
A. Tatsächliche und rechtliche Entwicklungslinien

I. Migration als Normalzustand

Migration, verstanden als auf Dauer angelegte Verlagerung des Lebensmittelpunktes von Menschen durch Emigration aus einem und Immigration in ein anderes Land,⁴⁵ ist auch in Europa kein neues Phänomen.⁴⁶ In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts emigrierten beispielsweise Millionen von Europäern nach Nord- und Südamerika. Aber auch innerhalb Europas kam es zu größeren Migrationsbewegungen.⁴⁷ Nennenswerte und nachhaltige Immigrationsbewegungen in europäische Gesellschaften von Regionen *außerhalb* Europas⁴⁸ sind dagegen eine Entwicklung der jüngeren Vergangenheit und Gegenwart.⁴⁹ Sie beginnen in den 1950er und 1960er Jahren mit der Gewinnung ausländischer Arbeitskräfte für die europäischen Industriebetriebe, in Frankreich, Großbritannien⁵⁰ und den Niederlanden durch Anwer-

45 Zur Definition und abweichenden Definitionsansätzen vgl. *Oltmer*, in: Meier-Braun/Weber (Hrsg.), Deutschland Einwanderungsland, 2. Aufl. 2016, 31; *Treibel*, Migration in modernen Gesellschaften, 4. Aufl. 2008, 19 ff.; zur Komplexität des Begriffs *Oswald*, Migrationssoziologie, 2007, 13 ff.; für einen weit gefassten Migrationsbegriff siehe *Oltmer*, in: Bußmann/Bertels (Hrsg.), Normalfall Migration – Die Geschichte der Gegenwart, 2018, 13. Die Internationale Organisation für Migration der Vereinten Nationen definiert Migration weit als „the movement of people away from their usual place of residence to a new place of residence, either across an international border or within a State“; vgl. IOM, Fundamentals of Migration, abrufbar unter: <<https://www.iom.int/fundamentals-migration>>.

46 Vgl. *Dörig*, in: Dörig (Hrsg.), Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2. Aufl. 2020, Einl. Rn. 5 ff.; *Hoerder*, Geschichte der deutschen Migration, 2010, 116 ff.; *Lucassen/Lucassen*, in: Lucassen/Lucassen (Hrsg.), Migration, Migration History, History. Old Paradigms and New Perspectives, 1997, 9; *Mecheril*, in: Kriwak/Pallaver (Hrsg.), Medien und Minderheiten, 2012, 15; *Treibel*, Migration in modernen Gesellschaften, 4. Aufl. 2008, 11. Speziell für Deutschland *Krüger-Potratz*, in: Bußmann/Bertels (Hrsg.), Normalfall Migration? Migrationsbewegungen aus und nach Deutschland, 2018, 21 f.; für Großbritannien *Lunn*, in: Bade/Emmer/Lucassen/Oltmer (Hrsg.), The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe, 2011, 16 ff.

47 Etwa im Zuge der Hugenottenverfolgung, vgl. *Bade/Oltmer*, in: Bade/Emmer/Lucassen/Oltmer (Hrsg.), The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe, 2011, 65, 66; *Dörig*, in: Dörig (Hrsg.), Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2. Aufl. 2020, Einl. Rn. 6; *Oswald*, Migrationssoziologie, 2007, 48; *Peschke*, in: Bußmann/Bertels (Hrsg.), Integration am Beispiel der Hugenottinnen und Hugenotten in Erlangen, 2018, 30, 31 f.; infolge der Hungersnot in Irland, vgl. *Treibel*, Migration in modernen Gesellschaften, 4. Aufl. 2008, 26; aufgrund von Arbeitsmigration, etwa von preußischen „Polen“ in das Ruhrgebiet im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert, vgl. *Bade/Oltmer*, Normalfall Migration, 2004, 12; *Eckstein*, APuZ 25/1982, 17, 18; *Oswald*, Migrationssoziologie, 2007, 50; aber auch nach dem Zweiten Weltkrieg in Folge von Flucht und Vertreibung oder in Folge der Balkankriege in den 1990er Jahren, vgl. *Oltmer*, in: Bußmann/Bertels (Hrsg.), Normalfall Migration – Die Geschichte der Gegenwart, 2018, 13, 17. Ein spezifisch deutsches Phänomen ist die Zuwanderung von Aussiedlern und Spätaussiedlern, vgl. dazu *Treibel*, Migration in modernen Gesellschaften, 4. Aufl. 2008, 32 ff.

48 Vgl. *Bade*, Europa in Bewegung, 2000, 302; zur substanziellen Rekrutierung europäischer Arbeitnehmer zum Wiederaufbau Großbritanniens nach Ende des Zweiten Weltkriegs *Lunn*, in: Bade et al. (Hrsg.), The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe, 2011, 16, 22 f.; vgl. zu sog. „heimatlosen Ausländern“ in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg *Alexopoulou*, Deutschland und die Migration, 2020, 64 ff.

49 Vgl. zu anfänglichen Restriktionen *Howard/Goodman*, in: Swain (Hrsg.), Debating Immigration, 2. Aufl. 2018, 329.

50 Eine Sonderstellung nimmt der am Ende der 1940er Jahre beginnende Zuzug aus dem karibischen Raum, insbesondere Jamaika, in das Vereinigte Königreich ein. Diesem Personenkreis (nach dem ersten ankomm-

bung von Menschen aus den ehemaligen Kolonien, in Deutschland und Österreich durch die Anwerbung sogenannter „Gastarbeiter“ aus europäischen Staaten und Staaten in unmittelbarer Nachbarschaft zu Europa.⁵¹ Die Bundesrepublik schloss in diesem Zusammenhang Anwerbeabkommen zur Gewinnung ausländischer Arbeitskräfte mit Italien (1955), Spanien (1960), Griechenland (1960), der Türkei (1961), Marokko (1963), Portugal (1964), Tunesien (1965) und Jugoslawien (1968).⁵² Den entsprechenden Abkommen lag ursprünglich das Konzept einer temporären Niederlassung zur Arbeitsaufnahme in der Bundesrepublik zugrunde, wobei die Gastarbeiter nach einer bestimmten Zeit in ihre Heimatländer zurückkehren sollten (sogenanntes Rotationsprinzip).⁵³ Deutschland sollte gerade kein Einwanderungsland sein; die Anwerbung ausländischer Arbeitnehmer erfolgte nahezu ausschließlich aus wirtschaftlichen Motiven und folgte entsprechenden Zweckmäßigkeitserwägungen.⁵⁴

Das Konzept ging jedoch allenfalls teilweise auf. So standen den etwa 14 Millionen Zuzügen, die zwischen 1955 und dem „Anwerbestopp“ 1973 insgesamt registriert wurden, ungefähr elf Millionen Ausreisevorgänge gegenüber.⁵⁵ Damit verblieben

menden Schiff als „Windrush-Generation“ benannt) gewährte der *British Nationality Act* den besonderen Status des „Citizen of the United Kingdom and the Colonies“, vgl. Lunn, in: Bade et al. (Hrsg.), *The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe*, 2011, 16, 23. Mit der Unabhängigkeit der ehemaligen Kolonien und in Folge zahlreicher Reformen im britischen Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsrecht gingen allerdings Statusänderungen einher, in deren Folge Nachkommen der „Windrush-Generation“ mit Einführung der „hostile environment“-Politik der damaligen Innenministerin May in den Fokus der Ausländerbehörden gerieten, vgl. zum sog. „Windrush-Skandal“ und seinen Hintergründen Wray, *The 'Windrush Generation' and Citizenship*, *Global Citizenship Observatory* v. 2. Mai 2018.

- 51 Vgl. Bade, *Europa in Bewegung*, 2000, 314 ff.; *Castles/de Haas/Miller*, *The Age of Migration*, 5. Aufl. 2014, 104 ff.; *Howard/Goodman*, in: Swain (Hrsg.), *Debating Immigration*, 2. Aufl. 2018, 329; siehe auch Eckstein, *APuZ* 25/1982, 17, 20; für Deutschland *Bade/Oltmer*, in: Bade et al. (Hrsg.), *The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe*, 2011, 65, 75 f.; für Frankreich *Moch*, in: Bade/Emmer/Lucassen/Oltmer (Hrsg.), *The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe*, 2011, 52, 58 ff.; für Großbritannien Lunn, in: Bade et al. (Hrsg.), *The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe*, 2011, 16, 23 f.
- 52 Vgl. *Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber*, StAG, 7. Aufl. 2022, Teil I. A. Rn. 62; *Treibel*, *Migration in modernen Gesellschaften*, 4. Aufl. 2008, 55; *Yıldız*, in: Etzold/Löhnig/Schlemmer (Hrsg.), *Migration und Integration in Deutschland nach 1945*, 2019, 79.
- 53 Beispielfhaft die „Regelungen der Vermittlung türkischer Arbeitnehmer nach der Bundesrepublik Deutschland“ in der deutsch-türkischen Vereinbarung v. 30. Oktober 1961, *Bundesarbeitsblatt* 1961, 69; vgl. *Berlinghoff*, Ein überschätztes Schlüsselereignis? Warum der Anwerbestopp die Einwanderung nicht beendete sondern stärkte, Friedrich-Ebert-Stiftung: Themenportal Geschichte, Kultur, Medien und Netzpolitik v. 23.11.2023; *Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber*, StAG, 7. Aufl. 2022, Teil I. A. Rn. 62; *Helmrich*, in: Etzold/Löhnig/Schlemmer (Hrsg.), *Migration und Integration in Deutschland nach 1945*, 2019, 68, 71 f.; *Treibel*, *Migration in modernen Gesellschaften*, 4. Aufl. 2008, 55.
- 54 Vgl. *Alexopoulou*, *Deutschland und die Migration*, 2020, 95 ff.; *Bade*, *Europa in Bewegung*, 2000, 316 ff.; *Barwig*, ZAR 2014, 42, 43; *Helmrich*, in: Etzold/Löhnig/Schlemmer (Hrsg.), *Migration und Integration in Deutschland nach 1945*, 2019, 68, 69; *Meier-Braun*, in: *Meier-Braun/Weber* (Hrsg.), *Deutschland Einwanderungsland*, 2. Aufl. 2016, 15, 17.
- 55 Vgl. *Alexopoulou*, *Deutschland und die Migration*, 2020, 99; *Meier-Braun*, in: *Meier-Braun/Weber* (Hrsg.), *Deutschland Einwanderungsland*, 2. Aufl. 2016, 15, 17; *Oltmer*, in: *Bußmann/Bertels* (Hrsg.), *Normalfall Migration – Die Geschichte der Gegenwart*, 2018, 13; *Yıldız*, in: Etzold/Löhnig/Schlemmer (Hrsg.), *Migration und Integration in Deutschland nach 1945*, 2019, 79. Diese Quote blieb auch in späteren Jahren recht stabil: Von den zwischen 1962 bis 1980 in die Bundesrepublik eingereisten 11,54 Millionen Ausländern reis-

etwa drei Millionen Menschen dauerhaft in der Bundesrepublik – und dies trotz der langjährigen Praxis, Aufenthaltserlaubnisse nur befristet zu erteilen.⁵⁶ Diese Menschen holten sukzessive – im Wege des Familiennachzugs – ihre Ehegatten und Kinder nach Deutschland.⁵⁷ Die größte Gruppe der Bleibenden waren türkische Staatsangehörige, mit großem Abstand gefolgt von Menschen mit jugoslawischer, italienischer und griechischer Staatsangehörigkeit.⁵⁸ 1978 lebten bereits rund vier Millionen Menschen mit ausländischer Staatsangehörigkeit in Deutschland; damit hatte sich der „Ausländeranteil“ an der Gesamtbevölkerung seit 1956 verzehnfacht.⁵⁹ Denn der am 23. November 1973 verhängte „Anwerbestopp“⁶⁰ hatte zwar zu einem Ende der Neuanwerbung von Arbeitnehmern geführt. Entgegen der Intention nahm die ausländische Wohnbevölkerung jedoch aufgrund eines deutlichen Anstiegs beim Familiennachzug weiter zu, da sich viele bereits in Deutschland lebende ausländische Arbeitnehmer im Lichte der drohenden Verweigerung einer Wiedereinreise zur Arbeitsaufnahme in dieser Phase dazu entschieden, ihren Aufenthalt in Deutschland zu verstetigen, um ihren Status zu sichern.⁶¹

ten 8,38 Millionen wieder aus, sodass etwa 3,16 Millionen Menschen dauerhaft in Deutschland verblieben, vgl. Frey, APuZ 25/1982, 3, 9.

- 56 Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Ausländergesetzes sah noch in ihrer Fassung vom 10. Mai 1977 (GMBL 1977, S. 202) in Nr. 4 zu § 7 AuslG vor, dass Aufenthaltserlaubnisse für ausländische Arbeitnehmer „in der Regel längstens auf ein Jahr“ zu befristen waren. Nach BVerfGE 49, 168, 185 ff. gebot allerdings der Grundsatz des Vertrauensschutzes, dass ohne Änderung der Sach- und Rechtslage eine bereits wiederholt befristet erteilte Aufenthaltserlaubnis zu verlängern war. Am 7. Juli 1978 wurde die Verwaltungsvorschrift dahingehend angepasst, dass die Befristung auf ein Jahr bei erstmaliger Erteilung erfolgte und sodann um jeweils zwei Jahre verlängert werden konnte. Nach fünf Jahren ununterbrochenen Aufenthalts sollte sodann unter bestimmten Voraussetzungen eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, vgl. AuslVwV Nr. 4 zu § 7 i.d.F. der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Änderung der AuslVwV v. 7. Juli 1978, GMBL 1978, S. 368. Diese Verwaltungspraxis führte vielfach zu Kettenverlängerungen von befristeten Aufenthaltserlaubnissen (BT-Drs. 8/1629, S. 15). Zu den damit verbundenen Unsicherheiten Barwig, ZAR 2014, 42, 43; Kühn, Stand und Weiterentwicklung der Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland, 1979, 37. In der Verwaltungspraxis wurde zudem auch die geänderte Vorgabe nicht unverzüglich und flächendeckend umgesetzt (Kühn, Stand und Weiterentwicklung der Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland, 1979, 38; Thränhardt, in: Griesse (Hrsg.), Der gläserne Fremde, 1984, 115, 119 ff.).
- 57 Vgl. Frey, APuZ 25/1982, 3, 10; Yıldız, in: Etzold/Löhnig/Schlemmer (Hrsg.), Migration und Integration in Deutschland nach 1945, 2019, 79.
- 58 Vgl. Kühn, Stand und Weiterentwicklung der Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland, 1979, 8: Türkei (1.165.000), Jugoslawien (610.000), Italien (573.000), Griechenland (306.000), Spanien (189.000), Portugal (110.000), Sonstige (1.028.000); vgl. auch Eckstein, APuZ 25/1982, 17, 19.
- 59 Vgl. Dörig, in: Dörig (Hrsg.), Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2. Aufl. 2020, Einl. Rn. 10.
- 60 BVerfGE 76, 1, 3; Bade/Oltmer, Normalfall Migration, 2004, 73, 76; Berlinghoff, Ein überschätztes Schlüsselereignis? Warum der Anwerbestopp die Einwanderung nicht beendete sondern stärkte, Friedrich-Ebert-Stiftung: Themenportal Geschichte, Kultur, Medien und Netzpolitik v. 23. November 2023; Yıldız, in: Etzold/Löhnig/Schlemmer (Hrsg.), Migration und Integration in Deutschland nach 1945, 2019, 79, 82, 86.
- 61 Vgl. Bade, Europa in Bewegung, 2000, 320 f.; Bade/Oltmer, Normalfall Migration, 2004, 73 f.; Barwig, ZAR 2014, 42, 44; Berlinghoff, Ein überschätztes Schlüsselereignis? Warum der Anwerbestopp die Einwanderung nicht beendete sondern stärkte, Friedrich-Ebert-Stiftung: Themenportal Geschichte, Kultur, Medien und Netzpolitik v. 23. November 2023; Treibel, Migration in modernen Gesellschaften, 4. Aufl. 2008, 60. Kritisch zu dieser Deutung Alexopoulou, Deutschland und die Migration, 2020, 125 f.

Zur Gastarbeiterzuwanderung kam ab Ende der 1970er Jahre vermehrt die Aufnahme von Flüchtlingen aus den Krisen- und Konfliktregionen der Welt,⁶² insbesondere von außerhalb Europas.⁶³ In dieser Zeit wurde im Lichte der Krise im südchinesischen Meer („boat people“) auch eine gesetzliche Grundlage für die Aufnahme von sogenannten „Kontingentflüchtlingen“ geschaffen.⁶⁴ Mit nur geringer zeitlicher Verzögerung zum Anstieg der Asylbewerberzahlen setzte in den 1980er Jahren jedoch auch die Diskussion um einen angeblichen „Asylmissbrauch“ ein; Asylbewerber wurden als Wirtschaftsflüchtlinge diffamiert und ihre Schutzbedürftigkeit unter Rückgriff auf eine restriktive Auslegung des Begriffs politischer Verfolgung (Art. 16 GG a.F.)⁶⁵ in Frage gestellt.⁶⁶

Seit den 1990er Jahren kamen sodann in Folge des Zusammenbruchs der Sowjetunion zu den beinahe zwei Millionen Aussiedlern, die bereits zwischen 1950 und 1989 in die Bundesrepublik zugezogen waren, innerhalb weniger Jahre noch einmal mehr als 2,5 Millionen (Spät-)Aussiedler nach Deutschland, die allerdings die deutsche Staatsangehörigkeit kraft „deutscher Volkszugehörigkeit“ (Art. 116 Abs. 1 GG) erhielten und insoweit einem anderen Regelungsregime als andere Migranten unterlagen, ohne dass sich ihre „Einwanderungssituation“ wesentlich von den Erfahrungen anderer Gruppen unterschied.⁶⁷ Parallel zu diesem beträchtlichen Zuzug

62 Die meisten Flüchtlinge fanden und finden Aufnahme freilich in unmittelbaren Anrainerstaaten oder jedenfalls auf demselben Kontinent, vgl. *Oltmer*, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 2016, 455, 478 f.; *Oltmer*, in: Bußmann/Bertels (Hrsg.), Normalfall Migration – Die Geschichte der Gegenwart, 2018, 13, 19; *Treibel*, Migration in modernen Gesellschaften, 4. Aufl. 2008, 11 f.

63 Vgl. *Bade*, Europa in Bewegung, 2000, 360 ff.; *Bade/Oltmer*, Normalfall Migration, 2004, 86 f.; *Oltmer*, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 2016, 455, 474; *Oswald*, Migrationssoziologie, 2007, 82.

64 Vgl. *Oltmer*, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 2016, 455, 464; *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 25 f. Zum Kontrast im Umgang mit den sog. *boat people* und anderen Asylsuchenden vgl. *Alexopoulou*, Deutschland und die Migration, 2020, 183 f.

65 BVerwGE 67, 184, 192 ff.; 72, 269, 274 ff.; 74, 226, 228 ff.; vgl. *Bade/Oltmer*, Normalfall Migration, 2004, 87. Nach der Rechtsprechung des BVerwG war unter anderem eine politische Verfolgung aufgrund drohender Folter abzulehnen, wenn diese systematisch gegen jeden Tatverdächtigen zur Anwendung gebracht werde, da es dann an einer spezifisch politischen Motivation fehle. Diese sei jedoch Voraussetzung für eine Anerkennung als politische Verfolgung. Dementsprechend sei entscheidend auf die subjektiven Gründe und Motive des Verfolgenden abzustellen. Das BVerwG hat diese Rechtsprechung später partiell korrigiert, siehe BVerwGE 81, 142, 151 f. Ob eine Verfolgungsmaßnahme an asylrelevante Merkmale anknüpfe, sei objektiv zu bestimmen.

66 Vgl. aus der Zeit Frey, APuZ 25/1982, 3, 4 f.; *Joffe/Naumann*, Asyl in Deutschland: Grundrecht ohne Grenzen?, Die Zeit v. 30. Mai 1980, Nr. 23/1980, abrufbar unter: <<https://www.zeit.de/1980/23/asyl-in-deutschland-grundrecht-ohne-grenzen/komplettansicht>>; DER SPIEGEL v. 14. September 1980, „Raus mit dem Volk“, abrufbar unter: <<https://www.spiegel.de/politik/raus-mit-dem-volk-a-0035c008-0002-0001-0000-000014329214?context=issue>>; siehe auch die Regierungserklärung des Bundeskanzlers Kohl v. 4. Mai 1983, Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 4. Sitzung (Bonn, Mittwoch, den 4. Mai 1983), Plenarprotokoll 10/4, S. 67, in der dieser ankündigte, dass die „Bundesregierung alles tun [wird], um den Mißbrauch des Asylrechts zu verhindern.“; vgl. zur Missbrauchsdiskussion *Althoff*, Die soziale Konstruktion von Fremdenfeindlichkeit, 1998, 211 ff.; *Bade*, Europa in Bewegung, 2000, 364 ff.; *Bade/Oltmer*, Normalfall Migration, 2004, 88; *Hoerder*, Geschichte der deutschen Migration, 2010, 111 f.

67 Vgl. *Bade/Oltmer*, Normalfall Migration, 2004, 88 ff.; *Bade/Oltmer*, in: *Bade et al.* (Hrsg.), The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe, 2011, 65, 79; *Worbs/Bund/Kohls/Babka von Gostomski*, (Spät-)Aussiedler in Deutschland. Eine Analyse aktueller Daten und Forschungsergebnisse, 2013, 28.

stieg die Zahl der Asylbewerber erneut deutlich an, unter anderem in Folge des Zusammenbruchs der zentralen Staatlichkeit in Jugoslawien.⁶⁸ Die Debatten um die Aufnahme von Flüchtlingen, aber auch über den Zuzug von Ausländern generell, nahmen an Schärfe zu,⁶⁹ gerahmt von einem erschreckenden Anstieg rassistischer Übergriffe und Gewalttaten.⁷⁰ Nachdem sich diese Lage – zeitlich koinzidierend, aber ohne empirischen Kausalitätsbeleg⁷¹ – im Kontext des sogenannten „Asylkompromisses“ und des gleichzeitig eintretenden erheblichen Rückgangs der Asylantragstellungen⁷² oberflächlich⁷³ beruhigt hatte, ging mit dem Regierungswechsel 1998 eine Modernisierung des Zuwanderungsrechts einher. Mit dieser wurde erstmals nach dem Anwerbestopp der Versuch unternommen, gezielt *Fachkräfte* aus aller Welt zu gewinnen – zunächst für den Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie.⁷⁴ Die schrittweise europäische Integration trug ihren Teil zu einem kontinuierlichen Zuwachs des Anteils ausländischer Staatsangehöriger an der Wohnbevölkerung bei.⁷⁵

68 Vgl. *Bade/Oltmer*, Normalfall Migration, 2004, 106 ff.; *Bade/Oltmer*, in: Bade et al. (Hrsg.), *The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe*, 2011, 65, 78; *Hoerder*, *Geschichte der deutschen Migration*, 2010, 112; *Oltmer*, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 2016, 455, 474 f.; *Oswald*, *Migrationssozio- logie*, 2007, 83.

69 Vgl. *Bade/Oltmer*, Normalfall Migration, 2004, 108; *Cremer*, *Die Asyldebatte in Deutschland: 20 Jahre nach dem „Asylkompromiss“*, 2013, 17 ff. *Oltmer*, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 2016, 455, 476 f.

70 Diese Entwicklung begann bereits in den 1980er Jahren, vgl. *Alexopoulou*, *Deutschland und die Migration*, 2020, 185 ff.; *Barwig*, *ZAR* 2014, 42, 46; *DER SPIEGEL* v. 14. September 1980, „Raus mit dem Volk“, abrufbar unter: <<https://www.spiegel.de/politik/raus-mit-dem-volk-a-0035c008-0002-0001-0000-000014329214?context=issue>>, wurde von der Bundesregierung jedoch relativiert, vgl. *BT-Drs. 10/2071*, S. 2. Sie erreichte ihren (vorläufigen) Höhepunkt in den 1990er Jahren, vgl. *Bade/Oltmer*, Normalfall Migration, 2004, 108 ff.; *Oltmer*, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 2016, 455, 477, bevor in Folge der Aufnahme von Flüchtlingen aus Syrien, dem Irak und Afghanistan ab 2015 ein erneuter Anstieg an rassistischen Gewalttaten zu verzeichnen war, vgl. *Staudt*, *Straf- und Gewalttaten von rechts: Was sagen die offiziellen Statistiken?*, Bundeszentrale für politische Bildung, Thema: Rechtsextremismus v. 13. November 2018, abrufbar unter: <<https://www.bpb.de/themen/rechtsextremismus/dossier-rechtsextremismus/264178/straf-und-gewalttaten-von-rechts-was-sagen-die-offiziellen-statistiken/>>.

71 Treffend *Alexopoulou*, *Deutschland und die Migration*, 2020, 214 f.

72 Zum deutlichen Rückgang der Asylbewerberzahlen vgl. *Bade/Oltmer*, Normalfall Migration, 2004, 112; *Oltmer*, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 2016, 455, 477; *Oswald*, *Migrationssozio- logie*, 2007, 83, 183 f.; *Sommer*, in: *Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkman* (Hrsg.), *Perspektivwechsel im Ausländerrecht?*, 2007, 61, 65.

73 Weitgehend unbemerkt ermordete der sogenannte „Nationalsozialistische Untergrund“, getragen von einem breiten Netzwerk rechtsextremer Akteure, in den 2000er Jahren insgesamt zehn Menschen, davon neun mit (familiärer) Migrationsgeschichte, und beging mehrere Sprengstoffanschläge sowie versuchte Mordtaten, vgl. *BGH NJW* 2021, 2896 f.

74 Vgl. *Bade/Oltmer*, Normalfall Migration, 2004, 130; *Meier-Braun*, in: *Meier-Braun/Weber* (Hrsg.), *Deutschland Einwanderungsland*, 2. Aufl. 2016, 15, 27; Unabhängige Kommission „Zuwanderung“, *Zuwanderung gestalten, Integration fördern*, Bericht, 2001, S. 1.

75 Aktuell sind von den 13,895 Millionen Menschen mit ausländischer Staatsbürgerschaft, die in Deutschland leben, 5,113 Millionen EU-Bürger, also knapp 37 %, vgl. Statistisches Bundesamt, *Ausländische Bevölkerung nach Geschlecht und ausgewählten Staatsangehörigkeiten am 31.12.2023*, abrufbar unter: <<https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Migration-Integration/Tabellen/auslaendische-bevoelkerung-geschlecht.html>>.

Die unterschiedlichen Migrationsbewegungen der vergangenen Jahrzehnte haben sich also nicht nur globalisiert, sondern auch verstetigt: Migration ist keine Ausnahmeerscheinung – keine Begleiterscheinung der Wirtschaftswunderzeit –, sie ist global wie auch bezogen auf Deutschland betrachtet *Normalität*.⁷⁶ Ihre Ursachen sind dabei ebenso vielschichtig wie ihre konkrete Ausgestaltung.⁷⁷ Neben der Gewaltmigration – in Folge von Flucht und Vertreibung⁷⁸ – sind der Zugang zu Erwerbs- und Bildungsmöglichkeiten ebenso wie eine Verbesserung der Lebensumstände motivierende Faktoren.⁷⁹ Zugleich bewirkt Migration, wenn auch selten monokausal, tiefgreifende gesellschaftliche Strukturveränderungen sowohl innerhalb der Herkunftswie auch der aufnehmenden Gesellschaft.⁸⁰ Während manche Gesellschaften ihre Prägung durch Migrationserfahrungen zum konstitutiven Narrativ ihrer nationalen Identität erhoben haben⁸¹ – zu nennen sind exemplarisch die ihrem (früheren) Selbstverständnis nach „immigrant nations“ der Vereinigten Staaten von Amerika⁸²

76 Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 30; Krüger-Potratz, in: Bußmann/Bertels (Hrsg.), Normalfall Migration? Migrationsbewegungen aus und nach Deutschland, 2018, 21 ff., 28; Lucassen/Lucassen, in: Lucassen/Lucassen (Hrsg.), Migration, Migration History, History. Old Paradigms and New Perspectives, 1997, 9; Mecheril, in: Kriwak/Pallaver (Hrsg.), Medien und Minderheiten, 2012, 15; Oswald, Migrationssoziologie, 2007, 125 f.; Treibel, in: Baur/Korte/Löw/Schroer (Hrsg.), Migration, 2008, 295, 296.

77 Vgl. Krüger-Potratz, in: Bußmann/Bertels (Hrsg.), Normalfall Migration? Migrationsbewegungen aus und nach Deutschland, 2018, 21, 22; Mecheril, in: Kriwak/Pallaver (Hrsg.), Medien und Minderheiten, 2012, 15, 22; Oltmer, in: Bußmann/Bertels (Hrsg.), Normalfall Migration – Die Geschichte der Gegenwart, 2018, 13, 14; Oswald, Migrationssoziologie, 2007, 69 ff.; Treibel, in: Baur et al. (Hrsg.), Migration, 2008, 295 ff.

78 Vgl. Oltmer, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 2016, 455, 458; Oltmer, in: Bußmann/Bertels (Hrsg.), Normalfall Migration – Die Geschichte der Gegenwart, 2018, 13, 17 ff.

79 Vgl. Krüger-Potratz, in: Bußmann/Bertels (Hrsg.), Normalfall Migration? Migrationsbewegungen aus und nach Deutschland, 2018, 21, 22; Mecheril, in: Kriwak/Pallaver (Hrsg.), Medien und Minderheiten, 2012, 15, 23, der auf ein Zusammenspiel zwischen objektiven und subjektiven Faktoren hinweist; Oltmer, in: Bußmann/Bertels (Hrsg.), Normalfall Migration – Die Geschichte der Gegenwart, 2018, 13, 14.

80 Vgl. Mecheril, in: Kriwak/Pallaver (Hrsg.), Medien und Minderheiten, 2012, 15; Treibel, in: Baur et al. (Hrsg.), Migration, 2008, 295, 299; Treibel, Migration in modernen Gesellschaften, 4. Aufl. 2008, 13.

81 Dabei ist auch das Selbstverständnis, ein Einwanderungsland zu sein, Migration also als normalen Vorgang zu begreifen, den es staatlich zu regulieren und innerhalb der vorhandenen Strukturen zu administrieren gilt, weder ein Garant dafür, dass Diskriminierung und Stigmatisierung gegenüber den neuen Mitbürgern ausbleiben, noch folgt aus ihm, dass Aushandlungsprozesse um Integration, Akkulturation und Assimilation reibungslos verlaufen. Das Selbstverständnis als Einwanderungsland kann – wie das Beispiel der Vereinigten Staaten zeigt – vielmehr mit rassistischer Diskriminierung gegenüber (nicht-migrantischen ebenso wie neuen migrantischen) Minderheiten, einer deutlichen Dominanz der weißen Bevölkerung in Politik, Verwaltung und Justiz und einer scharfen Abschottungspolitik gegenüber „illegaler“ Migration einhergehen, vgl. Bartholomew/Reumshüssel, American Intolerance, 2018; Elschenbroich, Eine Nation von Einwanderern, 1986, 27 ff.; Oswald, Migrationssoziologie, 2007, 80; Treibel, Migration in modernen Gesellschaften, 4. Aufl. 2008, 48 ff. Zur Situation in Kanada vor dem Zweiten Weltkrieg vgl. Triadafilopoulos/Taylor, in: Hollifield/Foley (Hrsg.), Understanding Global Migration, 2022, 269, 270 ff.

82 Vgl. Elschenbroich, Eine Nation von Einwanderern, 1986, 11; Treibel, Migration in modernen Gesellschaften, 4. Aufl. 2008, 28, 48 ff.; vgl. aber Glazer, in: Swain (Hrsg.), Debating Immigration, 2. Aufl. 2018, xvii, xx, der darauf hinweist, dass über längere, die USA prägende Zeitabschnitte die Immigration in die Vereinigten Staaten niedrig war und nicht als zentral und prägend für die amerikanische Gesellschaft angesehen wurde. Zu den Ambivalenzen der Selbstwahrnehmung vgl. Foley, in: Hollifield/Foley (Hrsg.), Understanding Global Migration, 2022, 233 ff.

oder Kanada⁸³ –, haderten und hadern andere, insbesondere auch Deutschland, noch immer mit entsprechenden Zuschreibungen, auch wenn sich ihre Gesellschaft zu einem substanziellen Teil aus Menschen mit (familiärer) Migrationsgeschichte zusammensetzt.⁸⁴

Der aus heutiger Perspektive klare Befund, dass die Bundesrepublik Deutschland ein „Einwanderungsland“ mit einer „Einwanderungsgesellschaft“ ist,⁸⁵ war dementsprechend über Jahrzehnte Gegenstand scharfer Kontroversen.⁸⁶ Seit den 1970er Jahren dominierten Rückkehrförderung, Zuzugsbegrenzung und Einschränkung des Familiennachzugs den Diskurs,⁸⁷ wenn auch zunehmend eine Doppelstrategie verfolgt wurde, die auch die Integration langjährig in Deutschland lebender Ausländer fokussierte.⁸⁸ Trotz der konsistent über vier Millionen Menschen mit ausländischer Staatsangehörigkeit, die dauerhaft in Deutschland lebten, betonte die Bundesregierung noch über zwei Jahrzehnte nach Beginn der Gastarbeiteranwerbung, dass Deutschland *kein* Einwanderungsland sei.⁸⁹ Diese Behauptung stand im Wider-

83 Vgl. *Bloemraad*, in: Bertelsmann Stiftung/Migration Policy Institute (Hrsg.), *Rethinking National Identity in the Age of Migration*, 2012, 145 ff.; *Hoerder*, in: Ertler/Imbert (Hrsg.), *Cultural Challenges of Migration in Canada*, 2013, 145 ff.; *Ng/Metz*, *Journal of Business Ethics* 2015, 253, 254 f.; *Oswald*, *Migrationssoziologie*, 2007, 52.

84 Vgl. *Alexopoulou*, *Deutschland und die Migration*, 2020, 7 ff.; *Bade*, *Europa in Bewegung*, 2000, 358 f.; *Bade/Oltmer*, *Normalfall Migration*, 2004, 75: „Einwanderungssituation ohne Einwanderungsland“; *Mecheril*, in: Kriwak/Pallaver (Hrsg.), *Medien und Minderheiten*, 2012, 15: „In Europa hält sich jedoch hartnäckig eine Negativ- und Defizitperspektive, die Migration vor allem in Verbindung mit Armut und Kriminalität, als störend, bedrohend und fremd thematisiert“; vgl. für Deutschland *Barwig*, *ZAR* 2014, 42, 44; *Elschenbroich*, *Eine Nation von Einwanderern*, 1986, 11; *Pries*, *Die Messung von Zugehörigkeiten in der Migrationsgesellschaft: Ausblenden oder Analysieren systematischer sozialer Ungleichheiten?*, *Rat für Migration: RfM Debatte* 2022 v. 8. Juli 2022, abrufbar unter: <<https://rat-fuer-migration.de/2022/07/08/die-messung-von-zugehoerigkeiten-in-der-migrationsgesellschaft-ausblenden-oder-analysieren-systematische-sozialer-ungleichheiten/>>; „Deutschland war immer ein Land erheblicher Ein- und Auswanderungen, hat aber kontrafaktisch erst sehr spät begonnen, sich als Einwanderungsland wahrzunehmen.“; *Treibel*, *Migration in modernen Gesellschaften*, 4. Aufl. 2008, 47.

85 Deziert *Alexopoulou*, *Deutschland und die Migration*, 2020, 7; vgl. zur Entwicklung von einem informellen zu einem formellen Einwanderungsland *Bade/Oltmer*, *Normalfall Migration*, 2004, 132; *Bade/Oltmer*, in: *Bade et al.* (Hrsg.), *The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe*, 2011, 65, 81; siehe ferner *Meier-Braun*, in: *Meier-Braun/Weber* (Hrsg.), *Deutschland Einwanderungsland*, 2. Aufl. 2016, 15, 17.

86 Erst zu Beginn der 2000er Jahre wurde auch im politischen Raum artikuliert, dass Deutschland „seit langem“ Einwanderungsland ist – wenn auch mit dem Zusatz „faktisch“ –, vgl. Unabhängige Kommission „Zuwanderung“, *Zuwanderung gestalten, Integration fördern*, Bericht, 2001, S. 1: „Die in der Vergangenheit vertretene politische und normative Festlegung ‚Deutschland ist kein Einwanderungsland‘ ist als Maxime der Zuwanderungs- und Integrationspolitik unhaltbar geworden.“

87 Siehe BT-Drs. 9/1629, S. 1 f.; Regierungserklärung des Bundeskanzlers *Kohl*, Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 121. Sitzung (Bonn, Mittwoch, den 13. Oktober 1982), Plenarprotokoll 9/121, S. 7219 f.; vgl. *Alexopoulou*, *Deutschland und die Migration*, 2020, 127 ff.; *Dohse/Groth*, *KJ* 1983, 231, 236 ff.; *Treibel*, *Migration in modernen Gesellschaften*, 4. Aufl. 2008, 58.

88 Diese schon von der sozial-liberalen Koalition konzipierte Strategie (BT-Drs. 9/1629, S. 1) wurde von der konservativ-liberalen Regierung *Kohls* übernommen und fortgeführt, siehe BT-Drs. 10/2071, S. 2.

89 BT-Drs. 10/2071, S. 3: „Die Bundesrepublik Deutschland ist trotz der in den zurückliegenden Jahrzehnten erfolgten Anwerbung ausländischer Arbeitnehmer kein Einwanderungsland.“

spruch zur tatsächlichen Situation.⁹⁰ Die Weigerung, den *Status quo* anzuerkennen, war allerdings keine harmlose politische Rhetorik, sondern hatte erhebliche Konsequenzen. Sie führte letztlich dazu, dass Deutschland zwar faktisch – qua tatsächlicher Migration – Einwanderungsland wurde, diesen Wandel aber weder kulturell noch gesellschaftspolitisch oder – und vor allem – rechtlich nachvollzog.⁹¹ Das politisch gesetzte, gesetzgeberisch bestätigte und gesellschaftlich realisierte Narrativ, kein Einwanderungsland zu sein, zog gravierende soziale Probleme nach sich,⁹² die bis in die Gegenwart fortwirken und die Hypothek integrationspolitischer Versäumnisse der die Migrationsgesellschaft der Bundesrepublik prägenden Jahrzehnte darstellen. So stand die Integration mit Spracherwerb, Schul- und Berufsbildung, sicherem Aufenthaltsstatus mit Aussicht auf Einbürgerung und Schaffung eines Zugehörigkeitsbewusstseins bei Migranten und Mehrheitsbevölkerung bis in die 1990er Jahre – und damit lange nachdem die beiderseitige Rückkehrerwartung aufgegeben worden war – nicht im Fokus⁹³ deutscher Politik.⁹⁴ Seither ist die Integration zwar stärker in den Mittelpunkt politischer und medialer Aufmerksamkeit gerückt; mitunter freilich mit einem bemerkenswert geringen Maß an Reflexion über die eigenen Versäumnisse. Integration wurde und wird noch immer als Bringschuld von Menschen mit (fa-

90 Vgl. Hoerder, *Geschichte der deutschen Migration*, 2010, 106; Meier-Braun, in: Meier-Braun/Weber (Hrsg.), *Deutschland Einwanderungsland*, 2. Aufl. 2016, 15, 17; Treibel, *Migration in modernen Gesellschaften*, 4. Aufl. 2008, 56.

91 Vgl. Bade/Oltmer, in: Bade et al. (Hrsg.), *The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe*, 2011, 65, 76; Barwig, ZAR 2014, 42, 44; Elschenbroich, *Eine Nation von Einwanderern*, 1986, II; Hoerder, *Geschichte der deutschen Migration*, 2010, 105; Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 8 Rn. 72, mit Verweis auf Rückkehrförderung und Wiedereingliederungshilfe; Treibel, *Migration in modernen Gesellschaften*, 4. Aufl. 2008, 47: „Ende des 20. Jahrhunderts ist die faktisch beantwortete Frage, ob Deutschland als Einwanderungsland zu verstehen sei, politisch immer noch umstritten.“

92 Vgl. Kühn, *Stand und Weiterentwicklung der Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland*, 1979, passim: keine Förderung des Spracherwerbs; keine Integrationsangebote; niedrige Schulbesuchs- und Erfolgsquote; mangelnde berufliche Qualifizierung; Fokus auf Reintegration in die Herkunftsgesellschaft; siehe auch BT-Drs. 9/1629, S. 9, II.

93 Stattdessen stellte Bundeskanzler Kohl kurz nach seinem Amtsantritt Überlegungen darüber an, die Zahl türkischer Menschen in Deutschland um 50 Prozent zu reduzieren, vgl. die Gesprächsnotiz von Arthur John Coles, *Record of a Conversation between the Prime Minister and the Chancellor of the Federal Republic of Germany at 1930 hours on 28 October in Bonn*, PREM19/1036 f35, Archiv der Margaret Thatcher Foundation, S. 1 ff., abrufbar unter: <<https://web.archive.org/web/20221115080046/https://ee9da88ef6f462f2d6b-873dc3788ab15d5cbb1e3fe45dbec9b4.ssl.cfl.rackcdn.com/821028%20MT-Kohl%20memcon%2019-1036%20f135.pdf>>; vgl. dazu auch Hecking, „Kohl wollte offenbar jeden zweiten Türken loswerden“, SpiegelOnline v. 1. August 2013, abrufbar unter: <<https://www.spiegel.de/politik/deutschland/kohl-wollte-jeden-zweiten-tuerken-in-deutschland-loswerden-a-914318.html>>.

94 Vgl. Bade/Oltmer, *Normalfall Migration*, 2004, 102 f.; Barwig, ZAR 2014, 42, 43, spricht von einer „mehr als zwei Jahrzehnte andauernden ‚Delle‘ oder Unterbrechung im integrationspolitischen Diskurs in Deutschland“, die er „zeitlich genau bestimmbar“ zwischen 1980 und 2001 verortet; Helmrich, in: Etzold/Löhnig/Schlemmer (Hrsg.), *Migration und Integration in Deutschland nach 1945*, 2019, 68, 72 f.; früh Kühn, *Stand und Weiterentwicklung der Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland*, 1979, 10: „Integrative Maßnahmen waren lange Zeit an den Anforderungen einer Minimalbetreuung ausgerichtet und konzentrierten sich auf Hilfen zur Eingewöhnung im Berufsleben.“; Oswald, *Migrationssoziologie*, 2007, 82; Sommer, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkman (Hrsg.), *Perspektivwechsel im Ausländerrecht?*, 2007, 61, 72.

miliärer) Migrationsgeschichte konstruiert,⁹⁵ während Integrationshemmnisse, die von der Mehrheitsgesellschaft oder staatlichen Institutionen ausgehen, ausgeblendet werden.⁹⁶ So wurde als Grund für die lange Zeit geringen Einbürgerungsquoten langjährig in Deutschland lebender Ausländer regelmäßig angeführt, dass viele „Angehörige der ersten und zweiten Ausländergeneration Wert auf die Aufrechterhaltung der Bindungen zum Heimatstaat legten“⁹⁷. Diese Begründung mag zugetroffen haben, war aber angesichts langjähriger Diskriminierungserfahrungen, rassistischer Übergriffe auf migrantisch gelesene Menschen, einer migrations skeptischen oder -feindlichen politischen Rhetorik und der lange Zeit kommunizierten Rückkehrerwartung sicher unterkomplex.⁹⁸

Die Realität des voranschreitenden demografischen Wandels hat die Diskussion innerhalb der deutschen Gesellschaft seit der Jahrtausendwende gleichwohl schrittweise verschoben,⁹⁹ zuletzt im Kontext des Zuzugs von Flüchtlingen während der „Fluchtkrise“ 2015/2016.¹⁰⁰ Inzwischen leugnen auch die meisten politischen Akteure nicht mehr, dass die deutsche Gesellschaft langfristig auf Immigration in großem Umfang angewiesen sein wird, Deutschland also Einwanderungsland sein muss.¹⁰¹ Der Großteil der Bevölkerung teilt diese Einschätzung.¹⁰² Entsprechende gesetzliche

95 Selbst gegenwärtig finden sich zahlreiche Stellungnahmen, auch hochrangiger Politiker, die von einer „Bringschuld“ von Migranten sprechen, vgl. exemplarisch Frankfurter Rundschau v. 29. Januar 2025, „Integration ist eine Bringschuld“: Ministerpräsident Rhein über Migration, abrufbar unter: <https://www.fr.de/politik/integration-ist-eine-bringschuld-ministerpraesident-rhein-ueber-migration-zr-93539169.html#google_vignette>: „Integration ist in erster Linie auch eine Bringschuld derjenigen, die zu uns kommen, und nicht eine Bringschuld des Staates und seiner Bürger. Diese Bringschuld werden wir deutlich klarer einfordern.“; Die Zeit v. 22. September 2024, „Integration ist ganz klar auch eine Bringschuld“, abrufbar unter: <<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2024-09/bijan-djir-sarai-fdp-migrationspolitik-einwanderung-iran>>.

96 Vgl. zum nur langsamen Wandel im Verständnis *Foroutan*, Integration in der postmigrantischen Gesellschaft – Paradigmenwechsel, Bundeszentrale für politische Bildung v. 20. April 2015. Aus rechtlicher Perspektive für eine Verantwortung „jedes nach Deutschland kommenden Menschen, der staatlichen Institutionen und der Gesellschaft in ihrer Gesamtheit“ *Fontana*, Integrationsrecht, 2022, I, sowie 9 ff., 139 f.

97 *Renner*, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 8 Rn. 73.

98 Vgl. schon früh *Dohse/Groth*, KJ 1983, 231, 246; zur Bedeutung der genannten Faktoren m.w.N. Die Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration, Erfolgsfaktoren einer gelingenden Einbürgerungspraxis, S. 16 ff., abrufbar unter: <<https://www.integrationsbeauftragte.de/resource/blob/1872554/1948304/eal16c4d31b0af76bec191e8ba613f87/svr-einbuengerung-data.pdf?download=1>>.

99 Vgl. *Meier-Braun*, in: *Meier-Braun/Weber* (Hrsg.), Deutschland Einwanderungsland, 2. Aufl. 2016, 15, 18.

100 Einen deutlichen Einstellungswandel seit der „Fluchtkrise“ 2015/2016 konstatieren *Kösemen/Wieland*, Willkommenskultur zwischen Stabilität und Aufbruch, 2022, 8; vgl. auch *Alexopoulou*, Deutschland und die Migration, 2020, 7.

101 Schon 2007 konstatierte *Oswald*, Migrationssoziologie, 2007, 84: „Deutschland ist aus wirtschaftlichen, demographischen und humanitären Gründen [...] heute ein ‚Einwanderungsland modernen Typs‘ [...] und gilt inzwischen ganz offiziell als ‚Zuwanderungsgesellschaft‘“. Auch aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive ist dieser Befund klar, vgl. *Fratzscher/Zinn*, DIWaktuell Nr. 105 v. 6. Februar 2025; *Kubis/Schneider*, Zuwanderung und Arbeitsmarkt, Bertelsmann Stiftung 2024.

102 Vgl. *Faus/Storks*, Das pragmatische Einwanderungsland. Was die Deutschen über Migration denken, 2019, 5 ff.; *Kösemen/Wieland*, Willkommenskultur zwischen Stabilität und Aufbruch, 2022, 11 f.

Weichenstellungen sind in den letzten Legislaturperioden erfolgt.¹⁰³ Zugleich wird im politischen Diskurs fortlaufend betont, dass es dabei um „geregelte“ Arbeitskräftemigration gehen müsse,¹⁰⁴ wobei parallel hierzu eine Begrenzung der „irregulären“ Migration – eine Wortschöpfung zur Markierung von Menschen, die aus prekären Lebensbedingungen heraus zur Migration motiviert werden und *aus diesem Grund* keine Aussicht auf eine Einreise mit Visum haben¹⁰⁵ – zwingend geboten sei.¹⁰⁶

Es wird auf diese Weise deutlich zwischen willkommenen und nicht-willkommenen, „guten“ und „schlechten“ Migranten unterschieden.¹⁰⁷ Ausgebildete Arbeitskräfte hier, „Flüchtlinge“ oder gar „irreguläre Migranten“ dort.¹⁰⁸ Zur Unterscheidung dieser Gruppen kommt neben migrationsrechtlichen Mitteln auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene auch das *Strafrecht* zum Einsatz. Dieser Ausschnitt des rechtlichen Umgangs mit Migration wird im Folgenden vertieft.

II. Die Kriminalisierung von Migration im Laufe der Zeit

Der Migrationsvorgang, also die Einreise, der Aufenthalt, die Aufenthaltsverfestigung bis hin zum Erwerb der Staatsbürgerschaft des neuen Heimatstaates, ist heute umfassend rechtlich überformt. Dies gilt für die Bundesrepublik Deutschland, die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, aber auch für nahezu alle anderen Staaten der Welt. Migranten sind daher vom Moment ihrer Emigration an einer Vielzahl rechtlicher Regelungen unterworfen, die ihre „Wanderung“ steuern und kontrollie-

103 Insbesondere das Gesetz zur Fortentwicklung der Fachkräfteeinwanderung v. 16. August 2023 ist zu nennen (BGBl. 2023 I, Nr. 217, S. 1), dem in der vorangegangenen Legislaturperiode das Fachkräfteeinwanderungsgesetz vom 15. August 2019 (BGBl. 2019 I, S. 1307) vorausgegangen war.

104 Zu diesem Topos *Mecheril*, in: Kriwak/Pallaver (Hrsg.), *Medien und Minderheiten*, 2012, 15, 16.

105 Nach *Phillips/Bowling/Parmar*, in: *Liebling/Maruna/McAra* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Criminology*, 7. Aufl. 2023, 329, 338, liegt ein besonderer Fokus bei der Migrationskontrolle auf „[...] individuals with a ‘perceived low-economic or production value’, often of minority ethnic origin [...]“; vgl. auch *Franko Aas*, in: *Franko Aas/Bosworth* (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 21, 29 f.; *Fuchs/Kremmel/Kretschmann/Pilgram*, *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* 2016, 103, 106 f.; *Spena*, *Criminal Law and Philosophy* 2014, 635, 648; kritisch gegenüber der Fortschreibung historischer Rassifizierungen durch das Schengen-System *van der Woude*, *KrimJ* 2022, 36, 46. Zum Begriff der „irregulären“ Migration siehe auch schon oben Einleitung II. 2. d).

106 Vgl. Bundesinnenministerium, Sonderbevollmächtigter für Migrationsabkommen (20. Legislaturperiode), <<https://web.archive.org/web/20250120225718/https://www.bmi.bund.de/DE/ministerium/beauftragte/sonderbevollmaechtigter-migrationsabkommen/sonderbevollm-migrationsabkommen-no-de.html>>: „Die Koalitionspartner haben als Ziel formuliert, die Migrationspolitik neu zu gestalten. Dazu gehört, die irreguläre Migration zu reduzieren und reguläre Migration zu ermöglichen.“

107 Vgl. *Aliverti*, in: *Bosworth/Parmar/Vázquez* (Hrsg.), *Race, Criminal Justice, and Migration Control: Enforcing the Boundaries of Belonging*, 2018, 127 f.; *Franko Aas*, in: *Franko Aas/Bosworth* (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 21, 29; *Mecheril*, in: *Kriwak/Pallaver* (Hrsg.), *Medien und Minderheiten*, 2012, 15, 16 f. Auch in Bevölkerungsbefragungen zeigt sich diese Differenzierung, vgl. *Faus/Storks*, *Das pragmatische Einwanderungsland. Was die Deutschen über Migration denken*, 2019, 11; *Kösemen/Wieland*, *Willkommenskultur zwischen Stabilität und Aufbruch*, 2022, 15 f.

108 Vgl. *Franko Aas*, in: *Franko Aas/Bosworth* (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 21, 29; *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 32; *Lucassen/Lucassen*, in: *Lucassen/Lucassen* (Hrsg.), *Migration, Migration History, History. Old Paradigms and New Perspectives*, 1997, 9, 17 f.

ren oder gar verhindern sollen. Dabei kommen – inzwischen selbstverständlich – auch Strafvorschriften zum Einsatz, die wiederum in einem engen Zusammenhang zu den Regelungen über die Ausweisung von Ausländern stehen.¹⁰⁹ Für Deutschland zeigt sich, dass die Dichte dieser Regelungen in den vergangenen Jahrzehnten stetig zugenommen hat. Dies entspricht einem internationalen Trend der Verrechtlichung, Begrenzung und Verhinderung von Migration, die zwar als solche „Normalität“ ist, vom Recht freilich als „genehmigungsbedürftig“, „potenziell gefährlich“ und deshalb streng zu reglementierendes Geschehen behandelt wird.¹¹⁰ Die Kenntnis der Rechtsentwicklung bildet dabei die Grundlage für die im Weiteren folgende Vertiefung des Untersuchungsgegenstandes.

1. Nationalstaat und Staatsbürgerschaft

Die rechtliche Überformung von Migrationsvorgängen ist eng mit der Entstehung des Nationalstaates und damit verbunden der Verleihung von Staatsbürgerschaft verknüpft, mit der jeder Einzelne „seinem“ Staat zugeordnet, dessen Schutz unterstellt und mit Rechten und Pflichten diesem gegenüber ausgestattet wurde.¹¹¹ Außerhalb des eigenen Staatsgebiets waren Betroffene „Fremde“ mit eingeschränkten Rechten und blieben es regelmäßig auch bei langjährigem Aufenthalt.¹¹² Eine einheitliche „deutsche“ Staatsangehörigkeit existierte jedoch lange Zeit nicht; vielmehr regelte eine Vielzahl an Staatsangehörigkeits- und Untertanengesetzen die Rechtsbeziehungen der Einwohner der deutschen Partikularstaaten jeweils gesondert.¹¹³ Angehörige des einen deutschen Staates konnten daher „Fremde“ in einem anderen sein und aus diesem auch ausgewiesen werden.¹¹⁴ Erst in Folge der Gründung zunächst des Norddeutschen Bundes 1867 und später des Deutschen Reichs 1871 wurden eine einheitliche „deutsche“ Staatsangehörigkeit¹¹⁵ und das Recht auf Freizügigkeit für alle Reichsangehörigen in allen deutschen Bundesstaaten beziehungsweise Ländern

109 Beispielhaft § 54 Abs. 1 Nr. 1c, Abs. 2 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 8 AufenthG.

110 Vgl. *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 31 ff.

111 Vgl. *Dörig*, in: *Dörig* (Hrsg.), *Handbuch Migrations- und Integrationsrecht*, 2. Aufl. 2020, Einl. Rn. 7; *Gosewinkel*, *Einbürgern und Ausschließen*, 2. Aufl. 2003, 11; *Renner*, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 3 Rn. 13; *Schiedermaier*, *Handbuch des Ausländerrechts*, 1968, 3; *Thym*, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 7; *Thym*, *Der Staat* 2018, 77, 80 ff.

112 Vgl. *Renner*, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 3 Rn. 14; *Thym*, *Der Staat* 2018, 77, 84.

113 Vgl. *Thym*, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 51: „kein kohärentes Konzept der Staatsangehörigkeit“.

114 Vgl. *Schiedermaier*, *Handbuch des Ausländerrechts*, 1968, 6 f.

115 *Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit* v. 1. Juni 1870, *Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes* 1870, S. 355. Dieses Gesetz galt nach der Reichsgründung als Reichsgesetz fort, vgl. *Dörig*, in: *Dörig* (Hrsg.), *Handbuch Migrations- und Integrationsrecht*, 2. Aufl. 2020, Einl. Rn. 7. Es orientierte sich eng am Preußischen Untertanengesetz von 1842, vgl. *Gosewinkel*, *Einbürgern und Ausschließen*, 2. Aufl. 2003, 96. Schon seit 12. Oktober 1867 galt das Gesetz über das Paßwesen, welches eine Bundesangehörigkeit (zum Norddeutschen Bund) voraussetzte.

geschaffen.¹¹⁶ 1913 wurde das Staatsangehörigkeitsrecht umfassend im *Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz* geregelt,¹¹⁷ das bis zum Inkrafttreten des Staatsangehörigkeitsgesetzes am 1. Januar 2000 fort galt. Die Reichsbürgerschaft knüpfte an die Staatsangehörigkeit eines deutschen Landes an und überlagerte diese partiell, ersetzte sie aber nicht.¹¹⁸ Die Einbürgerung von Ausländern war nach dem *Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz* nur als restriktiv gehandhabte Ermessenseinbürgerung vorgesehen – ganz im Einklang mit dem Grundprinzip der Zuordnung des Einzelnen zu seinem Staat.¹¹⁹

Damit war der Grundstein für die Differenzierung zwischen Deutschen (Reichsangehörigen) und Ausländern (oder in der damaligen Diktion: Fremden) gelegt.¹²⁰ Gleichwohl unterlagen Ausländer im Deutschen Reich lange Zeit keinen flächendeckenden Einreise- oder Aufenthaltsbeschränkungen.¹²¹ Das *Gesetz über das Paßwesen* (1867)¹²² sah in § 2 sogar ausdrücklich vor, dass „[a]uch von Ausländern [...] weder beim Eintritt, noch beim Austritt über die Grenze des Bundesgebietes, noch während ihres Aufenthalts oder ihrer Reisen innerhalb desselben ein Reisepapier gefordert werden [soll].“ Ausländer blieben lediglich – wie Bundes- und später Reichsangehörige auch – gemäß § 3 des Gesetzes „verpflichtet, sich auf amtliches Erfordern über ihre Person genügend auszuweisen.“ Das *Gesetz über das Paßwesen* stellte also Ausländer lediglich mit Inländern gleich.¹²³ Auch im Übrigen war die Rechtsstellung von Ausländern denen von Deutschen weitgehend angenähert, insbesondere war ein polizeiliches Einschreiten gegen sie – etwa im Bereich der Gewerbepolizei – gleichermaßen durch den Grundsatz gesetzmäßiger Verwaltung beschränkt wie bei einem Vorgehen gegen Inländer.¹²⁴ 1910 schrieb *von Frisch* in

116 § 1 des Gesetzes über die Freizügigkeit v. 1. November 1867, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1867, S. 55; Art. 3 der Verfassung des Deutschen Reiches v. 16. April 1871, Bundesgesetzblatt des Deutschen Bundes 1870, Nr. 16, S. 63.

117 Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz v. 22. Juli 1913, RGBl. 1913, S. 583.

118 Vgl. §§ 1 ff. RuStAG 1913. So galt z.B. das *Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Eigenschaft als Preussischer Unterthan, so wie über den Eintritt in fremde Staatsdienste* (Preussisches Untertanengesetz) v. 31. Dezember 1842, PrGS 1843, S. 15, zunächst fort; vgl. zur historischen Entwicklung *Gosewinkel*, Einbürgern und Ausschießen, 2. Aufl. 2003, 81 ff.

119 Vgl. § 8 RuStAG.

120 Vgl. *Schiedermair*, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, 3: „denn es führte zu einer völlig veränderten Begriffsabgrenzung“; *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 51.

121 Vgl. *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 53; *Weißmann*, Ausländergesetz, 1966, 19. Nach dem Preussischen Allgemeinen Landrecht konnten sich Ausländer grundsätzlich „aller Rechte der Einwohner [...] erfreuen, so lange sie sich des Schutzes der Gesetze nicht unwürdig“ machten, § 41 der Einleitung zum ALR, dazu *Wölzendorff*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1908, 409, 416. Allerdings galt für Preußen, wie für andere deutsche Staaten auch, vor der Reichsgründung ein vergleichsweise strenges Grenzregime mit Passpflicht und Aufenthaltsbewilligungsvorbehalt, vgl. *Allgemeines Paß-Edikt für die Preussische Monarchie* v. 22. Juni 1817, abgedruckt in: Heinze (Hrsg.), Das Preussische Paß-Gesetz nebst den dazu gehörigen Erläuterungen und späteren Verordnungen, 2. Aufl. 1823, S. 1 ff.; dazu *Renner*, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 3 Rn. 15.

122 Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1867, S. 33.

123 Vgl. *Isay*, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, I.

124 Vgl. *Isay*, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 92 ff.

der Einleitung zu seiner Darstellung des „Fremdenrechts“ gar: „In unserem kosmopolitischen Zeitalter, im Jahrhundert des rastlosen Verkehrs der Völker zu Lande, zu Wasser und durch die Luft, schwinden die staatlichen Grenzen immer mehr. Dem einzelnen *steht es frei* (Herv. d. Verf.), fast überall auf dem ganzen Erdball seinen Herd zu gründen, es wird dem Asiaten in Europa so wenig verwehrt wie dem Amerikaner in Australien, und jeder weiß, daß er überall als Persönlichkeit, als Rechtssubjekt anerkannt wird.“¹²⁵ Von Frisch ging dabei sogar von einer völkerrechtlichen *Pflicht* der Staaten aus, „Fremde im allgemeinen zuzulassen“¹²⁶, also ihnen die Einreise nicht grundlos zu verwehren. Was gegenwärtig einer Utopie gleicht, war zu Beginn des 20. Jahrhunderts und vor Ausbruch des Ersten Weltkriegs – allerdings unausgesprochen begrenzt auf weiße oder jedenfalls Nicht-Schwarze Menschen¹²⁷ – zwar eine umstrittene, aber keine besonders aufsehenerregende Auffassung.¹²⁸

Den liberalen¹²⁹ Einreise- und Niederlassungsregelungen – beziehungsweise dem Fehlen eines Zugangskontrollregimes – stand allerdings ein robustes Ausweisungsrecht gegenüber, das den vermeintlich großzügigen Umgang mit Ausländern als Chimäre entlarvt. So ging die herrschende Meinung davon aus, dass die Ausweisung von Nicht-Deutschen („Fremden“) aus einem Land (Landesverweisung) auf Grundlage landespolizeilicher Regelungen grundsätzlich uneingeschränkt möglich war.¹³⁰ Ihnen stand nach der herrschenden Staatsrechtslehre des Deutschen Reiches und des größten deutschen Landes – Preußen – nämlich kein subjektives Recht auf Aufenthalt oder Niederlassung im Staatsgebiet zu, was sich auch gesetzlich durch den Ausschluss des Verwaltungsrechtswegs manifestierte.¹³¹ Die landesrechtlich be-

125 von Frisch, Das Fremdenrecht, 1910, 1.

126 von Frisch, Das Fremdenrecht, 1910, 138; vgl. auch Jenckel, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 4. Gegen eine völkerrechtliche Pflicht zur Einräumung von Aufenthalts- oder Niederlassungsrecht Lentscher, Das Fremdenrecht als gesetzgeberisches Problem, 1928, 58; später dann auch BVerwG, Urt. v. 9.5.1957 – I C 183.54, Rn. 12 (WoltersKluwer); Weißmann, Ausländergesetz, 1966, 54.

127 Zu dieser wichtigen Einschränkung Thränhardt, in: Thränhardt/Hunger (Hrsg.), Der Nationalstaat als migrationspolitischer Akteur, 2003, 8, 10 f.

128 Vgl. auch Jenckel, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 4: „Kein Staat [...] hat heute noch das Recht, seine Grenzen vollkommen dem Zuzug von Fremden zu verschließen.“ Zum seinerzeitigen Meinungsstreit vgl. Franz, DVBl. 1963, 797 f.

129 Vgl. Franz, DVBl. 1963, 797, 798; Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 53.

130 Vgl. Isay, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 97, 212 ff.; Weißmann, Ausländergesetz, 1966, 20 f.; kritisch gegenüber der herrschenden Meinung Wolzendorff, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1908, 409 ff., unter Rückgriff auf das PrALR (S. 416 ff.), der aber zugleich skizziert, dass sich koinzidierend mit der Reichsgründung die Rechtsauffassung zugunsten eines unbeschränkten Ausweisungsrechts verschoben habe (S. 421 f.); aus völkerrechtlicher Perspektive Jenckel, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 4. Vgl. zum Ganzen auch Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 4 Rn. 20.

131 Statthaft war allein die Verwaltungsbeschwerde zur vorgesetzten Behörde, siehe exemplarisch Art. 130 Abs. 3 des preußischen Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung v. 30. Juli 1883, PrGS 1883, S. 195; ProVG, Bescheid v. 18.2.1888, ProVG-E 16, 381, 382: „Indem in dieser letzteren Vorschrift gesagt ist, daß Personen, welche nicht Reichsangehörige sind, die Klage gegen die Landesverweisung nicht zusteht, so ist damit nur die selbstverständliche, notwendige Folge der staatsrechtlich außer Zweifel stehenden

gründeten Ausweisungsverfügungen waren zwar auf das Staatsgebiet eines Landes beschränkt.¹³² Zugleich konnte aber die Ausweisung aus einem Land den Anlass für die Ausweisung aus weiteren deutschen Ländern bilden, sodass im Ergebnis ein Aufenthalt im Deutschen Reich insgesamt unmöglich werden konnte.¹³³

Ein dem Asylgrundrecht vergleichbarer Flüchtlingsschutz existierte nicht.¹³⁴ In der Konsequenz wurde ganz überwiegend angenommen, dass eine polizeirechtlich begründete Ausweisung von „Fremden“ an keine weitergehenden Voraussetzungen gebunden war, nicht einmal die allgemeinen polizeirechtlichen Eingriffsvoraussetzungen.¹³⁵ Vielmehr konnten Ausländer – in Ausübung eines freien polizeilichen Ermessens – bereits dann durch die jeweils zuständige Polizeibehörde ausgewiesen werden, wenn sie der Polizei „lästig“, „unerwünscht“ oder „unliebsam“ erschienen.¹³⁶ Eine „Lästigkeit“ war etwa anzunehmen, wenn entgegen einschlägiger Verwaltungsvorschriften eine Erwerbstätigkeit aufgenommen wurde, wobei in Preußen strenge Voraussetzungen für die Arbeitsaufnahme durch bestimmte Ausländergruppen – insbesondere Osteuropäer – bestanden.¹³⁷ Die Grenze bildete das Willkürverbot.¹³⁸

Norm zum Ausdruck gebracht, daß Ausländern kein Recht zum Aufenthalte im Inlande zur Seite steht.“; ProVG, Bescheid v. 29.11.1912, ProVG-E 24, 429, 430: „Der Kläger ist Ausländer und hat als solcher kein Recht zum Aufenthalt im Inlande [...]“; vgl. von Frisch, Das Fremdenrecht, 1910, 177 f., 179; Jenckel, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 2, 8; Lentscher, Das Fremdenrecht als gesetzgeberisches Problem, 1928, 57 f.; Schiedermaier, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, 4, 7; Wolzendorff, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1908, 409, 410. Der Rechtsweg stand jedoch offen für sogenannte „gebundene Reichsverweisungen“, also solche, die an die strafrechtliche Verurteilung anknüpften, vgl. Isay, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 244 f.

- 132 Vgl. Lehmann, Die Ausweisung im System des deutschen Fremdenrechts, 1898, 44 f.; Lentscher, Das Fremdenrecht als gesetzgeberisches Problem, 1928, 61; Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 4 Rn. 25; Weißmann, Ausländergesetz, 1966, 20 f.
- 133 Vgl. zur entsprechenden Regelung der PrAPVO unten A. II. 2. b); zudem weist Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 4 Rn. 28, darauf hin, dass die Landesverweisung „praktisch einer Reichsverweisung gleich[kam]“, da sich „üblicherweise [...] kein anderer Bundesstaat freiwillig bereit [fand], einen des Landes verwiesenen Fremden aufzunehmen.“
- 134 Vgl. zur asylfeindlichen Haltung in Mitteleuropa Oltmer, in: Bade (Hrsg.), IMIS-Beiträge, Heft 20/2002, 107, III. Im Auslieferungsgesetz von 1929 (RGBl. 1929 I, S. 239) fand sich immerhin das Verbot der Auslieferung wegen politischer Straftaten (§ 3 Abs. 1 Auslieferungsg 1929), das aber wiederum kein subjektives Recht des Betroffenen begründete und ihn auch nicht vor Ausweisung und Abschiebung schützte, Oltmer, a.a.O., 117.
- 135 Vgl. Isay, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 97 f.; kritisch zur h.M. Wolzendorff, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1908, 409 ff.
- 136 ProVG, Bescheid v. 18.2.1888, ProVG-E 16, 381, 383; ProVG, Bescheid v. 29.11.1912, ProVG-E 24, 429, 430 f.; vgl. Isay, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 97; Lehmann, Die Ausweisung im System des deutschen Fremdenrechts, 1898, 42 f.; Wolzendorff, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1908, 409, 410; anders dagegen Lentscher, Das Fremdenrecht als gesetzgeberisches Problem, 1928, 65 f., unter Berufung auf einen Erlass des Preußischen Innenministers v. 24. August 1923 und dessen auffallende Ähnlichkeit zu § 10 II 17 PrALR.
- 137 ProVG, Bescheid v. 29.11.1912, ProVG-E 24, 429; vgl. zur Entwicklung eines staatlichen Anwerbemonopols für ausländische Arbeitskräfte in Preußen Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 54 m.w.N.
- 138 ProVG, Bescheid v. 18. Februar 1888, ProVG-E 16, 381, 383: „keineswegs mit Willkür gleichbedeutend“; vgl. Isay, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 97 f. Bereits die Behauptung, der Ausländer sei „lästig“ genügt jedoch, um eine nicht-willkürliche Ausweisung anzunehmen, vgl. S. 203; kritisch insoweit Jenckel, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 5 f.

Das Fremdenpolizeirecht war also Verwaltungssinnenrecht, das nach außen nur in Form einzelfallbezogener Polizeiverfügungen sichtbar wurde.¹³⁹

Dementsprechend kam es in der Zeit nach der Reichsgründung immer wieder anlassbezogen zu größeren „Ausweisungswellen“ in einzelnen Ländern. So wurden in Preußen 1885 etwa 30.000 bis 40.000 sogenannte „Auslandspolen“, die als Landarbeiter tätig gewesen waren, im Wege der – völkerrechtlich schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts für unzulässig gehaltenen¹⁴⁰ – Massenausweisung ausgewiesen.¹⁴¹ Eine weitere Welle von Ausweisungen fand in den frühen 1920er Jahren statt, als innerhalb weniger Monate zahlreiche Erlasse zur Ausweisung „lästiger“ Ausländer ergingen.¹⁴² Davon betroffen waren vor allem sogenannte „Ostjuden“, ein abwertender Begriff für jüdisch gelesene Menschen aus osteuropäischen Ländern, sowie Personen, die keiner Beschäftigung nachgingen, die ihren Lebensunterhalt nicht bestreiten konnten, die als „Zigeuner“ oder „Bettler“ diffamiert wurden oder die gegen wirtschaftliche, meldepolizeirechtliche oder strafrechtliche Bestimmungen verstoßen hatten.¹⁴³ Sie mussten mit scharfen polizeirechtlichen Maßnahmen bis hin zu Internierungen und (Sammel-)Abschiebungen rechnen.¹⁴⁴

Das Zusammenspiel zwischen einem fehlenden Zugangskontrollregime – das nicht mit der Gewährung eines Aufenthaltsrechts verwechselt werden darf¹⁴⁵ – und der extensiven Befugnis zur Ausweisung von Ausländern bewirkte im Ergebnis, dass die Ausweisung das zentrale migrationspolitische „Steuerungsinstrument“ im Deutschen Reich war.¹⁴⁶ In diesen Befund fügen sich die jährlich erfolgenden Ausweisungen von ausländischen Saisonarbeitern in Preußen ein, die zum Winter ausgewiesen wurden, um ihre dauerhafte Ansiedlung zu verhindern, nur um ihnen im Frühjahr

139 Vgl. 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, 35.

140 Vgl. *Isay*, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 203 f.; *Jenckel*, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 6.

141 Vgl. *Renner*, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 4 Rn. 30; *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 53 f.

142 Vgl. *Weißmann*, Ausländergesetz, 1966, 19 f.

143 Vgl. *Oltmer*, in: *Bade* (Hrsg.), IMIS-Beiträge, Heft 20/2002, 107, 122; *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 199; *Weißmann*, Ausländergesetz, 1966, 20.

144 Vgl. den Erlass des Preußischen Innenministers vom 21. Oktober 1921, abgedruckt bei *Isay*, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 215 ff., Fn. 3, dort C. III.: „An Stelle einer nicht oder vorläufig nicht durchführbaren Ausweisung tritt die Unterbringung in einem Sammellager. Sie stellt keine Strafe dar, hat vielmehr den Zweck, die rasche Abbeförderung zu sichern, wenn eine unmittelbare Abschiebung nicht durchführbar ist [...]“. Vgl. auch die scharfe Rhetorik gegenüber den betroffenen Gruppen, welche aus dem ansonsten recht sachlichen Text heraussticht, bei *Isay*, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 216 ff. Die Sammellager zum Zwecke der Internierung hatten allerdings nur kurze Zeit Bestand und wurden schon 1923 wieder aufgelöst, siehe *Oltmer*, in: *Bade* (Hrsg.), IMIS-Beiträge, Heft 20/2002, 107, 121 f.

145 Vgl. *Schiedermaier*, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, 4.

146 Vgl. *Renner*, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 4 Rn. 25; *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 54, 198 f.

die Rückkehr zu gestatten.¹⁴⁷ Das Verfahren blieb aufgrund der Zentralstellung der Ausweisung stets vollständig in der Hand der Polizeibehörden,¹⁴⁸ ohne die Möglichkeit gerichtlicher Kontrolle. Damit erhielt das Ausländerrecht frühzeitig seine Prägung als besonderes Polizeirecht („Fremdenpolizeirecht“¹⁴⁹), das Ausländer primär als „Gefahrenquelle“ behandelte,¹⁵⁰ ohne dass für ein Einschreiten gegen sie die polizeirechtlichen Eingriffsvoraussetzungen erfüllt sein mussten.¹⁵¹ Diese Perspektive auf den Ausländer als potenzielle „Gefahr“ prägt die Rechtsetzung und -anwendung bis zur Gegenwart.¹⁵² Zugleich zeigte sich hier eine frühe Form des kapitalistischen Modells der Ausbeutung von Arbeitsmigranten, die leicht verfügbar, aber infolge ihrer prekären Rechtsstellung auch besonders vulnerebel und ausnützbar waren.¹⁵³

Reichsgesetzliche Regelungen über Zugang, Rechtsstellung und Aufenthaltsstatus von Ausländern blieben dagegen aus, obwohl dem Reich die Gesetzgebungskompetenz zustand.¹⁵⁴ Es wurden lediglich vereinzelt Verordnungen über die Einführung einer (vorübergehenden) Passpflicht für bestimmte Teile des Reiches erlassen, etwa für Berlin,¹⁵⁵ oder anlassbezogen für bestimmte Gruppen, etwa zur Verhinderung der Ausbreitung von Epidemien – wie der 1878–79 in Teilen Russlands ausgebrochenen Pest – für „aus Rußland kommende Reisende“¹⁵⁶. Zudem wurden mitunter Regelungen zur Reichsverweisung bezüglich bestimmter Gruppen (Sozialdemokraten, Jesuiten) vorgesehen.¹⁵⁷

147 Vgl. Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 4 Rn. 30, der darauf hinweist, dass diese „regelmäßige Abschiebung“ nicht als Landesverweisung angesehen wurde, „weil sie nur vorübergehend wirken und die Selbsthaftmachung verhindern sollte.“

148 Oltmer, in: Bade (Hrsg.), *IMIS-Beiträge*, Heft 20/2002, 107, 122, weist darauf hin, dass dies durchaus eine deutsche Besonderheit war. In anderen europäischen Staaten war die Ausweisungsbefugnis nicht Orts- und Kreispolizeibehörden zugewiesen, sondern Innen- und Justizministerien oder gar allein dem Staatsoberhaupt.

149 Vgl. Art. 7 Nr. 4 WRV. Isay, *Das deutsche Fremdenrecht*, 1923, 100, spricht davon, dass sich im Ausweisungsrecht „ein Stück Polizeistaat bis auf den heutigen Tag erhalten“ habe, was er auf die fehlende Gesetzesbindung der Polizei bei Ausweisungsverfügungen zurückführt; ebenso bis 1949 Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 198.

150 Vgl. Dörig, in: Dörig (Hrsg.), *Handbuch Migrations- und Integrationsrecht*, 2. Aufl. 2020, Einl. Rn. 11; Jenckel, *Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932* (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 2: „Sicherheitspolizei im engeren Sinne“, exemplarisch auch S. 17; zur Fortsetzung im bundesdeutschen Ausländerrecht Sommer, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkman (Hrsg.), *Perspektivwechsel im Ausländerrecht?*, 2007, 61, 62.

151 Vgl. Oltmer, in: Bade (Hrsg.), *IMIS-Beiträge*, Heft 20/2002, 107, 122; Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 200.

152 Vgl. Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 197, 199.

153 Vgl. Barker, *European Journal of Criminology* 2017, 120, 125.

154 Siehe Art. 4 Nr. 1 Verfassung des Deutschen Reiches v. 16. April 1871; Art. 7 Nr. 4 Weimarer Reichsverfassung.

155 Vgl. Verordnung, betreffend die vorübergehende Einführung der Paß-Pflichtigkeit für Berlin v. 26. Juni 1878, RGBl. 1878 I, S. 131.

156 Vgl. Verordnung, betreffend die Paßpflichtigkeit der aus Rußland kommenden Reisenden v. 2. Februar 1879, RGBl. 1879 I, S. 9, siehe insbesondere § 2.

157 Vgl. dazu Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 4 Rn. 21.

Die reichsgesetzliche Zurückhaltung galt allerdings nicht für den Bereich der Ausweisung straffälliger Ausländer. So war im Reichsstrafgesetzbuch bereits bei seinem Inkrafttreten 1871 die Reichsverweisung für straffällige Ausländer vorgesehen. Die entsprechenden Ausweisungstatbestände knüpften an die strafrechtliche Verurteilung wegen bestimmter Delikte beziehungsweise die Anordnung von Polizeiaufsicht an.¹⁵⁸ Die Entscheidung über die Ausweisung stand jeweils im Ermessen der zuständigen Landespolizeibehörde.¹⁵⁹ Es ist bemerkenswert, dass sich schon bei der Gründung des Deutschen Reichs der noch heute im Aufenthaltsgesetz kodifizierte Mechanismus fand, straffällige Ausländer auszuweisen und damit aus der Gemeinschaft auszuschließen,¹⁶⁰ wobei die Wurzeln dieses Ausweisungsgrundes sogar noch deutlich weiter zurückreichen.¹⁶¹ Schon damals wurde die auf ein Strafurteil gestützte Ausweisung jedoch nicht als Nebenstrafe qualifiziert, sondern als präventive Maßnahme eingeordnet.¹⁶² Auch ein erster migrationsstrafrechtlicher Tatbestand fand sich im Reichsstrafgesetzbuch: Als Übertretung wurde gemäß § 361 Nr. 2 RStGB die unerlaubte Rückkehr nach erfolgter Verweisung aus dem Bundesgebiet oder einem Bundesstaat mit Haft (Freiheitsentziehung bis zu sechs Wochen, § 18 RStGB) bedroht (sog. „Bannbruch“). Strafbar machte sich also, wer, nachdem er einmal ausgewiesen worden war, unerlaubt wieder einreiste.¹⁶³

Eine deutliche Abkehr vom großzügigen Umgang mit Einreisen in das Reichsgebiet erfolgte mit Beginn des Ersten Weltkriegs. Zunächst wurde eine vorübergehende Passpflicht für Ausländer erlassen,¹⁶⁴ bevor ab 1916 eine allgemeine Pass- bezie-

158 § 39 RStGB bei Polizeiaufsicht, § 284 RStGB bei Verurteilung wegen gewerblichen Glückspiels, § 362 RStGB bei Verurteilung mit gemeinnütziger Arbeit (die Unterbringung in einem Arbeitshaus konnte durch Verweisung „aus dem Bundesgebiete“ ersetzt werden); vgl. *Weißmann*, Ausländergesetz, 1966, 19; dazu auch *Isay*, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 206 ff.

159 Vgl. *Isay*, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 206; *Jenckel*, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 7.

160 Vgl. *von Frisch*, Das Fremdenrecht, 1910, 164: „[...] verurteilte Verbrecher, die Fremde sind, will der Staat nicht länger auf seinem Territorium dulden.“; *Lentscher*, Das Fremdenrecht als gesetzgeberisches Problem, 1928, 61: „eine Art Säuberungsaktion“.

161 Eine Ausweisung von verurteilten Straftätern ließ u.a. bereits das PrALR zu, vgl. dazu *Wolzendorff*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1908, 409, 417 f.

162 Vgl. *Isay*, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 200: „Die Ausweisung hat nach deutschem Recht keine Strafnatur, selbst dann nicht, wenn sie als Folge einer Bestrafung angeordnet wird [...]“; *Lentscher*, Das Fremdenrecht als gesetzgeberisches Problem, 1928, 61; nach Verkündung des GG siehe BVerwG, Urt. v. 17.1.1957 – I C 167/56, zitiert nach *Schüler/Wirtz*, Rechtsprechung zum Ausländerrecht, 1971, 59 f.; OVG Berlin, Urt. v. 2.5.1956 – I B 11/56, zitiert nach *Schüler/Wirtz*, Rechtsprechung zum Ausländerrecht, 1971, 49; anders von *Frisch*, Das Fremdenrecht, 1910, 165 („Nebenstrafe“); ebenfalls für eine Einordnung als Nebenstrafe von *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23. Aufl. 1921, 250, 265.

163 Vgl. heute § 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG.

164 Vgl. Verordnung, betreffend die vorübergehende Einführung der Paßpflicht v. 31. Juli 1914, RGBl. 1914 I, S. 264, die auf § 9 des Gesetzes über das Paßwesen beruhte, der bestimmte: „Wenn die Sicherheit des Bundes oder eines einzelnen Bundesstaates, oder die öffentliche Ordnung durch Krieg, innere Unruhen oder sonstige Ereignisse bedroht erscheint, kann die Paßpflichtigkeit überhaupt oder für einen bestimmten Bezirk, oder zu Reisen aus und nach bestimmten Staaten des Auslandes, durch Anordnung des Bundespräsidiums vorübergehend eingeführt werden.“

hungsweise Ausweispflicht für alle Reisenden angeordnet wurde.¹⁶⁵ Zudem galt für Ein- und Ausreisen ein Sichtvermerkszwang (Visumszwang).¹⁶⁶ Ausländer mussten sich im Inland durch einen Pass über ihre Person ausweisen.¹⁶⁷ Die zugehörigen Ausführungsvorschriften regelten die Ausstellung von Pässen und Sichtvermerken im Detail.¹⁶⁸ Damit trat neben die Ausweisungsvorschriften des Reichsstrafgesetzbuchs und das polizeiliche Ausweisungsrecht erstmalig auch eine reichsrechtliche Regelung zur Kontrolle von Ein- und Ausreisen in das Reichsgebiet.¹⁶⁹ Dies¹⁷⁰ markiert den Beginn einer schrittweisen Verdichtung des Migrationsrechts in Deutschland.

2. Die Anfänge des „Ausländerstrafrechts“: Weimarer Republik, NS-Diktatur und frühe Bundesrepublik

a) Schrittweise Verschärfung

Auf Reichsebene kam es in den Anfangsjahren der Weimarer Republik schrittweise zu weiteren gesetzlichen Verschärfungen. Insbesondere wurden Verstöße gegen die „Paßvorschriften“ nach und nach mit Strafe bedroht. Mit der *Verordnung, betreffend Strafbestimmungen für Zuwiderhandlungen gegen die Paßvorschriften* vom 21. Mai 1919¹⁷¹ wurden zahlreiche Straftatbestände eingeführt, die allerdings überwiegend *nicht* nur für Ausländer galten, sondern die Kontrolle über Ein- und Ausreisen in Bezug auf das Reichsgebiet insgesamt bezweckten.¹⁷² Mit Geldstrafe bis zu 1.500

165 Vgl. § 1 Abs. 1 der Verordnung, betreffend anderweite Regelung der Paßpflicht v. 21. Juni 1916, RGBl. 1916 I, S. 599, auf Grundlage von § 9 des *Gesetzes über das Paßwesen*.

166 Vgl. § 1 Abs. 2 der Verordnung, betreffend anderweite Regelung der Paßpflicht v. 21. Juni 1916, RGBl. 1916 I, S. 599.

167 Vgl. § 2 der Verordnung, betreffend anderweite Regelung der Paßpflicht v. 21. Juni 1916, RGBl. 1916 I, S. 599.

168 Vgl. Bekanntmachung, betreffend Ausführungsvorschriften zu der Paßverordnung v. 24. Juni 1916, RGBl. 1916 I, S. 601.

169 Vgl. *Isay*, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 3.

170 *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 54, knüpft an die 1907 in Preußen eingeführte staatliche Legitimationskarte an, die er als „Vorstufe der heutigen Arbeits- bzw. Aufenthaltserlaubnis“ qualifiziert. Allerdings war dies eine landesrechtliche Regelung in Preußen, die nicht für alle Ausländer galt und zudem auch die Einreise in das Reichsgebiet nicht unmittelbar reglementierte.

171 RGBl. 1919 I, S. 470, auf Grundlage von § 9 des *Gesetzes über das Paßwesen*.

172 § 1 der Verordnung lautete:

„Mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre wird bestraft, sofern nicht nach den allgemeinen Strafgesetzen eine schwerere Strafe verwirkt ist,
1. wer die Reichsgrenze unbefugt überschreitet, insbesondere die Reichsgrenze nach oder aus dem neutralen Ausland an anderen Stellen als den von den zuständigen Behörden bestimmten Grenzübergangsstellen oder außerhalb der für diese Grenzübergangsstellen festgesetzten Dienststunden,
2. wer sich bei einer Grenzübergangsstelle der amtlichen Prüfung entzieht,
3. wer eigenmächtig von den Reisezielen oder Reisewegen abweicht, die ihm im Sichtvermerk einer zum Ausweis seiner Person für den Aufenthalt im Reichsgebiet oder für den Übertritt über die Reichsgrenze bestimmten Urkunde vorgeschrieben sind,
4. wer vorsätzlich den zur Überwachung des Grenzverkehrs erlassenen Anordnungen der Grenzstellen zuwiderhandelt,

Mark, mit Haft oder mit Gefängnis bis zu einem Jahr konnte danach bestraft werden, wer die Reichsgrenzen unbefugt, also an nicht dafür zugelassenen Stellen, überschritt – sowohl bei Ein- als auch bei Ausreise (§ 1 Nr. 1). Es ging hierbei also nicht um eine pass- oder visumslose Einreise, sondern um die Umgehung von Grenzübergangsstellen. Ferner machte sich strafbar, wer sich an einer Grenzübergangsstelle der amtlichen Prüfung entzog (§ 1 Nr. 2), von im Sichtvermerk eingetragenen Reisezielen oder Reisewegen abwich (§ 1 Nr. 3) oder den zur Überwachung des Grenzverkehrs erlassenen Anordnungen der Grenzstellen zuwiderhandelte (§ 1 Nr. 4). Darüber hinaus wurden zahlreiche Begleitdelikte, insbesondere die Ausweis- und Passfälschung sowie das Gebrauchen von gefälschten oder fremden Legitimationspapieren, geregelt (§ 1 Nrn. 5 bis 8). Speziell auf Ausländer zielte nur § 1 Nr. 10, nach dem sich Ausländer strafbar machten, wenn sie sich entgegen der seit 1916 geltenden Pass- oder Ausweispflicht nicht binnen einer von der Polizeibehörde bestimmten Frist auswiesen.

Durch das *Notgesetz* vom 24. Februar 1923 erfolgte sodann eine weitreichende Änderung des § 9 des *Gesetzes über das Paßwesen* (1867), durch die dem Reichspräsidenten weitreichende Verordnungsermächtigungen erteilt wurden.¹⁷³ So konnte dieser, „[w]enn die Sicherheit des Reichs oder eines Landes oder die öffentliche Ordnung durch außergewöhnliche Ereignisse bedroht erscheint“, vorübergehend einen Pass- und Sichtvermerkszwang einführen, Zuwiderhandlungen gegen Anordnungen des Reichspräsidenten und dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen unter Strafe stellen, den Landespolizeibehörden die Befugnis erteilen, Ausländer, die den aufenthaltsstrafrechtlichen Tatbeständen zuwider gehandelt haben, aus dem Reichsgebiet zu verweisen, sowie den Polizei- und Zollbehörden die Befugnis erteilen, die für Zuwiderhandlungen angedrohten Geld- oder Haftstrafen sowie Ersatzfreiheitsstrafen

5. wer eine zum Ausweis einer Person für den Aufenthalt im Reichsgebiet oder für den Übertritt über die Reichsgrenze bestimmte Urkunde oder in einer solchen Urkunde einen Sichtvermerk oder einen sonstigen Eintrag oder Stempel einer amtlichen Stelle fälschlich anfertigt oder verfälscht,

6. wer wissentlich von einer solchen falschen oder verfälschten Urkunde oder von einer solchen echten, für einen anderen ausgestellten Urkunde, als ob sie für ihn ausgestellt wäre, Gebrauch macht,

7. wer eine zum Ausweis seiner Person für den Aufenthalt im Reichsgebiet oder für den Übertritt über die Reichsgrenze bestimmte Urkunde einem anderen zum Gebrauch überläßt,

8. wer wissentlich zur Erlangung oder Verschaffung von Urkunden, die zum Ausweis einer Person für den Aufenthalt im Reichsgebiet oder für den Übertritt über die Reichsgrenze bestimmt sind, von Sichtvermerken oder von sonstigen Einträgen in diese Urkunden unwahre Angaben macht oder unrichtige oder irreführende Ausweise und Belege vorlegt oder wer wissentlich von einer auf diese Weise erlangten oder verschafften Urkunde Gebrauch macht,

9. wer es unternimmt, eine der in Nr. 1 bis 8 bezeichneten Handlungen zu begehen oder wer zu einer solchen Handlung wissentlich durch Rat oder Tat Hilfe leistet, anstiftet oder auffordert,

10. ein Ausländer, welcher der ihm durch § 2 der Verordnung, betreffend anderweite Regelung der Paßpflicht, vom 21. Juni 1916 (Reichs-Gesetzbl. S. 599) auferlegten Verpflichtung, durch einen Paß oder ein anderes, nach Maßgabe der §§ 3 oder 4 der bezeichneten Verordnung zugelassenes Ausweispapier über seine Person sich auszuweisen, innerhalb der ihm von einer Polizeibehörde bestimmten Frist nicht nachkommt.“

173 RGBl. 1923 I, S. 149, Art. IV.

„mit der Maßgabe festzusetzen, daß die festgesetzte Geldstrafe sofort vollstreckt und die Vollstreckung der Geldstrafe durch Beschlagnahme von Vermögensstücken des Täters gesichert werden kann.“ Diese sogenannte polizeiliche Strafverfügung war in § 453 RStPO vorgesehen, wobei die Höchstdauer der Haft auf vierzehn Tage begrenzt war (§ 453 Abs. 1 RStPO).

Auf Grundlage der Verordnungsermächtigung im *Notgesetz* 1923 wurde wenige Wochen später die *Verordnung über die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die Paßvorschriften* vom 6. April 1923 erlassen.¹⁷⁴ Sie lässt sich als erster Vorläufer des späteren „Ausländerstrafrechts“ begreifen: Nach § 1 Nr. 1 dieser Verordnung konnte nunmehr mit Geldstrafe von 10.000 Mark bis zu 2.000.000 Mark, mit Haft oder mit Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft werden, wer die Reichsgrenze unbefugt überschritt, wobei ein solch unbefugtes Überschreiten insbesondere dann anzunehmen war, wenn der Täter nicht „im Besitz eines nach den geltenden Bestimmungen erforderlichen Ausweises oder der zum Grenzübertritt berechtigten Vermerke“ war. Kriminalisiert wurde damit *erstmalig* die pass- beziehungsweise sichtvermerkslose (visumslose) Einreise nach Deutschland (ebenso wie die Ausreise). Zusätzlich wurden der Versuch sowie die Anstiftung und Beihilfe unter Strafe gestellt.¹⁷⁵ In die Verordnung übernommen wurden die durch die *Verordnung, betreffend Strafbestimmungen für Zuwiderhandlungen gegen die Paßvorschriften* (1919) eingeführten weiteren Straftatbestände, ergänzt um die Strafbarkeit des Ausstellenlassens oder Führens mehrerer deutscher Pässe oder anderer als Passersatz zugelassener Urkunden.¹⁷⁶ Die Landespolizeibehörden wurden dabei ermächtigt, Ausländer, die einen Straftatbestand nach der Verordnung verwirklicht hatten, aus dem Reichsgebiet zu verweisen.¹⁷⁷ Schließlich wurde – wie im *Notgesetz* vorgesehen – auch die Möglichkeit der polizeilichen Strafverfügung gemäß § 453 RStPO, einschließlich der sofortigen Vollstreckbarkeit einer solchen, verankert, jedoch auf die mit dem Grenzübertritt und der Ausweispflicht zusammenhängenden Straftaten beschränkt, also nicht auf die Urkundendelikte als typische Begleitdelikte erstreckt.¹⁷⁸

Neben ausländerrechtlichen Strafvorschriften wurden auch die Ausweisungstatbestände auf Reichsebene ausgeweitet.¹⁷⁹ § 5 des *Gesetzes über Verschärfung der Strafen gegen Schleichhandel, Preistreiberei und verbotene Ausfuhr lebenswichtiger*

174 RGBl. 1923 I, S. 249.

175 § 1 Nr. II der Verordnung.

176 Vgl. oben Fn. 172, dazu § 1 Nrn. 2 ff. der Verordnung über die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die Paßvorschriften.

177 § 2 der Verordnung über die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die Paßvorschriften; dazu *Lentscher*, Das Fremdenrecht als gesetzgeberisches Problem, 1928, 64 f.

178 § 3 Verordnung über die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die Paßvorschriften, der jedoch nur auf § 1 Nrn. 1 bis 5 und 12 Bezug nahm.

179 Für einen Überblick vgl. *Isay*, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 206 ff.

Gegenstände vom 18. Dezember 1920¹⁸⁰ sah vor, dass die Landespolizeibehörden Ausländer, die wegen Schleichhandels, Preistreiberei oder Ausfuhr lebenswichtiger Gegenstände verurteilt worden waren, nach Strafvollstreckung aus dem Reichsgebiet verweisen konnten; bei einer Verurteilung zu Zuchthaus war die Ausweisung obligatorisch. Dieser Mechanismus wurde in der *Preistreibereiverordnung* (§ 28)¹⁸¹ und der *Verordnung gegen verbotene Ausfuhr lebenswichtiger Gegenstände* (§ 7)¹⁸² beibehalten und bei Schaffung der *Verordnung über Handelsbeschränkungen* (§ 33)¹⁸³ und der *Verordnung über den Verkehr mit Vieh und Fleisch* (§ 19 i.V.m. § 33 der Verordnung über Handelsbeschränkungen)¹⁸⁴ aufgegriffen. Auffällig ist, dass trotz der Ausweitung der Ausweisungstatbestände keine allgemeine Ausweisungsvorschrift geschaffen wurde, sondern jeweils auf einzelne Tatbestände bezogene Ausweisungstatbestände definiert wurden.

§ 9 Abs. 2 des *Gesetzes zum Schutze der Republik*¹⁸⁵ sah gleichfalls vor, dass Ausländer bei einer Verurteilung nach §§ 1 bis 6 des Gesetzes aus dem Reichsgebiet zu verweisen waren, wobei die Reichsverweisung bereits im Urteil auszusprechen war.¹⁸⁶ Ein Verweilen trotz Ausweisung – also ein unerlaubter Aufenthalt – war nach § 9 Abs. 2 des *Republikenschutzgesetzes* eine strafbare Übertretung.¹⁸⁷ Bis dahin war als „Bannbruch“ lediglich die erlaubnislose Rückkehr nach erfolgter Ausweisung und Ausreise strafbar (§ 361 Nr. 2 RStGB). Das *Republikenschutzgesetz* schuf damit den – allerdings auf einen engen Anwendungsbereich begrenzten – Vorläufer der Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts, den zehn Jahre später die *Preußische Ausländerpolizeiverordnung* auf Landesebene etablierte.¹⁸⁸

Trotz der beschriebenen Rechtsänderungen blieb es dabei, dass die Rechtsstellung von Ausländern im Wesentlichen ungeregelt war. Reisten sie mit einem Pass oder einem anderen Ausweisdokument auf dafür vorgesehenen Wegen in das Reichsgebiet ein, war ihr Aufenthalt ohne weitere Voraussetzungen legal, wenn auch mangels Aufenthaltstitel und Schutz vor landesrechtlich umfassend zugelassener Aus-

180 RGL. 1920 I, S. 2107.

181 RGL. 1923 I, S. 700.

182 RGL. 1923 I, S. 705.

183 RGL. 1923 I, S. 706.

184 RGL. 1923 I, S. 715.

185 RGL. 1922 I, S. 585.

186 Vgl. Isay, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 207, der den Charakter als Nebenstrafe gleichwohl verneint; anders Schiedermaier, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, 8: „Reichsverweisung als Nebenstrafe“.

187 Vgl. Isay, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 207.

188 Vgl. unten II. 2. b).

weisung¹⁸⁹ aus heutiger Sicht prekär.¹⁹⁰ Sie konnten jederzeit ausgewiesen werden, wobei im Strafrecht bestimmte Ausweisungstatbestände für die „Reichsverweisung“ vorgesehen waren. Unterhalb dieser Schwelle blieb stets die Möglichkeit einer Landesverweisung durch die Landespolizeibehörden.

b) Preußen geht voran

Dies änderte sich zu Beginn der 1930er Jahre, zunächst in Preußen. 1932 wurde in Preußen die *Polizeiverordnung über die Behandlung der Ausländer (Preußische Ausländerpolizeiverordnung)* erlassen.¹⁹¹ Sie kodifizierte erstmals umfassend das preußische Ausländer- und Aufenthaltsrecht unter Reform einzelner Regelungsbereiche und Konsolidierung der übrigen.¹⁹² Die *Preußische Ausländerpolizeiverordnung* wurde dabei zwar auf Grundlage des *Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes* erlassen, stellte jedoch ein in sich abgeschlossenes, weiterhin nicht an die polizeirechtlichen Eingriffsvoraussetzungen anknüpfendes Regelungsregime dar.¹⁹³

Nach § 1 Satz 1 PrAPVO war zunächst „[j]eder Ausländer [...] zum Aufenthalt im preußischen Staatsgebiete zugelassen, solange er die in diesem Gebiete geltenden Gesetze und Verwaltungsvorschriften befolgt.“ Ein Anspruch auf „Gestattung des Aufenthalts“ stand Ausländern jedoch nicht zu.¹⁹⁴ Ausländer unterlagen grundsätzlich denselben Meldepolizeivorschriften wie Reichsangehörige, wobei für bestimmte Teile des preußischen Staatsgebiets besondere Meldepolizeivorschriften für Ausländer erlassen werden durften.¹⁹⁵ Erstmals eingeführt wurde das Erfordernis einer Aufenthaltserlaubnis.¹⁹⁶ Für einen über sechs Monate hinausgehenden Aufenthalt benötigten Ausländer über fünfzehn Jahre eine solche (§ 3 Abs. 1 PrAPVO). Wenn sich Ausländer auf preußischem Staatsgebiet als Arbeitnehmer betätigen oder selbstständig einen Gewerbebetrieb, einen landwirtschaftlichen Betrieb oder einen landwirtschaftlichen Nebenbetrieb aufnehmen wollten, benötigten sie stets, unabhängig von der Aufenthaltsdauer, eine Aufenthaltserlaubnis (§ 3 Abs. 2 PrAPVO). Aufenthaltserlaubnisse wurden dabei „in der Regel auf unbestimmte Dauer“ und für das

189 Vgl. Isay, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 215: „[...] welche die Rechtsstellung des Fremden zu einer durchaus ungesicherten macht [...]“. In Preußen bestand seit dem 21. Oktober 1921 aufgrund eines Erlasses des Innenministers allerdings ein begrenzter Ausweisungsschutz für langjährig in Preußen lebende Ausländer, abgedruckt bei Isay, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 215 ff. Fn. 3; dazu auch Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 5 Rn. 39.

190 Vgl. Schiedermaier, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, 8: „kein Rechtsanspruch“ auf Aufenthalt.

191 Preußische Gesetzesammlung 1932, Nr. 26, S. 179. Die Verordnung war auf § 14 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes v. 1. Juni 1931 gestützt (Preußische Gesetzessammlung 1931, Nr. 13604, S. 77), vgl. Schiedermaier, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, 8.

192 Jenckel, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 10.

193 Vgl. Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 200.

194 § 1 Satz 2 PrAPVO.

195 § 2 PrAPVO.

196 Vgl. Weißmann, Ausländergesetz, 1966, 21.

gesamte Staatsgebiet erteilt (§ 4 PrAPVO). Eine Versagung der Aufenthaltserlaubnis war gemäß § 5 PrAPVO möglich, wenn der Ausländer wegen eines Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden war (Nr. 1); wenn seine Unterbringung in einer Heil- oder Pflgeanstalt, in einer Trinkheil- oder Entziehungsanstalt, in einem Arbeitshaus, in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt oder in der Sicherungsverwahrung angeordnet worden war (Nr. 2); wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigten, dass der Aufenthalt des Ausländers die innere Sicherheit im Reichsgebiet oder die äußere Sicherheit des Reichs gefährdet (Nr. 3); wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigten, dass der Aufenthalt erhebliche wirtschaftliche Interessen des Reichs oder eines deutschen Landes gefährdet (Nr. 4); wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigten, dass sein Aufenthalt die öffentliche Gesundheit oder Sittlichkeit im Reichsgebiet gefährdet (Nr. 5); oder wenn der Ausländer nicht über genügende Mittel zur Bestreitung seines und des Lebensunterhalts seiner Familie verfügte (Nr. 6). War die Aufenthaltserlaubnis versagt worden, abgelaufen oder zurückgenommen oder waren die Voraussetzungen für einen Aufenthalt ohne besondere Erlaubnis entfallen, war der Ausländer verpflichtet, das Staatsgebiet zu verlassen (§ 10 Abs. 1 PrAPVO).

Die *Preußische Ausländerpolizeiverordnung* regelte zudem die Voraussetzungen einer Ausweisung, wobei klargestellt wurde, dass eine Ausweisung aus dem Reichsgebiet nur auf Grund reichsrechtlicher Vorschriften erfolgen durfte (§ 13 PrAPVO). Die Ausweisung enthielt „das Gebot des Verlassens und das Verbot des Wiederbetretens des Gebiets, für das die Ausweisung verfügt ist“ (§ 12 Abs. 2 PrAPVO). Die Gründe für eine Ausweisung aus dem preußischen Staatsgebiet regelte § 14 PrAPVO. Die Ausweisung stand dabei im Ermessen der zuständigen Polizeibehörde („kann ausgewiesen werden“).¹⁹⁷ § 15 PrAPVO regelte Fälle, in denen eine Ausweisung unterbleiben sollte, einschließlich einzelner Rückausnahmen. Eine Ausweisung sollte nach § 16 PrAPVO darüber hinaus auch dann unterbleiben, wenn die Durchführung der Ausweisung für den Ausländer, „seine Ehefrau oder für seine oder seiner Ehefrau minderjährigen Kinder“ eine unbillige Härte „im Verhältnis zur Bedeutung, die der Ausweisungsgrund für die Allgemeinheit hat“, bedeuten würde. Damit normierte die *Preußische Ausländerpolizeiverordnung* erstmals Kriterien für ein Bleibeinteresse des Ausländers, die eine deutliche Einschränkung des zuvor freien polizeilichen Ermessens bedeuteten.

Gegen einen nicht im preußischen Staatsgebiet befindlichen Ausländer konnte ein Aufenthaltsverbot ausgesprochen werden, wenn er aus einem anderen deutschen Land ausgewiesen wurde (§ 19 PrAPVO). Zudem konnten Ausländer an der Grenze zurückgewiesen werden, wenn sie aus dem Reichsgebiet oder aus dem preußischen Staatsgebiet ausgewiesen worden waren oder gegen sie ein Aufenthaltsverbot ange-

¹⁹⁷ Zur Zuständigkeit vgl. §§ 39, 40 PrAPVO.

ordnet worden war (§ 20 Abs. 1 PrAPVO). Ebenfalls zurückgewiesen werden konnte ein Ausländer, der aus einem anderen deutschen Land ausgewiesen worden war, der „offenbar nicht über genügend Mittel zur Bestreitung seines und des Lebensunterhalts seiner Familie verfügt[e]“, oder wenn Tatsachen bekannt waren, die seine Ausweisung aus dem Reichs- oder dem preußischen Staatsgebiet gerechtfertigt hätten (§ 20 Abs. 2 PrAPVO). Unmittelbar (bis zu 48 Stunden) nach der Einreise konnten Ausländer zudem über die Grenze „zurückgeschoben“ werden, wenn sie aus den in § 20 Abs. 2 PrAPVO genannten Gründen an der Grenze zurückgewiesen hätten werden können (§ 21 Abs. 1 PrAPVO). Eine „Wegweisung“, die kein Rückkehrverbot enthielt,¹⁹⁸ war schließlich gemäß § 22 PrAPVO möglich, wenn sich der Ausländer einer Zuwiderhandlung gegen die Passvorschriften schuldig gemacht hatte oder sich unbefugt im preußischen Staatsgebiet aufhielt, weil er mangels Aufenthaltserlaubnis gemäß § 10 PrAPVO zum Verlassen verpflichtet war (§ 22 Abs. 1 PrAPVO).

Die Ausweisung und die Wegweisung konnten mithilfe unmittelbaren Zwangs „in der Form der Abschiebung“ durchgesetzt werden (§ 29 Abs. 1 PrAPVO). Nach § 30 Abs. 1 PrAPVO konnte der abzuschiebende Ausländer zudem „bis zu seiner Abbeförderung“ auf Grundlage des Polizeiverwaltungsgesetzes in „polizeiliche Verwahrung“ genommen werden, „wenn dies zur Sicherstellung der Durchführung der Abschiebung und im Interesse der öffentlichen Sicherheit geboten“ erschien. Die polizeiliche Verwahrung war auch für Fälle der Zurückweisung zugelassen (§ 35 PrAPVO).

§ 47 PrAPVO kriminalisierte zudem erstmals umfassend – wenn auch nur nach preußischem Landesrecht – den unerlaubten Aufenthalt im preußischen Staatsgebiet, also den Aufenthalt ohne erforderliche Aufenthaltserlaubnis. Bedroht war dieser mit Geldstrafe bis zu 150 Reichsmark oder – in besonders schweren Fällen – mit Haft bis zu zwei Wochen. Wenn auch in der Sanktionsdrohung überschaubar, leitete die *Preußische Ausländerpolizeiverordnung* die im *Republikenschutzgesetz* 1922 nur ansatzweise vorgesehene Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts ein. Dies fügte sich ohne Weiteres in die Logik der Polizierung des Ausländeraufenthalts ein, die mit der Einführung des Erlaubnisvorbehalts für längere Aufenthalte und für Aufenthalte mit Erwerbstätigkeit das neue Regelungsregime prägte.

Die Vorschriften der *Preußischen Ausländerpolizeiverordnung* waren also erkennbar robust. Die Einführung einer Erlaubnispflicht bedeutete eine Abkehr vom bis dato nicht unter Erlaubnisvorbehalt stehenden Aufenthalt von Ausländern. Umgekehrt bedeutete die Regelung von Voraussetzungen für die Verweigerung einer Aufenthaltserlaubnis und für die Ausweisung von Ausländern aber immerhin auch eine

198 Vgl. Jenckel, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 10 f.

rechtlich verbindliche Kodifizierung der Rahmenbedingungen ihres Aufenthalts,¹⁹⁹ auf welche die Betroffenen gegenüber den Polizeibehörden verweisen konnten, wobei ihnen allerdings weiterhin weder subjektive Rechte noch gerichtlicher Rechtsschutz zugestanden wurden.²⁰⁰ Dementsprechend wurde auch nach Erlass der *Preußischen Ausländerpolizeiverordnung* davon ausgegangen, dass ein Rechtsanspruch des Ausländers auf Aufenthalt im Staatsgebiet nicht bestand; die Regelungen der *Preußischen Ausländerpolizeiverordnung* seien nicht mehr als eine Selbstbeschränkung, die von den Polizeibehörden zwar zu beachten, von den Betroffenen jedoch nicht durchsetzbar sei.²⁰¹ Gleichwohl war dies im Verhältnis zum unbegrenzten und unregelmäßigen Ausweisungsrecht, das die herrschende Meinung der Polizei lange Zeit zugestanden hatte, ein Gewinn an Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit.²⁰² Insgesamt läutete die *Preußische Ausländerpolizeiverordnung* einen Paradigmenwechsel in der Ausländergesetzgebung ein, der in den kommenden Jahrzehnten durch eine stetige Verdichtung des Regelungsregimes gekennzeichnet war. Die *Preußische Ausländerpolizeiverordnung* diente dabei fortan als Vorbild der Ausländergesetzgebung in Deutschland.²⁰³

c) Ausländergesetzgebung während der NS-Diktatur

Die mit der *Preußischen Ausländerpolizeiverordnung* eingeleitete spezialgesetzliche Ausländergesetzgebung wurde während der NS-Herrschaft weiter vorangetrieben. War die *Preußische Ausländerpolizeiverordnung* noch auf das preußische Staatsgebiet beschränkt, vollzogen die Nationalsozialisten schrittweise erhebliche Rechtsverschärfungen auf Reichsebene.

aa) Ausweisungsvorschriften im Reichsstrafgesetzbuch

Nachdem sie durch das sogenannte „Ermächtigungsgesetz“²⁰⁴ dazu berechtigt worden war, Gesetze ohne Parlamentsbeteiligung zu erlassen und durch den Reichs-

199 Vgl. Oltmer, in: Bade (Hrsg.), IMIS-Beiträge, Heft 20/2002, 107, 122.

200 Statthaft war auch nach der PrAPVO lediglich die Verwaltungsbeschwerde, § 41 PrAPVO, während der Klageweg weiterhin ausgeschlossen war, vgl. Jenckel, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 31, 55; vgl. Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 56; Weißmann, Ausländergesetz, 1966, 22.

201 Vgl. Jenckel, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 31: „Die preußische Verwaltung hat sich selbst eine Schranke gesetzt [...]“; Schiederemair, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, 8.

202 Vgl. in diese Richtung auch Jenckel, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), 1933, 31; Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 5 Rn. 44, attestiert der PrAPVO „weitsichtige[r] Liberalität“. Dies ist insofern bemerkenswert als noch 1923 Isay, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, 214, meinte, eine „erschöpfende Aufzählung der Ausweisungsgründe in Preußen“ sei nicht möglich.

203 Vgl. Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 5 Rn. 44; Weißmann, Ausländergesetz, 1966, 22.

204 Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. März 1933, RGBl. 1933 I, S. 141.

kanzler – also *Adolf Hitler* – ausfertigen zu lassen,²⁰⁵ erließ die NS-Regierung bereits wenige Monate nach der Machtübernahme das *Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften* vom 26. Mai 1933.²⁰⁶ Mit diesem Gesetz wurde das Reichsstrafgesetzbuch um eine allgemeine Ausweisungsvorschrift für straffällige Ausländer ergänzt.²⁰⁷ Nach dem neu geschaffenen § 39a RStGB konnte das Strafgericht es für zulässig erklären, dass die zuständige Verwaltungsbehörde einen verurteilten Ausländer innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung aus dem Reichsgebiet verweist, sofern er zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten verurteilt worden war und sein Verbleiben im Inland eine Gefahr für andere oder für die öffentliche Sicherheit bedeutet hätte. Mit dem *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung* vom 24. November 1933²⁰⁸ wurde § 42m RStGB eingefügt, der den Regelungsgehalt des § 39a RStGB unter Streichung der Vorschrift übernahm und im Lichte der Einführung der Maßregeln der Sicherung und Besserung ergänzte. So sah § 42m Abs. 2 RStGB vor, dass ein Ausländer, gegen den eine mit Freiheitsentziehung verbundene Maßregel der Sicherung und Besserung oder die Entmannung angeordnet wurde, durch die zuständige Verwaltungsbehörde innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung aus dem Reichsgebiet verwiesen werden konnte.

bb) Das Gesetz über Reichsverweisungen

Mit dem *Gesetz über Reichsverweisungen* vom 23. März 1934²⁰⁹ wurde das Ausweisungsrecht im Zuge der Beseitigung der Eigenstaatlichkeit der Länder erstmals reichseinheitlich geregelt.²¹⁰ Die Möglichkeit der Verweisung aus dem Gebiet eines Landes wurde ausgeschlossen (§ 1 Abs. 2) und die Reichsverweisung legaldefiniert als „das Gebot des Verlassens und das Verbot des Wiederbetretens des Reichsgebiets“ (§ 1 Abs. 1). § 2 des Gesetzes regelte sodann die Verweisungstatbestände, wobei der örtlich zuständigen Landespolizeibehörde (§ 4) Ermessen („kann“) hinsichtlich des Ob der Verweisung eingeräumt wurde.

Im *Gesetz über Reichsverweisungen* wurde zudem die schon zuvor als Übertretung qualifizierte Wiedereinreise nach Verweisung oder Aufenthaltsverbot ohne Erlaubnis (§ 361 Nr. 2 RStGB) mit „Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen“ bedroht (§ 5), damit also aus dem Reichsstrafgesetzbuch herausgelöst und im Zusammenhang mit den Verweisungsvorschriften geregelt.

205 Vgl. Art. 1 und 3 des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Staat.

206 RGBl. 1933 I, S. 295.

207 Eine entsprechende Regelung sah allerdings bereits § 64 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs v. 1927 vor, Reichstagsdrucksache III 1924/27, Nr. 3390; vgl. dazu *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, 77 Fn. 5.

208 RGBl. 1933 I, S. 995.

209 RGBl. 1934, S. 213.

210 Vgl. *Schiedermaier*, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, 8; *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 200.

Zugleich wurden die Verweisungsvorschriften aus dem Reichsstrafgesetzbuch gestrichen (§ 7) und die in der Weimarer Zeit erlassenen einzelgesetzlichen Verweisungsvorschriften aufgehoben (§ 11).

cc) Die Ausländerpolizeiverordnung 1938

Die *Preußische Ausländerpolizeiverordnung* bildete auch die Vorlage für den zweifelhaften „Höhepunkt“ der Rechtsentwicklung, die *Ausländerpolizeiverordnung* vom 22. August 1938²¹¹, die mitunter als erstes „gesamtdeutsches Ausländergesetz“ bezeichnet wird.²¹² Die Ausländerpolizeiverordnung erging als Ausführungsverordnung zum von der Reichsregierung erlassenen *Gesetz über das Paß-, das Ausländerpolizei- und das Meldewesen sowie über das Ausweiswesen* vom 11. Mai 1937.²¹³ Sie vollzog den durch die *Preußische Ausländerpolizeiverordnung* auf Landesebene eingeleiteten Paradigmenwechsel für das gesamte Deutsche Reich nach. Nachdem das Ausländerrecht bereits durch das *Gesetz über Reichsverweisungen* aus den entsprechenden Sachzusammenhängen extrahiert worden war, erfolgte mit der *Ausländerpolizeiverordnung* die Regelung des gesamten Ausländerrechts als Spezialmaterie.²¹⁴ Der Aufenthalt von Ausländern im Reichsgebiet wurde erstmals erlaubnispflichtig, wenn auch zunächst allgemein für bis zu drei Monate erlaubt (§ 1 APVO), die Aufenthaltserlaubnis wurde als Aufenthaltstitel für das gesamte Deutsche Reich eingeführt,²¹⁵ und es wurden Regelungen für ihre Erteilung (§ 2 APVO), ihre Reichweite (§ 3 APVO) und ihr Erlöschen (§ 4 APVO) sowie über das Verfahren zu ihrer Erteilung (§§ 9 ff. APVO) vorgesehen. Zugleich enthielt die *Ausländerpolizeiverordnung* eine Regelung über den Erlass von Aufenthaltsverboten (§ 5 APVO) und kriminalisierte den „unerlaubten Aufenthalt“ auf Reichsebene (§ 13 APVO). Waren die Modalitäten der Einreise und der Aufenthaltsbeendigung von Ausländern seit der Reichsgründung lediglich partiell und schrittweise geregelt worden und stand insbesondere ihr Aufenthalt im Reichsgebiet nicht unter Erlaubnisvorbehalt, bewirkte die Ausländerpolizeiverordnung eine umfassende und strafbewehrte Reglementierung des Aufenthalts von Ausländern im Deutschen Reich.

Die *Ausländerpolizeiverordnung* folgte dabei folgender Systematik: In § 1 APVO wurde zunächst eine allgemeine Erlaubnis für den Aufenthalt von Ausländern, „die

211 RGL. 1938 I, S. 1053.

212 Vgl. Dörig, in: Dörig (Hrsg.), *Handbuch Migrations- und Integrationsrecht*, 2. Aufl. 2020, Einl. Rn. 11; Schiedermaier, *Handbuch des Ausländerrechts*, 1968, 9, spricht vom „Charakter einer Gesamtregelung aller den Aufenthalt von Ausländern betreffenden Fragen“; Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 56: „das erste gesamtdeutsche Ausländergesetz“.

213 RGL. 1937 I, S. 589.

214 Ähnlich Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 200.

215 Die in § 40 Abs. 2 der Bekanntmachung zur Ausführung der Paßverordnung i.d.F. v. 22. Dezember 1924 (RGL. 1924 I, S. 964) in Bezug genommene „Aufenthaltsgenehmigung“ war kein Aufenthaltstitel, sondern eine amtliche Bescheinigung über einen Wohnsitz oder dauernden Aufenthalt im Reichsgebiet.

nach ihrer Persönlichkeit und dem Zweck ihres Aufenthalts im Reichsgebiet die Gewähr dafür bieten, daß sie der ihnen gewährten Gastfreundschaft würdig sind“, geregelt, die jedoch höchstens für die Dauer von drei Monaten galt.²¹⁶ Letzteres ergibt sich aus der Regelung des § 2 APVO, der eine besondere Aufenthaltserlaubnis, also einen Aufenthaltstitel, für über fünfzehnjährige Ausländer (§ 2 Abs. 4 APVO) vorschrieb, „wenn der Ausländer im Reichsgebiet a) sich als Arbeitnehmer betätigen will; b) selbstständig einen stehenden Gewerbebetrieb oder einen landwirtschaftlichen Betrieb führen will; c) ein Gewerbe im Umherziehen oder ein Marktgewerbe betreiben will“ (§ 2 Abs. 1 APVO) oder wenn „der Ausländer sich länger als drei Monate [...] im Reichsgebiet aufhalten will oder aufhält“ (§ 2 Abs. 2 APVO). § 2 Abs. 3 APVO fingierte eine entsprechende Erlaubnis ab Antragstellung und bis zur Entscheidung über den Antrag. Versagungsgründe waren – anders als noch in der *Preußischen Ausländerpolizeiverordnung* – nicht geregelt.

Das Aufenthaltsverbot trat mit Einführung der *Ausländerpolizeiverordnung* an die Stelle der Reichsverweisung; das *Gesetz über Reichsverweisungen* wurde aufgehoben.²¹⁷ Ein Aufenthaltsverbot konnte insbesondere erlassen werden, wenn die Voraussetzungen des § 1 APVO nicht vorlagen (§ 5 Abs. 1 Satz 1 APVO), wobei § 5 Abs. 1 Satz 2 APVO Regelbeispiele vorsah. Neben der Verurteilung wegen einer Straftat oder der Anordnung von Maßregeln und weiteren bereits im *Gesetz über Reichsverweisungen* als Verweisungsgründe aufgeführten Gründen konnte insbesondere ein Ausländer ausgewiesen werden, „dessen Verhalten geeignet ist, wichtige Belange des Reiches oder der Volksgemeinschaft zu gefährden“ (§ 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a) APVO); ferner Ausländer, die unrichtige Angaben gegenüber einer amtlichen Stelle über die eigene Person, die Familie, die Staatsangehörigkeit, die Muttersprache, die „Rassezugehörigkeit“, den Beruf oder die wirtschaftlichen Verhältnisse gemacht hatten (§ 5 Abs. 1 Satz 2 lit. g) APVO) oder die nicht über genügende Mittel zur Bestreitung ihres oder des Unterhalts ihrer Familien verfügten (§ 5 Abs. 2 Satz 2 lit. i) APVO). Der Ausweisungsgrund der „Bettelei“ und „Landstreicherei“ wurde zudem ausgeweitet und auf Personen erstreckt, die im Reichsgebiet „als Zigeuner oder nach Zigeunerart umherzieh[en], der Gewerbsunzucht nachgeh[en] oder sich als arbeitsscheu erweis[en]“ (§ 5 Abs. 2 Satz 2 lit. h) APVO). Ein Aufenthaltsverbot konnte zudem auf Ehegatten und minderjährige Kinder ausgedehnt werden, selbst wenn die Voraussetzungen für ein solches Verbot in ihrer Person nicht vorlagen (§ 5 Abs. 2 APVO). Die *Ausländerpolizeiverordnung* kehrte also die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtete Regelung des § 16 PrAPVO, nach dem eine Ausweisung unterbleiben

216 Vgl. Weißmann, *Ausländergesetz*, 1966, 23.

217 Vgl. §§ 14 Abs. 3, 18 Abs. 2 lit. a) APVO.

sollte, wenn sie für den Ausländer oder seine Angehörigen eine unbillige Härte bedeuten würde, in ihr Gegenteil um.²¹⁸

Ein Aufenthaltsverbot hatte die unverzügliche Ausreisepflicht zur Folge (§ 7 Abs. 1 Satz 1 APVO). Zur Vorbereitung des Erlasses eines Aufenthaltsverbots konnte ein Ausländer „vorübergehend in polizeiliche Verwahrung genommen werden“ (§ 7 Abs. 4 APVO). Zudem sah § 7 Abs. 5 APVO bei Erlass eines Aufenthaltsverbots oder für Fälle, in denen die Aufenthaltserlaubnis abgelaufen oder erloschen war oder die Befreiung von der Aufenthaltserlaubnis entfiel, die Durchsetzung der daraus resultierenden Ausreisepflicht durch unmittelbaren Zwang (Abschiebung) vor, wobei der Ausländer zur „Sicherung der Abschiebung“ auch in „Abschiebungshaft“ genommen werden durfte. Die Abschiebungshaft war zwar in der Sache keine Innovation der *Ausländerpolizeiverordnung*; sie wurde jedoch erstmals reichseinheitlich normiert und damit zu einem Standardinstrument des Ausländerrechts. § 8 APVO regelte die Möglichkeit, einen Ausländer an der Reichsgrenze „zurückzuweisen“, wenn gegen ihn ein Aufenthaltsverbot erlassen worden war oder die Voraussetzungen für ein solches vorlagen (§ 8 Abs. 1 APVO). Des Weiteren war die Möglichkeit der „Zurückschiebung“ vorgesehen, wenn ein Ausländer innerhalb von 48 Stunden nach seinem Grenzübertritt im Grenzgebiet angetroffen wurde und die Voraussetzungen einer Zurückweisung vorlagen (§ 8 Abs. 2 APVO).

Die Zuständigkeit für die Durchsetzung der *Ausländerpolizeiverordnung* wurde den Kreispolizeibehörden übertragen (§ 9 APVO). Eine Beschwerde gegen ausländerpolizeiliche Verfügungen war, mit Ausnahme von Zurückweisung, Zurückschiebung und Verhängung von Abschiebungshaft, zugelassen (§ 11 Abs. 1 und 2 APVO). Über sie entschied jedoch die Kreispolizeibehörde. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren blieb in „ausländerpolizeilichen Angelegenheiten“ ausgeschlossen (§ 11 Abs. 6 APVO). Ausländerrecht war insofern reines und nicht-justiziables Polizeirecht.²¹⁹

Mit der *Ausländerpolizeiverordnung* wurde schließlich erstmals eine Strafbestimmung auf Reichsebene²²⁰ geschaffen, die den unerlaubten Aufenthalt unter Strafe stellte. § 13 APVO bestimmte:

(1) Der Ausländer, der sich vorsätzlich oder fahrlässig ohne die nach den ausländerpolizeilichen Bestimmungen erforderliche Aufenthaltserlaubnis im Reichsgebiet aufhält, wird mit Haft und mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Reichsmark oder mit einer dieser Strafen bestraft.

(2) Der Ausländer, der sich vorsätzlich oder fahrlässig in Teilen des Reichsgebiets aufhält, für die seine Aufenthaltserlaubnis nicht gilt, oder der einem Aufenthaltsverbot zuwiderhandelt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft.

218 Noch zehn Jahre zuvor schrieb *Lentscher*, Das Fremdenrecht als gesetzgeberisches Problem, 1928, 67: „Die Ausweisung trifft natürlich (Herv. d. Verf.) nur den Ausgewiesenen selbst, nicht seine ganze Familie.“

219 Vgl. *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 201.

220 Vgl. zur Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts nach der PrAPVO oben A. II. 2. b).

Als Übertretung strafbar war danach der vorsätzliche oder fahrlässige Aufenthalt im Reichsgebiet ohne erforderliche Aufenthaltserlaubnis, also bei Fehlen einer nach § 2 APVO notwendigen besonderen Aufenthaltserlaubnis, während ein Vergehen beging, wer sich vorsätzlich oder fahrlässig in einem Gebiet aufhielt, das vom räumlichen Geltungsbereich der Aufenthaltserlaubnis nicht umfasst war, oder sich nach Erlass eines Aufenthaltsverbots nach § 5 APVO im Reichsgebiet aufhielt.²²¹ Zusammen mit § 1 Nr. 1 der *Verordnung über die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die Paßvorschriften* ergab sich damit die Strafbarkeit der (auch fahrlässigen) unerlaubten – pass- oder visumslosen – Einreise und des unerlaubten (gegen ein Aufenthaltsverbot verstoßenden oder ohne besondere Aufenthaltserlaubnis erfolgenden) Aufenthalts, die bis heute – wenn auch in abgewandelter Form – die zentralen migrationsstrafrechtlichen Tatbestände bilden.²²²

Insgesamt führte die *Ausländerpolizeiverordnung*, die nach Ausbruch des Zweiten Weltkriegs und für dessen Dauer²²³ durch die *Verordnung über die Behandlung von Ausländern*²²⁴ geändert und empfindlich verschärft worden war,²²⁵ zu einer erheblichen Ausdehnung und Verschärfung des Ausländerrechts und normierte erstmals für das gesamte Deutsche Reich zentrale Instrumente desselben (Aufenthaltserlaubnis, Ausreisegewahrsam, Abschiebung und Abschiebungshaft, Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts). Sie prägen das Rechtsgebiet bis zur Gegenwart. Die *Ausländerpolizeiverordnung* kann daher als Prototyp deutscher Ausländergesetzgebung bezeichnet werden. Von den liberalen Elementen ihres Vorbilds ließ die *Ausländerpolizeiverordnung* dabei kaum etwas übrig. War mit der *Preussischen Ausländerpolizeiverordnung* noch ein gewisses Maß an Rechtssicherheit geschaffen worden, fehlten entsprechende Regelungen, insbesondere über Versagungsgründe für die Aufenthaltserlaubnis sowie das Ausweisungsverbot für politische Flüchtlinge und für langjährig im Reichsgebiet lebende Ausländer, in der *Ausländerpolizeiverordnung*. Deshalb scheint das Argument, die *Ausländerpolizeiverordnung* sei letztlich kein genuin nationalsozialistisches Recht gewesen, sondern habe sich eng an der *Preussischen Ausländerpolizeiverordnung* orientiert,²²⁶ jedenfalls verkürzt. Denn

221 Zu dieser Systematik BGH NJW 1966, 2278.

222 Vgl. auch Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 8: „Die Vorschrift enthält bereits im Kern die praktisch wichtigsten Delikte des modernen Fremdenrechts [...]“; Cannawurf, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, 2007, 30, nach der die APVO „im Kern schon alle wichtigen Delikte des modernen Ausländerstrafrechts“ enthalten habe.

223 Vgl. Potrykus, JZ 1953, 76.

224 RGBl. 1939 I, S. 1667.

225 Formal aufgehoben wurde die Verordnung durch das Gesetz über die Aufhebung von Kriegsvorschriften v. 14. Juni 1951, BGBl. 1951 I, S. 391, Anlage E. Sie war schon zuvor durch Art. II des Kontrollratsgesetzes Nr. 1 unwirksam geworden.

226 In diese Richtung Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 56: „direkte Kontinuität“, der die ausländer-nachteiligen Unterschiede gegenüber der PrAPVO zwar benennt, diese aber eher als punktuelle, denn als strukturelle Verschärfungen begreift („nur bei, gleichsam bedeutsamen, Einzelaspekten“). Dagegen sah schon Franz, DVBl. 1963, 797, 798, einen deutlichen Kontrast.

der Verzicht auf die zuvor aufgeführten Regelungen und die Anknüpfung an die „Würdigkeit“ des Ausländers zur Gewährung von Gastfreundschaft anstelle seiner Gesetzestreue (§ 1 PrAPVO) als Voraussetzung für die Aufenthaltserlaubnis lässt die *Ausländerpolizeiverordnung* nicht als Fortentwicklung der *Preußischen Ausländerpolizeiverordnung* erscheinen, sondern als *Aliud*. Zentraler, die Rechtsstellung von Ausländern stärkender Regelungen entkleidet, brachte die *Ausländerpolizeiverordnung* in Rechtsvorschriften zum Ausdruck, dass für den Aufenthalt in Deutschland Rechtstreue allein nicht ausreichte, sondern eine nur nach freiem Ermessen der deutschen Verwaltungsbehörden zu beurteilende „Würdigkeit“ hinzukommen musste. Damit wurde der Raum für rassifizierende und diskriminierende Zuschreibungen im Rahmen der Entscheidung über ein Aufenthaltsverbot nochmals erheblich ausgeweitet.²²⁷ Das Bundesverwaltungsgericht bescheinigte der *Ausländerpolizeiverordnung* 1955 gleichwohl „kein nationalsozialistisches Gedankengut“ zu enthalten.²²⁸

dd) Die Paßstrafverordnung

Mit der *Paßstrafverordnung* vom 27. Mai 1942²²⁹ wurde schließlich die *Verordnung über die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die Paßvorschriften* ersetzt. Es blieb bei der Strafbarkeit der unerlaubten Ein- und Ausreise, wobei mit „Geldstrafe, Haft oder Gefängnis, in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus“ bestraft werden konnte, wer „unbefugt eine Grenze überschreitet, insbesondere ohne die zum Grenzübertritt erforderlichen oder bestimmten Urkunden (Paß, Paßersatz, Sichtvermerk, Durchlaßschein u. dg.) mit sich zu führen“ (§ 1 Nr. 1 *Paßstrafverordnung*). Als Grenze galten die Außengrenzen des Reiches, aber auch Binnengrenzen, für deren Überschreiten eine besondere Erlaubnis vorgesehen war (§ 7 *Paßstrafverordnung*). Weitere Straftatbestände replizierten die in der *Verordnung über die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die Paßvorschriften* enthaltenen Tatbestände, wobei diese teilweise ausgeweitet oder ergänzt wurden. Die Strafbarkeit wurde zudem deutlich vorverlagert und auf das Zugänglichmachen von Gegenständen, die zur Herstellung bestimmter Urkunden erforderlich waren, erstreckt (§ 4 *Paßstrafverordnung*). Darüber hinaus wurden breitflächig der Versuch und der Versuch der Anstiftung und der Beihilfe sowie die Tatverabredung unter Strafe gestellt.²³⁰

227 Allerdings darf nicht übersehen werden, dass auch die PrAPVO bereits an diskriminierende Ausweisungstatbestände anknüpfte, etwa „Landstreicherei“ und „Bettelei“. Die APVO nahm in § 5 APVO jedoch zudem das Umherziehen als „Zigeuner oder nach Zigeunerart“ und die „Arbeitsscheu“ auf.

228 BVerwG, Urt. v. 15.12.1955 – I C 1.54, BeckRS 1955, 30426778; insbesondere § 5 APVO für unbedenklich haltend Potrykus, JZ 1953, 76.

229 RGBl. 1942 I, S. 348.

230 Vgl. § 5 *Paßstrafverordnung* sowie dazu Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 70 f.; Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 39.

d) Die frühe Bundesrepublik

Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes galt die *Ausländerpolizeiverordnung* als vorkonstitutionelles Recht – einschließlich ihrer Strafbestimmungen – als Bundesrecht (Art. 123 Abs. 1, 125 GG) fort.²³¹ Zwar unterblieb in der Zeit nach 1945 ihre Anwendung zunächst; im Januar 1951 bat der Bundesinnenminister jedoch die Innenminister der Länder in einem Rundschreiben, die Anwendung der *Ausländerpolizeiverordnung* mit Wirkung zum 1. Februar 1951 wieder zu gewährleisten.²³² Der Gesetzgeber wandelte allerdings 1956 § 7 APVO, der die Abschiebung und die Abschiebungshaft regelte, durch § 17 Abs. 2 Freiheitsentziehungsgesetz in ein förmliches Gesetz um und stellte damit die Vereinbarkeit mit Art. 104 Abs. 1 GG sicher.²³³ Im Übrigen war die *Ausländerpolizeiverordnung* fortan lediglich terminologisch als Bundesrecht zu erkennen; ansonsten knüpfte das bundesrepublikanische Ausländerrecht nahtlos an das NS-Recht an.²³⁴ Auch die *Paßstrafverordnung* galt als vorkonstitutionelles Recht zunächst fort. Sie trat 1952 außer Kraft.²³⁵

Die Gültigkeit der *Ausländerpolizeiverordnung*, insbesondere hinsichtlich ihrer Strafvorschriften, war seinerzeit allerdings nicht unumstritten. So hatten das Oberlandesgericht Hamburg²³⁶ und das Oberlandesgericht Hamm²³⁷ die Position vertreten, dass § 13 APVO mit Art. 104 Abs. 1 GG unvereinbar sei, sofern eine Freiheitsstrafe angedroht werde. Insofern sei nicht erheblich, dass Art. 123 Abs. 1 GG die Fortgeltung vorkonstitutionellen Rechts, das nicht im Widerspruch zum Grundgesetz stehe, angeordnet habe. Art. 104 Abs. 1 GG nehme nämlich ausdrücklich Bezug auf ein förmliches Gesetz, obschon dem Grundgesetzgeber die überkommene Differenzierung zwischen förmlichem Gesetz und nicht förmlichen Rechtsnormen – insbesondere in Form von Verordnungen – bekannt gewesen sei, ohne dass er insofern besondere Regelungen zur Fortgeltung nicht-förmlicher Gesetze getroffen habe.²³⁸ Daraus ergebe sich sein Wille, an der Differenzierung zwischen formellen Gesetzen und Verordnungen festzuhalten, weshalb nur Art. 104 Abs. 1 GG genügende, also förmliche, vorkonstitutionelle Gesetze, die Grundlage für Freiheitsbeschränkungen bilden könnten.²³⁹ Auf einen Vorlegungsbeschluss des diese Auffassung

231 BVerwG, Urt. v. 15.12.1955 – I C 154, BeckRS 1955, 30426778; BGH NJW 1966, 2278, 2279 f.; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 30.

232 Rundschreiben des Bundesministers des Inneren v. 18. Januar 1951 (1449 A – 40/51), GMBL 1951, Nr. 10, S. 99.

233 Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen v. 30. Juni 1956, BGBl. 1956 I, S. 599.

234 In diesem Zusammenhang spricht Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 56, von einer „direkte[n] Traditionslinie“.

235 § 15 Abs. 2 lit. d) des Gesetzes über das Paßwesen v. 4. März 1952, BGBl. 1952 I, S. 290.

236 OLG Hamburg NJW 1963, 2135 f.

237 OLG Hamm NJW 1965, 1148 f.

238 OLG Hamburg NJW 1963, 2135, 2136.

239 OLG Hamburg NJW 1963, 2135, 2136; zustimmend OLG Hamm NJW 1965, 1148, 1149.

nicht teilenden Kammergerichts entschied der Bundesgerichtshof jedoch, dass die *Ausländerpolizeiverordnung* als vorkonstitutionelles Recht fortgelte und als solches auch mit ihren Strafbestimmungen nicht gegen Art. 104 Abs. 1 GG verstoße: Die *Ausländerpolizeiverordnung* sei seinerzeit auf Grundlage des *Gesetzes über das Paß-, das Ausländerpolizei- und das Meldewesen sowie das Ausweiswesen* erlassen worden, wobei die Weimarer Reichsverfassung eine Einschränkung der persönlichen Freiheit auch durch Rechtsverordnungen zugelassen habe, sofern die Rechtsverordnung auf Grund eines Reichsgesetzes erlassen worden sei.²⁴⁰ Aus Art. 123 Abs. 1 GG ergebe sich, dass Art. 104 Abs. 1 GG auf vorkonstitutionelles Recht keine Anwendung finde; vorkonstitutionelles Recht gelte fort, solange es dem Grundgesetz nicht inhaltlich widerspreche.²⁴¹ Aus dem Charakter des Art. 123 Abs. 1 GG als Übergangsvorschrift folge nichts Gegenteiliges, da andernfalls weite Teile des Nebenstrafrechts und des Strafgesetzbuchs mit Inkrafttreten des Grundgesetzes ungültig geworden wären, obschon Art. 123 Abs. 1 GG dies gerade verhindern sollte.²⁴² Dass der Gesetzgeber mit dem Freiheitsentziehungsgesetz schon 1956 bestimmt hatte, § 7 APVO als förmliches Gesetz fortgelten zu lassen, ließ der Bundesgerichtshof nicht als Gegenargument gelten. Aus der gesetzgeberischen Entscheidung, bestimmte Vorschriften als förmliche Gesetze zu definieren, folge für die nicht in Bezug genommenen Bestimmungen keine Festlegung.²⁴³ Die damit allein maßgebliche Frage, ob ein inhaltlicher Widerspruch zwischen den Strafvorschriften der *Ausländerpolizeiverordnung* und dem Grundgesetz bestehe, sei zu verneinen, was sich bereits daraus ergebe, dass das Ausländergesetz 1965 die Strafvorschriften der *Ausländerpolizeiverordnung* übernommen und ausgeweitet habe.²⁴⁴ Dementsprechend galt die *Ausländerpolizeiverordnung* insgesamt, auch hinsichtlich ihrer Strafbestimmungen, bis zum Inkrafttreten des Ausländergesetzes 1965 fort, wobei allerdings einzelne Vorschriften für ungültig erklärt wurden. So stellte das Bundesverwaltungsgericht 1955 klar, dass der Ausschluss des Verwaltungsrechtswegs (§ 11 Abs. 1 Satz 4, Abs. 6 APVO) mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar war und die entsprechenden Regelungen somit ungültig.²⁴⁵ Art. 19 Abs. 4 GG war also der Schlüssel zur Beendigung der polizeistaatlichen Phase des Migrationsrechts.²⁴⁶ Zugleich bedeutete die Eröffnung des Verwaltungsrechts-

240 BGH NJW 1966, 2278, 2279.

241 BGH NJW 1966, 2278, 2279.

242 BGH NJW 1966, 2278, 2279.

243 BGH NJW 1966, 2278, 2279. Das OLG Hamburg hatte sich in seiner Entscheidung ausführlicher mit § 17 Abs. 2 FreiheitsentziehungsG auseinandergesetzt, war aber letztlich zum selben Ergebnis gelangt. Dabei stellte es insbesondere darauf ab, dass der Gesetzgeber die übrigen Bestimmungen der APVO nicht in seinen Willen aufgenommen habe, sie also weder ändern noch bestätigen wollte. Daher seien sie nicht nachkonstitutionelles Recht geworden und daher auch nicht aus diesem Grunde vollständig am Maßstab des Grundgesetzes zu messen, vgl. OLG Hamburg NJW 1963, 2135.

244 BGH NJW 1966, 2278, 2280.

245 BVerwG, Urt. v. 15.12.1955 – I C 154, BeckRS 1955, 30426778; so schon Potrykus, JZ 1953, 76 f.

246 So Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 56.

wegs allerdings noch nicht die Einräumung eines subjektiven Rechts zur Einreise und zum Aufenthalt.²⁴⁷

Somit galten auch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes zentrale ausländerrechtliche Regelungen des NS-Regimes fort. Das *Paßgesetz* 1952²⁴⁸, das die *Paßstrafverordnung* ersetzte, führte die Strafbarkeit der unerlaubten Einreise (also der pass- oder visumslosen Einreise) im Wesentlichen fort,²⁴⁹ stufte jedoch insbesondere Verstöße gegen Modalitäten der Einreise (z.B. Überschreiten der Grenze an nicht dafür vorgesehenen Stellen, Überschreiten von Grenzübergangsstellen außerhalb der Verkehrsstunden, Entziehen der amtlichen Prüfung bei Grenzübertritt oder Pass- beziehungsweise Ausweisinachschau, Zuwiderhandlung gegen Anordnungen zur Überwachung des Grenzverkehrs) zu Bußgeldtatbeständen herab.²⁵⁰

Bereits 1953 wurde zudem eine asylrechtliche Strafvorschrift geschaffen. Nach § 25 AsylVO i.V.m. § 1 AsylVO²⁵¹ konnte mit Gefängnis und Geldstrafe oder einer dieser Strafen bestraft werden, wer als ausländischer Schutzsuchender – mit Ausnahme heimatloser Ausländer²⁵² – vorsätzlich oder leichtfertig der Pflicht, sich unverzüglich in einem Sammellager für Ausländer zu melden, nicht nachkam. Die Kontrolle über Asylsuchende im Bundesgebiet stand dabei im Vordergrund.²⁵³ Dass eine Strafvorschrift im Verordnungswege erlassen werden konnte, war auf eine besondere Verordnungsermächtigung im Grundgesetz zurückzuführen. Dieses sieht noch heute in Art. 119 GG vor, dass die Bundesregierung in „Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen“ bis zu einer bundesgesetzlichen Regelung mit Zustimmung des Bundesrates „Verordnungen mit Gesetzeskraft“ erlassen kann. Bis zur Verkündung des Ausländergesetzes 1965 existierten entsprechende bundesgesetzliche Regelungen nur in Gestalt des *Gesetzes über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet* vom 25. April 1951²⁵⁴, das für Personen, die am 30. Juni 1950 ihren Aufenthalt im Geltungsbereich des Grundgesetzes oder in Berlin (West) hatten, galt, und des *Gesetzes über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge* vom 19. Mai 1953²⁵⁵, das auf „Vertriebene“, „Heimatvertriebene“ und „Sowjetzonenflüchtlinge“ deutscher Staats- oder Volkszugehörigkeit Anwendung fand. Dementsprechend wurde die Rechtsstellung aller nicht-deutscher, nach dem Stichtag 1950 hinzukommender Flüchtlinge im Wesentlichen durch die Ausländerpolizeiverord-

247 BVerwG NJW 1956, 1046 f.; OVG Münster NJW 1954, 1821 f.

248 *Gesetz über das Paßwesen* v. 4. März 1952, BGBl. 1952 I, S. 290.

249 § 11 Abs. 1 Nr. 1 PaßG 1952; Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 5.

250 § 12 Abs. 1 PaßG 1952.

251 *Verordnung über die Anerkennung und Verteilung von ausländischen Flüchtlingen* v. 6. Januar 1953, BGBl. I, S. 3.

252 § 24 AsylVO.

253 Vgl. Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 30.

254 BGBl. 1951 I, S. 269.

255 BGBl. 1953 I, S. 201.

nung sowie Verordnungen der Bundesregierung ausgestaltet. Dies galt auch für das Anerkennungsverfahren.²⁵⁶ Zwar nahm die Asylverordnung auf das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge – also die Genfer Flüchtlingskonvention – Bezug. Das Asylgrundrecht des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG a.F. spielte dagegen zunächst keine Rolle; es wurde weder einfachgesetzlich konkretisiert noch wurde ein Anerkennungsverfahren geregelt.²⁵⁷

3. Das Ausländergesetz 1965 und die Rechtsentwicklung bis 1990

a) Moderate Neuausrichtung bei umfassender Kodifikation

Die Fortgeltung der *Ausländerpolizeiverordnung* hatte zunächst zur Folge, dass Ausländern kein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet zustand, sondern dass es – mit Ausnahme von Flüchtlingen – dem Ermessen der zuständigen Behörden oblag, zu entscheiden, ob die betreffenden Ausländer „der ihnen gewährten Gastfreundschaft würdig sind.“²⁵⁸ Die „Gastarbeiteranwerbung“ und der mit ihr einhergehende Anstieg des Ausländeranteils an der Wohnbevölkerung zu Beginn der 1960er Jahre sowie die fortschreitende europäische Integration verdeutlichten aber mit zunehmender Dringlichkeit das Bedürfnis nach einer zeitgemäßen Regelung der Rechtsstellung von Ausländern in der Bundesrepublik.²⁵⁹ Auch dem in Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG a.F. garantierten Asylgrundrecht wurde die *Ausländerpolizeiverordnung* nicht gerecht.²⁶⁰ Nach mehrjähriger Vorbereitungszeit – bereits das parlamentarische Verfahren nahm zwei Jahre in Anspruch²⁶¹ – trat am 1. Oktober 1965 das *Ausländergesetz* in Kraft.²⁶² Es stellte eine umfassende Kodifikation des Aufenthalts- und Asylrechts dar, das Einreise, Aufenthalt und Rechtsstellung von Ausländern in einem Gesetz regelte.²⁶³ Seinerzeit wurde das Ausländergesetz als fortschrittliche Kodifikation gewürdigt.²⁶⁴ Allerdings knüpfte auch das Ausländergesetz vielfach an die Regelungen der *Ausländerpolizeiverordnung* an und bekräftigte den Grund-

256 Vgl. §§ 5 ff. AsylVO.

257 Vgl. Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 7 Rn. 56.

258 § 1 APVO; ausdrücklich bekräftigend BVerwG NJW 1956, 1046 f.; vgl. Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 200.

259 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, BT-Drs. IV/3013, S. 2; vgl. Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 7 Rn. 61.

260 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, BT-Drs. IV/3013, S. 2.

261 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, BT-Drs. IV/3013, S. 1; vgl. zur Genese Bode, *Das neue Ausweisungsrecht*, 2020, 52 ff.

262 BGBl. 1965 I, S. 353; Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 8 Rn. 65; Weißmann, *Ausländergesetz*, 1966, 25.

263 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, BT-Drs. IV/3013, S. 2: „[...] hat der Ausschuss das Ziel verfolgt, das Ausländerrecht weitgehend in einem einzigen Gesetz zusammenzufassen.“

264 Vgl. Kanein, *AusIG*, 1966, § 1 Anm. A. 2. „kennzeichnet die grundsätzlich weltoffene Fremdenpolitik der Bundesrepublik“; Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 8 Rn. 77: „Zeichen einer außerordentlich weltoffenen Ausländerpolitik“; Schiederemair, *Handbuch des Ausländerrechts*, 1968, 283: „in seiner Gesamthaltung großzügig und liberal“.

satz, dass Ausländer keinen Rechtsanspruch auf die Gestattung von Einreise und Aufenthalt hatten.²⁶⁵ Die Ausländerpolizeiverordnung und die *Preußische Ausländerpolizeiverordnung* dienten unverkennbar als Ankerpunkte für die Ausgestaltung des Ausländergesetzes, sodass die mit der langjährigen Fortgeltung der *Ausländerpolizeiverordnung* bewirkte Kontinuität im deutschen Ausländerrecht auch mit der Neukodifikation nicht unterbrochen wurde.²⁶⁶

Das Ausländergesetz hielt im Ausgangspunkt an der Erlaubnispflichtigkeit des Aufenthalts fest und stellte die Erlaubniserteilung in das behördliche Ermessen.²⁶⁷ So bestimmte § 2 Abs. 1 AuslG: „Ausländer, die in den Geltungsbereich dieses Gesetzes einreisen und sich darin aufhalten wollen, bedürfen einer Aufenthaltserlaubnis. Die Aufenthaltserlaubnis darf erteilt werden, wenn die Anwesenheit des Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigt.“ Die Aufenthaltserlaubnis konnte vor *oder* nach der Einreise erteilt werden (§ 5 Abs. 1 AuslG), wobei durch Rechtsverordnung die Pflicht zur Einholung vor Einreise bestimmt werden konnte (§ 5 Abs. 2 AuslG). Im Grundsatz war jedoch keine allgemeine Visumpflicht vorgesehen, sodass der Anwendungsbereich der „unerlaubten Einreise“ vergleichsweise überschaubar war. Von der Erlaubnispflicht ausgenommen waren Jugendliche bis zum 16. Lebensjahr, heimatlose Ausländer und Personen, die aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen von einer solchen befreit waren (§ 2 Abs. 2 AuslG). Nach § 3 AuslG bestand eine Passpflicht für Ausländer bei Einreise, Aufenthalt und Ausreise aus dem Bundesgebiet. Die Aufenthaltserlaubnis konnte befristet oder unbefristet erteilt, eine befristete Aufenthaltserlaubnis verlängert werden (§ 7 Abs. 2 AuslG). Möglich waren eine räumliche Beschränkung (§ 7 Abs. 1 AuslG) sowie die Verbindung mit Bedingungen und Auflagen (§ 7 Abs. 3 AuslG) und zwar auch nachträglich (§ 7 Abs. 4 AuslG). Nach einem rechtmäßigen Mindestaufenthalt von fünf Jahren konnte Ausländern, die sich in das „wirtschaftliche und soziale Leben in der Bundesrepublik Deutschland eingefügt haben“, eine Aufenthaltsberechtigung erteilt werden, die räumlich und zeitlich unbeschränkt galt und nicht mit Bedingungen versehen werden durfte (§ 8 AuslG).

Die Gesetzesfassung („darf“, § 2 Abs. 1 AuslG, „kann“, § 7 Abs. 2 Satz 2 AuslG) spiegelte den fehlenden Rechtsanspruch auf Erteilung (§ 2 Abs. 1 AuslG) und Verlängerung (§ 7 Abs. 2 Satz 1 AuslG) einer Aufenthaltserlaubnis wider.²⁶⁸ Auch die Erteilung einer zum unbefristeten Aufenthalt berechtigenden „Aufhaltsberechtigung“ stand im Ermessen der Behörde (§ 8 Abs. 1 AuslG: „kann“). Lediglich auf eine ermessensfehlerfreie Bescheidung ihres Antrags hatten Ausländer Anspruch, wobei die behörd-

265 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, BT-Drs. IV/3013, S. 2.

266 Vgl. kritisch *Dohse/Groth*, KJ 1983, 231, 232; *Franz*, ZRP 1970, 229: „In Wahrheit ist das AuslG eines der rückständigsten Gesetze der Nachkriegszeit.“

267 Vgl. *Renner*, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 8 Rn. 66; kritisch *Franz*, ZRP 1970, 229, 230.

268 Vgl. *Kanein*, AuslG, 1966, § 1 Anm. A. 2., 4, § 2 Anm. A. 2. Kritisch *Dohse/Groth*, KJ 1983, 231 233.

liche Entscheidung der – insoweit schon vom Bundesverwaltungsgericht für die Ausländerpolizeiverordnung eingeforderten – verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterlag.²⁶⁹ Vor diesem Hintergrund konnten Ausländer – primär Gastarbeiter und ihre Familien – Ausländerbehörden keine eigenen Rechtspositionen entgegenhalten; die weiten Ermessensspielräume wurden lediglich durch interne Verwaltungsrichtlinien konkretisiert.²⁷⁰ Das Ausländergesetz war insofern vor allem als Instrument zur flexiblen Steuerung mit möglichst weiten Spielräumen für die Verwaltung konzipiert, nicht als anspruchsbegründendes Regelwerk. Das Ausländergesetz bildete also lediglich einen äußeren Rahmen, während die inhaltliche Ausgestaltung des Ausländerrechts der Verwaltungspraxis und der sie kontrollierenden Justiz überlassen wurde.²⁷¹ Insofern setzte sich der polizeirechtliche Subordinationscharakter des „Fremdenrechts“ im Ausländergesetz fort.²⁷² Dementsprechend war es bis in die 1980er Jahre hinein auch gängige Praxis, Aufenthaltserlaubnisse zunächst auf ein und sodann jeweils auf zwei Jahre befristet zu erteilen, wobei es zu „Kettenverlängerungen“ kam; die Betroffenen hatten somit keinerlei Planungssicherheit.²⁷³ Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis wurden eng miteinander verknüpft, was den funktionalen Charakter der Aufenthaltsgewährung verdeutlichte.²⁷⁴ Auf diese Weise stand der Wirtschaft ein kaum erschöpfliches Reservoir bewährter und neuer Arbeitsmigranten – „Gastarbeiter“ – zur Verfügung, ohne dass – *de jure* – staatlicherseits eine Bleibegarantie gegenüber den Migranten ausgesprochen worden wäre. Die Erbringung von Integrationsleistungen der ersten und teilweise auch der zweiten „Gastarbeitergeneration“ war vor diesem Hintergrund kaum erwartbar. Die Bundesregierung erkannte schon 1982, dass die Rechtsunsicherheit mangels gesetzlicher Regelung mit anspruchsbegründendem Charakter unbefriedigend war und es einer Reform des Ausländergesetzes bedurfte.²⁷⁵ Eine solche ließ gleichwohl bis zum Ausländergesetz 1990 auf sich warten.²⁷⁶

269 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, BT-Drs. IV/3013, S. 2. Kritisch zu den Realisierungsbedingungen eines gerichtlichen Rechtsschutzes im Lichte der Gesetzesfassung Majer, ZRP 1969, 125, 126: „faktisch gerichtlich nicht überprüfbar“.

270 Vgl. Eckstein, APuZ 25/1982, 17, 21; Kühn, Stand und Weiterentwicklung der Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland, 1979, 10, 37. Kritisch Majer, ZRP 1969, 125 f.

271 Vgl. auch BT-Drs. 11/6321, S. 40: „Das Ausländergesetz vom 28. April 1965 verzichtet weitgehend auf eine inhaltliche Ausgestaltung des Ausländerrechts.“

272 Diese Kritik aufgreifend – aber für unzutreffend befindend – siehe die Gesetzesbegründung zum Ausländergesetz 1990, BT-Drs. 11/6321, S. 40; zur Kontinuität über 1990 hinaus Sommer, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkman (Hrsg.), Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, 2007, 61, 62.

273 Vgl. Barwig, ZAR 2014, 42, 44 f.; Kühn, Stand und Weiterentwicklung der Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland, 1979, 37.

274 Vgl. Kühn, Stand und Weiterentwicklung der Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland, 1979, 10; siehe bereits oben A. I.

275 BT-Drs. 9/1629, S. 21.

276 Vgl. Barwig, ZAR 2014, 42, 48.

Das Ausweisungsrecht wurde mit Modifikationen aus der Ausländerpolizeiverordnung übernommen. § 10 Abs. 1 AuslG regelte die Ausweisungsgründe. Diese blieben eng an denen der Ausländerpolizeiverordnung orientiert,²⁷⁷ wobei aber die schon in der *Preußischen Ausländerpolizeiverordnung* vorgesehenen Schutzmechanismen für politisch Verfolgte – ausgeweitet auf heimatlose Ausländer und Flüchtlinge – wieder eingeführt wurden. Einen gewissen Ausweisungsschutz bot der Status der Aufenthaltsberechtigung (§ 11 Abs. 1 AuslG). Asylberechtigte, heimatlose Ausländer oder ausländische Flüchtlinge konnten nur „aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“ ausgewiesen werden (§ 11 Abs. 2 AuslG). Auch im Übrigen übernahm das Ausländergesetz die wesentlichen Instrumentarien der Ausländerpolizeiverordnung, insbesondere die Abschiebung (§ 13 AuslG), wobei auch hier dem Flüchtlingsschutz durch Abschiebungsverbote Rechnung getragen wurde (§ 14 AuslG), und die Abschiebungshaft (§ 16 AuslG). Auch Zurückweisung und Zurückschiebung (§ 18 AuslG) fanden sich wieder. Mit § 17 AuslG wurde zudem die zeitweise Aussetzung der Abschiebung (Duldung) eingeführt. Neben dem Aufenthaltsrecht regelte das Ausländergesetz auch das zuvor in der Asylverordnung kodifizierte Asylrecht, wobei sich die Änderungen überwiegend auf die Gliederung und den Wortlaut der Vorschriften bezogen.²⁷⁸ Erstmals geregelt wurde ein Anerkennungsverfahren für Asylberechtigte nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG a.F. (§ 28 Nr. 2 AuslG), für welches das *Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge* zuständig war. Zuvor existierte ein entsprechendes Verfahren nur für Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention, während Asylberechtigte, die der Genfer Flüchtlingskonvention nicht unterfielen, der Zuständigkeit der Ausländerbehörden unterlagen, die ihre Asylberechtigung nur als Vorfrage der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder im Rahmen eines Ausweisungsverfahrens prüften.²⁷⁹

Umfangreicher als zuvor fielen die Strafvorschriften des Ausländergesetzes aus. Dies lag zum einen daran, dass zuvor im Paßgesetz, in der Asylverordnung und der Ausländerpolizeiverordnung verstreute Straftatbestände zusammengeführt und einheitlich in § 47 AuslG geregelt wurden; zum anderen wurde der Straftatenkatalog jedoch auch ausgeweitet.²⁸⁰ Der Strafraum betrug einheitlich Gefängnis bis zu einem Jahr und Geldstrafe; bei fahrlässiger Tatbegehung bestimmter Tatbestandsvarianten waren die Gefängnis- und Geldstrafe nicht kumulativ, sondern nur alternativ zulässig.²⁸¹ § 48 AuslG enthielt zudem Ordnungswidrigkeiten, welche auch schon im *Paßgesetz* als Bußgeldtatbestände normiert gewesen waren.

277 Vgl. Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 8 Rn. 66.

278 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, BT-Drs. IV/3013, S. 7.

279 Zum Ganzen vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, BT-Drs. IV/3013, S. 2, 7.

280 Vgl. Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 10 f.; Cannawurf, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, 2007, 31.

281 Vgl. § 47 Abs. 1, Abs. 3 AuslG.

Nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 AuslG war zunächst die unerlaubte Einreise in das Bundesgebiet unter Strafe gestellt. Unerlaubt war eine Einreise, wenn sie ohne erforderlichen Pass oder Passersatz oder ohne erforderliche Aufenthaltserlaubnis (in Form eines vor Einreise einzuholenden Sichtvermerks, sofern ein solcher erforderlich war) erfolgte. Insoweit führte § 47 Abs. 1 Nr. 1 AuslG die Strafbarkeit der unerlaubten – passlosen – Einreise nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 PaßG fort, wobei das Paßgesetz auf Ausländer künftig keine Anwendung mehr fand (§ 55 Abs. 2 AuslG).²⁸² § 47 Abs. 1 Nr. 2 AuslG stellte sodann den unerlaubten Aufenthalt im Bundesgebiet unter Strafe, wobei sich die Strafvorschrift ihrerseits an § 13 Abs. 1 APVO sowie § 11 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 PaßG orientierte. Unerlaubt war ein Aufenthalt, wenn sich der Ausländer ohne den erforderlichen Pass, Passersatz oder eine erforderliche Aufenthaltserlaubnis, Aufenthaltsberechtigung oder Duldung im Bundesgebiet aufhielt.²⁸³

Eine „Innovation“ des Ausländergesetzes war § 47 Abs. 1 Nr. 3 AuslG, der es unter Strafe stellte, wenn sich ein Ausländer den erkennungsdienstlichen Maßnahmen zur Feststellung der Person oder der Staatsangehörigkeit entzog.²⁸⁴ Eine solche erkennungsdienstliche Maßnahme war nach § 3 Abs. 1 Satz 3 AuslG zugelassen, wenn „Zweifel über die Person oder die Staatsangehörigkeit des Ausländers“ bestanden. Gesichert werden sollte hier mit den Mitteln des Strafrechts also erkennbar der geordnete Ablauf des Verwaltungsverfahrens zur Erfassung der Identität und Staatsangehörigkeit einreisender Ausländer.²⁸⁵ Gleichfalls ohne Vorbild war die Strafvorschrift des § 47 Abs. 1 Nr. 4 AuslG, der „beharrlich“ wiederholte Zuwiderhandlungen gegen vollziehbare Einschränkungs- oder Untersagungsverfügungen hinsichtlich der politischen Betätigung eines Ausländers (§ 6 Abs. 2 AuslG) unter Strafe stellte.²⁸⁶

§ 47 Abs. 1 Nr. 5 AuslG stellte Zuwiderhandlungen gegen Bedingungen, Auflagen oder Beschränkungen von Aufenthaltstiteln oder gegen ausländerbehördliche Anordnungen über Reiseweg und Aufenthaltsort für ausgewiesene oder abgeschobene Ausländer, denen ausnahmsweise eine kurzfristige Betretungserlaubnis erteilt worden war (§ 15 Abs. 2 Satz 2 AuslG), unter Strafe, wobei hier ausnahmsweise auch der Versuch strafbar war (§ 47 Abs. 2 AuslG). Dies stellte eine erhebliche Ausweitung der Strafbarkeit gegenüber § 13 Abs. 2 APVO dar, der lediglich Verstöße

282 Vgl. auch Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 11; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 31.

283 Siehe auch Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 11; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 31.

284 Vgl. auch Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 12, die diese Vorschrift unter der Überschrift „Neuartige Strafvorschriften“ erörtert.

285 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 31 f. Im Bericht des Innenausschusses wird lediglich allgemein auf den „Unrechtsgehalt“ sowie die „Zielsetzung und Intensität des zugrunde liegenden Täterwillens“ abgestellt, vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, BT-Drs. IV/3013, S. 8.

286 Vgl. zur Ratio Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, BT-Drs. IV/3013, 3 f.; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 32.

gegen die räumliche Beschränkung kriminalisiert hatte, während § 47 Abs. 1 Nr. 5 AuslG grundsätzlich jede aufenthaltsrechtliche Bedingung, Auflage oder Beschränkung erfasste.²⁸⁷ Insoweit war der Gesetzgeber der Auffassung, angesichts der weitgehenden Liberalisierung des Ausländerrechts größeres Gewicht auf „die Einhaltung der verbliebenen Verpflichtungen des Ausländers“ legen zu müssen.²⁸⁸ § 47 Abs. 1 Nr. 6 AuslG bestimmte schließlich, dass sich strafbar machte, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen Urkunden für die Einreise oder den Aufenthalt zu beschaffen, oder wer eine solche Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. Gegenüber der Vorgängervorschrift im Passgesetz schränkte das subjektive Merkmal („wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr“) den Tatbestand partiell ein.²⁸⁹ Fahrlässiges Verhalten war in den Fällen des § 47 Abs. 1 Nr. 2 (unerlaubter Aufenthalt) und Nr. 5 AuslG (Verstoß gegen Bedingungen, Auflagen oder Beschränkungen) unter Strafe gestellt.

Erstmals fand sich mit § 47 Abs. 4 AuslG ein Hinweis auf die Geltung des Art. 31 Abs. 1 GFK. Dieser bestimmt:

„Die vertragschließenden Staaten werden wegen unrechtmäßiger Einreise oder Aufenthalts keine Strafen gegen Flüchtlinge verhängen, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit im Sinne von Artikel 1 bedroht waren und die ohne Erlaubnis in das Gebiet der vertragschließenden Staaten einreisen oder sich dort aufhalten, vorausgesetzt, dass sie sich unverzüglich bei den Behörden melden und Gründe darlegen, die ihre unrechtmäßige Einreise oder ihren unrechtmäßigen Aufenthalt rechtfertigen.“

Art. 31 Abs. 1 GFK schließt also eine Bestrafung von Flüchtlingen, die unerlaubt in das Bundesgebiet einreisen, unter bestimmten Voraussetzungen aus. Die dogmatische Einordnung und Reichweite des Art. 31 Abs. 1 GFK waren und sind zwar umstritten;²⁹⁰ der Gesetzgeber des Ausländergesetzes hat jedoch durch die ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 31 Abs. 1 GFK dessen Anwendbarkeit auf ausländerstrafrechtliche Sachverhalte deklaratorisch²⁹¹ klargestellt. Damit stand Art. 31 Abs. 1 GFK einer Strafbarkeit nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 AuslG bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen entgegen.

287 Vgl. BT-Drs. IV/868, S. 19; Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 12; Cannawurf, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, 2007, 32.

288 BT-Drs. IV/868, S. 19.

289 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, BT-Drs. IV/3013, S. 8; Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 12 f.

290 Vgl. dazu unten C. IV. 2.

291 Aufgrund des Zustimmungsgesetzes (Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG) zur GFK vom 1. September 1953 (BGBl. II, S. 559) galt die GFK bereits seit Dezember 1953 mit Gesetzeskraft im Rang eines Bundesgesetzes.

b) Überlagerung durch das Unionsrecht

Für Staatsangehörige von EWG-Staaten wurden die Regelungen des Ausländergesetzes schon wenige Jahre nach seinem Inkrafttreten durch supranationale Vorschriften überlagert. So gewährleistete die *Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft* (VO (EWG) 1612/68) die Arbeitnehmer-Freizügigkeit, einschließlich des Rechts für den Arbeitnehmer, seinen Ehegatten, Verwandte in absteigender Linie und Verwandte in aufsteigender Linie, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt, „ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit Wohnung zu nehmen“ (Art. 10 Abs. 1 VO (EWG) 1612/68). Die zugleich verabschiedete *Richtlinie 68/360/EWG des Rates vom 15. Oktober 1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft* (RL 68/360/EWG) sah zudem eine Harmonisierung des Rechtsrahmens zum Reise- und Aufenthaltsrecht in den Mitgliedstaaten vor, mit dem Ziel, eine Angleichung der Rechtsstellung von EWG-Ausländern an diejenige von Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates zu erreichen. Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für EWG-Staatsangehörige sowie ihre Familienangehörigen sollten dementsprechend beseitigt werden (Art. 1 RL 68/360/EWG). Vorgesehen war die Erteilung einer besonderen Aufenthaltserlaubnis nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie für Arbeitnehmer mit Staatsangehörigkeit eines EWG-Mitgliedstaates und ihre Angehörigen. Für die Erteilung dieser Aufenthaltserlaubnis durften dabei lediglich die Vorlage des Ausweises sowie eine Einstellungserklärung eines Arbeitgebers oder eine Arbeitsbescheinigung verlangt werden; ihre Familienangehörigen mussten eine Bescheinigung über das bestehende Verwandtschaftsverhältnis vorlegen sowie, sofern das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO (EWG) 1612/68 von einer Unterhaltsgewährung des Arbeitnehmers abhing, eine entsprechende Bescheinigung über die Unterhaltsgewährung.²⁹² Ferner sah die Richtlinie vor, dass die erteilte Aufenthaltserlaubnis grundsätzlich eine Mindestgültigkeitsdauer von fünf Jahren vom Zeitpunkt der Ausstellung an haben und ohne Weiteres verlängert werden können musste; Aufenthaltsunterbrechungen von weniger als sechs aufeinanderfolgenden Monaten waren zudem für die Gültigkeit der Erlaubnis unschädlich.²⁹³ Der deutsche Gesetzgeber schuf 1969 mit dem Aufenthaltsgesetz/EWG²⁹⁴ eine spezielle Rechtsgrundlage für die betreffenden EWG-Ausländer, die das Ausländergesetz in seinem Anwendungsbereich verdrängte.²⁹⁵

Der Europäische Gerichtshof stärkte in einem Urteil 1977 die aus der Verordnung und der Richtlinie folgende Rechtsstellung von EWG-Ausländern, indem er klar-

292 Vgl. Art. 4 RL 68/360/EWG.

293 Vgl. Art. 6 Abs. 1 und 2 RL 68/360/EWG.

294 BGBl. I 1969, S. 927.

295 § 15 AufenthG/EWG.

stellte, dass es sich bei der von der Richtlinie in Bezug genommenen Aufenthaltserlaubnis lediglich um eine deklaratorische Bescheinigung des Rechts zum Aufenthalt handele, die in der Sache aber bereits aus der VO (EWG) 1612/68 und dem EWG-Vertrag folge. Dementsprechend sei es unzulässig, wenn das nationale Recht eine allgemeine Aufenthaltserlaubnis verlange oder eine solche statt der nach der Richtlinie vorgesehenen besonderen Aufenthaltserlaubnis erteilt würde, sofern diese eine andere Tragweite habe, als den Nachweis über das bestehende Aufenthaltsrecht zu führen.²⁹⁶ Eine Sanktionierung des Verstoßes gegen Vorschriften des jeweiligen Mitgliedstaates, die für EWG-Staatsangehörige das Erfordernis einer allgemeinen Aufenthaltserlaubnis vorschreiben, sei unzulässig.²⁹⁷ Für EWG-Ausländer (also Staatsangehörige Belgiens, Frankreichs, Italiens, Luxemburgs und der Niederlande) galt damit ein deutlich privilegierendes Regelungsregime. Zulässig war nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur eine Sanktionierung von Verstößen gegen innerstaatliche Vorschriften, die in Übereinstimmung mit der RL 68/360/EWG erlassen wurden.²⁹⁸ 1980 wurden in Reaktion auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs durch das *Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*²⁹⁹ mit § 12a Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG/EWG spezielle, § 47 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 und § 48 Abs. 1 Nr. 6 AuslG nachgebildete Bußgeldtatbestände geschaffen, um „die Rechtsunsicherheit [zu] beseitigen [...], die in der Praxis hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 47 AuslG auf Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaften besteht.“³⁰⁰ Durch die Spezialregelungen wurde vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Meinungen in Rechtsprechung und Literatur über die Anwendbarkeit des § 47 AuslG³⁰¹ klargestellt, dass ein Rückgriff auf die Strafvorschrift des § 47 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 AuslG und den Bußgeldtatbestand des § 48 Abs. 1 Nr. 6 AuslG nicht (mehr) in Betracht kam,³⁰² jedoch Verstöße gegen die Formalitäten der Einreise und des Aufenthalts – insbesondere Verstöße gegen die Passpflicht und die Pflicht, eine deklaratorische Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz/EWG einzuholen, sowie die Pflicht, einen kurzfristigen Aufenthalt anzuzeigen, – bußgeldbewehrt waren.³⁰³ Die Gesetzesbe-

296 EuGH NJW 1977, 1579, 1580.

297 EuGH NJW 1977, 1579, 1580.

298 EuGH NJW 1977, 1579, 1580.

299 BGBl. 1980 I, S. 113.

300 BT-Drs. 8/2597, S. 6.

301 So war das BayObLG der Auffassung, § 47 Abs. 1 Nr. 2 AuslG i.d.F. von 1965 erfasse auch das Fehlen der besonderen (deklaratorischen) Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG/EWG, BayObLG NJW 1978, 505, 506, also den bloßen Formverstoß. Dies sei mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar; ebenso OLG Stuttgart NJW 1978, 1758, 1759. Anders dagegen Vedder, NJW 1977, 2014. Vgl. zur Diskussion Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 16 m.w.N.

302 Insoweit spricht Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 33, von einer „Privilegierung“; vgl. auch Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 15.

303 Vgl. BT-Drs. 8/2597, S. 6 f.

gründung ging davon aus, dass diese Sanktionsbewehrung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu vereinbaren sei.³⁰⁴

c) Schrittweise Ausweitung und Nachschärfung des Ausländerstrafrechts

Für alle übrigen Ausländer verfolgte die Bundesregierung dagegen seit Abflauen der Konjunkturlage und dem Anwerbestopp 1973³⁰⁵ eine zunehmend restriktive Politik der Zuwanderungsbegrenzung. Zu diesem Zweck wurden insbesondere in den 1980er Jahren zahlreiche asylverfahrensrechtliche Regelungen geändert oder neu eingefügt und das Asylverfahrensrecht schließlich in ein eigenes Gesetz – das *Asylverfahrensgesetz* – ausgelagert. Auch die Strafvorschriften wurden ausgeweitet und verschärft, wobei im politischen Diskurs mitunter problematische Narrative („Asylmissbrauch“) bedient wurden.³⁰⁶

aa) Das Achte Strafrechtsänderungsgesetz

Bereits drei Jahre nach Inkrafttreten des Ausländergesetzes³⁰⁷ wurde durch das *Achte Strafrechtsänderungsgesetz* vom 26. Juni 1968 ein neuer Straftatbestand in § 47 Abs. 1 Nr. 7 AuslG n.F. eingefügt.³⁰⁸ Danach machte sich strafbar, wer „im Geltungsbereich dieses Gesetzes einer überwiegend aus Ausländern bestehenden Verbindung angehört, deren Bestehen, Zielsetzung oder Tätigkeit vor den Behörden geheimgehalten wird, um ihr Verbot abzuwenden.“ Der gleichfalls neu eingefügte § 47 Abs. 2a AuslG n.F. sah allerdings die Möglichkeit des Absehens von Strafe vor, wenn die Schuld des

304 Vgl. BT-Drs. 8/2597, S. 7, 9.

305 Dazu oben A. I.

306 Exemplarisch lässt sich dies anhand der Diskussion um „Asylmissbrauch“ zu Beginn der 1980er Jahre beobachten. Weil viele kurdische Menschen vor dem Anwerbestopp als Gastarbeiter nach Deutschland gekommen waren und nach dem Anwerbestopp als Asylbewerber, wurde rasch von einem „Missbrauch“ des Asylrechts gesprochen. Dabei wurde freilich verschwiegen, dass in Folge systematischer Diskriminierung und aufgrund von Willkürmaßnahmen, nochmals verstärkt in Folge des Militärputsches 1980, die Lebenssituation vieler Kurden, insbesondere kurdischer Aktivisten, in der Türkei durch Bedrohung und Repression geprägt war. Während die migrationsbereiten Kurden diesen Umständen vor dem Anwerbestopp durch reguläre Gastarbeitermigration entgehen konnten, blieb nach dem Anwerbestopp vor allem die Möglichkeit einer Asylantragstellung, vgl. zu diesen und vergleichbaren Fällen *Alexopoulos*, Deutschland und die Migration, 2020, 164 f., 168 f. Zur Bedeutung des Militärputsches für einen Anstieg der Asylbewerberzahlen um 1980 vgl. auch *Bade*, Europa in Bewegung, 2000, 363. Ein Beispiel für die Narrativbildung der Zeit findet sich auch in der Gesetzesbegründung zum Asylverfahrensgesetz, BT-Drs. 9/875, S. 12: „Der sprunghafte Anstieg der Asylbewerberzahlen [...] ist im wesentlichen darauf zurückzuführen, daß für viele Ausländer die Bundesrepublik Deutschland wegen ihrer Wirtschaftskraft, ihren günstigen sozialen Bedingungen und der Freiheitlichkeit ihrer Lebensform attraktiv ist. Eine große Zahl von Ausländern, die während des Asylverfahrens in aller Regel vor einer Abschiebung in ihr Heimatland geschützt sind, haben daher ein Asylverfahren nur deshalb eingeleitet, um mit der Behauptung, politisch verfolgt zu sein, sich den aus wirtschaftlichen Gründen angestrebten Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland zu erhalten.“

307 Weitere, für den hiesigen Zusammenhang nicht zu vertiefende Änderungen waren u.a. die Einfügung von § 47 Abs. 4 AuslG n.F. durch das EGOWiG (BGBl. 1968 I, S. 503), der die Einziehung von Gegenständen auf die sich eine Straftat nach § 47 Abs. 1 Nr. 6 AuslG bezog, zuließ.

308 BGBl. 1968 I, S. 741, Art. 6 Nr. 7.

Täters gering und seine Mitwirkung von untergeordneter Bedeutung war oder wenn er sein Verhalten aufgegeben und sein Wissen einer Dienststelle offenbart hatte.

Durch den neuen Straftatbestand sollte sichergestellt werden, dass die mit dem *Achten Strafrechtsänderungsgesetz* zugleich erfolgte Aufhebung des – im Blick auf die Vereinigungsfreiheit als Deutschengrundrecht (Art. 9 Abs. 1 GG) problematischen und für inländische Vereinigungen als entbehrlich befundenen – Straftatbestandes der Geheimbündelei (§ 128 StGB a.F.) nur für Deutsche Wirkung entfaltete.³⁰⁹ Demgegenüber wurde für Ausländervereinigungen weiterhin das Bedürfnis nach einem strafrechtlich sanktionierten Verbot entsprechender Zusammenschlüsse gesehen.³¹⁰ So lebte nach Auffassung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik

„eine große Anzahl von Ausländern, die mit den politischen Verhältnissen in ihrer Heimat nicht einverstanden sind. In diesen Emigrantenkreisen haben sich zum Teil Geheimverbindungen gebildet, deren Mitglieder aus politischen Gründen schwere Gewalttaten begangen haben, durch die wie auch durch die sonstige Tätigkeit dieser Mitglieder der Bundesrepublik außenpolitisch erheblicher Schaden zugefügt worden ist.“³¹¹

Deshalb sei eine entsprechende Strafvorschrift aus „präventiven Gründen“ erforderlich.³¹² Damit bezog sich die Gesetzesbegründung vor allem auf die Möglichkeiten, strafprozessuale Maßnahmen allein auf den Verdacht der Geheimbündelei stützen zu können, ohne eines Anfangsverdachts für andere Straftaten zu bedürfen.³¹³ Dies wurde offenbar für erforderlich gehalten, um der Begehung schwererer Straftaten vorzubeugen. So ging die Bundesregierung ausweislich der Antwort des Bundesministers des Inneren auf eine kleine Anfrage von SPD-Abgeordneten davon aus, dass sich Geheimbünde oftmals zu kriminellen Vereinigungen entwickelten.³¹⁴ Den tatsächlichen Hintergrund für die Behauptung, in der Bundesrepublik lebte eine „große Anzahl von Ausländern, die mit den politischen Verhältnissen in ihrer Heimat nicht einverstanden sind“³¹⁵, dürften nicht zuletzt die Proteste von Exil-Iranern gegen den Schah-Besuch Anfang Juni 1967 gebildet haben.³¹⁶

309 Vgl. den Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. V/2860, S. 26 f. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung hatte dagegen noch vorgesehen, § 128 StGB a.F. in abgeänderter Form beizubehalten, vgl. BT-Drs. V/898, S. 39.

310 Vgl. den Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. V/2860, S. 26, 32.

311 Vgl. den Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. V/2860, S. 32.

312 Vgl. den Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. V/2860, S. 32.

313 BT-Drs. V/2046, S. 5.

314 BT-Drs. V/2046, S. 5.

315 Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. V/2860, S. 32; zuvor auch schon BT-Drs. V/2046, S. 5.

316 Vgl. die Auflistung im Anhang zu BT-Drs. V/2046, S. 12 f., Lfd.-Nr. 47–49.

bb) Das Zweite Strafrechtsreformgesetz

Durch das *Zweite Strafrechtsreformgesetz*³¹⁷ wurde der Allgemeine Teil des Strafrechts grundlegend umgestaltet. In diesem Zuge wurde unter anderem die Unterscheidung zwischen Übertretungen, Vergehen und Verbrechen durch Aufhebung der Übertretungstatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches zugunsten der Zweiteilung in Vergehen und Verbrechen aufgegeben.³¹⁸ Zudem wurde die kumulative Androhung von Freiheits- und Geldstrafen abgeschafft und nach § 41 StGB nur noch für den Fall des Handelns in Bereicherungsabsicht zugelassen. Ferner wurde ein gesetzliches Mindest- sowie Höchstmaß auch für Geldstrafen eingeführt.³¹⁹ Das *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* vom 2. März 1974³²⁰ ordnete die Geltung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches auch für das Nebenstrafrecht an, soweit nichts anderes bestimmt war, und glich zugleich zahlreiche strafrechtliche Nebengesetze, darunter auch die Strafvorschrift des Ausländergesetzes, an das reformierte materielle Strafrecht an.³²¹ So wurde die kumulative Androhung von Freiheits- und Geldstrafe für die vorsätzliche Tatbegehung nach § 47 Abs. 1 AuslG zugunsten einer alternativen Androhung der beiden Strafarten aufgegeben.³²² Zugleich wurden die Strafdrohungen für Fahrlässigkeitstaten auf bis zu sechs Monate Freiheitsstrafe oder bis zu 180 Tagessätze Geldstrafe abgesenkt.³²³ Hier erfolgte also eine stärkere Abstufung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitstaten, die im Ergebnis zu einer Strafmilderung führte.³²⁴ Nach der Gesetzesbegründung brachte das *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* die mit dem *Zweiten Strafrechtsreformgesetz* begonnene „Aussonderung des Ordnungsunrechts aus dem Kriminalstrafrecht [...] zum Abschluß [...]“.³²⁵ Insbesondere für das Migrationsstrafrecht war und ist diese Behauptung freilich zweifelhaft.³²⁶

cc) Das Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung

Die folgenreichste und bis zur Gegenwart nachwirkende Änderung der Strafvorschriften des Ausländergesetzes erfolgte mit dem *Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung* vom 15. Dezember 1981.³²⁷ Mit diesem Gesetz wurden die Vorläufer des heutigen „Schleusertatbestandes“ (§ 96 AufenthG) und des asylrechtlichen

317 BGBl. 1969 I, S. 717, Art. 2.

318 BGBl. 1969 I, S. 717, Art. 1 § 12; dazu BT-Drs. 7/550, S. 1.

319 BGBl. 1969 I, S. 717, Art. 1 §§ 38, 40 und Art. 2 § 1.

320 BGBl. 1974 I, S. 469.

321 BGBl. 1974 I, S. 469, Art. 1; BT-Drs. 7/550, S. 1.

322 BGBl. 1974 I, S. 469, Art. 10–12, 91; BT-Drs. 7/550, S. 378.

323 BGBl. 1974 I, S. 469, Art. 91 Nr. 3.

324 BT-Drs. 7/550, S. 378.

325 BT-Drs. 7/550, S. 1.

326 Näher unten B. II.

327 BGBl. 1981 I, S. 1390, Art. 6.

Straftatbestandes der Verleitung zur missbräuchlichen Antragstellung (§ 84 Abs. 1 AsylG) geschaffen.³²⁸ § 47a AuslG bedrohte fortan denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe,³²⁹ der einen Ausländer zur unerlaubten Einreise oder zum unerlaubten Aufenthalt verleitete oder ihn dabei unterstützte (§ 47a Abs. 1 Nr. 1 AuslG) oder einen Ausländer verleitete oder dabei unterstützte, im Asylanerkennungsverfahren unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen, um seine Anerkennung als Asylberechtigter zu ermöglichen (§ 47a Abs. 1 Nr. 2 AuslG), sofern er dafür einen Vermögensvorteil erhielt oder sich versprechen ließ. Damit wurde einerseits die Anstiftung oder Beihilfe zur Haupttat der unerlaubten Einreise oder des unerlaubten Aufenthalts tatbestandlich typisiert und verselbstständigt, sofern das sogenannte „Schleusermerkmal“ (Vermögensvorteil erhalten oder sich versprechen lassen) vorlag. Andererseits wurde mit § 47a Abs. 1 Nr. 2 AuslG ein Verhalten kriminalisiert, das mangels Tatbestandsmäßigkeit der missbräuchlichen Antragstellung durch den Antragsteller zuvor strafflos war, weil es nicht als Teilnahme an einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat erfasst werden konnte.³³⁰ Die einfache Anstiftung oder Beihilfe zur unerlaubten Einreise und zum unerlaubten Aufenthalt war demgegenüber zwar bereits zuvor nach allgemeinen Regeln strafbar (§§ 26, 27 StGB). Die Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe (im Falle der Anstiftung) beziehungsweise Freiheitsstrafe bis zu neun Monaten oder Geldstrafe (im Falle der Beihilfe wegen der obligatorischen Strafmilderung nach § 27 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB) wurde „dem Unrechtsgehalt der üblicherweise vom Schlepper begangenen Tat“ nach Auffassung des Gesetzgebers jedoch nicht gerecht.³³¹

Das *Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung* leitete das Zeitalter der „Bekämpfung“³³² des „Schlepperunwesens“ ein. Die Tätigkeit von Schleppern beziehungsweise Schleusern war aus Sicht der Bundesregierung zentrale Voraussetzung für die „irreguläre“ Migration nach Deutschland.³³³ Die Praxis habe gezeigt, „daß Ausländer nur in den seltensten Fällen aus eigenem Antrieb illegal einreisen, sondern in der Regel von Schleppern dazu veranlaßt werden und dabei auf deren Hilfe angewiesen sind.“³³⁴ In der Folge nahmen Ausländer zur Begleichung der durch die

328 Nach *Cantzier*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 101, soll bereits § 1 Nr. 11 der Verordnung über die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die Paßvorschriften vom 6. April 1923 einen Vorläufer darstellen. Allerdings handelte es sich dabei um die Anordnung der Strafbarkeit der Teilnahme, die eher mit §§ 95 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG i.V.m. 26 oder 27 StGB vergleichbar ist.

329 Während der Gesetzentwurf der Bundesregierung noch eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe vorgesehen hatte, wurde in den Ausschussberatungen eine Anhebung des Strafrahmens auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe beschlossen, vgl. BT-Drs. 9/975, S. 15, 23.

330 Insoweit spricht *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 33, von einer „qualifizierten ‚Teilnahme‘-Strafbarkeit ohne Strafbarkeit des ‚Haupttäters‘“.

331 BT-Drs. 9/847, S. 12.

332 BT-Drs. 9/847, S. 12.

333 Dieses Narrativ übernehmend *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 34.

334 BT-Drs. 9/847, S. 12.

Schleusung entstandenen Kosten „häufig eine illegale Beschäftigung auf“, weshalb es gelte, „schon vor der Aufnahme einer Beschäftigung die Unterstützung und Förderung der illegalen Einreise und des illegalen Aufenthalts zu bekämpfen.“³³⁵ Es erscheint zweifelhaft, dass dieser Befund einer empirischen Überprüfung insbesondere der Kausalitätsbehauptungen standgehalten hätte.³³⁶ Gleichwohl konnte sich dieser Topos – die „Bekämpfung des Schlepperunwesens“ als Mittel der Migrations- und Arbeitsmarktkontrolle – seit 1981 fest etablieren und hat den migrationspolitischen Diskurs bis zur Gegenwart maßgeblich bestimmt. Die Gesetzesänderung erfolgte seinerzeit im Kontext kontrovers geführter Debatten über das Asylrecht und die stetig steigende Zahl an Asylbewerbern. Der Regelungszusammenhang („Bekämpfung der illegalen Beschäftigung“) verdeutlicht, dass es vor allem darum ging, den deutschen Arbeitsmarkt für irregulär Beschäftigte, vor allem auch Ausländer, die unter Umgehung des Anwerbestopps und der strengen Regeln zum Arbeitsmarktzugang für nachgezogene Familienangehörige nach Beschäftigung in Deutschland suchten,³³⁷ zu schließen.³³⁸ Damit wollte die Bundesregierung ihre Handlungsfähigkeit unter Beweis stellen und erhoffte sich, mit einer „konsequente[n] und wirksame[n] Politik zur Begrenzung des Zuzugs aus Ländern, die nicht Mitglieder der Europäischen Gemeinschaft sind, [...] die unverzichtbare Zustimmung der deutschen Bevölkerung zur Ausländerintegration [zu] sichern.“³³⁹ Dies sei „zur Aufrechterhaltung des sozialen Friedens unerlässlich.“³⁴⁰

dd) Gesetz über das Asylverfahren

Mit dem *Gesetz über das Asylverfahren* vom 16. Juli 1982³⁴¹ wurde schließlich das Asylverfahrensrecht aus dem *Ausländergesetz* extrahiert, in einem separaten Gesetz geregelt und grundsätzlich neu geordnet.³⁴² In diesem Zusammenhang wurden auch

335 BT-Drs. 9/847, S. 12.

336 Aus heutiger Perspektive kritisch Carrasco-Granger/Bermejo-Casado/Bazaga Fernández, *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 2025, abrufbar unter: <<https://doi.org/10.1080/15562948.2025.2495184>>.

337 Für die Erteilung von Arbeitserlaubnissen für die nach dem Anwerbestopp eingereisten Familienangehörigen galt eine Stichtagsregelung; nach dem 30. November 1974 eingereiste Ehegatten und nach dem 31. Dezember 1976 zugezogene Kinder ausländischer Arbeitnehmer erhielten keine Arbeitserlaubnisse, vgl. BT-Drs. 9/1629, S. 17; Bundesagentur für Arbeit – Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, *Zeittafel der Ausländerpolitik seit dem Anwerbestopp*, abrufbar unter: <https://doku.iab.de/chronik/31/1988_02_01_31_zeit.pdf>. Ab 1. April 1979 wurde diese Regelung durch eine Wartezeitregelung ersetzt, vgl. BT-Drs. 9/1629, S. 17; vgl. Kühn, *Stand und Weiterentwicklung der Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland*, 1979, 12; 1981 wurden diese Wartezeitregelung gesetzlich abgesichert, vgl. § 19 Abs. 1 des Arbeitsförderungsgesetzes i.d.F. vom 3. August 1981, BGBl. I 1981, S. 802.

338 BT-Drs. 9/847, S. 12. Deutlich auch die Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage der Regierungsfractionen v. 5. Mai 1982, BT-Drs. 9/1629, S. 8.

339 BT-Drs. 9/1629, S. 1.

340 BT-Drs. 9/1629, S. 1.

341 BGBl. 1982 I, S. 946.

342 BT-Drs. 9/875, S. 1.

die auf das Asylverfahren bezogenen Straftatbestände aus dem *Ausländergesetz* in das *Asylverfahrensgesetz* überführt. Das Entziehen vor einer Identitätsfeststellung, das bereits in § 47 Abs. 1 Nr. 3 AuslG für alle Ausländer kriminalisiert war, wurde für Asylantragsteller in § 34 Abs. 1 Nr. 2 AsylVfG³⁴³ speziell geregelt. Des Weiteren wurde die Verleitung zur missbräuchlichen Antragstellung (§ 47a Abs. 1 Nr. 2 AuslG) in § 36 AsylVfG überführt, im Regelungsgehalt jedoch nicht verändert. Insbesondere wurde darauf verzichtet, unrichtige oder unvollständige Angaben im Asylverfahren durch den Asylbewerber selbst zu kriminalisieren.³⁴⁴ Der Rechtsausschuss befürchtete, dass dadurch die Strafverfolgung von Schleusern erschwert werden könnte, weil Asylbewerber sich insoweit auf ein Auskunftsverweigerungsrecht berufen könnten.³⁴⁵

Neben der schlichten Überführung von Straftatbeständen wurden mit dem *Asylverfahrensgesetz* jedoch auch zahlreiche neue Straftatbestände in § 34 AsylVfG geschaffen, die einheitlich mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht waren. Diese dienten „der Durchsetzung der den [sic!] Asylbewerber für die Dauer des Asylverfahrens obliegenden Verpflichtungen“ und sollten damit einen reibungslosen Verwaltungsablauf sicherstellen.³⁴⁶ Zudem sollten Asylbewerber daran gehindert werden, ihren Aufenthaltsort frei zu wählen, um ihre gleichmäßige Verteilung über das Bundesgebiet zu sichern und ihre jederzeitige Erreichbarkeit für die Behörden zu gewährleisten.³⁴⁷ Vor diesem Hintergrund stellte § 34 Abs. 1 Nr. 1 AsylVfG unter Strafe, wenn ein Ausländer, der bei einer Grenzbehörde um Asyl nachgesucht hatte und an die für den Einreiseort zuständige Ausländerbehörde zur Antragstellung weitergeleitet worden war, der Weiterleitung nicht unverzüglich Folge leistete. § 34 Abs. 1 Nr. 3 AsylVfG stellte wiederholte Verstöße gegen die räumliche Beschränkung einer Aufenthaltsgestattung unter Strafe. Die Aufenthaltsgestattung galt für die Dauer des Asylverfahrens und war gesetzlich auf den Bezirk der ausstellenden Ausländerbehörde beschränkt (§ 20 Abs. 1 AsylVfG). Sie konnte durch behördliche Anordnung räumlich weiter beschränkt werden (§ 20 Abs. 2 Satz 1 AsylVfG). Verstieß ein Asylbewerber wiederholt gegen die allgemeine oder die vollziehbar angeordnete weitergehende Beschränkung, machte er sich nach § 34 Abs. 1 Nr. 3 AsylVfG strafbar. Die im Regierungsentwurf vorgesehene Strafbarkeit schon bei einem Erstverstoß wurde vom Rechtsausschuss hingegen verworfen. Ein „strafwürdiges Unrecht“ sei erst im Wiederholungsfalle anzunehmen. Der Erstver-

343 In diesem Abschnitt in Bezug genommene Vorschriften des AsylVfG sind solche in der Fassung vom 16. Juli 1982 (BGBl. 1982 I, S. 946).

344 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 6. Mai 1982, BT-Drs. 9/1630, S. 28.

345 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 6. Mai 1982, BT-Drs. 9/1630, S. 28.

346 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 9/875, S. 26; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 6. Mai 1982, BT-Drs. 9/1630, S. 27.

347 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 9/875, S. 26; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 6. Mai 1982, BT-Drs. 9/1630, S. 27.

stoß könne als Ordnungswidrigkeit geregelt werden. Eine solche Abstufung der Sanktion sei besser geeignet, um auf Zuwiderhandlungen angemessen reagieren zu können.³⁴⁸ Dagegen begründete bereits der erste Verstoß gegen die durch die Ausländerbehörde vollziehbar verfügte Anordnung, in einer bestimmten Gemeinde oder in einer bestimmten Unterkunft zu wohnen (§ 20 Abs. 2 Satz 2 AsylVfG), eine Strafbarkeit des Asylbewerbers nach § 34 Abs. 1 Nr. 5 AsylVfG. Gleichfalls strafbar war es, wenn ein Asylbewerber einer vollziehbaren Auflage zu seiner Aufenthaltsge-stattung (§ 20 Abs. 2 Satz 1 AsylVfG), die keine räumliche Beschränkung betraf,³⁴⁹ zuwiderhandelte (§ 34 Abs. 1 Nr. 4 AsylVfG). In der Praxis galt dies insbesondere für das Verbot der Erwerbstätigkeit.³⁵⁰ Schließlich machte sich ein Asylantragsteller strafbar, wenn er sich nicht unverzüglich zu der in der von der zuständigen Landes-behörde getroffenen Zuweisungsentscheidung angegebenen Stelle begab (§ 34 Abs. 1 Nr. 6 AsylVfG); damit sollte die gleichmäßige Verteilung von Asylbewerbern über das Bundesgebiet sichergestellt werden.³⁵¹ Insgesamt kristallisiert sich im Bereich des Asylverfahrensrechts ein instrumenteller Einsatz von Strafvorschriften heraus, die vor allem auf die Gewährleistung eines effektiven Verwaltungsverfahrens abzielen, aber kaum einen Bezug zu einer individuell vorwerfbaren Unrechtsverwirklichung erkennen lassen.³⁵²

ee) Weitere Gesetzesänderungen

Durch das *Gesetz zur Änderung asylverfahrensrechtlicher, arbeitserlaubnisrechtlicher und ausländerrechtlicher Vorschriften* vom 6. Januar 1987³⁵³, das auf eine die Emp-fehlungen der Innenministerkonferenz aufgreifende Initiative des Bundesrates zu-rückging,³⁵⁴ erfolgten zunächst einige redaktionelle Änderungen und eine gering-füüge³⁵⁵ Ausweitung des § 34 AsylVfG. Hinzu kam eine erst im Rahmen eines *Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes*³⁵⁶ vom Bundesrat eingebrachte und im Rahmen der Ausschussberatungen des Innenaus-schusses zum *Gesetz zur Änderung asylverfahrensrechtlicher, arbeitserlaubnisrechtlicher und ausländerrechtlicher Vorschriften* aufgegriffene deutliche Ausweitung der

348 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 6. Mai 1982, BT-Drs. 9/1630, S. 27 f.

349 Insoweit bestimmte § 34 Abs. 1 Nr. 3 AsylVfG ausdrücklich, dass die Strafbarkeit nur bei Wiederholung eintrat, vgl. Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 33.

350 Vgl. Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 33.

351 Siehe dazu die Begründung zu § 20 AsylVfG, BT-Drs. 9/875, S. 22 f.

352 Dazu näher unten B. II. 3. b).

353 BGBl. 1987 I, S. 89.

354 BT-Drs. 10/1164, S. 1 f.

355 So wurde § 34 Abs. 1 Nr. 4 AsylVfG unter Streichung der Nr. 5 auf § 20 Abs. 2 Satz 1 bis 3 AsylVfG erstreckt, wobei § 20 Abs. 2 AsylVfG die Verpflichtungsmöglichkeiten der Ausländerbehörde gegenüber dem früheren Rechtszustand erweiterte und u.a. auf Umzüge in andere Gemeinden oder die Verpflichtung zur Wohnungsnahme im Bezirk einer anderen Ausländerbehörde desselben Landes erstreckte.

356 BT-Drs. 10/3678, Anlage 1, S. 3.

Strafbarkeit wegen der Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nach § 36 Abs. 1 AsylVfG. Diese ergab sich aus der Streichung des tatbestandlich vorausgesetzten Erfordernisses, dass der Täter einen Vermögensvorteil erhalten oder sich versprechen lassen musste.³⁵⁷ Als Begründung für die Streichung wurde angeführt, dass es regelmäßig nicht möglich sei, Schleppern „nachzuweisen, daß sie dafür einen Vermögensvorteil erhalten haben oder sich haben versprechen lassen.“³⁵⁸ In den parlamentarischen Beratungen stieß die Streichung auf Bedenken bei den Oppositionsfractionen von SPD und DIE GRÜNEN, weil sie eine Kriminalisierung von Organisationen, welche Flüchtlinge betreuen, fürchteten.³⁵⁹ Für straffrei erklärt wurde die Tatbegehung zugunsten eines Angehörigen (§ 36 Abs. 4 AsylVfG). Dies wurde für erforderlich gehalten, weil durch die Streichung des Erfordernisses der Erlangung oder Einforderung eines Vermögensvorteils das Risiko entstanden war, dass sich auch Angehörige „der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen, wenn sie im Asylverfahren Unterstützungshandlungen im Sinne des § 36 Abs. 1 begehen.“³⁶⁰ Der Verzicht auf das Merkmal des Vermögensvorteils bewirkte, dass nunmehr die schlichte Teilnahme an der – straflosen – missbräuchlichen Asylantragstellung mit einem im Vergleich zu den übrigen Strafvorschriften des *Asylverfahrensgesetzes* (aber auch des *Ausländergesetzes*) empfindlich erhöhten Strafraumen bedroht war, obschon das die Unrechtsdimension überhaupt erst begründende Element entfiel.

4. Reform des Ausländerrechts 1990 und die Rechtsentwicklung bis zum Zuwanderungsgesetz 2004

Die 1990er Jahre brachten für das Ausländerrecht weitreichende Änderungen, von denen auch die Strafvorschriften nicht ausgenommen waren.

a) Reform des Ausländergesetzes

Die erste Gesamtnovelle des Ausländergesetzes seit dessen Inkrafttreten folgte mit dem *Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts* vom 9. Juli 1990³⁶¹, das wenige Monate vor der deutschen Einheit verkündet wurde.³⁶² Mit diesem Artikelgesetz wurde das *Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet* (*Ausländergesetz*) erlassen, welches das Ausländergesetz von 1965 ersetzte.³⁶³ Die Bundesregierung verfolgte dabei drei Ziele: „[...] die aufenthaltsrechtliche Siche-

357 BGBl. 1987 I, S. 89, Art. 1 Nr. 19.

358 BT-Drs. 10/3678, S. 5 f.

359 BT-Drs. 10/6416, S. 29. Zur parallelen Diskussion um die Kriminalisierung der Seenotrettung durch das Rückführungsverbesserungsgesetz siehe *Epik/Schatz*, NK 2024, 83 ff.

360 BT-Drs. 10/3678, S. 6.

361 BGBl. 1990 I, S. 1354.

362 Zur Genese *Renner*, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 9 Rn. 80.

363 BGBl. 1990 I, S. 1354, Art. 15 Abs. 2.

rung der Integration der Ausländer, die auf Dauer im Bundesgebiet [...] leben und hier verbleiben wollen, die Förderung der grenzüberschreitenden internationalen Zusammenarbeit sowie die Begrenzung der Zuwanderung weiterer Ausländer aus Nicht-EG-Staaten.³⁶⁴ Integration bereits in Deutschland lebender Menschen einerseits, strikte Kontrolle neuer Zuwanderung andererseits waren also die Fixpunkte, an denen sich die gesetzlichen Regelungen orientierten.

Das neue Ausländergesetz führte zahlreiche neue Aufenthaltstitel ein, für die die „Aufenthaltsgenehmigung“ als Oberbegriff fungierte.³⁶⁵ Der Grundsatz der Erlaubnispflichtigkeit der Einreise und des Aufenthalts blieb „in Übereinstimmung mit der internationalen Rechtsüberzeugung wie -praxis und dem geltenden Recht“³⁶⁶ bestehen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AuslG 1990) und wurde auf Jugendliche unter 16 Jahren und Kinder erstreckt, wobei allerdings durch Rechtsverordnung Befreiungen vom Erfordernis der Aufenthaltsgenehmigung vorgesehen werden konnten (§ 3 Abs. 1 Satz 2 AuslG 1990). Eine solche Befreiung wurde unter anderem für kurzfristige Aufenthalte von Staatsangehörigen bestimmter Staaten, vor allem solcher des globalen Nordens, vorgesehen.³⁶⁷ Dies entsprach dem gesetzgeberischen Ziel, „den internationalen Austausch und Handel [zu] erleichtern und zu fördern, indem [das Gesetz] eine weitgehende Liberalisierung der Einreise und des *vorübergehenden* (Herv. d. Verf.) Aufenthalts von Ausländern ermöglicht.“³⁶⁸ Die Gesetzesbegründung bringt damit die im Ausländergesetz von 1990 angelegte Unterscheidung zwischen erwünschten kurzfristigen Aufenthalten insbesondere zu wirtschaftlichen Zwecken und der grundsätzlich – jedenfalls im Blick auf bestimmte Gruppen – unerwünschten Neubegründung eines längerfristigen Aufenthalts zum Ausdruck.³⁶⁹ Sie steht

364 BT-Drs. 11/6321, S. 40.

365 Vgl. § 5 AuslG 1990.

366 BT-Drs. 11/6321, S. 43.

367 Allerdings sah § 1 Abs. 1 i.V.m. Anlage I der *Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes* vom 18. Dezember 1990 (BGBl. 1990 I, S. 2983) noch eine recht weitreichende Befreiung von der Aufenthaltsgenehmigung für Aufenthalte von bis zu drei Monaten vor, die auch einige Staaten Sub-Sahara Afrikas erfasste. Mit der *Verordnung nach § 3 Abs. 4 des Ausländergesetzes zur Änderung der Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes* vom 26. Oktober 1992 wurde zunächst Jugoslawien aus der Anlage I gestrichen. Damit reagierte der Ordnungsgeber auf die steigende Zahl an Schutzsuchenden infolge des Jugoslawien-Konflikts. Mit der *Verordnung nach § 3 Abs. 4 des Ausländergesetzes zur Änderung der Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes* vom 29. November 1994 (BGBl. 1994 I, S. 3546) wurden sodann Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Niger und Togo aus der Anlage I gestrichen. Mit der *Neunten Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes* vom 21. Mai 1999 (BGBl. 1999 I, S. 1038) wurden zwar Lettland, Litauen und Nicaragua in Anlage I aufgenommen, jedoch zugleich Jamaika, Kenia, Malawi und Peru gestrichen. Die systematische Differenzierung zwischen Staaten des globalen Nordens und des globalen Südens beziehungsweise solcher Staaten, von deren Staatsangehörigen erwartet wird, dass sie nach der zulässigen Höchstverweildauer in ihre Heimatstaaten ohne Weiteres zurückkehren werden, setzt sich auch gegenwärtig fort, inzwischen auf Ebene des Unionsrechts, siehe VO (EU) 2018/1806; vgl. zu dieser Differenzierung kritisch *de Vries/Spijkerboer*, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2021, 291, 292.

368 BT-Drs. 11/6321, S. 41.

369 Eindrücklich insoweit auch BT-Drs. 11/6321, S. 41: „Die gesetzliche Regelung des allgemeinen Ausländerrechts geht von der weiterhin grundsätzlichen Entscheidung aus, daß die Bundesrepublik Deutschland

damit in der Tradition scharfer Differenzierung zwischen erwünschter und unerwünschter – und oftmals kriminalisierter – Migration.³⁷⁰

Die Aufenthaltsgenehmigung musste nach der Neuregelung grundsätzlich *vor* der Einreise in Form eines Sichtvermerks (Visum) eingeholt werden, auch wenn insoweit durch Rechtsverordnung gleichfalls abweichende Regelungen vorgesehen werden konnten (§ 3 Abs. 3 AuslG 1990).³⁷¹ Damit wurden Einreisen ohne zuvor eingeholte Aufenthaltsgenehmigung durch aufenthaltsgenehmigungspflichtige Personen grundsätzlich unerlaubt im Sinne des § 58 Abs. 1 Nr. 1 AuslG 1990. Die Passpflicht von Ausländern (§ 4 Abs. 1 AuslG 1990) wurde beibehalten. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass „[d]er Besitz eines gültigen Nationalpasses [...] zu den Grundvoraussetzungen des rechtmäßigen Aufenthalts von Ausländern [gehört]. [...] Er ermöglicht nicht nur die Feststellung der Identität und der Staatsangehörigkeit, sondern bescheinigt insbesondere die Rückkehrberechtigung in einen anderen Staat.“³⁷²

Eine wesentliche Verbesserung der Rechtsstellung von Ausländern bewirkte § 6 AuslG 1990, der erstmals den Anspruch von Ausländern auf eine Aufenthaltsgenehmigung normierte.³⁷³ Dabei ging der Gesetzgeber allerdings nicht von einem verfassungs- oder völkerrechtlich gewährleisteten Recht zur Einreise und zum Aufenthalt aus; vielmehr würde ein solches Recht erst durch die ausländergesetzliche Regelung geschaffen.³⁷⁴ Es mussten also jeweils die Voraussetzungen für die Erteilung eines der im Ausländergesetz geregelten Aufenthaltstitel erfüllt sein und es durften keine Versagungsgründe (§ 8 AuslG) vorliegen. Im Einklang mit dem gesetzgeberischen Ziel, die Zuwanderung aus Nicht-EG-Staaten zu begrenzen, waren die Tatbestandsvoraussetzungen eng gefasst und primär auf Konstellationen gerichtet, in denen ein Zuzug bereits aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Familiennachzug)³⁷⁵ oder im Blick auf völkerrechtliche Verpflichtungen (Flüchtlingsschutz) zugelassen werden musste. Insbesondere bestand kein Anspruch auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Arbeitsaufnahme; insoweit wollte die Bundesregierung am Anwerbestopp von 1973 festhalten und nur im „Interesse der

nicht unbegrenzt allen zuwanderungswilligen Ausländern einen dauernden Aufenthalt ermöglichen kann. Eine wesentliche Aufgabe ist es deshalb, die Begrenzung eines auf Dauer angelegten Zuzugs weiterer Ausländer aus Nicht-EG-Staaten zu gewährleisten. Weltoffenheit und Liberalität der Ausländerpolitik bedeuten nicht den Verzicht auf Zuwanderungsbeschränkungen, sondern setzen diese notwendig voraus.“

370 Vgl. zu dieser international verbreiteten Differenzierung *Achiume*, Stanford Law Review 2019, 1509, 1515; *de Vries/Spijkerboer*, Netherlands Quarterly of Human Rights 2021, 291, 292; *Franko*, The Crimmigrant Other, 2020, 32.

371 Auch insoweit sah § 9 der *Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes* vom 18. Dezember 1990 (BGBl. 1990 I, S. 2983) eine Privilegierung von Staatsangehörigen der EG-Staaten, der EFTA-Staaten und der USA sowie von Honduras, Monaco und San Marino vor.

372 BT-Drs. 11/6321, S. 44.

373 Vgl. *Renner*, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 9 Rn. 81.

374 BT-Drs. 11/6321, S. 41 f.

375 BVerfGE 76, 1, vgl. §§ 17 ff. AuslG.

internationalen wirtschaftlichen Zusammenarbeit, aber auch der auswärtigen Kulturpolitik [...] für bestimmte Beschäftigungen und für besondere Personengruppen Ausnahmen“ zulassen.³⁷⁶ Die nach § 10 Abs. 2 AuslG 1990 maßgebliche Verordnung sah eng definierte Erlaubnistatbestände vor, welche die Entscheidung allerdings in das Ermessen der Behörden stellten.³⁷⁷ Lediglich Staatsangehörigen von Andorra, Australien, Israel, Japan, Kanada, Monaco, Neuseeland, San Marino, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika konnte abweichend von den in der Verordnung geregelten Erlaubnistatbeständen eine Aufenthaltsgenehmigung erteilt werden,³⁷⁸ was wiederum im Einklang mit der systematischen Privilegierung von Staatsangehörigen von Staaten des globalen Nordens steht.

Trotz der weiterhin restriktiven Ausrichtung des Ausländergesetzes stellte die Erhöhung der Regelungsdichte unter Einschränkung des behördlichen Ermessens insbesondere im Bereich des Familiennachzugs einen Gewinn an Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit gegenüber der zuvor praktizierten Festlegung in Verwaltungsrichtlinien dar.³⁷⁹ Einen deutlichen Fortschritt gegenüber dem vorherigen Rechtszustand stellten ferner die Regelungen zur erleichterten Einbürgerung von jungen Ausländern und von Ausländern mit langem Aufenthalt dar, die erstmals eine Regel-Einbürgerung unter bestimmten Voraussetzungen – insbesondere auch: Straffreiheit – vorsahen.³⁸⁰ Damit wurde die bislang allein zugelassene Ermessens-Einbürgerung nach dem *Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz* ergänzt; der Gesetzgeber erhoffte sich durch den Abbau von Hürden bei der Einbürgerung den hohen Anteil von Ausländern an der inländischen Wohnbevölkerung, die teilweise seit Jahrzehnten in Deutschland lebten ohne volle Partizipationsrechte zu haben, zu reduzieren.³⁸¹ Das Ausländergesetz 1990 war in einer Gesamtschau trotz der hervorgehobenen fortschrittlichen – anders gewendet: angesichts der Realität der deutschen Migrationsgesellschaft überfälligen – Regelungen kein liberales Gesetz.³⁸² Es hielt nämlich nicht nur an der Begrenzung des „Ausländerzuzugs“ fest, sondern brachte auch zahlreiche Verschärfungen mit sich, insbesondere im Ausweisungsrecht.³⁸³

376 BR-Drs. 797/90, S. 2.

377 Vgl. §§ 2 ff. der Verordnung über Aufenthaltsgenehmigungen zur Ausübung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit vom 18. Dezember 1990 (AAV), BGBl. 1990 I, S. 2994.

378 § 9 AAV.

379 BT-Drs. 11/6321, S. 1, 43; Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 9 Rn. 81.

380 Vgl. §§ 85, 86 AuslG 1990; vgl. Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 9 Rn. 81.

381 BT-Drs. 11/6321, S. 47.

382 Vgl. Bode/Oltmer, *Normalfall Migration*, 2004, 128 f.

383 BT-Drs. 11/6321, S. 43: „wesentlich strikter gefaßt“. Dagegen meint Bode, *Das neue Ausweisungsrecht*, 2020, 66, das AuslG 1990 hätte die Ausweisungstatbestände inhaltlich nur „leicht verschärft“, wobei sie nicht hinreichend berücksichtigt, dass die zugleich erfolgende Umstrukturierung (Ist- und Regelausweisung treten partiell an die Stelle der Ermessensausweisung) schon für sich genommen eine erhebliche Verschärfung darstellte.

Das Ausländergesetz 1990 enthielt in § 92 AuslG 1990 Strafvorschriften, die sich teilweise an der Vorgängerregelung des § 47 AuslG orientierten.³⁸⁴ Die fahrlässige Tatbegehung wurde allerdings durchweg nur noch als Ordnungswidrigkeit (§ 93 AuslG) ausgestaltet.³⁸⁵ § 92 Abs. 1 AuslG 1990 sah einheitlich eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor.

Die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts – also eines Aufenthalts ohne Aufenthaltsgenehmigung, § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG 1990, oder ohne Pass und Ausweisersatz, § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG 1990 – blieb ebenso bestehen wie die Strafbarkeit der unerlaubten Einreise (§ 92 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. § 58 Abs. 1 AuslG 1990). Eine Einreise war nach § 58 Abs. 1 AuslG 1990 unerlaubt, wenn der Ausländer eine erforderliche Aufenthaltsgenehmigung oder einen erforderlichen Pass nicht besaß oder in Folge einer Ausweisung oder Abschiebung gemäß § 8 Abs. 2 AuslG 1990 nicht einreisen durfte. Da § 3 Abs. 3 AuslG 1990 nunmehr vorsah, dass die Aufenthaltsgenehmigung in Form eines Visums grundsätzlich *vor* der Einreise eingeholt werden musste, während § 5 Abs. 1 AuslG 1965 noch bestimmt hatte, dass die Aufenthaltserlaubnis grundsätzlich auch nachträglich eingeholt werden konnte, ergab sich gegenüber der früheren Rechtslage ein deutlich erweiterter Anwendungsbereich für § 92 Abs. 1 Nr. 6 AuslG 1990.³⁸⁶

Auch die Zuwiderhandlung gegen vollziehbare Auflagen blieb strafbar (§ 92 Abs. 1 Nr. 3 AuslG 1990). Allerdings nahm die Vorschrift in ihrer ersten Alternative nur noch auf Auflagen, die eine Beschränkung beziehungsweise ein Verbot der Erwerbstätigkeit vorsahen, Bezug und schränkte damit den Anwendungsbereich der Strafnorm gegenüber § 47 Abs. 1 Nr. 5 AuslG 1965 ein, der noch sämtliche Nebenbestimmungen umfasst hatte.³⁸⁷ Zugleich wurde mit der zweiten Alternative die Zuwiderhandlung gegen das vollziehbare Verbot der Ausreise kriminalisiert (§ 92 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 62 Abs. 2 AuslG 1990).³⁸⁸

Gleichfalls strafbar blieb die wiederholte Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung über die Beschränkung oder das Verbot der politischen Betätigung (§ 92 Abs. 1 Nr. 4 AuslG 1990). § 92 Abs. 1 Nr. 5 AuslG 1990 erfasste die vorsätzliche Nicht-Duldung erkennungsdienstlicher Maßnahmen. § 92 Abs. 1 Nr. 7 AuslG 1990 entsprach der bereits in § 47 Abs. 1 Nr. 6 AuslG 1965 kriminalisierten Abgabe oder Benutzung unrichtiger oder unvollständiger Angaben zur Beschaffung einer Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung beziehungsweise das Gebrauchen einer auf diese Weise beschafften Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr.

384 BT-Drs. 11/6321, S. 84.

385 Vgl. Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 18.

386 Vgl. auch Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 21 f.

387 Vgl. Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 19 f.; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 35.

388 Zum Hintergrund Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 20 f.

§ 92 Abs. 1 Nr. 8 AuslG erfasste schließlich die „Ausländergeheimbündelei“, die durch das *Achte Strafrechtsänderungsgesetz* eingeführt worden war. Der Tatbestand wurde dabei ausgeweitet, indem das Merkmal „Verbindung“ durch „Vereinigung oder Gruppe“ ersetzt wurde, weil eine „Gruppe“ im Vergleich zur Verbindung oder Vereinigung „durch ein Weniger an innerer Verbundenheit“ gekennzeichnet ist und „weder eines festen oder freiwilligen Verbundes noch einer organisierten Willensbildung“ bedarf.³⁸⁹ Zudem wurde die Möglichkeit des Absehens von Strafe beim Tatbestand der Geheimbündelei abgeschafft.³⁹⁰

Der 1981 eingeführte „Schleusertatbestand“ wurde in § 92 Abs. 2 AuslG 1990 geregelt und weiterhin mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht, aber in seinem Anwendungsbereich auf nicht-vorteilsmotivierte Verhaltensweisen ausgeweitet.³⁹¹ So machte sich nach der Neufassung strafbar, wer einen Ausländer zu einer unerlaubten Einreise oder zu einem unerlaubten Aufenthalt (nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG 1990 – also einem Aufenthalt ohne Aufenthaltsgenehmigung) anstiftete oder ihm dazu Beihilfe leistete,³⁹² sofern er dafür einen Vermögensvorteil erhielt oder sich versprechen ließ oder wiederholt oder zugunsten von mehr als fünf Ausländern handelte. Das wiederholte Handeln oder das Handeln zugunsten von mehr als fünf Ausländern wurde somit losgelöst von der eigennützigen Motivation des Täters unter Strafe gestellt, ohne dass diese erhebliche Ausweitung der Strafbarkeit in den Gesetzesmaterialien begründet worden wäre.³⁹³ Es liegt nahe, dass die Strafbarkeitsausweitung hier zum Zwecke der Beweiserleichterung erfolgte, wie dies schon 1987 hinsichtlich der Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung geschehen war.³⁹⁴ Teilweise wird aber auch darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber von einer „besonderen Gefährlichkeit“ auch der nicht-vorteilsmotivierten Schleusung ausgegangen sein könnte.³⁹⁵ Als Argument wird die Begründung der gleichfalls

389 MK-StGB/*Anstötz*, 5. Aufl. 2025, § 88 Rn. 4; vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 22 f.; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 35.

390 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 18; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 35.

391 BT-Drs. II/6321, S. 84 f.

392 Terminologisch wurde § 92 Abs. 2 AuslG 1990 an §§ 26, 27 StGB angepasst, vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 23.

393 Vgl. auch *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 36.

394 So *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 23 f., 155; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 77; offenbar auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 45. Auf EU-Ebene scheint die Einbeziehung von Unterstützungshandlungen ohne Vorteilmotivation jedenfalls auch durch die erleichterten Nachweismöglichkeiten motiviert, vgl. EU Kommission, Staff Working Document – REFIT Evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorized entry, transit and residence: the Facilitators Package (Directive 2002/90/EC and Framework Decision 2002/946/JHA), SWD (2017) 117 final, S. 8 f., abrufbar unter: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/swd/2017/0117/COM_SWD\(2017\)0117_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/swd/2017/0117/COM_SWD(2017)0117_EN.pdf)>; dazu *Zirulia*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), Controlling Immigration Through Criminal Law, 2021, 235, 252; *Zirulia*, Waiting for Kinsa, Verfassungsblog v. 10. Juni 2024, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/waiting-for-kinsa/>>.

395 In diese Richtung *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 36.

neu eingeführten Versuchsstrafbarkeit nach § 92 Abs. 3 AuslG 1990 angeführt, in welcher der Gesetzgeber auf die „besondere[n] Gefährlichkeit der Straftaten nach Absatz 2“ verweist.³⁹⁶ Dies schließt es freilich nicht aus, dass der eigentliche Grund der Kriminalisierung die erleichterte Beweisführung für gefährliche „professionelle“ Schleusungen gewesen ist und der Gesetzgeber deshalb auch die besondere Gefährlichkeit eben solcher Schleusungen zum Anlass genommen hat, den Versuch unter Strafe zu stellen. Es ist eher fernliegend, dass der Gesetzgeber auch in tatsächlich altruistisch oder humanitär motivierten Unterstützungsleistungen einen besonders gefährlichen Rechtsgutsangriff gesehen haben könnte.³⁹⁷

Zugleich verwies der neue § 92 Abs. 2 AuslG 1990 nur noch auf § 92 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 AuslG 1990, jedoch nicht mehr auf § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG 1990, sodass die Anstiftung oder Beihilfe zum pass- oder ausweisersatzlosen Aufenthalt im Bundesgebiet nicht mehr dem Tatbestand unterfiel, sondern auch bei Vorliegen der Schleusermerkmale lediglich als schlichte Anstiftung oder Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt nach § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG 1990 strafbar war.³⁹⁸ Damit erfolgte eine – nicht näher begründete – teilweise Entkriminalisierung, die allerdings nur bis zum *Verbrechensbekämpfungsgesetz* 1994 bestehen blieb.³⁹⁹

Mit dem *Gesetz zur Neuregelung des Asylverfahrens* vom 26. Juni 1992⁴⁰⁰ wurde der Tatbestand des § 92 Abs. 2 AuslG 1990 „zur wirksameren Bekämpfung der illegalen Einschleusung von Ausländern“⁴⁰¹ um einen besonders schweren Fall erweitert, der mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahren bedroht wurde. Ein besonders schwerer Fall sollte in der Regel vorliegen, wenn der Täter gewerbsmäßig oder aus grobem Eigennutz handelte.

b) Reform des Asylverfahrensrechts

Zwei Jahre nach der Reform des Ausländergesetzes – in dessen Zuge § 36 AsylVfG auf die Verleitung zu oder die Unterstützung bei falschen Angaben zur Herbeiführung der Feststellung von Abschiebehindernissen erstreckt worden war⁴⁰² – erfolgte mit dem zuvor bereits erwähnten *Gesetz zur Neuregelung des Asylverfahrens* 1992 auch eine grundlegende Reform des Asylverfahrensrechts, die von CDU, CSU, FDP und SPD gemeinsam getragen wurde.⁴⁰³ Die Strafvorschriften wurden nunmehr in §§ 84, 85 AsylVfG 1992 geregelt. § 84 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG 1992 regelte die Verleitung

396 BT-Drs. 11/6321, S. 85.

397 Ähnlich Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 77.

398 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 36.

399 Vgl. unten A. II. 4. e).

400 BGBl. 1992 I, S. 1126.

401 BT-Drs. 12/2062, S. 46.

402 BGBl. 1990 I, S. 1354, Art. 3 Nr. 19.

403 Vgl. Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 9 Rn. 84.

zur missbräuchlichen Antragstellung im Tatbestand unverändert. Eingefügt wurde in § 84 Abs. 1 Satz 2 AsylVfG 1992 allerdings eine Rechtsfolgenvorschrift in Gestalt eines besonders schweren Falles, für den eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen war. Ein besonders schwerer Fall lag dabei in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder aus grobem Eigennutz handelte.

Die weiteren Strafvorschriften des § 85 AsylVfG 1992 sicherten wie schon die Vorgängervorschrift das Asylverfahren ab, beschränkten sich aber im Wesentlichen auf drei Bereiche, nämlich die Verteilung von Asylsuchenden innerhalb eines Bundeslandes, die räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung und die Wohnsitznahme.⁴⁰⁴ Insbesondere Auflagen, die eine Erwerbstätigkeit verboten, waren dagegen nicht mehr sanktionsbewehrt.⁴⁰⁵ Die in der Vorgängervorschrift vorgesehenen weiteren Straftatbestände (Nichtbefolgung einer Weiterleitung (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 AsylVfG 1982) und das sich einer Maßnahme zur Feststellung der Identität Entziehen (§ 34 Nr. 2 AsylVfG 1982))⁴⁰⁶ entfielen ersatzlos.

Nur kurze Zeit später erfolgte mit dem *Gesetz zur Änderung asylverfahrens-, ausländer- und staatsangehörigkeitsrechtlicher Vorschriften* vom 30. Juni 1993 jedoch eine erneute Ausweitung der Strafbarkeit. Dabei wurde § 85 des AsylVfG neu gefasst und um zwei Tatbestände ergänzt. So stellte § 85 Nr. 3 AsylVfG nunmehr erneut⁴⁰⁷ unter Strafe, wenn ein Asylbewerber einer vollziehbaren Auflage zu seiner Aufenthaltsgestattung, mit der ihm die Ausübung einer Erwerbstätigkeit verboten oder beschränkt wurde, zuwiderhandelte. § 85 Nr. 5 AsylVfG stellte zudem unter Strafe, wenn der Asylbewerber entgegen § 61 Abs. 1 AsylVfG eine Erwerbstätigkeit ausübte. § 61 Abs. 1 AsylVfG untersagte die Ausübung einer Erwerbstätigkeit für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Diese Pflicht galt nach § 47 Abs. 1 AsylVfG bis zu sechs Wochen, längstens jedoch bis zu drei Monate. Nach der Gesetzesbegründung sollte auf diese Weise ein Gleichlauf mit § 92 Abs. 1 Nr. 3 AuslG hergestellt werden.⁴⁰⁸ Gleichzeitig wurde § 85 AsylVfG insgesamt auf Zweitantragsteller erstreckt, was durch den Verweis auf § 71a Abs. 3 AsylVfG zum Ausdruck kam.⁴⁰⁹

404 § 85 Nr. 1 i.V.m. § 50 Abs. 6 AsylVfG 1992 (Verteilung); § 85 Nr. 2 i.V.m. § 56 Abs. 1, 2 AsylVfG 1992 (räumliche Beschränkung); § 85 Nr. 3 i.V.m. § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylVfG 1992 (Wohnsitznahme).

405 Vgl. Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 38.

406 Insoweit hielt der Gesetzgeber die Durchsetzung im Wege des unmittelbaren Zwangs für ausreichend, vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 12/2062, S. 42.

407 Vgl. Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 38, 40.

408 BT-Drs. 12/4450, S. 29.

409 Vgl. dazu auch Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 39 f.

c) Der „Asylkompromiss“ und seine Auswirkungen

Vor dem Hintergrund der zu Beginn der 1990er Jahre stark steigenden Flüchtlingszahlen und unter dem Druck rassistischer und rechtsextremer Agitatoren und Gewalttaten gegen migrantisch gelesene Menschen⁴¹⁰ einigten sich die Unionsparteien, die FDP und die seinerzeit oppositionelle SPD im Dezember 1992 auf eine weitreichende Einschränkung des Asylgrundrechts des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG a.F.⁴¹¹ In der Gesetzesbegründung wurde darauf abgestellt, „daß die Berufung auf das Asylrecht in erheblichem Umfang zum Mittel für eine unkontrollierte Zuwanderung aus wirtschaftlichen und anderen nicht durchgreifenden Gründen geworden ist.“⁴¹² Der klare Zusammenhang der steigenden Asylbewerberzahlen mit dem jugoslawischen Bürgerkrieg und weiteren Krisen und Konflikten, unter anderem auf dem afrikanischen Kontinent, wurde dagegen nur *en passant* eingeflochten.⁴¹³ Mit dem *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 16 und 18)* vom 28. Juni 1993 wurde Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG a.F., der das Asylgrundrecht ohne Einschränkung garantierte, aufgehoben und durch Art. 16a GG ersetzt. Nach Art. 16a Abs. 1 GG gilt zwar weiterhin, dass politisch Verfolgte Asylrecht genießen. Dieses Recht wird in den darauffolgenden Absätzen jedoch deutlich eingeschränkt. Auf Art. 16a Abs. 1 GG kann sich nämlich nach Art. 16a Abs. 2 GG nicht berufen, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften oder aus einem anderen Drittstaat einreist, in dem die Anwendung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sichergestellt ist. Drittstaaten, auf die diese Voraussetzungen zutreffen, werden durch Gesetz festgelegt. Da die Bundesrepublik schon seinerzeit von entsprechend sicheren Staaten umgeben war und auch heute ist, kann sich seither nicht mehr auf das Asylgrundrecht berufen, wer nicht unmittelbar auf dem Luftweg aus dem Verfolgerstaat oder einem anderen nicht-sicheren Staat einreist; das Asylgrundrecht besteht damit zwar *de jure* fort, ist aber *de facto* kaum noch aktualisierbar.⁴¹⁴ Exemplarisch lässt sich dies an einem vom Bundesverwaltungsrecht entschiedenen Fall verdeutlichen: Danach soll ein Ausländer selbst dann keinen Anspruch auf Asyl haben, wenn er in einem verschlossenen und verplombten Lkw über einen sicheren Drittstaat nach Deutschland

410 Vgl. bereits oben A. I.

411 Vgl. zur Genese Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 9 Rn. 86 ff.

412 BT-Drs. 12/4152, S. 3.

413 So lautet die zuvor zitierte Passage im Ganzen wie folgt: „Wie die Anerkennungsquoten des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (1992: 4,3 %) und entsprechende Entscheidungen der Gerichte zeigen, hat der weitaus überwiegende Teil sich zu Unrecht auf politische Verfolgung berufen. Selbst wenn man berücksichtigt, daß eine größere Zahl von Ausländern wegen der Herkunft aus Bürgerkriegsregionen und wegen ähnlicher Gründe zeitweilig ein Bleiberecht in der Bundesrepublik Deutschland erhalten kann, bleibt festzustellen, daß die Berufung auf das Asylrecht in erheblichem Umfang zum Mittel für eine unkontrollierte Zuwanderung aus wirtschaftlichen und anderen nicht durchgreifenden Gründen geworden ist.“ (BT-Drs. 12/4152, S. 3).

414 Vgl. auch Bade, *Europa in Bewegung*, 2000, 391.

eingereist ist, weil er durch seine Wahl des Reisewegs die ihn an einem Schutzgesuch im sicheren Drittstaat hindernden Umstände selbst zu verantworten habe.⁴¹⁵ Nach dieser Rechtsprechung kommt es also nicht mehr darauf an, ob der Schutzsuchende überhaupt die reelle Möglichkeit hatte, in dem betreffenden sicheren Drittstaat um Schutz zu ersuchen, solange dies in seinen Verantwortungsbereich fällt.

Diese weitreichende Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs⁴¹⁶ des Asylgrundrechts hat auch Konsequenzen für das Migrationsstrafrecht. Da das Asylgrundrecht grundsätzlich als verfassungsimmanenter Rechtfertigungsgrund für eine unerlaubte Einreise fungieren beziehungsweise aufgrund einer Vorwirkung die Einreise legalisieren kann,⁴¹⁷ hat seine Einschränkung die Fälle, in denen eine solche Rechtfertigung in Betracht kommt, drastisch eingeschränkt.⁴¹⁸

d) Das Gesetz zu dem Schengener Übereinkommen

Das Schengener Übereinkommen war bereits 1985 zwischen der Bundesrepublik Deutschland, Belgien, Frankreich, Luxemburg und den Niederlanden geschlossen worden und sah den schrittweisen Abbau von Personenkontrollen an den europäischen Binnengrenzen vor.⁴¹⁹ In der Folgezeit traten immer weitere Staaten dem Abkommen bei. 1990 wurden sodann im Schengener Durchführungsübereinkommen Maßnahmen vereinbart, die dem sukzessiven Abbau von Grenzsicherungsmaßnahmen innerhalb des Schengen-Raumes durch eine verstärkte Zusammenarbeit im Blick auf die europäischen Außengrenzen Rechnung tragen sollten.⁴²⁰ Vorgesehen war neben der Einführung eines einheitlichen Sichtvermerks für Drittstaatsangehörige, des sogenannten Schengen-Visums,⁴²¹ insbesondere der Aufbau des Schengener Informationssystems, durch welches den Behörden der Vertragsparteien Ausschreibungen, die der Suche nach Personen und Sachen dienen, zum automatisierten Abruf insbesondere bei Grenzkontrollen und bei Entscheidungen über die Erteilung von Sichtvermerken oder Aufenthaltstiteln sowie bei der Handhabung des Ausländerrechts zur Verfügung gestellt werden.⁴²² Dazu gehörte aber auch die Androhung angemessener „Sanktionen“ für die zu Erwerbszwecken erfolgende Schleusung von

415 BVerwG NVwZ 1999, 313 f.

416 BVerfGE 94, 49, 87.

417 Vgl. zur Legalisierungswirkung der sog. Vorwirkung BVerwG NJW 1978, 507; NVwZ 1984, 591; 1992, 682, 684; *Westphal/Stoppa*, NJW 1999, 2137, 2138; siehe näher unten C. II. 1.

418 Vgl. dazu OLG Köln NStZ-RR 2004, 24 f.; OLG Stuttgart, Urt. v. 2.3.2010 – 4 Ss 1558/09, BeckRS 2010, 18830; zum Ausschluss der Vorwirkung schon die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 12/4152, S. 4.

419 Der Text des Übereinkommens ist mit dem gesamten Schengen-Besitzstand veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ABl. v. 22.9.2000, S. 13 ff.

420 Vgl. die Präambel des SDÜ (BGBl. 1993 II, S. 1013); *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 31 f.

421 Art. 10 ff. SDÜ; vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 3 AufenthG.

422 Art. 92 ff. SDÜ.

Drittstaatsangehörigen an den europäischen Außengrenzen durch die einzelnen Vertragsstaaten.⁴²³

Mit dem *Gesetz zu dem Schengener Übereinkommen vom 19. Juni 1990 betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen* vom 15. Juli 1993⁴²⁴ wurde daher der Anwendungsbereich der eigennützigen Schleusung (§ 92 Abs. 2 Nr. 1 AuslG) auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das europäische Hoheitsgebiet einer der Vertragsparteien des Schengener Übereinkommens erstreckt, also die Anstiftung oder Hilfeleistung zur Einreise in das Hoheitsgebiet eines Schengen-Staates gegen Erhalt oder Versprechenlassen eines Vermögensvorteils kriminalisiert. Zusätzliche Voraussetzung war, dass die Zuwiderhandlung gegen die Rechtsvorschriften des Schengen-Staates der unerlaubten Einreise oder dem unerlaubten Aufenthalt nach deutschem Recht entsprach und dass zugunsten eines Nicht-EG-Ausländers gehandelt wurde.⁴²⁵ Damit wurde die eigennützige Schleusung an den europäischen Außengrenzen vom deutschen Migrationsstrafrecht erfasst, ohne dass es auf die strafenwendungsrechtlichen Vorschriften der §§ 3 ff. StGB ankam.⁴²⁶ Durch diese Ausweitung des Anwendungsbereichs des Tatbestandes des Einschleusens von Ausländern genügte die Bundesrepublik der Pönalisierungsverpflichtung des Schengener Durchführungsübereinkommens.⁴²⁷

e) Das Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994

Weitreichende Änderungen der Strafvorschriften des *Ausländer-* und des *Asylverfahrensgesetzes* bewirkte das *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz)* vom 28. Oktober 1994.⁴²⁸ „Bekämpft“ werden sollten mit dem Gesetz „insbesondere solche Erscheinungsformen der Kriminalität [...], die sich – wie die rechtsextremistischen und ausländerfeindlichen Ausschreitungen der letzten Jahre und die Organisierte Kriminalität – zu einer Herausforderung für Staat und Gesellschaft entwickelt haben.“⁴²⁹ Gemeinsam in einem Gesetz wurden also sowohl Strafvorschriften geschaffen beziehungsweise angepasst, die auf rassistisch motivierte Kriminalität abzielten, als auch die Strafvorschriften des *Ausländer-* und *Asylverfahrensgesetzes* reformiert. Diese Gestaltung indiziert, dass die Komplexe „Ausländerfeindlichkeit“ und „Aus-

423 Art. 27 Abs. 1 SDÜ.

424 BGBl. 1993 II, S. 1010.

425 § 92 Abs. 4 Nrn. 1 und 2 AuslG.

426 Vgl. dazu unten E. I. 4. und E. V. I. b) ee).

427 BT-Drs. 12/2453, S. 9; Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 25; Cannawurf, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, 2007, 37.

428 BGBl. 1994 I, S. 3186.

429 BT-Drs. 12/6853, S. 18.

länderrecht“ reflexartig zusammen gedacht wurden. Deutlich zum Ausdruck kam diese narrativbildende Verknüpfung auch im Gesetzesentwurf des Bundesrates zum *Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Rechtsfriedens und zur Bekämpfung des Schlepperunwesens*,⁴³⁰ der die ausländer- und asylstrafrechtlichen Elemente des Verbrechenbekämpfungsgesetzes vorweggenommen hatte, weshalb die Begründung zum *Verbrechensbekämpfungsgesetz* auch insoweit auf diesen verwies.⁴³¹ Dieser leitete wie folgt ein:

„Die in letzter Zeit sich häufenden gewalttätigen Ausschreitungen gegen Ausländer sind eines freiheitlich demokratischen Staatswesens unwürdig. [...] Ein Grund für die teilweise Zustimmung mancher Bürger zu Gewaltdelikten liegt im unverhohlenen Unmut über den massenhafte Mißbrauch des Asylrechts. Das Schlepperunwesen ist dafür mitverantwortlich.“⁴³²

Die Bundesregierung stimmte dieser – schon in ihrer Prämisse bezüglich des angeblich massenhaften Missbrauchs des Asylrechts und dessen Kausalität bezüglich rassistischer Gewalttaten höchst fragwürdigen – Einschätzung zu. Das „Schlepperunwesen [sei] eine Mitursache für die fremdenfeindlichen Gewalttaten“.⁴³³ Daneben machte die Regierung das „Schlepperunwesen“ aber auch für die „kriminalstatistisch belegte kontinuierliche Zunahme des Ausländeranteils an den Tatverdächtigen“ verantwortlich.⁴³⁴ Die hohen Schleuserlöhne könnten von den Geschleusten oftmals nicht unmittelbar entrichtet werden, sodass sie in Abhängigkeit von den Schleusern gerieten und in der Folge zu Straftaten genötigt würden.⁴³⁵ Diese auf zweifelhafter empirischer Grundlage getroffene Annahme, die insbesondere alternative Erklärungsansätze für einen Anstieg des Anteils nichtdeutscher Tatverdächtiger in der polizeilichen Kriminalstatistik ausblendete,⁴³⁶ übersetzte sich in entsprechende Gesetzesverschärfungen.

Die Strafvorschriften des Ausländergesetzes wurden umfassend neu strukturiert. So blieben die Tatbestände des § 92 Abs. 1 AuslG mit Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bedroht. Zugleich wurde ein neuer Absatz 2 geschaffen, dessen Strafraumen bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe betrug. In diesen wurden zwei bislang in § 92 Abs. 1 AuslG geregelte Tatbestände überführt. Zum einen wurde die unerlaubte Einreise beziehungsweise der unerlaubte Aufenthalt nach vorausgegangener Ausweisung oder Abschiebung (§ 8 Abs. 2 AuslG) aus § 92 Abs. 1 Nr. 6 AuslG extrahiert und unter die erhöhte Strafdrohung des neuen Absatz 2 gestellt (§ 92 Abs. 2 Nr. 1 AuslG n.F.). Zum anderen wurde die zuvor nach § 92

430 BT-Drs. 12/5683.

431 BT-Drs. 12/6853, S. 31.

432 BT-Drs. 12/5683, S. 1.

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

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

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

436 Zum Narrativ des kriminellen Migranten unten B. II. 2. a).

Abs. 1 Nr. 7 AuslG erfasste Tätigkeit und Benutzung unrichtiger oder unvollständiger Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels in den neuen Absatz 2 überführt (§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG n.F.). Die Erhöhung des Strafrahmens sollte dazu beitragen, „im Einzelfall angemessen reagieren zu können“ sowie eine „generalpräventive Wirkung“ zu erzielen.⁴³⁷

Der bislang in § 92 Abs. 2 AuslG enthaltene „Schleusertatbestand“ wurde in den neu geschaffenen § 92a AuslG („Einschleusen von Ausländern“) überführt und im Einklang mit dem Ziel der „Bekämpfung“ des „Schlepperunwesens“ deutlich ausgeweitet.⁴³⁸ Seinerzeit schätzte der Bundesrat, dass etwa 60 Prozent aller Asylbewerber eingeschleust würden, wobei die Strafverfolgungsbehörden zunehmend „mit gut organisierten, konspirativ vorgehenden Schlepperringen“ konfrontiert seien.⁴³⁹ § 92a Abs. 1 AuslG, dessen Strafrahmen Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe betrug, enthielt den Grundtatbestand des Einschleusens. Danach machte sich strafbar, wer zu einer unerlaubten Einreise (§ 92 Abs. 1 Nr. 6 AuslG) oder einem unerlaubten Aufenthalt (§ 92 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 AuslG) oder zur Tätigkeit oder Benutzung unrichtiger oder unvollständiger Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels (§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG)⁴⁴⁰ anstiftete oder Hilfe leistete, sofern er dafür einen Vermögensvorteil erhielt oder sich versprechen ließ (§ 92a Abs. 1 Nr. 1 AuslG) oder wiederholt oder zugunsten von mehr als fünf Ausländern handelte (§ 92a Abs. 1 Nr. 2 AuslG). Damit wurde die im Ausländergesetz von 1990 entfallene Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe zum pass- oder ausweisersatzlosen Aufenthalt unter Verwirklichung eines Schleusermerkmals wieder kriminalisiert. Begründet wurde dies damit, dass „Schlepperbanden [...] die nach Deutschland geschleusten Ausländer [regelmäßig auffordern], ihre Pässe zu vernichten oder zu unterdrücken, damit die deutschen Behörden über die Identität der Personen im unklaren bleiben und ihre Abschiebung erschwert wird.“⁴⁴¹ Eine ursprünglich geplante Absenkung der Mindestanzahl für die nicht-vorteilsmotivierte Hilfeleistung auf drei Ausländer⁴⁴² wurde im Vermittlungsausschuss wieder aufgegeben.⁴⁴³

§ 92a Abs. 2 AuslG enthielt einen neuen Qualifikationstatbestand für gewerbsmäßiges Handeln und die bandenmäßige Schleusung. Bedroht wurde dieses Verhalten mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. § 92a Abs. 3 AuslG ordnete die Versuchsstrafbarkeit für Grundtatbestand und Qualifikation an. § 92a Abs. 4 AuslG übernahm die zuvor in § 92 Abs. 4 AuslG enthaltene Ausweitung der Strafbar-

437 BT-Drs. 12/5683, S. 8.

438 BT-Drs. 12/5683, S. 6 f.

439 BT-Drs. 12/5683, S. 6.

440 Nach Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 28, sollten damit insbesondere professionelle Vermittler von Scheinehen erfasst werden können.

441 BT-Drs. 12/6853, S. 31 f.

442 BT-Drs. 12/6853, S. 32.

443 BT-Drs. 12/7837, S. 2.

keit der eigennützigen Schleusung auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Nicht-EG- oder Nicht-EWR⁴⁴⁴-Ausländern in das europäische Hoheitsgebiet eines der Vertragsstaaten des Schengener Übereinkommens. Zugleich wurde der Verweis des § 92a Abs. 4 AuslG auch auf den neu geschaffenen Qualifikationstatbestand der gewerbsmäßigen Schleusung erstreckt (§ 92a Abs. 2 Nr. 1 AuslG).

Neu eingeführt wurde der Verbrechenstatbestand des gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern (§ 92b AuslG n.F.). Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, wurde danach bestraft, wer bei der Schleusung nach § 92a Abs. 1 AuslG (auch in Verbindung mit Abs. 4) als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, und zugleich gewerbsmäßig handelte. Gewerbsmäßige Bandenschleusungen wurden damit unter eine deutlich erhöhte Strafandrohung gestellt, um „der Professionalisierung des Schlepperunwesens mit einer Verschärfung der Strafdrohungen und – damit verbunden – einer Vorverlagerung der Strafbarkeitsschwelle entgegenzutreten.“⁴⁴⁵ Denn durch die Heraufstufung zu einem Verbrechen unterfiel § 92b AuslG dem Anwendungsbereich des § 30 StGB, wobei auch im Ausland begangene Vorbereitungshandlungen nach § 9 Abs. 1, 2 StGB erfasst werden konnten, sofern sich der Taterfolg auch im Inland realisieren sollte.⁴⁴⁶

Auch die Strafvorschriften des *Asylverfahrensgesetzes* wurden im Zuge des *Verbrechensbekämpfungsgesetzes* umgestaltet. Die Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nach § 84 AsylVfG wurde in Anlehnung an die Regelungsstruktur des § 92a AuslG reformuliert.⁴⁴⁷ § 84 Abs. 1 AsylVfG enthielt weiterhin den Grundtatbestand, der mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht war. § 84 Abs. 2 AsylVfG enthielt den zuvor in § 84 Abs. 1 Satz 2 AsylVfG a.F. geregelten besonders schweren Fall, der zugleich umgestaltet wurde. So wurde die Mindeststrafe von sechs Monaten gestrichen, während die Höchststrafe von fünf Jahren beibehalten wurde. Zugleich wurden die Regelbeispiele nach dem Vorbild des § 92a Abs. 1 AuslG angepasst.⁴⁴⁸ Ein besonders schwerer Fall sollte danach in der Regel vorliegen, wenn der Täter einen Vermögensvorteil erhielt oder sich versprechen ließ (§ 84 Abs. 2 Nr. 1 AsylVfG) oder wiederholt oder zugunsten von mehr als fünf

444 Insoweit wurde der Tatbestand – im Blick auf das EWR-Abkommen vom 2. Mai 1992 (BGBl. 1993 II, S. 266) – begrenzt, da neben EG-Ausländern auch EWR-Ausländer (seinerzeit neben den EG-Staatsangehörigen Staatsangehörige von Österreich, Finnland, Island, Liechtenstein, Norwegen, Schweden und der Schweiz) nicht mehr als Haupttäter in Betracht kamen, vgl. dazu auch Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 29.

445 BT-Drs. 12/5683, S. 8.

446 BT-Drs. 12/5683, S. 8.

447 BT-Drs. 12/6853, S. 32.

448 BT-Drs. 12/5683, S. 8.

Ausländern handelte (§ 84 Abs. 2 Nr. 2 AsylVfG). Einen Qualifikationstatbestand enthielt sodann § 84 Abs. 3 AsylVfG. Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wurde gewerbsmäßiges Handeln oder Handeln als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten nach § 84 Abs. 1 AsylVfG verbunden hat, bedroht. Der Versuch des § 84 AsylVfG war insgesamt strafbar (§ 84 Abs. 4 AsylVfG). Die Tatbegehung zugunsten Angehöriger blieb privilegiert, allerdings nicht bei gewerbs- oder bandenmäßigem Handeln (§ 84 Abs. 6 AsylVfG). Einen weiteren Qualifikationstatbestand enthielt in Parallelführung zu § 92b AuslG der neu geschaffene § 84a AsylVfG. Dieser bedrohte die gewerbs- und bandenmäßige Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Auch hier sollte das Vorfeld durch die Qualifikation zum Verbrechen erfasst werden.⁴⁴⁹

Mit dem *Verbrechensbekämpfungsgesetz* wurden §§ 92a Abs. 2, 92b AuslG und §§ 84 Abs. 4, 84a AsylVfG zugleich in den Katalog des § 100a Satz 1 StPO a.F. (Telekommunikationsüberwachung) aufgenommen. Insgesamt bewirkte das *Verbrechensbekämpfungsgesetz* eine deutliche Ausweitung der Strafvorschriften des Aufenthalts- und Asylgesetzes, vor allem im Bereich der sogenannten Schleuserkriminalität. Die Strafandrohungen wurden, insbesondere durch Schaffung der Qualifikationstatbestände, wesentlich erhöht und zugleich neue Befugnisse für die Strafverfolgungsbehörden geschaffen. Der „Schleusertatbestand“ hatte damit innerhalb von nur 13 Jahren nach seiner Schaffung 1981 eine erhebliche Bedeutungssteigerung erfahren.

f) Weitere Gesetzesänderungen

Die Aktivitäten des Gesetzgebers kamen jedoch auch in der Folgezeit nicht zum Erliegen. Die 1990er Jahre sind vielmehr durch eine reaktive Gesetzgebung gekennzeichnet. Allerdings beschränkten sich Änderungen dann *nicht* auf den (vermeintlich) konkret betroffenen Regelungsbereich, sondern führten regelmäßig zu einer allgemeinen Strafrechtsverschärfung. So bildeten den äußeren Anlass für das *Gesetz zur Änderung ausländer- und asylverfahrensrechtlicher Vorschriften* vom 29. Oktober 1997⁴⁵⁰ „die gewalttätigen Ausschreitungen des Frühjahres 1996“⁴⁵¹. Bezug genommen wurde damit auf Gewalttätigkeiten im Zusammenhang mit Demonstrationen prokurdischer Gruppen, die einen engen Bezug zur politischen Lage in der Türkei aufwiesen.⁴⁵² Vor diesem Hintergrund wurde zunächst das Ausweisungsrecht ver-

449 BT-Drs. 12/5683, S. 8.

450 BGBl. 1997 I, S. 2584.

451 BT-Drs. 13/4948, S. 1.

452 Trautmann, Migration, Kriminalität und Strafrecht, 2002, 25; Schwarz, Bedrohung, Gastrecht, Integrationspflicht, 2010, 87, 134 ff.; siehe auch taz v. 18. März 1996, Nach Verbot Blockaden und Randalen, abrufbar unter: <<https://taz.de/Nach-Verbot-Blockaden-und-Randalen/!1466092/>>.

schärft.⁴⁵³ Aber auch im Bereich der Strafvorschriften kam es zu Ausweitungen: So wurde das Erfordernis der wiederholten Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung über die Beschränkung oder das Verbot der politischen Betätigung (§ 92 Abs. 1 Nr. 4 AuslG) gestrichen, sodass bereits der Erstverstoß zur Strafbarkeit führte. Damit sollte „das politische Betätigungsverbot von Ausländern besser durchgesetzt und Ausschreitungen von gewalttätigen Ausländern mit politischem Hintergrund besser vorgebeugt werden können.“⁴⁵⁴ Ferner wurde über den ursprünglichen Gesetzentwurf hinausgehend auch der Versuch der unerlaubten Einreise nach § 92 Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AuslG unter Strafe gestellt. Auch der „Schleusertatbestand“ des § 92a AuslG wurde geändert. So setzte § 92a Abs. 1 Nr. 2 AuslG nach der Neuregelung nur noch ein Handeln zugunsten „mehrerer“ und nicht mehr, wie zuvor, zugunsten von mehr als fünf Ausländern voraus – eine Absenkung der tatbestandlichen Voraussetzungen, welche die Bundesregierung in den Verhandlungen um das *Verbrechensbekämpfungsgesetz* nicht hatte durchsetzen können.⁴⁵⁵ Damit machte sich nach der neuen Gesetzeslage bereits strafbar, wer mindestens zwei Ausländern bei ihrer unerlaubten Einreise oder ihrem unerlaubten Aufenthalt Hilfe leistete oder sie dazu anstiftete, unabhängig von einer Vorteilsmotivation.⁴⁵⁶

5. Das Zuwanderungsgesetz

Nach dem Regierungswechsel 1998 brachte die Regierungskoalition aus SPD und Bündnis 90/Die Grünen zahlreiche Reformgesetze, auch im Bereich des Aufenthalts-, Asyl- und Staatsangehörigkeitsrechts, auf den Weg. Ein Kernstück der Reformen war das Zuwanderungsgesetz (*Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern*). Dieses wurde zunächst am 25. Juni 2002 im Bundesgesetzblatt verkündet und sollte am 1. Januar 2003 in Kraft treten.⁴⁵⁷ Aufgrund einer fehlerhaften Abstimmung im Bundesrat wurde das Gesetz jedoch vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 18. Dezember 2002 für nichtig erklärt und trat damit nicht in Kraft.⁴⁵⁸ Erst nach erneuter Durchführung des parlamentarischen Verfahrens konnte das Gesetz in seiner – im Vermittlungsausschuss unter Beteiligung der Unionsparteien finalisierten – Fassung vom 30. Juli 2004 zum 1. Januar 2005 in Kraft treten.⁴⁵⁹

453 BT-Drs. 13/4948, S. 9.

454 BT-Drs. 13/4948, S. 10.

455 Vgl. oben A. II. 4. e).

456 Vgl. zur Auslegung des Merkmals „mehrerer“ in § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG unten E. V. 1. b) aa) (1) (c) (iii).

457 BGBl. 2002 I, S. 1946.

458 BVerfGE 106, 310 ff.

459 BGBl. 2004 I, S. 1950.

Das Zuwanderungsgesetz gestaltete das deutsche Aufenthaltsrecht grundlegend um. Es sollte die Zuwanderung zum Zweck der Erwerbstätigkeit erleichtern, aber zugleich den Zuzug von Ausländern steuern und begrenzen.⁴⁶⁰ Erstmals seit dem Anwerbestopp 1973 schuf der Gesetzgeber offen reguläre Zugangswege zum deutschen Arbeitsmarkt und schlug damit eine Kehrtwende in der Ausgestaltung der Rechtslage ein.⁴⁶¹ Das Zuwanderungsgesetz differenzierte allerdings klar zwischen einer in engen Grenzen⁴⁶² erwünschten Zuwanderung Hochqualifizierter und der weiterhin grundsätzlich unerwünschten Migration sonstiger Ausländer. Menschen ohne entsprechende Qualifikationen sollten weiterhin keinen Zugang erhalten,⁴⁶³ wenn auch in der Debatte betont wurde, dass Schutzsuchende Aufnahme finden müssten.⁴⁶⁴ Die Beteiligung der Unionsparteien aufgrund ihres Stimmgewichts im Bundesrat führte freilich dazu, dass sich das ursprünglich deutlich liberaler gefasste Gesetz in weiten Teilen auf Sicherheitsfragen fokussierte und insbesondere Elemente wie ein Punktesystem für den Zuzug ohne konkrete Arbeitsplatzzusage letztlich nicht eingeführt wurden.⁴⁶⁵

Das Zuwanderungsgesetz ersetzte das Ausländergesetz von 1990 durch das Aufenthaltsgesetz. Auch das Aufenthaltsgesetz in der Fassung vom 1. Januar 2005 hielt in seinem § 4 Abs. 1 am Erlaubnisvorbehalt für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern fest; die Aufenthaltstitel wurden jedoch auf zwei (Aufenthalts- und Niederlassungserlaubnis) reduziert und am Aufenthaltswitzweck orientiert.⁴⁶⁶ Im Ausweisungsrecht wurden die Voraussetzungen für eine Ausweisung teilweise deutlich herabgesetzt und die Ausweisungsgründe ausgeweitet, auch unter Bezugnahme auf das Migrationsstrafrecht. Eingeführt wurde nach Beratungen im Vermittlungsausschuss⁴⁶⁷ etwa die in § 53 Nr. 3 AufenthG vorgesehene zwingende Ausweisung bei einer Verurteilung wegen Einschleusens von Ausländern zu einer nicht zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe. Eine Regel-Ausweisung nach § 54 Nr. 2 AufenthG war bereits bei einer rechtskräftigen Verurteilung wegen Einschleusens von Ausländern – losgelöst vom Strafmaß – vorzunehmen.

Im Bereich der Strafvorschriften übernahm das Aufenthaltsgesetz in §§ 95 bis 97 AufenthG die Systematik des Ausländergesetzes im Wesentlichen.⁴⁶⁸ § 95 AufenthG bildete wie zuvor § 92 AuslG den Referenzpunkt und übernahm dessen Struktur. Allerdings kamen einige Tatbestände hinzu, die Verstöße gegen teilweise neu einge-

460 BT-Drs. 15/420, S. 1.

461 BT-Drs. 15/420, S. 60, 63.

462 BT-Drs. 15/420, S. 59.

463 BT-Plenarprotokoll 15/118, S. 10711 (B).

464 BT-Plenarprotokoll 15/118, S. 10708 (C).

465 Zur abschließenden Debatte im Bundestag vgl. BT-Plenarprotokoll 15/118, 10707 ff.

466 BT-Drs. 15/420, S. 61 f.

467 BT-Drs. 15/3479, S. 8.

468 BT-Drs. 15/420, S. 98.

führte Mitwirkungs- und Duldungspflichten unter Strafe stellten. So machte sich nach § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG strafbar, wer gegen die in § 49 Abs. 1 AufenthG enthaltene Pflicht eines Ausländers, gegenüber den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden auf Verlangen die erforderlichen Angaben zu seinem Alter, seiner Identität und Staatsangehörigkeit zu machen, verstieß.⁴⁶⁹ Damit sollte „der wachsenden Tendenz zur Verschleierung der Identität und Staatsangehörigkeit“ entgegengewirkt werden.⁴⁷⁰ § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG stellte wiederholte Verstöße gegen eine Meldepflicht, gegen räumliche Beschränkungen des Aufenthalts oder sonstige Auflagen nach § 54a AufenthG (Überwachung ausgewiesener Ausländer) unter Strafe, ebenso wie die Nichtbefolgung einer Anordnung zur Wohnsitznahme (§ 54a Abs. 3 AufenthG) oder den Verstoß gegen ein Verbot, bestimmte Kommunikationsmittel zu nutzen (§ 54a Abs. 4 AufenthG).⁴⁷¹ § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG erfasste seinerseits wiederholte Zuwiderhandlungen gegen eine räumliche Beschränkung nach § 61 Abs. 1 AufenthG, der den Aufenthalt eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers räumlich auf das Gebiet des Landes beschränkte, wobei weitere Bedingungen und Auflagen angeordnet werden konnten. Vollziehbar Ausreisepflichtige sollten nach dem Willen des Gesetzgebers insoweit nicht besser gestellt werden als Asylbewerber.⁴⁷² Auch wenn § 95 AufenthG sich an § 92 AuslG anlehnte und auch die Strafrahmen der Absätze 1 und 2 nicht veränderte, wurde der strafrechtliche Zugriff bei Zuwiderhandlungen gegen gesetzlich vorgesehene Freiheitsbeschränkungen oder Anordnungen der Ausländerbehörden doch empfindlich ausgeweitet. Es ist daher eine Verkürzung, wenn mitunter behauptet wird, das Aufenthaltsgesetz habe die Strafvorschriften des Ausländergesetzes im Wesentlichen übernommen.⁴⁷³

Eine abermalige Ausweitung erfuhr der nunmehr in § 96 AufenthG geregelte „Schleusertatbestand“. So wurden in § 96 Abs. 2 AufenthG weitere Qualifikationstatbestände eingefügt, „um eine wirksamere Bekämpfung der Schleuserkriminalität zu gewährleisten.“⁴⁷⁴ Neben gewerbsmäßigem Handeln und Handeln als Mitglied einer Bande wurde nunmehr mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft, wer in den Fällen des § 96 Abs. 1 AufenthG eine Schusswaffe bei sich führte, sofern sich die Tat auf eine unerlaubte Einreise bezog (Nr. 3), wer eine andere Waffe bei sich führte, um diese bei der Tat zu verwenden, wenn sich die Tat auf eine unerlaubte Einreise bezog (Nr. 4), oder wer den Geschleusten einer das Leben

469 Nicht von § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG erfasst wurde aufgrund des Wortlauts („eine Angabe“) die von § 49 Abs. 1 AufenthG gleichfalls geforderte Abgabe von Erklärungen gegenüber der Vertretung des (vermuteten) Heimatstaates, vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 66.

470 BT-Drs. 15/420, S. 98.

471 Auch diese Vorschrift wurde erst im Vermittlungsausschuss in das Gesetz aufgenommen, BT-Drs. 15/3479, S. 12.

472 BT-Drs. 15/420, S. 98.

473 So aber *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 41, und auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/420, S. 98.

474 BT-Drs. 15/420, S. 98.

gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzte (Nr. 5). § 97 AufenthG trat an die Stelle des § 92a AuslG und wurde um eine Erfolgsqualifikation erweitert. So wurde nach § 97 Abs. 1 AufenthG in Anlehnung an die Strafraumen der §§ 227 Abs. 1, 235 Abs. 5 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren (in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren) bestraft, wer in den Fällen des § 96 Abs. 1 AufenthG, auch in Verbindung mit § 96 Abs. 4 AufenthG (EU-Schleusung), den Tod des Geschleusten verursachte.⁴⁷⁵

§ 97 Abs. 2 AufenthG regelte die bereits zuvor als Qualifikationstatbestand ausgestaltete gewerbsmäßige Bandenschleusung, die mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, bedroht wurde. Das Zuwanderungsgesetz „harmonisierte“ insoweit die Strafraumen des minder schweren Falles des § 97 Abs. 2 mit dem Strafraumen des § 96 Abs. 2 AufenthG durch Anhebung der Höchststrafe in § 97 Abs. 2 AufenthG.⁴⁷⁶

Das Zuwanderungsgesetz ersetzte darüber hinaus das Aufenthaltsgesetz/EWG und die Freizügigkeitsverordnung/EG durch das *Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern* (Freizügigkeitsgesetz/EU).⁴⁷⁷ Erstmals seit der Auslagerung in ein Spezialgesetz enthielt das Freizügigkeitsgesetz/EU wieder Strafvorschriften (§ 9 FreizügG/EU) für EU- beziehungsweise EWR-Ausländer. Damit reagierte der Gesetzgeber auf Art. 36 der Unionsbürgerrichtlinie⁴⁷⁸, welche in ihrem Art. 36 eine Sanktionierung von Verstößen gegen einzelstaatliche Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie vorsah. So wurde mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer entgegen einem Wiedereinreise- oder Aufenthaltsverbot in Folge des Verlustes des Freizügigkeitsrechts in die Bundesrepublik einreiste oder sich in ihr aufhielt. Die Strafvorschrift entsprach § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG, privilegierte EU- oder EWR-Bürger jedoch gegenüber Drittstaatsangehörigen durch einen milderen Strafraumen (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr statt Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren).⁴⁷⁹ Über einen Verweis in § 11 Abs. 1 FreizügG/EU auf §§ 96, 97 AufenthG kamen zudem die Strafvorschriften über das Einschleusen von Ausländern und das Einschleusen mit Todesfolge sowie das gewerbs- und bandenmäßige Einschleusen zur Anwendung.

475 BT-Drs. 15/420, S. 98.

476 BT-Drs. 15/420, S. 98 f.

477 BGBl. 2004 I, S. 1950, Art. 2; dazu BT-Drs. 15/420, S. 101.

478 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 229/35.

479 BT-Drs. 15/420, S. 105.

6. Entwicklungen seit dem Zuwanderungsgesetz

Seit Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes ist das Aufenthalts- und Asylrecht mehrfach tiefgreifend umgestaltet worden. Dabei wurden auch die Strafvorschriften wiederholt angepasst. Die zentralen Änderungen werden im Folgenden chronologisch dargestellt.

a) Das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union

Mit dem *Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union* vom 19. August 2007⁴⁸⁰ wurde § 95 Abs. 1a AufenthG eingefügt, der denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht, der „vorsätzlich eine in § 404 Abs. 2 Nr. 4 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch oder in § 98 Abs. 3 Nr. 1 bezeichnete Handlung begeht, für den Aufenthalt im Bundesgebiet nach § 4 Abs. 1 Satz 1 eines Aufenthaltstitels bedarf und als Aufenthaltstitel nur ein Schengen-Visum nach § 6 Abs. 1 besitzt.“ Diese aufgrund ihrer komplexen Verweisungen (§ 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III verweist seinerseits inzwischen auf über 20 Einzelschriften des Aufenthaltsgesetzes zurück) kaum noch verständliche und daher im Blick auf das Bestimmtheitsgebot herausfordernde⁴⁸¹ Strafvorschrift kriminalisierte die Aufnahme einer selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit durch Ausländer, die für ihren Aufenthalt im Bundesgebiet einen Aufenthaltstitel benötigen, jedoch nur ein Schengen-Visum (ein zur Durchreise oder zu einem Aufenthalt von bis zu 90 Tagen innerhalb einer Frist von sechs Monaten berechtigendes Visum) besitzen.⁴⁸² Erfasst wurden damit also Ausländer, die nach der EU-Visum-Verordnung auch bei Kurzaufenthalten nicht von der Visumspflicht befreit waren⁴⁸³ (sogenannte Negativstaater⁴⁸⁴).⁴⁸⁵ Die Änderung erfolgte „aufgrund“ eines Urteils des Bundesgerichtshofs, mit dem der 2. Strafsenat entschieden hatte, dass sich ein Ausländer, der sich aufgrund eines Schengen-Visums im Bundesgebiet aufhält, durch die spätere Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht wegen unerlaubten Aufenthalts strafbar macht, weil die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit den grundsätzlich nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigenden Verwaltungsakt (Schengen-Visum)⁴⁸⁶ zwar rechtswidrig werden lasse, die Wirksamkeit des Verwal-

480 BGBl. 2007 I, S. 1970.

481 Dazu unten E. II. 1. d).

482 Im Einzelnen zu dieser Vorschrift unten E. II. 1. d).

483 Vgl. § 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang I der VO (EU) 2018/1806.

484 Zum Begriff MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 42.

485 Zum Hintergrund dieser Vorschriften und zur abweichenden Behandlung sogenannter Positivstaater sowie Inhaber eines nationalen Visums vgl. unten D. I. 2.

486 Heute § 6 Abs. 2a AufenthG: „Schengen-Visa berechtigen nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, es sei denn, sie wurden zum Zwecke der Erwerbstätigkeit erteilt.“

tungsaktes und damit seine Legalisierungswirkung⁴⁸⁷ jedoch nicht berühre.⁴⁸⁸ Damit war aus Sicht des Gesetzgebers eine „Strafbarkeitslücke“ entstanden, die nur „durch die Aufnahme eines weiteren Straftatbestandes in das Aufenthaltsgesetz geschlossen werden [konnte].“⁴⁸⁹ Eine Lösung durch die Schaffung eines Erlöschenstatbestandes bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit kam nicht in Betracht, da der Schengen-Besitzstand „zwingend einen aufhebenden Verwaltungsakt“ vorschreibt.⁴⁹⁰

Zugleich wurde mit § 95 Abs. 6 AufenthG eine Regelung geschaffen, mit der für die Fälle der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG ein aufgrund von Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkter oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichener Aufenthaltstitel mit einem fehlenden Aufenthaltstitel gleichgesetzt wurde. Dadurch entfiel bei Einreisen oder Aufenthalt mit einem auf diese Weise erlangten Aufenthaltstitel unter Durchbrechung der ansonsten strengen Verwaltungsakzessorität des Migrationsstrafrechts⁴⁹¹ die Legalisierungswirkung desselbigen.⁴⁹²

§ 96 Abs. 1 AufenthG wurde ebenfalls neu gefasst, wobei hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen zwischen der Anstiftung beziehungsweise Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) und zum unerlaubten Aufenthalt (§ 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) differenziert wurde. Für die Beteiligung an der unerlaubten Einreise reichte künftig, wenn der Täter dafür einen Vorteil – nicht mehr zwingend einen Vermögensvorteil – erhielt oder sich versprechen ließ (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG) oder aber wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelte (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG). Damit sollten in Parallelführung zu den Bestechungsdelikten (§§ 331 ff. StGB) auch Nicht-Vermögensvorteile erfasst werden, wie insbesondere die Duldung sexueller Handlungen oder der Geschlechtsverkehr als Gegenleistung.⁴⁹³ Demgegenüber setzte die Beteiligung am unerlaubten Aufenthalt nunmehr stets voraus, dass der Täter einen Vermögensvorteil erhielt oder sich versprechen ließ (§ 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG). Damit wurde die nicht-vorteilsmotivierte Hilfeleistung zum unerlaubten Aufenthalt *entkriminalisiert*.⁴⁹⁴ Damit entsprach der Gesetzgeber „politischen Forderungen der Kirchen und humanitärer Verbände“⁴⁹⁵. § 96 Abs. 4 AufenthG wurde auf die Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 Nrn. 2 und 5 AufenthG (Bandentaten; das Leben gefährdende, unmenschli-

487 Dazu unten D. I. 2.

488 BGH NJW 2005, 2095, 2096 ff.

489 BT-Drs. 16/5065, S. 199.

490 BT-Drs. 16/5065, S. 199.

491 Dazu im Einzelnen unten D. I.

492 Vgl. dazu MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 119, sowie näher zu den Auswirkungen des § 95 Abs. 6 AufenthG unten E. II. 1. c).

493 BT-Drs. 16/5065, S. 199.

494 Kritisch MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 Rn. 5.

495 BT-Drs. 16/5065, S. 199.

che oder erniedrigende Behandlung oder Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung) erstreckt, um dem EU-Rahmenbeschluss 2002/946/JI, der Vorgaben bezüglich der Mindesthöchststrafen enthält,⁴⁹⁶ Rechnung zu tragen.⁴⁹⁷ Auch nach der Neufassung des § 96 AufenthG umfasste der Verweis in § 96 Abs. 4 AufenthG allerdings nur das Handeln gegen Vorteil oder Vorteilsversprechen (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), Nr. 2, Abs. 2 Nrn. 1, 2 und 5, Abs. 3 AufenthG), nicht dagegen das wiederholte Handeln oder das Handeln zugunsten mehrerer Ausländer nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG. Dabei ging die Gesetzesbegründung – im Ausgangspunkt überzeugend – davon aus, dass bei einem Handeln ohne Vermögensvorteil von „einer altruistischen Handlung aufgrund humanitärer Gesinnung auszugehen“ sei, sodass auch die aus der Richtlinie 2002/90/EG folgende Pönalisierungspflicht, die allerdings für humanitär motivierte Unterstützungshandlungen nicht obligatorisch ist,⁴⁹⁸ eine Kriminalisierung nicht erfordert.⁴⁹⁹

Das *Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union* erweiterte zudem den Verweis in § 11 Abs. 1 FreizügG/EU auf § 95 Abs. 1 Nrn. 4 und 8, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 AufenthG. Mit § 95 Abs. 1 Nrn. 4 und 8 AufenthG sollte die Zuwiderhandlung gegen eine Ausreiseuntersagung sowie die Ausländergeheimbündelei auch für EU- beziehungsweise EWR-Bürger strafbar werden. Der Verweis auf § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bezweckte die Ausweitung der auch für Deutsche bestehenden Strafbarkeit der Tätigkeit unrichtiger Angaben zur Titelbeschaffung und ähnlicher Verhaltensweisen auf EU- beziehungsweise EWR-Bürger.⁵⁰⁰

b) Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung von asylsuchenden und geduldeten Ausländern

Das *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung von asylsuchenden und geduldeten Ausländern* vom 23. Dezember 2014⁵⁰¹ führte zu Lockerungen hinsichtlich der bis dahin grundsätzlich geltenden räumlichen Beschränkung des Aufenthalts für Asylbewerber und Geduldete.⁵⁰² So erlosch die räumliche Beschränkung grundsätzlich nach einem dreimonatigen, ununterbrochen erlaubten, geduldeten oder gestatteten

496 Vgl. näher zum Rahmenbeschluss RB 2002/946/JI des Rates vom 28. November 2002 unten C. III. 2. a).

497 BT-Drs. 16/5065, S. 152, 200.

498 RL 2002/90/EG des Rates v. 28. November 2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt. Dies gilt erst recht im Lichte des Zusatzprotokolls III zum sog. Palermo-Abkommen, dessen Art. 6 Abs. 1 die Pönalisierungspflicht auf Schleusungshandlungen in Vorteilerzielungsabsicht beschränkt, vgl. *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*.

499 BT-Drs. 16/5065, S. 199 f. Zur EU-Richtlinie vgl. unten C. III. 2. a).

500 BT-Drs. 16/5065, S. 212.

501 BGBl. 2014 I, S. 2439.

502 Vgl. § 61 AufenthG a.F.; § 56 ff. AsylVfG a.F.; BR-Drs. 506/14, S. 1, 6.

Aufenthalt im Bundesgebiet.⁵⁰³ Zugleich wurde – gewissermaßen spiegelbildlich – die Möglichkeit geschaffen, eine räumliche Beschränkung des Aufenthalts für bestimmte Personengruppen anzuordnen.⁵⁰⁴ Betroffen waren insbesondere straffällige Ausländer und solche, gegen die aufenthaltsbeendende Maßnahmen konkret bevorstanden. Flankiert wurde die geänderte Systematik (Entfallen nach drei Monaten, Möglichkeit der Anordnung) durch die Erstreckung der Strafvorschriften des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG und des § 85 Nr. 2 AsylVfG auf wiederholte Zuwiderhandlungen gegen räumliche Beschränkungen auf Grundlage der neu eingefügten Anordnungsermächtigungen.⁵⁰⁵ Da mit dem Gesetz zugleich die zuvor in § 60 Abs. 1 AsylVfG a.F. eingeräumte Möglichkeit entfiel, die Aufenthaltsgestattung eines Asylbewerbers mit einer Auflage zu versehen, die die Erwerbstätigkeit verbietet oder beschränkt, wurde die auf Zuwiderhandlungen gegen eine entsprechende Auflage bezogene Strafvorschrift des § 85 Nr. 3 AsylVfG gestrichen.⁵⁰⁶

c) Das Gesetz zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften

Mit dem *Gesetz zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften* vom 2. Dezember 2014 wurde die Strafvorschrift des § 9 FreizügG/EU erweitert. Der neue Absatz 1 bedrohte denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe, der „unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte oder eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht zu beschaffen oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.“ Mit dieser Strafvorschrift reagierte der Gesetzgeber darauf, dass die von ihm intendierte Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG auf EU- und EWR-Bürger durch den Verweis in § 11 Abs. 1 FreizügG/EU partiell ins Leere ging, da zwar der Täterkreis auf EU- und EWR-Staatsangehörige erstreckt wurde, jedoch die genannten speziellen Aufenthaltstitel von den Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes nicht erfasst waren.⁵⁰⁷

d) Das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung

Mit dem *Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung* vom 27. Juli 2015⁵⁰⁸ wurde ein Systemwechsel im Ausweisungsrecht vollzogen: An

503 § 61 AufenthG und § 59a AsylVfG jeweils i.d.F. des Gesetzes v. 23. Dezember 2014 (BGBl. 2014 I, S. 2439).

504 § 61 Abs. 1c AufenthG, § 59b Abs. 1 AsylVfG jeweils i.d.F. des Gesetzes v. 23. Dezember 2014 (BGBl. 2014 I, S. 2439).

505 BR-Drs. 506/14, S. 7, 12, 14.

506 BR-Drs. 506/14, S. 14.

507 BT-Drs. 18/2581, S. 18.

508 BGBl. 2015 I, S. 1386.

die Stelle des Dreischritts von zwingender Ausweisung, Regelausweisung und Ermessensausweisung trat ein System der gerichtlich voll überprüfbaren⁵⁰⁹ Abwägung zwischen Ausweisungs- und Bleibeinteresse auf Tatbestandsebene.⁵¹⁰ Im Bereich der Strafvorschriften wurden kleinere Verweisungsanpassungen vorgenommen. Zudem wurde der Verstoß gegen ein Kontaktverbot, das nunmehr nach § 56 Abs. 4 angeordnet werden konnte, durch § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG strafbewehrt. § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG wurde auf unrichtige oder unvollständige Angaben in der Absicht, das nachträgliche Erlöschen oder eine nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden, erstreckt. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass eine entsprechende Täuschungshandlung im Unrechtsgehalt ebenso zu beurteilen sei „wie die Begehung von Täuschungshandlungen zur Beschaffung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung.“⁵¹¹

e) Das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht

Mit dem *Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht* vom 20. Juli 2017⁵¹² wurde mit § 56a AufenthG die Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung einer elektronischen Überwachung des Aufenthaltsortes eines Ausländers zur Abwehr einer erheblichen Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter geschaffen, die als milderes Mittel zu einer Inhaftierung dienen soll.⁵¹³ Zugleich wurde die Strafvorschrift des § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG eingeführt, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht, wenn der Betroffene einer vollstreckbaren gerichtlichen Anordnung nach § 56a Abs. 1 AufenthG zuwiderhandelt und dadurch die kontinuierliche Feststellung seines Aufenthaltsortes verhindert. Die Strafvorschrift soll mithin sicherstellen, dass der überwachte Ausländer sich der Überwachung nicht entzieht. Das Antragserfordernis des § 95 Abs. 7 AufenthG soll sicherstellen, dass nur bedeutsame Zuwiderhandlungen verfolgt werden.⁵¹⁴ Ausgeweitet wurde zudem die Möglichkeit, eine räumliche Beschränkung gegenüber Geduldeten anzuordnen. Nach § 61 Abs. 1c Satz 2 AufenthG soll eine räumliche Beschränkung auf den Bezirk der Ausländerbehörde angeordnet werden, „wenn der Ausländer die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe durch vorsätzliche falsche Angaben oder durch eigene Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit selbst herbeigeführt oder zumutbare Anforderungen an die Mitwirkung bei der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht erfüllt“ hat. Damit sollte eine engere

509 Vgl. Bode, Das neue Ausweisungsrecht, 2020, 342.

510 BT-Drs. 18/4097, S. 23, 49; NK-AuslR/Cziersky-Reis, 3. Aufl. 2023, § 53 AufenthG Rn. 16; ausführlich Bode, Das neue Ausweisungsrecht, 2020, 170 ff.

511 BT-Drs. 18/4097, S. 59.

512 BGBl. 2017 I, S. 2780.

513 BT-Drs. 18/11546, S. 19.

514 BT-Drs. 18/11546, S. 22.

Bindung der Betroffenen an den Bezirk der Ausländerbehörde erreicht werden, damit sie „für etwaige erforderliche Mitwirkungshandlungen leichter erreichbar sind“, aber auch, um ein Untertauchen zu erschweren.⁵¹⁵ Da § 95 Abs.1 Nr. 7 AufenthG bereits zuvor auf den gesamten § 61 Abs.1c AufenthG Bezug genommen hatte, erstreckte sich die Sanktionsbewehrung fortan auch auf Verstöße gegen räumliche Beschränkungen auf Grundlage der neu geschaffenen Anordnungsbefugnis.

f) Das Familiennachzugsneuregelungsgesetz

Mit dem *Gesetz zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten (Familiennachzugsneuregelungsgesetz)* vom 12. Juli 2018⁵¹⁶ wurde in § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG der Qualifikationstatbestand der sogenannten „Minderjährigenschleusung“ eingefügt. Danach wurde mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft, wer in den Fällen der eigennützigen Anstiftung oder Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise (§ 96 Abs.1 Nr. 1 lit. a) AufenthG) zugunsten eines minderjährigen ledigen Ausländers handelte, der ohne Begleitung einer personensorgeberechtigten Person oder einer dritten Person, die die Fürsorge oder Obhut für ihn übernommen hat, in das Bundesgebiet einreist. Damit sollten die für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge aufgrund ihrer Vulnerabilität besonders gefährlichen Schleusungen unterbunden werden.⁵¹⁷ Der Gesetzgeber ging davon aus, dass „die eigennützige Anstiftung oder Beihilfe eines Minderjährigen zu einer solchen unbegleiteten Reise [...] mit Blick auf die möglichen Gefahren, den Umstand, dass ein Minderjähriger aufgrund seiner geringeren Lebenserfahrung das Ausmaß der Gefahren regelmäßig nicht wie eine erwachsene Person abschätzen kann, sowie die Tatsache, dass der Täter zum eigenen Vorteil handelt, besonders verwerflich und damit strafscharfend zu berücksichtigen [ist].“⁵¹⁸

g) Das Zweite Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht

Das *Zweite Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht* vom 15. August 2019⁵¹⁹ bewirkte eine erneute Ausweitung der Ausweisungsgründe. Mit § 97a AufenthG wurde zudem der Anwendungsbereich des § 353b StGB auf Informationen zum konkreten Ablauf einer Abschiebung, insbesondere zum Abschiebungstermin, sowie zum konkreten Ablauf von auf die Mitwirkung des Ausländers gerichteten Maßnahmen, insbesondere zum Zeitpunkt von darauf gerichteten Anordnungen, erstreckt, indem diese Informationen zu Geheimnissen beziehungsweise Informa-

515 BT-Drs. 18/11546, S. 22.

516 BGBl. 2018 I, S. 1147.

517 BT-Drs. 19/2438, S. 26.

518 BT-Drs. 19/2438, S. 26.

519 BGBl. 2019 I, S. 1294.

tionen im Sinne des § 353b Abs. 1 und 2 StGB erklärt wurden. Auf diese Weise soll die Weitergabe entsprechender Informationen insbesondere an die Betroffenen unterbunden werden.⁵²⁰

h) Das Gesetz zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht

Das *Gesetz zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht* vom 12. November 2020⁵²¹ erweiterte die Strafvorschrift des § 9 Abs. 1 FreizügG/EU auf Aufenthaltstitel für britische Staatsangehörige, die in Folge des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union ihre Freizügigkeitsrechte als EU-Bürger verloren und einen speziellen Rechtsstatus durch das Austrittsabkommen zwischen dem Vereinigten Königreich und der Europäischen Union erhalten hatten.⁵²²

i) Das Gesetz zur Verbesserung der Rückführung

Die weitreichendste Verschärfung der Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes und des zwischenzeitlich umbenannten Asylgesetzes⁵²³ der letzten Jahre bewirkte zuletzt das *Gesetz zur Verbesserung der Rückführung (Rückführungsverbesserungsgesetz)* vom 21. Februar 2024.⁵²⁴ Empfindliche Nachschärfungen erfuhr der Regierungsentwurf dabei erst im Rahmen der Ausschussberatungen auf Grundlage einer Formulierungshilfe des Bundesinnenministeriums.⁵²⁵

Im Bereich der Strafvorschriften strukturierte das *Rückführungsverbesserungsgesetz* zunächst die auf Verstöße gegen Meldepflichten, Wohnsitzauflagen und sonstige Auflagen sowie Kontaktverbote bezogene Strafvorschrift des § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG a.F. um und differenzierte zwischen den unterschiedlichen Pflichtverstößen in den neu geschaffenen § 95 Abs. 1 Nrn. 6a, 6b und 6c AufenthG. Dabei wurde im Hinblick auf Verstöße gegen die Meldepflicht auf das Erfordernis einer *wiederholten* Zuwiderhandlung verzichtet; auch bedarf es keines (wiederholten) Hinweises mehr auf die rechtlichen Folgen einer Weigerung gegenüber der Verpflichtung zur Wohnsitznahme.

Die zentralen Änderungen des Rückführungsverbesserungsgesetzes beziehen sich allerdings auf den „Schleusertatbestand“ des § 96 AufenthG: Mit dem *Rückführungs-*

520 BT-Drs. 19/10047, S. 48.

521 BGBl. 2020 I, S. 2416.

522 BT-Drs. 19/21750, S. 19 ff.

523 Mit dem *Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz* vom 20. Oktober 2015 wurde das *Asylverfahrensgesetz* in *Asylgesetz* umbenannt, BGBl. 2015 I, S. 1722.

524 BGBl. 2024 I Nr. 54.

525 Dazu kritisch *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 96 ff.

verbesserungsgesetz wurde der Strafraum des Grundtatbestandes des Einschleusens von Ausländern von drei Monaten bis zu fünf Jahren auf sechs Monate bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe angehoben und damit verdoppelt. Die Strafdrohungen für die Schleusungsdelikte wurden vom Gesetzgeber als „unangemessen niedrig“ eingestuft. Sie seien anzuheben gewesen, um „die Sozialschädlichkeit des konkreten Schleusungsverhaltens“ widerzuspiegeln und „die Strafzumessungsentscheidung des Gerichts sachgerecht an[zu]leiten“.⁵²⁶ Dies ist eine Chiffre für die Erwartung des Gesetzgebers an die Rechtsprechung, die Sanktionierungspraxis anzupassen und die Strafhöhen anzuheben.

In tatbestandlicher Hinsicht wurden die Bezugstaten mit dem neu eingefügten § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 9 Abs. 1 FreizügG/EU erweitert. Mit der Einfügung des § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG stellte der Gesetzgeber zudem klar, dass die bislang von der herrschenden Literatur und der Rechtsprechung angenommene limitierte Akzessorietät des Tatbestandes, die aus dem Charakter als tatbestandlich vertypter Teilnahme an der Haupttat des unerlaubt einreisenden oder sich unerlaubt aufhaltenden Ausländers folgt,⁵²⁷ künftig aufgehoben ist, sodass es für eine Strafbarkeit des Schleusers nur noch darauf ankommt, dass eine tatbestandliche unerlaubte Einreise oder ein unerlaubter Aufenthalt vorliegt.⁵²⁸ Mit dieser Gesetzesänderung reagierte der Gesetzgeber auf eine Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2018,⁵²⁹ der hinsichtlich der Schleusung von kleinen (sieben- bis achtjährigen) Kindern mangels Vorsatzes der Kinder zur unerlaubten Einreise eine Strafbarkeit wegen Einschleusens verneint hatte.⁵³⁰ Der Senat hatte den Gesetzgeber dabei darauf hingewiesen, dass sich das „Problem der schwer zu belegenden Vorsatzerfordernisse bei den Geschleusten“ durch die „Schaffung eines eigenständigen Tatbestands sachgerecht vermeiden“ ließe, den Gesetzgeber also indirekt aufgefordert, das Konzept der limitierten Akzessorietät aufzugeben.⁵³¹

Hinsichtlich des Qualifikationstatbestandes des § 96 Abs. 2 AufenthG erfolgte gleichfalls eine empfindliche Anhebung des Strafraums von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr. Damit wurde § 96 Abs. 2 AufenthG von einem Vergehens- zu einem Verbrechenstatbestand hochgestuft.⁵³² Zudem wurde § 96 Abs. 2 AufenthG um einen weiteren Qualifikationstatbestand ergänzt. Nach § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 AufenthG wird das Einschleusen von Ausländern nunmehr auch dadurch qualifiziert, dass der Täter „versucht, sich im

526 Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 20/10090, S. 18.

527 Vgl. dazu unten E. V. I. b) aa) (1) (a).

528 Dazu unten E. V. I. b) aa) (2).

529 BT-Drs. 20/9463, S. 52.

530 BGH NJW 2018, 3658, 3659 f.

531 BGH NJW 2018, 3658, 3660.

532 Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 20/10090, S. 18.

Straßenverkehr in grob verkehrswidriger und rücksichtsloser Weise einer polizeilichen Kontrolle zu entziehen und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet.“ Damit soll den „zunehmend rücksichtsloser und brutaler gegenüber den kontrollierenden Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten, geschleusten Personen und unbeteiligten Dritten“ agierenden Schleusern entgegengetreten werden.⁵³³

Zudem greift der Qualifikationstatbestand der Minderjährigenschleusung nach § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nunmehr auch bei einer nicht-vorteilsmotivierten Anstiftung oder Hilfeleistung, weil § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nach der Neufassung nicht mehr nur auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG, sondern auf Nummer 1 insgesamt verweist. Damit wird auch das wiederholte Handeln oder das Handeln zugunsten mehrerer Ausländer von § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG erfasst. Dabei stellt das Gesetz auch insoweit klar, dass es einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Tat des Minderjährigen nicht bedarf, sondern bereits die Verwirklichung des objektiven Tatbestands durch diesen genügt. Für die Minderjährigenschleusung sieht § 96 Abs. 2 Satz 3 AufenthG künftig einen minder schweren Fall mit einer Strafdrohung von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vor. Die Begründung für die Ausweitung des Qualifikationstatbestands verweist ohne nähere Erläuterung auf den „vergleichbaren“ Unrechtsgehalt der nicht-vorteilsmotivierten und der eigennützigen Minderjährigenschleusung.⁵³⁴ Dies steht im Widerspruch zu der noch einige Jahre zuvor vertretenen Position des Gesetzgebers, altruistisches Handeln sei ein Hinweis auf eine humanitäre Motivation.⁵³⁵

Eine weitreichende Änderung hat durch das *Rückführungsverbesserungsgesetz* auch die sogenannte EU-Schleusung nach § 96 Abs. 4 AufenthG erfahren. So verweist § 96 Abs. 4 AufenthG nach der Neuregelung nicht mehr nur auf die eigennützige Hilfeleistung, sondern bei Einreisen auf dem Landweg auch auf die nicht-vorteilsmotivierte Hilfeleistung in § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG. Die Begründung verhält sich auch diesbezüglich nicht zu der früheren Einschätzung des Gesetzgebers, der bei nicht-vorteilsmotiviertem Handeln eine Nähe zu humanitären Motiven gesehen und deshalb bewusst auf eine Erstreckung des § 96 Abs. 4 AufenthG verzichtet hatte.⁵³⁶ Darüber hinaus wird auf sämtliche Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 AufenthG mit Ausnahme von § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG (Beisichführen einer anderen Waffe) verwiesen. Die Ausweitung des § 96 Abs. 4 AufenthG war aufgrund der zunächst geplanten uneingeschränkten Verweisung auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG Gegenstand einer kontroversen rechtspolitischen Diskussion,

533 Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 20/10090, S. 19. Kritisch zu diesem Qualifikationstatbestand unten E. V. I. b) bb) (6).

534 Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 20/10090, S. 19.

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

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

da das Risiko der tatbestandlichen Erfassung ziviler Seenotrettung im Mittelmeer bestand.⁵³⁷ Durch die Begrenzung des Verweises auf Einreisen auf dem Landweg ist dieses Risiko teilweise, jedoch nicht vollständig, behoben worden.⁵³⁸

Mit dem *Rückführungsverbesserungsgesetz* wurde schließlich auch der (Erfolgs-)Qualifikationstatbestand des § 97 AufenthG nachgeschärft. Zum einen wurde die Mindeststrafe für das Einschleusen mit Todesfolge nach § 97 Abs. 1 AufenthG von drei Jahren Freiheitsstrafe auf fünf Jahre erhöht, sodass der Strafraum nunmehr fünf Jahre bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe beträgt (§ 38 Abs. 2 StGB). Zugleich wurde der Kreis tauglicher Tatopfer erweitert. Nunmehr führt der im Zusammenhang mit der Schleusung stehende Tod eines anderen Menschen zur Verwirklichung der Erfolgsqualifikation, während nach der alten Fassung des Tatbestandes lediglich der Tod „des Geschleuten“ die Erfolgsqualifikation verwirklichte. Auf diese Weise sollen insbesondere auch Todesfolgen für Polizeibeamte und Dritte erfasst werden.⁵³⁹ Darüber hinaus wurde mit § 97 Abs. 1 Satz 2 AufenthG eine weitergehende Erfolgsqualifikation eingeführt, die bei mindestens leichtfertiger Herbeiführung des Todes eines anderen Menschen lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren androht. Hier sah der Gesetzgeber eine Parallele zu Straftatbeständen im Strafgesetzbuch, die für eine leichtfertige Todesverursachung gleichfalls die lebenslange Freiheitsstrafe neben einer zeitigen Freiheitsstrafe vorsehen.⁵⁴⁰ Insoweit wohne dem Einschleusen von Ausländern eine mindestens vergleichbare Gefährlichkeit für die geschleuste Person und für Dritte inne.⁵⁴¹

Schließlich wurde auch der Strafraum für die gewerbsmäßige Bandenschleusung nach § 97 Abs. 2 AufenthG von einem Jahr bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe auf Freiheitsstrafe von nicht unter drei Jahren (also drei Jahre bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe) angehoben. Für das Einschleusen mit fahrlässiger Todesfolge nach § 97 Abs. 1 Satz 1 AufenthG und die gewerbsmäßige Bandenschleusung nach § 97 Abs. 2 AufenthG wurde in § 97 Abs. 3 AufenthG ein minder schwerer Fall eingeführt, der eine Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr androht.

Auch die Strafvorschriften des *Asylgesetzes* wurden durch das *Rückführungsverbesserungsgesetz* ausgeweitet. Die neu geschaffenen Tatbestände des § 85 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 6 AsylG orientieren sich an § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG.⁵⁴² Zum einen wurden Verstöße gegen die in § 15 AsylG definierten allgemeinen Mitwirkungspflichten von Asylbewerbern unter Strafe gestellt. So macht sich nunmehr nach § 85 Abs. 1 Nr. 5

537 Vgl. dazu ausführlich *Epik/Schatz*, NK 2024, 83 ff.

538 Vgl. dazu *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 99 f. sowie unten E. V. I. b) dd).

539 Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 20/10090, S. 20.

540 Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 20/10090, S. 20.

541 Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 20/10090, S. 20.

542 BT-Drs. 20/9463, S. 61.

AsylG ein Ausländer strafbar, der wider besseres Wissen eine erforderliche Angabe zu seinem Alter, seiner Identität oder seiner Staatsangehörigkeit nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht, soweit die Tat nicht nach dem gleichfalls neu eingefügten § 85 Abs. 2 AsylG mit Strafe bedroht ist. Nach § 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG macht sich zudem strafbar, wer einen Pass, Passersatz, erforderliche Urkunden, sonstige Unterlagen oder Datenträger nicht vorlegt, aushändigt oder überlässt. Damit sollte die angeblich bestehende „Strafbarkeitslücke“ geschlossen werden, die in der fehlenden Sanktionsbewehrung einer ausbleibenden, falschen oder unvollständigen Mitwirkung im Asylverfahren im Vergleich zu sonstigen ausländerrechtlichen Verfahren gelegen haben soll.⁵⁴³

Der gleichfalls neu geschaffene § 85 Abs. 2 AsylG stellt *erstmalig* unrichtige oder unvollständige Angaben oder deren Benutzung im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unter Strafe, die darauf gerichtet sind, die Anerkennung als Asylberechtigter, die Zuerkennung internationalen Schutzes oder die Feststellung eines Abschiebungsverbots zu erlangen oder den Widerruf oder die Rücknahme einer entsprechenden Entscheidung abzuwenden. Zuvor war lediglich die Verleitung eines Asylbewerbers zu entsprechenden Angaben als Verleitung zur missbräuchlichen Antragstellung kriminalisiert (§ 84 Abs. 1 AsylG), während es an einer Strafbarkeit der Falschangabe durch den Asylbewerber selbst fehlte. Mit der Schaffung des § 85 Abs. 2 AsylG wurde eine weitgehende Parallelführung mit § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG erreicht, der unter anderem unrichtige oder unvollständige Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung oder zur Verhinderung des Erlöschens oder einer nachträglichen Beschränkung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung erfasst.⁵⁴⁴ Damit soll „einem Missbrauch des Asylverfahrens durch Gebrauch falscher Angaben entgegen[gewirkt]“⁵⁴⁵ werden. Allerdings wird bei der Gleichsetzung von Ausländern, die einen Aufenthaltstitel begehren, und Asylbewerbern, die eine Anerkennung begehren, die besondere Situation von Asylbewerbern im Asylverfahren ausgeblendet, weshalb der Regelung nicht attestiert werden kann, letztlich nur eine konsequente Angleichung an das Aufenthaltsgesetz zu bewirken. Dies hieße, die unterschiedlichen Regelungsgegenstände der Gesetze auszublenden.⁵⁴⁶

Im Ausweisungsrecht wurde der 2015 zunächst aus dem Gesetz gestrichene Ausweisungsgrund der Verurteilung wegen Einschleusens von Ausländern in verschärfter Form wieder eingeführt. Nach § 54 Abs. 1 Nr. 1c AufenthG wiegt das Ausweisungsinteresse fortan besonders schwer, wenn der Ausländer wegen einer oder mehrerer

543 BT-Drs. 20/9463, S. 61.

544 BT-Drs. 20/9463, S. 22: „In Anlehnung an die Strafbarkeit von Falschangaben in aufenthaltsrechtlichen Verfahren [...]“.

545 BT-Drs. 20/9463, S. 61.

546 Näher zu § 85 Abs. 2 AsylG unten E. IV. 2.

Straftaten nach § 96 AufenthG rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist, wobei dies unabhängig davon gilt, ob eine Bewährungsaussetzung erfolgt oder nicht. Damit sollte auch der Bereich der „mittleren Schleusungskriminalität“ erfasst werden.⁵⁴⁷ Die Erweiterung des besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses bewirke durch die damit erfolgende Erleichterung der Ausweisung und Abschiebung von verurteilten Schleusern, dass diese künftig an der Begehung weiterer Schleusungsdelikte gehindert würden, „so dass der illegalen Einwanderung mittels Schleusung wirksam entgegengetreten wird.“⁵⁴⁸ Nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG besteht zudem ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse, wenn der Ausländer als Täter oder Teilnehmer den Tatbestand des § 96 AufenthG oder des § 97 AufenthG schuldhaft objektiv wie subjektiv verwirklicht oder dies versucht, ohne dass es auf die strafgerichtliche Aburteilung ankäme.⁵⁴⁹ Das Ausweisungsinteresse wird zudem losgelöst von der (erwarteten) Strafhöhe begründet.

Insgesamt hat das *Rückführungsverbesserungsgesetz* hinsichtlich der migrationsrechtlichen Strafvorschriften die weitreichendsten Änderungen seit dem *Verbrechensbekämpfungsgesetz* von 1994 bewirkt. Seine Auswirkungen gehen über eine bloße Tatbestandserweiterung und Strafschärfungen hinaus; mit dem *Rückführungsverbesserungsgesetz* hat der Gesetzgeber vielmehr auch das dogmatische Verhältnis der §§ 95 bis 97 AufenthG zueinander grundlegend verändert.⁵⁵⁰

III. Zusammenfassung

Der vorstehende Überblick verdeutlicht, dass die strafrechtliche Überformung des Migrationsvorgangs eine Entwicklung der letzten einhundert Jahre ist. Nach der Reichsgründung gab es zunächst kaum spezifisch ausländerrechtliche Regelungen, von wenigen Ausweisungstatbeständen im Reichsstrafgesetzbuch und einer Strafvorschrift betreffend die Wiedereinreise nach Reichsverweisung abgesehen. Zu Beginn der Weimarer Republik wurden zunächst die Ausweisungstatbestände erweitert und 1923 erstmals die pass- oder visumslose Einreise kriminalisiert. Einen wahren „Entwicklungsschub“ und die Kodifizierung in Spezialgesetzen brachte die nationalsozialistische Ausländergesetzgebung. In dieser Zeit wurden die Grundlinien des gegenwärtigen Migrationsstrafrechts geprägt, was im weiteren Verlauf erstaunlich selten reflektiert worden ist. Die Ausländerpolizeiverordnung der Nationalsozialisten von 1938 galt vielmehr nahezu unverändert bis 1965 fort und bildete für die ersten 16 Jahre der Bundesrepublik die zentrale Grundlage für den Umgang mit Aus-

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

548 BT-Drs. 20/9463, S. 41.

549 BT-Drs. 20/9463, S. 21, 42.

550 Vgl. dazu unten E. V. I. b).

ländern in Deutschland. Bei Inkrafttreten des Ausländergesetzes 1965 waren die bis heute zentralen Tatbestände der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts bereits seit langem Bestandteil des deutschen „Ausländerstrafrechts“. Bis 1981 sind dann eher moderate Änderungen erfolgt, ohne dass die zentralen Tatbestände grundlegend verändert worden wären. Eine Fokusverschiebung brachte aber die Einführung des „Schleusertatbestandes“ und der „Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung“ mit dem *Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung* 1981. Seither drehte sich der Diskurs schwerpunktmäßig um die „Schleuserkriminalität“, welche als zu bekämpfendes Übel definiert wurde. Unter Verweis auf die besondere Gefährlichkeit und Skrupellosigkeit international agierender Schleuserbanden wurden zahlreiche Gesetzesverschärfungen begründet, allerdings selten auf Grundlage empirischer Belege. Systematisch ausgeblendet wurde und wird in der Diskussion, dass seit dem Ausländergesetz 1990 auch die nicht-vorteilsmotivierte Unterstützung von Ausländern bei der unerlaubten Einreise oder dem unerlaubten Aufenthalt dem „Schleusertatbestand“ unterfällt. Bemerkenswert ist zudem, dass der Gesetzgeber Verschärfungen des Migrationsstrafrechts wiederholt mit der Sicherung der Integrationsbereitschaft der deutschen Bevölkerung oder gar mit rassistischen Gewalttaten gegenüber migrantisch gelesenen Personen zu legitimieren gesucht hat.

Damit ergibt sich ein ambivalentes Bild: Die Dichte der Regulierung im Migrationsrecht hat in den vergangenen 150 Jahren ganz erheblich zugenommen. In diesem Zuge wurde aus dem „Fremden“, der dem Ausweisungsrecht des Staates ohne subjektive Rechte gegenüberstand und dem ein Anspruch auf Aufenthaltserlaubnis nicht zugestanden wurde, der „Ausländer“, dem unter den gesetzlich definierten Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht zugestanden wird oder der als Schutzsuchender einen Aufnahmeanspruch hat. Zugleich nahm mit der Regulierungsdichte auch der Grad an Kriminalisierung von Normverstößen schrittweise zu. Dabei reagierte der jeweilige Gesetzgeber regelmäßig auf aktuelle Geschehnisse – insbesondere auf einen als unvertretbar empfundenen Anstieg der Migration (besonders deutlich 1981, in den 1990er Jahren, in den 2010er Jahren und 2024), aber auch auf die (vermeintliche) gesellschaftliche Stimmungslage (Begrenzungsdiskussion in den 1980er Jahren, Asylkompromiss). Zwar sind über den langen Zeitraum seit ihrer Schaffung hinweg die Tatbestände der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts im Wesentlichen unverändert geblieben. Sehr wohl geändert hat sich jedoch ihr Bezugsrahmen. Die freigiebige Zugangsgewährung des Kaiserreiches – erinnert sei an die eingangs zitierten Worte von *Frischs* – ist schrittweise eingeschränkt worden. Heute gilt ein liberales Zugangsrecht nur für Staatsangehörige von EU- und EWR-Staaten, für die innerhalb des Schengen-Raumes nationale Grenzen kaum noch rechtliche oder – jedenfalls bis vor kurzem – tatsächliche Bedeutung haben. Demgegenüber bedürfen nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer bei Aufenthalten über 90 Tagen regelmäßig eines Aufenthaltstitels; sogenannte Negativstaater nach Anhang II

der EU-Visum-Verordnung benötigen sogar für kurzfristige Aufenthalte und selbst für die Durchreise durch das Territorium eines EU-Staates ein Visum. Die Praxis der Visumserteilung ist dabei restriktiv und voraussetzungs voll.⁵⁵¹ Zugleich haben Flüchtlinge keine Möglichkeit, außerhalb der Europäischen Union einen Antrag auf Schutzgewährung zu stellen.⁵⁵² Auf Verstöße gegen diese in Rechtsvorschriften gegossene Politik der Öffnung nach innen bei gleichzeitiger Schließung der europäischen Außengrenzen⁵⁵³ wird mit den eingriffsintensiven Instrumenten des Migrationsrechts – Erfassung, Überwachung, Ausweisung und Abschiebung – und eben auch dem Kriminalstrafrecht reagiert.⁵⁵⁴ Wie gezeigt, ist dies aber keine Innovation des 21. Jahrhunderts. Migration außerhalb der dafür eröffneten Zugangswege gilt seit inzwischen mehr als einhundert Jahren als sozialschädliches Verhalten; sie ist nach der Wertung des Gesetzes strafwürdiges Unrecht. Ob diese Wertung zu rechtfertigen ist, wird im weiteren Verlauf der Untersuchung erörtert.

551 Vgl. *Achiume*, Stanford Law Review 2019, 1509, 1515.

552 Vgl. *Treibel*, Migration in modernen Gesellschaften, 4. Aufl. 2008, 74. Siehe auch unten C. I. 3.

553 Vgl. *Bade*, Europa in Bewegung, 2000, 392 ff.

554 Vgl. *Dauvergne*, in: Franko Aas/Bosworth (Hrsg.), The Borders of Punishment, 2013, 76 ff.