
Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Kurz vor Ablauf der 20. Legislaturperiode, mitten im Wahlkampf zur vorgezogenen Bundestagswahl am 23. Februar 2025, stellte die größte Oppositionsfraktion im Deutschen Bundestag, die CDU/CSU-Fraktion, am 29. Januar 2025 einen Entschließungsantrag zur Abstimmung, der unter anderem die Zurückweisung aller unerlaubt einreisenden Personen, einschließlich Asylsuchender, an den deutschen Staatsgrenzen vorsah.¹ Dieser Entschließungsantrag wurde mit den Stimmen der Fraktionen von CDU/CSU, FDP und AfD sowie sechs fraktionsloser Abgeordneter knapp angenommen.² Die Abstimmung markierte eine Zäsur, weil Parteien der demokratischen Mitte erstmals billigend in Kauf genommen hatten, dass eine Mehrheit mit Stimmen der sogenannten „Alternative für Deutschland“ zustande kommt. Der Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Friedrich Merz, sah diesen vielfach als Tabubruch eingeordneten³ Vorgang als alternativlos an und verwies auf mehrere Gewalttaten durch Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit, die in den Wochen und Monaten vor der Abstimmung begangen worden waren, darunter ein als islamistisch eingestuftes Messerangriff auf dem Solinger Stadtfest im August 2024, ein Anschlag auf den Magdeburger Weihnachtsmarkt im Dezember 2024, der von einem scharfen Islamkritiker begangen worden war, und ein tödlicher Messerangriff auf eine Kindergartengruppe in Aschaffenburg im Januar 2025 durch einen mutmaßlich psychisch kranken⁴ ausreisepflichtigen afghanischen Asylbewerber.⁵ Damit eskalierte wenige Wochen vor der Bundestagswahl die seit langem kontrovers geführte Debatte um Migration beziehungsweise deren Steuerung, Kontrolle und Begrenzung.

Diese Debatte ist weder neu, noch haben sich die in diesem Kontext vorgetragenen Argumente seit den 1970er Jahren wesentlich verändert. Damals wie heute wird darum gerungen, welches Maß an Zuwanderung die bundesrepublikanische Gesell-

1 Vgl. BT-Drs. 20/14698, S. 2.

2 348 Ja-, 344 Nein-Stimmen bei zehn Enthaltungen und 31 nicht abgegebenen Stimmen, vgl. <<https://www.bundestag.de/parlament/plenum/abstimmung/abstimmung?id=940>>.

3 Vgl. statt vieler Benz, Friedrich Merz und die Brandmauer: Der Tabubruch, Frankfurter Rundschau v. 3. Februar 2025, abrufbar unter: <<https://www.fr.de/kultur/gesellschaft/friedrich-merz-und-die-brandmauer-der-tabubruch-93551501.html>>; Deutschlandfunk Kultur v. 5. Februar 2025, Ein „Tabubruch“ mit Folgen?, abrufbar unter: <<https://www.deutschlandfunkkultur.de/afd-cdu-tabubruch-erinnerungskultur-100.html>>; Halasz, Ein Tabubruch mit Ansage, tagesschau.de v. 29. Januar 2025, abrufbar unter: <<https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/bundestag-debatte-migration-102.html>>.

4 Vgl. tagesschau.de v. 23. Januar 2025, Tatverdächtiger in Psychiatrie eingewiesen, abrufbar unter: <<https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/aschaffenburg-taeter-in-psychiatrie-100.html>>.

5 Siehe BT-Drs. 20/14698, S. 1; CDU, Statement von Friedrich Merz zur Messerattacke von Aschaffenburg v. 23. Januar 2025, abrufbar unter: <<https://www.cdu.de/aktuelles/innere-sicherheit/statement-von-friedrich-merz-zur-messerattacke-in-aschaffenburg/>>.

schaft „verkräften“ kann.⁶ Einigkeit besteht allerdings nahezu parteiübergreifend darin, dass „irreguläre“ Migration konsequent begrenzt werden müsse.⁷ Zu diesem Zweck greift der Gesetzgeber seit langem und in immer größerem Umfang auch auf das Strafrecht zurück⁸ – allein in der 20. Legislaturperiode wurde mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz⁹ die weitreichendste Änderung aufenthalts- und asylrechtlicher Strafvorschriften seit über 30 Jahren vorgenommen.¹⁰

Eben dies, also der Einsatz des Strafrechts als Mittel zur Steuerung, Kontrolle und Begrenzung von Migration, bildet den Gegenstand dieser Untersuchung. Anders als der selbstverständliche Rückgriff des Gesetzgebers auf das Strafrecht und die überwiegend affirmative Kommentierung der entsprechenden Strafvorschriften in der Literatur¹¹ suggerieren, wirft die Strafbewehrung des Migrationsvorgangs nämlich erhebliche Probleme strafrechtsimmanenter, aber auch verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Natur auf, die bislang allenfalls bereichsspezifisch thematisiert worden sind. So stellt sich die Frage, welche Rechtsgüter die entsprechenden Strafvorschriften schützen und ob sich die einzelnen Tatbestände unter diesem Gesichtspunkt legitimieren lassen, ob sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Strafvorschriften hinsichtlich Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit gerecht werden und ob sie mit dem Unions- und Völkerrecht in Einklang zu bringen sind, insbesondere im Blick auf die Kriminalisierung humanitärer Unterstützungshandlungen zugunsten von Flüchtlingen und Papierlosen. Daneben wirft die ausgeprägte Verwaltungs- und Unionsrechtsakzessorietät der Straftatbestände zahlreiche Auslegungsfragen auf.

6 Vgl. zur Entwicklung der Diskussion in der Bundesrepublik unten A. I.

7 Vgl. Die Bundesregierung, Migration auf allen Ebenen ordnen und steuern v. 13. Februar 2025, abrufbar unter: <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/schwerpunkte-der-bundesregierung/migration-ordnen-und-steuern-2231258>>; CDU, Illegale Migration stoppen, Grenzen wirksam kontrollieren. Wahlprogramm 2025, abrufbar unter: <<https://www.cdu.de/themen/migration/>>; SPD, Beschluss des SPD-Parteivorstands am 27. Januar 2025, abrufbar unter: <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Beschlusse/Parteispitze/PV_2025/20250127_PV_Beschluss_Sicherheit.pdf>; Grüne, Wort statt Wortbruch. Zehn Punkte Plan für eine bessere Sicherheit, Punkt 7, ursprünglich abrufbar unter: <<https://www.gruene.de/artikel/wort-statt-wortbruch>>, zwischenzeitlich gelöscht und nunmehr abrufbar unter: <<https://web.archive.org/web/20250204153502/https://www.gruene.de/artikel/wort-statt-wortbruch>>; Freie Demokraten, Migrationspolitik endlich in den Griff bekommen v. 31. Januar 2025, abrufbar unter: <<https://www.fdp.de/migrationspolitik-endlich-den-griff-bekommen>>.

8 In einer internationalen Perspektive vgl. *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 52 f.; *Spena*, *Criminal Law and Philosophy* 2014, 635, 636.

9 BGBl. 2024 I Nr. 54.

10 Vgl. unten A. II. 6. i); vgl. für den Befund auch *Singelstein/Kunz*, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2021, § 23 Rn. 64.

11 Vgl. nur MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, §§ 95 ff. AufenthG; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, §§ 95 ff. AufenthG; *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, §§ 95 ff. AufenthG; teilweise differenzierend *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996; *Cannawurf*, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, 2007; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), *BeckOK-Ausländerrecht*, 46. Edn. 2024, §§ 95 ff. AufenthG; tendenziell kritisch dagegen *Trinh*, *Die Strafbarkeit der Fluchthilfe*, 2021.

Diesen und weiteren Problemen wird im Folgenden nachgespürt. Das Ziel der Untersuchung ist es, das „Migrationsstrafrecht“ unter Einbeziehung seiner verwaltungs-, verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Grundlagen zu fundieren und kritisch zu reflektieren. Auf dieser Grundlage wird zugleich ein Regelungsvorschlag entwickelt, der eine rechtsgutsorientierte, verfassungs-, unions- und völkerrechtskonforme Neujustierung ermöglicht. Ausgeklammert bleibt dabei die strafrechtsphilosophische Vorfrage nach der Legitimation der Erstreckung von Strafvorschriften auf Nicht-Bürger, die sich im Bereich des Strafrechts grundsätzlich stellt und an dieser Stelle nicht vertieft werden kann.¹²

Die Beschäftigung mit dem Migrationsstrafrecht lohnt dabei nicht nur aus einer strafrechtswissenschaftlichen Perspektive. Ein Beitrag zu seiner weiteren dogmatischen Durchdringung ist auch im Blick auf die Praxisrelevanz der Vorschriften sinnvoll. Die statistische Erhebung von Verstößen gegen migrationsstrafrechtliche Tatbestände erfolgt zwar grobmaschig und überwiegend nur nach den jeweiligen Gesetzesparagrafen ohne weitere Differenzierung. Gleichwohl lässt sich feststellen, dass die Tatbestände des Aufenthalts- und Asylgesetzes einen substanziellen Anteil an der Gesamtzahl polizeilich registrierter Straftaten haben. So weist die Polizeiliche Kriminalstatistik für 2024 insgesamt 287.339 „Straftaten bzgl. Aufenthalt, Asyl, Freizügigkeit“ auf,¹³ bei einer Gesamtzahl von 5.837.445 registrierten Fällen.¹⁴ Der Anteil entsprechender Delikte an der Gesamtstatistik liegt damit bei immerhin 4,9 % der gesamten polizeilich registrierten Kriminalität.¹⁵ Die Aufklärungsquote wird – in Anbetracht des Charakters dieser Delikte als Kontrolldelikte, deren Entdeckung maßgeblich von polizeilichen Kontrollen abhängig ist,¹⁶ wenig verwunderlich – mit 98,2 % angegeben;¹⁷ dementsprechend hoch ist der Anteil der tatsächlich zu bearbeitenden Fälle im Bereich der Staatsanwaltschaften. Mit der Einführung und Intensivierung von temporären Grenzkontrollen, wie sie im Sommer 2024 beschlossen worden sind, dürfte die Zahl der polizeilich erfassten Taten noch steigen.¹⁸

12 Spezifisch im Kontext des Migrationsstrafrechts aber Zedner, in: Franko Aas/Bosworth (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 40, 45 ff.; aus straftheoretischer Perspektive Werkmeister, in: Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 198 ff., der aufzeigt, dass sich das Migrationsstrafrecht auch straftheoretisch nur bedingt legitimieren lässt.

13 Polizeiliche Kriminalstatistik 2024, Grundtabelle – Fälle (V1.0), Zeile 940, Schlüssel 725000, Spalte 3.

14 Polizeiliche Kriminalstatistik 2024, Grundtabelle – Fälle (V1.0), Zeile 9, Spalte 3.

15 Polizeiliche Kriminalstatistik 2024, Grundtabelle – Fälle (V1.0), Zeile 940, Schlüssel 725000, Spalte 4.

16 Vgl. Neubacher, *Kriminologie*, 4. Aufl. 2020, Kap. 3 Rn. 14; Singelstein/Kunz, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2021, § 19 Rn. 19.

17 Polizeiliche Kriminalstatistik 2024, Grundtabelle – Fälle (V1.0), Zeile 940, Schlüssel 725000, Spalte 15.

18 Vgl. tagesschau.de v. 12. Februar 2025, Grenzkontrollen werden bis September verlängert, abrufbar unter: <<https://www.tagesschau.de/inland/grenzkontrollen-verlaengerung-108.html>>. Dass die Strafverfolgungsstatistik für 2024, die allerdings der Polizeilichen Kriminalstatistik nachzieht, lediglich 9.645 Verurteilungen nach dem Aufenthaltsgesetz bei einer Gesamtzahl von 632.115 Verurteilungen und damit einen Anteil von 1,55 % ausweist (Statistisches Bundesamt, Tabelle 24311-0002: Verurteilte: Deutschland, Jahre, Nationalität, Geschlecht, Altersgruppen, Art der Straftat), widerlegt die Praxisrelevanz nicht. Diese Diskrepanz erklärt sich im Blick darauf, dass es sich überwiegend um Straftaten handelt, die der leichten

Daneben stellt aber auch die Bedeutung einer Verurteilung für die Betroffenen einen Anlass dar, sich näher mit diesen Strafvorschriften zu befassen. Aufgrund des engen Zusammenspiels zwischen einer strafrechtlichen Verurteilung und der Begründung eines Ausweisungsinteresses nach § 54 AufenthG kann nämlich insbesondere die Verurteilung wegen Einschleusens von Ausländern (§ 96 AufenthG) schwerwiegende aufenthaltsrechtliche Konsequenzen zur Folge haben, namentlich die Ausweisung eines Ausländers aus dem Bundesgebiet.¹⁹

Damit ist bereits angedeutet, dass der Gegenstand dieser Untersuchung nur einen Ausschnitt eines deutlich komplexeren Themenfeldes – das sich mit dem Oberbegriff *Migration und Strafrecht* zusammenfassen lässt – bildet. Während sich die vorliegende Arbeit aus einer primär strafrechtswissenschaftlichen Perspektive mit den Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts als sogenanntem Nebenstrafrecht befasst, stellt sich angesichts des Befundes, dass die deutsche Gesellschaft inzwischen eine Migrationsgesellschaft ist,²⁰ mit zunehmender Dringlichkeit auch die Frage danach, wie sich die zunehmende Diversität der deutschen Gesellschaft auf das Strafrecht auswirken kann und muss. Die deutsche Strafrechtswissenschaft hat sich mit diesen Fragen bisher eher punktuell und schwerpunktmäßig unter dem Gesichtspunkt der Bedeutung „fremdkultureller“ Prägungen von Beschuldigten für die Auslegung von Strafvorschriften auseinandergesetzt, also vor allem einen potenziellen Konflikt zwischen den Werte- und Normensystemen der Mehrheitsgesellschaft einerseits und der „Migranten“ andererseits betont.²¹ Integrative Perspektiven, die Strafgesetzgebung und -anwendung im Lichte veränderter gesellschaftlicher Realitäten betrachten, bilden bislang eher die Ausnahme. Aber auch die Verschränkung von straf- und aufenthaltsrechtlicher Reaktion auf Normverstöße bedarf vor diesem Hintergrund einer vertieften Auseinandersetzung. Galt es lange Zeit als selbstverständlich, dass sich Ausländer in Wahrnehmung eines „Gastrechts“ in Deutschland aufhalten und

Kriminalität zugeordnet werden (§ 95 Abs. 1 AufenthG und § 85 Abs. 1 AsylG drohen jeweils Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe an). Dementsprechend werden zahlreiche Fälle bereits nach den Opportunitätsvorschriften der §§ 153, 153a StPO durch die Staatsanwaltschaft eingestellt. Ein ähnliches Bild zeigt sich hinsichtlich der Sanktionierungspraxis. Lediglich in 12,42 % (1.190 Fälle) der Verurteilungen nach dem Aufenthaltsgesetz wurde eine Freiheitsstrafe verhängt, wobei wiederum in 64,62 % der Fälle (769 Fälle) eine Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung erfolgte (Statistisches Bundesamt, Statistischer Bericht Strafverfolgung 2024, EVAS-Nummer 2431I, 21. November 2025, Tabelle 2431I–13: Verurteilte in Deutschland mit Hauptstrafe nach allgemeinem Strafrecht nach Dauer der Freiheitsstrafe – Langfassung, Zeile 1354). Hinzu dürfte kommen, dass in zahlreichen Fällen im Ergebnis kein strafbares Verhalten vorliegt, da zugunsten einreisender Schutzsuchender im Ergebnis Art. 31 Abs. 1 GFK eingreift. Nach dem Asylgesetz fielen nur 80 Verurteilungen an, davon keine zu einer Freiheitsstrafe (Statistisches Bundesamt, Statistischer Bericht Strafverfolgung 2024, EVAS-Nummer 2431I, 21. November 2025, Tabelle 2431I–13: Verurteilte in Deutschland mit Hauptstrafe nach allgemeinem Strafrecht nach Dauer der Freiheitsstrafe – Langfassung, Zeile 1588).

19 Vgl. § 54 Abs. 1 Nr. 1c, Abs. 2 Nr. 3 AufenthG. Näher unten F. II.

20 Zu den Entwicklungen näher unten A. I.

21 Vgl. beispielhaft *Hilgendorf*, JZ 2009, 139, 144; *Hörnle*, NJW-Beilage 2014, 34 ff.; *Valerius*, Kultur und Strafrecht, 2011, zusef. 382 ff.

bei Verstößen gegen die deutschen Rechtsnormen nicht länger in den Genuss eben dieses Gastrechts kommen sollten und deshalb ausgewiesen wurden,²² ist angesichts des konstant hohen Anteils ausländischer Staatsangehöriger an der inländischen Wohnbevölkerung seit den 1960er Jahren zu hinterfragen, ob eine moderne Einwanderungsgesellschaft ihrer eigenen Verantwortung für deviantes Verhalten hinreichend gerecht wird, wenn sie – auch gegenüber langfristig in Deutschland lebenden Menschen – neben der strafrechtlichen Reaktion zusätzlich auf das Exklusionsinstrument der Ausweisung zurückgreift. In der Diskussion um das Ausweisungsrecht dominiert dabei nach wie vor der Gedanke, dass letztlich die Staatsangehörigkeit darüber entscheidet, welcher Gesellschaft ein Individuum *rechtlich* zugeordnet wird, während die Realität der deutschen Migrationsgesellschaft deutlich komplexer ist.

Diese an das Thema der Untersuchung angrenzenden, sich teilweise mit diesem überschneidenden, Aspekte sind Gegenstand weiterer laufender Forschungsprojekte, unter anderem auch des *Verfassers*. Sie werden im Rahmen dieser Untersuchung nur punktuell aufgegriffen. Gleiches gilt für den zunehmend auch in Deutschland geführten *Crimmigration*-Diskurs, der sich aus einer kriminologisch-sozialwissenschaftlichen Perspektive mit der Kriminalisierung und Versicherheitlichung von Migration sowie der Verschmelzung von Migrations- und Strafrecht auseinandersetzt.²³ Aufgrund der Komplexität der Rechtsmaterie, die eng mit dem Verwaltungs-, Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht verzahnt ist und zudem zahlreiche Fragen des allgemeinen Strafrechts aufwirft, stellt bereits die systematische Erfassung der relevanten Regelungen und ihres Zusammenspiels eine Herausforderung dar, auf die sich die vorliegende Untersuchung konzentriert. Sie leistet damit zugleich einen Beitrag dazu, den normativen Rahmen, auf den sich die weiterführenden Diskurse beziehen, auszuleuchten, und soll auf diese Weise zur wissenschaftlichen Erschließung des Gesamtthemas beitragen.

II. Begrifflichkeiten

Einige der im Rahmen dieser Untersuchung verwandten Begriffe sind nicht selbsterklärend oder bedürfen einer Abgrenzung. Um das Verständnis der weiteren Ausführungen zu erleichtern, werden sie daher vorab erläutert.

1. Migrationsstrafrecht

Als Oberbegriff für die Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes, Asylgesetzes und Freizügigkeitsgesetzes/EU wird oftmals auf den Terminus „Ausländerstrafrecht“ zu-

²² Siehe dazu auch unten A. II.

²³ Dazu aber unten F. II.

rückgegriffen.²⁴ Dieser Begriff lässt sich historisch erklären: Das Ausländergesetz, das bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes vom 30. Juli 2004²⁵ galt, enthielt ursprünglich (bis 1982) sämtliche relevante Strafvorschriften gebündelt in einem Gesetz, sodass der Begriff des Ausländerstrafrechts geeignet war, den gesetzlichen Bezugspunkt zu verdeutlichen. Zudem wird durch die Bezugnahme auf „Ausländer“ verdeutlicht, dass zahlreiche Delikte nur von Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit verwirklicht werden können.

Im Rahmen dieser Untersuchung wird demgegenüber – in Anlehnung an die Untersuchung zum „Migrationsverwaltungsrecht“ von *Thym*²⁶ – auf den titelgebenden Begriff des *Migrationsstrafrechts* zurückgegriffen, der in dieser Form – soweit ersichtlich – erstmals von *Werkmeister*²⁷ eingeführt und konturiert worden ist. Der Begriff „Migrationsstrafrecht“ erfasst nach dem dieser Untersuchung zugrundeliegenden Verständnis zunächst sämtliche Strafvorschriften, die im Zusammenhang mit dem Migrationsvorgang stehen, beginnend mit der Beantragung eines Aufenthaltstitels oder Visums im Herkunftsstaat über die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet, einschließlich eines möglichen Asylverfahrens, bis hin zum endgültigen Abschluss des Migrationsvorgangs durch Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit oder die Aufenthaltsbeendigung.²⁸ Das *Migrationsstrafrecht* setzt sich also im Kern aus den auf die Sachgebiete des *Migrationsrechts* bezogenen Strafvorschriften zusammen.²⁹ Die im Rahmen dieser Untersuchung näher betrachteten Strafvorschriften verteilen sich dabei zwar auf nur wenige Paragraphen des Aufenthalts-, Freizügigkeits-, Asyl- und Staatsangehörigkeitsgesetzes. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese wenigen Normen insgesamt mehr als dreißig Straftatbestände enthalten und damit ein vergleichsweise komplexes, eigenständiges Subgebiet des Strafrechts konstituieren, sodass die Verwendung eines Kategorienbegriffs angemessen erscheint.³⁰

Die von der etablierten Begriffsverwendung abweichende Terminologie hat dabei den Vorteil, dass sich der insoweit neutrale Begriff des *Migrationsstrafrechts* von

24 Vgl. nur *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012; *Mosbacher*, Ausländerstrafrecht, 2026 (im Erscheinen).

25 BGBl. 2004 I, S. 1950.

26 *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010.

27 *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 187, 188 f.

28 Der Begriff fokussiert daher eher auf den Prozess der Migration und weniger auf den Status des Migranten, vgl. dazu *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 11.

29 Das Migrationsrecht bildet seinerseits den Oberbegriff für unterschiedliche Regelungskomplexe, die sich mit der Steuerung und Kontrolle von Zuwanderung, dem Aufenthaltsrecht und seinen Voraussetzungen, dem Asyl- und Flüchtlingsrecht und dem Verfahren für dessen Anerkennung und Gewährung sowie dem Einbürgerungs- und Staatsangehörigkeitsrecht, aber auch dem Recht der Aufenthaltsbeendigung (durch Ausweisung und/oder Abschiebung) befassen, vgl. *Dörig*, in: *Dörig* (Hrsg.), Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2. Aufl. 2020, Einl. Rn. 1; *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 8 ff.

30 Ausgeklammert bleiben Besonderheiten im Strafverfahrensrecht, die mit der „Ausländereigenschaft“ eines Beschuldigten zusammenhängen, wie etwa Fragen der Verdolmetschung und notwendigen Übersetzungen, dazu GK-AufenthG/*Bernhöft*, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 43 ff.

der Fokussierung auf den „Ausländer“ als Täter löst und stattdessen das unter Strafe gestellte *Verhalten* in den Mittelpunkt rückt.³¹ Sie ist daher schon im Ausgangspunkt besser geeignet, den eigentlichen Zweck der Strafvorschriften zu beschreiben: Strafbewehrt ist nicht das Ausländer-sein, sondern vielmehr der Verstoß gegen migrations(verwaltungs)rechtliche Regelungen. Darüber hinaus suggeriert der Begriff des Ausländerstrafrechts einen ausschließlichen Sonderdeliktscharakter der Strafvorschriften, welchen diese jedoch nicht aufweisen. So sind zentrale Delikte gerade *nicht* als Sonderdelikte ausgestaltet und können daher auch von Deutschen täterschaftlich verwirklicht werden, insbesondere das Erschleichen von Aufenthaltstiteln und Duldungen (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG), das Einschleusen von Ausländern (§§ 96, 97 AufenthG) und die Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung (§§ 84, 84a AsylG).³² Diese Tatbestände prägen seit geraumer Zeit die kriminalpolitische Diskussion und stehen auch im Mittelpunkt der dogmatischen Analyse.³³ Der Begriff des Migrationsstrafrechts ist aufgrund seiner Orientierung am Sammelbegriff „Migrationsrecht“ („migration law“) schließlich auch im internationalen Diskurs anschlussfähig,³⁴ der sich mit der „criminalisation of migration“ befasst.³⁵

Aus dem Begriff des Migrationsstrafrechts ausgeklammert bleiben Bußgeldtatbestände, von denen das Migrationsrecht gleichfalls zahlreiche enthält. Im Blick auf das mit einem Strafausspruch verbundene Ausmaß des sozioethischen Unwerturteils unterscheiden sich Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht grundsätzlich.³⁶ Aber auch hinsichtlich der Eingriffsintensität und -richtung³⁷ der Sanktionen und möglichen migrationsverwaltungsrechtlichen Konsequenzen (insbesondere: Ausweisung, §§ 53 ff. AufenthG, aber auch Ausschluss der Einbürgerung, §§ 8 Abs. 1 Nr. 2, 10 Abs. 1 Nr. 5 StAG, oder der Erteilung eines Aufenthaltstitels, § 5 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 54 AufenthG) sind die Strafvorschriften mit den Bußgeldtatbeständen nicht vergleichbar. Auch deshalb bleibt die folgende Betrachtung trotz der unverkennbaren

31 Vgl. *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 189.

32 Dazu näher unten E. I. 1. und 2.

33 Vgl. nur die Monografien von *Cantzler*, *Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit*, 2004, *Schott*, *Einschleusen von Ausländern*, 2. Aufl. 2011, und *Trinh*, *Die Strafbarkeit der Fluchthilfe*, 2021, sowie *Trietz*, *Illegale Grenzübertritte und Schleuserkriminalität an der deutsch-polnischen Grenze – Eine juristische und kriminologische Analyse vor dem Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union*, 2007, die sich jeweils eingehend mit dem Einschleusen von Ausländern befassen.

34 Zu diesem Aspekt auch *Thym*, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 12.

35 Vgl. statt vieler *Mitsilegas*, in: *Guia/van der Woude/van der Leun* (Hrsg.), *Social Control and Justice*, 2013, 87 ff.; *Mitsilegas*, *The Criminalisation of Migration in Europe*, 2015, und *Rosina*, *The Criminalisation of Irregular Migration in Europe*, 2022, die bereits entsprechende Titel wählen.

36 Vgl. m.w.N. BVerfG NJW 2016, 3648, 3652; *Schuchmann*, *Das sozioethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild*, 2024, 72, 79 ff., 133. Eine gemischt qualitativ-quantitative Betrachtungsweise findet sich bei *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 132 f.; eingehend *Greco*, in: *Kretschmer/Zabel* (Hrsg.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, 2018, 175 ff.; gegen eine qualitative Differenzierung *Gärditz*, *ZfStW* 2025, 263, 269 m.w.N.; *Heghmanns*, *Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln*, 2000, 157.

37 Siehe *Greco*, in: *Kretschmer/Zabel* (Hrsg.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, 2018, 175, 201 ff. (Einschränkung der Fortbewegungsfreiheit durch drohende (Ersatz-)Freiheitsstrafe).

Nähe einzelner Bußgeldtatbestände zu korrespondierenden Strafvorschriften – § 98 Abs. 1 AufenthG bedroht etwa die fahrlässige Begehung einer Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AufenthG, die bei vorsätzlicher Begehung den entsprechenden Straftatbestand erfüllt, mit Bußgeld – im Wesentlichen auf die Strafvorschriften beschränkt.

2. Weitere Begriffsbestimmungen

a) Ausländer

Die beiden zentralen Gesetze des deutschen Migrationsrechts, das Aufenthaltsgesetz und das Asylgesetz, verwenden durchgängig den Begriff „Ausländer“ in Abgrenzung zu Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG (§ 2 Abs. 1 AufenthG). Dementsprechend greifen auch die Strafvorschriften zur Tatbestandsbeschreibung auf diesen Begriff zurück. Als Gesetzesbegriff wird er daher auch im Rahmen dieser Untersuchung an unterschiedlichen Stellen verwendet und ist insoweit im Sinne des § 2 Abs. 1 AufenthG zu verstehen. Damit ist keine Affirmation der gesetzlichen Terminologie verbunden, deren Differenzierung zwischen Deutschen und Ausländern der bundesrepublikanischen Lebensrealität, die durch einen substanziellen Anteil an Nicht-Deutschen an der dauerhaft im Inland lebenden Bevölkerung mitgeprägt ist, nur unzureichend gerecht wird.³⁸

b) Drittstaatsangehörige, Positiv- und Negativstaater

Der Begriff des Drittstaatsangehörigen findet im Aufenthaltsgesetz verschiedentlich Verwendung. Er ist auf das Recht der Europäischen Union zurückzuführen und bezeichnet Personen, die weder die deutsche Staatsangehörigkeit noch die Staatsangehörigkeit eines EU- oder EWR-Staates besitzen, wobei in zahlreichen Rechtsvorschriften Familienangehörige von Unionsbürgern, welche nicht selbst die Staatsangehörigkeit eines EU- oder EWR-Staates besitzen, aus dem Begriff des Drittstaatsangehörigen ausgeklammert werden.³⁹ Das Aufenthaltsgesetz findet grundsätzlich nur auf Drittstaatsangehörige Anwendung (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG), während für EU- und EWR-Bürger sowie ihre Familienangehörigen das Freizügigkeitsgesetz/EU spezielle Regelungen enthält (§ 1 Abs. 1 FreizügG/EU), die einen Rückgriff auf das Aufenthaltsgesetz nur nach Maßgabe des § 11 FreizügG/EU zulassen.

³⁸ Vgl. dazu *Neue deutsche Medienmacher*innen*, Glossar: Wörterverzeichnis der Neuen deutschen Medienmacher*innen, Eintrag „Ausländer“, abrufbar unter: <<https://glossar.neuemedienmacher.de/glossar/>>.

³⁹ Siehe etwa VO (EU) 2016/399 (Schengener Grenzkodex), Art. 3 Nr. 1 RL 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie).

Das Begriffspaar „Positiv- und Negativstaater“ bezieht sich auf die Einteilung von Drittstaaten nach der EU-Visum-Verordnung.⁴⁰ Nach Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 2018/1806 müssen Staatsangehörige von in Anhang I der Verordnung aufgeführten Staaten beim Überschreiten der Außengrenzen der EU-Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums sein (Negativstaater). Nach Art. 4 Abs. 1 VO (EU) 2018/1806 sind dagegen Staatsangehörige von Drittstaaten, die in Anhang II aufgeführt sind, für Kurzaufenthalte bis zu 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen von der Visumpflicht befreit (Positivstaater). Diese Unterscheidung hat für die Frage der Strafbarkeit wegen unerlaubter Einreise und unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG wesentliche Bedeutung.⁴¹

c) Asylbewerber und Flüchtlinge

Der Begriff des Asylbewerbers, des Asylsuchenden oder Asylantragstellers wird im Rahmen dieser Untersuchung verwendet, um Personen zu beschreiben, die um Asyl – also Schutz vor politischer Verfolgung – oder um die Gewährung internationalen oder subsidiären Schutzes nach §§ 3 und 4 AsylG im Sinne des § 13 Abs. 1 AsylG ersucht haben. Ab dem Gesuch handelt es sich um Asylsuchende, nach offizieller Antragstellung um Asylbewerber beziehungsweise Asylantragsteller. Der Begriff des Flüchtlings wird demgegenüber für Personen verwendet, die mit dem Ziel, Asyl zu beantragen, aus ihrem Heimatstaat aufgebrochen sind. Zudem wird er als Gesetzesbegriff im Sinne des Genfer Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge verwendet.

d) Papierlose

Der Begriff „Papierlose“ wird in dieser Untersuchung verwendet, um Personen zu beschreiben, die sich unerlaubt (ohne Pass oder Aufenthaltstitel) im Bundesgebiet aufhalten, ausreisepflichtig sind und keinen Duldungsanspruch haben. Gemeint sind damit Personen, deren Aufenthalt unter keinem Gesichtspunkt legalisiert ist und die sich deshalb in der Regel auch vor den Behörden verbergen. Der Begriff vermeidet stigmatisierende Bezeichnungen wie „Illegale“⁴² und umständliche Wortwendungen wie „unerlaubt Aufhältige“. Auf den Begriff des „irregulären Migranten“,

40 Verordnung (EU) 2018/1806 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind.

41 Im Einzelnen unten E. II. 1.

42 So bei Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, der vielfach von „illegalen Migranten“ oder „illegalen Einwanderern“ spricht; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 161 ff.

der vielfach in unions- und völkerrechtlichen Dokumenten Verwendung findet,⁴³ wird nicht zurückgegriffen, weil er suggeriert, die Migration erfolge „irregulär“, stelle also einen Rechtsverstoß dar. Insbesondere für Flüchtlinge trifft diese Charakterisierung nicht zu.⁴⁴

III. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in sechs Teile. Zunächst werden in Teil A. die tatsächlichen und rechtlichen Entwicklungslinien nachgezeichnet. Nach einem historischen Überblick über die Entwicklung des Migrationsgeschehens und die gesellschaftspolitische Debatte in der Bundesrepublik wird die Kriminalisierung von Migration von ihren Ursprüngen bis zur Gegenwart nachgezeichnet. Dabei zeigen sich gesetzgeberische Kontinuitäten und wiederkehrende Narrative. Teil B. der Untersuchung widmet sich sodann, nach einem systematisierenden Überblick über das geltende Migrationsstrafrecht, der Frage zu, ob sich dieses im Blick auf die geschützten Rechtsgüter straftheoretisch legitimieren lässt. Dabei wird das gestufte Schutzgutkonzept der herrschenden Meinung einem eigenen differenzierten Ansatz gegenübergestellt. Der engen Verflechtung des Migrationsstrafrechts mit dem Verwaltungs-, Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht trägt Teil C. Rechnung, in welchem die entsprechenden Bezüge im Zusammenhang erörtert werden. In diesem Rahmen wird insbesondere auf Pönalisierungspflichten und -verbote eingegangen, welche die weiteren Ausführungen maßgeblich beeinflussen. Ein übergreifendes Merkmal des Migrationsstrafrechts ist die Verwaltungsakzessorietät zahlreicher Strafvorschriften; sie wirft einige strafrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Fragen auf. Deshalb wird sie in Teil D. der Untersuchung gesondert behandelt. Eine eingehende Auseinandersetzung mit den einzelnen Strafvorschriften erfolgt sodann in Teil E. Die Strafvorschriften werden dargestellt und ihre Auslegung wird unter Bezugnahme auf die in der vorangegangenen Untersuchung herausgearbeiteten Grundsätze kritisch reflektiert. Ein besonderes Augenmerk liegt auf der Strafbarkeit der Teilnahme an Einreise- und Aufenthaltsdelikten, die auch in der wissenschaftlichen Diskussion sowie der Justizpraxis schwierige Abgrenzungsfragen aufwirft, etwa im Bereich des Kirchenasyls, der humanitären Unterstützung von Papierlosen oder der Unterstützung von Flüchtlingen bei der Einreise in die Bundesrepublik. Hier wird mit dem Konzept der normativen Sozialadäquanz ein eigener Ansatz herausgearbeitet, der verhältnismäßige, den Wertungen des Unions- und Völkerrechts entsprechende Auslegungsergebnisse ermöglicht. Einen weiteren Schwerpunkt dieses Teils bildet die Auseinandersetzung mit dem sogenannten „Schleusertatbestand“ des § 96 AufenthG. Eine kritische Würdigung des Gesamtkomplexes „Migrationsstrafrecht“

⁴³ Beispielhaft Council of Europe, Parliamentary Assembly Res. 1509 (2006), para. 7.

⁴⁴ Dazu zusammenfassend unten C. V.

schließt die Untersuchung ab (Teil F.). Die Ergebnisse der Untersuchung werden in einem synoptisch dargestellten und erläuterten Regelungsvorschlag zusammengefasst.