
B. Das Migrationsstrafrecht und der Rechtsgüterschutz

Bevor im Folgenden die verwaltungs-, verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Grundlagen, die Verwaltungsakzessorietät des Migrationsstrafrechts und die Strafvorschriften im Einzelnen betrachtet werden, sollen in einem Überblick die Straftatbestände des gegenwärtigen Migrationsstrafrechts dargestellt und die von ihnen geschützten Rechtsgüter diskutiert werden.

I. Die Straftatbestände im Überblick

Die Straftatbestände des Migrationsstrafrechts verteilen sich über mehrere Gesetze: Das Aufenthaltsgesetz (§§ 95 bis 97 AufenthG), das Asylgesetz (§§ 84 bis 85 AsylG), das Freizügigkeitsgesetz/EU (§ 9 FreizügG/EU) und das Staatsangehörigkeitsgesetz (§ 42 StAG). Daneben finden sich im „Arbeitsstrafrecht“ Strafvorschriften, welche zentral an das Fehlen eines Aufenthaltstitels anknüpfen, so im Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (§§ 10 bis 11 SchwarzArbG) und im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (§§ 15 und 15a AÜG). Diese Strafvorschriften werden im Rahmen dieser Untersuchung jedoch nicht näher betrachtet, da sie zum einen in erster Linie⁵⁵⁵ Arbeitgeber, Entleiher im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung und Auftraggeber adressieren und zum anderen nicht den Migrationsvorgang selbst fokussieren, sondern eher parallel dazu verlaufende Tätigkeiten. Gleichfalls außen vor bleibt die durch § 97a AufenthG bewirkte Erweiterung des Geheimnisschutzes nach § 353b Abs. 1 und 2 StGB auf Informationen zum konkreten Ablauf einer Abschiebung, insbesondere Informationen nach § 59 Abs. 1 Satz 8 AufenthG, und Informationen zum konkreten Ablauf, insbesondere zum Zeitpunkt von Anordnungen nach § 82 Abs. 4 Satz 1 AufenthG.

Strafbar ist nach den Vorschriften des gegenwärtig geltenden Migrationsstrafrechts stets nur vorsätzliches Handeln, während die fahrlässige Begehung oftmals mit einem Bußgeld bedroht wird.⁵⁵⁶ Die Delikte lassen sich dabei in vier Kategorien ordnen: Einreise- und Aufenthaltsdelikte, Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen, Falschangaben im Verwaltungsverfahren und Schleusungsdelikte. Diesen Kategorien nicht zuzuordnen ist die nach § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG nach wie vor strafbedrohte Ausländergeheimbündelei. Nach diesem Tatbestand macht sich strafbar, wer im Bundesgebiet einer überwiegend aus Ausländern bestehenden Vereinigung oder Gruppe angehört, deren Bestehen, Zielsetzung oder Tätigkeit vor den Behörden geheim gehalten wird, um ihr Verbot abzuwenden.

⁵⁵⁵ § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) und d) SchwarzArbG enthalten aber auch Strafvorschriften, welche den Ausländer selbst adressieren. Sofern dieser ohne Aufenthaltstitel oder entgegen einem Verbot oder einer Beschränkung eine Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit ausübt, macht er sich strafbar.

⁵⁵⁶ Vgl. § 98 Abs. 1 AufenthG; § 86 Abs. 1 AsylG.

Die Praxisrelevanz dieses abstrakten Gefährungsdelikts, das im Wesentlichen die behördliche Überwachung von Ausländervereinen (§ 14 VereinsG), bei denen ein Verbotgrund naheliegt, absichern soll und damit dem Schutz der durch § 14 Abs. 2 VereinsG in Bezug genommenen Schutzgüter dient,⁵⁵⁷ ist sehr gering.⁵⁵⁸ Die Vorschrift wird daher nicht separat behandelt.

1. Einreise- und Aufenthaltsdelikte

Neben den Schleusertatbeständen sind für die Praxis die Tatbestände der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts von besonderer Bedeutung.⁵⁵⁹ Sie können nur durch nicht freizügigkeitsberechtigte⁵⁶⁰ Ausländer verwirklicht werden.⁵⁶¹ Straftat ist dabei sowohl die Einreise ohne Pass oder Passersatz als auch die Einreise ohne – erforderlichen⁵⁶² – Aufenthaltstitel in das Bundesgebiet.⁵⁶³ Gleichermäßen strafbar ist der „unerlaubte Aufenthalt“, wobei der Aufenthalt unerlaubt ist, wenn er unter Verstoß gegen die Passpflicht erfolgt⁵⁶⁴ oder wenn sich der Ausländer ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhält und dabei vollziehbar ausreisepflichtig ist, ihm eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist und seine Abschiebung nicht ausgesetzt ist.⁵⁶⁵ Die Strafdrohung reicht jeweils bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Erfolgen die Einreise oder der Aufenthalt unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.⁵⁶⁶ Einem fehlenden Aufenthaltstitel steht dabei ein durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkter oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichener Aufenthaltstitel gleich.⁵⁶⁷ Ebenfalls dem Kontext des unerlaubten Aufenthalts ist die Strafvorschrift des § 95 Abs. 1a AufenthG zuzuordnen. Danach macht sich strafbar, wer eine Erwerbstätigkeit aufnimmt, obschon er für den Aufenthalt im Bundesgebiet eines Aufenthaltstitels bedarf und nur ein Schengen-Visum besitzt, welches grundsätzlich nicht zur Arbeitsaufnahme berechtigt.⁵⁶⁸

⁵⁵⁷ Ähnlich Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 80 f.

⁵⁵⁸ Vgl. BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 106; NK-Ausländerrecht/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 159.

⁵⁵⁹ Siehe oben Einleitung I.

⁵⁶⁰ Vgl. § 1 Abs. 1 FreizügG/EU. Dazu unten C. I. und E. I. 1.

⁵⁶¹ Dies ergibt sich aus den jeweils zugrundeliegenden verwaltungsrechtlichen Normen, die nur Ausländer adressieren, siehe § 14 Abs. 1 AufenthG („Die Einreise eines Ausländers [...]“) und § 4 Abs. 1 AufenthG („Ausländer bedürfen [...]“), aber auch aus den gesetzlichen Regelungen zum Anwendungsbereich der jeweiligen Gesetze (siehe § 1 Abs. 2 AufenthG, § 1 AsylG).

⁵⁶² Zu diesem Merkmal unten D. I. 2.

⁵⁶³ § 95 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 AufenthG.

⁵⁶⁴ § 95 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 (i.V.m. § 48 Abs. 2) AufenthG.

⁵⁶⁵ § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG.

⁵⁶⁶ § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG.

⁵⁶⁷ § 95 Abs. 6 AufenthG.

⁵⁶⁸ Vgl. § 6 Abs. 2a AufenthG.

Für freizügigkeitsberechtigte Personen (also vor allem EU- und EWR-Staatsangehörige sowie ihre Familienangehörigen) sieht § 9 Abs. 2 FreizügG/EU eine Strafbarkeit der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts vor, wenn sie gegen die Untersagung der Einreise und des Aufenthalts verstoßen, welche erfolgen soll, wenn eine Ausländerbehörde festgestellt hat, dass die betreffende Person kein Recht auf Einreise und Aufenthalt nach dem Unionsrecht hat.⁵⁶⁹

2. Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen

Die zweite Kategorie von Straftatbeständen umfasst Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten (Mitwirkungs- und Duldungspflichten) sowie Ordnungsverfügungen, die sich speziell an Ausländer richten. Dieser Kategorie sind § 95 Abs. 1 Nr. 4 bis 7, Abs. 2 Nr. 1a AufenthG sowie § 85 Abs. 1 AsylG zuzuordnen.

§ 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG stellt die Zuwiderhandlung gegen eine Ausreiseuntersagung (§ 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 AufenthG) und gegen eine Beschränkung oder Untersagung der politischen Betätigung (§ 47 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AufenthG) unter Strafe. § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG kriminalisiert den Verstoß gegen die in § 49 Abs. 2 AufenthG statuierte Pflicht von Ausländern, gegenüber den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden auf Verlangen die erforderlichen Angaben zu seinem Alter, seiner Identität und Staatsangehörigkeit zu machen, wobei der Pflichtverstoß sowohl in der vollständigen Verweigerung einer Angabe als auch in der unrichtigen oder unvollständigen Angabe bestehen kann. Insoweit bestehen Überschneidungen mit Delikten, die Falschangaben im Verwaltungsverfahren unter Strafe stellen. Dementsprechend ist § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG formell subsidiär gegenüber § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, der unrichtige oder unvollständige Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung oder zur Verhinderung des Erlöschens oder der nachträglichen Beschränkung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung für sich oder einen anderen unter eine erhöhte Strafdrohung stellt („sofern die Tat nicht in Absatz 2 Nr. 2 mit Strafe bedroht ist“). § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG bedroht das Nicht-Dulden von Maßnahmen zur Identitätsfeststellung nach § 49 Abs. 1 und Abs. 3 bis 9 AufenthG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

§ 95 Abs. 1 Nr. 6a bis 6c sowie Abs. 2 Nr. 1a AufenthG sehen Strafvorschriften vor, die speziell Ausländer adressieren, die ausreisepflichtig sind und als Gefährder qualifiziert werden. § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG stellt Verstöße gegen die von Gesetzes wegen bestehende Meldepflicht (§ 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG) unter Strafe; § 95 Abs. 1 Nr. 6b AufenthG erweitert die Strafbarkeit auf Fälle, in denen die Meldepflicht behördlich angeordnet wurde (§ 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG), erfasst darüber hinaus

⁵⁶⁹ § 9 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU.

aber auch Verstöße gegen die Pflicht, an einem anderen Wohnort oder in bestimmten Unterkünften zu wohnen (§ 56 Abs. 3 AufenthG), sowie Zuwiderhandlungen gegen Kontakt- und Kommunikationsmittelverbote (§ 56 Abs. 4 AufenthG). § 95 Abs. 1 Nr. 6c AufenthG bedroht wiederum Verstöße gegen räumliche Beschränkungen ausreisepflichtiger Gefährder (§ 56 Abs. 2 AufenthG) mit Strafe. Eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe droht § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG einem Ausländer an, der einer vollstreckbaren gerichtlichen Anordnung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung zuwiderhandelt (§ 56a Abs. 1 AufenthG) und dadurch die kontinuierliche Feststellung seines Aufenthaltsortes durch eine dafür zuständige Stelle nach § 56 Abs. 3 AufenthG verhindert.

§ 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG stellt wiederholte Verstöße gegen die gesetzlich vorgesehene (§ 61 Abs. 1 AufenthG) oder behördlich angeordnete (§ 61 Abs. 1c AufenthG) räumliche Beschränkung des Aufenthalts ausreisepflichtiger Ausländer unter Strafe.

Für Asylbewerber regelt das Asylgesetz spezielle Pflichten und stellt Verbote auf, deren Nichtbefolgung in § 85 Abs. 1 AsylG partiell strafbewehrt ist. Wo sich Überschneidungen zu § 95 AufenthG ergeben, geht § 85 Abs. 1 AsylG als spezielleres Gesetz vor.⁵⁷⁰ Nach § 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG macht sich strafbar, wer sich nach Entlassung aus einer Erstaufnahmeeinrichtung entgegen § 50 Abs. 6 AsylG nicht unverzüglich zu der Stelle begibt, welche ihm im Zuweisungsbescheid der zuständigen Landesbehörde mitgeteilt worden ist. § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG stellt wiederholte Verstöße gegen eine während des Asylverfahrens geltende räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung unter Strafe. Eine solche ergibt sich für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, aus § 56 Abs. 1 AsylG (i.V.m. § 59a Abs. 1 AsylG). Sie kann zudem nach § 59b Abs. 1 AsylG in bestimmten Fällen behördlich angeordnet werden. § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG bedroht den Verstoß gegen vollziehbare Anordnungen zur Wohnungsnahme nach § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. § 85 Abs. 1 Nr. 4 AsylG stellt die Ausübung einer Erwerbstätigkeit entgegen dem in § 61 Abs. 1 AsylG enthaltenen Verbot unter Strafe, das grundsätzlich so lange besteht, wie der Asylbewerber verpflichtet ist, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Nach § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG macht sich strafbar, wer unter Verstoß gegen seine allgemeinen Mitwirkungspflichten (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) „wider besseres Wissen“ eine erforderliche Angabe zu seinem Alter, seiner Identität oder seiner Staatsangehörigkeit nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht. Die unrichtige oder unvollständige Tätigung von Angaben weist wiederum Überschneidungen mit der nach § 85 Abs. 2 AsylG strafbaren Tätigung unrichtiger oder unvollständiger Angaben zur Erreichung einer Anerkennung als Asylberechtigter, der Zuerkennung internationalen Schutzes oder der Feststellung

⁵⁷⁰ Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 85 AsylG Rn. 6. Siehe dazu auch die jeweiligen Ausführungen unter E. III.

eines Abschiebungshindernisses beziehungsweise zur Verhinderung des Widerrufs oder der Rücknahme einer entsprechenden Anerkennung oder Feststellung auf, sodass § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG gegenüber § 85 Abs. 2 AsylG formell subsidiär ist („soweit nicht die Tat in Absatz 2 mit Strafe bedroht ist“). § 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG erfasst schließlich das Unterlassen der Vorlage, Aushändigung oder Überlassung eines Passes, eines Passersatzes oder von sonstigen Unterlagen oder Datenträgern unter Verstoß gegen die in § 15 Abs. 2 Nr. 4 bis 6 AsylG statuierten Pflichten.

3. Falschangaben im Verwaltungsverfahren

Während die meisten nur durch Ausländer verwirklichbaren Tatbestände mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bedroht sind, stellen § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, § 85 Abs. 2 AsylG und § 9 Abs. 1 FreizügG/EU die Tätigkeit oder Benutzung unrichtiger oder unvollständiger Angaben unter eine erhöhte Strafandrohung (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe), wenn die Angaben getätigt oder benutzt werden, um eine Statusverbesserung oder einen (unberechtigten) Statuserhalt im migrationsverwaltungsrechtlichen Verfahren zu erreichen. Im Falle des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG müssen die Angaben getätigt oder benutzt werden, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden. Im Falle des § 85 Abs. 2 AsylG muss der Täter die Anerkennung als Asylberechtigter, die Zuerkennung internationalen Schutzes oder die Feststellung eines Abschiebungshindernisses erstreben (Nr. 1) oder den Widerruf oder die Rücknahme der Anerkennung als Asylberechtigter, der Zuerkennung internationalen Schutzes oder der Feststellung eines Abschiebungshindernisses abwenden wollen (Nr. 2).

§ 9 Abs. 1 FreizügG/EU setzt wiederum voraus, dass die Angaben gemacht oder benutzt werden, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB zu beschaffen. Nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG und § 9 Abs. 1 FreizügG/EU macht sich zudem strafbar, wer eine unter Tätigkeit oder Benutzung unrichtiger oder unvollständiger Angaben beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. § 42 StAG bedroht schließlich denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe, der unrichtige oder unvollständige Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung zu erschleichen.

4. Schleusungsdelikte im weiteren Sinne

Den zweiten besonders praxisrelevanten Bereich des Migrationsstrafrechts bilden die Schleusungsdelikte im weiteren Sinne.⁵⁷¹ Hier ist auch die nach §§ 84 und 84a AsylG strafbare Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung zu verorten, da sie historisch betrachtet gemeinsam mit dem „Schleusertatbestand“ (heute: § 96 AufenthG) als § 47a AuslG eingeführt wurde und in einem engen Zusammenhang mit den Bemühungen der Bundesregierung stand, die eigennützige Unterstützung von Ausländern beim Versuch, „irregulär“ in die Bundesrepublik einzureisen und sich in dieser aufzuhalten, zu unterbinden.⁵⁷²

§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG bedroht zunächst denjenigen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, der einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet, unerlaubt in das Bundesgebiet einzureisen, sofern er dafür einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt oder aber wiederholt oder zugunsten mehrerer Ausländer handelt. § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG sieht dieselbe Strafe für die Anstiftung oder Hilfeleistung zum unerlaubten Aufenthalt vor, wobei hier der Erhalt oder das Sichversprechenlassen eines Vermögensvorteils erforderlich ist. § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 erfasst schließlich die Anstiftung zu oder Hilfeleistung bei der Täti-gung oder Benutzung unrichtiger oder unvollständiger Angaben zur Beschaffung einer Aufenthaltskarte, einer Daueraufenthaltskarte, einer Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, eines Aufenthaltsdokuments-GB oder eines Aufenthaltsdokuments für Grenz-gänger-GB nach § 9 Abs. 1 FreizügG/EU beziehungsweise zum Gebrauch einer entsprechenden Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr. § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG stellt klar, dass die Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 AufenthG nicht davon abhängig ist, dass der angestiftete oder unterstützte Ausländer eine vorsätzliche und rechtswidrige Tat begangen hat. Die früher bestehende limitierte Akzessorietät des § 96 Abs. 1 AufenthG und damit der Charakter als verselbstständigte – tatbestandlich vertypete – Teilnahme an der Haupttat des Ausländers ist mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz aufgegeben worden.⁵⁷³

§ 96 Abs. 2 AufenthG enthält Qualifikationstatbestände, die überwiegend Fälle organisierter Schleuserkriminalität erfassen oder besonders vulnerable Personengruppen (Minderjährige) unter erhöhten Schutz stellen sollen. § 96 Abs. 4 AufenthG erfasst die sogenannte EU-Schleusung und erweitert die Strafbarkeit wegen Anstiftung und Beihilfe zur unerlaubten Einreise und zum unerlaubten Aufenthalt auf Einreisen und Aufenthalte von Ausländern in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates, wobei dies im Falle der nicht-

⁵⁷¹ Vgl. oben Einleitung I.

⁵⁷² Siehe dazu oben A. II. 3. c) cc).

⁵⁷³ Dazu oben A. II. 6. i) und unten E. V. 1. a) und b) aa) (2).

vorteilsmotivierten Unterstützung zur unerlaubten Einreise nur bei Einreisen auf dem Landweg gilt.⁵⁷⁴ § 97 Abs. 1 AufenthG enthält eine Erfolgsqualifikation für das Einschleusen mit Todesfolge, während § 97 Abs. 2 AufenthG die gewerbsmäßige Bandenschleusung als Qualifikationstatbestand regelt.

Einer vergleichbaren Struktur folgen die §§ 84 und 84a AsylG. Nach § 84 Abs. 1 AsylG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer einen Ausländer verleitet oder dabei unterstützt, im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen, um seine Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung internationalen Schutzes zu ermöglichen. § 84 Abs. 2 AsylG enthält besonders schwere Fälle mit Regelbeispielen. Ein besonders schwerer Fall liegt danach vor, wenn die Verleitung gegen Vermögensvorteil oder wiederholt oder zugunsten von mehr als fünf Ausländern erfolgt. Einen Qualifikationstatbestand enthält § 84 Abs. 3 AsylG für gewerbsmäßiges Handeln oder für Handeln als Mitglied einer Bande. Gewerbsmäßige Bandentaten werden nach § 84a Abs. 1 AsylG mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bedroht.

II. Die geschützten Rechtsgüter

1. Zur Relevanz von Rechtsgütern

Die Bestimmung der durch die Straftatbestände des Migrationsstrafrechts geschützten Rechtsgüter ist zunächst aus einer instrumentellen Perspektive notwendig: Sie dient zur Systematisierung und informiert die Auslegung der Tatbestände im Blick auf das *Telos*.⁵⁷⁵ Diese Dimension wird mitunter auch mit dem Schlagwort des „systemimmanenten Rechtsgutsbegriffs“⁵⁷⁶ beschrieben oder als „methodischer Rechtsgutsbegriff“⁵⁷⁷ bezeichnet. Der Begriff des Rechtsguts erschöpft sich aber nicht in dieser kriminalpolitisch neutralen „teleologischen“ Funktion,⁵⁷⁸ sondern hat nach der herrschenden Meinung in der Strafrechtswissenschaft eine weitere, *systemkritische* Dimension: Besteht die Aufgabe des Strafrechts im „subsidiären Rechtsgüterschutz“⁵⁷⁹, sind nur solche Strafvorschriften legitim, die auf eben diesen

574 Zum Hintergrund dieser Beschränkung oben A. II. 6. i).

575 Vgl. TK-StGB/*Eisele*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 ff. Rn. 9a; *Seelmann*, NJW 1990, 1257, 1258; LK-StGB/*Wiegand*, 13. Aufl. 2020, Einl. Rn. 4.

576 *Jansen*, Der Schutz des Wettbewerbs im Strafrecht, 2021, 148; TK-StGB/*Eisele*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 ff. Rn. 10.

577 *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 4.

578 Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 4 f.; *Schuchmann*, Das sozial-ethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 7, 24 f.

579 *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1; vgl. auch *Heinrich*, FS Roxin II, 2011, 131, 132: „einzig und allein“.

Rechtsgüterschutz ausgerichtet sind.⁵⁸⁰ Als Rechtsgüter werden dabei nach *Roxin* und *Greco* „Gegebenheiten oder Zwecksetzungen [verstanden], die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind.“⁵⁸¹ Lässt sich ein hinreichend konkretes, verfassungskonformes Rechtsgut nicht identifizieren, muss der Gesetzgeber von einer Kriminalisierung des im Blick auf den Rechtsgüterschutz ungefährlichen Verhaltens absehen.⁵⁸²

Schwierigkeiten bereitet dabei, dass – wie schon die zuvor zitierte recht allgemein gehaltene Definition zeigt – bislang kein gemeinsames Begriffsverständnis entwickelt werden konnte, das eine sichere Abgrenzung anzuerkennender Rechtsgüter von sonstigen, strafrechtlich nicht zu schützenden Interessen gewährleistet.⁵⁸³ Der Rechtsgutsbegriff lässt insofern eine Bandbreite an Positionen zu, weshalb seine systemkritische Potenz mitunter angezweifelt wird.⁵⁸⁴ Zudem ist der von der Rechtsgutstheorie vorgegebene Bewertungsmaßstab vom verfassungsrechtlichen Prüfungsprogramm zu unterscheiden. Das Verfassungsrecht misst Strafnormen an den Schranken der Grundrechte und insbesondere am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; die Rechtsgutslehre wählt dagegen einen vorpositiven Anknüpfungspunkt.⁵⁸⁵ Nun ließe sich die Rechtsgutstheorie in die verfassungsrechtliche Prüfung integrieren, indem auf der ersten Stufe der Verhältnismäßigkeit – dem Vorliegen eines legitimen Zwecks – gefordert wird, dass eben ein hinreichend konkretes Rechtsgut geschützt werden muss, sodass die Rechtsgutslehre als Mittel der Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dienen würde.⁵⁸⁶ Das Bundesverfassungsgericht

580 Vgl. TK-StGB/*Eisele*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 ff. Rn. 10; NK-StGB/*Neumann/Saliger*, 6. Aufl. 2023, Vor § 1 Rn. 62 ff.; *Kudlich*, ZStW 2015, 635, 650; zum Rechtsgutsbegriff und seiner Entwicklung auch *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 2002, 5 ff.; *Schünemann*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, 133 ff.; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 25 ff.

581 *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7.

582 Für einen differenzierten und systematischen Überblick der Diskussion vgl. *Schuchmann*, Das sozioethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 7 ff., die selbst jedoch einerseits die Rechtsgutslehre als Legitimationsmaßstab verwirft (S. 27 ff., 32) und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts Defizite attestiert (S. 36 ff., 46), zugleich aber auf Grundlage des Schuldprinzips ein alternatives, verfassungsrechtlich fundiertes Prüfprogramm für Strafvorschriften entwickelt (S. 72 ff.).

583 Vgl. MK-StGB/*Freund/Rostalski*, 5. Aufl. 2024, Vor § 13 Rn. 45; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 2002, 2, 21; *Heinrich*, FS Roxin II, 2011, 131, 132; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 2 f.; *Schuchmann*, Das sozioethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 25 („alles andere als geklärt“); LK-StGB/*Weigend*, 13. Aufl. 2020, Einl. Rn. 4: „Dieser [...] schillernde und ausfüllungsbedürftige Begriff bringt allerdings mehr Verwirrung als Klarheit“.

584 Zu den Grenzen der bislang unterbreiteten Definitionen auch *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 2002, 20 f. Der strafrechtlichen Rechtsgutslehre die „straftheoretische Fundierung“ absprechend *Frisch*, NStZ 2016, 16, 22 f.

585 BVerfGE 120, 224, 241 f.; vgl. dazu näher unten F. I. sowie *Epik*, GA 2024, 181, 184 ff.

586 Vgl. TK-StGB/*Eisele*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 ff. Rn. 10a f.; MK-StGB/*Freund/Rostalski*, 5. Aufl. 2024, Vor § 13 Rn. 45; *Greco*, ZIS 2008, 234, 238; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 92 f. m.w.N.; *Scheinfeld*, FS Roxin II, 2011, 183, 184; LK-StGB/*Weigend*, 13. Aufl. 2020, Einl. Rn. 7; gleichfalls für eine Integration in die Verhältnismäßigkeitsprüfung, aber auf die Ebene der Angemessen-

hat derartige Überlegungen jedoch mit deutlichen Worten zurückgewiesen.⁵⁸⁷ Die vorkonstitutionelle Rechtsgutstheorie könne im Verfassungsstaat des Grundgesetzes dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber keine über die von der Verfassung selbst gezogenen Grenzen hinausgehenden Beschränkungen auferlegen.⁵⁸⁸

Selbst bei einer Fokussierung auf die demokratische Legitimation des Gesetzgebers erscheint die verfassungsgerichtliche Position freilich keineswegs zwingend.⁵⁸⁹ Denn die Eingriffsintensität des Strafrechts hebt sich aufgrund des mit der Strafe verbundenen *sozialethischen Unwerturteils* über die Tat – des dem rechtskräftig Verurteilten damit anhaftenden Etiketts, sich in schwerwiegender Weise sozialschädlich verhalten zu haben – und der daran anknüpfenden staatlichen *Übelszufügung* in Form der Freiheits- oder Geldstrafe nicht nur quantitativ, sondern vor allem qualitativ von anderen Rechtsgebieten ab.⁵⁹⁰ Das Strafrecht ist deshalb eben nicht eine unter vielen Regelungsoptionen für den Gesetzgeber.⁵⁹¹ Das Grundgesetz macht mit seinen speziellen strafverfassungsrechtlichen Garantien (Art. 103 GG: strafrechtliches Bestimmtheitsgebot, Analogieverbot, Rückwirkungsverbot, Verbot der Doppelbestrafung) und verfahrensrechtlichen Vorgaben (Art. 104 Abs. 3 GG: Verfahren bei vorläufiger Festnahme) vielmehr deutlich, dass das Strafrecht und seine Durchsetzung auch verfassungsrechtlich besonderen Anforderungen gerecht werden müssen, dass die Staatsmacht hier in besonderem Maße der Einhegung

heit rekurrend *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, 222 ff.; kritisch dagegen *Schuchmann*, Das sozialethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 24; *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349, 353 f.

587 BVerfGE 120, 224, 241 f.; zustimmend *Gärditz*, Der Staat 2010, 331, 352.

588 BVerfGE 120, 224, 242.

589 Vgl. TK-StGB/Eisele, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 ff. Rn. 10a ff.; anders *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349, 355, der die Rechtsgutstheorie insofern gar für „im Kern undemokratisch“ hält. Freilich wird dabei nicht hinreichend klar herausgestellt, dass in einem demokratischen Rechtsstaat „prozedural ordnungsgemäße[n] Mehrheitsentscheidungen“ zwar eine notwendige, nicht aber die einzige Bedingung legitimen Strafrechts sein können, weil auch eine solche Mehrheitsentscheidung für den Fall der unverhältnismäßigen Beschränkung von Grund- und Menschenrechten keinen Bestand haben kann. Wenn *Stuckenberg* in Grund- und Menschenrechten nur „weite, äußerste Grenzen“ erblickt, wird der verfassungs- und menschenrechtlich (im Blick auf spezifische Gewährleistungen, vgl. Art. 6 EMRK) gewährleistete *erhöhte Schutzstandard* gegenüber strafrechtlichen Freiheitseingriffen nicht hinreichend berücksichtigt.

590 Dies erkennt auch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich an, siehe BVerfGE 22, 49, 80; 96, 245, 249; 123, 267, 408; vgl. *Burghardt*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 59, 76; *Frisch*, NStZ 2016, 16, 19 f.; *Gärditz*, Der Staat 2010, 331, 361; *Kindhäuser*, in: *Schünemann/Suárez González* (Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, 1994, 125; *Kudlich*, ZStW 2015, 635, 648; *Kühl*, FS Maiwald, 2010, 433, 441 ff.; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1f, 90; *Schuchmann*, Das sozialethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 4 f. („Art und Qualität des staatlichen Vorwurfs“); *Schünemann*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, 133, 144; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 49 f.

591 Vgl. *Burghardt*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 59, 74 ff.; *Frisch*, NStZ 2016, 16, 20 f.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, 214, 224; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1g f., 92a; *Schuchmann*, Das sozialethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 4 f.; *Schünemann*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, 133, 143 f.; anders aber *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349, 356.

bedarf.⁵⁹² Dies streitet dafür, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend zu qualifizieren und auf der Eingangsstufe der Prüfung zu verlangen, dass eine Strafnorm überhaupt ein verfassungsrechtlich anzuerkennendes Rechtsgut schützt; fehlt es schon an dieser Grundvoraussetzung, stellen sich Fragen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit nicht mehr. Damit ist zwar die Rechtsgutslehre selbst noch nicht aus dem Grundgesetz abgeleitet;⁵⁹³ es ist jedoch zweifelhaft, dass dies überhaupt erforderlich ist, um sie als Hilfsmittel zur Konkretisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung heranziehen zu können. Dass Strafvorschriften einer besonders sorgfältigen Verhältnismäßigkeitsprüfung bedürfen, wird selbst vom Bundesverfassungsgericht bekräftigt.⁵⁹⁴ Die Rechtsgutslehre bietet dabei immerhin einen seit langem strafrechtswissenschaftlich diskutierten Ansatz, den heranzuziehen das Bundesverfassungsgericht durch das Grundgesetz jedenfalls *nicht gehindert* ist.

Doch selbst wenn dem Bundesverfassungsgericht darin zuzustimmen wäre, dass die Rechtsgutstheorie keine verfassungsrechtliche Relevanz hat, lässt sie sich doch als kriminalpolitisches – und damit strafrechtsimmanentes – Kontrollinstrument fruchtbar machen.⁵⁹⁵ Dies setzt freilich ebenso voraus, dass Klarheit über ihre Prämissen besteht – womit sich das Problem der Begriffsvielfalt aktualisiert. Im Rahmen dieser Untersuchung soll nicht versucht werden, den seit langem geführten Streit um den konkreten Inhalt des Rechtsgutsbegriffs aufzulösen. Da im Folgenden die Straftatbestände des Migrationsstrafrechts am Rechtsgutsbegriff gemessen werden sollen, erscheint es vielmehr sinnvoll, sich an den in der Strafrechtswissenschaft überwiegend anerkannten Grundsätzen zu orientieren:

Weitgehende Einigkeit besteht zunächst darüber, dass Individualrechtsgüter, also dem Einzelnen zugeordnete Rechtspositionen, insbesondere Leib und Leben, Freiheit, Eigentum und Ehre, durch Strafnormen geschützt werden dürfen; weniger klar ist demgegenüber, inwieweit auch kollektive Rechtsgüter, also solche, die die Interessen der Allgemeinheit betreffen, anzuerkennen sind.⁵⁹⁶ Dass es kollektive Rechtsgüter gibt, die aufgrund ihrer überragenden Bedeutung für jeden einzelnen Menschen in gleicher Weise Schutz vor Beeinträchtigungen bedürfen wie Individualrechtsgüter – Beispiele sind der Bestand des Staates und seiner Einrichtungen, die zur Gewähr-

592 Vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, 214; *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, 133, 143 f. Zutreffend weisen auch *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 94i, insofern darauf hin, dass im Strafrecht etliche Prinzipien existieren, die „mehrheitsfest“ sind.

593 Kritisch daher *Schuchmann*, Das sozioethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 31.

594 BVerfGE 90, 145, 172; BVerfG NJW 2020, 2953, 2954.

595 Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1: „kriminalpolitische[r] Maßstab dafür, was [der Gesetzgeber] bestrafen darf und was er straflos lassen soll.“; *Schuchmann*, Das sozioethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 27 f. weist darauf hin, dass ohne verfassungsrechtliche Rückkopplung nur noch eine kriminalpolitische Dimension des Rechtsgutsbegriffs bleibe; ablehnend *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349, 357 ff.

596 Zum Streit vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 10 f.

leistung der verfassungsmäßigen Ordnung unabdingbar sind, die Lauterkeit der Amtsführung zur Verhinderung eines korrupten Staatswesens⁵⁹⁷ oder eine saubere Umwelt als Voraussetzung einer gesunden Lebensführung jedes Einzelnen – wird im Blick auf zunehmend komplexe Risiken für die Vorbedingungen der Realisierung individueller Freiheiten und Rechte⁵⁹⁸ inzwischen nicht mehr ernsthaft bezweifelt.⁵⁹⁹ Diskutiert wird lediglich, bis zu welchem Grad Kollektivrechtsgüter auf dahinter liegende Individualinteressen zurückführbar sein müssen.⁶⁰⁰ Mit der grundsätzlichen Anerkennung von Kollektivrechtsgütern geht zugleich einher, die grundsätzliche Legitimierbarkeit abstrakter Gefährdungsdelikte im Vorfeld der eigentlichen Rechts-
gutsverletzung zu akzeptieren, sofern der Schadenseintritt angesichts der Folgen für die Gesamtbevölkerung von vornherein unterbunden werden muss, sodass das Strafrecht noch vor Eintritt einer konkreten Gefährdung eingreifen können muss.⁶⁰¹

Soll der Rechtsgutsbegriff im Angesicht dieser Vorverlagerung und Ausweitung des strafrechtlichen Zugriffs sein machtkritisches, strafbegrenzendes Potenzial nicht verlieren,⁶⁰² bedarf es aber zweier zentraler Einschränkungen. Zum einen können nur kollektive Rechtsgüter anerkannt werden, die ihrerseits tatsächliche *Vorbedingungen* für die Realisierung individueller Freiheiten und Rechte bilden.⁶⁰³ Der Schutz von Institutionen oder Verfahren um ihrer selbst willen lässt sich demnach nicht

597 Nach *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 2002, 124 ff., handelt es sich dabei um ein sog. „Vertrauensrechtsgut“.

598 Zur Funktion von Rechtsgütern, die Bedingungen für eine autonome und selbstbestimmte Lebensführung zu schaffen, vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7 ff.; zustimmend *Heinrich*, FS Roxin II, 2011, 131, 132, 149.

599 Vgl. *Kuhlen*, ZStW 1993, 697, 704; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 9 ff.; *LK-StGB/Weigend*, 13. Aufl. 2020, Einl. Rn. 5.

600 Vgl. *NK-StGB/Neumann/Saliger*, 6. Aufl. 2023, Vor § 1 Rn. 132 ff.; näher und kritisch zur sog. personalen Rechtsgutslehre *Engländer*, FS Neumann, 2017, 547 ff. Vgl. zu einer Kritik von Teilen des Migrationsstrafrechts auf dem Boden der personalen Rechtsgutslehre *Winands*, Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 2 ff. und passim.

601 Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 68 f.; *LK-StGB/Weigend*, 13. Aufl. 2020, Einl. Rn. 8, der aber zugleich zu gesetzgeberischer Zurückhaltung mahnt. Es liegt auch auf der Hand, dass damit „die strafrechtlich vorausgesetzte Beziehung zwischen Handlung und Rechtsgut [ge]locker[t]“ wird (*Kuhlen*, ZStW 1993, 697, 698). Vgl. zu den erhöhten Anforderungen an die Legitimation auf dem Boden der personalen Rechtsgutslehre *NK-StGB/Neumann/Saliger*, 6. Aufl. 2023, Vor § 1 Rn. 137; dazu auch *Engländer*, FS Neumann, 2017, 547, 549.

602 Zu dieser Gefahr vgl. *LK-StGB/Weigend*, 13. Aufl. 2020, Einl. Rn. 5.

603 Vgl. *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 170; *Kindhäuser*, in: *Schünemann/Suárez González* (Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, 1994, 125: „Abstrakte Gefährdungsdelikte liegen dann vor, wenn Sicherheitsbedingungen beeinträchtigt werden, die zur unbesorgten Verfügung über Güter notwendig sind.“; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 10; deutlich darüber hinausgehend *Kubicel*, JZ 2018, 171, 176, der offenbar „real existierende, für das Leben der Bürger wichtige und vom Recht anerkannte Einrichtungen“ per se für mit dem Strafrecht legitimerweise zu schützende „Güter“ hält.

legitimieren;⁶⁰⁴ zu schützen sind sie nur, wenn sie ihrerseits zur Gewährleistung des Schutzes entsprechender Rechtsgüter notwendig sind. Zum anderen dürfen Strafnormen nur Verhaltensweisen erfassen, denen selbst die *abstrakt hohe Gefahr* der Verletzung eines hinreichend konkreten Individual- oder Kollektivrechtsguts innewohnt. Das kriminalisierte Vorfeld der Rechtsgutsgefährdung darf also nicht unbegrenzt ausgedehnt werden und insbesondere nicht für sich betrachtet auch abstrakt ungefährliche Verhaltensweisen erfassen.⁶⁰⁵

Kritisch zu betrachten ist daher insbesondere der Kumulationsgedanke, wie er am prominentesten von *Kuhlen*⁶⁰⁶ und im Anschluss an diesen von *Hefendehl*⁶⁰⁷ formuliert worden ist.⁶⁰⁸ Nach diesem Ansatz gibt es sogenannte Kumulationsdelikte, bei denen die einzelnen Handlungen weder eine Verletzung noch eine Gefährdung des Rechtsguts bewirken, jedoch bei einer Kumulation entsprechender Handlungen (in großer Zahl) eine solche Gefährdung oder Verletzung herbeiführen können.⁶⁰⁹ Als Beschreibung eines im Strafgesetzbuch existierenden Deliktstypus mag diese Charakterisierung zutreffen, wobei gerade im Blick auf den von *Kuhlen* in Bezug genommenen § 324 StGB (Gewässerverunreinigung) in Frage zu stellen ist, ob dieser tatsächlich Handlungen erfasst, die individuell betrachtet keine Rechtsgutsgefährdung bewirken.⁶¹⁰ Ein für sich genommen für das geschützte Rechtsgut unge-

604 Vgl. *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 167 ff., 301 f.; für das Wirtschaftsstrafrecht *Kindhäuser*, in: Schünemann/Suárez González (Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, 1994, 125, 133 f.

605 Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 68 f. Im Kontext des Migrationsstrafrechts *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Vor Rn. 1.

606 *Kuhlen*, GA 1986, 389, 399 ff.; anknüpfend *Kuhlen*, ZStW 1993, 697, 716 ff., der seine ursprünglichen Ausführungen dahingehend einschränkt, dass die „realistische Erwartung“ begründet sein müsse, „daß ohne sanktionsbewehrtes Verbot derartige Handlungen in gefährlich großer Zahl vorgenommen würden.“ (S. 716 Fn. 93).

607 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 2002, 183 ff.

608 Für einen Überblick und pointierte Kritik vgl. *Großmann*, Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft, 2016, 155 ff.; sehr kritisch auch *Papamoschou/Bung*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), Irrwege der Strafgesetzgebung, 1999, 241, 256 ff. Für eine Verteidigung bei gleichzeitiger Konkretisierung der Lehre vom Kumulationsdelikt vgl. *Krell*, in: Satzger/von Maltitz (Hrsg.), Klimastrafrecht, 2024, 139 ff.

609 Vgl. *Kuhlen*, GA 1986, 389, 399.

610 Die Verunreinigung eines Gewässers trägt angesichts der Sensibilität entsprechender Ökosysteme aber wohl die *abstrakte Gefahr* in sich, dass die natürliche Reinheit des Gewässers in ihrer Funktion für den Menschen und seine Umwelt (NK-StGB/*Ransiek*, 6. Aufl. 2023, § 324 Rn. 2; vgl. auch *Kuhlen*, GA 1986, 389, 394) beeinträchtigt wird, jedenfalls wenn Gewässerverunreinigungen mit Bagatelldarakter tatbestandlich ausgeschlossen werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das umweltverwaltungsrechtliche Genehmigungsverfahren gerade dazu dient, Einleitungen in Gewässer auf ein umweltverträgliches Maß zu begrenzen. Der Tatbestand zielt also nicht primär auf die Erfassung einer einzelnen Einleitung in ein ansonsten völlig unberührtes Gewässer, sondern darauf, die ungenehmigt zu den bereits genehmigten Einleitungen hinzutretende und *deshalb* gefährliche Einleitung zu unterbinden. Ein gewisser Kumulationseffekt wird vom Tatbestand somit tatsächlich vorausgesetzt. Dies ist aber ein anderer als der vom Kumulationsgedanken in Bezug genommene: Es geht hier nicht um die kumulierte Betrachtung tatbestandsmäßiger Verhaltensweisen, die für sich genommen ungefährlich wären, sondern um die ungenehmigte Handlung, die zu den für das Gewässer zwar nachteiligen (und somit im Ausgangspunkt

fährliches Verhalten kann aber keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für einen strafrechtlichen Schuldvorwurf bilden, wenn es *nur* bei Einbeziehung des Verhaltens Dritter Rechtsgutsrelevanz aufweist.⁶¹¹ Dies widerspräche bereits dem Grundsatz der Schuldindividualisierung, der sich in der strafrechtlichen Zurechnungslehre widerspiegelt und außerhalb der anerkannten Zurechnungsmodelle die Haftung für das Verhalten Dritter ausschließt.⁶¹² Diesem Einwand wird entgegengehalten, dass der Gedanke der Kumulation nur „für die Frage, ob ein solches Verbot erlassen werden sollte“, relevant sei, während es anschließend nur noch auf die Einzelhandlung ankomme, unabhängig von weiteren Kumulationsbeiträgen.⁶¹³ Demnach wäre die Frage, ob eine mit dem Schuldgrundsatz unvereinbare Zurechnung erfolgt, allein von der Ausgestaltung des Tatbestandes durch den Gesetzgeber abhängig. Wenn der Tatbestand die Kumulation einzelner Handlungen nicht voraussetzte, sondern auf einen durch die einzelne Handlung bewirkten Erfolg abstellte (wie dies bei der Gewässerverunreinigung nach § 324 StGB ja gerade der Fall ist⁶¹⁴), ergäbe sich nach dieser Auffassung keine unzulässige Haftung für fremdes Verhalten.⁶¹⁵ Die damit in Bezug genommene Trennung der Ebenen (Kriminalisierungsentscheidung einerseits, Tatbestandsverwirklichung andererseits) greift jedoch zu kurz.⁶¹⁶ Formuliert der Gesetzgeber einen Tatbestand nämlich so, dass er für das geschützte Rechtsgut – isoliert betrachtet – vollkommen ungefährliches Verhalten erfasst, *weil* eine von ihm antizipierte Kumulation des entsprechenden Verhaltens zu einer Rechtsgutsgefährdung führte, wird das Zurechnungsproblem lediglich in den Bereich gesetzgeberischer Vorüberlegungen verlagert, ohne es dadurch aufzulösen. Wird der Kumulationsgedanke nämlich außen vor gelassen, dient ein solcher Tatbestand nicht dem Rechtsgüterschutz und ist damit nicht zu legitimieren.⁶¹⁷ Der Eintritt des tatbestandlich vorausgesetzten Erfolgs ließe sich zwar unproblematisch

potenziell sehr wohl gefährlichen) in ihrer Gesamtheit aber nach verwaltungsbehördlicher Einschätzung ungefährlichen und deshalb genehmigten Handlungen hinzutritt und damit die sorgsam austarierte Abwägung ins Ungleichgewicht bringt. In diese Richtung bereits die Kritik bei *Ronzani*, Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht, 1992, 60 f.; diese aufnehmend wiederum *Kuhlen*, ZStW 1993, 697, 716 mit Fn. 91.

611 Vgl. *Papamoschou/Bung*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 1999, 241, 258.

612 Kritisch *Kindhäuser*, in: *Schünemann/Suárez González* (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, 125, 129; *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 82; *Seelmann*, NJW 1990, 1257, 1259. Dagegen geht *Kuhlen*, GA 1986, 389, 403 ff., davon aus, dass sich Kumulationsstraftatbestände grundsätzlich rechtfertigen ließen.

613 *Kuhlen*, ZStW 1993, 697, 718 f.; vgl. auch *Jansen*, *Der Schutz des Wettbewerbs im Strafrecht*, 2021, 199; *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter*, 2002, 182, 189, wobei *Hefendehl* aber davon ausgeht, dass die „tatbestandsmäßige Handlung“ einen „besonderen Unwert umschreibt“. Wie eine solche Umschreibung eines besonderen Unwerts erfolgen soll, wenn es an einem Rechtszugsbezug fehlt, bleibt offen.

614 Vgl. *Kuhlen*, ZStW 1993, 697, 713.

615 In diese Richtung auch *Krell*, in: *Satzger/von Maltitz* (Hrsg.), *Klimastrafrecht*, 2024, 139, 156.

616 Dies gibt bereits *Kuhlen*, ZStW 1993, 697, 713, selbst zu bedenken.

617 Ähnlich *Papamoschou/Bung*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 1999, 241, 258.

als durch den Täter unmittelbar verursacht zurechnen. Damit wäre freilich mangels Rechtsgutsbezugs kein strafrechtlich relevantes Unrecht beschrieben. Durch die Trennung der Ebenen von Kriminalisierung und Tatbestandsverwirklichung lässt sich mithin nicht verschleiern, dass der wahre – materielle – Anknüpfungspunkt des Schuldvorwurfs in diesen Fällen eben nicht *nur* die Verwirklichung des Tatbestandes ist, sondern – gewissermaßen apokryph – zugleich auch die antizipierte Kumulation vergleichbarer (ihrerseits nicht notwendig rechtsgutsgefährdender) Handlungen. Eben diese können aber nach den allgemeinen Zurechnungskriterien dem Einzelnen – aufgrund seiner für das Rechtsgut nicht einmal abstrakt gefährlichen Handlung – nicht vorgeworfen werden.⁶¹⁸ Der Kumulationsgedanke kann daher keine tragfähige Brücke zur Überwindung eines vollständig fehlenden Rechtsgutsbezugs bilden.

Im Folgenden sollen diese Grundsätze auf die Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts angewendet werden, um zu untersuchen, welche Rechtsgüter diesen zugrunde liegen und ob die Strafvorschriften im Blick auf die zuvor dargelegten Prämissen legitimierbar sind. Dass mit dem systemkritischen Rechtsgutsbegriff ein umstrittener Prüfungsmaßstab angelegt wird, folgt schon aus der vorstehenden Skizze. Die seit langem geführte Debatte um die Bedeutung der Rechtsgutslehre unter der Geltung des Grundgesetzes sowie mögliche Alternativkonzepte kann im Rahmen dieser Untersuchung weder annähernd vollständig dargestellt noch aufgelöst werden. Dass ein großer Teil der Strafrechtswissenschaft nach wie vor an dieser Lehre festhält und sich inzwischen zunehmend um eine Harmonisierung mit dem verfassungsrechtlichen Prüfungsprogramm bemüht, verdeutlicht aber, dass sie jedenfalls geeignet ist, die Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts kritisch zu reflektieren und auf Grundlage dieser Reflexion – in Teil F. der Untersuchung – auch rechtspolitische Vorschläge zu formulieren.

Mit dieser Positionsbestimmung geht zugleich einher, dass an nebenstrafrechtliche Straftatbestände keine abweichenden Anforderungen hinsichtlich ihrer Legitimation gestellt werden können.⁶¹⁹ Das sogenannte *Nebenstrafrecht* ist nicht minder eingriffsintensiv als das Kernstrafrecht,⁶²⁰ zu welchem es sich zudem nicht klar abgrenzen lässt, wie beispielhaft die Überführung umweltstrafrechtlicher Tatbestände in das Strafgesetzbuch verdeutlicht. Bezogen auf das Migrationsstrafrecht drohen dabei insbesondere §§ 96, 97 AufenthG empfindliche Freiheitsstrafen an und enthalten sogar Verbrechenstatbestände; von einem bloß flankierenden Verwaltungs(ne-

618 Ebenso kritisch *Großmann*, *Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft*, 2016, 159 f.

619 Dazu ausführlich in historischer Perspektive *Winands*, *Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts* § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 34, 54 ff. m.w.N. *Heger*, FS Rengier, 2018, 617, 619, weist darauf hin, dass die Abschaffung der Übertretungstatbestände (des StGB) gerade auch auf „eine Durchsetzung des Rechtsgutprinzips als der wesentlichen Legitimationsgrundlage des Strafrechts“ zielte.

620 Gegen eine „unausgesprochene Absonderung des Verwaltungsstrafrecht als Nebenstrafrecht“ *Gärditz*, *ZfJStW* 2025, 263, 270 und 272.

ben)strafrecht⁶²¹, das möglicherweise geringeren Anforderungen an den Rechtsgüterschutz genügen müsste, kann daher nicht (mehr) gesprochen werden.⁶²²

2. Das „gestufte Schutzkonzept“ der herrschenden Meinung

Die Frage nach den geschützten Rechtsgütern ist gerade für das Migrationsstrafrecht nicht einfach zu beantworten. Für weite Teile des Migrationsstrafrechts, insbesondere bezüglich der Einreise- und Aufenthaltsdelikte sowie der Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen, ist es nämlich kaum möglich, konkret geschützte Individual- oder Kollektivinteressen zu identifizieren. Deshalb behilft sich die Literatur, sofern sie sich mit dieser Frage überhaupt auseinandersetzt,⁶²³ oftmals mit dem Rückgriff auf ein „gestuftes Schutzkonzept“⁶²⁴. Als unmittelbares – gewissermaßen universelles – Schutzgut der ersten Stufe wird dabei von der herrschenden Meinung die „Stabilisierung der verwaltungsrechtlichen Ordnungssysteme, insbesondere die Kontroll- und Steuerungsfunktion des ausländerrechtlichen Genehmigungsverfahrens“⁶²⁵ gesehen. Mittelbar – hinter dem rein formellen Schutzzweck stehend – sollen die Strafbestimmungen aber auch materielle Interessen schützen: Das Recht des Staates, in einem materiellen Sinne über Einreise, Aufenthalt und Zuzug zu bestimmen, die Sicherung der Leistungsfähigkeit der Sozialsysteme, die Funktionsfähigkeit des Arbeitsmarktes oder die Integrationsfähigkeit der Bundesrepublik.⁶²⁶

621 Vgl. dazu *Winands*, Analyse der Verwaltungsstraftatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 34.

622 Wie hier *Gärditz*, ZfISW 2025, 263, 273.

623 Bemerkenswert knapp sind etwa die Ausführungen bei BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 4; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 1; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Vor Rn. 1. Nähere Ausführungen finden sich dagegen bei *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 5 ff.

624 *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 77; *Böse*, ZStW 2004, 680, 692; *Lorenz*, NStZ 2002, 640, 641; kritisch *Jeßberger*, GS Weßlau, 2016, 507, 515.

625 MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 1; vgl. ferner *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 77; *Böse*, ZStW 2004, 680, 692; *Brocke*, NStZ 2009, 546; *Heinrich*, ZAR 2003, 166, 171; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 3 Rn. 8; *Lorenz*, NStZ 2002, 640, 641; *Trietz*, Illegale Grenzübertritte und Schleuserkriminalität an der deutsch-polnischen Grenze – Eine juristische und kriminologische Analyse vor dem Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union, 2007, 194; *Schiedermair/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J Vor §§ 84–86 AsylG Rn. 13, sowie 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J Vor §§ 95–98 AufenthG Rn. 37; kritisch *Jeßberger*, GS Weßlau, 2016, 507, 515; *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 187, 195.

626 Vgl. etwa *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 78 ff.; Zuzugskontrolle, Identitätskontrolle, politische Kontrolle und Arbeitsmarktkontrolle; zustimmend GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 11 (zur passlosen Einreise) und Rn. 109 (zur unerlaubten Einreise); MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 1; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 2, 88; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 3 Rn. 8; *Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 6; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 101; vgl. ferner *Böse*, ZStW 2004, 680, 692; Schutz vor unkontrollierter Zuwanderung; *Trietz*, Illegale Grenzübertritte und Schleuserkriminalität an der deutsch-polnischen Grenze – Eine juristische und kriminologische Analyse

Die Umgehung verwaltungsrechtlicher Genehmigungsverfahren gefährdet als solches jedoch weder strafrechtlich zu schützende Individual- noch Kollektivrechtsgüter, sofern nicht das Genehmigungsverfahren gerade deshalb besteht, weil die genehmigungspflichtige Tätigkeit eine potenzielle Gefahr für eben solche Rechtsgüter darstellt.⁶²⁷ Der Schutz des Verwaltungsverfahrens um seiner selbst willen lässt sich auf Grundlage der Rechtsgutslehre nicht legitimieren.⁶²⁸ Zwar werden im Rahmen des Verwaltungsverfahrens die „institutionell-verfahrensrechtlichen Mechanismen demokratisch-rechtsstaatlicher Problembewältigung durch Verwaltung“⁶²⁹ zur Anwendung gebracht. Allerdings darf das Strafrecht diese Mechanismen eben nur dort unter seinen besonderen Schutz stellen, wo diese Problembewältigung final auf den Schutz von legitimen Individual- oder Kollektivrechtsgütern gerichtet ist.⁶³⁰ Andernfalls wäre jede Infragestellung eines staatlich regulierten Verfahrens durch Verstöße gegen dessen Vorgaben als Rechtsgutsverletzung anzusehen, unabhängig davon, welchem Zweck das Verfahren dient.⁶³¹

Der von der herrschenden Meinung statuierte rein formelle Schutzzweck der „ersten Stufe“ vermag daher ohne materielles Fundament nicht zu tragen.⁶³² Damit rückt die Frage in den Mittelpunkt, welche Gefahren für welche Rechtsgüter durch die Ausübung der durch die Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts sanktionierten Tätigkeiten ausgehen. Wird den „mittelbar“ geschützten materiellen Interessen

vor dem Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union, 2007, 195; Zuzugs- und Identitätskontrolle; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J Vor §§ 84–86 AsylG Rn. 12; „Bekämpfung des Missbrauchs des Asylgrundrechts“ im Blick auf §§ 84 ff. AsylG; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 2.

627 Zu diesem Gedanken schon *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 158, 170.

628 Vgl. auch *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 46; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 106; *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 169 ff., 301 f.; *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 124; *Winands*, Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 125; im Ausgangspunkt übereinstimmend *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Vor Rn. 1. Auf Grundlage des Schuldprinzips auch *Schuchmann*, Das sozioethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 92 f., 186 (zu § 184f StGB).

629 *Gärditz*, ZfISfW 2025, 263, 270.

630 Ähnlich *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 158, 301 f.

631 In diese Richtung aber wohl *Brauer*, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988, 123; „Jede Verletzung einer die Institution schützenden Norm bedeutet daher eine Verletzung der Institution selbst, weil sie in ihrem Bestand bedroht wird.“ *Gärditz*, ZfISfW 2025, 263, 270, der grundsätzlich davon ausgeht, dass ein modernes Strafrecht auch die „funktionelle Integrität von Verwaltung“ schützen darf, differenziert demgegenüber nach dem Kontext, „derentwegen man einen Lebensbereich überhaupt administrativen Kontroll- oder Zulassungsverfahren unterstellt hat.“ Die hier entwickelte Position, die den strafrechtlichen Schutz von Verwaltungsverfahren nicht per se, sondern in Abhängigkeit vom „materiellen Fundament“ gewährleisten möchte, gelangt zu ähnlichen Ergebnissen, wenn auch von anderem Ausgangspunkt aus.

632 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 46 f.; auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 124 f.

nachgespürt, zeigt sich freilich, dass auch die von der herrschenden Meinung bemühten materiellen Interessen nicht geeignet sind, das gestufte Schutzgutkonzept zu stützen.

a) Der Ausländer als „Gefahr“?

Die Umgehung ausländerrechtlicher Genehmigungsverfahren könnte einen strafrechtlichen Schuldvorwurf gegenüber dem Einzelnen rechtfertigen, wenn bereits aus der „Ausländereigenschaft“ selbst, die ja den Anknüpfungspunkt für die entsprechenden Erlaubnisvorbehalte bildet, eine potenzielle Gefahr für Individual- oder Kollektivrechtsgüter erwüchse, die es durch behördliche Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten einzuhegen gälte. Tatsächlich scheint dem Migrationsstrafrecht mit seiner „fremdenpolizeirechtlichen“ Prägung⁶³³ – erinnert sei an die Ursprünge in der Ausländerpolizeiverordnung⁶³⁴ – der Gedanke nicht fremd, dass ein Ausländer eine potenzielle Gefahr für den aufnehmenden Staat darstellt, weshalb er nur im Rahmen bestimmter Einreise- und Aufenthaltsregime das Staatsgebiet betreten und sich in diesem aufhalten dürfen soll.⁶³⁵ Die historische Entwicklung des deutschen Migrationsstrafrechts ist freilich kaum geeignet, die problematische These von der potenziellen Gefährlichkeit von Ausländern zu stützen. Denn diese These basiert nicht nur auf einem empirisch nicht belegbaren, rassistischen Narrativ der angeblichen „Gefährlichkeit“ von „Fremden“, etwa im Blick auf eine angeblich höhere Kriminalitätsbelastung^{636, 637}. Sie wird auch durch die Bezugsmaterie des Migrations-

633 *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 195; vgl. auch *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, I: „Annex des besonderen Polizeirechts“; *Sommer*, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkman (Hrsg.), *Perspektivwechsel im Ausländerrecht?*, 2007, 61, 62; *Walburg*, NK 2016, 378, 379.

634 Vgl. dazu oben A. II. 2. c) cc).

635 Vgl. *Brocke*, NStZ 2009, 546; in diese Richtung auch *von Pollern*, ZAR 1987, 12, der die Tatbestände als Strafvorschriften zum Schutz der „öffentlichen Sicherheit“ einordnet; *en passant Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 170; kritisch *Graebisch*, KrimJ 2022, 16, 25; *Walburg*, NK 2016, 378, 379; *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 195.

636 Empirische Studien konnten einen Zusammenhang zwischen „Ausländereigenschaft“ und Kriminalitätsbelastung wenig überraschend nicht belegen. Vielmehr wurden andere, vor allem sozio-ökonomische Faktoren, die Unterbringungssituation sowie eine ortsbezogen allgemein erhöhte Kriminalitätsbelastung, als maßgebliche Gesichtspunkte für die disproportionale Repräsentation von Nichtdeutschen in der polizeilichen Kriminalitätsstatistik identifiziert, vgl. statt vieler *Adema/Alipour*, ifo Schnelldienst 3/2025: Steigert Migration die Kriminalität? Ein datenbasierter Blick, 2025, 1 ff., 7 f.; *Glaubitz/Bliesener*, NK 2019, 142 ff.; zu Jugendgewalt siehe *Prätor*, ZJJ 2025, 301 ff.; zu den Schwierigkeiten einer rein statistischen Betrachtung *Schellhoss*, NK 2019, 163 ff.; zu der äußerst begrenzten Aussagekraft der Polizeilichen Kriminalitätsstatistik und dazu, dass Vergleiche der Kriminalität von Deutschen und Nichtdeutschen „methodisch schwierig bis unmöglich“ sind, vgl. *Heinz*, NK 2024, 281 ff.

637 Vgl. zum Framing von Migranten als „gefährliche und bedrohliche Kriminelle“ *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 4 ff.; *Heber*, *Critical Criminology* 2023, 859 ff., anhand des schwedischen Beispiels; ebenso kritisch auch *Trinh*, *Die Strafbarkeit der Fluchthilfe*, 2021, 125 ff. Recht deutlich zum Ausdruck kommt ein solch problematischer Blick auf Ausländer etwa bei *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 84; *Trietz*, *Illegale Grenzübertritte und Schleuserkriminalität an der deutsch-polnischen Grenze* –

strafrechts selbst, nämlich das Migrationsverwaltungsrecht, nicht gestützt. Denn dieses unterwirft Ausländer gerade nicht allgemein einem verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren, sondern differenziert in unterschiedlicher Weise zwischen verschiedenen Gruppen von Ausländern.⁶³⁸ Jedenfalls für Kurzaufenthalte sind beispielsweise Staatsangehörige zahlreicher Staaten von der Visumpflicht befreit.⁶³⁹ Es kann somit nicht angenommen werden, das Migrationsrecht ginge grundsätzlich von einer potenziellen Gefährlichkeit von Ausländern aus. Auffällig ist zudem, dass beinahe alle Staatsangehörigen afrikanischer Staaten und anderer dem globalen Süden zugerechneter Staaten visumpflichtig und damit dem Einreise- und Aufenthaltsregime unterworfen sind.⁶⁴⁰ Wäre darin eine „Gefahrenprognose“ zu erblicken, würde die potenzielle Gefährlichkeit nur manchen Ausländern zugeschrieben. Eine solche – empirisch nicht nachweisbare – Gefährzuschreibung wäre im Blick auf das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG wiederum nicht geeignet, einen strafrechtlichen Schuldvorwurf zu legitimieren. Es liegt aber ohnehin fern, dass der Zuordnung dieser Staaten zu den „Negativstaaten“, deren Staatsangehörige ein Visum benötigen, eine entsprechende Gefahrenprognose zugrunde liegt. Vielmehr dürfte es sich hierbei um ein komplexes Zusammenspiel von außen- und entwicklungspolitischen Erwägungen, strategischen Interessen und Rückkehrerwartungen sowie Rücknahmepraxen handeln. Es geht also um *Migrationsbegrenzung*, nicht um Straftatprävention.

Daher lässt sich eine „potenzielle Gefährlichkeit“ von Ausländern im Allgemeinen, welche es rechtfertigen würde, sie einem Genehmigungsverfahren zu unterwerfen und dessen Umgehung mit Strafe zu bedrohen, nicht ohne Rückgriff auf verfassungswidrige Erwägungen begründen. Ein universelles Schutzkonzept für die Tatbestände des Migrationsstrafrechts lässt sich darauf nicht stützen.⁶⁴¹ Insofern unterscheidet sich das Migrationsstrafrecht von anderen verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen, wie beispielsweise dem Umweltstrafrecht, bei denen die genehmigungspflichtige Tätigkeit potenziell hoch gefährlich und deshalb genehmigungspflichtig ist.⁶⁴²

Eine juristische und kriminologische Analyse vor dem Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union, 2007, 195 f. Auch die bei Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 78 f., zu findende Generalisierung der im Einzelfall einer Aufenthaltserlaubnis entgegenstehenden oder eine Ausweisung begründenden Umstände ist problematisch.

638 Dazu unten C. I.

639 VO (EU) 2018/1806.

640 Vgl. Franko Aas, in: Franko Aas/Bosworth (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 21, 29 f.; van der Woude, *KrimJ* 2022, 36, 46.

641 Ebenfalls ablehnend Cantzler, *Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit*, 2004, 108.

642 Vgl. zu diesem Argument Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), *BeckOK-Ausländerrecht*, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Vor Rn. 1. Deshalb nicht überzeugend Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 77 f.

b) Migrationssteuerung und -kontrolle als Ausfluss staatlicher Souveränität?

Die Stabilisierung verwaltungsrechtlicher Ordnungssysteme durch das Migrationsstrafrecht ließe sich möglicherweise legitimieren, wenn der durch diese erstrebte Zweck, der ausweislich § 1 Abs. 1 Satz 1 AufenthG jedenfalls auch in der Steuerung und – seit Juli 2025⁶⁴³ sogar wieder – in der Begrenzung des Zuzugs von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland liegt, seinerseits ein legitimes Schutzgut bildete. Im Kern geht es hierbei um das aus der staatlichen Souveränität⁶⁴⁴ abgeleitete Recht des Staates, in einem materiellen Sinne über Einreise, Aufenthalt und Zuzug zu bestimmen.⁶⁴⁵ Das Migrationsstrafrecht diene dann dem Schutz der staatlichen Souveränität, die Tatbestandsverwirklichung wäre ein Angriff auf eben diese.⁶⁴⁶ Dass die staatliche Souveränität grundsätzlich ein legitimerweise zu schützendes Kollektivrechtsgut ist, folgt daraus, dass auch in der post-westfälischen Weltordnung der Staat weiterhin Garant der individuellen Freiheitsbetätigung geblieben ist.⁶⁴⁷ Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die staatliche Souveränität durch das internationale Flüchtlingsschutzrecht empfindlich beschränkt ist.⁶⁴⁸

Doch selbst wenn auf den völkerrechtlich verbleibenden staatlichen Spielraum zur Migrationssteuerung und -kontrolle abgestellt wird, müsste sich aus diesem *Recht* des Staates gegenüber anderen Staaten, den Zugang zum eigenen Staatsgebiet zu reglementieren, ableiten lassen, dass der Verstoß des *einzelnen* Ausländers gegen migrationsrechtliche Vorschriften dieses Recht überhaupt in Frage stellen kann. Eben dies lässt sich nicht überzeugend begründen. Die eklatante Machtdysbalance

643 Vgl. die Ergänzung des § 1 Abs. 1 Satz 1 AufenthG durch das Gesetz zur Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, BGBl. 2025 I Nr. 173.

644 Vgl. Jeßberger, GS Weßlau, 2016, 507, 515. Siehe dazu auch unten C. IV. 1.

645 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 1; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 49 ff.; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 109 f.; *Winands*, Analyse der Verwaltungsstraftatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 127. Der teils bemühte Vergleich zum Hausfriedensbruch (dazu *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 106 ff.) ist allerdings schief: Anders als dem einzelnen Bürger steht dem Staat kein Raum der privaten Zurückgezogenheit zu, den § 123 StGB schützt, vgl. TK-StGB/*Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, 31. Aufl. 2025, § 123 Rn. 1. Die staatliche Territorialhoheit ist dagegen eine primär völkerrechtlich relevante Verbürgung, die der Staat im Verhältnis zu anderen Staaten geltend machen kann. Das Recht, selbst über den Zugang zum eigenen Staatsgebiet zu entscheiden, ist daher kein Recht *gegen* den einzelnen Ausländer, sondern legitimiert die staatliche Zuwanderungspolitik gegenüber anderen Staaten. Ebenfalls kritisch gegenüber einer Parallelisierung zum „Hausrecht“ *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 8; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 49; auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 120 f.; *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 187, 194. Im Blick auf den diskriminierenden Charakter des Migrationskontrollregimes ebenfalls ablehnend *Spena*, Criminal Law and Philosophy 2014, 635, 650.

646 In diesem Sinne *Winands*, Analyse der Verwaltungsstraftatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 128 f. Grundsätzlich kritisch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 119 f.

647 Kritisch gegenüber diesem Souveränitäts-Paradigma *Achiume*, Stanford Law Review 2019, 1509, 1515 f., 1523 ff.

648 Unten C. IV. 1.; vgl. auch *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 187, 194.

zwischen dem kontrollierenden Staat und dem einzelnen Ausländer führt den Gedanken, der Verstoß gegen die Verbotsnormen des Migrationsstrafrechts durch den Einzelnen könnte eine Verletzung staatlicher Souveränität bewirken, *ad absurdum*. Die Territorialhoheit des Staates ist im Kontext des Migrationsrechts vielmehr dort bedeutsam, wo der Staat durch sein Agieren die Rechte anderer Staaten beeinträchtigen kann – und deshalb auf eine Rechtsposition angewiesen ist, die ihm dies gestattet – etwa durch Zurückweisungen an der Grenze, Ausweisungen von Staatsangehörigen anderer Staaten oder Abschiebungen. Der Verstoß des einzelnen Ausländers gegen das migrationsrechtliche Zugangsregime ist dagegen kein Angriff auf die staatliche Souveränität;⁶⁴⁹ diese kann durch bloße Umgehung eines migrationsverwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens nicht in Frage gestellt werden.⁶⁵⁰

Selbst wenn aber grundsätzlich anerkannt würde, dass Verstöße gegen das Migrationsrecht die staatliche Souveränität berühren können, steht in Zweifel, dass der *einzelne* Rechtsverstoß eine hinreichend hohe Gefahr für eine Rechtsgutsverletzung begründen könnte.⁶⁵¹ Denn eine tatsächliche Beeinträchtigung der staatlichen Souveränität kann sich allenfalls bei einer kumulativen Betrachtung entsprechender Verstöße ergeben,⁶⁵² etwa wegen eines drohenden „Kontrollverlustes“. Doch selbst wenn in einer sich krisenhaft zuspitzenden Situation – die vor allem im Kontext fluchtbedingter Migrationsbewegungen denkbar ist, in dem aber die staatliche Souveränität nicht gleichermaßen uneingeschränkt zur Geltung kommen kann – eine Souveränitätsbeeinträchtigung drohte, wäre noch immer zu begründen, dass dem Einzelnen gegenüber der Vorwurf erhoben wird, *sein* konkretes Verhalten stelle eine derartige Souveränitätsbeeinträchtigung dar. Eben dies gelänge nur, wenn dem Einzelnen die Kumulation von Verstößen vorzuwerfen wäre. Gerade im Migrationsstrafrecht ist dieser schon zuvor zurückgewiesene „Kumulationsgedanke“ allerdings nicht tragfähig.⁶⁵³ Der einzelne Migrant hat nämlich keinerlei Einfluss auf globale Migrationsströme, Fluchtbewegungen und Zielländer. Er kann sie im Regelfall auch nicht antizipieren. Ihm Verstöße gegen die Verbotsnormen des Migrationsstrafrechts durch Dritte vorzuwerfen, lässt sich mit dem Grundsatz der Schuldindividualisie-

649 Dies gilt auch, wenn auf die „Volkssouveränität“ abgestellt wird, wie dies *Winands*, Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 134 f., vorschlägt. Denn die Volkssouveränität lässt sich im Bereich des Migrationsrechts gleichfalls nur durch staatliche Souveränitätsausübung artikulieren.

650 Etwas anderes mag nur dann gelten, wenn Migranten durch einen anderen Staat gezielt instrumentalisiert werden, wie dies offenbar an der polnisch-belarussischen Grenze seit einiger Zeit geschieht.

651 Zu diesem Gedanken im Kontext öffentlicher Sicherheit *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 45.

652 Vgl. zur Frage der Sozialschädlichkeit *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Vor Rn. 1; ebenfalls kritisch *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 187, 196 f.

653 Für einen Rückgriff auf diesen aber *Böse*, ZStW 2004, 680, 692.

rung daher nicht vereinbaren.⁶⁵⁴ Das Migrationsstrafrecht ist insbesondere auch nicht mit dem Umweltstrafrecht, anhand dessen der Kumulationsgedanke formuliert worden ist, vergleichbar. Denn der Kumulationsgedanke basiert dort gerade auf der Annahme, dass jede Handlung für sich betrachtet umweltbelastend ist, ohne aber in einer rechtlichen Perspektive zu einer Gefährdung des konkret geschützten Rechtsguts führen zu können, da der Grenzwert der umweltverwaltungsrechtlich noch vertretbaren Belastung nicht erreicht wird. Erst in der Zusammenschau (in der Kumulation) mehrerer umweltbelastender Einzelhandlungen ergibt sich eine Rechtsgutsgefährdung. Mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar wäre es aber – auch wenn dies im politischen Diskurs mitunter in Vergessenheit geraten ist –, Migranten in einem rechtlich relevanten Sinne als „Belastung“ zu definieren und deshalb jede einzelne „Migrationshandlung“ als für sich genommen zwar für das Rechtsgut ungefährliches, in der Kumulation aber rechtsgutsgefährdendes Verhalten zu bewerten. Schließlich fehlt es an einer entscheidenden, von den Vertretern des Kumulationsgedankens selbst geforderten Voraussetzung: der realistischen Erwartung, dass ohne sanktionsbewehrtes Verbot die in der Kumulation gefährlichen Handlungen in entsprechend großer Zahl vorgenommen würden.⁶⁵⁵ Denn gerade die für die „große Zahl“ entsprechender Handlungen eigentlich relevante Gruppe – nämlich Flüchtlinge – muss im Blick auf die Durchbrechung staatlicher Souveränität durch das Flüchtlingsrecht bei dieser Betrachtung außen vor bleiben.

Vor diesem Hintergrund lässt sich das Migrationsstrafrecht auch nicht durch den Rückgriff auf das Ziel, Migration zu steuern und zu kontrollieren, fundieren; ein universelles strafrechtlich zu schützendes Rechtsgut der staatlichen Souveränität in Migrationsfragen lässt sich nicht überzeugend begründen.

c) Sicherung der Leistungsfähigkeit sozialrechtlicher Systeme, der Funktionsfähigkeit des Arbeitsmarktes oder der Integrationsfähigkeit der Bundesrepublik?

Das Argument, dass nur eine kumulative Betrachtung zahlreicher Verstöße gegen migrationsstrafrechtliche Verhaltensnormen das angeblich geschützte Interesse beeinträchtigen könnte, ist auch Ansätzen entgegenzuhalten, welche auf die Sicherung der Leistungsfähigkeit sozialrechtlicher Systeme, die Funktionsfähigkeit des Arbeitsmarktes oder gar die Integrationsfähigkeit der Bundesrepublik abstellen.⁶⁵⁶ Neben

654 Ebenfalls kritisch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Vor Rn. 1.

655 Vgl. *Kuhlen*, ZStW 1993, 697, 716 mit Fn. 91, 93.

656 Vgl. zu solchen etwa *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 78 ff.: Zuzugskontrolle, Identitätskontrolle, politische Kontrolle und Arbeitsmarktkontrolle; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 105; *Böse*, ZStW 2004, 680, 692: Schutz vor unkontrollierter Zuwanderung. Demgegenüber will *Trinh*, Die Strafbarkeit der

den zuvor genannten Argumenten ist hier zu beachten, dass Personen, die materiell, etwa aufgrund ihrer Flüchtlingseigenschaft⁶⁵⁷, einen Anspruch auf wenigstens vorübergehenden Zugang zum Bundesgebiet haben,⁶⁵⁸ jedoch formal nicht die dafür erforderliche Erlaubnis eingeholt oder erhalten haben, schon nicht als „Belastung“ für das Gemeinwesen – darauf läuft die Schutzgutbestimmung auch hier hinaus – betrachtet werden können, da das Gemeinwesen für sie aufgrund verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Verpflichtungen⁶⁵⁹ Verantwortung zu übernehmen hat.⁶⁶⁰

Für die damit verbleibende, deutlich kleinere Gruppe von Migranten gilt, dass es tatsächlich zu keinem Zeitpunkt in der Geschichte der Bundesrepublik eine Situation „unkontrollierter“ und „massenhafter“ Zuwanderung entsprechender Personen gegeben hat. Selbst in den 1990er Jahren und den 2010er Jahren handelte es sich bei den nach Deutschland einreisenden Ausländern ganz überwiegend um Flüchtlinge. Selbst wenn daher – entgegen der hier vertretenen Position – Kumulationseffekte jedem Einzelnen angelastet würden, wäre eine Gefährdung der Leistungsfähigkeit sozialrechtlicher Systeme, der Funktionsfähigkeit des Arbeitsmarktes oder der Integrationsfähigkeit allenfalls eine theoretische Möglichkeit⁶⁶¹ – und zwar selbst bei gedachtem völligem Verzicht auf staatliche Kontrollen. Am ehesten verdeutlicht dies die Situation nach der EU-Osterweiterung, in deren Vorfeld ähnliche Befürchtungen geäußert worden waren. Tatsächlich hat selbst die Herstellung vollständiger Freizügigkeit für Bürger der osteuropäischen EU-Staaten nicht zu entsprechenden Überforderungsphänomenen geführt.⁶⁶²

Fluchthilfe, 2021, 130 ff. „den Erhalt der Funktionsfähigkeit des sozialen Gesamtsystems“ zum Anknüpfungspunkt machen.

657 Dazu unten C. IV. 1.

658 Zusammenfassend unten C. V.

659 Zu diesen unten C. II.-IV.

660 Unabhängig davon gilt: Bevor eine solche Überforderung konstatiert wird, müssten ihre Ursachen in den Blick genommen werden. Dass insbesondere seit 2022 zahlreiche deutsche Kommunen darüber klagen, Flüchtlinge nicht mehr unterbringen zu können, dürfte weniger auf die Zahl der neu ankommenden Flüchtlinge zurückzuführen sein, sondern vielmehr daraus resultieren, dass Flüchtlinge länger als vorgesehen in Gemeinschaftsunterkünften verbleiben müssen, da sich der Auszug in eigene Wohnungen aufgrund der Krise auf dem Wohnungsmarkt verzögert, sowie darauf zurückzuführen sein, dass nach Abebben der Fluchtbewegungen nach 2017 keine ausreichenden Kontingente auf kommunaler Ebene vorgehalten wurden, da viele Bundesländer den Kommunen die dafür erforderlichen Kosten nicht erstatten, vgl. *Kühn/Schlicht*, Kommunale Unterbringung von Geflüchteten – Probleme und Lösungsansätze. Expertise, Mediendienst Integration v. Juli 2023, abrufbar unter: <https://mediendienst-integration.de/fileadmin/Dateien/MEDIENDIENST_Expertise_Unterbringung_Gefluechtete.pdf>.

661 Dies verkennend *Trietz*, Illegale Grenzübertritte und Schleuserkriminalität an der deutsch-polnischen Grenze – Eine juristische und kriminologische Analyse vor dem Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union, 2007, 197; ebenfalls unkritisch auf vermeintliche Kapazitätsgrenzen abstellend *Winands*, Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 128. Für solch nur theoretische Fälle den Kumulationsgedanken einschränkend *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 2002, 185.

662 Vgl. *Andor/Watt*, Wirtschaftsdienst 2024, 377 ff.

Vor diesem Hintergrund bilden auch die nach dem mehrstufigen Schutzkonzept der herrschenden Meinung als mittelbar geschützte Schutzgüter identifizierten Interessen keine legitimerweise mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Rechtsgüter.⁶⁶³ Auch der angebliche Charakter der Tatbestände als „Gruppe abstrakter Gefährdungsdelikte“ ändert daran nichts.⁶⁶⁴

d) Sicherung der Aufnahme- und Integrationsbereitschaft der inländischen Bevölkerung?

Ein insbesondere in den Debatten zur Verschärfung des Migrationsstrafrechts wiederkehrender Topos ist die Sicherung der Aufnahme- und Integrationsbereitschaft der inländischen – deutschen – Bevölkerung.⁶⁶⁵ Die klare Differenzierung zwischen „regulären“ und „irregulären“ Migranten und ein konsequentes Vorgehen gegen „irreguläre“ Migration wird dabei regelmäßig als erforderlich angesehen, um die Bereitschaft der inländischen Bevölkerung zu erhalten, Migration zuzulassen und durch Integrationsangebote erfolgreich zu gestalten. Ein empirischer Kausalitätsbeleg zwischen der Kriminalisierung bestimmter Verstöße gegen das Migrationsverwaltungsrecht und einer Sicherung der Aufnahme- und Integrationsbereitschaft der Bevölkerung dürfte zwar schwer zu erbringen sein, schon weil migrationsverwaltungsrechtliche Maßnahmen (Zurückweisungen, Ausweisungen, Abschiebungen) den Diskurs dominieren und eine Entkoppelung des Migrationsverwaltungsrechts vom Migrationsstrafrecht zum Zwecke der Erforschung der Bevölkerungseinstellung insofern kaum gelingen dürfte. Doch selbst wenn ein Einfluss auf die Bevölkerungseinstellung unterstellt würde, könnte im eher diffusen Konzept der „Aufnahme- und Integrationsbereitschaft“ der – ja keineswegs homogenen – Bevölkerung kein den strafrechtlichen Schuldvorwurf gegenüber dem Einzelnen rechtfertigendes (Kollektiv-)Rechtsgut gesehen werden. So stellt sich schon die Frage, welche Bevölkerungsgruppen für die Feststellung einer entsprechenden Bereitschaft maßgeblich sind und wie etwa mit Positionen, die Migration generell ablehnen oder ohne jede Einschränkung befürworten, umzugehen ist. Im Ergebnis dürfte die Aufnahme- und Integrationsbereitschaft eng damit zusammenhängen, ob aus Sicht der Mehrheitsbevölkerung Ressourcen- und Kapazitätsgrenzen erreicht werden. Damit sind es auch hier Kumulationseffekte, die überhaupt erst einen Einfluss auf das geschützte Interesse haben können. Sie können aber dem Einzelnen nicht vorgeworfen werden.

663 So auch Winands, Analyse der Verwaltungsstraftatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 125 f.

664 So Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 85 ff.

665 Deutlich etwa BT-Drs. 9/1629, S. 1; auch in der jüngsten Diskussion um die Migrationspolitik wurde verstärkt auf die angebliche Stimmungslage in der Bevölkerung rekurriert, vgl. BT-Drs. 20/14698, S. 1.

Sofern, wie teilweise in den Begründungen der Reformgesetze,⁶⁶⁶ ein Zusammenhang zwischen Migration und rassistischen Straftaten gegen marginalisierte (migrantische) Personen konstruiert und aus diesem „Zusammenhang“ abgeleitet wird, „irreguläre Migration“ sei eine Ursache für eben solche Taten und müsse aus diesem Grunde wirksam unterbunden werden,⁶⁶⁷ ist dies nicht tragfähig: Erstens steht zu befürchten, dass Menschen, die rassistische Straftaten gegen andere Menschen verüben, eher kein Plädoyer für eine geordnete Migrationspolitik abgeben wollen, sondern aus gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit heraus agieren. Es geht nicht um eine differenzierte Migrationspolitik, sondern um eine pauschale Ablehnung von „Fremden“ und letztlich um die Artikulation xenophobischer Vorurteile. Zweitens erweist sich das Argument bei näherer Betrachtung als Versuch, die Verantwortung für die Tatbegehung durch Dritte einem an dieser Tatbegehung gänzlich Unbeteiligten zuzuweisen, indem über den Umweg des Migrationsstrafrechts eine mittelbare Zurechnung der Rechtsfriedensstörung durch rassistische (Gewalt-)Täter erfolgt.⁶⁶⁸

3. Differenzierte Betrachtung der Strafvorschriften

Lässt sich ein universales Rechtsgut des Migrationsstrafrechts nicht identifizieren und ist daher das mehrstufige Schutzkonzept der herrschenden Meinung nicht geeignet, das Migrationsstrafrecht in seiner Gesamtheit zu legitimieren, ist eine tatbestandsbezogene Betrachtung geboten. Eine Analyse der zuvor herausgearbeiteten vier Deliktgruppen offenbart, dass nur Teile des geltenden Migrationsstrafrechts dem Schutz hinreichend umrissener Individual- oder Kollektivrechtsgüter dienen.

a) Einreise- und Aufenthaltsdelikte

Hinsichtlich der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts ist zwischen dem passlosen Aufenthalt (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG), dem Aufenthalt ohne Aufenthaltstitel (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG), der Einreise ohne Pass (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) sowie der Einreise ohne Aufenthaltstitel (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) einerseits sowie der Einreise und dem Aufenthalt entgegen einem Einreise- oder Aufenthaltsverbot (§ 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG) andererseits zu unterscheiden.

Hinsichtlich der strafbewehrten Verstöße gegen die Passpflicht dürften die Tatbestände zwei Interessen dienen: dem Interesse des Staates an der Kenntnis der Iden-

⁶⁶⁶ Dazu oben A. II. 4. e).

⁶⁶⁷ Jedenfalls ohne Distanzierung *Trietz*, *Illegale Grenzübertritte und Schleuserkriminalität an der deutsch-polnischen Grenze – Eine juristische und kriminologische Analyse vor dem Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union*, 2007, 198.

⁶⁶⁸ Ähnlich *Cannawurf*, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, 2007, 57.

tität des Ausländers einerseits zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und andererseits zur erleichterten Durchsetzung von Rückkehrentscheidungen.⁶⁶⁹ Hinsichtlich des erstgenannten Interesses ist bereits dargelegt worden, dass es nicht überzeugt, Ausländer als potenzielle Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu definieren. Unabhängig davon ist die Passpflicht – bei der es sich um eine *Passbesitzpflicht* handelt⁶⁷⁰ – auch nicht geeignet, dieses Interesse zu schützen. Denn in der Praxis kommt es zu regelhaften Passkontrollen lediglich bei Einreisen auf dem Luftweg von außerhalb des Schengen-Raumes. Der deutsche Staat hat daher weder den Anspruch noch die Möglichkeiten, die Identität jeder einreisenden oder sich in Deutschland aufhaltenden Person zu kennen. Sofern anlassbezogen eine Identitätsprüfung erforderlich ist, wird diese durch die Vorschriften zur Überprüfung, Feststellung und Sicherung der Identität (§ 49 AufenthG) abgesichert. Schließlich sind Pass und Passersatz keineswegs die einzigen Dokumente, durch welche die Identität einer Person mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann.

Im Blick auf den zweiten Gesichtspunkt handelt es sich letztlich um das staatliche Interesse an der Ökonomisierung verwaltungsvollstreckungsrechtlicher Prozesse (Durchsetzung einer Ausreisepflicht). Selbst wenn der Schutz limitierter staatlicher Ressourcen als strafrechtlich zu schützendes Rechtsgut anerkannt würde, liegt die Verletzung der Passbesitzpflicht weit im Vorfeld einer solchen Rechtsgutsbeeinträchtigung und kann der Straftatbestand daher nur höchst mittelbar auf den Schutz dieses Interesses abzielen. Denn der Verstoß gegen die Passpflicht bedeutet für sich genommen weder, dass der Ausländer nicht ausreisewillig ist, noch, dass er sich nicht rechtzeitig ein Ersatzdokument wird beschaffen können, wozu er nach § 48 Abs. 3 AufenthG verpflichtet ist. Ein derart mittelbarer und vorverlagerter Rechtsgüterschutz rechtfertigt nicht die Erhebung eines strafrechtlichen Schuldvorwurfs.

Hinsichtlich der Einreise und des Aufenthalts ohne Aufenthaltstitel lässt sich, wie bereits dargelegt, nicht auf die Verletzung der staatlichen Souveränität, in ihrer Ausprägung als Recht des Staates, über die Einreise ins und den Aufenthalt im Staatsgebiet selbst zu entscheiden, abstellen. Auch die Erwägung, das Visumsverfahren sei zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit geboten, ist aus den zuvor dargelegten Gründen abzulehnen. Gleiches gilt für das Interesse des Staates, Migration zu steuern oder das soziale und wirtschaftliche System vor einer Überlastung zu schützen.

Anders liegt der Fall, wenn die Einreise oder der Aufenthalt unter Zuwiderhandlung gegen ein Einreise- oder Aufenthaltsverbot (§ 11 AufenthG, § 7 Abs. 2 FreizügG/EU) erfolgt. Diese Fälle sind nach § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG beziehungsweise § 9 Abs. 2 FreizügG/EU strafbewehrt. Dabei setzt sich der Betroffene über die ihm gegenüber

669 Vgl. Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 79 f.

670 Siehe nur BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 23.

ergangene, individualisierte Entscheidung, ihm die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu verwehren, hinweg. Es wird also nicht ein selektiv implementiertes⁶⁷¹ präventives Kontrollregime umgangen, sondern die im konkreten Einzelfall getroffene, auf einer – entweder auf konkret-individuellen Umständen beruhenden oder anhand abstrakt-genereller Kriterien erfolgenden – Gefährbeurteilung beruhende Entscheidung missachtet. Der dadurch intendierte Schutz der öffentlichen Sicherheit vor *bestimmten* Ausländern ist grundsätzlich hinreichend konkretisiert, um eine strafrechtliche Bewehrung zu rechtfertigen. Bei genauerer Betrachtung muss freilich auch hinsichtlich der Einreise- und Aufenthaltsverbote differenziert werden. Während im Falle der Ausweisung oder Abschiebungsanordnung insbesondere Ausländer, deren „Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland gefährdet“ (§ 53 Abs. 1 AufenthG), an der erneuten Einreise in das und dem erneuten Aufenthalt im Bundesgebiet gehindert werden sollen, geht in den Fällen der Zurückschiebung, Abschiebung oder Zurückweisung eine vergleichbare Gefahr von den Betroffenen jedenfalls nicht regelhaft aus.⁶⁷² Dies gilt erst recht hinsichtlich der Anordnung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 11 Abs. 6 Satz 1 oder Abs. 7 Satz 1 AufenthG. Denn in diesen Fällen ist die Anordnung bereits zugelassen, wenn ein Ausländer die Ausreisefrist versäumt hat (§ 11 Abs. 6 Satz 1 AufenthG) oder sein Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden ist (§ 11 Abs. 7 Satz 1 AufenthG). Ein Verstoß gegen so begründete Einreise- und Aufenthaltsverbote kann das von § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG geschützte Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit von vornherein nicht gefährden. Dementsprechend lässt sich § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG nur insoweit auf den Schutz konkreter Rechtsgüter zurückführen als er Einreise- und Aufenthaltsverbote in Folge einer Ausweisung oder Abschiebungsanordnung unter Strafe stellt; im Übrigen fehlt es an einer hinreichend engen Verknüpfung.

b) Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen

Hinsichtlich der Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen ist gleichfalls nach obigem Muster zu differenzieren: Wo der Tatbestand an die Zuwiderhandlung gegen eine Verfügung im Einzelfall anknüpft, die ihrerseits ein Verhalten untersagt oder gebietet, um die Beeinträchtigung eines hinreichend spezifizierten Individual- oder Gemeinschaftsinteresses zu verhindern, wird das entsprechende Interesse als Rechtsgut der Strafvorschrift bestimmt werden können.

671 Vgl. auch *Franko Aas*, in: *Franko Aas/Bosworth* (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 21, 29 f.

672 Bezüglich der Zurückschiebung ebenfalls kritisch *GK-AufenthG/Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 236.

Dies ist etwa hinsichtlich § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG, der den Verstoß gegen eine Ausreiseuntersagung und den Verstoß gegen eine Beschränkung oder Untersagung der politischen Betätigung unter Strafe stellt, anzunehmen. Die Ausreiseuntersagung kann nach § 46 Abs. 2 Satz 1 AufenthG in entsprechender Anwendung des § 10 Abs. 1 und 2 PassG erfolgen, wobei § 10 Abs. 1 PassG wiederum an die Voraussetzungen für die Versagung oder Entziehung eines Passes anknüpft. Eine Passversagung (§ 7 Abs. 1 PassG) oder -entziehung (§ 8 i.V.m. § 7 Abs. 1 PassG) erfolgt insbesondere, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme begründen, dass der Passbewerber die innere oder äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährdet (Nr. 1), er sich einer Strafverfolgung oder Strafvollstreckung oder der Anordnung oder der Vollstreckung einer mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregel der Besserung und Sicherung entziehen will (Nr. 2) oder er einer Vorschrift des Betäubungsmittelgesetzes über die Einfuhr, Ausfuhr, Durchfuhr oder das Inverkehrbringen von Betäubungsmitteln zuwiderhandeln will (Nr. 3) sowie in weiteren Fällen von vergleichbarer Schwere. Die Ausreiseuntersagung soll also die im konkreten Einzelfall drohende Beeinträchtigung erheblicher Gemeinwohlinteressen (innere oder äußere Sicherheit, Rechtspflege und staatlicher Sanktionsanspruch, „Volksgesundheit“⁶⁷³) unterbinden und schützt damit unmittelbar eben diese Rechtsgüter. Die Strafvorschrift wiederum sichert diesen Schutz ab.⁶⁷⁴ Hier besteht also der notwendige Konnex zwischen abstrakt hoher Gefährlichkeit des verwaltungsrechtlich regulierten Verhaltens und verwaltungsakzessorischem Straftatbestand. Wird die Ausreiseuntersagung dagegen auf § 46 Abs. 2 Satz 2 AufenthG gestützt, geht es um die Unterbindung der unerlaubten Einreise in einen anderen Staat. Die Ausreiseuntersagung erfolgt dann im Interesse der Bundesrepublik, die außenpolitischen Beziehungen zu anderen Staaten nicht zu beeinträchtigen – die Strafbewehrung schützt in diesen Fällen die außenpolitischen Beziehungen der Bundesrepublik als bedeutender Gemeinschaftswert, weil eine außenpolitische Isolierung der Bundesrepublik letztlich die Möglichkeiten der Bundesregierung, durch internationale Zusammenarbeit die Lebensbedingungen der Bevölkerung zu verbessern und zugleich die innere und äußere Sicherheit zu schützen, beeinträchtigen würde.⁶⁷⁵

Gleiches gilt für den Fall des Verbots oder der Beschränkung der politischen Betätigung nach § 47 AufenthG, da auch hier gewichtige Gemeinwohlinteressen (unter anderem: politische Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland, friedliches Zusammenleben von Deutschen und Ausländern oder von verschiedenen Ausländergruppen im Bundesgebiet, außenpolitische Interessen oder völkerrechtliche Ver-

673 Dieses Rechtsgut ist für sich betrachtet freilich zu vage vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 46; *LK-StGB/Weigend*, 13. Aufl. 2020, Einl. Rn. 5.

674 OLG München NSTZ 2015, 406, 407.

675 Vgl. dazu *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 82.

pflichtungen, freiheitliche demokratische Grundordnung, Sicherheit der Bundesrepublik) gefährdet sein müssen, damit entsprechende Verbote oder Beschränkungen ergehen können.⁶⁷⁶ Die auf dieser Grundlage erlassenen Verfügungen schützen daher unmittelbar die korrespondierenden Gemeinwohlinteressen, welche für die Gewährleistung der ungestörten Wahrnehmung individueller Freiheitsrechte instrumentell sind; § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG sichert die Verfügungen strafrechtlich ab und dient damit seinerseits dem Schutz der jeweiligen Rechtsgüter.⁶⁷⁷

Entsprechendes gilt – trotz der erheblichen Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes – auch im Blick auf § 95 Abs. 1 Nrn. 6a bis 6c AufenthG. Diese knüpfen an die Verletzung von Beschränkungen und Pflichten, die § 56 AufenthG ausreisepflichtigen Ausländern aus Gründen der inneren Sicherheit auferlegt, an. Die in § 56 Abs. 1 Satz 1 und 2 (Meldepflicht), Abs. 2 (Beschränkung des Aufenthalts), Abs. 3 (Wohnsitzauflage) und Abs. 4 AufenthG (Kontakt- und Kontaktmittelverbote) vorgesehenen und strafbewehrten Maßnahmen adressieren Ausländer, gegen die eine Ausweisungsverfügung auf Grund eines Ausweisungsinteresses nach § 54 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 AufenthG oder eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG besteht. Sie betreffen also Personen, von denen nach der gesetzlichen Wertung erhebliche Gefahren – etwa für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland – ausgehen. Durch die in § 56 AufenthG vorgesehenen Maßnahmen soll verhindert werden, dass sich die von diesen Gefährdern nach behördlicher Einschätzung ausgehende Gefahr konkretisiert, sodass die Vorschrift dem Schutz gewichtiger Gemeinschaftsinteressen vor (terroristischen) Gefahren im Inland und damit mittelbar auch Individualinteressen dient.⁶⁷⁸ Der Schutz eben dieser Interessen wird durch § 95 Abs. 1 Nrn. 6a bis 6c AufenthG abgesichert. Dieselben Erwägungen gelten auch im Blick auf § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG, der die Zuwiderhandlung gegen eine gerichtlich angeordnete elektronische Aufenthaltsüberwachung, die zur Abwehr einer erheblichen Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter erfolgen darf, unter Strafe stellt. Zwar greift der Schutz hier weit im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung ein, da der Verstoß gegen die Beschränkungen und Pflichten des § 56 AufenthG nicht selbst die geschützten Interessen verletzt;⁶⁷⁹ angesichts des klaren Rechtsgutsbezugs und der moderaten Strafdrohungen erscheint dies aber noch verhältnismäßig.

Demgegenüber dienen Tatbestände, die allein darauf abzielen, das Verwaltungsverfahren abzusichern, ohne dass dieses wiederum unmittelbar auf den Schutz hinreichend konkreter Individual- oder Kollektivrechtsgüter gerichtet wäre, nicht dem

676 Vgl. *Samel*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 47 AufenthG Rn. 11 ff.

677 Vgl. *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 80, zu § 92 Abs. 1 Nr. 4 AuslG 1990.

678 Vgl. *Bauer*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 8.

679 Zum Trend der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes vgl. auch *Epik*, GA 2024, 181 ff.

Rechtsgüterschutz. Dies trifft auf § 95 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 6 AufenthG zu, die allein die Mitwirkung von Ausländern im aufenthaltsrechtlichen Identitätsüberprüfungs-, -feststellungs- und -sicherungsverfahren gewährleisten sollen. Hier werden nicht besonders gefährliche Personen adressiert; vielmehr wird die Zuwiderhandlung gegen eine allgemeine Mitwirkungs- und Duldungspflicht unter Strafe gestellt. Auch wenn ein Interesse des Staates an der Kenntnis der Identität im Inland aufhältiger Ausländer nicht abzustreiten ist, etwa wenn es um den Ausschluss von Gefahren für die innere Sicherheit durch einzelne Gefährder geht, setzt der durch die Strafvorschrift bewirkte Schutz für dieses bereits für sich betrachtet recht ausgreifende Kollektivrechtsgut deutlich im Vorfeld einer Rechtsgutsgefährdung an und ist zudem nicht hinreichend klar auf den Ausschluss von Gefährdungslagen fokussiert. Daher handelt es sich im Ergebnis um eine Strafvorschrift, die zwar die Durchsetzung der verwaltungsrechtlichen Pflichten fördert, ohne aber zugleich dem Schutz eines hinreichend konkreten Kollektivrechtsguts zu dienen. Gleiches gilt auch für § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG, da die räumliche Beschränkung des Aufenthalts im Sinne des § 61 Abs. 1, 1c AufenthG, deren wiederholte Missachtung unter Strafe gestellt ist, in erster Linie sicherstellen soll, dass der Ausländer für die Ausländerbehörden jederzeit erreichbar ist und sich zu ihrer Verfügung hält, um dessen Ausreise beziehungsweise Abschiebung abzusichern.⁶⁸⁰ Es geht also um eine Arbeitserleichterung für die Migrationsverwaltung, nicht um den Schutz konkreter Individual- oder Gemeinschaftsgüter. Hinzu kommt, dass, selbst wenn auf den Schutz staatlicher Ressourcen abgestellt wird, die Anknüpfung an ein Verlassen des Bundeslandes für kurze Zeiträume kaum geeignet ist, zum Schutz eben dieser Ressourcen beizutragen.

Auch die in § 85 Abs. 1 Nrn. 1 bis 6 AsylG strafbewehrten Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Ge- oder Verbote zielen sämtlich nicht auf den Schutz hinreichend konkretisierter Rechtsgüter ab, sondern sollen jeweils die Beachtung der verwaltungsrechtlichen Regelungen durch die normunterworfenen Ausländer sicherstellen. Der mitunter angeführte Zweck, „das Asylverfahren [zu] beschleunigen“⁶⁸¹, ist eine Chiffre für die Inanspruchnahme des Asylbewerbers für die Ökonomisierung von Verwaltungsabläufen, stellt aber kein Individual- oder Kollektivrechtsgut dar.⁶⁸² Dies gilt insbesondere auch für § 85 Abs. 1 Nr. 4 AsylG, der die Ausübung einer Erwerbstätigkeit trotz des während der Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung

680 Vgl. *Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 61 AufenthG Rn. 4; *Kluth*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), *BeckOK-Ausländerrecht*, 46. Edn. 2024, § 61 AufenthG Rn. 2.

681 Vgl. *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 83; GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 7.

682 Deutlich erkennbar wird dies aus der Gesetzesgenese, vgl. oben A. II. 3. c) dd). Zur Widersprüchlichkeit des angeführten Schutzzwecks mit dem eigentlich verfolgten Zweck des Asylverfahrens der Zuwanderungsbegrenzung *Winands*, *Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts* § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AsylG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 153 f. Bezüglich § 85 Abs. 1 Nrn. 5 und 6 gleichfalls kritisch GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 50.

zu wohnen, grundsätzlich bestehenden Verbots (§ 61 Abs. 1 Satz 1 AsylG) unter Strafe stellt. Denn diese Vorschrift dient nicht dem Schutz des Arbeitsmarktes;⁶⁸³ vielmehr zielt sie nach der Konzeption des Gesetzes maßgeblich darauf ab, eine Aufenthaltsbeendigung nach erfolglosem Asylverfahren nicht zu erschweren sowie „Wirtschaftsflüchtlinge abzuhalten“⁶⁸⁴ und damit darauf, angebliche „Fluchtanreize“ zu reduzieren und letztlich auf die Steuerung im Sinne einer Reduzierung von Migration.⁶⁸⁵ Dass der einzelne Asylbewerber, der entgegen dem Verbot eine Erwerbstätigkeit aufnimmt, dadurch das Interesse des Staates an der Steuerung von Migration nennenswert beeinträchtigt, lässt sich aber, wie zuvor dargelegt, nicht schlüssig begründen.⁶⁸⁶

c) Falschangaben im Verwaltungsverfahren

Falschangaben im Verwaltungsverfahren werden durch die Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts kriminalisiert, wenn sie auf die Erlangung eines Aufenthaltstitels, einer Duldung, einer Anerkennung als Asylberechtigter, die Zuerkennung internationalen Schutzes, die Feststellung eines Abschiebungshindernisses, die Erlangung einer Bescheinigung nach dem FreizügG/EU oder der deutschen Staatsangehörigkeit gerichtet sind, wenn sie einen Statusverlust verhindern sollen oder wenn entsprechende Urkunden wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht werden. Die Tatbestände des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, § 85 Abs. 2 AsylG, § 9 Abs. 1 FreizügG/EU und § 42 StAG zielen damit einerseits auf die Sicherstellung der Integrität des Verwaltungsverfahrens und der Richtigkeit der Verwaltungsentscheidungen,⁶⁸⁷ andererseits – wo das Gebrauchen zur Täuschung im Rechtsverkehr unter Strafe steht – aber auch auf den Schutz des Vertrauens in die inhaltliche Richtigkeit amtlicher Dokumente.⁶⁸⁸ Sie weisen damit eine deutliche Parallele zu § 271 StGB auf, der dem „Schutz des allgemeinen Vertrauens auf eine bestimmte Beglaubigungsform

683 So aber Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 85 zu § 85 Nr. 3 und 5 AsylVfG a.F.; GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 7; Schiedermair/Wollenschläger, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 155.

684 Vgl. NK-Ausländerrecht/Dolk, 3. Aufl. 2023, § 61 AsylG Rn. 6; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 61 AsylG Rn. 1.

685 Vgl. Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 85, zu § 85 Nr. 3 und 5 AsylVfG a.F.

686 Demgegenüber meint GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 39, dass sich „[w]eder gegen die in Abs. 1 Nr. 1 bis 4 in Bezug genommenen verwaltungsrechtlichen Ge- und Verbote [...] noch gegen die daran anknüpfende Strafbarkeit nach § 85 [...] rechtlich durchschlagende Argumente finden [lassen].“

687 BGH NStZ 2010, 171, 173; NJW 2016, 419, 422; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 376 f.; Schiedermair/Wollenschläger, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 42 StAG Rn. 117f; siehe auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 246: „Absicherung eines ordnungsgemäßen Genehmigungsverfahrens im Interesse materiell richtiger Verwaltungsentscheidungen.“

688 Vgl. Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 82, zu § 92 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 AuslG 1990 (Gebrauch eines erscheinenden Aufenthaltstitels zur Täuschung im Rechtsverkehr): „Vertrauen auf die materielle Rechtmäßigkeit eines verbrieften Aufenthaltstitels“; Trietz, *Illegale Grenzübertritte und Schleuserkriminalität an der deutsch-polnischen Grenze – Eine juristische und kriminologische Analyse vor dem*

und ein bestimmtes Beweisverfahren⁶⁸⁹ dient. Die Integrität verwaltungsrechtlicher Genehmigungs- und Erteilungsverfahren und das Vertrauen auf die Richtigkeit amtlicher Urkunden ist als bedeutsames Gemeinschaftsgut zu qualifizieren. Dieses Vertrauen bildet in vielen Lebensbereichen die Grundlage für staatliches wie privates Handeln, etwa im Bereich der Leistungsgewährung (nach dem Asylbewerberleistungsgesetz oder nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuchs), beim Abschluss eines Arbeitsvertrags oder bei der Vermietung von Wohnraum. Anders als bei der bloßen Umgehung eines solchen Verfahrens, wie bei einer unerlaubten Einreise oder einem unerlaubten Aufenthalt, wird durch unvollständige oder falsche Angaben unmittelbar auf den Entscheidungsprozess eingewirkt und damit das Vertrauen in die Integrität staatlicher Entscheidungsprozesse und ihrer Ergebnisse beeinträchtigt, das Voraussetzung dafür ist, dass staatliche Entscheidungen als grundsätzlich verbindlich akzeptiert werden. Dies wiederum bildet die Vorbedingung für ein geordnetes Zusammenleben in komplexen und pluralen Gesellschaften.⁶⁹⁰ Auch wenn kriminalpolitische und verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Kriminalisierung von Falschangaben im Asylverfahren bestehen,⁶⁹¹ schützen diese Tatbestände legitime Rechtsgüter und sind daher im Ausgangspunkt geeignet, den strafrechtlichen Schuldvorwurf gegenüber dem Einzelnen zu begründen.

Eine Schwachstelle dieser Rechtsgutsbestimmung ist freilich, dass sie nicht erklären kann, weshalb das *Gebrauchen* einer durch Falschangaben erlangten aufenthaltsrechtlichen Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr strafbar sein soll, wenn die Urkunde zwar durch Falschangaben erlangt worden ist, jedoch ein materieller Anspruch auf Erteilung besteht.⁶⁹² In diesem nicht sehr wahrscheinlichen Fall – Voraussetzung wäre dabei, dass die Behörde verpflichtet gewesen wäre, exakt den erteilten Aufenthaltstitel beziehungsweise die erteilte Duldung oder exakt dasselbe Dokument nach § 9 Abs. 1 FreizügG/EU zu erteilen beziehungsweise auszustellen, also insbesondere keine Nebenbestimmungen hinzuzufügen – müsste im Einzelfall über eine teleologische Reduktion des Tatbestandes nachgedacht werden, weil eine Realisierung der abstrakten Gefahr ausgeschlossen ist.

d) Schleusungsdelikte

Hinsichtlich der Schleusungsdelikte ist zunächst zwischen §§ 96, 97 AufenthG einerseits und §§ 84, 84a AsylG andererseits zu differenzieren.

Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union, 2007, 198, zu § 95 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 AufenthG. Kritisch dagegen *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 119.

689 NK-StGB/*Puppe/Schumann*, 5. Aufl. 2017, § 271 Rn. 3.

690 Zur administrativen Problembewältigung als Produkt gesellschaftlicher Pluralisierung vgl. *Gärditz*, ZfISW 2025, 263, 270.

691 Dazu unten E. IV. 2.

692 Vgl. dazu *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 120.

aa) Einschleusen von Ausländern

Den Grundtatbestand des Einschleusens von Ausländern bildet § 96 Abs.1 AufenthG. Die Strafbarkeit knüpft dabei an die Anstiftung oder Hilfeleistung zu einer unerlaubten Einreise oder zu einem unerlaubten Aufenthalt an. Es liegt daher nahe, bei der Bestimmung des geschützten Rechtsguts auf die jeweiligen Bezugstatbestände zu rekurrieren, mit all den zuvor beschriebenen Legitimationsproblemen. Dass der Tatbestand des Einschleusens von Ausländern maßgeblich *auch* dazu dienen soll, „irreguläre“ Migration, insbesondere von visapflichtigen Personen ohne entsprechenden Aufenthaltstitel – einschließlich Flüchtlingen –, zu kontrollieren und zu begrenzen, ergibt sich schon aus seiner Entstehungsgeschichte; die Gesetzesbegründungen zu Ausweitungen des § 96 AufenthG jüngerer Datums beziehen sich gleichfalls auf dieses Ziel.⁶⁹³ Dass die Kontrolle und Steuerung von Migration ebenso wie die Sicherung der Leistungsfähigkeit sozialrechtlicher Systeme, die Funktionsfähigkeit des Arbeitsmarktes oder die Integrationsfähigkeit der Bundesrepublik keine legitimen Schutzgüter darstellen, ist bereits dargelegt worden.⁶⁹⁴ Eine solche Rechtsgutsbestimmung könnte auch nicht erklären, weshalb der am „Unrecht“ des Ausländers durch Anstiftung oder Beihilfe nur teilnehmende Schleuser sich einer deutlich erhöhten Strafdrohung gegenüber sieht, wenn er als Teilnehmer dasselbe Rechtsgut angreift.⁶⁹⁵

(1) Schutz vor finanzieller Ausbeutung?

Demgegenüber wird teilweise unter Berufung auf die Gesetzesbegründung zum *Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung* (1981) oder zum *Verbrechensbekämpfungsgesetz* (1994) vertreten,⁶⁹⁶ die Strafbarkeit des Einschleusens von Ausländern diene auch dem Schutz der Geschleusten vor finanzieller Ausbeutung.⁶⁹⁷ Dies überzeugt aus mehreren Gründen nicht:

Erstens ist, in tatsächlicher Hinsicht, die Annahme des Gesetzgebers, die Geschleusten gerieten aufgrund der zu zahlenden Schleuserentgelte in eine Abhängigkeit und

693 BT-Drs. 20/9463, S. 40.

694 Selbst wenn hinsichtlich der gewerbsmäßigen Schleusung angenommen würde, dass die Schleuser in diesen Fällen regelmäßig eine große Zahl von Migranten einschleusen, treten relevante Kumulationseffekte auch bei hunderten Geschleusten pro Jahr noch nicht ein, zumal ein relevanter Teil von ihnen sich auf ihre Flüchtlingseigenschaft berufen wird. Ähnlich *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 57.

695 Vgl. auch Arzt, FS Gössel, 2002, 389, 396 f. Eine „Multiplikatorfunktion“ (BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 1) setzt die Strafbarkeit nach dem Tatbestand gerade nicht voraus.

696 Zu den jeweiligen Gesetzesbegründungen vgl. oben A. II. 3. c) cc), 4. e).

697 BGH NJW 1989, 1435; 1999, 2827, 2828; *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 82 f.; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 1; *Trietz*, Illegale Grenzübertritte und Schleuserkriminalität an der deutsch-polnischen Grenze – Eine juristische und kriminologische Analyse vor dem Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union, 2007, 198. Siehe auch BT-Drs. 20/9463, S. 41.

müssten nach ihrer Einreise in die Bundesrepublik die Schleuserlöhne erwirtschaften, wobei „[a]usländische Frauen [...] auf solche Weise zur Prostitution, ausländische Männer zu Diebstählen, Einbrüchen, Drogenhandel und anderen Straftaten genötigt“ würden,⁶⁹⁸ als regelhafte Erscheinung empirisch nicht belegt.⁶⁹⁹ Auch die Annahme, die Schlepper nutzten „die Unwissenheit und die wirtschaftliche Notsituation der illegal einreisenden Ausländer aus Eigennutz aus“⁷⁰⁰, die teilweise auf einem paternalistischen Blick auf Migranten als passive „Objekte“ des Schleusungsvorgangs beruht, ist jedenfalls insoweit gegenwärtig kaum zu begründen. Die Außengrenzen der Europäischen Union sind insbesondere für Flüchtlinge kaum ohne die Inanspruchnahme von Schleusern zu überwinden.⁷⁰¹ Dass diese Personen in großen Zahlen in finanzieller Abhängigkeit von ihren Schleusern stünden und deshalb zu Straftaten im Inland verleitet würden, ist angesichts der ganz überwiegend rechtstreuen Flüchtlinge, die bereits in Deutschland leben, fernliegend. In der Praxis werden Schleuserentgelte vielmehr im Vorfeld der Schleusung oder in Raten vor, während und unmittelbar nach der Schleusung beglichen.⁷⁰² Die geschleusten Migranten sind schließlich zwar oftmals von den Diensten der Schleuser abhängig, lassen sich jedoch eher nicht aus „Unwissenheit“ auf die Schleuser ein, sondern weil sie ihr Migrationsziel erreichen wollen.⁷⁰³

Zweitens findet sich, aus einer normativen Perspektive, in § 96 Abs. 1 AufenthG kein Anhaltspunkt dafür, dass der Tatbestand die Herstellung und Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Schleuser und Geschleustem als Unrecht erfassen sollte.⁷⁰⁴ Dagegen spricht schon die Einbeziehung der nicht auf eine Vorteilserlangung gerichteten Schleusung („wiederholt oder zugunsten mehrerer Ausländer“) in

698 BT-Drs. 12/5683, S. 11.

699 Vgl. auch Arzt, FS Gössel, 2002, 389, 390. Aus internationaler Perspektive *Mixed Migration Centre*, How smuggling really works: drivers, operations, impacts, MMC Research Report, December 2025, 31 f., abrufbar unter: <https://mixedmigration.org/wp-content/uploads/2025/12/405_How-smuggling-really-works-Divers-Operations-and-Impacts-Final-For-Web_9Dec2025.pdf>.

700 BT-Drs. 9/847, S. 12; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 101 ff.

701 Vgl. Hathaway, Virginia Journal of International Law 2008–09, 1, 6, 25 ff., 36, 39; siehe auch Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 74 f.

702 Vgl. UNODC, Global Study on Smuggling of Migrants, 2018, 45, abrufbar unter: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glosom/GLOSOM_2018_web_small.pdf>; *Mixed Migration Centre*, How smuggling really works: drivers, operations, impacts, MMC Research Report, December 2025, 31 f., abrufbar unter: <https://mixedmigration.org/wp-content/uploads/2025/12/405_How-smuggling-really-works-Divers-Operations-and-Impacts-Final-For-Web_9Dec2025.pdf>; siehe auch Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 69.

703 Vgl. auch Carrasco-Granger/Bermejo-Casado/Bazaga Fernández, Journal of Immigrant & Refugee Studies 2025, abrufbar unter: <<https://doi.org/10.1080/15562948.2025.2495184>>; *Mixed Migration Centre*, How smuggling really works: drivers, operations, impacts, MMC Research Report, December 2025, 9 f., abrufbar unter: <https://mixedmigration.org/wp-content/uploads/2025/12/405_How-smuggling-really-works-Divers-Operations-and-Impacts-Final-For-Web_9Dec2025.pdf>; Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 114.

704 Vgl. auch Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 131; Ullrich, Reformüberlegungen zum deutschen Schleusungsstrafrecht. Ein Rechtsvergleich zum U.S.-amerikanischen Recht, 2021, 113.

§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG. Selbst wenn auf die Zahlung eines Entgelts an professionelle Schleuser abgestellt wird, liegt nicht in jeder Zahlung eines Schleuserlohns eine finanzielle Ausbeutung – zwar ist die Bestimmung eines „marktüblichen Entgelts“ für verbotene Dienstleistungen schwierig, doch kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, jede von Schleusern verlangte Vergütung beute die Geschleusten finanziell aus.⁷⁰⁵ Das spezifische Unrecht der Ausnutzung von Abhängigkeitsverhältnissen und einer besonderen Vulnerabilität ist vielmehr Gegenstand der §§ 232 ff. StGB.⁷⁰⁶ Die Ausnutzung einer Zwangslage zum Abruf wucherischer Schleuserentgelte kann durch § 291 StGB erfasst werden.⁷⁰⁷ Daneben stellen § 10 und § 10a SchwarzArbG die Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel zu ungünstigeren Bedingungen sowie unter Ausnutzung ihrer Lage als Opfer von Menschenhandel unter Strafe. § 15a AÜG enthält einen vergleichbaren Straftatbestand für Entleiher von ausländischen Arbeitnehmern.⁷⁰⁸

Selbst wenn § 96 Abs. 1 AufenthG insoweit als abstraktes Gefährdungsdelikt zum Schutz der Autonomie von Migranten betrachtet würde, fehlte es an der typischen abstrakten Gefährlichkeit der vom Tatbestand erfassten Fälle für das angeblich geschützte Rechtsgut. Deshalb überzeugt es insgesamt nicht, § 96 Abs. 1 AufenthG als Delikt zum Schutz vor finanzieller Ausbeutung zu konstruieren.⁷⁰⁹ Dies wäre nur um den Preis einer radikalen teleologischen Reduktion des Tatbestandes möglich, die letztlich darauf hinausliefe, den Tatbestand auf Fälle tatsächlicher Ausbeutung zu begrenzen – für die das Strafgesetzbuch aber spezielle Tatbestände vorsieht.

(2) Schutz von Leib und Leben der Geschleusten?

Zugleich wird aber auch betont, dass die „Bekämpfung der Schleuserkriminalität“ zum Schutz der geschleusten Migranten erforderlich sei, da die Schleuser oftmals rücksichtslose Methoden anwandten und die Geschleusten in Gefahr brächten.⁷¹⁰ Dieser auf den Schutz von Leib und Leben der Geschleusten abzielende Begründungsstrang rekurriert auf den Schutz anerkannter Individualrechtsgüter. Er wäre grundsätzlich geeignet, den Tatbestand des Einschleusens zu legitimieren. Dies setzt allerdings voraus, dass der Tatbestand auch *tatsächlich* dem Schutz entsprechenden Individualrechtsgüter von Migranten diene.

705 In diesem Sinne auch Böse, ZStW 2004, 680, 687 ff.; auch Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 115.

706 Ähnlich Böse, ZStW 2004, 680, 685 f.; Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 114; Ullrich, Reformüberlegungen zum deutschen Schleuserstrafrecht. Ein Rechtsvergleich zum U.S.-amerikanischen Recht, 2021, 232.

707 Vgl. Arzt, FS Gössel, 2002, 389, 394; Böse, ZStW 2004, 680, 688 f.; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 54.

708 Vgl. auch Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 114.

709 So auch Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 54 f.

710 Beispielfall BT-Drs. 20/10090, S. 18 f.; GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 2.

In diesem Sinne könnte § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG als abstraktes Gefährdungsdelikt qualifiziert werden, das jedenfalls auch den Gefahren, die von Schleusungspraktiken ausgehen, begegnen soll.⁷¹¹ Allerdings erfasst der Tatbestand nicht *ausschließlich* und noch nicht einmal *in erster Linie* Konstellationen, in denen abstrakt gefährliche Schleusungspraktiken im Raume stehen.⁷¹² Entgegen dem medial verbreiteten und politisch bedienten Narrativ⁷¹³ sind selbst professionelle Schleusungen in die Bundesrepublik (insbesondere solche auf dem Landweg) nicht *zwangsläufig* mit einer hohen Gefahr für Leib und Leben der Geschleusten verbunden. Diese können angesichts der tatbestandlich umschriebenen Handlung (Anstiften oder Hilfeleisten) etwa auch dadurch erfolgen, dass den Geschleusten Navigationsgeräte und Wegbeschreibungen oder falsche Einreisepapiere zur Verfügung gestellt werden. Die „Behältnisschleusung“, also der Transport von Geschleusten in nicht hinreichend belüfteten Containern, in Kühltransportern, auf den Ladeflächen von Lkw oder im Kofferraum, macht trotz des Umstandes, dass zahlreiche „ungefährliche“ Schleusungen polizeilich schon gar nicht erfasst werden dürften, weil die Schleuser nicht im Inland agieren und daher bei polizeilichen Kontrollen im Grenzbereich auch nicht festgestellt werden, selbst bei Berücksichtigung eines Anstiegs in früheren Jahren⁷¹⁴ auch weiterhin nur einen Teil aller polizeilich registrierten Schleusungen aus.⁷¹⁵ Diese Form der Schleusung ist aber für besonders tragische Todesfälle und entsprechende mediale Bilder verantwortlich.⁷¹⁶ Zudem ist aufgrund der weiten Tatbestandsfassung, welche auch die nicht-vorteilsmotivierte Hilfeleistung („wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern“) erfasst, nicht auszuschließen, dass auch humanitäre Flüchtlingshelfer den Tatbestand verwirklichen; hier ist eine Ge-

711 Vgl. Böse, ZStW 2004, 680, 690.

712 So auch Böse, ZStW 2004, 680, 691.

713 Vgl. nur die Begründung zum Rückführungsverbesserungsgesetz, BT-Drs. 20/10090, S. 18; kritisch in internationaler Perspektive Mitsilegas, New Journal of European Criminal Law 2019, 68, 74.

714 BT-Drs. 20/10090, S. 18; vgl. auch wdr.de v. 18. Juli 2025, Debatte um Migration nach Deutschland: Das sagen die Zahlen, abrufbar unter: <<https://www1.wdr.de/nachrichten/migration- asyl-flucht-europa-deut schland-nrw-faq-100.html#Schleuser>>.

715 Das Bundeslagebild des Bundeskriminalamts und der Bundespolizei zur Schleusungskriminalität 2024 (Bundeslagebild Schleusungskriminalität, abrufbar unter: <<https://www.bka.de/SharedDocs/Download s/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Schleusungskriminalitaet/schleusungskriminalitaet Bundeslagebild2024.html?nn=28046>>) gibt 279 Fälle der Behältnisschleusungen mit 1.888 Geschleusten an. Die Zahl der Geschleusten wird mit 9.450 angegeben. Selbst wenn außer Acht gelassen wird, dass zahlreiche Fälle von tatbestandlichen Schleusungen ohne Einsatz gefährlicher Methoden polizeilich nicht registriert werden dürften, weil die Schleuser ihre Hilfeleistung im Vorfeld der Einreise erbringen und daher von deutschen Polizeibehörden gar nicht erst erfasst werden, liegt der Anteil der Behältnisschleusungen an den polizeilich erfassten Fällen bei 19,97 % und macht damit in etwa ein Fünftel aus. Für das Bundeslagebild 2023 (abrufbar unter: <<https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen /JahresberichteUndLagebilder/Schleusungskriminalitaet/schleusungskriminalitaetBundeslagebild2023 .html?nn=28046>>) ergibt sich zwar eine deutlich höhere Quote von 44 % Behältnisschleusungen (17.500 Personen bei 39.700 Geschleusten insgesamt). Frühere Bundeslagebilder lassen mangels Angaben eine Bestimmung für die Einreisen nach Deutschland aber nicht zu, sodass unklar bleibt, ob die niedrigere oder die höhere Quote den Durchschnittswerten der letzten Jahre angenähert ist.

716 Diese finden dann Eingang in den rechtswissenschaftlichen Diskurs, exemplarisch etwa Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 55 mit Fn. 210.

fährdung der Migranten aber regelmäßig ausgeschlossen. Es lässt sich daher nicht behaupten, *alle* oder auch nur die *meisten* Fälle des tatbestandlich erfassten Einschleusens gingen mit (abstrakten) Gefahren für Leib oder Leben der Geschleusten einher. Ein abstraktes Gefährdungsdelikt, welches so weit gefasst ist,⁷¹⁷ dass auch vollkommen ungefährliche Handlungen *regelmäßig* dem Tatbestand unterfallen, lässt sich im Blick auf den Rechtsgüterschutz aber nicht legitimieren.⁷¹⁸

§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG lässt sich vor diesem Hintergrund erst recht nicht mit der abstrakten Gefährlichkeit der „Schleusung“ begründen, da insoweit an den unerlaubten Aufenthalt angeknüpft und damit gerade nicht auf einen besonders gefährlichen Transport rekuriert wird.

Eine abweichende Beurteilung ergibt sich freilich für den Qualifikationstatbestand des § 96 Abs. 2 AufenthG. Insbesondere § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 (Beisichführen einer Schusswaffe), Nr. 4 (Beisichführen einer anderen Waffe in Verwendungsabsicht), Nr. 5 (lebensgefährliche, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung der Geschleusten oder Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung) und Nr. 6 AufenthG (Kontrollentziehung im Straßenverkehr unter Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert) knüpfen unmittelbar an Verhaltensweisen an, die Leib, Leben und weitere anerkannte Rechtsgüter wie die Straßenverkehrssicherheit abstrakt oder konkret gefährden.⁷¹⁹ Das dann naheliegende Argument, insbesondere Leibes- und Lebensgefahren könnten Schleusern im Blick auf eine einverständliche Fremdgefährdung oder eine Einwilligung nicht strafrechtlich vorgeworfen werden,⁷²⁰ überzeugt nicht. Denn auch wenn Migranten wissen werden, dass bestimmte – dann § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG unterfallende – Transportwege gefährlich sein können, wird in der konkreten Situation von einem überlegenen Wissen der Schleuser auszugehen sein, welche die Betroffenen oftmals im Unklaren über technische Einzelheiten, die Reiseroute und geplante Pausen lassen werden, sodass Zweifel daran bestehen, ob von einer Eigenverantwortlichkeit des Einverständnisses oder der Einwilligung ausgegangen werden kann.⁷²¹ Daneben dürften die Gesamtumstände derartiger

717 Zum Kriterium der „overbreadness“ auch Supreme Court of Canada, Urt. v. 27.11.2015 (R. v. Appulonappa, Case No. 35958), paras 71 ff.

718 Gleichfalls kritisch Arzt, FS Gössel, 2002, 389, 395. Im Ergebnis übereinstimmend Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 56; auch Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 113 f., kommt zu diesem Ergebnis. Allerdings überzeugt der von Cannawurf und Trinh bemühte „Umkehrschluss“ zu § 96 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG a.F. nicht. Denn dieser Qualifikationstatbestand bezieht sich auf die konkrete Gefährdung von Leib und Leben und kann daher nicht als Argument dafür herangezogen werden, § 96 Abs. 1 AufenthG schütze diese Rechtsgüter nicht *abstrakt*.

719 Für § 96 Abs. 2 AufenthG a.F. übereinstimmend Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 59; Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 113, 141 f.

720 Vgl. Arzt, FS Gössel, 2002, 389, 394 f.

721 Vgl. auch GK-AufenthG/Bernhöft, 149. EL März 2025, § 97 Rn. 20 ff.; Böse, ZStW 2004, 680, 690; Geisler, ZRP 2001, 171, 175.

Schleusungen zur Sittenwidrigkeit (§ 228 StGB) einer möglichen Einwilligung und damit zum Ausschluss einer Rechtfertigung führen.⁷²² Ebenfalls dem Schutz von Individualrechtsgütern, nämlich des Lebens, dient § 97 Abs. 1 AufenthG, welcher das Einschleusen mit Todesfolge als erfolgsqualifiziertes Delikt erfasst.⁷²³

Trinh hat insoweit zwar zurecht darauf hingewiesen, dass die Qualifikationstatbestände grundsätzlich auch auf humanitäre Fluchthelfer anwendbar sind, sofern sie wiederholt oder zugunsten mehrerer Ausländer handeln.⁷²⁴ So sei sowohl das Mitführen von Schusswaffen zum Selbstschutz denkbar als auch, dass unterstützte Flüchtlinge während der Flucht ums Leben kommen. Allerdings ist es dem Gesetzgeber insoweit nicht von vornherein verwehrt, auch Fälle humanitärer Fluchthilfe tatbestandlich unter dem Qualifikationstatbestand zu erfassen, wenn ihnen ein hinreichendes Risiko im Blick auf die geschützten Rechtsgüter innewohnt. Hinsichtlich des Beisichführens von Schusswaffen wird dies angesichts des Eskalationspotenzials – und des grundsätzlich bestehenden repressiven Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt – nicht zu bestreiten sein. Hinsichtlich der Herbeiführung des Todes eines anderen Menschen ist auf den tatbestandsspezifischen Gefährdungsbezug abzustellen: Zu fordern ist daher – im Blick auf die Schutzgutbestimmung –, dass der Tod Resultat einer gefährlichen Schleusung gewesen ist und dass auch eine objektive und subjektive Fahrlässigkeit vorgelegen hat. Insoweit führt risikoverringendes Verhalten – etwa im Rahmen der Seenotrettung – zum Ausschluss der objektiven Zurechnung. Es ist daher unwahrscheinlich, dass genuin humanitär motivierte Unterstützungshandlungen die Qualifikationstatbestände erfüllen werden. Hinzu kommt, dass nach der im weiteren Verlauf der Untersuchung entwickelten Auffassung der Ausschluss genuin humanitärer Unterstützung von Flüchtlingen bereits auf Ebene des Grundtatbestandes zu erfolgen hat, sodass bereits kein Anknüpfungspunkt für Qualifikationstatbestände besteht.⁷²⁵

Im Blick auf § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 (gewerbsmäßiges Handeln) und Nr. 2 (Handeln als Mitglied einer Bande), Abs. 2 Satz 2 (Schleusung minderjähriger lediger und unbegleiteter Ausländer) sowie § 97 Abs. 2 AufenthG (gewerbsmäßige Bandenschleusung) wird sich immerhin annehmen lassen, dass die besondere Vulnerabilität der Geschleusten beziehungsweise der erhöhte Professionalisierungsgrad für eine erhöhte Gefährdung von Leib und Leben der Geschleusten spricht, auch wenn dies nach dem Vorstehenden nicht zwangsläufig der Fall sein muss. So weist *Trinh* darauf hin, dass insbesondere auch humanitäre Fluchthelfer, die für einen längeren Zeitraum

722 Insoweit überzeugend BGH NJW 2018, 3658, 3659; vgl. auch GK-AufenthG/*Bernhöft*, 149. EL März 2025, § 97 Rn. 22.

723 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 60; auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 143.

724 Vgl. *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 142 f.

725 Dazu unten E. V. I. b) aa) (1) (b).

gemeinsam agierten, unter den Bandenbegriff fallen könnten.⁷²⁶ Nagler bemerkt, dass die teils hohen Schleuserentgelte auch daraus resultierten, dass Fluchthelfer hohe Kosten für Transport, Unterbringung, Verpflegung sowie Bestechungsgelder zu begleichen hätten, weshalb die Gefahr bestehe, dass die hohen Geldbeträge fälschlicherweise als Indiz für eine Gewerbsmäßigkeit herangezogen würden.⁷²⁷ Allerdings wird die Gefahrentypik in diesen Fällen regelmäßig anzunehmen sein. Verbleibenden Unschärfen kann sowohl durch eine restriktive Tatbestandsauslegung als auch – erforderlichenfalls – durch eine teleologische Reduktion Rechnung getragen werden. § 96 Abs. 2 AufenthG ist somit insgesamt auf den Schutz von anerkannten Individualrechtsgütern ausgerichtet und bereitet keine durchgreifenden Legitimationsschwierigkeiten.

§ 96 Abs. 4 AufenthG erweitert den Anwendungsbereich des § 96 Abs. 1 bis 3 AufenthG in weiten Teilen auf das Einschleusen in das Hoheitsgebiet von Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder von Schengen-Staaten. Die geschützten Rechtsgüter sind dabei analog zu § 96 Abs. 1 und 2 AufenthG zu bestimmen. Zwar ergibt sich hier insbesondere aufgrund der oftmals erforderlichen Überquerung des Mittelmeeres beziehungsweise der Ägäis in tatsächlicher Hinsicht eine typischerweise erhöhte Gefahr für Leib und Leben der Geschleusten. Allerdings ist der Tatbestand auch insoweit nicht hinreichend eng auf abstrakt gefährliche Schleusungen zugeschnitten. Im Gegenteil: § 96 Abs. 4 AufenthG n.F. sieht die nicht-eigennützige EU-Schleusung auch dann als strafbar an, wenn sie auf dem Landweg, nicht aber, wenn sie auf dem See- oder Luftweg erfolgt. Es ist dementsprechend nicht erkennbar, dass es dem Gesetzgeber darauf angekommen wäre, besonders gefährliche Schleusungssituationen zu erfassen.⁷²⁸

(3) Schutz anderer Rechtsgüter

Soweit § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 AufenthG auf § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG Bezug nimmt, ist der Schutz der öffentlichen Sicherheit vor den aufgrund einer Gefahrenprognose ausgewiesenen Personen auch legitimes Rechtsgut von § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG. Gleiches gilt im Blick auf die in § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG enthaltene Anknüpfung an die nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG erfassten Falschangaben im Verwaltungsverfahren. Insofern schützt der Tatbestand auch die Integrität des Verwaltungsverfahrens und das Vertrauen in die Richtigkeit amtlicher Dokumente. Gleiches gilt für § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Hinsichtlich § 96 Abs. 4 AufenthG ist zu beachten, dass im Blick auf die von § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG erfasste

⁷²⁶ Vgl. auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 144.

⁷²⁷ Nagler, StV 2017, 273, 274.

⁷²⁸ Zum Hintergrund der Begrenzung auf den Landweg, nämlich eine Kriminalisierung der zivilen Seenetretung zu vermeiden, *Epik/Schatz*, KriPoZ 2024, 44 ff.

Anstiftung zu oder Unterstützung bei Falschangaben im Verwaltungsverfahren das deutsche Strafrecht letztlich auch die Integrität ausländischer Verwaltungsverfahren schützt. Allerdings ist dies in Anbetracht der Bedeutung ausländischer Aufenthaltstitel für Kurzaufenthalte in anderen Schengen-Staaten⁷²⁹ konsequent.

(4) Zwischenergebnis

Angesichts des verbreiteten Narrativs über die besondere Gefährlichkeit von Schleusungen, das mitunter den von Beginn an bestehenden Zweck, durch die Kriminalisierung des Einschleusens letztlich Migration zu begrenzen und steuerbar zu machen,⁷³⁰ verschleiert,⁷³¹ mag das Ergebnis, dass sich § 96 Abs. 1 AufenthG jedenfalls nicht mit dem Schutz von Individualrechtsgütern der Geschleusten begründen lässt, überraschen. § 96 Abs. 2 AufenthG sowie § 97 AufenthG lassen sich dagegen auf eben diese Schutzzwecke zurückführen. Daneben werden durch die Qualifikationstatbestände auch Dritte in ihren Individualrechtsgütern sowie die Allgemeinheit, etwa im Blick auf die Verkehrssicherheit, geschützt.

bb) Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung

Die Verleitung zur missbräuchlichen Antragstellung (§§ 84, 84a AsylG) kriminalisiert die Verleitung oder Unterstützung zu – für den Asylbewerber selbst lange Zeit straflosen – unrichtigen oder unvollständigen Angaben im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren, um die Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung internationalen Schutzes zu ermöglichen. Die Regelungen zielen schon ihrem historischen Ursprung nach auf die Unterbindung eines „Missbrauchs“ des Asylrechts zur Umgehung aufenthaltsrechtlicher Regelungen und damit auf die Steuerung und Kontrolle von Migration ab.⁷³² Allerdings schützen sie, wie die zwischenzeitlich eingeführten Strafvorschriften des § 85 Abs. 2 AsylG auch, zugleich die Integrität des Asylverfahrens vor dem Bundesamt sowie die Rechtspflege vor Manipulation. Die gestaffelten Strafdrohungen (§ 84 Abs. 2 AsylG: besonders schwere Fälle; § 84 Abs. 3: Qualifikation; § 84a Abs. 1 AsylG: Qualifikation) berücksichtigen, dass sich mit steigendem Professionalisierungsgrad der „Ratgeber“ die Gefahr für das Rechtsgut erhöhen dürfte.

729 Dazu unten C. I. 2. b) aa) und D. I. 2.

730 Vgl. oben A. II. 3. c) cc).

731 Böse, ZStW 2004, 680, 689, erhebt hinsichtlich der Begründung, der Schleusertatbestand diene dem Schutz vor finanzieller Ausbeutung daher zurecht den Vorwurf der Scheinheiligkeit; vgl. ferner Mitsilegas, in: Guia/van der Woude/van der Leun (Hrsg.), Social Control and Justice, 2013, 87, 93; Mitsilegas, New Journal of European Criminal Law 2019, 68, 80 f.; Zirulia, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), Controlling Immigration Through Criminal Law, 2021, 235.

732 Vgl. oben A. II. 3. c) cc).

4. Zwischenergebnis

Das mehrstufige Schutzkonzept der herrschenden Meinung bietet keine überzeugende Grundlage, um die Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts zu legitimieren. Ein universelles Schutzkonzept, das auf sämtliche Tatbestände anwendbar wäre, lässt sich nicht begründen. Eine differenzierte Betrachtung der einzelnen Tatbestände offenbart, dass sich nur Teile des geltenden Migrationsstrafrechts auf den Schutz konkreter Individual- oder Kollektivrechtsgüter beziehen, während sich insbesondere im Blick auf die zentralen Tatbestände der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts unter Verstoß gegen die Pass- oder Aufenthaltstitelpflicht sowie einen Großteil der Straftatbestände, die an einen Verstoß gegen verwaltungsrechtliche Pflichten anknüpfen, kein entsprechendes Rechtsgut identifizieren lässt.⁷³³ Dies wirft die Frage auf, wie *de lege ferenda* mit diesen Strafvorschriften umzugehen ist.⁷³⁴ Für die sich anschließende Untersuchung des geltenden Rechts bleibt diese Perspektive vorerst ausgeklammert. Insoweit nehmen die Ausführungen zunächst primär die herrschende Meinung zum Anknüpfungspunkt. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die Untersuchung in ihren für die Praxis des Migrationsstrafrechts relevanten Teilen anschlussfähig bleibt. Welche Konsequenzen sich aus der hier vertretenen Auffassung ergeben, wird sodann in Kapitel F. anhand konkreter Regelungsvorschläge erörtert. Hervorzuheben ist allerdings bereits an dieser Stelle, dass sich die vorstehenden Ausführungen auf die Legitimation der Strafvorschriften beziehen. Davon unberührt bleibt das Recht des Staates, im Rahmen des Migrationsverwaltungsrechts Steuerungs-, Kontroll- und Begrenzungskonzepte zu implementieren, sofern diese ihrerseits verfassungs-, unions- und völkerrechtskonform sind.

733 Für das englische Recht und im Blick auf das *harm principle* gleichfalls kritisch Zedner, in: Franko Aas/Bosworth (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 40, 51.

734 Dazu unten F. III.