

D. Die Verwaltungsakzessorietät des Migrationsstrafrechts

Verwaltungsakzessorietät meint eine insbesondere¹³⁰⁹ im Nebenstrafrecht verbreitete Gesetzgebungstechnik, bei der die Voraussetzungen der Strafbarkeit sich nicht vollständig aus der Strafnorm selbst ergeben, sondern erst unter Einbeziehung der verwaltungsrechtlichen Rechtslage. Dabei kann nochmals¹³¹⁰ zwischen der Verwaltungsrechtsakzessorietät, bei der die Strafnorm auf verwaltungsrechtliche Normen und damit deren Voraussetzungen verweist, sowie der Verwaltungsaktsakzessorietät, bei der die Frage der Strafbarkeit letztlich von der Gestaltung der Verwaltungsrechtslage durch eine Einzelverfügung (Verwaltungsakt) abhängig ist, unterschieden werden.¹³¹¹ Möglich und verbreitet ist auch eine Kombination aus Verwaltungsrechts- und -aktsakzessorietät, wenn nämlich die Strafnorm auf verwaltungsrechtliche Normen Bezug nimmt, die wiederum durch Verwaltungsakt für den Einzelfall konkretisiert werden müssen.¹³¹² Dabei kann ein fehlender oder vorhandener Verwaltungsakt entweder strafbegründend wirken, wenn etwa sein (Nicht-)Vorliegen Strafbarkeitsvoraussetzung ist, aber auch legalisierend, wenn etwa sein Vorliegen bewirkt, dass das Verhalten als (formal) verwaltungsrechtmäßig gilt. Schwierigkeiten wirft mitunter die Frage auf, wie weit die Verwaltungsakzessorietät im Einzelnen reicht (dazu sogleich I.).

Verwaltungsrechtsakzessorische Strafnormen sind zugleich sogenannte Blankettstrafgesetze, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Gesetzgeber die Unrechtsbeschreibung des Tatbestandes partiell oder vollständig durch einen (dynamischen) Verweis auf Vorschriften desselben, eines anderen Gesetzes oder andere Rechtsvorschriften (Verordnungen, Richtlinien der Europäischen Union) ersetzt.¹³¹³ Der Eintritt der Rechtsfolge ist dann (auch) von Vorgaben außerhalb der Strafnorm selbst abhängig, ergibt sich also erst in einer Zusammenschau aus Strafvorschrift und Ver-

1309 Aus dem StGB siehe etwa §§ 324 ff. StGB, dazu Heger, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, 177 ff.; MK-StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2022, § 324 Rn. 42.

1310 Darüber hinaus ist eine begriffliche Akzessorietät oder eine Akzessorietät zu gerichtlichen Entscheidungen oder Verwaltungsverträgen möglich, hier jedoch nicht von Bedeutung.

1311 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 17; Cornelius, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 21; Heger, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, 177; Heinrich, ZAR 2005, 309; Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 834.

1312 Vgl. Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 107; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 61.

1313 BVerfGE 14, 245, 252; 87, 399, 407; 143, 38, 56; BVerfG NVwZ-RR 2020, 569, 572; Cornelius, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 37 f.; Dietmeier, Blankettstrafrecht, 2002, 11 ff.; Ernst, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 39 ff.; Hörich/Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 13; Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 819; Kuhl, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 172 ff.; Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 41; Roxin/Greco, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 110; Waldhoff, FS Ignor, 2023, 211; siehe auch schon Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, 5.

waltungsrechtslage.¹³¹⁴ Der Rückgriff auf Blankettstrafgesetze ist gesetzesökonomisch betrachtet sinnvoll, vermeidet redundante und potenziell widersprüchliche Regelungen innerhalb desselben Gesetzes und verschafft dem Gesetzgeber eine gewisse Flexibilität bei der Rechtsanpassung.¹³¹⁵ Allerdings fordert diese Gesetzgebungstechnik durch die Externalisierung der unrechtsdeterminierenden Merkmale – und damit der Strafbarkeitsvoraussetzungen – das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG heraus.¹³¹⁶ Dies gilt im Kontext des Migrationsstrafrechts gleich in zweierlei Hinsicht: Zunächst greifen hier die aus der allgemeinen Diskussion bekannten Bedenken gegen Blanketttatbestände. Hinzu tritt, dass der Adressatenkreis migrationsstrafrechtlicher Vorschriften gerade nicht Experten der Verwaltungsrechtsmaterie umfasst, wie dies in anderen Bereichen des Nebenstrafrechts der Fall ist, und noch nicht einmal Deutsche, deren Grundkenntnisse des Staats- und Rechtswesens gewissermaßen fingiert werden, jedenfalls wenn die allgemeinen Maßstäbe für die Gesetzesbestimmtheit betrachtet werden. Vielmehr handelt es sich zu einem Großteil um Personen ohne engen Bezug zur Bundesrepublik und ihrem Rechtssystem – im Falle von Flüchtlingen zudem um Personen, die regelmäßig nicht den Zugang zu entsprechenden Informationsressourcen haben werden. Dementsprechend stellt sich die Frage, ob die Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit insoweit abhängig vom Adressatenkreis zu modifizieren sind (dazu unten II.).

I. Bedeutung und Reichweite der Verwaltungsakzessorietät im Migrationsstrafrecht

Im Migrationsstrafrecht findet sich eine Vielzahl verwaltungsrechtsakzessorischer Tatbestände.¹³¹⁷ So nehmen mit Ausnahme des § 95 Abs. 1 Nr. 8 (Ausländergeheimbündelei) und Abs. 2 Nr. 2 (Erschleichen von Aufenthaltstiteln) sämtliche Tatbestandsvarianten des § 95 AufenthG hinsichtlich des unrechtsbegründenden Verstoßes Bezug auf andere Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes oder anderer Verwaltungsgesetze (etwa § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III). In gleicher Weise ist § 85 AsylG strukturiert. Aber auch der Tatbestand des § 96 AufenthG und seine (Erfolgs-) Qualifikationen in § 97 AufenthG sind letztlich verwaltungsakzessorisch, weil sie jeweils einen Verstoß gegen das Aufenthaltsrecht durch einen anderen voraussetzen. So bestimmt § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG, dass „mit Freiheitsstrafe [...] oder mit Geldstrafe [...] bestraft [wird], wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hil-

1314 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 61; *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 819; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 173 f.; *Waldhoff*, FS Ignor, 2023, 211.

1315 Vgl. auch *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 26 ff.; *Dietmeier*, Blankettstrafrecht, 2002, 8 ff.; *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 60 f.; *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 819 f.; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 174.

1316 Dazu grundlegend *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, passim.

1317 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 61; *Hörich/Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 13, 31.

fe leistet, eine Handlung nach § 95 Abs.1 Nr.3 oder Abs.2 Nr.1 Buchstabe a zu begehen [...]“, wobei die in Bezug genommene Strafvorschrift des § 95 Abs.1 Nr.3 AufenthG ihrerseits auf § 14 Abs.1 Nr.1 oder 2 AufenthG verweist, der – wiederum unter Bezugnahme auf weitere Regelungen des Aufenthaltsgesetzes, die Aufenthaltsverordnung und letztlich das Unionsrecht – bestimmt, wann die Einreise eines Ausländers unerlaubt ist. Bei der Beurteilung der Strafbarkeit nach den migrationsstrafrechtlichen Tatbeständen ist also in zahlreichen Fällen auf verwaltungsrechtliche Regelungen zu rekurren. Es handelt sich um verwaltungsrechtsakzessorische Blanketttatbestände.

Die Tatbestände des Migrationsstrafrechts sind aber vielfach auch verwaltungsakzessorisch, weil sie entweder an Verstöße gegen Einzelverfügungen anknüpfen oder das Nichtvorliegen eines Aufenthaltstitels voraussetzen. Das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts und dessen Ausgestaltung ist damit für die Frage der *Tatbestandsmäßigkeit* unmittelbar relevant. In der ersten Konstellation (Verstöße gegen Einzelverfügungen) ergibt sich die Verbotsnorm¹³¹⁸ erst in einer Zusammenschau von Straftatbestand und Einzelverfügung („Du sollst nicht gegen das behördliche Verbot, dich politisch zu betätigen, verstoßen“, § 95 Abs.1 Nr.4 i.V.m. § 47 Abs.1 Satz 2 AufenthG). In der zweiten Konstellation (Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts als Strafbarkeitsvoraussetzung) ergibt sich die Verbotsnorm bereits aus einer Zusammenschau von Straftatbestand und in Bezug genommenem Verwaltungsrecht („Du sollst nicht ohne einen Aufenthaltstitel, den du nach geltendem Recht benötigst, in das Bundesgebiet einreisen“, § 95 Abs.1 Nr.3 i.V.m. § 14 Abs.1 Nr.2 i.V.m. § 4 AufenthG). Das Vorliegen eines den Aufenthaltstitel gewährenden Verwaltungsakts führt daher zum Entfallen des Tatbestandes und damit zu einer Legalisierung des Verhaltens.

Während schlicht verwaltungsrechtsakzessorische Tatbestände aufgrund der Bezugnahme auf gesetzlich bestimmte Voraussetzungen keine größeren Anforderungen an die Rechtsanwendung (wohl aber in verfassungsrechtlicher Perspektive hinsichtlich ihrer Bestimmtheit, dazu unten II.) stellen, werfen verwaltungsakzessorische Tatbestände mitunter intrikate Fragen der Reichweite der Akzessorietät auf. Zu klären sind insbesondere drei Fallkonstellationen: Die Auswirkungen der Fehlerhaftigkeit belastender Verwaltungsakte auf die Strafbarkeit des Betroffenen (dazu 1.), die Auswirkungen der Fehlerhaftigkeit begünstigender Verwaltungsakte auf ihre Legalisierungswirkung (dazu 2.) und das Eingreifen der Legalisierungswirkung bei Vorliegen der Erteilungsvoraussetzungen trotz formal fehlenden Verwaltungsakts (dazu 3.).

1318 Vgl. zur Unterscheidung von Verbots- und Sanktionsnormen *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 433 ff.

1. Belastende Verwaltungsakte

Belastende Verwaltungsakte sind solche, die den Betroffenen in seinen Rechten einschränken, indem ihm eine Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht auferlegt oder er sonst in seinen Rechtsgütern beschränkt wird.¹³¹⁹ Im Bereich des Migrationsstrafrechts sind dies etwa das Verbot der Ausreise (§ 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 AufenthG), die Beschränkung oder Untersagung der politischen Betätigung (§ 47 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AufenthG), die behördlich auferlegte Meldepflicht (§ 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG), die Pflicht zur Wohnungsnahme (§ 56 Abs. 3 AufenthG, § 60 Abs. 2 Nrn. 1, 3 AsylG) oder zum Umzug (§ 60 Abs. 2 Nr. 2 AsylG), das Kontakt- oder Kommunikationsverbot (§ 56 Abs. 4 AufenthG) oder die angeordnete räumliche Beschränkung (§ 61 Abs. 1c AufenthG, § 59b Abs. 1 AsylG). Daneben sind aber auch die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis beziehungsweise ihrer Verlängerung oder die Ablehnung eines Asylantrags als belastende Verwaltungsakte einzuordnen. Da mit der Ablehnung eine Ausreisepflicht einhergeht (§ 50 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 67 AsylG)), resultiert bei fortgesetztem Aufenthalt – nach Ablauf einer Ausreisefrist und sofern keine Duldung (§ 60a AufenthG) erfolgt – aus der ablehnenden Entscheidung eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Gleiches gilt im Falle einer Ausweisung (§ 53 AufenthG i.V.m. § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) oder einer Abschiebungsanordnung (§ 58a AufenthG i.V.m. § 51 Abs. 1 Nr. 5a AufenthG).¹³²⁰

Um eine strafbarkeitsbegründende Wirkung entfalten zu können, muss ein solcher Verwaltungsakt zunächst wirksam¹³²¹ und im vollstreckungsrechtlichen Sinne¹³²² vollziehbar sein. Letzteres ist der Fall, wenn der Verwaltungsakt unanfechtbar (formell) bestandskräftig¹³²³ geworden ist, wenn sein sofortiger Vollzug im Sinne

1319 Vgl. *Pietzcker/Marsch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht/VwGO*, 45. EL 2024, § 42 Rn. 7.

1320 Zu diesem Zusammenhang auch *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 126 f.

1321 Die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes setzt zunächst eine Bekanntgabe des Verwaltungsaktes voraus, wobei der Verwaltungsakt nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder erledigt sein darf (§ 43 Abs. 1 und 2 VwVfG). Die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes entfällt bei seiner Nichtigkeit (§§ 43 Abs. 3, 44 VwVfG). Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Verwaltungsakts im Einzelnen vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, 10. Aufl. 2023, § 43 Rn. 163 ff.

1322 Vgl. § 6 Abs. 1 VwVG.

1323 Die formelle Bestandskraft eines Verwaltungsakts, gegen den ein Widerspruch statthaft ist (§ 68 Abs. 1 VwGO), tritt grundsätzlich (aber vgl. § 58 Abs. 2 VwGO) mit fruchtlosem Ablauf der Widerspruchsfrist, also einen Monat nach Bekanntgabe, ein (§ 70 Abs. 1 VwGO) oder, für den Fall der erfolglosen Durchführung eines Widerspruchsverfahrens, mit fruchtlosem Ablauf der Klagefrist von einem Monat nach Zustellung des Widerspruchsbescheids (§ 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Ist die Klage im ersten Rechtszug erfolglos, endet die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist des gegen die abweisende Entscheidung gegebenen Rechtsmittels, sofern nicht die Behörde die Vollziehung bis zur Unanfechtbarkeit ausgesetzt hat oder das Rechtsmittelgericht auf Antrag anordnet, dass die aufschiebende Wirkung fort dauert (§ 80b VwGO). Mit Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts in Folge eines rechtskräftigen klageabweisenden Urteils endet die aufschiebende Wirkung endgültig (§ 80b Abs. 1 Satz 1 VwGO). Ist der Widerspruch nicht statthaft, wird der Verwaltungsakt mit Ablauf der einmonatigen Klagefrist, die durch Bekanntgabe des Verwaltungsakts ausgelöst wird

des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet worden ist oder wenn Rechtsmittel – wie in § 84 Abs. 1 AufenthG für Widersprüche und Klagen gegen zahlreiche Verwaltungsentscheidungen angeordnet und im Asylgesetz als Grundsatz etabliert (§ 75 AsylG)¹³²⁴ – keine aufschiebende Wirkung zeitigen (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO).¹³²⁵ Das Erfordernis der Vollziehbarkeit ergibt sich dabei bereits aus dem Gesetz (etwa § 95 Abs. 1 Nrn. 2 lit. a), 4, 6b AufenthG, § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG), ist aber in der Rechtsprechung und der strafrechtlichen Literatur auch als allgemeiner Grundsatz hinsichtlich verwaltungsaktsakzessorischer Strafvorschriften anerkannt.¹³²⁶ Mangels Wirksamkeit (§ 43 Abs. 3 VwVfG) können im Sinne des § 44 VwVfG nichtige Verwaltungsakte dagegen keine strafbewehrte Pflicht auslösen.¹³²⁷

Sofern der Verwaltungsakt allerdings „lediglich“ rechtswidrig ist, bleibt seine Wirksamkeit unberührt. Es stellt sich mithin die Frage, ob ein rechtswidriger Verwaltungsakt Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit des vom Verwaltungsakt Betroffenen sein kann, ob also ein rechtswidriger Verwaltungsakt die Blanketttatbestände des Migrationsstrafrechts *unrechtsbegründend* ausfüllen kann. Dem Gesetz lässt sich eine Beschränkung auf rechtmäßige Verwaltungsakte nicht entnehmen; im Gegenteil stellen die Vorschriften überwiegend nur auf die Vollziehbarkeit der Verfügungen ab. Die Frage der Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte stellt sich allerdings nicht nur im Migrationsstrafrecht, sondern im Blick auf sämtliche verwaltungsaktsakzessorische Tatbestände. Hierzu werden unterschiedliche Positionen vertreten.

(§ 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO), bestandskräftig. Vgl. zum Ganzen GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 30; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 43 Rn. 20 ff. Zum Erfordernis des Ablaufs der Rechtsbehelfsfristen siehe auch Odenthal, NSTz 1991, 418, 419 f.

1324 Vgl. dazu GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 27 f.: „Den Grundsatz des § 80 Abs. 1 VwGO kehrt die Regelung in § 84 Abs. 1 nahezu um [...]“

1325 BGH NJW 1969, 2023, 2025; vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 25; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 63. Anders offenbar OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27.5.2008 – 1 Ss 362/07, BeckRS 2008, 17566, unter Bezugnahme auf OVG Münster, VerwRspr 1974, 277, 279. Diese Position ist freilich vereinzelt geblieben.

1326 BGH NJW 1969, 2023, 2025; für das Migrationsstrafrecht Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 127 f.; GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 23; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 62; Hörich/Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 34; allgemein Arnhold, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, 1978, 6 f.; Odenthal, NSTz 1991, 418, 419; Wüterich, NSTz 1987, 106, 107. Kritisch demgegenüber Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 219 ff.; nur auf die Wirksamkeit abstellend und „vollziehbar“ als Hinweis auf die innere Wirksamkeit interpretierend dagegen Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 150 ff.

1327 BGH NJW 1969, 2023, 2025; vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 64; Hörich/Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 37; Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 84 f.; Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 224, 221 f.

a) Die Position der Rechtsprechung

Die strafrechtliche Rechtsprechung geht im Allgemeinen davon aus, dass die Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsakten, die nicht zu ihrer Nichtigkeit führen und damit ihre Wirksamkeit nicht berühren, einer Strafbarkeit wegen eines Verstoßes gegen diese nicht entgegenstehe.¹³²⁸ Dies gelte auch für den Fall, dass der Bescheid auf eine Anfechtungsklage des Betroffenen hin gerichtlich *ex tunc* – also rückwirkend (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO)¹³²⁹ – aufgehoben werde.¹³³⁰ Voraussetzung der Strafbarkeit sei gerade die Vollziehbarkeit der behördlichen Anordnung; die Verbindlichkeit einer Anordnung sei für die Missbilligung der Zuwiderhandlung von entscheidender Bedeutung und Teil des strafrechtlichen Tatbestandes.¹³³¹ Daraus folge, dass diese Verbindlichkeit nur zum Zeitpunkt der Tat vorzuliegen brauche. Die Strafbarkeit eines Verhaltens sei ausschließlich „nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Tat zu beurteilen“, sodass der spätere Wegfall eines Tatumstandes (hier: des Verwaltungsaktes) eine bereits vollendete Zuwiderhandlung nicht mehr beseitigen könne.¹³³² Damit bestimmt die Rechtsprechung die Frage nach der Strafbarkeit streng – im Sinne einer strikt formalen Betrachtung – verwaltungsaktsakzessorisch. Diese Position findet Zustimmung in Teilen des strafrechtlichen Schrifttums.¹³³³

1328 BGH NJW 1969, 2023, 2025; NStZ 1983, 321; OLG Hamburg NJW 1980, 1007, 1008; OLG Nürnberg SVR 2007, 430, 431; OLG Hamm, Beschl. v. 13.12.2016 – 3 RVs 90/16, BeckRS 2016, 113195, Rn. 18; siehe zudem – allerdings im Kontext des Erfordernisses eines Aufenthaltstitels und damit eines begünstigten Verwaltungsaktes – auch BGH NJW 2005, 2095, 2097 f.

1329 Vgl. Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht/VwGO, 45. EL 2024, § 113 Rn. 79; Wüterich, NStZ 1987, 106, 108.

1330 BGH NJW 1969, 2023, 2025 f., im Anschluss an BayObLG NJW 1968, 1848 (Ls.); BGH NJW 1982, 189; OLG Karlsruhe NJW 1978, 116, 117; OLG Hamburg NJW 1980, 1007, 1008; OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287; anders noch OLG Frankfurt a.M. NJW 1967, 262.

1331 BGH NJW 1969, 2023, 2025.

1332 BGH NJW 1969, 2023, 2025; zum unerlaubten Aufenthalt vgl. OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287; BayObLG NStZ 1996, 395, 396; KG, Beschl. v. 15.1.1998 – (4) 1 Ss 113/97 (2/98), BeckRS 1998, 11680.

1333 Vgl. Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 210; GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 36; Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 146; Hörich/Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 39; Rengier, ZStW 1989, 874, 896 ff.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J Vor §§ 84–86 AsylG Rn. 25; im Grundsatz auch Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 68 ff., vor allem mit Blick auf Praktikabilitätsabwägungen, die jedoch in Fällen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts nach § 262 Abs. 2 StPO analog vorgehen will. Dies ist allerdings widersprüchlich. Entweder kommt es auf die Rechtmäßigkeit für die betreffende Strafvorschrift nicht an oder das Gericht muss inzidenter selbst über die Rechtmäßigkeit befinden.

b) Positionen im Schrifttum

Insbesondere das verwaltungsrechtliche, teilweise aber auch das strafrechtliche Schrifttum hat diese Rechtsprechungslinie mit unterschiedlicher Begründung frühzeitig kritisiert.¹³³⁴

Zunächst werden Bedenken hinsichtlich des mit der Strafbewehrung verfolgten Ziels erhoben. Geschütztes Rechtsgut der Strafbewehrung sei nämlich nicht der formale Ungehorsam gegenüber staatlichen Hoheitsakten, sondern das materielle Sachinteresse, das der erlassene Verwaltungsakt schützen solle.¹³³⁵ Im Falle der Missachtung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts werde dieses Interesse jedoch nicht einmal abstrakt gefährdet.¹³³⁶ In der Strafbewehrung (materiell) rechtswidriger Verwaltungsakte liege daher die Bestrafung bloßen Verwaltungsungehorsams.¹³³⁷ Dabei wird allerdings übersehen, dass es Bereiche geben kann, in denen der Gesetzgeber bereits ein Interesse an der bloßen Beachtung des Verwaltungsverfahrensweges hat und deshalb eine Aufhebung der Wirkungen eines Verwaltungsakts nur in diesem förmlichen Verfahren (Widerspruch, Anfechtungsklage) für hinnehmbar erachtet.¹³³⁸ Denn dann kann er gegebenenfalls durch den Erlass einer rechtmäßigen Verfügung reagieren, um dem Schutz des materiellen Sachinteresses Rechnung zu tragen. Denkbar ist dies gerade in Bereichen, in denen der Staat ein Regulierungs- und Kontrollinteresse hat, zu dessen Durchsetzung er sich strafbewehrter Verwaltungsakte bedient. Dies ist, sofern der herrschenden Meinung gefolgt wird, im Bereich des auf Kontrolle und Steuerung von Zuwanderung ausgelegten Migrationsrechts¹³³⁹ anzunehmen.¹³⁴⁰ Doch auch nach der hier vertretenen differenzierten Position im Blick auf die geschützten Rechtsgüter kann es Fälle geben, in denen der Staat ein Interesse daran hat, dass Einzelverfügungen strafbewehrt bleiben, auch wenn sie rechtswidrig sind. Dies ist insbesondere im Blick auf Tatbestände zum Schutz der öffentlichen Sicherheit der Fall. Hinzu kommt, dass das Argument, das geschützte Rechtsgut werde bei Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes schon abstrakt nicht gefährdet, eine Verkürzung darstellt.¹³⁴¹ Die Rechtswidrigkeit eines konkreten belastenden Verwaltungsakts bedeutet nämlich nicht zwangsläufig, dass nicht ein recht-

1334 Statt vieler *Arnhold*, JZ 1977, 789; *Arnhold*, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, 1978; *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 844 ff.; *Schenke*, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215 ff.

1335 Vgl. *Arnhold*, JZ 1977, 789; *Arnhold*, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, 1978, 67 ff.; so auch *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 846; ähnlich *Makepeace*, GA 2020, 485, 490 ff.

1336 Vgl. *Arnhold*, JZ 1977, 789; *Arnhold*, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, 1978, 72 ff., III.

1337 Vgl. *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 27; *Makepeace*, GA 2020, 485, 492.

1338 Kritisch gegenüber dieser Argumentation *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 847.

1339 Dazu oben B. II. 2.

1340 Auf die „Rechtssicherheit“ als Rechtsgut abstellend *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 135.

1341 Vgl. *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 317.

mäßiger Verwaltungsakt mit gleicher Regelungswirkung erlassen werden könnte. Für formelle Fehler ist dies offensichtlich. Aber es kann auch materiell-rechtliche Fehler geben, die zur Rechtswidrigkeit führen, ohne dass darin eine falsche Einschätzung der Gefahrenlage durch die Behörde liegen muss, etwa wenn die Behörde aufgrund eines Ermessensnichtgebrauchs einen Ermessensfehler begangen hat oder einen unverhältnismäßigen Verwaltungsakt erlassen hat, aber bei ordnungsgemäßer Ermessensausübung eine Entscheidung gleichgelagerten, wenn auch modifizierten Inhalts hätte treffen können.¹³⁴²

Andere haben die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG als Argument gegen die Verkürzung der richterlichen Kognitionsfreiheit angeführt und gefordert, eine Strafbewehrung nur hinsichtlich rechtmäßiger Verwaltungsakte anzunehmen.¹³⁴³ Der Strafrichter werde nämlich andernfalls „gezwungen, auch möglicherweise rechtswidrige Verwaltungsakte als Strafbarkeitsvoraussetzung hinzunehmen.“¹³⁴⁴ Art. 19 Abs. 4 GG verlangt allerdings nicht, dass Verwaltungshandeln auf jeder Ebene neu zur gerichtlichen Überprüfung gestellt werden kann. Verfassungsrechtlich geboten ist allein, dass dem Betroffenen eine Möglichkeit offensteht, das Verwaltungshandeln gerichtlich überprüfen zu lassen. Diese Möglichkeit besteht freilich aufgrund der im Verwaltungsprozessrecht vorgesehenen Rechtsbehelfe und -mittel, denen grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt (in deren Folge die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes und damit seine strafbarkeitsbegründende Wirkung jedenfalls temporär entfällt).¹³⁴⁵ Dass die Garantie effektiven Rechtsschutzes es auch nach Bestandskraft eines Verwaltungsaktes geböte, mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes gerichtlich gehört zu werden, lässt sich aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht herleiten.¹³⁴⁶ In Wahrheit handelt es sich hierbei vielmehr um eine Frage der Verhältnismäßigkeit, nämlich die Frage, ob es mit dem Übermaßverbot vereinbar ist, auch rechtswidrigen Verwaltungsakten mit den Mitteln der Kriminalstrafe zur Effektuierung zu verhelfen.¹³⁴⁷

1342 Ebenso im Blick auf unverhältnismäßige Verwaltungsakte *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 115.

1343 Vgl. *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 845 ff.

1344 *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 845.

1345 Vgl. *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 123 f. Deshalb greift das Argument von *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 845 f., die Strafgerichte würden selbst eine *ex tunc*-Aufhebung für unbeachtlich halten, sodass die Verwaltungsgerichte effektiven Rechtsschutz nicht gewährleisten könnten, nicht durch. Es ist dem Betroffenen nämlich grundsätzlich – so die Wertung der Rechtsordnung insgesamt – zumutbar, vor einer Zuwiderhandlung den Verwaltungsakt mit den zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen anzugreifen und somit dessen Wirkung zu suspendieren (gegebenenfalls über einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO).

1346 Vgl. *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 316.

1347 Dazu unten D. I. 1. c).

Eine weitere Auffassung will nach dem Zweck der jeweiligen Strafbewehrung differenzieren und erkennt an, dass Verwaltungsakte, die einem bloß formellen Ordnungsinteresse dienen, strafbewehrt sein können. In diesem Fall komme es auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nicht an.¹³⁴⁸ Demgegenüber sei bei Verwaltungsakten, die einem „materiellen Interesse[s] des gemeinen Wohls“ dienen, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes Voraussetzung der Strafbewehrung, da die Missachtung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes das geschützte Rechtsgut in diesen Fällen nicht verletzen könne.¹³⁴⁹ Diese Unterscheidung überzeugt allerdings nicht, da sich formelles Ordnungs- und materielles Allgemeininteresse selten vollständig voneinander trennen lassen.¹³⁵⁰ Dies zeigt sich gerade im Bereich des Migrationsstrafrechts. Die herrschende Meinung beschreibt die „Stabilisierung der verwaltungsrechtlichen Ordnungssysteme, insbesondere die Kontroll- und Steuerungsfunktion ausländerrechtlicher Genehmigungsverfahren“¹³⁵¹, als Schutzzweck der Straftatbestände des Migrationsstrafrechts. Dabei handelt es sich zunächst ersichtlich um ein Ordnungsinteresse. Damit verknüpft ist nach Auffassung der herrschenden Meinung aber zugleich ein Sachinteresse. Denn mittelbar sollen die Strafbestimmungen auch das Recht des Staates schützen, in einem materiellen Sinne über Einreise, Aufenthalt und Zuzug zu bestimmen.¹³⁵² Dies wiederum soll durch die Kontroll- und Steuerungsfunktion ausländerrechtlicher Genehmigungsverfahren bewirkt werden.

Eine ebenfalls differenzierende Position hält zwar daran fest, dass der wirksame Verwaltungsakt auch im Falle seiner Rechtswidrigkeit Tatbestandswirkung entfalte und daher Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit sein könne. Allerdings lasse die verwaltungsgerichtliche Aufhebung *ex tunc* die Strafbarkeit rückwirkend entfallen.¹³⁵³ Dementsprechend könne die Anfechtung des Verwaltungsaktes durch den Betroffenen und die daraufhin erfolgende Aufhebung desselbigen im Ergebnis zu seiner Strafflosigkeit führen. Insoweit sei der rechtswidrige und deshalb mit Wirkung *ex tunc* aufgehobene Verwaltungsakt hinsichtlich der Rechtswirkungen wie ein nichtiger Verwaltungsakt zu behandeln; in beiden Fällen fehle es an einer „rechtsverbindlichen Regelung, deren Nichtbeachtung den Gesetzgeber zu einer Straf- oder Bußgeldbewehrung legitimiert.“¹³⁵⁴ Eine strafrechtliche Sanktionierung einer tatsächlich

1348 Vgl. Lorenz, DVBl. 1971, 165, 170 f.

1349 Vgl. Lorenz, DVBl. 1971, 165, 170.

1350 Vgl. dazu Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 226; zustimmend Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 114 f.

1351 Vgl. oben B. II. 2.

1352 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 1; Werkmeister, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 187, 195.

1353 Vgl. Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 232 ff.; ergänzend auf den „strafrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch“ abstellend auch Makepeace, GA 2020, 485, 493.

1354 Vgl. Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 232.

nicht bestehenden Pflicht sei aber mit dem Übermaßverbot nicht zu vereinbaren.¹³⁵⁵ Sei das Strafurteil zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Aufhebungsentscheidung seinerseits bereits rechtskräftig, komme eine Wiederaufnahme nach § 359 StPO in Betracht.¹³⁵⁶

Für diese Auffassung spricht zunächst, dass sie einen Gleichlauf zwischen der straf- und verwaltungsrechtlichen Rechtslage herbeiführt und die Verwaltungsakzessorietät letztlich vollumfänglich, auch hinsichtlich der Fehlerfolgenlehre umsetzt. Allerdings liegt ihr größter Schwachpunkt darin, dass sie die zum Tatzeitpunkt geltende Rechtslage aufgrund einer rechtlichen Fiktion nachträglich verändern will und damit den in § 2 StGB für das Strafrecht zum Ausdruck gebrachten Grundsatz, dass sich die strafrechtliche Beurteilung grundsätzlich nach dem Recht zum Zeitpunkt der Tat beurteilt, außer Kraft zu setzen sucht. Das Strafrecht kennt weder strafbegründende noch strafbefreiende rückwirkende Fiktionen. Andernfalls müsste etwa auch ein Diebstahl sich als nachträglich straflos herausstellen, wenn die Fremdheit einer vom Täter weggenommenen Sache Monate später aufgrund einer wirksamen Anfechtung (etwa gemäß § 123 Abs. 1 BGB) der übereignenden Willenserklärung *extunc* entfällt (§ 142 Abs. 1 BGB). Dies wird jedoch im Blick auf die in Art. 103 Abs. 2 GG für den Bereich des Strafrechts besonders hervorgehobene Notwendigkeit, zum Zeitpunkt der Tatbegehung Sicherheit über die Rechtslage zu haben – also strafbares von nicht strafbarem Verhalten sicher abgrenzen zu können –, zurecht von der herrschenden Meinung abgelehnt, auch wenn im Allgemeinen die Zivilrechtsakzessorietät hinsichtlich des Merkmals „fremde Sache“ akzeptiert wird.¹³⁵⁷

c) Stellungnahme

Die Frage, ob auch rechtswidrige Verwaltungsakte strafbewehrt sein dürfen, lässt sich nicht losgelöst vom rechtlichen Bezugsrahmen beurteilen. Im Ausgangspunkt ist zu berücksichtigen, dass die Strafbewehrung von Verwaltungsakten als zusätzliches Mittel zur Sicherstellung ihrer effektiven Durchsetzung neben das Verwaltungsvollstreckungsrecht tritt.¹³⁵⁸ Deshalb ist es im Blick auf die Tatbestandswirkung wirksamer (wenn auch rechtswidriger) Verwaltungsakte *prima facie* konsequent, die Strafbewehrung nicht von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts abhängig zu machen. Im Einzelnen ist dies eine Frage der Auslegung des jeweiligen Tatbestandes.¹³⁵⁹

1355 Vgl. Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 233.

1356 Vgl. Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 238 f.

1357 Vgl. nur Zieschang, JA 2024, 265, 267 m.w.N.; an dieser h.M. zweifelnd, im Ergebnis aber an ihr festhaltend Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 182 f., 200.

1358 Vgl. Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 820; Lorenz, DVBl. 1971, 165 f.

1359 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 19.

Wie zuvor dargelegt, ist das Argument, dies führe zu einer Bestrafung bloßen Verwaltungsungehorsams nicht überzeugend, jedenfalls soweit ein hinreichendes Interesse der Allgemeinheit an der Befolgung auch rechtswidriger Verwaltungsakte angenommen werden kann.¹³⁶⁰ Die verfassungsrechtliche Kompetenzzuschreibung gebietet es dabei, die gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren, solange sie mit höherrangigem Recht vereinbar ist.¹³⁶¹ Dass Zuwiderhandlungen gegen (materiell) rechtswidrige Verwaltungsakte mangels (abstrakter) Gefährdung für das zu schützende Rechtsgut im Blick auf die Funktion des Strafrechts, Rechtsgüter zu schützen, nicht strafbewehrt sein dürften, ist jedenfalls in dieser Pauschalität nicht überzeugend.¹³⁶² So vermag bereits der Ausgangspunkt der Kritik, die (materielle) Rechtswidrigkeit eines strafbewehrten Verwaltungsakts implizierte, dass von der Zuwiderhandlung gar keine Gefahr für ein schützenswertes Rechtsgut ausgehen könne, nicht zu überzeugen. Schützt ein verwaltungsakzessorischer Tatbestand ein konkretes Rechtsgut, kann auch eine rechtswidrige Verfügung strafrechtlichen Schutzes bedürfen, um die Einhaltung des verwaltungsrechtlichen Verfahrenswegs sicherzustellen.¹³⁶³

Zwar ließe sich argumentieren, dass sich die Strafbewehrung auch rechtswidriger Verwaltungsakte nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergebe; dies trifft für den Bereich des Migrationsstrafrechts ebenso zu wie für zahlreiche weitere Strafbestimmungen des verwaltungsakzessorischen Strafrechts.¹³⁶⁴ Umgekehrt legt der Wortlaut der entsprechenden Strafvorschriften aber auch nicht nahe, dass über die Wirksamkeit und die Vollziehbarkeit hinausgehend weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssten.¹³⁶⁵ Dass zahlreiche Vorschriften auf einen *vollziehbaren* Verwaltungsakt abstellen, spricht vielmehr gegen die Annahme, der Gesetzgeber habe nur rechtmäßige Verwaltungsakte mit Strafe bewehren wollen.¹³⁶⁶ Zudem darf nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der langjährigen Rechtsprechung des

1360 Im Ausgangspunkt übereinstimmend Rengier, ZStW 1989, 874, 880 f. Dies für „rechtsstaatlich nicht haltbar“ befindend Makepeace, GA 2020, 485, 490. Allerdings ist es in einem Rechtsstaat grundsätzlich auch unerlässlich, dass rechtsstaatliche Verfahren eingehalten werden, sofern dies nicht ausnahmsweise unzumutbar ist. Dementsprechend ist eine Strafbewehrung wirksamer und vollziehbarer Verwaltungsakte bis zur Grenze des Übermaßverbots nicht per se rechtsstaatswidrig.

1361 Für den Fall eines begünstigenden Verwaltungsaktes BVerfG NJW 1987, 3175, 3176.

1362 Deshalb ist die von Heghmanns, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 317 ff., vorgenommene Einordnung deutlich differenzierter als andere Konzeptionen.

1363 Im Kontext des Migrationsstrafrechts sei etwa an § 95 Abs. 1 Nr. 6a bis 6c AufenthG erinnert, welche dem Schutz der öffentlichen Sicherheit dienen, vgl. oben B. II. 3. b).

1364 Vgl. dazu auch Heghmanns, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 314. Eine Ausnahme sollen insoweit familiengerichtliche Anordnungen nach dem Gewaltschutzgesetz bilden, da dies dem Willen des historischen Gesetzgebers entspreche BGH NSTZ 2014, 651, 652 f.

1365 Vgl. ähnlich Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 109.

1366 Vgl. auch Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 109 f.

Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte darauf verzichtet hat, bei der Neufassung von migrationsrechtlichen Regelungen eine explizite Begrenzung auf rechtmäßige Verwaltungsakte vorzunehmen, zugleich aber mit § 95 Abs. 6 AufenthG eine Durchbrechung der strengen Verwaltungsakzessorietät für den Fall unlauter erlangter Aufenthaltstitel vorgesehen hat. Dies spricht letztlich dafür, dass der Gesetzgeber die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten gerade nicht als allgemeine Bedingung der Verwaltungsakzessorietät im Migrationsstrafrecht ansieht.

Überzeugender dürfte es daher sein, von einer grundsätzlichen Strafbewehrung auch rechtswidriger Verwaltungsakte auszugehen, die dazu dient, die Befolgung des verwaltungsrechtlich vorgesehenen Verfahrens zu erzwingen. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist bis zur Grenze des von Verfassungen wegen zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinzunehmen. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das dem Gesetzgeber grundsätzlich zugesteht, selbst zu entscheiden, ob die „Strafbarkeit oder Ahndbarkeit einer Zuwiderhandlung gegen Verwaltungsanordnungen von deren Rechtmäßigkeit abhängen soll oder nicht.“¹³⁶⁷ Allerdings weist das Bundesverfassungsgericht zugleich darauf hin, dass der Gesetzgeber dabei an die „Anforderungen der Verfassung, namentlich die eingeschränkten Grundrecht[e], gebunden“ sei.¹³⁶⁸ Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte darf daher nicht zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Grundrechtsrealisierung führen. Damit kommt es entscheidend darauf an, welche Grundrechte in welcher Intensität und mit welcher Konsequenz betroffen sind. Die Frage nach der Reichweite der Strafbewehrung ist nur für den jeweiligen Tatbestand zu beantworten – und damit entgegen der von Rechtsprechung und Teilen der Literatur vertretenen Lösung nicht global. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lassen sich dabei das Gewicht der jeweils betroffenen Grundrechte und die Möglichkeit, Rechtsschutz gegen die jeweilige Verfügung zu erlangen, ohne sich entweder strafbar zu machen oder die eigene Rechtsposition aufzugeben, als zentrale Kriterien identifizieren.¹³⁶⁹

Dabei lässt sich für die Tatbestände des Migrationsstrafrechts grob wie folgt differenzieren: Während für die meisten einzelfallbezogenen Anordnungen, die ein

1367 BVerfG NJW 1993, 581.

1368 BVerfG NJW 1993, 581. Zutreffend weist *Schenke*, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 217, darauf hin, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die § 29 Abs. 1 Nr. 2 VersG betraf und in Bezug auf diesen verlangte, dass die Nichtbefolgung der Auflösungsverfügung nur dann bußgeldbewehrt sein dürfe, wenn die Auflösungsverfügung selbst rechtmäßig gewesen sei, nicht verallgemeinerbar ist. Tatsächlich hebt die Entscheidung wesentlich auf die Kurzfristigkeit der Befolgungspflicht und die zügige Erledigung des Verwaltungsakts ab, die eine Inanspruchnahme verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes hindere. Des Weiteren ist die Bedeutung, die das BVerfG Art. 8 GG zuerkennt, zu berücksichtigen. Der Grundgedanke – Bindung an die Grundrechte und Verhältnismäßigkeitsprüfung – bleibt jedoch gleichwohl auch für die hier vorliegende Konstellation bedeutsam (so auch *Schenke*, a.a.O., 218).

1369 BVerfG NJW 1993, 581, 582.

bestimmtes Verhalten verbieten, jedenfalls unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung¹³⁷⁰ davon auszugehen ist, dass auch die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte das Übermaßverbot (noch) nicht verletzt, ist hinsichtlich aufenthaltsbeendender Maßnahmen regelmäßig das Gegenteil anzunehmen.

aa) Einzelfallbezogene Anordnungen

Die strafbewehrten Anordnungen auf Grundlage des Aufenthalts- und Asylgesetzes greifen in eine ganze Reihe von Grundrechten der Adressaten ein: Sie betreffen insbesondere die Vereinigungsfreiheit (§ 95 Abs. 1 Nr. 4 Var. 2 AufenthG), die Freizügigkeit (§ 95 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1, Nr. 6b Var. 2, Nr. 6c, Nr. 7 AufenthG; § 85 Abs. 1 Nrn. 1, 2 und 3 AsylG) und die allgemeine Handlungsfreiheit (§ 95 Abs. 1 Nr. 6b Var. 1 und 3 AufenthG). Zwar handelt es sich bei Art. 9 Abs. 1 und Art. 11 GG um sogenannte Deutschengrundrechte, auf die sich Ausländer nicht unmittelbar berufen können.¹³⁷¹ Allerdings ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass sich Ausländer auf den jeweiligen menschenrechtlichen Kern dieser Grundrechte über die in Art. 2 Abs. 1 GG allen Menschen garantierte allgemeine Handlungsfreiheit stützen können.¹³⁷² Die Eingriffe in diese Grundrechte sind erheblich und dauern regelmäßig nicht nur kurzzeitig an.

Gleichwohl ist es den Betroffenen in diesen Fällen möglich und zumutbar, vor einer Zuwiderhandlung gegen den das Verbot konstituierenden Verwaltungsakt eben diesen mit Rechtsbehelfen anzugreifen. Sie werden dabei nämlich nicht vor die Wahl gestellt, ihre Rechtsposition für einen nicht nur unerheblichen Zeitraum aufzugeben oder sich strafbar zu machen. Rechtsbehelfe haben in diesen Fällen teilweise aufschiebende Wirkung; wo dies – wegen § 84 Abs. 1 AufenthG oder § 75 Abs. 1 Satz 1 AsylG oder aufgrund behördlicher Anordnung – nicht der Fall ist, können die Betroffenen diese durch einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO anordnen oder wiederherstellen lassen. In der Zwischenzeit stellt die Ge- oder Verbotsbefolgung keine unverhältnismäßigen Anforderungen.

Bedenken gegen diese Position ergeben sich vor allem im Blick auf rechtstatsächliche Befunde zu Zugangswegen und Realisierungsmöglichkeiten von Rechtsschutz in prekären Lebenslagen, von denen der Großteil der unter die Strafvorschriften

1370 Nach der hier vertretenen Auffassung wäre noch einmal zwischen Straftatbeständen, die auf den Schutz konkreter Rechtsgüter gerichtet sind, und solchen, die allein das Verwaltungsverfahren absichern sollen, zu differenzieren. Dazu im Einzelnen B. II. 3.

1371 Vgl. *Durner*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 98. EL 2022, Art. 11 Rn. 77; *Scholz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 81. EL 2017, Art. 9 Rn. 47.

1372 Siehe nur BVerfG NJW 1974, 227; 1988, 2290, 2291; NVwZ 2000, 1281, 1283; NJW 2002, 663; vgl. *Durner*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 98. EL 2022, Art. 11 Rn. 78; kritisch hinsichtlich Art. 9 GG *Scholz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 81. EL 2017, Art. 9 Rn. 47. Siehe dazu bereits oben C. II. 2.

fallenden Ausländer betroffen ist.¹³⁷³ Tatsächlich ist es naheliegend, dass die betreffenden Personen regelmäßig weder die Ressourcen noch die Informationen haben, die sie befähigen, die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe zu realisieren. Damit steht die tatsächliche Situation in einem Widerspruch zum normativen Konzept, das auch Adressaten migrationsverwaltungsrechtlicher Verfügungen grundsätzlich zumutet, den Rechtsweg zu beschreiten. Allerdings dürften die zuvor erwähnten Befunde nicht auf alle dem Migrationsstrafrecht unterworfenen Personen zutreffen. Zudem kann der mangelnden Rechtskenntnis durch eine großzügige Anwendung des § 17 StGB Rechnung getragen werden. Diese Lösung gewährleistet es, die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers, auch rechtswidrige Verwaltungsakte der Strafdrohung der migrationsstrafrechtlichen Tatbestände zu unterwerfen, so weit wie möglich zu respektieren. Eine verfassungskonforme – einschränkende – Auslegung von Straftatbeständen sollte nämlich nur dort erfolgen, wo das Verfassungsrecht dies zwingend gebietet, während Einzelfallgestaltungen durch die Ausschöpfung der durch das Straf- und Strafverfahrensrecht eröffneten Reaktionsmöglichkeiten Rechnung zu tragen ist.¹³⁷⁴

bb) Aufenthaltsbeendende Verwaltungsakte

Einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff bewirkt die Ablehnung eines beantragten Aufenthaltstitels beziehungsweise eines Asylantrags und die damit einhergehende Ausreisepflicht (§ 50 AufenthG i.V.m. § 67 AsylG)) des Betroffenen. Gleiches gilt für Ausweisungsverfügungen (§ 53 AufenthG i.V.m. § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) oder Abschiebungsanordnungen (§ 58a AufenthG i.V.m. § 51 Abs. 1 Nr. 5a AufenthG), bei denen es sich jeweils um aufenthaltsbeendende Maßnahmen handelt. Zwar lässt sich das Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur allein auf Art. 2 Abs. 1 GG stützen und ist deshalb dem Schrankenvorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung unterworfen.¹³⁷⁵ Es bildet allerdings die Vorbedingung für eine selbstbestimmte Lebensgestaltung und die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben. Dementsprechend weist auch das Bundesverfassungsgericht dem auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützten Aufenthaltsrecht mit zunehmender Verweildauer im Bundesgebiet ein größeres Gewicht in der Abwägung zu, insbesondere wenn der Ausländer den Status eines „faktischen Inländers“ hat, weil er bereits als Kleinkind in die Bundesrepublik gekommen ist.¹³⁷⁶

Anders als bei den zuvor erörterten einzelfallbezogenen Anordnungen ist in Fällen aufenthaltsbeendender Verwaltungsakte, die durch gesetzliche Regelung oder

1373 Vgl. dazu *Huke*, KJ 2024, 406 ff.

1374 Grundsätzlich dazu BVerfGE 75, 329, 346.

1375 BVerfG NJW 1974, 227; ZAR 2022, 125; MigRI 2024, 203, 204.

1376 BVerfG NVwZ 2017, 229, 230; MigRI 2024, 203, 204 f.

behördliche Anordnung *sofort vollziehbar* sind, zu fordern, dass diese nur für den Fall ihrer formellen¹³⁷⁷ und materiellen Rechtmäßigkeit strafbewehrt sind. Käme es für die Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nämlich lediglich darauf an, dass ein *wirksamer und vollziehbarer* Verwaltungsakt vorliegt, also ein vollziehbarer Ablehnungs- oder Ausweisungsbescheid oder eine Abschiebungsanordnung, müsste der Betroffene zur Vermeidung einer Strafbarkeit aus dem Bundesgebiet ausreisen, noch bevor abschließend über sein Aufenthaltsrecht entschieden ist. Zwar tritt mit dem Antrag auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels eine sogenannte Fiktionswirkung ein, die den Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über den Antrag legalisiert (§ 81 Abs. 3 und 4 AufenthG). Auch ist während des Asylverfahrens der Aufenthalt gemäß § 55 Abs. 1 AsylG gestattet. Die Fiktionswirkung entfällt allerdings mit Entscheidung über den Antrag. Eine Aufenthaltsgestattung erlischt unter den Voraussetzungen des § 67 Abs. 1 Satz 1 AsylG, unter anderem bei Bestandskraft der Entscheidung des Bundesamtes über den Asylantrag (§ 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AsylG). Widerspruch und Klage gegen ablehnende Bescheide haben keine aufschiebende Wirkung (§ 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG; § 75 Abs. 1 AsylG); Abschiebungsanordnungen sind sofort vollziehbar (§ 58a Abs. 1 Satz 2 AufenthG). Bei Ausweisungsentscheidungen kann die Behörde die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO anordnen. Wird daher nicht unverzüglich – was angesichts der beschriebenen mangelnden Ressourcenzugänge oftmals nicht möglich sein wird – ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Var. 1 VwGO gestellt und positiv beschieden, wäre der fortbestehende Aufenthalt im Inland nach Ablauf einer eventuell gesetzten Ausreisefrist und sofern nicht eine sogenannte Verfahrensduldung erteilt wird (beziehungsweise ein Anspruch auf eine solche besteht) gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG strafbar, sofern nicht im Einzelfall eine Rechtfertigung nach § 34 StGB angenommen wird.¹³⁷⁸

Beispielhaft lässt sich dies für Fälle des Entfallens der Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 3, 4 AufenthG demonstrieren: Da mit der Entscheidung der Ausländerbehörde die Fiktionswirkung unmittelbar entfällt und erst mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht wieder auflebt, wäre der Aufenthalt im Zeitraum zwischen der Entscheidung der Ausländerbehörde zuzüglich einer gewährten Aus-

1377 Insofern ließe sich allenfalls darüber nachdenken, solche Fehler außer Acht zu lassen, die nach § 46 VwVfG eine Aufhebung des Verwaltungsakts nicht rechtfertigen. Im Übrigen ist eine Beschränkung auf materielle Fehler nicht überzeugend (so aber *Makepeace*, GA 2020, 485, 490), da formelle Fehler die Entscheidung auch in der Sache selbst beeinflussen können, etwa wenn mangels Anhörung des Betroffenen (§ 28 Abs. 1 VwVfG) wichtige Aspekte vor der Entscheidung unbekannt bleiben, vgl. zur Funktion der Anhörung als Mittel der Sachaufklärung *Kallerhoff/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 28 Rn. 8.

1378 Vgl. zu § 34 StGB in diesem Kontext *Slognsat*, Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat, 2025, 419 f.

reisefrist und der – nach Verstreichen der Ausreisefrist erfolgenden – Entscheidung des Verwaltungsgerichts über den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO als unerlaubter Aufenthalt strafbar.¹³⁷⁹ Zur Vermeidung einer Strafbarkeit müssten Betroffene daher ihren Lebensmittelpunkt – einschließlich sozialer Bindungen, eines Arbeitsplatzes und möglicherweise sogar der Wohnung – aufgeben und sich bis zur gerichtlichen Klärung ihres Aufenthaltsstatus oder wenigstens bis zur Entscheidung über den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ins Ausland begeben. Dies kann in den Fällen des § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG zur Situation führen, dass die rechtswidrige Ablehnung der Verlängerung eines Aufenthaltstitels den Betroffenen unter Strafandrohung zwingt, seinen Aufenthalt im Bundesgebiet zu beenden. Dabei wird vom Betroffenen im Unterschied zu den Fällen einzelfallbezogener Anordnungen nicht nur verlangt, ein bestimmtes Ge- oder Verbot zu befolgen, das seine Lebensgestaltung partiell einschränkt; vielmehr muss er seinen gesamten Lebensentwurf im Inland temporär aufgeben, wenn er eine Strafbarkeit sicher ausschließen will. Dies ist mit dem Übermaßverbot – auch im Blick auf den mit dem Verwaltungsakt verfolgten Zweck – nicht vereinbar.¹³⁸⁰

cc) Zwischenergebnis und Konsequenzen

Wird der hier vertretenen differenzierenden Position gefolgt, ergibt sich, dass eine Bestrafung von Ausländern wegen Verstößen gegen rechtswidrige aufenthaltsbeendende Verwaltungsakte unverhältnismäßig erscheint. Diesem Umstand kann grundsätzlich auf zwei Wegen sinnvoll Rechnung getragen werden.

So haben auch die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung und Literatur erkannt, dass es Fälle geben kann, in denen es unverhältnismäßig wäre, eine unverzügliche Ausreise zu fordern. Deshalb erkennen sie in der Praxis die Möglichkeit an, durch die Erteilung einer sogenannten Verfahrensduldung auf Grundlage von § 60a Abs. 2 Satz 1 oder 3 AufenthG die Strafbarkeit des Betroffenen nach § 95 Abs. 1 Nr. 2

1379 Zu eben dieser Konstellation OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286 ff. Für diese spezielle Konstellation ist das OLG jedoch davon ausgegangen, dass die aufschiebende Wirkung mit rückwirkender Kraft angeordnet werde und deshalb den Aufenthalt verwaltungsgerichtlich legalisiere. Nach Auffassung des OLG liege dann ein Strafaufhebungsgrund nahe. Dies ist im Ergebnis (Straflosigkeit) überzeugend. Allerdings ist hier aus denselben Gründen eine „rückwirkende“ Straflosigkeit abzulehnen wie im Falle der *ex tunc*-Aufhebung eines Verwaltungsakts. Vielmehr ist die Lösung, wie im Folgenden beschrieben, durch einen Ausschluss des Tatbestandes bei rechtswidrigen Verwaltungsakten zu suchen. Für eine Lösung über den „Vollstreckungsverzicht“ der Behörde oder einen sog. Hängebeschluss siehe *Odenthal*, NSfZ 1991, 418, 421; ebenfalls VerfGH Berlin NSfZ-RR 2003, 181, 182 f.; *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 132 f.; *Schiedermaier/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 35.

1380 Im Ergebnis übereinstimmend OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287 f. Gleichfalls unter verfassungsrechtlichen Aspekten, aber weitergehend, differenzierend *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 133 f.

AufenthG abzuwenden und damit dem Übermaßverbot Rechnung zu tragen.¹³⁸¹ Da bereits das Bestehen eines Duldungsanspruchs der Strafbarkeit entgegensteht,¹³⁸² lassen sich unverhältnismäßige Ergebnisse also dadurch vermeiden, dass in derartigen Konstellationen grundsätzlich von einem Anspruch auf Verfahrensduldung ausgegangen wird, sodass der Tatbestand des unerlaubten Aufenthalts nicht erfüllt wäre. Dieser „verwaltungsrechtliche“ Lösungsweg fügt sich bruchlos in die Dogmatik des Migrationsverwaltungsrechts ein. Er setzt jedoch voraus, dass der Betroffene auch tatsächlich die verwaltungsverfahrensrechtlichen Maßnahmen unverzüglich getroffen, insbesondere einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt hat.

Ein zweiter, „strafrechtlicher“ Lösungsweg ist etwas komplexer zu konstruieren. Denn das Entfallen der Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG ist ebenso wenig von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts abhängig wie die Wirksamkeit einer Ausweisungsverfügung oder einer Abschiebungsanordnung. Es kann also nicht einfach das Merkmal „ohne erforderlichen Aufenthaltstitel“ (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) verneint werden, weil die Rechtswidrigkeit des den Aufenthaltstitel (oder die Fiktion desselben) beseitigenden Verwaltungsaktes nicht zur Existenz eines erforderlichen Aufenthaltstitels führt. Auch die Ausreisepflicht (§ 50 Abs. 1 AufenthG), die § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AufenthG in Bezug nimmt, ist nicht von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts abhängig, sodass auch das Merkmal „er vollziehbar ausreisepflichtig ist“ (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AufenthG) nicht negiert werden kann. Ein tauglicher Anknüpfungspunkt zur Begründung der Straflosigkeit eines entsprechenden Aufenthalts im Bundesgebiet folgt aber aus der allgemeinen Dogmatik der Unterlassungsdelikte. § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG setzt als echtes Unterlassungsdelikt, bei dem der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in der Nichtausreise trotz Ausreisepflicht liegt,¹³⁸³ nämlich die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens als Tatbestandsmerkmal voraus.¹³⁸⁴ Die verfassungsrechtliche Wertung führt hier nun dazu, dass die Normbefolgung aufgrund eines rechtswidrigen Verwaltungsakts aus den zuvor genannten Gründen gerade nicht zumutbar ist, mit der Konsequenz,

1381 BVerwG NVwZ 2020, 1044, 1046, das auf Art. 19 Abs. 4 GG abstellt; vgl. NK-Ausländerrecht/Bruns/Hocks, 3. Aufl. 2023, § 60a AufenthG Rn. 43; Kluth, ZAR 2024, 23 f.

1382 Dazu im Einzelnen unten D. I. 3., E. II. 1. b) bb) (3).

1383 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287. Dazu näher unten E. II. 1. b) bb) (4).

1384 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287; OLG München NSZ 2013, 484; demgegenüber für eine Zuordnung zur Schuld KG NSZ-RR 2013, 358; vgl. zur Einordnung als Tatbestandsmerkmal auch TK-StGB/Bosch, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 ff. Rn. 155; TK-StGB/Sternberg-Lieben, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 193; zu § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG vgl. Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 5; allgemein im Kontext des § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 117.

dass eine Bestrafung mangels Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens auszuschließen hat.¹³⁸⁵

Ein kriminalpolitischer Schwachpunkt der „strafrechtlichen“ Lösung wird mitunter darin gesehen, dass dem Beschuldigten, der behauptet, er sei irrig davon ausgegangen, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sei, ein Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 StGB zugestanden werden müsste.¹³⁸⁶ Tatsächlich spricht viel dafür, dass die irrige Annahme der Rechtswidrigkeit als Tatbestandsirrtum zu behandeln ist. Es liegt nämlich zwar ein Irrtum über die rechtliche Bewertung des Verwaltungsakts und damit ein tendenziell nach § 17 StGB zu behandelnder Rechtsirrtum vor.¹³⁸⁷ Da diese (irrige) rechtliche Bewertung aber erst die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens begründet, handelt es sich letztlich um einen Irrtum über die Umstände, die zur Unzumutbarkeit führen, und damit um einen nach § 16 Abs. 1 StGB zu behandelnden Tatbestandsirrtum.¹³⁸⁸ Diese Konsequenz ist jedoch als Folge der verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung des Merkmals der „Zumutbarkeit“ hinzunehmen. In der Praxis dürfte sie nicht zu größeren Problemen führen: Denn selbst wenn der Irrtum über die Rechtmäßigkeit des die Ausreisepflicht auslösenden Verwaltungsakts als Tatbestandsirrtum behandelt würde, könnten dahingehende Schutzbehauptungen unter Hinzuziehung von gegen einen entsprechenden Irrtum sprechenden Indizien widerlegt werden.¹³⁸⁹ Wenn etwa kein Rechtsbehelf eingelegt worden ist, wird der Betroffene schwerlich glaubhaft behaupten können, er sei von der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts ausgegangen. Denn ein bestandskräftiger – wenn auch rechtswidriger – Verwaltungsakt entfaltet verwaltungsrechtlich Tatbestandswirkung und kann vollstreckt werden.

Ein zweiter Einwand gegen den strafrechtlichen Lösungsweg betrifft die durch ihn ausgelöste Gefahr eines potenziellen Auseinanderfallens von strafgerichtlicher und verwaltungsgerichtlicher Einschätzung der Rechtslage, sodass eine uneinheitliche Rechtsanwendung in ein- und derselben Sachverhaltskonstellation droht.¹³⁹⁰ Denn

1385 Im Ansatz in diese Richtung weisend OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287. Stattdessen für einen Strafausschließungsgrund TK-StGB/*Sternberg-Lieben*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 201. Das gleiche Ergebnis erreicht man, indem der Anspruch auf eine Verfahrensduldung angenommen und unter Rückgriff auf die Position des Bundesverfassungsgerichts eine Strafbarkeit verneint wird, dazu unten D. I. 3.

1386 Kritisch dazu *Wüterich*, NSTz 1987, 106, 108; TK-StGB/*Sternberg-Lieben*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 201.

1387 So grundsätzlich auch MK-StGB/*Joecks/Kulhanek*, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 76; *Schenke*, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 235; differenzierend *Arnhold*, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, 1978, 162.

1388 Angedeutet in OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287; vgl. auch TK-StGB/*Bosch*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 ff. Rn. 155; im Kontext des aktiven Tuns gleichfalls für einen Tatbestandsirrtum bei einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 853 f.

1389 So auch *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 854.

1390 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 69; *Schenke*, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 225.

eine Bindung an die zeitlich frühere Entscheidung des Straf- beziehungsweise Verwaltungsgerichts besteht für das jeweils andere Gericht nicht. Strafgerichte könnten dem nur abhelfen, wenn sie in Fällen anhängiger verwaltungsgerichtlicher Verfahren das Strafverfahren – entsprechend § 262 Abs. 2 StPO – aussetzen.¹³⁹¹ Im Übrigen wird das Risiko abweichender Bewertungen – die auch im Verhältnis von Straf- und Zivilgerichten vorkommen können – hingenommen werden müssen. Es ist Konsequenz der allgemein anerkannten und von § 262 StPO vorausgesetzten *Vorfragekompetenz* der Strafgerichte.¹³⁹²

Für den Fall, dass das Verwaltungsgericht in einer späteren Entscheidung – im Gegensatz zum Strafgericht – zum Ergebnis gelangt, dass ein rechtswidriger Verwaltungsakt vorlag, könnte in der *ex tunc* wirkenden Aufhebung des Verwaltungsaktes allerdings eine neue Tatsache im Sinne des § 359 Nr. 5 StPO gesehen werden, sodass ein Wiederaufnahmegrund begründet wäre.¹³⁹³ Wird allerdings eine Prüfungspflicht und -kompetenz der Strafgerichte für den Bereich aufenthaltsbeendender Verwaltungsakte konstatiert, bedarf es dieser Hilfskonstruktion nicht – in diesem Fall läge dann schon keine neue Tatsache vor, da die Rechtmäßigkeit von der Kognitionspflicht des erkennenden Strafgerichts erfasst wäre. Die Verwaltungsrechtslage muss dann für die Frage der Strafbarkeit als durch die Strafgerichte abschließend beurteilt gelten.¹³⁹⁴ Wo die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes dagegen für die Strafbewehrung keine Rolle spielt, ist auch eine Wiederaufnahme nicht geboten. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung liegt darin nicht begründet.¹³⁹⁵ Auch die Kompetenzverteilung zwischen Verwaltungs- und Strafgerichten bleibt unberührt.¹³⁹⁶ Die Entscheidung des Strafgerichts wirkt sich nämlich gerade nicht auf die Wirksamkeit des betroffenen Verwaltungsaktes aus; sie kann nur durch die Behörde selbst oder das Verwaltungsgericht beseitigt werden. Es geht hier lediglich um die Frage, ob ein rechtswidriger Verwaltungsakt zur Strafbarkeit des Betroffenen führt, also um eine genuin strafrechtliche Frage.¹³⁹⁷

Im Ergebnis stehen also zwei dogmatisch gleichermaßen schlüssige Lösungswege zur Verfügung, um das Ergebnis einer unverhältnismäßigen Bestrafung der Zuwiderhandlung gegen rechtswidrige aufenthaltsbeendende Verwaltungsakte zu vermei-

1391 Vgl. MK-StPO/Bartel, 2. Aufl. 2024, § 262 Rn. 7; Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 856 f.; Makepeace, GA 2020, 485, 494; Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 242; Wüterich, NSTZ 1987, 106, 109.

1392 Vgl. MK-StPO/Bartel, 2. Aufl. 2024, § 262 Rn. 1; Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 856; Mohrbutter, JZ 1971, 213.

1393 BVerfG NJW 1967, 1221, 1222; Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 224, 238 f.

1394 Die abweichende Beurteilung einer Rechtsfrage ist dann auch kein Wiederaufnahmegrund, vgl. KK-StPO/Tiemann, 9. Aufl. 2023, § 359 Rn. 19 m.w.N. Anders muss dies sehen, wer der Auffassung folgt, dass die Strafgerichte die Rechtmäßigkeit nicht selbstständig zu prüfen haben, aber eine *ex tunc* wirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes auf die Beurteilung der Strafbarkeit zurückwirkt, vgl. konsequent Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 238 f.

1395 BVerfGE 75, 329, 346.

1396 Demgegenüber kritisch Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 225.

1397 So auch Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 856.

den. Beide – jedenfalls wenn nur ein *Anspruch* auf Verfahrensduldung im Raume steht – setzen allerdings voraus, dass sich das Strafgericht eingehend mit der migrationsverwaltungsrechtlichen Rechtslage auseinandersetzt. Beide führen zudem zum Entfallen des Tatbestandes und lösen das verfassungsrechtliche Problem damit bereits auf Ebene der Unrechtsbegründung.

2. Begünstigende Verwaltungsakte

Begünstigende Verwaltungsakte gewähren dem Adressaten eine Rechtsposition, indem sie ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründen oder bestätigen.¹³⁹⁸ Im Bereich des Migrationsstrafrechts sind dies insbesondere Aufenthaltstitel für Personen, die eines solchen bedürfen (§ 4 AufenthG). Sie legalisieren die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern für die Dauer ihrer Wirksamkeit¹³⁹⁹ und lassen damit den Tatbestand der unerlaubten Einreise beziehungsweise des unerlaubten Aufenthalts entfallen (sogenannte Tatbestandswirkung).¹⁴⁰⁰ Dabei kann grundsätzlich auch ein ausländischer Verwaltungsakt – nämlich die Gewährung eines Aufenthaltstitels durch einen Schengen-Staat – Legalisierungswirkung entfalten, da Art. 21 Abs. 1 SDÜ Drittstaatsangehörige unter den dort genannten Voraussetzungen den kurzfristigen Aufenthalt in allen Schengen-Staaten gestattet.¹⁴⁰¹ In diesen Fällen führt die unionsrechtliche Überformung des deutschen Aufenthaltsrechts zur rechtlich komplexen Situation, dass bei der Prüfung einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 AufenthG die Wirksamkeit eines ausländischen Aufenthaltstitels zu prüfen sein kann.¹⁴⁰² Eine Ausnahme von der Tatbestandswirkung migrationsverwaltungsrechtlicher Erlaubnisse gilt nur in den Fällen des § 95 Abs. 6 AufenthG, der die strenge Verwaltungsaktsakzessorietät durchbricht, wenn der Aufenthaltstitel durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkt oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichen worden ist.¹⁴⁰³ In diesen Fällen ist der Aufenthaltstitel zwar wirksam, entfaltet aber keine Legalisierungswirkung, da § 95 Abs. 6 AufenthG die Einreise oder den Aufenthalt mit einem auf diese Weise erlangten Aufenthaltstitel der unerlaubten Einreise beziehungsweise dem unerlaubten Aufenthalt gleichstellt.¹⁴⁰⁴

1398 Vgl. § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG.

1399 Der Widerruf von Aufenthaltstiteln richtet sich dabei nach § 52 AufenthG, der ein *lex specialis* zu § 49 VwVfG darstellt, während die Rücknahme unter den Voraussetzungen des § 48 VwVfG möglich ist.

1400 BGH NJW 2005, 2095, 2096; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 44.

1401 Zu den unterschiedlichen Aufenthaltstiteln und ihrer Legalisierungswirkung oben C. I. 1.

1402 Zu einer solchen Konstellation vgl. BGHSt 65, 257 ff.

1403 Zu den Voraussetzungen des § 95 Abs. 6 AufenthG im Einzelnen unten E. II. 1. c); zur Durchbrechung der Verwaltungsakzessorietät durch diese Vorschrift vgl. *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 90 f.

1404 BGH NStZ 2018, 289, 290; näher unten E. II. 1. c).

Nach Auffassung der strafgerichtlichen Rechtsprechung, die der Bundesgerichtshof in einem Grundsatzurteil im Jahr 2005 bekräftigt hat, entfalten dabei auch wirk-same, aber rechtswidrige Verwaltungsakte Tatbestandswirkung.¹⁴⁰⁵ Spiegelbildlich zur strengen Akzessorietät bei rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakten geht die Rechtsprechung davon aus, dass es auch in diesen Fällen allein auf die Wirk-samkeit des Verwaltungsakts, nicht aber dessen Rechtmäßigkeit oder „Richtigkeit“ ankomme.¹⁴⁰⁶ Dementsprechend entfalle die Legalisierungswirkung des Aufenthaltstittels auch dann nicht, wenn der beantragte Aufenthaltstitel den von vornherein verfolgten Aufenthaltswitz nicht abdecke. Insoweit komme es nicht darauf an, dass der Ausländer im Besitz des materiell-rechtlich „richtigen“ Aufenthaltstittels sei, sondern nur darauf, dass er überhaupt einen solchen Aufenthaltstitel besitze.¹⁴⁰⁷ Dies soll auch dann gelten, wenn der Aufenthaltstitel nicht von deutschen, sondern von den Behörden eines anderen Schengen-Staates ausgestellt worden ist, sodass die Einreise und der Aufenthalt nicht aufgrund eines deutschen Verwaltungsakts, sondern aufgrund der unionsrechtlichen Anordnung in Art. 21 Abs. 1 SDÜ legalisiert sind, wonach Drittstaatsangehörige mit Aufenthaltstiteln von Schengen-Staaten Be-wegungsfreiheit bis zu 90 Tagen im Hoheitsgebiet aller Vertragsstaaten genießen.¹⁴⁰⁸

Diese Position ist jedenfalls für den Bereich der Strafvorschriften des Aufenthalts-gesetzes schon im Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG geboten.¹⁴⁰⁹ Entfie die Legalisierungswirkung eines Verwaltungsakts nämlich be-reits dann, wenn er materiell rechtswidrig war oder geworden ist – weil die Ertei-lungsvoraussetzungen nicht oder nicht mehr vorliegen –, liefe dies im Ergebnis auf eine Situation hinaus, in der die Frage nach der Rechtmäßigkeit von Einreise und Aufenthalt von einer komplexen Prüfung des Verwaltungs- und Unionsrechts abhänge, die nach der gesamten Konzeption des Migrationsverwaltungsrechts gerade

1405 BGH NJW 2005, 2095, 2096 f.; bestätigt durch BGHSt 65, 257, 268; zuvor bereits BGH NJW 2000, 1732, 1733 f.; BGH, Beschl. v. 18.10.2001 – 3 StR 247/01, BeckRS 2001, 09852, Rn. 7; BGH, Beschl. v. 20.4.2004 – 4 StR 67/04, BeckRS 2004, 08135; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 4.4.2008 – 3 Ss 79/07, BeckRS 2008, 7993, Rn. 6; zu anderen verwaltungsakzessorischen Tatbeständen vgl. BGH NJW 2020, 2282, 2283 zu § 284 StGB; NJW 2021, 3669, 3670 zu § 22a Abs. 1 KrWaffKG; vgl. auch GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 37, § 95 Rn. 80; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 44; zur Position der h.M. Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechts-behelfe im Strafrecht, 2020, 89 m.w.N.

1406 BGH NJW 2005, 2095, 2096; zu anderen verwaltungsakzessorischen Tatbeständen vgl. BGH NJW 2020, 2282, 2283 zu § 284 StGB; NJW 2021, 3669, 3670 zu § 22a Abs. 1 KrWaffKG.

1407 BGH NJW 2005, 2095, 2096.

1408 BGHSt 65, 257, 267 ff. auch m.w.N. zur Gegenauffassung in der oberverwaltungsgerichtlichen Recht-sprechung; BGH, Beschl. v. 8.11.2023 – 2 StR 131/23, BeckRS 2023, 37464, Rn. 6; OLG Celle, Beschl. v. 13.5.2014 – 1 Ws 216/14, BeckRS 2014, 10853; OLG Oldenburg, Beschl. v. 15.12.2021 – 1 Ss 192/21, BeckRS 2021, 40476, Rn. 18.

1409 BGH NJW 2005, 2095, 2098; BGHSt 65, 257, 268. Für den Bereich des Strafrechts ausdrücklich anerkennend auch VGH Kassel, Beschl. v. 3.11.2023 – 3 B 745/23, BeckRS 2023, 36518, Rn. 18; Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 102 f.; Rengier, ZStW 1989, 874, 885 f.; anders dagegen Heinrich, ZAR 2005, 309, 316.

Fachbehörden überantwortet sein soll. Für den Einzelnen wäre im Vorfeld der „Tatbegehung“ (der Einreise in das Bundesgebiet oder dem Aufenthalt darin) kaum erkennbar, ob das Verhalten rechtmäßig oder – aufgrund der Rechtswidrigkeit des den Aufenthaltstitel gewährenden Verwaltungsakts – strafbar sein wird.¹⁴¹⁰

Dies gilt erst recht, wenn in den Blick genommen wird, dass aufgrund des zuvor erwähnten Art. 21 Abs. 1 SDÜ auch ausländische Aufenthaltstitel die Einreise und den Aufenthalt in das Bundesgebiet legalisieren können. Schon die Feststellung, ob diese materiell rechtmäßig erteilt sind oder nicht, ist selbst für deutsche Gerichte herausfordernd. Eine Anknüpfung an die materielle Rechtmäßigkeit anstelle der formalen Wirksamkeit hätte zur Folge, dass eine Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit von Einreise und Aufenthalt nicht mehr gewährleistet wäre.

Gleiches gilt für die in der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung vertretene Auffassung, zusätzlich zum Bestehen eines ausländischen Aufenthaltstitels bedürfe es in den Fällen des Art. 21 Abs. 1 SDÜ des Vorliegens der in diesem Artikel in Bezug genommenen Einreisevoraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. a), c) und e) SGK, damit der ausländische Aufenthaltstitel seine Legalisierungswirkung entfalte.¹⁴¹¹ Da Art. 6 Abs. 1 lit. a), c) und e) SGK teilweise unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten – wie insbesondere das Erfordernis „ausreichender Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts“ (Art. 6 Abs. 1 lit. c) SGK) oder die Voraussetzung, dass der Drittstaatsangehörige keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen eines Mitgliedstaates darstellen dürfe (Art. 6 Abs. 1 lit. e) SGK) –, wären das Auslegungsergebnis und damit die Frage nach der Strafbarkeit des Betroffenen kaum noch vorherzusehen.¹⁴¹² Die Mindestanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG verlangen aber gerade, dass eben diese Vorhersehbarkeit gewährleistet wird.¹⁴¹³

Unabhängig davon streiten auch der Wortlaut, die Gesetzgebungshistorie und die Gesetzessystematik für eine streng formale Akzessorietät.¹⁴¹⁴ Wenn § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 (i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 2) AufenthG auf den nach § 4 AufenthG „erforderlichen“ Aufenthaltstitel verweisen, nehmen sie Bezug auf eine Vorschrift, die zunächst einmal regelt, *ob* ein Aufenthaltstitel überhaupt erforderlich ist.¹⁴¹⁵ Dies ist nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nämlich dann nicht der Fall, wenn „durch Recht der Europä-

1410 Ähnlich *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 102, 106.

1411 In Abgrenzung zu BGHSt 65, 257 ff. siehe VGH Kassel, Beschl. v. 3.11.2023 – 3 B 745/23, BeckRS 2023, 36518, Rn. 12 ff.; für weitere Nachweise zur verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung siehe BGHSt 65, 257, 268 f.

1412 Überzeugend BGHSt 65, 257, 271 ff.; OLG Celle, Beschl. v. 13.5.2014 – 1 Ws 216/14, BeckRS 2014, 10853.

1413 Vgl. unten D. II. 2.

1414 Zur alten Rechtslage BGH NJW 2005, 2095, 2097.

1415 So schon unter Geltung des AuslG BGH NJW 2000, 1732, 1734. Gleichfalls für eine formale Betrachtung *Kolber*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 14 AufenthG Rn. 9.

ischen Union oder durch Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt ist oder auf Grund des Abkommens vom 12. September 1963 zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei (BGBl. 1964 II S. 509) (Assoziierungsabkommen EWG/Türkei) ein Aufenthaltsrecht besteht.“ Das Merkmal „erforderlich“ bezieht sich mithin nicht auf den materiell-rechtlich *richtigen*, sondern auf den überhaupt erforderlichen Aufenthaltstitel.¹⁴¹⁶ Jedenfalls für § 95 AufenthG (und den darauf bezogenen § 96 Abs. 1 AufenthG) ist dieses Auslegungsergebnis im Blick auf die Wortlautgrenze (Art. 103 Abs. 2 GG) geboten.

In der Literatur wird demgegenüber argumentiert, die Formulierung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG („ohne erforderlichen Aufenthaltstitel“) spreche für das Erfordernis eines materiell-rechtlich richtigen Aufenthaltstitels. Wäre es dem Gesetzgeber darauf angekommen, jedem Aufenthaltstitel Legalisierungswirkung zuzubilligen, hätte es nämlich genügt, einen Aufenthalt „ohne Aufenthaltstitel“ nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG zu verlangen, weil in § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG gerade geregelt werde, wann es eines Aufenthaltstitels nicht bedürfe.¹⁴¹⁷ Dies überzeugt jedoch nicht. Der Begriff „erforderlich“ bringt gerade zum Ausdruck, dass es nicht um den Aufenthalt „ohne Aufenthaltstitel“ geht – der eben auch auf die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG von der Aufenthaltstitelpflicht befreiten Personengruppen zutrifft –, sondern um den Aufenthalt ohne den nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG vorausgesetzten Aufenthaltstitel. Insofern ist das Wort „erforderlich“ der klarstellende Hinweis darauf, dass die Strafvorschrift nur einen bestimmten Täterkreis adressiert. Wäre es dem Gesetzgeber darauf angekommen, die Legalisierungswirkung von Aufenthaltstiteln von ihrer materiellen Richtigkeit abhängig zu machen, hätte er ohne Weiteres auf den „nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG erforderlichen und für den angestrebten Aufenthaltzweck notwendigen“ Aufenthaltstitel abstellen können.

Für die hier vertretene Auffassung spricht auch die Gesetzesbegründung: Der Gesetzgeber hat in dieser klargestellt, dass sich die Erforderlichkeit des Aufenthaltstitels allein nach objektiven Kriterien und nicht nach dem beabsichtigten Aufenthaltzweck bemesse.¹⁴¹⁸ Darüber hinaus hat sich der Gesetzgeber durch eine spätere Ergänzung des § 95 AufenthG die verwaltungsaktsakzessorische Position nochmals zu

1416 Anders die noch zum AuslG ergangene verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung und im Anschluss an diese *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 312, 315 m.w.N.; ebenfalls für das Erfordernis des „richtigen“ Aufenthaltstitels *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 120 f., die eine Strafbarkeit jedoch erst dann annehmen will, wenn ein vom Aufenthaltstitel nicht mehr gedeckter Aufenthaltzweck tatsächlich verfolgt wird, also insbesondere objektiv eine Erwerbstätigkeit aufgenommen wird, wenn der Ausländer lediglich ein Touristenvisum hatte. Das Anliegen *Cannawurfs*, eine „Ungleichbehandlung“ von Positiv- und Negativstaatern zu vermeiden (S. 121 f.), ist zwar im Ausgangspunkt nachvollziehbar. Die Lösung kann freilich nicht in einer Auslegung *zulasten* der Negativstaater, die im Besitz eines gültigen Visums sind, erfolgen.

1417 So *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 315.

1418 BT-Drs. 15/420, S. 73; dazu bereits BGH NJW 2005, 2095, 2097; NStZ-RR 2021, 190.

eigen gemacht.¹⁴¹⁹ In Reaktion auf die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs von 2005 hat der Gesetzgeber nämlich § 95 Abs. 1a AufenthG eingeführt¹⁴²⁰ und damit einen Spezialtatbestand für Fälle geschaffen, in denen ein Ausländer nur über ein sogenanntes Schengen-Visum verfügt, das die Ausübung der Erwerbstätigkeit nicht gestattet, und gleichwohl im Inland eine solche Erwerbstätigkeit aufnimmt.¹⁴²¹ Wäre der Gesetzgeber der Auffassung gewesen, dass in derartigen Fällen bereits kein „erforderlicher Aufenthaltstitel“ vorläge, hätte es einer solchen Spezialregelung nicht bedurft.¹⁴²² Gleiches gilt für den gleichzeitig eingeführten § 95 Abs. 6 AufenthG, der Fälle, in denen der Aufenthaltstitel durch Drohung, Kollusion oder falsche Angaben erschlichen wurde, der Situation gleichstellt, in denen der Ausländer keinen wirksamen Aufenthaltstitel hat. Wäre der Gesetzgeber der Auffassung gewesen, wenigstens der „bösgläubige“ Ausländer könne sich auf einen auf diese Weise erlangten Aufenthaltstitel nicht berufen, hätte es der Gleichstellungsklausel in Absatz 6 nicht bedurft.¹⁴²³

Schließlich differenziert § 15 AufenthG, der die Zurückweisung an der Grenze regelt, zwischen den Fällen der unerlaubten Einreise ohne einen Aufenthaltstitel (§ 15 Abs. 1 AufenthG), in denen der Ausländer zwingend zurückzuweisen ist, einerseits sowie Fällen einer Einreise, in denen der Ausländer einen Aufenthaltstitel zwar besitzt, jedoch der „begründete Verdacht besteht, dass der Aufenthalt nicht dem angegebenen Zweck dient“ (§ 15 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG), Fällen, in denen der Ausländer nur über ein Schengen-Visum verfügt oder für einen kurzfristigen Aufenthalt von der Visumpflicht befreit ist und beabsichtigt, entgegen § 4a Abs. 1 und 2 AufenthG eine Erwerbstätigkeit auszuüben (§ 15 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG), und Fällen, in denen der Ausländer „die Voraussetzungen für die Einreise in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien nach Artikel 6 des Schengener Grenzkodex nicht erfüllt“ (§ 15 Abs. 2 Nr. 3

1419 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 4.4.2008 – 3 Ss 79/07, BeckRS 2008, 7993, Rn. 6.

1420 Dazu oben A. II. 6. a).

1421 BGHSt 65, 257, 271; *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 45.

1422 Demgegenüber ist das Argument des BGH (BGH NJW 2005, 2095, 2098, dazu *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 99 f.), der aus § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, der das Erschleichen eines Aufenthaltstitels durch unrichtige oder unvollständige Angaben unter Strafe stellt, schlussfolgert, dass es dieser Strafvorschrift nicht bedürfte, wenn ein auf diese Weise erlangter Aufenthaltstitel keine Legalisierungswirkung entfaltet, angesichts der unterschiedlichen Schutzzrichtungen der Tatbestände der unerlaubten Einreise/des unerlaubten Aufenthalts und des Erschleichens von Aufenthaltstiteln nicht zwingend. Denn § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG stellt das Erschleichen von Aufenthaltstiteln für sich oder einen anderen unter eine erhöhte Strafdrohung und stellt ein abstraktes Gefährdungsdeldikt zum Schutz des Verwaltungsverfahrens dar, das zudem auch durch Deutsche begangen werden kann. Insoweit ist hier eher eine Nähe zu den Urkundendelikten anzunehmen; kriminalisiert wird nicht der Einreisevorgang oder der Aufenthalt ohne Aufenthaltstitel, sondern die Erschleichung eines solchen, vgl. näher unten E. IV. 1. a); insoweit übereinstimmend *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 317.

1423 BGHSt 65, 257, 275; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 45; dementsprechend die Diskussion für „hinfällig“ erachtend *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 94.

AufenthG), andererseits. In den Fällen des § 15 Abs. 2 Nrn. 2, 2a und 3 AufenthG kann der Ausländer an der Grenze zurückgewiesen werden, sodass die Zurückweisungsentscheidung im behördlichen Ermessen liegt. Dieser Differenzierung in § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG bedürfte es aber nicht, wenn die Einreise mit einem materiell unrichtigen Aufenthaltstitel oder unter Verletzung der Einreisevoraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. a), c) und e) SGK einer Einreise ohne Aufenthaltstitel gleichstünde.¹⁴²⁴

Angesichts der zuvor genannten Argumente ist der Verweis auf den Gesetzeszweck des Aufenthaltsgesetzes, Zuwanderungskontrolle durch aufenthaltsrechtliche Genehmigungsverfahren zu ermöglichen, welcher nur erfüllt werden könne, wenn lediglich der materiell richtige Aufenthaltstitel Legalisierungswirkung entfalte, nicht von Gewicht.¹⁴²⁵ Insoweit bestehen – wie § 15 AufenthG exemplarisch verdeutlicht – zahlreiche Reaktionsmöglichkeiten im Migrationsverwaltungsrecht sowie die – abschließenden – Spezialregelungen in § 95 Abs. 1a, Abs. 6 AufenthG. Aufgrund dieser Vorschriften ist der Anwendungsbereich an Fällen, in denen die Rechtswidrigkeit der Genehmigung dem Ausländer gewahr sein musste, sehr gering, was das auf Art. 103 Abs. 2 GG gestützte Argument der ansonsten bestehenden Unvorhersehbarkeit der Strafbarkeit des Verhaltens zusätzlich bekräftigt.

Die noch unter Geltung des Ausländergesetzes entwickelte verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, wonach eine unerlaubte Einreise beziehungsweise ein unerlaubter Aufenthalt auch dann anzunehmen war, wenn der tatsächliche Aufenthaltszweck erlaubnispflichtig war, der Ausländer aber einen diesen Aufenthaltszweck umfassenden Aufenthaltstitel nicht besaß,¹⁴²⁶ ist vor diesem Hintergrund überholt.¹⁴²⁷ Dass die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in anderen Kontexten (etwa hinsichtlich der Auslegung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG) an einer materiell-rechtlichen Betrachtung festhält, ändert nichts daran, dass auch sie hinsichtlich Legalisierungswirkung eines wirksam erteilten Aufenthaltstitels der Auslegung des Bundesgerichtshofs folgt.¹⁴²⁸

Die hier vertretene Position steht nicht im Widerspruch zur zuvor vertretenen differenzierenden Auffassung, die bestimmten rechtswidrigen belastenden Verwal-

1424 So schon zu § 60 AuslG BGH NJW 2000, 1732, 1734.

1425 Vgl. aber *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 316.

1426 VGH Kassel NVwZ-RR 1993, 213, 214; OVG Münster NVwZ-RR 2001, 538 f.; vgl. für weitere Nachweise *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 312 Fn. 23.

1427 BVerwG NVwZ 2011, 871, 874; VGH Kassel, Beschl. v. 16.3.2005 – 12 TG 298/05, BeckRS 2005, 26152.

1428 BVerwG NVwZ 2011, 871, 874; VGH Kassel, Beschl. v. 3.11.2023 – 3 B 745/23, BeckRS 2023, 36518, Rn. 12 ff., 18: „Diese Vorschriften sind vorliegend nicht entscheidungserheblich, vielmehr kommt es auf die Auslegung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG und dabei lediglich darauf an, wann von einer Rechtmäßigkeit des Aufenthalts i.S. dieser Vorschrift auszugehen ist. Diese Auslegung hat originär und ausschließlich aufenthaltsrechtlich zu erfolgen.“

tungsakten den strafrechtlichen Schutz verwehrt.¹⁴²⁹ Während nämlich im Falle des rechtswidrigen belastenden Verwaltungsaktes die Strafbarkeit aufgrund verfassungsrechtlicher Wertungen (Übermaßverbot) entfallen muss, steht im Falle des rechtswidrigen, aber begünstigenden Verwaltungsaktes mit Legalisierungswirkung die Begründung einer Strafbarkeit trotz wirksamen Verwaltungsaktes im Raum und damit ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG sowie den Grundsatz des Vertrauensschutzes.

3. Vorliegen der materiellen Erteilungsvoraussetzungen bei formal fehlendem Verwaltungsakt

Liegt ein begünstigender Verwaltungsakt, insbesondere ein Aufenthaltstitel, nicht vor, stellt sich die Frage, wie sich die grundsätzliche Erfüllung der Erteilungsvoraussetzungen, die sogenannte Genehmigungsfähigkeit, auf die Strafbarkeit des Betroffenen auswirkt.¹⁴³⁰ Zu dieser Fallgruppe gehören zunächst die bereits erörterten Konstellationen der rechtswidrigen Ablehnung eines Aufenthaltstitels – denn die Nichterteilung eines begünstigenden Verwaltungsaktes ist die Kehrseite der ablehnenden Entscheidung.¹⁴³¹ Die Rechtswidrigkeit der ablehnenden Entscheidung führt dann zum Entfallen der Strafbarkeit. Eine zweite Konstellation betrifft diejenigen Fälle, in denen der Betroffene zwar einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels hätte, den erforderlichen (§ 81 Abs. 1 AufenthG) Antrag jedoch unterlassen hat.

Für die Strafbarkeit der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels nach § 284 StGB hat der Bundesgerichtshof jüngst die Auffassung vertreten, dass es für die Erfüllung des Tatbestandes allein darauf ankomme, ob eine behördliche Erlaubnis zur Veranstaltung von Glücksspielen vorlag oder nicht.¹⁴³² Das Nichtvorliegen einer solchen Erlaubnis sei ein negatives Tatbestandsmerkmal, das streng verwaltungsakzessorisch zu bestimmen sei, sodass die Strafbarkeit nur entfalle, wenn die Genehmigung mit einem formal wirksamen Verwaltungsakt erteilt worden sei.¹⁴³³ Fehle es an einem solchen Verwaltungsakt, sei es für die Strafbarkeit unerheblich, ob eine materiell-rechtliche Genehmigungsfähigkeit angenommen werden könnte, jedenfalls wenn der gesetzliche Genehmigungsvorbehalt selbst verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.¹⁴³⁴ Andernfalls liefen Sinn und Zweck des Erlaubnisvorbehalts

1429 Die hier vertretene Differenzierung für „Rosinenpickerei“ haltend *Brand*, NJW 2020, 2287, der allerdings die im Folgenden ausgeführte Betroffenheit unterschiedlicher Interessen nicht hinreichend berücksichtigt.

1430 Grundsätzlich zu dieser Frage *Brauer*, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988, 85 ff.

1431 Zu einer entsprechenden Konstellation etwa OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286.

1432 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1433 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1434 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

leer.¹⁴³⁵ Dieser diene dazu, im Rahmen eines behördlichen Verfahrens Gefahren zu kontrollieren und ihrer Verwirklichung vorzubeugen.¹⁴³⁶ Das behördliche Verfahren diene also keinem Selbstzweck; ihm komme regelmäßig eine „eigenständige, auf das jeweilige gesetzliche Schutzgut bezogene gestaltende Funktion zur Gewährung effektiven Rechtsgüterschutzes“ zu.¹⁴³⁷ Geahndet wird mit den Strafvorschriften also der Verstoß „gegen das dem jeweiligen Rechtsgüterschutz dienende Verfahren“.¹⁴³⁸ Das Merkmal „ohne Erlaubnis“ (im vorliegenden Zusammenhang: „ohne Aufenthaltstitel“) sei daher immer dann erfüllt, wenn der Betroffene über eine entsprechende Erlaubnis nicht verfüge, unabhängig vom Grund für ihr Fehlen.¹⁴³⁹ Diese Auffassung kann sich auf den Wortlaut entsprechender Vorschriften berufen, die gerade auf das Fehlen eines legalisierenden Verwaltungsakts abstellen. Im Migrationsstrafrecht sind dies insbesondere der unerlaubte Aufenthalt (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) und die unerlaubte Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG), die jeweils auf § 4 AufenthG (i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) rekurren.

Die Position des Bundesgerichtshofs stößt gleichwohl dort auf Bedenken, wo eine gebundene Entscheidung im Raume steht, das Strafgericht also lediglich unter die gesetzlichen Voraussetzungen zu subsumieren hätte. Denn wenn das Genehmigungs- oder Erlaubnisverfahren der Behörde nur zu *einer* rechtmäßigen Entscheidung führen kann, nämlich zum Erlass des legalisierenden Verwaltungsakts, ist das Argument des Rechtsgüterschutzes durch Verwaltungsverfahren entkräftet. Hat die Behörde antragsgemäß zu entscheiden, trifft bereits das Gesetz die Wertung, dass schützenswerte Rechtsgüter der Erlaubnis nicht entgegenstehen. Die behördliche Entscheidung ist in diesen Fällen eine rein formale. Die Bestrafung des Anspruchsberechtigten liefe dann darauf hinaus, das bloß formale Fehlen einer behördlichen Entscheidung – deren Ergebnis gesetzlich bereits determiniert ist – zum Gegenstand eines sozialetischen Unwerturteils zu machen.¹⁴⁴⁰

Der Bundesgerichtshof geht gleichwohl selbst in derart gelagerten Fällen davon aus, dass die Nichteinhaltung des behördlichen Verfahrens hinreichender Bezugspunkt einer Strafbarkeit sei.¹⁴⁴¹ Der Betroffene habe in diesen Fällen zwar den Anspruch auf Genehmigung, „nicht aber auf eigenmächtige Vornahme der erlaubnisbedürfti-

1435 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1436 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1437 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1438 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1439 BGH NJW 2020, 2282, 2283. Dies entspricht der h.M. im Schrifttum, vgl. nur GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 38; Rengier, ZStW 1989, 874, 902 ff.; LK-StGB/Rönnau, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 290 f.; TK-StGB/Heine/Schittenhelm, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 324 ff. Rn. 19, jeweils m.w.N.

1440 Demgegenüber differenzierend hinsichtlich präventiver und repressiver Verbote Brauer, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988, 90 ff., 141.

1441 BGH NJW 2020, 2282, 2284.

gen Handlung.¹⁴⁴² Dementsprechend bilde auch eine – gegebenenfalls gerichtlich erstrittene – nachträgliche Genehmigung keinen Strafaufhebungsgrund.¹⁴⁴³ Darin liege auch keine Bestrafung „bloßen Verwaltungsungehorsams“, da der Gesetzgeber mit der Anknüpfung der Strafvorschrift an das Fehlen eines wirksamen Verwaltungsaktes letztlich eine potenziell gefährliche behördlich unkontrollierte Betätigung vermeiden wolle; der Strafgrund soll also letztlich in der Umgehung behördlicher Kontrollverfahren liegen.¹⁴⁴⁴ Wie zuvor dargelegt worden ist, ist dieses Argument jedenfalls für Teile des verwaltungsakzessorischen Strafrechts, nämlich Bereiche, in denen es um die Kontroll- und Steuerungsfunktion behördlicher Genehmigungsverfahren geht, nicht von der Hand zu weisen, wenn – abweichend von der zuvor herausgearbeiteten Position – mit der herrschenden Meinung eine solche anerkannt wird.¹⁴⁴⁵

Im Blick auf die migrationsstrafrechtlichen Tatbestände ist daher erneut zu differenzieren: In der ersten Konstellation der Ablehnung eines eigentlich begründeten *Antrags* führte das Abstellen auf ein Fehlen der Erlaubnis zur Strafbarkeit des Betroffenen, der – insoweit parallel zur Situation des rechtswidrigen aufenthaltsbeendenden Verwaltungsakts – zur Abwendung der Strafbarkeit auf eine Einreise beziehungsweise einen fortgesetzten Aufenthalt im Bundesgebiet verzichten müsste. Während dies im Falle der Einreise mangels begründeten Aufenthalts im Bundesgebiet regelmäßig¹⁴⁴⁶ noch zumutbar sein mag, weil es verwaltungsprozessuale Rechtsbehelfe gibt, die vorrangig in Anspruch zu nehmen wären,¹⁴⁴⁷ ist bei einem bereits bestehenden Aufenthalt aus den zuvor dargelegten Gründen von einem Verstoß gegen das Übermaßverbot auszugehen. Besteht ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, kann das formale Fehlen desselben daher nicht zu einer Strafbarkeit des Betroffenen wegen unerlaubten Aufenthalts führen. Denn der Betroffene hat in diesem Fall alles ihm Obliegende getan, insbesondere einen Antrag gestellt, und erfüllt die Erteilungsvoraussetzungen. Das Nichtvorliegen des Verwaltungsakts

1442 BGH NJW 2020, 2282, 2284.

1443 BGH NJW 2020, 2282, 2284; insoweit anders TK-StGB/Heine/Schittenhelm, 31. Aufl. 2025, Vor § 324 Rn. 19.

1444 BGH NJW 2020, 2282, 2284; zu dieser Funktion des Kontrollverfahrens Rengier, ZStW 1989, 874, 876.

1445 Kritisch gegenüber dieser schon früher von der herrschenden Meinung vertretenen Auffassung Brauer, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988, 141.

1446 In bestimmten Konstellationen kann aber auch hier die Strafbewehrung des Fehlens des Aufenthaltstitels unverhältnismäßig erscheinen, etwa wenn der Aufenthaltstitel eines langjährig in Deutschland lebenden Menschen im Ausland erlischt, obschon er Anspruch auf dessen Verlängerung oder auf die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels hätte. Dann muss die Genehmigungsfähigkeit die Rechtswidrigkeit der formal unerlaubten Einreise ausschließen.

1447 Vgl. zutreffend Heghmanns, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 239.

ist ihm nicht zuzurechnen, weshalb die Bestrafung des Verbleibs im Bundesgebiet unverhältnismäßig wäre.¹⁴⁴⁸

In der zweiten Situation des unterlassenen Antrags auf Erteilung beziehungsweise Verlängerung des Aufenthaltstitels scheint es dagegen auf Grundlage der Rechtsgutskonzeption der herrschenden Meinung angemessen und auch verfassungsrechtlich unbedenklich, das gesetzlich statuierte Antragsersfordernis ernst zu nehmen und den nicht beantragten und *deshalb* fehlenden Aufenthaltstitel zum Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts (oder wegen unerlaubter Einreise) zu machen. Insoweit ist die Position des Bundesgerichtshofs nämlich konsequent, weil auf dem Boden der herrschenden Meinung das förmliche Antragsverfahren – das in dieser Konstellation ja gerade nicht betrieben worden ist – keinen Selbstzweck darstellt, sondern der gesetzlichen Konzeption nach der Steuerung und Kontrolle von Migration sowie der förmlichen Entscheidung über die Gewährung eines Schutzstatus dient.¹⁴⁴⁹ Die Umgehung dieses Verfahrens nimmt der Behörde nicht nur die Möglichkeit, Migrationsvorgänge zu überwachen und zu steuern, sondern auch, im Einzelfall durch geeignete Nebenbestimmungen auf individuelle Besonderheiten des Falles zu reagieren.¹⁴⁵⁰ Irrtümer, etwa über die Notwendigkeit, einen Antrag zu stellen, sind auch hier keine Frage der Verwaltungsakzessorietät, sondern der strafrechtlichen Irrtumslehre.

Die hier vertretene differenzierende Position findet eine Stütze in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG 1990. Nach dieser Vorschrift machte sich strafbar, wer sich entgegen § 3 Abs. 1 Satz 1 AuslG 1990 ohne Aufenthaltsgenehmigung im Bundesgebiet aufhielt und keine Duldung nach § 55 Abs. 1 AuslG 1990 besaß. Die Duldung (heute: § 60a AufenthG) ist zwar *kein Aufenthaltstitel*, da durch sie lediglich – bei Fortbestehen der Ausreisepflicht – die Abschiebung eines Ausländers vorübergehend ausgesetzt wird. Diese Abschiebungsaussetzung ist jedoch gleichwohl ein – wenn auch in der Verwaltungsvollstreckung qua Aussetzung des Vollzugs eben dieser ergehender – *begünstigender Verwaltungsakt* und ihr Fehlen gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) AufenthG auch gegenwärtig Voraussetzung einer Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts.¹⁴⁵¹ Mehrere Oberlandesgerichte hatten dabei entschieden, dass es für die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens nach § 92 Abs. 1

1448 Unter dem Gesichtspunkt des „erlaubten Risikos“ nur im Ergebnis übereinstimmend *Makepeace*, GA 2020, 485, 488 f.

1449 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 74 f.; *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 314, 316; *Rengier*, ZStW 1989, 874, 882 f., 902; anders offenbar allgemein für verwaltungsaktsakzessorische Tatbestände *Makepeace*, GA 2020, 485, 489.

1450 Vgl. § 12 Abs. 2 AufenthG; überzeugend daher *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 236; siehe zu den unterschiedlichen Funktionen des Genehmigungsverfahrens *Rengier*, ZStW 1989, 874, 876 f.

1451 *Kluth/Breidenbach*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 60a AufenthG Rn. 6; vgl. näher zur Duldung oben C. I. 2. e).

Nr.1 AuslG 1990 nicht darauf ankomme, ob die Duldung materiell-rechtlich hätte erteilt werden müssen, sondern – streng formal – allein darauf, ob der Ausländer zum Tatzeitpunkt im Besitz einer Duldung gewesen ist.¹⁴⁵² Sie sahen sich dabei auf der Linie der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur strengen Verwaltungsakzessorietät.¹⁴⁵³ Die bloße Genehmigungsfähigkeit wirke nicht tatbestandsausschließend oder rechtfertigend.¹⁴⁵⁴ Das Bundesverfassungsgericht erkannte zwar an, dass der *Wortlaut* der Strafvorschrift allein auf das förmliche Vorliegen einer Duldung abstelle.¹⁴⁵⁵ Dennoch sei die Ansicht des Bayerischen Obersten Landesgerichts, über dessen Beschluss das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden hatte, „mit Blick auf das durch die Anwendung von Strafrechtsnormen berührte Freiheitsrecht des betroffenen Ausländers und den verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz [...] nicht mehr verständlich [...]“.¹⁴⁵⁶ Denn in der Konsequenz werde es damit dem freien Ermessen der Ausländerbehörden überlassen, ob und in welchem Umfang ein Ausländer sich strafbar mache.¹⁴⁵⁷ In der Tat könnte eine Ausländerbehörde nach Auffassung der Oberlandesgerichte letztlich durch bloße Untätigkeit eine Strafbarkeit des Betroffenen bewirken. In Reaktion auf diese Entscheidung hat die strafgerichtliche Rechtsprechung den Duldungserteilungsanspruch mit der förmlich erteilten Duldung gleichgesetzt und bei seinem Vorliegen den Tatbestand verneint.¹⁴⁵⁸

Der entscheidende Punkt der Entscheidung ist dabei, dass der Anspruch auf Erteilung einer Duldung nicht von einem Antrag des Ausländers abhängig ist; vielmehr ist die Duldung von Gesetzes wegen zu erteilen.¹⁴⁵⁹ Eine Konstellation, in der der Ausländer keinen Anspruch auf eine Duldung haben könnte, wenn er nicht abgeschoben werden kann, ist danach nicht vorstellbar.¹⁴⁶⁰ Insoweit kommt der Behörde also keinerlei Ermessensspielraum zu.

1452 BayObLG, Beschl. v. 13.2.2002 – 4 St RR 4/2002 (unveröffentlicht), zitiert nach BVerfG NSTz 2003, 488; OLG Frankfurt a.M. NSTz-RR 2001, 57; KG, Beschl. v. 15.1.1998 – (4) 1 Ss 113/97 (2/98), BeckRS 1998, 11680; KG NSTz-RR 2002, 220.

1453 OLG Frankfurt a.M. NSTz-RR 2001, 57; KG NSTz-RR 2002, 220.

1454 OLG Frankfurt a.M. NSTz-RR 2001, 57; KG NSTz-RR 2002, 220.

1455 BVerfG NSTz 2003, 488.

1456 BVerfG NSTz 2003, 488.

1457 BVerfG NSTz 2003, 488.

1458 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; BGH NSTz 2026, 117; OLG Frankfurt a.M. NSTz-RR 2003, 307; 2003, 308 f.; 2005, 184, 185; 2006, 246; 2009, 257, 258; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 11 ff.; OLG München NJW 2018, 3041, 3042; zustimmend statt vieler GK-AufenthG/*Bernhöft*, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 38; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 10, 63. Dies soll nach BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740, Rn. 7 ff., jedoch nicht gelten, wenn der Aufenthalt des Ausländers unbekannt sei, weil dann die Erteilung einer Duldung auch bei grundsätzlich bestehendem Erteilungsanspruch nicht möglich sei. Zur Kritik an dieser Rechtsprechung und weiteren Nachweisen unten E. II. 1. b) bb) (3).

1459 BVerfG NSTz 2003, 488; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 63.

1460 BVerfG NSTz 2003, 488; vgl. GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 61 f.

Diese Situation ist freilich mit derjenigen des *beantragten* Aufenthaltstitels, auf den ein Rechtsanspruch besteht, vergleichbar.¹⁴⁶¹ Auch in diesen Fällen kann es nicht der Behörde überlassen sein, durch rechtswidrige Ablehnung des Antrags und gleichzeitige Nichterteilung einer Verfahrensduldung letztlich eine Kriminalisierung des Betroffenen – ein Widerspruch oder eine Klage gegen die ablehnende Entscheidung haben nach § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG keine aufschiebende Wirkung – herbeizuführen.¹⁴⁶² Demgegenüber sind Fälle, in denen der Betroffene den Antrag unterlassen hat, gerade nicht mit der verfassungsgerichtlich entschiedenen Konstellation vergleichbar. Denn in diesen Fällen hat es der Betroffene unterlassen, die Erteilungsvoraussetzungen vollständig herbeizuführen.

In der Konsequenz muss eine Verurteilung wegen unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG auf Grundlage der hier vertretenen Auffassung immer dann entfallen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der erforderlichen behördlichen Erlaubnis, einschließlich des (erforderlichen) Antrags, zum Zeitpunkt der Tatbegehung vorlagen. Dabei ist das Strafgericht angehalten, selbst über das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen zu entscheiden. In diesen Fällen liegt nicht erst ein Strafaufhebungsgrund vor, sondern es entfällt bereits der Tatbestand, weil dem Ausländer, der sich trotz formalen Fehlens eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet aufhält, die Ausreise nicht zumutbar ist.¹⁴⁶³

Die hier vertretene Auffassung ist nicht inkonsequent oder gar widersprüchlich, weil sie die Konstellationen des rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes und des rechtswidrig *nicht* erlassenen begünstigenden Verwaltungsaktes in der ersten Konstellation strikt formal verwaltungsaktsakzessorisch und in der zweiten unter Rückgriff auf das materielle Verwaltungsrecht behandelt.¹⁴⁶⁴ Wie dargelegt sind nämlich jeweils unterschiedliche Verfassungsgüter und Interessen betroffen. Während es in der ersten Konstellation schon der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG und der Vertrauensschutz gebieten, dem wirksamen, wenn auch rechtswidrigen Verwaltungsakt Legalisierungswirkung zuzubilligen, streitet in der zweiten Konstellation der die staatliche Strafgewalt begrenzende verfassungsrechtlich vorge-

1461 Gegen eine Übertragbarkeit Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 11, der diese Fälle über ein Entfallen der Rechtswidrigkeit bei ex tunc wirkender Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch das Verwaltungsgericht lösen will (Rn. 41). Zu dieser Position vgl. schon oben D. I. 1. b).

1462 Durch die Rechtsprechung des BVerwG NVwZ 2020, 1044, 1046, wäre dabei gedeckt, in derartigen Fällen einen Anspruch auf Verfahrensduldung nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG anzunehmen und auf diese Weise gar einen vollständigen Gleichlauf zur Rechtsprechung des BVerfG zu gewährleisten.

1463 Für eine Lösung auf Ebene der objektiven Zurechnung dagegen Makepeace, GA 2020, 485, 488 f. Diese Lösung übersieht jedoch, dass es dem Gesetzgeber nicht grundsätzlich verwehrt ist, auch das formale Fehlen einer Erlaubnis unter Strafe zu stellen, um die Ordnungsfunktion des Verwaltungsverfahrens als Vorbedingung des damit bezweckten Rechtsgüterschutzes zu schützen. Lassen sich derartige Rechtsgüter dagegen nicht identifizieren, muss die Strafvorschrift insgesamt in Frage gestellt werden.

1464 So aber Brand, NJW 2020, 2287.

gebene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gegen eine strikte verwaltungsaktsakzessorische Betrachtung.

II. Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG)

Art. 103 Abs. 2 GG bestimmt, dass eine Tat nur bestraft werden kann, „wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Neben einem strengen Gesetzesvorbehalt (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) bedingt Art. 103 Abs. 2 GG daher auch spezifisch strafrechtliche Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit (*lex certa*).¹⁴⁶⁵ Art. 103 Abs. 2 GG weist mithin eine doppelte Schutzrichtung auf. Zum einen weist die Norm dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber die Verantwortung zu, selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit eines Verhaltens zu entscheiden, also die normativen Voraussetzungen der Bestrafung festzulegen. Zum anderen kommt Art. 103 Abs. 2 GG aber auch eine freiheitsgewährleistende Funktion zu, indem er verlangt, dass Normadressaten den Bereich strafbaren Verhaltens sicher vom Bereich straflosen Verhaltens abgrenzen und damit vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.¹⁴⁶⁶ Beide Dimensionen sind bei verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen betroffen. Sie werden im Folgenden getrennt voneinander diskutiert, da sie zwei unterschiedliche Aspekte des Art. 103 Abs. 2 GG betreffen, auch wenn ein Überschneidungsbereich besteht.¹⁴⁶⁷

1. Gesetzesvorbehalt

Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine Strafe nach Art. 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 Satz 1 GG „nur auf der Grundlage eines förmlichen Gesetzes verhängt werden“ darf (Parlamentsvorbehalt).¹⁴⁶⁸ Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, nicht der Exekutive, die Voraussetzungen der Strafbarkeit festzulegen. Diese müssten sich daher bereits aus dem förmlichen Gesetz selbst, nicht erst aus untergesetzlichen Normen ergeben.¹⁴⁶⁹ Dies schließe es zwar nicht grundsätzlich aus, dass Straftatbestände für die weitere Konkretisierung auf Rechtsverord-

¹⁴⁶⁵ Vgl. *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 306; *Dietmeier*, Blankettstrafrecht, 2002, 83 f.; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 46, 77.

¹⁴⁶⁶ St. Rspr. BVerfG NStZ 1986, 261; NJW 1987, 3175; 1989, 1663; 1993, 581, 582; 1995, 1141; 2002, 1779 f.; 2010, 3209, 3210; 2016, 3648, 3649; NVwZ-RR 2020, 569, 571; vgl. *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 73 f.

¹⁴⁶⁷ Das BVerfG ist in der Zuordnung seiner Erwägungen zu diesen beiden Aspekten nicht immer klar, ebenso wenig die Literatur, vgl. dazu *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 78, 112.

¹⁴⁶⁸ BVerfG NJW 1989, 1663; siehe ferner BVerfG NJW 1987, 3175; vgl. *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 308; *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 80; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 104: „Der in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltene Gesetzesvorbehalt ist also ein Vorbehalt des förmlichen Gesetzes.“

¹⁴⁶⁹ BVerfG NJW 1987, 3175; 1989, 1663; 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 571. Im Blick auf die legislative Realität skeptisch *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz

nungen oder sogar auf Verwaltungsakte Bezug nehmen. Allerdings müssten die in Bezug genommenen Rechtsverordnungen oder Verwaltungsakte hinsichtlich ihres Inhalts bereits so konturiert sein, dass sich die Verbotsmaterie in ihren Grundzügen aus dem förmlichen Gesetz selbst ergibt.¹⁴⁷⁰ Es obliege mithin dem Gesetzgeber, im betreffenden Strafgesetz zu umreißen, welchen Inhalt die in Bezug genommene untergesetzliche Norm haben darf.¹⁴⁷¹ Im Bereich des verwaltungsakzessorischen Strafrechts könne dies auch durch eine in Bezug genommene gesetzliche Regelung geschehen, etwa die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Verordnung beziehungsweise des Verwaltungsakts, die freilich ihrerseits den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügen müsse.¹⁴⁷² Grundsätzlich seien auch Verweise auf Vorschriften anderer Normgeber zulässig; der Gesetzgeber mache sich diese durch den Verweis nämlich zu eigen.¹⁴⁷³ Insbesondere Verweisungen auf Unionsrecht seien daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.¹⁴⁷⁴ Handelt es sich bei diesen Verweisungen allerdings um sogenannte dynamische Verweisungen, also um Verweisungen auf eine Norm in ihrer jeweils geltenden Fassung, sei in besonderem Maße darauf zu achten, dass die Strafbarkeitsvoraussetzungen sich im Wesentlichen bereits aus dem Blankettgesetz ergeben und keine Verlagerung der Gesetzgebungsbefugnis stattfindet.¹⁴⁷⁵

Nach diesen Maßstäben begegnen die Regelungen des Migrationsstrafrechts keinen durchgreifenden Bedenken. Sofern die Strafvorschriften Zuwiderhandlungen gegen Einzelanordnungen mit Strafe bedrohen, verweisen sie durchgehend präzise (mit Absatz, Satz und Nummer) auf die entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen im (selben) Gesetz (Aufenthaltsgesetz, Asylgesetz), aus denen sich Voraussetzungen und Umfang dieser Anordnungen erschließen. Der Gesetzgeber hat in diesen Fällen also selbst geregelt, welchen Inhalt diese Anordnungen haben dürfen und welchen Anforderungen sie gerecht werden müssen. Sie genügen daher dem Gesetzesvorbe-

von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 87 f.; *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 220 f. m.w.N.

1470 St. Rspr., siehe nur BVerfG NJW 1989, 1663; 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 571.; dazu m.w.N. *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 80 f.

1471 BVerfG NJW 2016, 3648, 3650 f.; NVwZ-RR 2020, 569, 572, 573; ähnlich *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 90, der fordert, dass mindestens deutlich werden müsse, welche Rechtsgüter geschützt werden sollen und welche Gruppe von Verhaltensanweisungen strafrechtlich bewehrt werden könnten; *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 832 m.w.N., nach dem untergesetzliche Normen nur eine Spezifizierung dessen, was im Gesetz im Wesentlichen schon entschieden ist, sein dürfen.

1472 BVerfG NJW 1987, 3175 f.; 2016, 3648, 3651; NVwZ-RR 2020, 569, 573; so auch MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 8; *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 829 f.; *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 223 f.; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 118.

1473 BVerfG NJW 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572.

1474 BVerfG NJW 2016, 3648, 3651; NVwZ-RR 2020, 569, 572.

1475 BVerfG NJW 2016, 3648, 3651. Vgl. auch *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 122 ff.; *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 832 f.

halt.¹⁴⁷⁶ Sofern es um die Strafbarkeit wegen des Fehlens eines Aufenthaltstitels geht, regelt das Gesetz selbst, dass Voraussetzung der Strafbarkeit eben das Fehlen eines Aufenthaltstitels ist, sowie den Grundsatz, dass Einreise und Aufenthalt einen Aufenthaltstitel erfordern. Zudem wird auf die Aufenthaltsverordnung sowie das Unionsrecht für Befreiungstatbestände verwiesen. Dass für die Prüfung, ob ein Aufenthaltstitel *erforderlich* ist, aufgrund der gesetzlichen (dynamischen) Verweisung in § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG auch auf die Aufenthaltsverordnung und das Unionsrecht rekuriert werden muss, verstößt nicht gegen den strengen Gesetzesvorbehalt,¹⁴⁷⁷ da der Gesetzgeber auf diese Weise lediglich die Spezifizierung der Befreiungstatbestände delegiert hat, während die Grundvoraussetzung der Strafbarkeit unmittelbar aus dem Gesetz selbst folgt und auch der Erforderlichkeitsmaßstab in diesem definiert ist (§ 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG). Dementsprechend bestehen diesbezüglich keine Bedenken an der Wahrung des Gesetzesvorbehalts.¹⁴⁷⁸ Eine davon zu trennende Frage ist, ob damit auch den Anforderungen an die *Gesetzesbestimmtheit* hinreichend Rechnung getragen ist.

2. Gesetzesbestimmtheit

Neben dem strengen Gesetzesvorbehalt regelt Art. 103 Abs. 2 GG auch die Anforderungen an die Bestimmtheit von Strafgesetzen.¹⁴⁷⁹ Die Voraussetzungen der Strafbarkeit müssen dabei nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts so konkret umrissen sein, dass „Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.“¹⁴⁸⁰ Der Grundsatz der Normenklarheit gelte damit im Bereich des Strafrechts besonders strikt.¹⁴⁸¹ Dies schließe zwar die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die einer Konturierung durch die Rechtsprechung zugänglich sind, nicht aus.¹⁴⁸² Angesichts der Komplexität und Vielgestaltigkeit des Lebens sei es auch nicht zu beanstanden, wenn in Grenzfällen Zweifel darüber verbleiben, ob ein konkretes Verhalten dem gesetzlichen Tat-

1476 Vgl. zum AuslG 1990 *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 110, 116 f.; zu den Anforderungen insoweit *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 118.

1477 Zur Zulässigkeit einer solchen Verweisung BVerfG NJW 2016, 3648, 3650 f.

1478 Wie hier auch *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 113 f.; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 8; so in anderem Zusammenhang auch *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 832 f.: „Ist die Grundentscheidung über das strafbare Verhalten im Gesetz gefallen, so kann der Rechtsverordnung die *Regelung der Einzelheiten* (Herv. im Orig.) überlassen werden.“

1479 Vgl. *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 343 ff.

1480 BVerfG NStZ 1986, 261; NJW 1987, 3175; 2002, 1779; 2010, 3209, 3210; 2016, 3648, 3649; NVwZ-RR 2020, 569, 571; BGH NJW 2018, 480, 483.

1481 BVerfG 2010, 3209, 3210; 2016, 3648, 3649; NVwZ-RR 2020, 569, 571; nach MK-StGB/Schmitz, 5. Aufl. 2024, § 1 Rn. 53 muss der Gesetzgeber eine „bestmögliche Präzision“ erreichen.

1482 BVerfG NStZ 1986, 261; NJW 1978, 1423; 1987, 3175; 1995, 1141; 2010, 3209, 3210 f.; 2012, 3357, 3363; 2013, 3151, 3159; 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572; BGH NJW 2018, 480, 483; kritisch *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 96.

bestand unterfällt oder nicht.¹⁴⁸³ Im Regelfall müsse der Normadressat aber durch Lektüre des gesetzlichen Tatbestandes erkennen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht, mindestens aber, ob ein Strafbarkeitsrisiko besteht.¹⁴⁸⁴ Je schwerer die angedrohte Strafe sei, desto genauer müsse der Gesetzgeber die Strafbarkeitsvoraussetzungen festlegen.¹⁴⁸⁵ Der Gesetzgeber müsse den Tatbestand aber nicht vollständig im förmlichen Gesetz umschreiben, sondern dürfe auf andere Vorschriften – auch solche anderer Normgeber – verweisen, sofern hinreichend erkennbar sei, welche Vorschriften im Einzelnen gelten sollen.¹⁴⁸⁶ Die Verweisung führe insoweit zur Geltung der in Bezug genommenen Vorschrift, ohne dass ihr Inhalt *verbatim* in den Tatbestand übernommen werden müsste.¹⁴⁸⁷ In dieser Perspektive ist sie ein Mittel, gerade im Bereich des verwaltungsakzessorischen Strafrechts eine gewisse Übersichtlichkeit und Normenklarheit zu gewährleisten.

Bei der Bestimmung der Anforderungen an die Bestimmtheit eines Strafgesetzes ist nach verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung der Adressatenkreis einer Vorschrift zu berücksichtigen.¹⁴⁸⁸ Zwar könne für die Tatbestände des Kernstrafrechts ihre Kenntnis „im allgemeinen erwartet werden.“¹⁴⁸⁹ Von den Normadressaten des Nebenstrafrechts werde zudem regelmäßig verlangt, dass sie aufgrund ihrer Vertrautheit mit der verwaltungsrechtlichen Spezialmaterie auch komplexere Verweisungsregelungen nachvollziehen können oder sich jedenfalls sachkundig machen.¹⁴⁹⁰ Das Kriterium des Adressatenkreises lässt sich freilich auch unter umgekehrten Vorzeichen heranziehen: Dort, wo die Normadressaten gerade keine besondere Sach- und Fachkenntnis aufweisen, wie etwa im Migrationsstrafrecht, muss dies bei der Ausgestaltung der Strafvorschriften berücksichtigt werden.¹⁴⁹¹

Im Blick auf die Vereinbarkeit migrationsstrafrechtlicher Tatbestände mit dem Bestimmtheitsgrundsatz besteht die Herausforderung vor allem darin, dass die Strafvorschriften mitunter nicht nur auf eine Vorschrift desselben Gesetzes verweisen, sondern über die in Bezug genommenen migrationsverwaltungsrechtlichen Vor-

1483 BVerfG NStZ 1986, 261; NJW 1987, 3175; 1995, 1141; 2010, 3209, 3210.

1484 BVerfG NStZ 1986, 261; NJW 1995, 1141; 2010, 3209, 3210, 3211; 2016, 3648, 3649 f.; NVwZ-RR 2020, 569, 571; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 92.

1485 BVerfG NJW 1987, 3175; 2010, 3209, 3211; 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572; kritisch zu diesem Kriterium *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 75 f. m.w.N.; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 95.

1486 BVerfG NJW 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572.

1487 BVerfG NJW 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572. Eine wiederholte Normierung wäre bezüglich unmittelbar geltenden Unionsrechts zudem unionsrechtswidrig, dazu *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 376 f.

1488 BVerfG NJW 1978, 1423; 2010, 3209, 3210; NVwZ-RR 2020, 569, 572; vgl. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 94; dazu auch *Waldhoff*, FS Ignor, 2023, 211, 219 f.

1489 BVerfG NJW 1987, 3175, 3176.

1490 In diese Richtung BVerfG NJW 1987, 3175, 3176.

1491 In diese Richtung BGHSt 65, 257, 272; zur Abhängigkeit der Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit vom Adressatenkreis der Vorschrift siehe auch BGH NJW 2018, 480, 483 f.

schriften wiederum andere Gesetze, das Unionsrecht und untergesetzliche Regelungen (der Aufenthaltsverordnung oder Verwaltungsakte) einbezogen werden. Dabei kommen mitunter komplexe und unübersichtliche Verweisungsketten zustande, so dass teils hohe Anforderungen an die Ermittlung der Verbotsmaterie existieren. Dies lässt sich beispielhaft am Tatbestand des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) demonstrieren. Dieser setzt voraus, dass sich der Täter (1) ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG im Bundesgebiet aufhält und dabei (2) vollziehbar ausreisepflichtig ist, (3) ihm keine Ausreisefrist gewährt wurde oder diese abgelaufen ist sowie (4) seine Abschiebung nicht ausgesetzt ist. Alle vier Voraussetzungen der Strafbarkeit setzen dabei eine Subsumtion unter verwaltungsrechtliche Vorschriften und/oder das Vorhandensein oder Fehlen eines Verwaltungsakts voraus. Bereits die Frage, ob ein Ausländer einen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG benötigt oder nicht, ist dabei keineswegs banal, sondern lässt sich ihrerseits nur nach Prüfung der Befreiungsvoraussetzungen vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels nach der Aufenthaltsverordnung sowie nach Unionsrecht beantworten. Zudem kann beispielsweise zu prüfen sein, ob ein ausländischer Aufenthaltstitel angesichts von Art. 21 SDÜ gleichfalls Legalisierungswirkung entfaltet.¹⁴⁹² Ohne diese Voraussetzungen an dieser Stelle weiter zu vertiefen,¹⁴⁹³ verdeutlicht bereits dieses Beispiel, dass es für den Normadressaten mitunter schwierig sein kann, das Vorliegen der Strafbarkeitsvoraussetzungen ohne vertiefte Kenntnis der Rechtsmaterie sicher ausschließen zu können.¹⁴⁹⁴

Andere Strafvorschriften, wie etwa § 95 Abs. 1a AufenthG verweisen auf Gesetze, die ihrerseits auf eine *Vielzahl* anderer Gesetze verweisen, wobei sich nur aus einer vollständigen Betrachtung aller in Bezug genommener Normen die eigentliche Strafvorschrift ergibt.¹⁴⁹⁵ So lautet § 95 Abs. 1a AufenthG:

„Ebenso wird bestraft, wer vorsätzlich eine in § 404 Abs. 2 Nr. 4 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch oder in § 98 Abs. 3 Nr. 1 bezeichnete Handlung begeht, für den Aufenthalt im Bundesgebiet nach § 4 Abs. 1 Satz 1 eines Aufenthaltstitels bedarf und als Aufenthaltstitel nur ein Schengen-Visum nach § 6 Abs. 1 Nummer 1 besitzt.“

Der in Bezug genommene § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III wiederum lautet:

„[...] entgegen § 284 Absatz 1 oder entgegen § 4a Absatz 3 Satz 4 oder Absatz 4, § 6 Absatz 2a, § 7 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 16a Absatz 3 Satz 1, § 16b Absatz 3, auch in Verbindung

¹⁴⁹² Zu diesen Fragen oben C. I.

¹⁴⁹³ Dazu unten E. II. 1.

¹⁴⁹⁴ Deshalb von einer mangelnden Bestimmtheit ausgehend *Hörich/Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 15 f.

¹⁴⁹⁵ Dazu, dass entsprechende Strafvorschriften „die begrenzte menschliche Kapazität zur kurzzeitigen Informationsverarbeitung durch Quantität oder Komplexität der Vernetzungsstrukturen derjenigen Vorschriften, die gleichzeitig wahrzunehmen sind, um die Verbotsmaterie zu erfassen“ überschreiten und damit zu unbestimmt sein können, siehe *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 102 f.

mit Absatz 7 Satz 3, § 16b Absatz 5 Satz 3 zweiter Halbsatz, § 16c Absatz 2 Satz 3, § 16d Absatz 1 Satz 4, Absatz 3 Satz 2 oder Absatz 4 Satz 3, § 16f Absatz 3 Satz 4, § 17 Absatz 3 Satz 1, § 20 Absatz 1 Satz 4, auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2, § 23 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 24 Absatz 6 Satz 2 erster Halbsatz oder § 25 Absatz 4 Satz 3 erster Halbsatz, Absatz 4a Satz 4 erster Halbsatz oder Absatz 4b Satz 4 erster Halbsatz des Aufenthaltsgesetzes eine Beschäftigung ausübt, [...]“

Der gleichfalls in Bezug genommene § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG ist nicht weniger komplex:

„entgegen § 4a Absatz 3 Satz 4 oder Absatz 4, § 6 Absatz 2a, § 7 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 16a Absatz 3 Satz 1, § 16b Absatz 3, auch in Verbindung mit Absatz 7 Satz 3, § 16b Absatz 5 Satz 3 zweiter Halbsatz, § 16c Absatz 2 Satz 3, § 16d Absatz 1 Satz 4, Absatz 3 Satz 8, Absatz 6 Satz 3 oder Absatz 4 Satz 3, § 16f Absatz 3 Satz 4, § 17 Absatz 3 Satz 1, § 20 Absatz 1 Satz 4, auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2, § 23 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz oder § 25 Absatz 4 Satz 3 erster Halbsatz, Absatz 4a Satz 4 erster Halbsatz oder Absatz 4b Satz 4 erster Halbsatz eine selbständige Tätigkeit ausübt, [...]“

Selbst für rechtskundige Personen stellen derartige Verweisungsketten eine Herausforderung dar.¹⁴⁹⁶ Allerdings erkennt das Bundesverfassungsgericht an, dass die Frage, ob ein Tatbestand dem Bestimmtheitsgrundsatz noch genügt, im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Regelungsalternativen zu beantworten ist.¹⁴⁹⁷ Zudem müssten die „Besonderheiten des jeweiligen Tatbestands einschließlich der Umstände [...], die zur gesetzlichen Regelung geführt haben“, berücksichtigt werden.¹⁴⁹⁸ Dementsprechend ginge es zu weit, hinsichtlich der verwaltungsakzessorischen Straftatbestände des Migrationsstrafrechts im Blick auf den Adressatenkreis der Vorschriften zu verlangen, dass der Gesetzgeber sämtliche – teils aufgrund der Bezugsmaterie komplexe – Strafbarkeitsvoraussetzungen in den Tatbestand inkorporiert. Entsprechende Normen würden wohl kaum verständlicher.¹⁴⁹⁹

Es muss stattdessen für jeden Einzelfall geprüft werden, ob das Ausmaß an Verweisungen – auch unter Berücksichtigung der Komplexität der in Bezug genommenen Regelungen – noch eine Vorhersehbarkeit und Konturierung der Verbotsmaterie ermöglicht oder ob dies mit dem Ergebnis der Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Strafvorschrift nicht mehr der Fall ist.¹⁵⁰⁰ Auf diese Frage wird im Zusammen-

1496 Für eine Berücksichtigung der informationstechnischen Entwicklung in diesem Kontext *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, zusf. 368.

1497 BVerfG NJW 2010, 3209, 3211; zustimmend *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 107.

1498 BVerfG NJW 2010, 3209, 3211; 2012, 3357, 3363; 2013, 3151, 3159; 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572.

1499 Vgl. *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 413; zu den Schwierigkeiten einer entsprechenden Tatbestandsgestaltung *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 115.

1500 Dies etwa, weil es zu einer übermäßigen Verschachtelung und in deren Folge einer Unübersichtlichkeit der Strafnorm kommt, vgl. dazu *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 102 ff.; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 110.

hang mit der Darstellung der einzelnen Strafvorschriften zurückzukommen sein. Dabei ist allerdings stets zu bedenken, dass der Komplexität von Strafvorschriften, die unter Bestimmtheitsgesichtspunkten Fragen aufwerfen, ohne sogleich dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit anheimzufallen, jedenfalls durch eine entsprechende Auslegung sowie den großzügigen Rückgriff auf die Irrtumsregelungen des Strafrechts Rechnung getragen werden muss.¹⁵⁰¹

III. Zwischenergebnis

Das Migrationsstrafrecht ist aufgrund seiner Verwaltungsakzessorietät besonders komplex und wirft schon in dieser Hinsicht zahlreiche Fragen auf. Im Blick auf die Reichweite der Akzessorietät ist dabei im Ausgangspunkt von einer strengen Verwaltungsaktsakzessorietät auszugehen. Diese wird aber da relativiert, wo verfassungsrechtliche Wertungen, insbesondere das Übermaßverbot, dies gebieten. Davon ist freilich ein wesentlicher Teil des Migrationsstrafrechts betroffen, namentlich die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts. Insoweit sind rechtswidrige Verwaltungsakte, die zum Entfallen eines Aufenthaltstitels führen, grundsätzlich von der Strafbewehrung ausgenommen. Spiegelbildlich dazu genügt in Fällen, in denen ein Aufenthaltstitel beziehungsweise dessen Verlängerung im Inland ordnungsgemäß beantragt, aber rechtswidrig verweigert worden ist, bereits die Genehmigungsfähigkeit, um die Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts entfallen zu lassen. In den übrigen Fällen verbleibt es dagegen bei der streng verwaltungsaktsakzessorischen Betrachtung, insbesondere im Blick auf die Legalisierungswirkung aufenthaltsrechtlicher Erlaubnisse, bei denen die Rechtswidrigkeit schon im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG nicht zum Entfallen der Legalisierungswirkung führt.

Die Verwaltungsakzessorietät wirft aber auch hinsichtlich des durch Art. 103 Abs. 2 GG statuierten strengen Gesetzesvorbehalts sowie des Bestimmtheitsgebots Fragen auf. Die Strafvorschriften des Aufenthalts- und Asylgesetzes werden dabei den Anforderungen an den strengen Gesetzesvorbehalt gerecht, weil sie jeweils auf die gesetzlich hinreichend definierten Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass strafbewehrter Verwaltungsakte rekurren beziehungsweise die Strafbarkeitsvoraussetzungen in einer Zusammenschau mit den Bezugsnormen des Aufenthalts- oder Asylgesetzes selbst festlegen. Im Blick auf die Bestimmtheit der Strafvorschriften wirft ihre Komplexität, die aus der Bezugsmaterie und den mitunter eingesetzten Verweisungsketten resultiert, Fragen auf. Zwar ist vom Gesetzgeber nicht gefordert, alle Voraussetzungen der Strafbarkeit im Einzelnen in den gesetzlichen Tatbestand aufzunehmen, da dies der Gesetzesklarheit nicht ohne Weiteres zuträglich wäre.

1501 Eine besonders sorgfältige Prüfung bzgl. der subjektiven Voraussetzungen und des Unrechtsbewusstseins fordert deshalb *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 8.

Allerdings dürfen die Verweisungen auch nicht dazu führen, dass es für den Normadressaten ohne vertiefte Rechtskenntnisse unmöglich wird, die Verbotsmaterie zu erfassen. Ob dies hinsichtlich der Strafvorschriften des Aufenthalts- und Asylgesetzes der Fall ist, kann nur für jeden Tatbestand einzeln beurteilt werden und soll daher an geeigneter Stelle vertieft werden.