

Kapitel 1 Terminologie: Aufarbeitung, Kritik und Adaption der Begriffsdiversität

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 1 Übersicht über die Begriffslandschaft

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

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

46 Siehe nur Art. 1 der VerbindungsbeamtenVO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2 Auseinandersetzung mit den Begrifflichkeiten

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

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

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

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

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

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

§ 3 Verwendungskontexte

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4 Warum „illegalisierte“ Migration?

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

I. Fokusverschiebung zum gesellschaftlichen Prozess

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

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

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

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

II. Vermeidung unintendierter performativer Wirkungen

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

III. Entkräftung sprachökonomischer Erwägungen

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

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

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

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

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

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

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

§ 5 Erwiderung auf die Kritik an der verwendeten Begrifflichkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 6 Die Definition der illegalisierten Migration

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

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

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

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

76 Art. 3 Nr. 2 RückführungsRL.

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

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

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

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

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

Man könnte insoweit von einem weiten Illegalisierungsbegriff sprechen.

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

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

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

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

§ 7 *Topoi der Grenz- und Graubereiche*

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

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

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

I. Illegale (Staats-)Bürgerschaft

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Schwellen-, Grenz- oder Liminalitäts-Legalität

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. A-Legalität

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

107 Siehe § 527 BGB.

108 Siehe Kapitel 3 § 1 III.

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

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

IV. Semi-Legalität

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Legalitätsdevianz und Opportunität

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

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

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

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

129 Siehe Kapitel 1 § 4 I. und II.

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

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

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

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

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

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

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

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

133 Siehe § 153 und 153d StPO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

149 Siehe Kapitel 1 § 4 I.

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

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

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

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

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

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

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