

Teil 3:  
Grenzen des Strafrechts in der Krise



# Grenzerfahrungen: Zwischen Zufluchtsort und Pushback

*Franziska Gruber, Marburg an der Lahn\**

*„Du bist das elendeste Wesen unter der Sonne Europas. Fremder –! [...] Du [...] wirst von Ort zu Ort gejagt, du Fremder unserer Zeit, du bekommst hier keine Einreiseerlaubnis und dort keine Wohnungsgenehmigung, und dort darfst du keinen Speck essen, und da von da keinen mitnehmen – Fremder! [...] Eine Erde aber wölbt sich unter den törichten Menschen, ein Boden unter ihnen und ein Himmel über ihnen.“*

*Kurt Tucholsky, Die Grenze (1920)<sup>1</sup>*

## *I. Einleitung*

Was wir als Krise verstehen, ist eine Frage der Perspektive, abhängig von politischen, gesellschaftlichen und historischen Umständen.<sup>2</sup> Nicht erst seit 2015 müssen Menschen ihre Heimat verlassen, nicht erst seit 2015 nehmen Menschen Todesgefahren auf sich, um über das Mittelmeer nach Europa zu flüchten. Tausende ertranken dabei.<sup>3</sup> Erst 2015 aber, als die Geflüchteten in großen Zahlen Kerneuropa erreichten, etablierte sich hierzulande der

---

\* Für ihre hilfreichen Kommentare und Anmerkungen zu diesem Text sowie ihre Unterstützung für den korrespondierenden Vortrag möchte ich Nicolai Bülte, Pascale Fett und Katharina Riedel herzlich danken. Die Würdigungen gehen vom Rechtsstand Juni 2024 aus.

1 Erschienen in der Berliner Volkszeitung v. 27. Juni 1920 unter dem Pseudonym „Peter Panter“.

2 Nünning, in: Meyer et al. (Hrsg.), Krisengeschichte(n), 2013, S. 117, 125 f.; Steg, Soziologie 2020, 423, 423 f. bezugnehmend auf den Titel („Was heisst heute Krise?“) bei Habermas, in: Oelmüller (Hrsg.), Weiterentwicklungen des Marxismus, 1977, S. 408.

3 Siehe z.B. die Pressemeldung des UNHCR v. 31.01.2012, online abrufbar unter <https://www.unhcr.org/news/briefing-notes/mediterranean-takes-record-most-deadly-stretch-water-refugees-and-migrants-2011> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025) bzw. UNHCR v. 10.12.2014, online abrufbar unter <https://www.unhcr.org/news/stories/unhcr-urges-focus-saving-lives-2014-boat-people-numbers-near-350000> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

Begriff der „Flüchtlingskrise“, der weniger die Notlage Geflüchteter im Blick zu haben scheint, als Europas Umgang damit.<sup>4</sup>

Häufig assoziieren wir Krisen mit schicksalhaften Ereignissen außerhalb unserer Kontrolle.<sup>5</sup> Dies bildet aber nur ein unzureichendes Bild ab. Der ursprüngliche griechische Begriff *krisis* steht auch für die Entscheidung<sup>6</sup> – eine Deutungsvariante, die ein differenzierteres Bild ermöglicht und uns aktiv in die Pflicht nimmt. Weder führen Krisensituationen zwanghaft in den Abgrund, noch stimmt der Kalenderspruch, dass Krisen immer auch Chancen seien.<sup>7</sup> Stattdessen eröffnen sie lediglich Entscheidungsräume,<sup>8</sup> die es zu füllen gilt. Es ist unsere Reaktion, die die Gesellschaft definiert, wenn sie in demokratischen gesellschaftlichen Prozessen ausdiskutiert und manchmal auch ausgestritten wird. Dem Strafrecht, das rote Linien zieht und das wohl schärfste zur Verfügung stehende Mittel ist, um Grundsatzentscheidungen abzusichern und durchzusetzen,<sup>9</sup> kommt in diesen Aushandlungsprozessen eine erhöhte Bedeutung zu. Umso wichtiger ist es, strafrechtliche Richtungsentscheidungen kritisch zu hinterfragen, ihre Konsequenzen aufzuzeigen und juristische Verantwortungs- und Entscheidungsspielräume auszuleuchten. Dazu sollen die folgenden Überlegungen einen Beitrag leisten.

## II. Ver(straf)rechtlichung

### 1. Verrechtlichung

Betrachtet man die reinen Zahlen, kommt man nicht umhin, im Bereich des Asyl- und Aufenthaltsrechts in den vergangenen Jahren eine Verrechtlichung im Sinne einer Gesetzesflut<sup>10</sup> auszumachen. Allein zwischen 2015

4 Zum Begriff und dessen Deutungsmöglichkeiten siehe auch *Schulze Wessel*, INDES 2/2017, 61; weniger kritisch *Bitschnau*, Zeitschrift für Migrationsforschung 2/2023, 147.

5 Steg (Fn. 2), 430 f.; *Habermas* (Fn. 2), S. 408 f.

6 Steg (Fn. 2), 425.

7 Zur Zweischneidigkeit des Begriffs siehe auch Steg (Fn. 2), 431.

8 *Nünning* (Fn. 2), S. 133; Steg (Fn. 2), 426, 430.

9 Vgl. NK-StGB/*Neumann/Saliger*, 6. Aufl. (2023), Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 157.

10 Zum Begriff *Kaufmann*, in: ders. (Hrsg.), Ärztliches Handeln zwischen Paragraphen und Vertrauen, S. 11 ff.; dass allein der quantitative Zuwachs an sich noch keine Problematik darstellt, betont zurecht *Teubner*, in: Zacher et al. (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und Sozialer Solidarität, 1984, S. 289, 294 ff.

und 2019 können mehr als 20 Reformen in diesem Bereich identifiziert werden.<sup>11</sup>

Wenn auch oft rein negativ konnotiert,<sup>12</sup> ist Verrechtlichung per se zunächst ambivalent. Mal mag sie sein, wie im eingangs zitierten Text von *Tucholsky*, wenn „hier keine Einreiseerlaubnis und dort keine Wohnungs-genehmigung“ erlangt werden kann – ein Wald an undurchschaubaren Regelungen, die individuelle Handlungsspielräume verkleinern.<sup>13</sup> Mal schafft sie es aber auch, Stabilität zu bieten und Regelhaftigkeit in unsichere Situationen zu bringen. Dann tritt sie uns mit *Vobruba* als „die Herstellung von Erwartungssicherheit mit rechtlichen Mitteln“<sup>14</sup> entgegen.

Gerade im Bereich des Migrationsrechts ist diese letztgenannte Komponente durchaus eine wichtige. Asylverfahren oder andere Situationen der Beantragung von Aufenthaltstiteln o.ä. gehen für die Betroffenen regelmäßig mit Phasen der Unsicherheit einher – ein Faktor, der psychische Belastungen hervorrufen bzw. verstärken kann.<sup>15</sup> Unsicherheit durchzieht große Teile der Aufenthaltssicherung in Deutschland – sie betrifft z.B. die Wartedauer während des Asylantrags oder einer Klage, die Entscheidung über die Verlängerung eines Titels usw., aber auch die Unklarheit, ob und wann eine Abschiebung bei endgültiger Ablehnung aller Bleibemöglichkeiten vorgenommen wird.<sup>16</sup> Unsicherheit besteht nicht nur auf Seiten der Geflüchteten, sondern auch in der Aufnahmegerellschaft, wenn es z.B. um Fragen des Arbeitsmarktzugangs geht und rechtliche Rahmenbedingungen bzw. ein gesicherter Aufenthalt der potentiellen Mitarbeiter\*innen unklar bleibt.<sup>17</sup>

---

11 *Glaubitz*, Gesetzgebung Asyl- und Migrationsrecht, 2015–2019, abrufbar unter [https://www.asyl.net/fileadmin/\\_processed/\\_0/3/csm\\_Gesetze\\_seit\\_2015\\_A3\\_I-sos-6\\_7ca5d65c3d.png](https://www.asyl.net/fileadmin/_processed/_0/3/csm_Gesetze_seit_2015_A3_I-sos-6_7ca5d65c3d.png) (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

12 Zusammenfassung der Kritik bei *Vobruba*, Soziale Welt 1992, 168, 169 ff.

13 Vgl. *Kaufmann* (Fn. 10), S. 17.

14 *Vobruba* (Fn. 12), 172.

15 Siehe z.B. den Vergleich zwischen Personen im Asylverfahren und Resettlementgeflüchteten bei *Kleinert et al.*, Conflict and Health 13/39/2019, 1, 6 f.; Auswertung für die Lage in griechischen Camps, *Bjertrup et al.*, Social Science & Medicine 2018, 53, 56 f.; für australische Temporary Protection Visa siehe *Mansouri/Cauchi*, REFUGE 2006, 81, 89 f. Allen Studien ist gemein, dass sie einen Zusammenhang zwischen der Unsicherheit der betroffenen Migrant\*innen bzgl. ihrer Situation und psychischen Belastungen herstellen.

16 Vgl. *Pauli*, Geflüchtete Personen mit aufenthaltsrechtlicher Unsicherheit in der Berufsausbildung, 2022, S. 19.

17 *Pollytix*, Arbeitsmarktintegration von Flüchtlingen, 2019, S. 4, online abrufbar unter <https://www.uno-fluechtlingshilfe.de//fileadmin/redaktion/PDF/Allgemein/pollytix>

Hier kann eine differenzierte rechtliche Regulierung diese Unwägbarkeiten minimieren, indem sie klarere Aufenthaltsmöglichkeiten bietet. Beispielhaft kann dies an der Entstehungsgeschichte der Ausbildungsduldung beobachtet werden. Nun ist die Duldung zunächst kein Aufenthaltstitel und wird stattdessen erteilt, wenn ein Titel nicht in Betracht kommt, eine Abschiebung aber aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist<sup>18</sup> – eine „Behelfslösung“<sup>19</sup>. Sie lässt lediglich die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts entfallen, während die Ausreisepflichtigkeit unberührt bleibt.<sup>20</sup> Bestimmte Formen der Duldung, die sich in den letzten Jahren entwickelt haben, sind jedoch so ausgestaltet, dass sie einem Titel sehr nahekommen, quasi ein „Aufenthaltsrecht im Duldungsgewand“<sup>21</sup> darstellen. Zu ihnen zählt die Ausbildungsduldung. Sie reagierte auf die Problemstellung, dass viele Personen, die während des Asylverfahrens eine Ausbildung begonnen hatten, nach negativem Abschluss des Verfahrens plötzlich ohne Bleibeperspektive dastanden, was sowohl Betroffene als auch Betriebe mit erheblicher Planungsunsicherheit belastete.<sup>22</sup> § 60c AufenthG sieht für diese Konstellationen nun eine Duldung vor und federt so die Unwägbarkeiten ab. Explizites Ziel der Regelung war es „Geduldeten und ausbildenden Betrieben für die Zeit der Ausbildung und für einen begrenzten Zeitraum danach mehr Rechtssicherheit zu verschaffen“<sup>23</sup>. Seit März 2024 existiert daneben mit § 16g AufenthG ein tatsächlicher Aufenthaltstitel für diese

---

Arbeitsmarktintegration\_von\_Fluechtlingen.pdf (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); Aumüller, Arbeitsmarktintegration von Flüchtlingen: bestehende Praxisansätze und weiterführende Empfehlungen, S. 13 f., online abrufbar unter [https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/28\\_Einwanderung\\_und\\_Vielfalt/Studie\\_IB\\_Arbeitsmarktintegration\\_Fluechtlinge\\_2016.pdf](https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/28_Einwanderung_und_Vielfalt/Studie_IB_Arbeitsmarktintegration_Fluechtlinge_2016.pdf) (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); Geis et al., Integrationsmonitor. Ein Fortschrittsbericht, 2016, S. 34, online verfügbar unter <https://www.iwkoeln.de/studien/wido-geis-thoene-beate-placke-axel-pluencke-ein-fortschrittsbericht.html> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

- 18 Vgl. 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG, näher dazu NK-AuslR/*Bruns/Hocks*, 3. Aufl. (2023), § 60a AufenthG Rn. 1; Huber/Mantel-AufenthG/*Gordzielik/Huber/Naghipour*, 4. Aufl. (2025), § 60a AufenthG Rn. 17.
- 19 *Rietig/Günnewig*, Deutsche Rückkehrpolitik und Abschiebungen, DGAP Analyse, 2020, S. 15, online abrufbar unter [https://dgap.org/sites/default/files/article\\_pdfs/dga\\_p-analyse-2020-03-de\\_0.pdf](https://dgap.org/sites/default/files/article_pdfs/dga_p-analyse-2020-03-de_0.pdf) (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).
- 20 BeckOK-AuslR/*Kluth/Breidenbach*, 42. Ed. (Stand: 01.07.2024), § 60a AufenthG Rn. 45; NK-AuslR/*Bruns/Hocks* (Fn. 18), § 60a AufenthG Rn. 2.
- 21 *Röder/Wittmann*, ZAR 2017, 345, 352.
- 22 Vgl. *Sass*, Mehr Rechtssicherheit während der Ausbildung – die Ausbildungsduldung als gelungene gesetzliche Neuregelung?, 2017, online abrufbar unter [https://www.juwi\\_ss.de/51-2017/](https://www.juwi_ss.de/51-2017/) (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).
- 23 BT-Drs. 18/8615, S. 48.

Konstellationen. Allerdings setzt dieser regelmäßig die Lebensunterhaltssicherung und Erfüllung der Passpflicht voraus, vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4 AufenthG.

## 2. Verstrafrechtlichung

Die Verrechtlichung im Bereich des Migrationsrechts ist dezidiert auch eine Verstrafrechtlichung. Betrachtet man alleine das Vorkommen der Wortkomponente „straf-“ bzw. „Straf-“ im Aufenthaltsgesetz, so hat sich die Nutzung von Schaffung des Gesetzes 2004 bis heute weit mehr als verdoppelt. Waren es 2004 noch 78 Nennungen, sind im Juni 2024 bereits 221 zu verzeichnen. Diese Verstrafrechtlichung kommt nicht überraschend. Statt als genuin menschenrechtliche Frage verhandelt zu werden, kreist die Debatte um Flucht und Migration regelmäßig um die Sicherheitslage in Deutschland.<sup>24</sup> Sicherheit als Topos der medialen Berichterstattung über Migration tritt zwar janusköpfig auf – einerseits wird das Bedürfnis nach Sicherheit als Motiv für Zuwanderung beschrieben, andererseits werden mit Zuwanderung negative Folgen für die Sicherheitslage in Deutschland verknüpft.<sup>25</sup> Betrachtet man allerdings die Bewertung von Migration als Chance bzw. Gefahr in Medienberichten zwischen 2015 und 2020, ergibt sich eine eklatante Neigung hin zur Gefahr.<sup>26</sup>

Diese Bewertung zeigt sich auch im Aufenthaltsrecht. Zum einen knüpfen Aufenthaltstitel, Duldungen, Familiennachzugsmöglichkeiten etc. an vollständige oder weitgehende Straftatfreiheit an (dazu sogleich). Umgekehrt baut ein Ausweisungsinteresse regelmäßig auf Straftaten auf. Ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse liegt z.B. bei Verurteilungen wegen Vorsatztaten zu einer Freiheitsstrafe von mind. zwei Jahren vor (§ 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Für ein schweres Ausweisungsinteresse wiederum genügt schon ein „nicht nur vereinzelte[r] oder geringfügige[r] Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder gerichtliche oder behördliche Entscheidungen oder Verfügungen“ (§ 54 Abs. 2 Nr. 10 AufenthG).

---

<sup>24</sup> Vgl. z.B. Gelhaar, Mit Sicherheit gegen Migration, VerfBlog v. 15.11.2021, online verfügbar unter <https://verfassungsblog.de/os2-mit-sicherheit/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); Siehe auch Huke in: Dinkelaker et al. (Hrsg.), Nach der "Willkommenskultur": Geflüchtete zwischen umkämpfter Teilhabe und zivilgesellschaftlicher Solidarität, 2021, S. 89, 93 f.

<sup>25</sup> Maurer et al., Publizistik 2023, 13, 28 f.

<sup>26</sup> Maurer et al. (Fn. 25), 26 f.

Zum anderen wird ein erleichterter Zugang zu Aufenthaltstiteln u.ä. für Opfer von Straftaten im Zusammenhang mit Ermittlungen, die durch Zeugenaussagen der Opfer vorangetrieben werden sollen, vorgesehen. Beispiel hierfür wäre § 25 Abs. 4a AufenthG<sup>27</sup> für Opfer von Menschenhandel, der ausweislich der Überschrift einen „Aufenthalt aus humanitären Gründen“ darstellen soll. Bei genauerer Betrachtung stellen auch diese Aufenthaltsvarianten eher einen Beitrag zur öffentlichen Sicherheit in Deutschland in den Mittelpunkt, indem es doch vornehmlich um die Sicherung eines Strafverfahrens geht.<sup>28</sup> Darüber hinaus werden (verwaltungsakzessrische) Straftaten geschaffen/ausgeweitet<sup>29</sup> und der Informationsaustausch zwischen Behörden erleichtert<sup>30</sup>.

Besonders Beachtung verdient der Anstieg im Bereich der Verknüpfung der Aufenthaltsmöglichkeit mit der Straftatfreiheit. Wo längerfristige Aufenthaltsmöglichkeiten geschaffen wurden, korrespondieren sie häufig mit einer Regelung zur Straftatfreiheit.<sup>31</sup> Hinzu kommt, dass für die wenigen

- 
- 27 „Einem Ausländer, der Opfer einer Straftat nach den §§ 232 bis 233a des Strafgesetzbuches wurde, soll, auch wenn er vollziehbar ausreisepflichtig ist, für einen Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Die Aufenthaltserlaubnis darf nur erteilt werden, wenn
1. seine Anwesenheit im Bundesgebiet für ein Strafverfahren wegen dieser Straftat von der Staatsanwaltschaft oder dem Strafgericht für sachgerecht erachtet wird, weil ohne seine Angaben die Erforschung des Sachverhalts erschwert wäre,
  2. er jede Verbindung zu den Personen, die beschuldigt werden, die Straftat begangen zu haben, abgebrochen hat und
  3. er seine Bereitschaft erklärt hat, in dem Strafverfahren wegen der Straftat als Zeuge auszusagen.“
- Eine vergleichbare Regel besteht in § 25 Abs. 4b AufenthG für Opfer von Straftaten nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz oder dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.
- 28 NK-AuslR/Fränkel, 3. Aufl. (2023), § 25 AufenthG Rn. 65; BeckOK MigR/Zimmerer, 19. Ed. (Stand: 01.07.2024), § 25 AufenthG Rn. 75.
- 29 Vgl. z.B. der Anfang 2024 neu gefasste § 96 Abs. 4 AufenthG, der das Einschleusen von Ausländer\*innen in ein anderes EU- oder Schengenland auf dem Landweg auch dann unter Strafe stellt, wenn es wiederholt oder zugunsten von mehreren Personen erfolgt, aber der\*die Schleusende keinen Vorteil erhält bzw. sich versprechen lässt. Mit derselben Gesetzesänderung wurden u.a. die Qualifikation des § 96 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG eingeführt und die Strafrahmen der Norm erhöht, vgl. Art. 1 Rückführungsverbesserungsgesetz, BGBl. I 2024 Nr. 54 v. 26.02.2024.
- 30 z.B. Auskünfte zur Durchführung bestimmter EU-Richtlinien, §§ 91d Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 91f Abs. 4 S. 2 Nr. 3, 91g Abs. 2 S. 2 Nr. 3 AufenthG.
- 31 Vgl. die Ausbildungsduldung (§§ 60c Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. 19d Abs. 1 Nr. 7 AufenthG), die Beschäftigungsduldung (§ 60d Abs. 1 Nr. 7, 9 AufenthG), die Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung (§ 19d Abs. 1 Nr. 7, Abs. 1b

bereits von Beginn an bestehenden bezifferten Ausschlussgrenzen für den Erhalt einer gesicherten Aufenthaltsmöglichkeit, die 2004 bei 6 Monaten auf Bewährung bzw. 180 Tagessätzen lagen, die Anforderungen abgesenkt<sup>32</sup> und bei Neuregelungen weit niedrigere Grenzwerte gewählt wurden.<sup>33</sup>

Betrachtet man wieder das Beispiel der Ausbildungsduldung, so sieht diese einen Ausschluss für Personen vor, die „wegen einer im Bundesgebiet begangenen vorsätzlichen Straftat verurteilt wurde[n], wobei Geldstrafen von insgesamt bis zu 50 Tagessätzen oder bis zu 90 Tagessätzen wegen Straftaten, die nach dem Aufenthaltsgesetz oder dem Asylgesetz nur von Ausländern begangen werden können, grundsätzlich außer Betracht bleiben.“<sup>34</sup> Die Beschäftigungsduldung gem. § 60d AufenthG ist noch strikter. Sie sieht eine Null-Toleranz-Politik vor und verlangt vollkommene Straffreiheit von Antragstellenden, Ehe- und Lebenspartner\*innen und (für einige Straftaten) auch von in familiärer Lebensgemeinschaft lebenden minderjährigen ledigen Kindern.<sup>35</sup>

Ermessen, Einzelfallentscheidungen, gegenläufige Abwägungsinteressen o.ä. sind jeweils nicht vorgesehen. In diesem Sinne liegt eine „Vollverrechlichung“ vor. So können bereits kleinere Straftaten den Aufenthalt kosten, ohne dass die Möglichkeit bestünde, individuelle Umstände zu erklären.

---

AufenthG), die Aufenthaltsgewährung bei gut integrierten Jugendlichen und jungen Volljährigen (§ 25a Abs. 3 AufenthG), das Chancen-Aufenthaltsrecht (§ 104c Abs. 1 Nr. 2 AufenthG), die Aufenthaltsverlängerung zur Berufsausbildung für ausreisepflichtige Ausländer (§§ 16g Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. 19d Abs. 1 Nr. 7 AufenthG).

32 Vgl. §§ 9 Abs. 2 Nr. 4 [heute mit genereller Klausel, die Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung berücksichtigt], 35 Abs. 3 Nr. 2 [heute mindestens 3 Monate bzw. 90 Tagessätze], 104 Abs. 4 AufenthG 2004 [weggefallen].

33 Häufige Grenze sind heute 50 Tagessätze bei Vorsatztaten (bzw. 90 Tagessätze bei ausländerrechtlichen Straftaten), vgl. §§ 16g Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. 19d Abs. 1 Nr. 7 AufenthG, § 19d Abs. 1 Nr. 7, § 25a Abs. 3, §§ 60c Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. 19d Abs. 1 Nr. 7, § 104a Abs. 1 Nr. 6, § 104c Abs. 1 Nr. 2 AufenthG.

34 Vgl. §§ 60c Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. 19d Abs. 1 Nr. 7 AufenthG. Dieselbe Grenze weisen auch viele Aufenthalstitel auf (vgl. Fn. 33), z.B. auch der ebenfalls für die Berufsausbildung ausreisepflichtiger Ausländer vorgesehene § 16g AufenthG. Für diese Titel ergeben sich sodann vergleichbare Problematiken.

35 Vgl. Dietz, Ausländer- und Asylrecht, 5. Aufl. (2023), § 5, Rn. 76; kritisch BeckOK Mi-gR/Röder, 19. Ed. (Stand: 01.07.2024), § 60d AufenthG Rn. 8 ff.; Rosenstein/Koehler, ZAR 2019, 222, 225 f.

### 3. Probleme der Ver(straf)rechtlichung

Eine Kehrseite der Ver(straf)rechtlichung tritt hier deutlich zu Tage: Geht man ein Phänomen ausschließlich mit rein rechtlichen Kategorien an, werden die reelle Vielfalt der Lebensverhältnisse und die Standardisierung des Rechts notwendigerweise an einem gewissen Punkt miteinander in Konflikt treten. Mit *Aichingers* Worten gesagt: „Das Recht stabilisiert das Denken, es schafft Sicherheit und Gleichmäßigkeit des Ablaufs, aber es vereinfacht und simplifiziert auch, es opfert die größtmögliche Annäherung an die Situation, um Durchschnittsergebnisse sicher zu haben.“<sup>36</sup>

Nun bewegen wir uns im Migrationsrecht in einem Bereich, in dem über die und anhand der Lebensgeschichte von Personen entschieden wird<sup>37</sup> und es im Umkehrschluss um die personelle Zusammensetzung unserer eigenen Gesellschaft geht. Individualität sollte gerade dort bestimmender Faktor sein. Dies erfordert einen Blick auf die ganze Person, nicht nur ihr Vorstrafenregister oder ihre Einkommenssituation. Verrechtlichung mag in diesem Feld dazu dienen, generelle Kategorisierungen aufzustellen und Leitlinien zu setzen.<sup>38</sup> Tritt sie aber verabsolutiert auf, kann sie der Vielfalt der Lebensrealitäten, die unser Land ausmachen (können), nicht gerecht werden.

Ein Minus an Verrechtlichung kann nun aber auch nicht der Königsweg sein.<sup>39</sup> Wo von außen Einlass in eine geschlossene Gesellschaft begehrte wird, ist die Grundentscheidung tendenziell eine, die auf Exklusion beruht.<sup>40</sup> Es existiert keine (idealisierte) „vorrechtliche“ Gemeinschaft, die in kommunikativen und gleichberechtigten Prozessen konsensuale Lösungen finden könnte<sup>41</sup> – in Frage steht ja gerade die Zugehörigkeit zur Gemein-

---

36 *Aichinger*, Sozialpolitik als Gesellschaftspolitik, 1979, S. 80.

37 Vgl. nur den beispielhaften Fragenkatalog für eine Asylanhörung beim BAMF, online abrufbar unter [https://www.fluechtlingsrat-mv.de/wp-content/uploads/2019/05/BAMF\\_Standardfragen\\_deutsch\\_v2.pdf](https://www.fluechtlingsrat-mv.de/wp-content/uploads/2019/05/BAMF_Standardfragen_deutsch_v2.pdf) (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

38 Vgl. *Aichinger* (Fn. 36), S. 80.

39 Zur Kritik an Delegalisierungstendenzen siehe auch *Teubner* (Fn. 10), S. 297; *Abel*, in: *Blankenburg* et al. (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, 1980, S. 27.

40 Dass ein Recht auf Exklusion bzw. Migrationskontrolle bestünde, wird in der Debatte politisch und völkerrechtlich vorausgesetzt, vgl. *Cassee/Goppel*, in: dies. (Hrsg.), *Migration und Ethik*, 2012, S. 10 f., die in ihrem Sammelband der Frage nach der moralischen Legitimität dieser Position nachgehen.

41 Dazu, dass diese Vorstellung, die Habermas in seiner Theorie des kommunikativen Handelns, 1988, insb. S. 540 ff. darstellt, auch in Bezug auf Familie u.ä. immer ideali-

schaft. Dies bringt ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen den Parteien mit sich. Genau dieses soll durch rechtlich gesicherte Ansprüche ausgeglichen werden.<sup>42</sup> Denkt man die formalisierenden Prozesse des Rechts hinweg, liefert man den Diskurs den reinen Machtverhältnissen aus.<sup>43</sup>

Wie kann man also beides vereinen, Verrechtlichung im Sinne einer Erwartungssicherheit ermöglichen und zugleich den Blick auf die Individualität der Situationen und die Betroffenen erhalten? Wo finden sich Einbruchsstellen für den Einzelfall? Wie integriert man Vermenschlichung in die Verrechtlichung?

### III. Strafzumessung

Bleiben wir zunächst beim Beispiel der Ausbildungsduldung. Wie beschrieben bietet das Verwaltungsrecht keinerlei Spielräume, im Einzelfall vom Erlöschen der Duldung abzusehen bzw. eine solche trotz entsprechender Vorstrafen zu erteilen. Nichtsdestotrotz sind Konstellationen vorstellbar, in denen diese Konsequenz übermäßig hart erscheint, zumal die Grenzwerte mit 50 (bzw. 90) Tagessätzen recht niedrig angesetzt sind.

Anzudenken ist daher, ob im Strafrecht der Raum eröffnet werden kann, die Gesamtsituation genauer zu betrachten und ggf. die Folgen zu milden. Dass dies nicht wohlmeinende Auslegung, sondern gesetzliche Vorgabe ist, deutet bereits § 46 Abs. 1 S. 2 StGB an, wenn er sagt, dass „[d]ie Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, [...] zu berücksichtigen“ seien. Darunter fallen z.B. berufsrechtliche Konsequenzen,<sup>44</sup> die das Leben sicher auf den Kopf stellen können. Dies gilt aber erst recht für die Entscheidung, das Bundesgebiet verlassen zu müssen.<sup>45</sup>

Dennoch stellt der BGH in Regelmäßigkeit – hier 2022 im Falle einer drohenden Ausweisung (§§ 53 ff. AufenthG) – fest:

„Ausländerrechtliche Folgen einer Verurteilung sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich keine bestimmenden Strafmil-

---

siert war, siehe *Loick*, in: Bittlingmayer et al. (Hrsg.), *Handbuch Kritische Theorie*, 2016, S. 6 ff.

42 Vgl. *Abel* (Fn. 39), S. 40 f.

43 *Teubner* (Fn. 10), S. 297; siehe auch *Abel*, (Fn. 39), S. 41 f.

44 BGH NStZ 2022, 353; BGH BeckRS 2016, 115655; BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 23; BGH NJW 1988, 2749; BGH NStZ 1987, 550; BGH BeckRS 1986, 31109874.

45 Zur Vergleichbarkeit der Folgen siehe auch *Epik*, StV 2017, 268, 269.

derungsgründe. [...] Eine andere strafzumessungsrechtliche Bewertung ist nur gerechtfertigt, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, welche die Beendigung des Aufenthalts im Inland als besondere Härte erscheinen lassen.“<sup>46</sup>

Eine grundlegende Entscheidung von 1996 liest sich zumindest etwas differenzierter. Sie unterscheidet danach, ob die Ausweisung (nach damaliger Rechtslage) zwingend vorgeschrieben war oder nicht:

„Ob ein Verurteilter, der sein Bleiberecht durch erhebliche Straffälligkeit verwirkt hat, durch eine Ausweisung so hart getroffen wird, daß dies ausdrücklich strafmildernd zu erwägen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Ist die Ausweisung nicht zwingend vorgeschrieben, können besondere Härten ohnehin im Ausweisungsverfahren berücksichtigt werden. Sofern ein Ausländer nach § 47 Abs. 1 AuslG zwingend auszuweisen ist, wird nach dem Gesetzeszweck eine Erörterung in der Regel nur vorzunehmen sein, wenn die gesetzlichen Grenzwerte der zwingend zu einer Ausweisung führenden Freiheitsstrafe nicht erheblich überschritten werden.“<sup>47</sup>

Die Differenzierung nach zwingender und möglicher Folge erscheint zunächst noch plausibel. So bliebe jeweils zumindest ein Fenster – das verwaltungsrechtliche oder das strafrechtliche – für die Härtefallentscheidung offen.<sup>48</sup> Nach neuer Rechtslage ist bei Ausweisungen ohnehin immer eine verwaltungsrechtliche Abwägung zwischen Ausweisungs- und Bleibeinteressen vorzunehmen.<sup>49</sup> Hier vermag der BGH nun in Einzelfällen noch eine besondere Härte anzunehmen, die bereits im Strafverfahren berücksichtigt werden kann, wenn z.B. faktische Inländer\*innen betroffen sind.<sup>50</sup> Abseits

---

46 BGH NStZ 2022, 353; in diesem Sinne auch BGH NStZ 2022, 474; BGH BeckRS 2018, 26591; BGH BeckRS 2017, 131919; BGH NStZ 2012, 147; BGH NStZ 2002, 196; BGH NStZ 1999, 240; BGH NStZ 1997, 77. Nichtsdestotrotz finden sich immer wieder Urteile, die ausländerrechtliche Konsequenzen strafmildernd berücksichtigen, z.B. LG Dortmund, Urteil v. 06.11.2020 – 36 Kls 24/20, openJur 2021, 23645; LG Dortmund, Urteil v. 03.06.2020 – 36 Kls 7/20, openJur 2020, 79005.

47 BGH NStZ 1997, 77.

48 In Bereichen, in denen Art. 6 GG bzw. 8 EMRK betroffen war, war auch nach alter Rechtslage eine Ermessenentscheidung im Verwaltungsrecht vorzunehmen, vgl. BVerwG NVwZ 2008, 326, 328; NK-AuslR/Cziersky-Reis, 3. Aufl. (2023), § 53 AufenthG Rn. 14. Ausführlich dazu auch Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 236 ff.

49 Vgl. § 53 Abs. 1 AufenthG; Siehe auch BeckOK-AuslR *Fleuß*, 42. Ed. (Stand: 01.07.2024), § 53 AufenthG Rn. 2; NK-AuslR/Cziersky-Reis (Fn. 48), § 53 AufenthG Rn. 16.

50 BGH BeckRS 2017, 131919, Rn. 11.

dieser Einzelfälle bleibt es aber bei der generellen Nicht-Berücksichtigung. Bei berufsrechtlichen Konsequenzen, die auch nicht in allen Fällen zwingend sind,<sup>51</sup> hat hingegen die Befassung damit im Urteil regelmäßig zu erfolgen.<sup>52</sup>

Diese unterschiedliche Behandlung berufs- und ausländerrechtlicher Konsequenzen erscheint schwer nachvollziehbar, zumal der BGH an keiner Stelle eine ausführlichere Begründung dafür liefert.<sup>53</sup> Bei beiderlei Konsequenzen handelt es sich zweifelsohne um schwere „Wirkungen [...] für das künftige Leben“, die mit der Strafe verbunden wären. Warum ein und dieselbe Norm, § 46 Abs. 1 S. 2 StGB, die von dem\*der Angeklagten und dessen\*deren Lebensumständen her denkt, hier je nach Betroffenenkreis und Folge unterschiedlich zu lesen sein sollte, erschließt sich unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten nicht.<sup>54</sup>

Nichtsdestotrotz hat die Allgemeinformel, dass ausländerrechtliche Folgen keine bestimmenden Strafmilderungsgründe seien, ihren Weg in Kommentare und Urteile gefunden<sup>55</sup> und damit Handlungsspielräume verkürzt. So allgemein sie auch formuliert ist, stellt sich dennoch die Frage, ob die Rechtsprechung, die anhand der Ausweisung entwickelt wurde, für alle „ausländerrechtlichen Folgen“ gelten kann. Konkret: Gilt sie z.B. auch (unabhängig von der Ausweisungsmöglichkeit) für den drohenden Entzug einer Ausbildungsduldung bei geringfügigen Straftaten? Wie gesehen liegt hier ausländerrechtlich kein Entscheidungsspielraum vor, ein Ausgleich kann nur im Strafverfahren gesucht werden. In der Konsequenz lässt ein Verlust der Duldung den Abschiebungsschutz entfallen.<sup>56</sup> Vergleichbarkeit

---

51 Für Rechtsanwält\*innen siehe § 114 BRAO; die Berufsordnung der Pharmazeut\*innen spricht nur von Verhalten, „aus dem sich seine Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des Apothekerberufs ergibt“, § 6 Abs. 2 i.V.m. 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BAPo.

52 BGH NStZ 2022, 353; BGH NStZ 1987, 550; BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 23. Kritisch zu der Differenzierung auch *Epik* (Fn. 45), 269; *Mestek-Schmülling*, Mittelbare Straftatfolgen und ihre Berücksichtigung bei der Strafzumessung, 2004, S. 52 f.

53 *Epik* (Fn. 45), 269; *Mestek-Schmülling* (Fn. 52), S. 48.

54 a.A. *Epik* (Fn. 45), 269, der aber im Ergebnis ebenso zu einer Einbeziehung kommt.

55 z.B. LG Deggendorf, Urteil v. 20.07.2021 – 1 KLS 8 Js 7992/20 jug, BeckRS 2021, 48054; LG Kiel, Beschluss v. 11.03.2021 – 1 Qs 26/21, BeckRS 2021, 57981; MüKo-StGB/Oğlakçıoğlu, 4. Aufl. (2022), § 29a BtMG Rn. 153a; HK-GS/Kempfer, 5. Aufl. (2022), § 46 StGB Rn. 33; BeckOK-StGB/v. *Heintschel-Heinegg*, 63. Ed. (Stand: 01.11.2024), § 46 StGB Rn. 71.

56 *Röder/Stahlmecke*, Asylmagazin 2021, 66, 74.

besteht so eher mit den Fällen, in denen die Ausweisung noch zwingend vorgeschrieben war. Größter Unterschied aber: Der Grund, den der BGH 1996 für die generelle Nicht-Berücksichtigung bzw. Nicht-In-Frage-Stellung ausländerrechtlicher Konsequenzen heranzog, nämlich, dass das „Bleiberecht durch erhebliche Straffälligkeit verwirkt“ sein soll, trägt an der 50 Tagessatzgrenze nicht mehr. Ist dieses Argument schon zweifelhaft, wenn die „Verwirkung“ bei möglicher aber nicht zwingender Ausweisung in einem Ausweisungsverfahren erst festgestellt werden muss,<sup>57</sup> so ist sie bei den Duldungsgrenzen, die eher im Bereich der Bagatellkriminalität liegen, generalisiert nicht haltbar. Daher kann die Rechtsprechung nicht übertragen werden. Durch einen Verlust der Duldung aus geringem Anlass würde der\*die Betroffene unter Umständen unverhältnismäßig<sup>58</sup> hart getroffen. In diesen Fällen ist eine Einbeziehung der ausländerrechtlichen Konsequenzen im Gegensatz zur Grundregel des BGH im Rahmen des § 46 Abs. 1 S. 2 StGB dennoch vorzunehmen.<sup>59</sup>

Zuzustimmen ist daher dem AG Dortmund,<sup>60</sup> wenn es in einem Fall, in dem der Angeklagte eine Ausbildungsduldung mit konkreter Aussicht auf eine anschließende Aufenthaltserlaubnis für qualifiziert Geduldete zum Zwecke der Beschäftigung (§ 19d AufenthG) hat, die den selben Grenzen unterliegt, u.a. auch „mit Rücksicht auf die dem Angeklagten bislang mit Sicherheit nicht bewusste Konsequenz der zwingenden Versagung einer Aufenthaltserlaubnis [...] bei Verwirkung von Geldstrafen von insgesamt mehr als 50 Tagessätzen“ auf eine niedrigere Geldstrafe entscheidet.

Gezeigt werden soll mit diesem Beispiel nicht, dass die Praxis in ihrer bisherigen Form unproblematisch ist – im Gegenteil. Stattdessen soll der Blick darauf gelenkt werden, dass das Rechtssystem immer wieder Möglichkeiten eröffnet, die es – wie § 46 Abs. 1 S. 2 StGB – erlauben, das Gesamtbild der Lebenssituation zu würdigen. Sie sind Sollbruchstellen im steifen Korsett des Rechts, die Vermenschlichung ermöglichen.

<sup>57</sup> *Mestek-Schmülling*, (Fn. 52), S. 51f. sieht darin eine unzulässige moralische Bewertung.

<sup>58</sup> Zur generellen Lösung über die Schuldangemessenheit *Epik* (Fn. 45).

<sup>59</sup> Ebenso ist in diesen Fällen eine notwendige Verteidigung anzunehmen, vgl. AG Dortmund, Beschluss v. 12.01.2021 – 723 Cs-257 Js 1941/20–419/20, asyl.net: M29369; *Röder/Stahlmecke* (Fn. 56), 73 f.; MüKo-StPO/Kämpfer/Travers, 2. Aufl. (2023), § 140 StPO Rn. 33; a.A. LG Kiel, Beschluss v. 11.03.2021 – 1 Qs 26/21, BeckRS 2021, 57981, Rn. 8.

<sup>60</sup> AG Dortmund, 24.03.2021 – 723 Cs-257 Js 1941/20–419/20, openJur 2022, 4531.

#### IV. Außerrechtliche Räume im Recht

Dass systemische Entscheidung und Einzelfallgerechtigkeit bzw. auch gesellschaftliche Wahrnehmung davon auseinanderfallen, ist im Ausländerrecht keine Ausnahme. Daher gibt es im Bereich des Asyl- und Migrationsrechts immer wieder Einbruchsstellen, an der sich der Einzelfall gegenüber der generellen Regelung Bahn bricht.<sup>61</sup>

Zu nennen wären hier z.B. die Härtefallkommissionen.<sup>62</sup> Rechtlich vorgesehen, sind sie institutionalisierte Sollbruchstellen. Sie können in Ausnahmefällen Personen für Aufenthaltserlaubnisse vorschlagen, wenn „dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit des Ausländer im Bundesgebiet rechtfertigen“ (vgl. § 23a Abs. 2 S. 3 AufenthG).<sup>63</sup> Es besteht aber kein Anspruch darauf, dass eine Kommission sich mit einem Fall befasst.<sup>64</sup>

Ein weiteres Institut, das sich eher in einem rechtlichen Graubereich bewegt, ist das Kirchenasyl. Bereits in der Antike bestand die Möglichkeit, in Tempeln Zuflucht zu suchen und so vor Verfolger\*innen geschützt zu sein.<sup>65</sup> In neuerer Zeit entwickelt sich das Kirchenasyl seit den 80er Jahren.<sup>66</sup> Nach 2015 wurde es kontrovers diskutiert – der damalige Innenminister Thomas de Maiziere ließ sich zu einem Vergleich mit der Scharia hinreißen, den er später zurücknehmen musste.<sup>67</sup> Häufig kommt Kirchenasyl in sog. Dublinverfahren zum Einsatz.<sup>68</sup> Verhindert werden soll so eine

---

61 Dass Frei- und Gestaltungsräume enger werden, merkt auch *Hailbronner*, ZAR 2011, 138, 139 an, bezieht sich dabei aber vorwiegend auf verfassungs- und europarechtliche Grenzen.

62 *Hailbronner* (Fn. 61), 139; Huber/Mantel AufenthG/*Hupke/Amir-Haeri*, 4. Aufl. (2025), § 23a AufenthG Rn 2.

63 Zur Funktion der Härtefallkommissionen vergleiche BeckOK AuslR/*Kluth* 42. Ed. (Stand: 01.07.2024), § 23a AufenthG Rn. 1; NK-AuslR/*Kefler*, 3. Aufl. (2023)18, § 23a AufenthG Rn. 2; Huber/Mantel AufenthG/*Hupke/Amir-Haeri*, (Fn. 62), § 23a AufenthG Rn 2.

64 Huber/Mantel AufenthG/*Hupke/Amir-Haeri*, (Fn. 62), § 23a AufenthG Rn. 9.

65 *Krannich*, Das Kirchenasyl. Eine empirische Studie zu den Auswirkungen auf das Gemeindeleben, 2011, S. 2 ff.

66 *Krannich* (Fn. 65), S. 8 ff.

67 *Bewarder et al.*, Welt v. 25.02.2015, online abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/article137825674/De-Maiziere-nimmt-seinen-Scharia-Vergleich-zurueck.html> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

68 Im Jahr 2022 waren von 1119 dokumentierten Kirchenasylen 1098 Dublin-Fälle, vgl. Asyl in der Kirche, Kirchenasyle 2022, online abrufbar unter <https://kirchenasyl.de/kirchenasyle/kirchenasyle-2022/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

Überstellung der Asylsuchenden zum Zwecke der Prüfung ihres Antrags in andere Dublin-Mitgliedstaaten, denen z.T. erhebliche Mängel in Asyl- und Aufnahmesystem vorgeworfen werden.<sup>69</sup> Das Kirchenasyl bedeutet kein Verstecken, sondern wird direkt an das BAMF kommuniziert. In einer Vereinbarung von 2015 zwischen Kirchen und BAMF einigte man sich darauf, dass in solchen Fällen eine nochmalige Prüfung vorgenommen wird, ob nicht ein Selbsteintritt Deutschlands in Frage kommt (sog. Dosierverfahren).<sup>70</sup> Des Weiteren verhindert Kirchenasyl den Zugriff des Staates nicht – aus reiner Konvention wird es in der Regel respektiert. Es gibt aber keinerlei rechtlichen Schutzmechanismus, der Abschiebungen verhindern würde, entschieden sich staatliche Behörden zur Räumung eines Kirchenasyls.<sup>71</sup> Kirchenasyl fungiert also als letztes Mittel, wo alle regulären rechtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft sind, im Einzelfall aber Gemeinden dennoch der Überzeugung sind, dass eine Überstellung die Betroffenen besonderen Gefahren aussetzen würde.<sup>72</sup>

#### *V. Verstrafrechtlichung durch Strafverfahren*

Auch diese Räume werden jedoch von Ver(straf)rechtlichung mehr und mehr bedroht – hier weniger durch die Rechtssetzung, sondern auf Rechtsprechungsebene. Ungefähr ab 2017 häuften sich v.a. in Bayern Strafverfahren gegen Pfarrer\*innen und Ordensleute, die Kirchenasyl gewährten, wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt.<sup>73</sup> Einer Debatte, die zunächst

69 2022 bezog sich eine Vielzahl der Kirchenasyle auf eine Überstellung nach Italien, Asyl in der Kirche, Kirchenasyle 2022, online abrufbar unter <https://kirchenasyl.de/kirchenasyle/kirchenasyle-2022/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025). Inwieweit die Überstellung unzulässig ist, weil Dublin-Rückkehrer\*innen in Italien von extremer materieller Not betroffen sind, ist unter Gerichten umstritten. Die Überstellung ablehnend z.B. OVG Münster, BeckRS 2023, I3591, eine Überstellung zulassend z.B. VGH Bayern, BeckRS 2022, 40274.

70 BAMF, Merkblatt Kirchenasyl im Kontext von Dublin-Verfahren, 2022, online abrufbar unter [https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/AsylFluechtlingschutz/merkblatt-kirchenasyl.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=7](https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/AsylFluechtlingschutz/merkblatt-kirchenasyl.pdf?__blob=publicationFile&v=7) (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

71 Botta, ZAR 2017, 434, 439 f.; OLG München, Urteil v. 03.05.2018 – 4 OLG 13 Ss 54/18, openJur 2018, 9107, Rn. 44.

72 *Asyl in der Kirche*, FAQ, online abrufbar unter <https://kirchenasyl.de/info-fuer-gemeinden/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025), für einen Überblick zum Kirchenasyl siehe auch Fruchtmann, KJ 2020, 555, 556 ff.

73 Jahresbericht der Ökumenischen BAG Asyl in der Kirche e.V. 2017, 7f.

auf politischer Ebene ausgetragen wurde, wurde ein strafrechtliches Gewand übergestülpt.<sup>74</sup> Damit geriet ein strukturelles Ungleichgewicht in die Diskussion. Die Debatte ging trotzdem weiter, diesmal allerdings vor allem unter den Gerichten. Die Bandbreite der Entscheidungen spannte sich von der Geldstrafe<sup>75</sup> über die Einstellung<sup>76</sup> bis hin zum Freispruch.<sup>77</sup> Diese Art der Justizialisierung geht gerade nicht mit erhöhter Erwartungssicherheit einher, sondern schafft zunächst einen rechtlichen Graubereich und damit erhebliche Unsicherheit für potentiell Betroffene.<sup>78</sup>

Einige Gerichte zeigten sich zweifelnd, ob der Gerichtssaal das richtige Forum für diese eigentlich genuin politische Richtungsentscheidung – die explizit nie getroffen wurde, im Gegenteil, die Duldungspraxis zeigt, dass eine klare Positionierung gegen Kirchenasyl gerade vermieden wird – sei. Das LG Bad Kreuznach sah in der Unterbringung z.B. nur eine neutrale Handlung, keine strafbare Beihilfe:

„Allein die bloße – rechtlich nicht begründbare – Hoffnung, der Staat werde von einer Vollstreckung absehen, wenn der Ausländer sich in kirchlichen Räumlichkeiten befindet, macht eine rechtlich neutrale Handlung noch nicht strafbar. [...] Wenn es aber der Staat unterlässt, sich im Kirchenasyl befindliche Personen nötigenfalls unter Anwendung unmittelbaren Zwangs, abzuschieben, kann dies nicht der gegenüber der Behörde offen handelnden Beschuldigten angelastet werden.“<sup>79</sup>

Besonders interessant in diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des AG Kitzingen. In der Sache ging es zwar von der Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens aus, nahm allerdings einen Entschuldigungsgrund nach Art. 4 GG an. In diesem Zusammenhang führte das Gericht aus:

„Das Gericht hat keine Zweifel daran, dass der Angeklagte, wenn ihm dies erforderlich scheint, [...] eine vergleichbare Tat erneut begehen wird.

---

74 Der entpolitisierende Aspekt war gerade das Zentrum der ursprünglichen Kritik an der Verrechtlichung, vgl. die Darstellung bei *Teubner* (Fn. 10), 298 f.

75 *Strack*, DW v. 03.06.2021, online abrufbar unter <https://www.dw.com/de/verurteilung-einer-ordensfrau-nach-kirchenasyl/a-57761497> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

76 SZ v. 18.09.2019, online abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/bayern/immstadt-kirchenasyl-gericht-verfahren-eingestellt-1.4605547> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

77 beck-aktuell v. 27.04.2021, online abrufbar unter <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/ag-kitzingen-freispruch-fuer-moench-nach-aufnahme-von-fluechtlings-in-kirchenasyl> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

78 *Fruchtmann* (Fn. 72), 560.

79 LG Bad Kreuznach, Beschluss v. 05.04.2019 – 2 Qs 42/19, openJur 2020, 20516, Rn. 31 f.

Und da es gerichtsbekannt ist, dass die Zuständigkeitsregeln der Dublin-III-Verordnung von nicht wenigen Menschen als korrekturbedürftig erachtet werden, ist die Prognose zulässig, (sic!) dass es auch dabei (sic!) anderen Personen [...] zu vergleichbaren Gewissensentscheidungen wie der vorliegenden kommen wird.“<sup>80</sup>

Unabhängig davon, ob man diese Begründung über Art. 4 GG für überzeugend hält,<sup>81</sup> zeigt das Urteil klar: Eine „Verstrafrechtlichung“ verfehlt in einer solchen Konstellation ihre üblichen Ziele – mit Blick auf eine negative Spezial- oder Generalprävention scheint das Gericht keinerlei Wirkungen zu erwarten. Zudem ist auch eine positive Generalprävention zweifelhaft, wenn die Norm, die gestärkt werden soll, derart von Aushandlungsprozessen umgeben ist. Einzig die Fronten im Diskussionsprozess werden verschärft.

Letztlich beendete das Bayerische Oberste Landesgericht die Debatte vorerst, indem es offenes Kirchenasyl grundsätzlich für straffrei erklärte. Im Gegensatz zum AG Kitzing verneinte es schon die Tatbestandsmäßigkeit: Wenn ins Dossierverfahren eingetreten würde, bestünde für diese Zeit ein Anspruch auf Duldung, sodass schon kein unerlaubter Aufenthalt, d.h. keine Haupttat, vorläge.<sup>82</sup> Werde das Kirchenasyl nach negativer Beendigung des Dossierverfahrens aufrechterhalten, käme nur eine Unterlassensstrafbarkeit in Betracht, für die aber regelmäßig die Garantenstellung fehlen dürfte.<sup>83</sup>

Aktuell ist der Ball damit zurückgespielt ins politische Diskussionsfeld. In jüngster Zeit zeigen sich neue Tendenzen, den stillen Konsens zum Kirchenasyl – diesmal politisch – aufzukündigen. In Niedersachsen wurde im Mai 2024 beispielsweise ein Kirchenasyl geräumt und die Betroffenen nach Spanien überstellt.<sup>84</sup> Eine ähnliche Überstellung aus dem Kirchenasyl heraus war im Dezember 2023 in Schwerin dramatisch gescheitert.<sup>85</sup>

---

80 AG Kitzingen, Urteil v. 26.04.2021 – 1 Cs 882 Js 16548/20, openJur 2021, 20654, Rn. 94.

81 Gewissensfreiheit als Entschuldigungsgrund bejaht z.B. bei Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, 30. Aufl. (2019), Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. Rn. 119.

82 BayOLG, Urteil v. 25.02.2022 – 201 StR 95/2, openJur 2022, 5019, Rn. 22 ff.

83 BayOLG, Urteil v. 25.02.2022 – 201 StR 95/2, openJur 2022, 5019, Rn. 30 ff.

84 *Conti*, taz v. 16.05.2024, online abrufbar unter <https://taz.de/Schutzraum-geraeumt/!6007697/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

85 *Bruhn*, taz v. 20.12.2023, online abrufbar unter <https://taz.de/Abschiebung-einer-Familie-in-Schwerin/!5975779/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

## VI. Gesamteuropäische Tendenzen

Dass migrationsrechtliche Debatten mit den Mitteln des Strafrechts ausgefochten werden, ist kein deutsches Phänomen. Überall in Europa können Tendenzen beobachtet werden, Flucht und Migration bzw. Geflüchtetenhelfer\*innen zu kriminalisieren.<sup>86</sup>

Das Spiel mit der rechtlichen Grauzone ist hier kein Einzelfall. Ein Beispiel, das immer wieder Schlagzeilen macht,<sup>87</sup> ist der italienische Umgang mit Seenotrettung. Art. 12 Abs. 1 des italienischen Einwanderungsgesetzes verbietet die Erleichterung der illegalen Einreise (vgl. für Deutschland § 96 AufenthG).<sup>88</sup> Dieser greift auch bei der Einreise über den Seeweg.<sup>89</sup> Die Tat muss keine materiellen Vorteile für die Täter\*innen bringen, auch altruistisches Handeln ist strafbar.<sup>90</sup> Zwar können im Einzelfall Rechtfertigungsgründe vorgetragen werden, insbesondere auch der Notstand. Diese Verlagerung auf die Rechtfertigungsebene belastet Seenotretter\*innen

- 
- 86 Siehe *International Commission of Jurists*, Criminalization of humanitarian and other support and assistance, 2022; *Amnesty International*, Punishing Compassion, 2020, online verfügbar unter <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/1828/2020/en/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).
- 87 Beispielhaft *Guiffrida*, The Guardian v. 30.12.2022, online abrufbar unter <https://www.theguardian.com/world/2022/dec/30/sea-rescue-charities-rebel-against-italian-anti-immigration-rules> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); *Horowitz*, The New York Times v. 16.08.2019, online abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2019/08/16/world/europe/salvini-italy-migrants-open-arms.html> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); *Povoledo*, The New York Times v. 29.06.2019, online abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2019/06/29/world/europe/italy-migrants-captain-arrest.html> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).
- 88 Zu dieser Norm siehe *From sea to prison project*, Summary of the request of admission to the Italian Constitutional Court in relation to the case against the crew of the *Iuventa*, 2023, S. 3 ff., online abrufbar unter [https://www.ecchr.eu/fileadmin/user\\_upload/IUVENTA\\_Summary\\_of\\_Constitutional\\_Complaint.pdf](https://www.ecchr.eu/fileadmin/user_upload/IUVENTA_Summary_of_Constitutional_Complaint.pdf) (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025), *Amnesty International* (Fn. 86), S. 59 f.
- 89 Um eine Kriminalisierung von Seenotrettung zu vermeiden, enthält der deutsche § 96 AufenthG für die wiederholte bzw. zugunsten mehrerer Personen erfolgende Beihilfe zur unerlaubten Einreise ins EU-/Schengen-Gebiet eine Beschränkung auf die Einreise auf dem Landweg. Zu den Lücken *Betschka/Hackenbruch*, Tagesspiegel v. 17.01.2024, online abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/zwei-rechtsgutachten-warnten-ausgerechnet-die-seenotrettung-minderjahriger-konnte-doch-strafbar-werden-11065984.html> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).
- 90 *From sea to prison project* (Fn. 88), S. 3 ff.; *Amnesty International* (Fn. 86), S. 60.

jedoch mit einem erhöhten Risiko der Strafverfolgung<sup>91</sup> – zumal im Bereich des Notstandes offene Fragen bleiben.<sup>92</sup> Wie lange ist die Gefahr z.B. gegenwärtig – bis ans Land oder nur bis auf das Deck des Rettungsschiffes?<sup>93</sup> In Italien kommt hinzu, dass seit 2017 ein Verhaltenskodex für private Seenotretter\*innen besteht, der zum einen ohnehin geltende Seerechtsregeln festhält, aber auch im Verdacht steht, Seenotrettungsoperationen durch technische Regeln zu erschweren.<sup>94</sup>

Beispielhaft für die Problematik kann der Fall der „Open Arms“ stehen. Gegen deren Besatzung wurden im Jahr 2018 Ermittlungen eingeleitet, nachdem das Schiff 218 Personen vor der libyschen Küste aufgegriffen und nach Italien gebracht hatte. Nach Beschreibung der Crew hatte die italienische Leitstelle dem Schiff durchgegeben, dass die Rettung durch die lybische Küstenwache vorgenommen würde. Da diese aber nach Einschätzung des Rettungsschiffes noch zu weit entfernt gewesen sei, habe die Open Arms die Personen an Bord genommen und in der Folge auch auf Aufforderung nicht an die Libyschen Behörden übergeben.<sup>95</sup> Hintergrund sind die Vorwürfe der Misshandlung gegen die lybische Küstenwache und die problematischen Zustände, denen Migrant\*innen in Libyen ausgesetzt sind.<sup>96</sup> In den nachfolgenden rechtlichen Auseinandersetzungen – sowohl um Anklagen gegen Kapitän und einige Crewmitglieder als auch um das Schiff selbst, das im Zusammenhang mit den Vorwürfen festgesetzt worden war, wurde der Verhaltenskodex, dem selbst keine rechtliche Qualität

---

91 Vgl. *Amnesty International* (Fn. 86), S. 60; *Epik/Schatz*, Kriminalisierung der Seenotrettung? Gutachten zur geplanten Neufassung des § 96 Abs. 4 AufenthG, 2923, S. 39, 44.

92 *Epik/Schatz* (Fn. 91), S. 31 ff.; *Epik/Schatz*, LTO v. 20.12.2023, online abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/entwurf-aufenthaltsgesetz-seenotrettung-strafbarkeit-rechtsgutachten/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

93 *Epik/Schatz* (Fn. 91), S. 31 f.

94 *Amnesty International* (Fn. 86), S. 57 f.; *Zagst*, Bedenklicher Italienischer Verhaltenskodex für Seenotrettung durch NGOs im Mittelmeer, 2017, online abrufbar unter <https://www.juwiss.de/139-2017/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

95 *Amnesty International* (Fn. 86), S. 62 ff.; *Petrillo et al.*, Open Migration v. 29.03.2018, online abrufbar unter <https://openmigration.org/en/analyses/the-prosecutors-case-against-the-rescue-ship-open-arms/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); Rekonstruktion auch bei *Mas/Bertral*, ARA, online abrufbar unter <https://interactius.ara.cat/openarms/en> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

96 Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011), 2017, S/2017/466, S. 21; Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya, 2023, A/HRC/52/83, Rn. 40 ff.

zukommt,<sup>97</sup> herangezogen, um zu argumentieren, dass eine illegale Einreise i.S.d. Art. 12 Einwanderungsgesetz vorläge, da die Nicht-Befolgung Unwillen im Rahmen des italienischen Rechts zu operieren zum Ausdruck bringe.<sup>98</sup> Die Festsetzung des Schifffahrtsschiffes wurde bereits 2018 wieder aufgehoben, nachdem ein Untersuchungsrichter zu dem Ergebnis gekommen war, dass eine Notstandssituation vorgelegen hätte.<sup>99</sup> Die Ermittlungen wurden hingegen erst 2023 nach fünf Jahren mit einer Entscheidung des Berufungsgerichts endgültig eingestellt<sup>100</sup> – eine Wartezeit, die mit erheblicher Unsicherheit verbunden gewesen sein dürfte.

## *VII. Verstrafrechtlichung zum Schutze von Geflüchteten*

Bei genauer Betrachtung zeigt sich auch eine Gegenbewegung, die mit den Mitteln des Strafrechts versucht, ein höheres Schutzniveau für Migrant\*innen einzuziehen. In einem anderen kürzlich ebenso in Italien geführten Verfahren hatte der Kapitän des Ölversorgungsschiffes Asso 28 gerade den gegensätzlichen Weg eingeschlagen und die Schiffsbrüchigen nach Tripolis gebracht. Dies wurde genauso mit einem Strafverfahren beantwortet. In diesem Fall kam es letztlich zu einer Verurteilung, u.a. wegen einer Aussetzung minderjähriger oder handlungsunfähiger Personen in einer Gefahrensituation<sup>101</sup> ob der Lebensumstände, denen Migrant\*innen in Libyen ausgesetzt sind. Diese wurde letztlich vom obersten Gerichtshof Italiens bestätigt.<sup>102</sup> In der Essenz wurde damit das völkerrechtliche Refoulementver-

97 *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags*, Der italienische Verhaltenskodex für private Seenotretter im Mittelmeer, 2017, WD 2 – 3000 – 068/17, online abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/516166/90470cc9ff31524a40522ac738f79fdbd/wd-2-068-17-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

98 Tribunale di Catania, Decreto di convallida e die sequestro preventivo, 17.03.2018; *Amnesty International* (Fn. 86), Fn. 273.

99 *Amnesty International* (Fn. 86), S. 63.

100 [swissinfo.ch](https://www.swissinfo.ch/spa/justicia-italiana-exonera-definitivamente-a-capit%C3%A1n-y-jefa-de-misi%C3%B3n-del-open-arms-en-2018/49000726) v. 22.11.2023, online abrufbar unter <https://www.swissinfo.ch/spa/justicia-italiana-exonera-definitivamente-a-capit%C3%A1n-y-jefa-de-misi%C3%B3n-del-open-arms-en-2018/49000726> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

101 Für das deutsche Recht ebenso unter Heranziehung des Tatbestandes der Aussetzung siehe *Hahn/Schatz*, ZIS 2020, 537, 543 f.

102 ORF v. 17.02.2024, online abrufbar unter <https://orf.at/stories/3349000/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); Corte Suprema di Cassazione, Sentenza, 01.02.2024, Nr. 4557. Zu den Fakten des Falles siehe auch *Zirulia, Refoulement As A Crime*, VerfBlog, 02.04.2024, online abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/refoulement-as-a-crime/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

bot ins einfache Strafrecht übertragen.<sup>103</sup> Vor dem Hintergrund, dass die italienische Regierung aktiv dafür gesorgt hat, dass die Libysche Küstenwache für die Rettung in bestimmten Zonen die primäre Zuständigkeit hat,<sup>104</sup> ist die Entscheidung durchaus bemerkenswert. Ihr kann (und sollte) Signalwirkung für andere Staaten zukommen, wenn z.B. über bestimmte Modelle der Auslagerung von Asylverfahren diskutiert wird<sup>105</sup> oder Kooperationen mit Drittstaaten angestrebt werden<sup>106</sup>. Jüngste Berichte bringen neben Libyen auch andere nordafrikanische Staaten unter Druck. Tunesien, Marokko und Mauretanien wird vorgeworfen, Migrant\*innen systematisch in der Wüste auszusetzen.<sup>107</sup> Gleichzeitig gelten die Länder als wichtige Partner der europäischen Migrationspolitik, mit Tunesien war erst 2023 ein Migrationsabkommen geschlossen worden.<sup>108</sup>

Bei dem Versuch rote Linien gegen eine Verschärfung des Migrationsrechts einzuziehen, kommt Gerichten eine relevante Funktion zu. Jedoch nutzen auch NGOs etc. die Mittel, die das Strafrecht zur Verfügung stellt, um Debatten eine neue Stoßrichtung zu geben, sie – weg von reinen europäischen Sicherheits- und Kapazitätserwägungen – wieder auf ihren menschenrechtlichen Kern hin zu fokussieren und die Geflüchteten in den Mittelpunkt zu stellen. Aus einer strukturell unterlegenen Position bleibt ihnen nur, Aufmerksamkeit auf bestimmte Problemfelder zu lenken. Das kann national passieren – das Verfahren gegen den Kapitän der Asso 28

---

103 Vgl. *Zirulia* (Fn. 102).

104 *Riegert*, DW v. 07.05.2018, online abrufbar unter <https://www.dw.com/en/libya-takes-over-from-italy-on-rescuing-shipwrecked-migrants/a-44546754> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

105 Deutschlandfunk v. 30.04.2024, online abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/fdp-fordert-debatte-ueber-sogenanntes-ruanda-modell-bei-asylverfahren-100.html> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); *Bewarder/Ludwig*, SZ v. 17.06.2024, online abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/asyl-ruanda-bundesregierung-experten-lux.HnuH4hS5A26V7VGrsVTn32> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

106 Der Standard v. 08.02.2024, online abrufbar unter <https://www.derstandard.de/story/3000000206707/eu-kommission-will-in-migrationsfragen-staerker-mit-mauretanien-kooperieren> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

107 *Grüll/Häufler*, Tagesschau v. 21.05.2024, online abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/investigativ/report-muenchen/eu-asylsuchende-nordafrika-100.html> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); *Rößler*, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 21.05.2024, online abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/nordafrika-eu-partner-setzen-migranten-in-der-wueste-aus-19733688.html> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

108 Tagesschau v. 16.07.2023, online abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/ausland/afrika/tunesien-migration-eu-100.html> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

kam auch auf öffentlichen Druck hin zustande<sup>109</sup> – aber vor allem auch unter Einbeziehung internationaler Strafnormen, die gerade den Schutz fundamentaler Menschenrechte zum Ziel haben: 2023 warf ein UN-Bericht der EU Beihilfe zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch die Kooperation mit der Libyschen Küstenwache vor.<sup>110</sup> Bereits 2022 reichten verschiedene NGOs beim IStGH eine „Strafanzeige“ gegen hochrangige EU-Beamte und Vertreter\*innen aus Nationalstaaten ein.<sup>111</sup> Eine ähnliche Anzeige hatte es schon 2019 gegeben.<sup>112</sup> Bisher blieb der Erfolg jedoch aus. Denkbar wäre es, auch hier ein Vorgehen über die nationale (völker-)strafrechtliche Ebene anzustrengen. Noch scheinen Phänomene wie Pushbacks u.ä. aber vorwiegend in menschenrechtlichen Terminen diskutiert zu werden.<sup>113</sup> Das könnte auch damit zusammenhängen, dass Völkerstrafrecht strukturell ein „Krisenfokus“ unterstellt wird.<sup>114</sup> So setzt die Behandlung durch eine völkerstrafrechtliche Linse in der Regel die allgemeine Wahrnehmung als Krise voraus.<sup>115</sup> Wie eingangs geschildert ist diese Bewertung aber eine höchst subjektive und wandelbare. Die Krise – das ist (auch) die europäische Migrationspolitik,<sup>116</sup> wenn wir sie denn als solche begreifen. In diesem Sinne kann die Erzeugung von öffentlicher Aufmerksamkeit erst die Voraussetzung für strafrechtliche Aufarbeitung schaffen. Umgekehrt dürfte kaum eine rechtliche Bewertung so stark wahrgenommen werden, wie eine

---

109 *Crescini*, The asso ventotto case, 01.05.2023, online abrufbar unter <https://civlmrcc.eu/the-asso-ventotto-case/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

110 Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya, 2023, A/HRC/52/83, Rn. 4, 46 f.

111 ECCHR *et al.*, Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 19.11.2021, online abrufbar unter [https://www.ecchr.eu/fileadmin/user\\_upload/Redacted\\_Art\\_15\\_Communication\\_to\\_the\\_ICC\\_on\\_crimes\\_against\\_refugees\\_and\\_migrants\\_in.Libya.pdf](https://www.ecchr.eu/fileadmin/user_upload/Redacted_Art_15_Communication_to_the_ICC_on_crimes_against_refugees_and_migrants_in.Libya.pdf) (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

112 *Shatz/Branco*, Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 21.10.2019, online abrufbar unter <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2019/jun/eu-icc-case-EU-Migration-Policies.pdf> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

113 Der EGMR ist regelmäßig mit der Frage von Pushbacks befasst. Für einen Überblick über die Rechtsprechung siehe EGMR, Guide on Article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights, 29.02.2024, [https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide\\_art\\_4\\_protocol\\_4\\_eng](https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_4_protocol_4_eng) (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); vgl. zu den Fällen in jüngerer Zeit auch Schmalz, ZAR 2021, 360; Lübbe, EuR 2020, 450; Czech, NLMR 2022, 180.

114 *Starr*, Northwestern University Law Review 2007, 1257, 1260 ff.

115 Gründe dafür bei *Starr* (Fn. 114), 1265 ff.

116 Schulze Wessel (Fn. 4), 64 ff.

strafrechtliche Einordnung. So können Verstrafrechtlichung von Diskussion und Praxis sich an dieser Stelle gegenseitig bedingen und unterstützen.

Nun ließe sich anbringen, dass so auch hier der Raum für politische Verhandlungen geschlossen wird. Diese Gefahr bestünde durchaus, wenn ein übermäßiger Einsatz von (ggf. unsubstantiierten) strafrechtlichen Vorwürfen erfolgen würde oder Strafausdehnungen in Bereiche, die politisch diskutiert werden, gefordert würden. Der Unterschied zur obigen Konstellation ist jedoch, dass gerade das Völkerstrafrecht bereits das Unverhandelbare schützen will – fundamentale Menschenrechte.<sup>117</sup> Ziel dieser Art von Verstrafrechtlichung ist es daher, diese Grenzen des politisch Verfügbaren aufrecht zu erhalten, nicht sie in den legitimen Diskursraum zu verschieben.

### VIII. Fazit

Verstrafrechtlichungen können in einem emotionalisierten Bereich wie dem Migrationsrecht in den vergangenen Jahren in erhöhtem Ausmaß beobachtet werden. Politische Debatten werden ins Strafrecht verschoben und so unterbunden. Diskussionsräume, an denen sich Einzelfälle gegenüber generalisierten Regelungen Raum brechen könnten, laufen Gefahr wegzufallen. Aufenthaltsmöglichkeiten erfahren eine „Vollverrechtlichung“. Gerade die außerrechtlichen Einbruchstellen können nun aber auch das sein, was die Legitimität und Akzeptanz der generellen Regelung aufrechterhält. Die Individualität der Betroffenen zu betonen, ihnen eine Stimme zu geben und so eine Vermenschlichung auch in der Verrechtlichung zu ermöglichen, muss in einem Rechtsgebiet, das über ganze Biographien entscheidet, daher immer das Ziel sein. Hier Diskursräume, die genau dies sichern wollen, einseitig zu schließen, erscheint fatal.

Dass die Glaubwürdigkeit der Asylpolitik an mangelnder Konsequenz bei Abschiebungen leide, wird häufig vorgebracht.<sup>118</sup> Angesichts dessen,

---

<sup>117</sup> *Margueritte*, in: Schabas/Bernaz (Hrsg.), Routledge Handbook of International Criminal Law, 2011, S. 435, 436 ff.

<sup>118</sup> *Wendt*, Rede v. 29.11.2018, online abrufbar unter <https://www.cducsu.de/themen/marian-wendt-abschiebungen-und-rueckfuehrungen-sind-fuer-die-glaubwuerdigkeit-unseres-rechtsstaats-mehr-als-notwendig> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); *Zeit Online* v. 24.01.2023, online abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/ausland/2023-01/migration-eu-kommission-rueckfuehrungen> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

dass in einer Umfrage fast drei Viertel der Deutschen angegeben haben, für Abschiebungen zu sein,<sup>119</sup> mag das abstrakt stimmen. Das Gegenteil gilt aber auch, wenn die generelle Einstellung konkret auf die Probe gestellt wird: Wo Personen abgeschoben werden, die persönlich starke Bindungen durch Arbeitsplatz oder Gemeindezugehörigkeit entwickelt haben oder die in besonderer Weise vulnerabel sind, erzeugt dies im Umfeld Unverständnis und Kritik.<sup>120</sup> Den Einzelfall nicht aus den Augen zu verlieren, ist daher unerlässlich – auch für die gesellschaftliche Akzeptanz unseres Aufenthaltsystems.

Der Einsatz von Strafrecht ist jedoch nicht nur zulasten Geflüchteter und deren Helfer\*innen zu beobachten. Es kann auch Mittel dazu sein, Mindestschutzstandards für Geflüchtete zu sichern. Eine Debatte in der Terminologie des Strafrechts vermag es, Schutzlücken aufzudecken, Aufmerksamkeit auf unterbelichtete Situationen zu lenken und Grenzen des politisch Möglichen zu kommunizieren.

Beide Verstrafrechtlichungstendenzen ziehen in unterschiedliche Richtungen: Während erstere den Blick weg von den konkreten Betroffenen auf generelle Kategorien lenkt, hat die zweitere zum Ziel, die betroffenen Geflüchteten wieder zum Kern der Debatte zu machen und ihre Menschenrechte zu wahren. Wie wir Strafrecht einsetzen, spiegelt in erhöhtem Maße gesellschaftliche Identität wider.<sup>121</sup> Welcher Tendenz wir schlussendlich in dieser „Krise“ nachgeben, welche Identität wir unserer Gesellschaft geben, ist eine aktive Entscheidung.

119 Pew Research Center, Global Attitudes Survey, “Around the World, More Say Immigrants Are a Strength Than a Burden”, Spring 2018, S. 11.

120 Statt vieler Beispiele: *Eckl*, Mittelbayerische Zeitung v. 13.03.2024; *Trefz/Flößer*, SWR v. 13.12.2023, online abrufbar unter <https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/stuttgart/altenpfleger-pflegekraft-asyll-abschiebung-kirchheim-am-neckar-gambia-100.html> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025); *Plett*, taz v. 12.08.2021, online abrufbar unter <https://taz.de/Kurdischer-Familie-droht-Abschiebung/!5793426/> (zuletzt abgerufen am: 22.01.2025).

121 *Jakobs*, ZStW 1995, 843, 844.

