen physischen (Grenz-)Kontrollen an den Außengrenzen haben Kontrollen an den Binnengrenzen, teils in Form von wirkungsgleichen Polizeikontrollen, in den vergangenen Jahren eine Renaissance erlebt. Außerdem gewinnen die stetig wachsenden informationstechnischen Systeme und Datenbanken im Rahmen der Migrationskontrolle zunehmend an Bedeutung. Die Anzahl der erfassten Personen und gespeicherten Daten steigt und die Zugriffsmöglichkeiten werden kontinuierlich erweitert. Die neueren Migrationskontrollinstrumente sind dabei an einer spezifischen Permeabilität orientiert, welche eine stärkere Differenzierung zwischen gewollten und ungewollten Migrationen ermöglichen soll. Dieser differenzierte Ansatz hat jedoch nicht nur eine erhöhte „Durchlässigkeit“ in bestimmten Fällen zur Folge. Wie sich an der Einführung des ETIAS-Reisegenehmigungserfordernisses für visumsbefreite Drittstaatsangehörige zeigt,¹⁴⁵⁶ führt die Ausdiffe-

1455 Siehe Kapitel 4 § 1.

1456 Siehe Kapitel 4 § 1 III. 1. h).

renzung auch zu neuen Hürden für zuvor privilegierte Personengruppen.

Neben der Einrichtung neuer Systeme und Datenbanken wird auf Unionebene zudem verstärkt auf eine Verknüpfung der bestehenden Systeme hingearbeitet. Das Ergebnis ist eine immer umfassendere (digitale) Dokumentation und Kontrolle von Migration. Der massive Ausbau der digitalisierten Migrationsinstrumente führt in Kombination mit den verstärkten Grenzkontrollen zu einer Vervielfachung von Kontrollpunkten, welche die Wirkung von Illegalisierungen erheblich verstärken, da erst die Kontrollen die normativen Vorgaben in der Praxis verankern. Insofern steigen das Ausmaß und die Intensität migrationsspezifischer Illegalisierungen mit dem Ausbau der Migrationskontrollen.

Inwieweit sich der Ausbau der IT-Systeme tatsächlich auf Migrationsbewegungen auswirkt, lässt sich hingegen nur schwer feststellen. Das Konfliktpotenzial zwischen den digitalisierten Migrationskontrollinstrumenten und den Vorgaben des Datenschutzes ist indes beachtlich und wird durch den Interoperabilitätsansatz noch verstärkt.

Die qualitative Entwicklung der informationstechnischen Systeme führt dabei auch zu einer individualisierten Migrationskontrolle, da automatisierte Bewertungen und Risikoanalysen zunehmend die Einteilung anhand der Herkunftsländer ablösen.

Eng verknüpft mit den Migrationskontrollinstrumenten sind die verschiedenen Formen der Externalisierung, welche die Außendimension, also den Regelungs- und Wirkungsbereich außerhalb der EU, in die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierungen integrieren.¹⁴⁵⁷ Diese lassen sich in autonome und kooperative Externalisierungen unterscheiden, je nachdem, ob die betroffenen Drittstaaten involviert sind oder nicht. Wie die (klassischen) Migrationskontrollinstrumente haben auch Externalisierungen Einfluss auf Zeit, Ort und Form des Zusammentreffens von Staatsgewalt und Migration bzw. Migrant*innen.

Mit der Verlagerung in die Außendimension gehen vielfältige Gefährdungen der demokratischen Legitimation einher, welche als kritisches Merkmal bei der Konstruktionsanalyse der damit in Verbindung stehenden Illegalisierungsprozesse zu berücksichtigen sind. Zunächst werden mit der „Fernsteuerung“ im Rahmen der Externalisierungen die Maßnahmen aus dem Blick der mitgliedstaatlichen Gesellschaften genommen und eine kritische Auseinandersetzung in der demokratischen Öffentlichkeit erschwert. Außerdem deuten die kompetenzrechtlichen Problemlagen, wel-

1457 Siehe Kapitel 4 § 2.

che mit der Verlagerung in die Außendimension einhergehen, auf legitimatorische Defizite hin. Dies gilt sowohl für die beschriebenen Informalisierungstendenzen, als auch für die fragwürdigen Handlungsqualifikationen wie beispielsweise bei der EU-Türkei-Erklärung oder dem großzügigen Rückgriff auf das Konzept der „impliziten externen Kompetenzen“. Zur Dekonstruktion illegalisierter Migration gehört es auch, entsprechende Entdemokratisierungstendenzen in der Entwicklung der Illegalisierungsprozesse aufzuzeigen.

Das breite Spektrum der im Rahmen einer Dekonstruktion zu berücksichtigenden Konstruktionselemente zeigt sich bei der Einbeziehung von Nicht-Migrant*innen in den migrationspezifischen Illegalisierungskontext.¹⁴⁵⁸ Diese erfolgt einerseits dadurch, dass die Hilfen zur Ein- und Durchreise sowie zum Aufenthalt kriminalisiert werden, wobei sich diverse Spannungslagen mit dem Pönalisierungsverbot aus der GFK ergeben. Andererseits werden nichtstaatliche Akteur*innen einbezogen, was sich an der Übertragung hoheitlicher Aufgaben an Arbeitgebende und Beförderungsunternehmen exemplifizieren lässt.

Diese Dimension migrationspezifischer Illegalisierungen droht bei einer Fokussierung auf Migrant*innen übersehen zu werden. Sie ist jedoch in zweierlei Hinsicht relevant für die Dekonstruktion: Erstens erweitert sich der Kreis der involvierten Akteur*innen und betroffenen Personen, die im Rahmen der Untersuchung zu berücksichtigen sind. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der vorherrschenden Rechtsauffassung, welche trotz des Pönalisierungsverbotes aus Art. 31 Abs. 1 GFK an einer Strafbarkeit der Beihilfe zur illegalisierten Einreise festhält sowie Begleitdelikte umfassend ausschließt und somit einer möglichen Einschränkung von Illegalisierungen in diesem Zusammenhang entgegensteht.

Zweitens kommt es in diesem Zusammenhang zu eigenständigen Teil-Illegalisierungen der betroffenen „Gehilfen“, Arbeitgebenden und Beförderungsunternehmen, welche spezifische Zwischenstufen der Illegalisierung und besondere Formen der Konstruktionen illegalisierter Subjekte, beispielsweise als „Schleuser“, zur Folge haben.

Da ferner weder ein Konsens über die Zurechnung der Handlungen nichtstaatlicher Akteur*innen an die Staaten noch über die direkte Bindung nichtstaatlicher Akteur*innen an menschenrechtliche Vorgaben besteht, drohen bei der Übertragung von Aufgaben an Private menschenrechtliche Schutzlücken zu entstehen und die damit einhergehenden Grenzen der Illegalisierung umgangen zu werden. Dies gilt umso mehr

1458 Siehe Kapitel 4 § 3 II.

vor dem Hintergrund der Verstärkung der Illegalisierungstendenz in diesem Zusammenhang dadurch, dass Beförderungsunternehmen keine Sanktionen drohen, wenn sie Personen nicht befördern, sondern nur wenn sie gegen ihnen auferlegte Überprüfungspflichten verstoßen und Personen ohne die erforderlichen Dokumente befördern.

Die für die Dekonstruktion zu berücksichtigende Vielfältigkeit migrationspezifischer Illegalisierungen zeigt sich auch in deren Streuung in Regelungsbereiche mit vordergründig anderen Zielsetzungen.¹⁴⁵⁹ Die Sanktionierung von Arbeitgebenden, die illegalisierte Migrant*innen beschäftigen, dient dazu, Anreize für illegalisierte Migration zu verringern. Das Netz von Verbindungsbeamten*innen diente bis zur Neufassung der VerbindungsbeamtenVO im Mai 2019 primär der Bekämpfung illegalisierter Migration. Auch die Datenübermittlungspflichten von Beförderungsunternehmen sind tatsächlich nicht allein mit der neutralen Ordnungsperspektive zu begründen. Ihre Zweckbestimmung ist vielmehr die Verbesserung der Grenzkontrollen und der Bekämpfung illegalisierter Migration. Diese Beispiele für die Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen verdeutlichen noch ein Mal, dass sich eine Untersuchung illegalisierter Migration nicht auf die sekundärrechtlichen Regelungen zur Einreise und zum Aufenthalt beschränken darf, wenn sie die zugrundeliegenden komplexen Konstruktionszusammenhänge darstellen will. Anhand der Neukonzeption des Netzes der Verbindungsbeamten*innen¹⁴⁶⁰ zeigt sich ferner anschaulich wie sich die Dominanz der Perspektiven innerhalb eines Regelungsinstrumentes verschieben kann. Außerdem unterstreichen die Regelungsverlagerungen in die neue FrontexVO die Notwendigkeit eines breiten horizontalen Analyserahmens, um die Verschiebungen rekonstruieren zu können.

Ein besonders einprägsames Beispiel für die Nützlichkeitsorientierung im europäischen Migrationsrecht ist die Instrumentalisierung von Personen im Rahmen der Regelungen zum Umgang mit Menschen, die Opfer von Menschenhandel geworden sind, oder zu Migrant*innen in illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen.¹⁴⁶¹ Die darin vorgesehenen Unterstützungen und Schutzvorschriften werden an dahinterstehende staatliche Interessen gekoppelt. Daraus lässt sich auf eine deutliche Dominanz der Nützlichkeitsorientierung über die humanitäre Perspektive schließen. Da sich diese Form der Instrumentalisierung von an sich besonders schutzbedürftigen Personen in verschiedenen Regelungskontexten wiederfindet,

1459 Siehe Kapitel 4 § 3 I.

1460 Siehe Kapitel 4 § 3 I. 2.

1461 Siehe Kapitel 4 § 4.

lässt sie sich nicht als Einzelfall in der Konstruktion des europäischen Migrationsrechts abtun. Sie ist im Rahmen der Dekonstruktion vielmehr als wiederkehrendes Strukturmerkmal oder eben bewusstes Konstruktionselement anzusehen.

Dem Aufenthaltsrecht kommt in der Illegalitätskonstruktion eine zentrale Rolle zu.¹⁴⁶² Aufenthaltsrechtliche Beschränkungen bestehen dabei nicht nur für Drittstaatsangehörige. Auch der Aufenthalt von Unionsbürger*innen kann illegalisiert werden. Gleiches gilt für andere Personengruppen, die grundsätzlich von Illegalisierungen weitgehend verschont werden, wie beispielsweise Studierende aus Drittstaaten. Die Möglichkeit, dass deren Aufenthalt in bestimmten Konstellationen dennoch illegalisiert wird, verdeutlicht einmal mehr, wie vielfältig die aufgedeckten Illegalisierungen sind und wie viele Aspekte dementsprechend bei einer Dekonstruktion zu berücksichtigen sind.

In den Einschränkungen der Freizügigkeitsrechte und des Status von Unionsbürger*innen tritt dabei erneut eine starke Nützlichkeitsorientierung hervor, da die Illegalisierung des Aufenthalts stark von ökonomischen Kriterien abhängt – vor allem im besonders relevanten Aufenthaltszeitraum zwischen dem vierten Monat und dem sechsten Jahr. Darin spiegelt sich der Wandel in der Subjektkonstruktion der Unionsbürger*innen von eigenständigen Träger*innen von Freiheitsrechten hin zu ökonomisch aktiven Marktteilnehmer*innen im Sinne von „Marktbürger*innen“.

Außerdem lässt sich an verschiedenen Konstellationen aufzeigen, dass die (Il-)Legalitäts-Dichotomie selbst im beschränkten Rahmen des Aufenthaltsrechts im engeren Sinne eine Illusion ist. Nicht nur die binäre Einteilung von Migration und Migrant*innen in „legal“ oder „illegal“ im Allgemeinen lässt sich somit schwerlich aufrechterhalten, sondern auch die binäre Einteilung eines einzelnen Aspekts – des Aufenthalts – stößt an ihre Grenzen.

Dass sich selbst die Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Aufenthalts nur schwer eindeutig beantworten lässt, zeigt sich eindrücklich an den Beispielen der Nicht-Rückführbarkeit und der divergierenden bzw. konfligierenden Rechtslagen auf formeller und materieller Ebene.

Da der andauernde „Prozess des Statuswandels“ zudem nicht nur die Möglichkeit einer Statusverfestigung beinhaltet, sondern immer auch die eines Statusverlusts, lässt sich aus dem Aufenthaltsrecht mitnichten eine klare Einteilung von Migrant*innen als „legal“ oder „illegal“ ableiten. Es lassen sich vielmehr lediglich verschiedene Formen und Intensitäten der Il-

1462 Siehe Kapitel 4 § 5.

legalisierung im Aufenthaltsrecht ausmachen, welche sich als Kontinuum darstellen. Die Schwierigkeit einer Zuordnung von aufenthaltsrechtlichen Situationen in eine binäre Einteilung lässt sich besonders anschaulich an den neuen Formen der Duldung im deutschen Recht exemplifizieren. Die Ausbildungs- und die Beschäftigungsduldung eröffnen als „verkappte Aufenthaltstitel“ Bleibeperspektiven und Möglichkeiten zur Aufenthaltsverfestigung, lassen die Ausreisepflicht jedoch nicht entfallen. Damit werden nicht nur neue Zwischenstufen und -formen der Illegalisierung geschaffen, in ihnen zeigt sich ferner ein interessantes Perspektivenkonglomerat, in dem auch unterschiedliche Nützlichkeitserwägungen miteinander in Konflikt geraten.

Ferner sind aus dekonstruktiver Sicht diejenigen Situationen aufschlussreich, in denen die formelle und die materielle Rechtslage divergieren, da hier das konservierende Interesse der neutralen Ordnungsperspektive mit den intendierten Revisionen in Konflikt gerät, welche sich aus der nützlichkeitsorientierten oder der humanitären Perspektive ableiten. Insofern zeigt sich wie die widerstreitenden Perspektiven zu illegalisierten Zwischenformen führen, welche der Dialektik des Migrationsrechts Ausdruck verleihen.

Auch die korrespondierenden De-Illegalisierungen lassen sich vor dem Hintergrund des Statuswandels sinnvollerweise in Form eines Kontinuums darstellen.¹⁴⁶³ Vor dem Hintergrund, dass eine binäre Einteilung in „legale“ und „illegale“ Aufenthalte illusorisch ist, sind auch die verschiedenen Formen der De-Illegalisierungen niemals absolut. Sie stellen vielmehr unterschiedliche Gestaltungen der Statusverbesserung dar, ohne dass die Stärkung der Rechtsposition hierfür ein festgesetztes Niveau erreichen müsste.

Dabei stellt sich regelmäßig die Frage, ob De-Illegalisierungen gänzlich im Ermessen der Staaten liegen oder auch aus menschenrechtlichen Verpflichtungen herrühren. Insbesondere in Fällen der Nicht-Rückführbarkeit lässt sich zudem auch aus der in der RückführungsRL konkretisierten Systematik des Migrationsrechts der EU eine Pflicht zur De-Illegalisierung ableiten. Für die Dekonstruktion der Illegalisierungen ist insbesondere die komplementäre Einordnung von De-Illegalisierungen in einem Kontinuum relevant. Die Diskussion um eine Verpflichtung zur De-Illegalisierung aus der Systematik der RückführungsRL heraus veranschaulicht darüber hinaus die Relevanz der klassischen Methoden im Rahmen einer Dekonstruktion.

1463 Siehe Kapitel 4 § 6.

Ein weiteres Konstruktionselement von besonderem Interesse ist der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit,¹⁴⁶⁴ welcher sich quer durch die verschiedenen migrationsrechtlichen Regelungen zieht und nicht nur zugangs- und aufenthaltsbezogene Einschränkungen mit sich bringt, sondern eine Vielzahl weiterer Einschränkungen rechtfertigt, welche von Haft(-bedingungen) über Verfahrensrechte bis zu verlängerten Einreiseverboten reichen. Im Rahmen der Konstruktionsanalyse stellt sich der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit daher als eine flächendeckende Illegalisierungsreserve dar. Da die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht ferner in der Anwendung teilweise zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen unterscheidet, zeigt sich darin auch eine Fortschreibung der Grundprogrammierung. Auch die entwicklungsleitenden Perspektiven kommen zum Ausdruck. Das Instrument als solches und sein weiter Anwendungsbereich verdeutlichen die Nützlichkeitsorientierung; die – wenngleich teils unterschiedlich hohen – Anforderungen für die jeweiligen Einschränkungen lassen sich hingegen auf humanitäre Erwägungen zurückführen. Die Regelungen zur öffentlichen Ordnung und Sicherheit sind daher als horizontales Querschnittsinstrument für die Dekonstruktion illegalisierter Migration im Unionsrecht gleichermaßen bedeutsam wie aufschlussreich. Bei der Analyse des unionsrechtlichen Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und dessen kontextabhängiger Ausgestaltung, insbesondere auch durch die Rechtsprechung des EuGH, zeigt sich zudem in besonderem Maße die Bedeutung der klassischen Auslegungsmethoden als Grundlage der Dekonstruktion.

Schließlich stellen auch die chronologisch am Schluss einer Migrationsbiographie stehenden Einreiseverbote ein wesentliches Konstruktionselement dar, da sie die Illegalisierungen perpetuieren und den Illegalisierungskontext somit zeitlich über den Zeitpunkt der Ausreise bzw. der Rückkehr der betroffenen Personen erstrecken.¹⁴⁶⁵ Die strafrechtliche Sanktionierbarkeit von Verstößen gegen Einreiseverbote weist zudem auf die konzeptionelle Verschmelzung migrationsrechtlicher und strafrechtlicher Regelungsbereiche hin.

Der umfangreichen und vielschichtigen Konstruktion illegalisierter Migration werden durch die Menschenrechte Grenzen gesetzt.¹⁴⁶⁶ Diese Grenzziehungsfunktion ist für die (De-)Konstruktion der Illegalitäten von

1464 Siehe Kapitel 4 § 7.

1465 Siehe Kapitel 4 § 8.

1466 Siehe Kapitel 5.

herausragender Bedeutung. Die verschiedenen Menschenrechtsabkommen begrenzen jedoch nicht nur die Möglichkeiten der Illegalisierung, sondern bilden darüber hinaus einen normativen Rahmen, der auch innerhalb der gesetzten Grenzen wirkt. Dadurch, dass die Menschenrechte nicht nur Grenzen ziehen, sondern auch in die verschiedenen Regelungskomplexe hineinwirken und somit die humanitäre Perspektive darin etablieren, entsteht die dialektische Spannung im Migrationsrecht.

Für das europäische Migrationsrecht sind insbesondere die GRC und der EMRK relevant. Während deren Garantien weitgehend deckungsgleich sind, kann es aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte im Anwendungsbereich zu Abweichungen kommen. Insbesondere die Anwendbarkeit außerhalb der mitgliedstaatlichen Hoheitsgebiete unterscheidet sich, wobei das Abstellen auf die Hoheitsgewalt im Rahmen der EMRK in anderen Konstellationen zur Anwendung führen kann als das Kriterium der Durchführung von Unionsrecht im Rahmen der GRC. Beide Instrumente und deren jeweilige Entwicklung sind somit auch für sich allein genommen für den Konstruktionszusammenhang relevant. Daneben finden auch die Vorgaben aus der GFK Beachtung, da sich die EU zu deren Respektierung verpflichtet hat, obwohl sie nicht direkt daran gebunden ist.

Die zentralen Pfeiler des Menschenrechtsschutzes im Bereich der Migration sind das Refoulement-Verbot und der Schutz des Familien- und Privatlebens. Aufgrund des absoluten Schutzes vor Folter aus Art. 3 EMRK stellt das Refoulement-Verbot dabei die widerstandsfähigste Grenze dar. Das Recht auf Familien- und Privatleben ist hingegen vor allem wegen seines in der Rechtsprechung des EGMR entwickelten sehr weitreichenden und vielfältigen Schutzbereichs bedeutsam.

Während das Recht auf Ausreise zwar konzeptionell von Bedeutung ist, in der Praxis jedoch eine untergeordnete Rolle spielt, ist darüber hinaus die Bedeutung der Verfahrensgarantien im Migrationsrecht, auch in praktischer Hinsicht, nicht zu unterschätzen.

Es lässt sich daher zusammenfassen, dass sich unter dem Deckmantel der Illegalität tatsächlich eine Vielzahl verschiedener Prozesse findet, welche Menschen und Migrationsbewegungen in spezifischen Kontexten illegalisieren und damit migrationsspezifische Illegalitäten produzieren. Die aus verschiedenen Illegalisierungen zusammengesetzte Konstruktion, die sich hinter dem Begriff der illegalen Migration verbirgt, ist vielfältig, vielschichtig und komplex.

Um es noch einmal auf den Punkt zu bringen: Menschen werden in migrationspezifischen Kontexten auf vielfältige Weise illegalisiert. Sie selbst sind jedoch niemals illegal.