
Ergebnisse in Thesen

1. Das Migrationsstrafrecht umfasst sämtliche Strafvorschriften, die im Zusammenhang mit dem Migrationsvorgang stehen. Der Begriff bringt im Gegensatz zur überkommenen Bezeichnung des Teilrechtsgebiets als „Ausländerstrafrecht“ deutlicher zum Ausdruck, dass es sich nicht nur um Sonderdelikte handelt, die ausschließlich durch Ausländer begangen werden können, und zudem auch nicht der Ausländer als Täter im Fokus steht, sondern Verstöße gegen das Migrationsverwaltungsrecht. Des Weiteren ist die Fokussierung auf die Kriminalisierung von *Migration* im internationalen Diskurs anschlussfähig.
2. Migration ist *Normalität* und keine neue Erscheinung; dies gilt auch für außer-europäische Immigration. Migrationsbewegungen verlaufen dabei nicht gleichmäßig, begleiten die Bundesrepublik jedoch seit ihrer Entstehung und sind nicht ohne historisches Vorbild. Neben der Arbeitskräfteimmigration findet seit langem auch eine substantielle Fluchtimmigration in die Bundesrepublik statt.
3. Lange Zeit bildete das Ausweisungsrecht das zentrale migrationspolitische Steuerungsinstrument. Der Zugang zum Deutschen Reich war vergleichsweise niedrigschwellig möglich; eine Strafbarkeit der unerlaubten Einreise existierte nicht. Jedoch hatten Ausländer kein Aufenthaltsrecht und konnten somit jederzeit – nach polizeilichem Ermessen – ausgewiesen werden. Die Ausweisung oblag den Ländern (Landesverweisungen), nur im Ausnahmefall waren Reichsverweisungen vorgesehen.
4. Anfänge des modernen Migrationsstrafrechts lassen sich in der Passgesetzgebung der Weimarer Republik identifizieren, welche die Strafbarkeit der unerlaubten Einreise verstetigte. Das Migrationsstrafrecht moderner Prägung nahm 1938 mit der Ausländerpolizeiverordnung der Nationalsozialisten seinen Anfang, die ihr Vorbild in der Preußischen Ausländerpolizeiverordnung von 1932 hatte, welche freilich deutliche liberale Elemente enthielt. Das Ausweisungsrecht wurde durch die Nationalsozialisten schon 1934 zu einer Angelegenheit des Reiches; die Reichsverweisung ersetzte die Landesverweisung vollständig.
5. Die Ausländerpolizeiverordnung gilt als das erste „gesamtdeutsche“ Ausländergesetz. Sie war in ihrem Ausgangspunkt illiberal und stellte primär auf die „Würdigkeit“ des Ausländers ab. Dadurch eröffnete sie rassifizierenden und diskriminierenden Zuschreibungen Raum. Einen Rechtsanspruch auf Zugang und Aufenthalt gewährte sie nicht. Die Fortgeltung der Ausländerpolizeiverordnung nach 1945 verdeutlicht die Kontinuität der Ausländergesetzgebung. Die Ausländerpolizeiverordnung – und ihr Vorbild, die Preußische Ausländerpolizeiverordnung – bildeten die Anker für die Gestaltung des Ausländergesetzes 1965.
6. Das Ausländergesetz von 1965 galt seinerzeit als liberal und fortschrittlich, war jedoch durch erhebliche Ermessensspielräume für die Ausländerbehörden ge-

kennzeichnet. Einen Rechtsanspruch auf Aufenthalt gewährte auch das Ausländergesetz von 1965 nicht. In seiner Grundstruktur orientierte es sich weiterhin an der Ausländerpolizeiverordnung und der Preußischen Ausländerpolizeiverordnung. Die Strafvorschriften führten die Tatbestände des Passgesetzes und der Ausländerpolizeiverordnung zusammen.

7. In der Bundesrepublik kam es wiederholt zu Verschärfungen des Ausweisungs- und des Migrationsstrafrechts. Die bedeutsamste Änderung war die 1981 erfolgte Einführung des „Schleusertatbestandes“, der seither im Zentrum der migrationsstrafrechtspolitischen Debatten steht. Der Tatbestand ist in den letzten Jahrzehnten wiederholt verschärft und ausgeweitet worden. Im Übrigen wurden die Strafvorschriften im Bereich der Verstöße gegen Mitwirkungs- und Duldungspflichten sowie gegen Auflagen wiederholt verändert. Die zentralen Strafvorschriften (unerlaubte Einreise; unerlaubter Aufenthalt) sind jedoch seit langem Konstanten des deutschen Migrationsstrafrechts.
8. Die Tatbestände des geltenden Migrationsstrafrechts lassen sich in vier Gruppen systematisieren: Einreise- und Aufenthaltsdelikte, Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen, Falschangaben im Verwaltungsverfahren und Schleusungsdelikte.
9. Das gestufte Schutzgutkonzept der herrschenden Meinung ist nicht geeignet, das geltende Migrationsstrafrecht im Lichte der Rechtsgutstheorie zu legitimieren. Soweit es an die „Aufrechterhaltung und Stabilisierung ausländerrechtlicher Genehmigungsverfahren“ anknüpft, ist das Verfahren für sich betrachtet kein schützenswertes Rechtsgut. Soweit dahinterliegend weitere Schutzzwecke angeführt werden, verdeutlicht eine nähere Auseinandersetzung, dass diese überwiegend keine legitimen Rechtsgüter konstituieren.
10. Statt des gestuften Schutzgutkonzepts der herrschenden Meinung ist zwischen den einzelnen Tatbeständen zu differenzieren. Dabei zeigt sich, dass sich nur in Bezug auf einzelne Straftatbestände ein legitimes Rechtsgut bestimmen lässt und im Übrigen ein solches entweder nicht oder – wie bei den Schleusungsdelikten – nur unter Fokussierung des Tatbestandes auf tatsächlich rechtsgutsgefährdendes Verhalten identifiziert werden kann.
11. Das Migrationsstrafrecht ist eingebettet in migrationsverwaltungs-, verfassungs-, unions- und völkerrechtliche Vorgaben, deren Kenntnis unverzichtbar ist, um die Regelungen des Migrationsstrafrechts und ihre Auslegung nachvollziehen zu können.
12. Bei der Ausgestaltung des Migrationsstrafrechts ist der Gesetzgeber nicht vollkommen frei. Er ist zunächst durch unions- und völkerrechtliche Pönalisierungspflichten gebunden. Zudem muss auch die Rechtspraxis unions- und völkerrechtliche Vorgaben bei der Rechtsanwendung beachten.
13. Art. 33 Abs.1 GFK und Art.3 EMRK enthalten mit dem *Refoulement*-Verbot zwar keine Pflicht der Staaten, die Einreise von Flüchtlingen aktiv zu ermögli-

- chen. Bei Herstellung von Territorialkontakt steht ihnen aber ein wenigstens vorübergehendes Einreise- und Aufenthaltsrecht zur Statusbestimmung zu. Das europäische Asylrecht (Art. 18 EuGrCh i.V.m. Art. 6 und 9 RL 2013/32/EU) schließt in einer Zusammenschau mit der Dublin-III-Verordnung eine Zurückweisung an der Grenze gleichfalls aus.
14. Art. 31 Abs. 1 GFK bewirkt eine Rechtfertigung von Flüchtlingen sowohl hinsichtlich einer unerlaubten Einreise als auch hinsichtlich eines unerlaubten Aufenthalts. Auch die Begehung zur Schutzerlangung erforderlicher Begleitdelikte wird von Art. 31 Abs. 1 GFK erfasst.
 15. Die Rückführungsrichtlinie führt in ihrem Anwendungsbereich zwar nicht zu einem vollständigen Entfallen der Strafbarkeit, steht jedoch der Verhängung einer (Ersatz-)Freiheitsstrafe entgegen. Sie kann zudem prozessuale Reaktionen seitens der Staatsanwaltschaft und des Gerichts erfordern, etwa durch Einstellung des Strafverfahrens.
 16. Eine Zusammenschau der Regelungen der EU-Grundrechte-Charta, der Genfer Flüchtlingskonvention und der Europäischen Menschenrechtskonvention offenbart, dass nicht nur Flüchtlinge selbst straffrei zu stellen sind. Auch eine Bestrafung humanitärer Hilfe zugunsten von Schutzsuchenden lässt sich mit diesen Regelungen nicht vereinbaren.
 17. Das Migrationsstrafrecht in Deutschland ist verwaltungs(rechts)akzessorisches, unionsrechtlich überformtes und durch das Völkerrecht beeinflusstes Sonderstrafrecht. Dementsprechend ist es in seiner Ausgestaltung komplex und voraussetzungsvoll.
 18. Im Blick auf die Reichweite der Akzessorietät ist im Ausgangspunkt von einer strengen Verwaltungsaktsakzessorietät auszugehen. Diese wird aber da relativiert, wo verfassungsrechtliche Wertungen, insbesondere das Übermaßverbot, dies gebieten. Davon ist ein wesentlicher Teil des Migrationsstrafrechts betroffen, namentlich die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts. Insoweit können rechtswidrige Verwaltungsakte nicht Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit des betroffenen Ausländers sein. Spiegelbildlich dazu genügt in Fällen, in denen ein Aufenthaltstitel beziehungsweise dessen Verlängerung im Inland ordnungsgemäß beantragt, aber rechtswidrig verweigert worden ist, bereits die Genehmigungsfähigkeit, um die Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts entfallen zu lassen.
 19. Die derzeitige Gestaltung der migrationsstrafrechtlichen Tatbestände wird dem herkömmlichen Verständnis des Bestimmtheitsgrundsatzes überwiegend noch gerecht. Allerdings ist den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG bei der Auslegung der Strafvorschriften in besonderem Maße Rechnung zu tragen.
 20. Eine Betrachtung der Strafvorschriften von Aufenthaltsgesetz, Freizügigkeitsgesetz/EU, Asylgesetz und Staatsangehörigkeitsgesetz verdeutlicht, dass der Migrationsvorgang in weiten Teilen durch strafbewehrte Ge- und Verbotsnor-

- men flankiert wird. In einem umfassenden Sinne strafbewehrt sind nach § 95 AufenthG die unerlaubte Einreise und der unerlaubte Aufenthalt sowie die Teilnahme daran. Die Tatbestände erfassen dabei zunächst einmal jeden, der formal unerlaubt einreist oder sich formal unerlaubt im Bundesgebiet aufhält, was wiederum streng verwaltungsakzessorisch zu bestimmen ist.
21. Ob eine einreisende Person Flüchtlingsschutz begehrt, ist für die Tatbestandsmäßigkeit ohne Belang. Nach der herrschenden Meinung sollen Einreise und Aufenthalt von Flüchtlingen rechtswidrig und schuldhaft sein und erst ein persönlicher Strafaufhebungsgrund (§ 95 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 GFK) soll zur Straflosigkeit führen. Dies hat zur Konsequenz, dass auch eine Unterstützung von Flüchtlingen zu einer Strafbarkeit wegen Teilnahme an der unerlaubten Einreise beziehungsweise dem unerlaubten Aufenthalt oder gar wegen Einschleusens von Ausländern führen kann. Auch die Unterstützung papierloser Personen ist als Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt umfassend kriminalisiert.
 22. Der Tatbestand des Einschleusens von Ausländern ist dabei auch dann erfüllt, wenn die Unterstützung aus humanitären Gründen erfolgt. Die Kriminalisierung auch humanitärer Unterstützung gerät freilich mit dem Übermaßverbot in Konflikt und steht auch im Widerspruch zu unions- und völkerrechtlichen Wertungen. Deshalb bedarf es einer einschränkenden Auslegung unter Rückgriff auf das Kriterium der „normativen Sozialadäquanz“. Mithilfe dieses Kriteriums gelingt es, Verhalten, das nicht sozialschädlich ist, weil es sich in mitmenschlicher Solidarität erschöpft, aus dem Bereich des Strafbaren auszufiltern und damit die aus der Weite der Tatbestände resultierende übermäßige Pönalisierung einzuhegen.
 23. Festzustellen ist, dass Verwaltungsverstöße von Ausländern vielfach strafbares Unrecht konstituieren, während vergleichbare Verhaltensweisen für Deutsche allenfalls einen Bußgeldtatbestand verwirklichen. Dabei wird insbesondere im Blick auf Asylbewerber die Lebensführung kleinteilig und unter Strafandrohung reguliert, etwa durch Vorgabe des Wohn- und Aufenthaltsorts, räumliche Beschränkungen und Arbeitsverbote. Bemerkenswert ist zudem, dass mit § 95 Abs. 1 Nrn. 6a bis 6c AufenthG der Nukleus eines „Gefährderstrafrechts“ geschaffen wurde, das Zuwiderhandlungen gegen Überwachungsmaßnahmen nach § 56 AufenthG („Überwachung ausreisepflichtiger Ausländer aus Gründen der inneren Sicherheit“) unter Strafe stellt. Die Strafdrohung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr ist zwar vergleichsweise moderat; gleichwohl verschmelzen hier Gefahrenabwehrrecht und Strafrecht in besonders eindrücklicher Weise miteinander.
 24. Zu beobachten ist eine zunehmende Kriminalisierung unrichtiger oder unvollständiger Angaben im Verwaltungsverfahren. Erst jüngst hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 85 Abs. 2 AsylG zum Ausdruck gebracht, dass er

den Schutz der Integrität des migrationsverwaltungsrechtlichen Verfahrens mit besonderer Vehemenz sicherstellen will; der materiellen Richtigkeit von Aufenthaltstiteln, Duldungen und Entscheidungen im Asylverfahren wird zentrale Bedeutung beigemessen. Dabei gerät der Gesetzgeber jedoch in die Gefahr, über das Maß des verfassungsrechtlich noch Vertretbaren, von seinem Einschätzungsspielraum Gedeckten hinauszugehen, insbesondere im Blick auf die Selbstbelastungsfreiheit des Betroffenen. Strafprozessuale Verwertungsverbote können dabei nur bis zu einem gewissen Grad als Korrektiv wirken.

25. Insgesamt hat der Gesetzgeber im Bereich des Migrationsstrafrechts die Grenzen seines Gestaltungsspielraums inzwischen weitgehend ausgeschöpft. Es ergeben sich Friktionen mit dem Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht. Eine verfassungs-, unions- und völkerrechtskonforme Ausgestaltung des Migrationsstrafrechts, das zugleich den Anforderungen der strafrechtlichen Rechtsgutslehre genügt, ist jedoch möglich und sollte auch im Blick auf die nachteiligen Wirkungen der Kriminalisierung von Migration (insbesondere die Gefahr rassifizierender Kontroll- und Polizierungspraktiken, das problematische Framing von Fluchtmigration als „irreguläre“ Migration und die gesellschaftliche Exklusion insbesondere papierloser Personen) *de lege ferenda* erfolgen. Echte Schleuserkriminalität kann dabei weiterhin streng verfolgt werden, ohne die erheblichen Kollateralschäden einer ausgreifenden Kriminalisierung humanitärer Hilfe in Kauf nehmen zu müssen.

