

Neue Schriften zum Strafrecht

Aziz Epik

igrationsstrafrecht

Entwicklung, Grundlagen, Kritik



Nomos

Neue Schriften zum Strafrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Beatrice Brunhöber

Prof. Dr. Gunnar Duttge

Prof. Dr. Karsten Gaede

Prof. Dr. Katrin Höffler

Prof. Dr. Johannes Kaspar

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser

Prof. Dr. Hans Kudlich

Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli

Prof. Dr. Henning Radtke

Prof. Dr. Dr. h.c. Frank Saliger

Prof. Dr. Helmut Satzger

Prof. Dr. Brigitte Tag

Prof. Dr. Till Zimmermann

Band 25

Aziz Epik

Migrationsstrafrecht

Entwicklung, Grundlagen, Kritik



Nomos

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) –
Projektnummer: 588966831

Veröffentlicht mit Unterstützung der Hamburgischen Wissenschaftlichen Stiftung.

Hamburgische
Wissenschaftliche
Stiftung | 

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2026

© Aziz Epik

Publiziert von

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-4370-5

ISBN (ePDF): 978-3-7489-7326-3

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748973263>



Onlineversion
Inlibra



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung
4.0 International Lizenz.

Für
Anneanne
**4.12.1940 Istanbul*
†7.1.2021 Berlin

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung basiert auf meiner Habilitationsschrift, die der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im SoSe 2025 vorgelegen hat. Zwischen ihrer Einreichung und der Erstellung der Druckfassung haben sich einige Entwicklungen ergeben. Insbesondere die beschlossene Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, die jedoch noch national umgesetzt werden muss und erst im Sommer 2026 vollständig in Kraft treten wird, sowie die Beratungen zur Reform des sogenannten Facilitators Packages haben es erforderlich gemacht, die rechtlichen Ausführungen teilweise parallel zu führen, um die zum Zeitpunkt der Abfassung noch geltende und kurz nach Erscheinen wahrscheinlich bereits geltende Rechtslage berücksichtigen zu können. Damit verbunden ist die Hoffnung, dass die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung auch künftig Bestand haben können. Zudem wurde die Druckfassung um einige Überlegungen erweitert, die ich im Rahmen meines von der *Alexander von Humboldt-Stiftung* geförderten Forschungsaufenthalts an der Universität Mailand (La Statale) entwickeln konnte.

Eine monografische Behandlung des Migrationsstrafrechts birgt die Herausforderung, dass einerseits kleinteilige migrationsverwaltungs-, verfassungs-, unions- und völkerrechtliche (Vor-)Fragen zu klären sind, andererseits aber auch zahlreiche – teils eigene Monografien füllende – dogmatische Fragen des allgemeinen Strafrechts adressiert werden müssen. Dieser Spagat ist Herausforderung und Chance zugleich, kann er doch Migrationsrechtswissenschaft und Strafrechtswissenschaft in einen fruchtbaren Austausch bringen, der angesichts der hohen praktischen Relevanz der Thematik und der zunehmenden Verschränkung von Migrationsverwaltungs- und Strafrecht dringend geboten ist.

Der vorliegenden Schrift liegt eine mehrjährige gedankliche Vorbereitung zugrunde, die teilweise bis in meine Studienzeiten zurückreicht. Den Anstoß, das Thema monografisch zu bearbeiten, verdanke ich aber meiner Ehefrau, die mich dazu motiviert hat, meine langjährige Zurückhaltung gegenüber einer strafrechtswissenschaftlichen Befassung mit der Thematik aufzugeben. Entscheidend war dabei auch, dass trotz langjähriger rechtspolitischer Debatten noch keine umfassende Untersuchung dieses praxisrelevanten und zugleich besonders vulnerable Gruppen betreffenden Bereichs des („Neben“-)Strafrechts erfolgt war.

Auf dem Weg zur Publikation dieser Schrift haben mich zahlreiche Personen begleitet und unterstützt, deren Beitrag sich in wenigen Zeilen nicht angemessen würdigen lässt. Mein Dank gilt meinem akademischen Lehrer *Florian Jeßberger*, der nicht nur dieses Projekt von Beginn an wohlwollend begleitet, sondern mich bereits seit Studentagen kontinuierlich gefördert und unterstützt hat. Meinem Doktorvater und langjährigen Mentor *Gerhard Werle* danke ich für seine Motivation, den Weg

der Wissenschaft zu verfolgen, und seine langjährige Begleitung und Unterstützung meines wissenschaftlichen Werdegangs. *Katrin Höffler* bin ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie ihre wertvollen Anmerkungen zum Manuskript zu Dank verpflichtet.

Meine Hamburger Kolleginnen und Kollegen haben mir die nötigen Frei- und Denkräume während der Hochphase der Arbeiten an der Habilitationsschrift verschafft. *Milan Kuhli* hat zudem in so manch spontan initiiertem Gedankenaustausch zur Schärfung zentraler dogmatischer Überlegungen beigetragen. *Julia Geneuss, Nina Perkowski, Anneke Petzsche, Nella Sayatz, Valentin Schatz, Mareike Schmidt, Inga Schuchmann, Leonie Steinl* und *Andreas Werkmeister* danke ich für den kollektiven und freundschaftlichen Austausch über all die Jahre hinweg.

Bei der Erstellung der Druckfassung haben mich meine Mitarbeiterinnen *Anna-Julia Egger* und *Paula Eckelt* in herausragender Weise unterstützt. Insbesondere die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts durch *Anna-Julia Egger* ist hervorzuheben. Tatkräftige Unterstützung bei der Schlussredaktion verdanke ich darüber hinaus *Pietje Block* und *Demet Demir*.

Für die großzügige finanzielle Förderung der Publikation danke ich der *Deutschen Forschungsgemeinschaft* und der *Hamburgischen Wissenschaftlichen Stiftung*.

Große Dankbarkeit empfinde ich schließlich gegenüber meiner *Familie*, die mich auch in den anstrengendsten Arbeitsphasen liebevoll begleitet hat. Meine *Eltern*, meine *Frau* und meine *Kinder* waren die Pfeiler, auf die ich mich während der gesamten Zeit stützen konnte. Sie haben lange Tage des Denkens und Schreibens ermöglicht und geduldet – die arbeitsfreie Zeit dafür zugleich umso mehr bereichert. *Didem Isik* danke ich für die freundliche Aufnahme in ihre Büroräumlichkeiten, die mir konzentrierte Arbeitsstunden ermöglicht hat.

Gewidmet ist die Arbeit meiner Großmutter *Sabahat Kirgiz*, die als Gastarbeiterin 1970 mit ihrem Ehemann und ihren drei Kindern in die Bundesrepublik Deutschland kam und mit dieser Entscheidung letztlich mitverantwortlich dafür ist, dass ich fünf Jahrzehnte später als deutscher Strafrechtswissenschaftler wirken darf.

Die Untersuchung bezieht sich auf die am 15. Dezember 2025 geltende Rechtslage. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zu diesem Datum aktualisiert. Nur vereinzelt konnten Ergänzungen in den Fahnen vorgenommen werden. Online-Quellen wurden zuletzt am 31. Januar 2026 überprüft.

Mailand, den 31. Januar 2026

Aziz Epik

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	11
Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	25
I. Gegenstand der Untersuchung	25
II. Begrifflichkeiten	29
III. Gang der Untersuchung	34
A. Tatsächliche und rechtliche Entwicklungslinien	36
I. Migration als Normalzustand	36
II. Die Kriminalisierung von Migration im Laufe der Zeit	45
III. Zusammenfassung	115
B. Das Migrationsstrafrecht und der Rechtsgüterschutz	118
I. Die Straftatbestände im Überblick	118
II. Die geschützten Rechtsgüter	124
C. Bezugspunkte: Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht, Unionsrecht und Völkerrecht	158
I. Migrationsverwaltungsrechtliche Grundlagen	158
II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	183
III. Unionsrechtliche Überformung	192
IV. Völkerrechtliche Implikationen	220
V. Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung	248
D. Die Verwaltungsakzessorietät des Migrationsstrafrechts	253
I. Bedeutung und Reichweite der Verwaltungsakzessorietät im Migrationsstrafrecht	254
II. Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG)	284
III. Zwischenergebnis	290

E. Die Strafbestimmungen im Einzelnen	292
I. Anwendungsbereich	292
II. Einreise- und Aufenthaltsdelikte	298
III. Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen	384
IV. Falschangaben im Verwaltungsverfahren	426
V. Schleusungsdelikte	448
VI. Konkurrenzen	512
VII. Zusammenfassung	515
F. Ausblick	518
I. Friktionen mit dem Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht	519
II. Das deutsche Migrationsstrafrecht und der „Crimmigration“- Diskurs	524
III. Regelungsvorschlag und Erläuterungen	530
IV. Schlussbemerkungen	546
Ergebnisse in Thesen	549
Bibliographie	555

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	25
I. Gegenstand der Untersuchung	25
II. Begrifflichkeiten	29
1. Migrationsstrafrecht	29
2. Weitere Begriffsbestimmungen	32
a) Ausländer	32
b) Drittstaatsangehörige, Positiv- und Negativstaater	32
c) Asylbewerber und Flüchtlinge	33
d) Papierlose	33
III. Gang der Untersuchung	34
 A. Tatsächliche und rechtliche Entwicklungslinien	 36
I. Migration als Normalzustand	36
II. Die Kriminalisierung von Migration im Laufe der Zeit	45
1. Nationalstaat und Staatsbürgerschaft	46
2. Die Anfänge des „Ausländerstrafrechts“: Weimarer Republik, NS-Diktatur und frühe Bundesrepublik	53
a) Schrittweise Verschärfung	53
b) Preußen geht voran	57
c) Ausländergesetzgebung während der NS-Diktatur	60
aa) Ausweisungsvorschriften im Reichsstrafgesetzbuch	60
bb) Das Gesetz über Reichsverweisungen	61
cc) Die Ausländerpolizeiverordnung 1938	62
dd) Die Paßstrafverordnung	66
d) Die frühe Bundesrepublik	67
3. Das Ausländergesetz 1965 und die Rechtsentwicklung bis 1990	70
a) Moderate Neuausrichtung bei umfassender Kodifikation	70
b) Überlagerung durch das Unionsrecht	76
c) Schrittweise Ausweitung und Nachschärfung des Ausländerstrafrechts	78
aa) Das Achte Strafrechtsänderungsgesetz	78
bb) Das Zweite Strafrechtsreformgesetz	80
cc) Das Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung	80
dd) Gesetz über das Asylverfahren	82
ee) Weitere Gesetzesänderungen	84

4. Reform des Ausländerrechts 1990 und die Rechtsentwicklung bis zum Zuwanderungsgesetz 2004	85
a) Reform des Ausländergesetzes	85
b) Reform des Asylverfahrensrechts	91
c) Der „Asylkompromiss“ und seine Auswirkungen	93
d) Das Gesetz zu dem Schengener Übereinkommen	94
e) Das Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994	95
f) Weitere Gesetzesänderungen	99
5. Das Zuwanderungsgesetz	100
6. Entwicklungen seit dem Zuwanderungsgesetz	104
a) Das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union	104
b) Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung von asylsuchenden und geduldeten Ausländern	106
c) Das Gesetz zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften	107
d) Das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung	107
e) Das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht	108
f) Das Familiennachzugsneuregelungsgesetz	109
g) Das Zweite Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht	109
h) Das Gesetz zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht	110
i) Das Gesetz zur Verbesserung der Rückführung	110
III. Zusammenfassung	115
 B. Das Migrationsstrafrecht und der Rechtsgüterschutz	 118
I. Die Straftatbestände im Überblick	118
1. Einreise- und Aufenthaltsdelikte	119
2. Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen	120
3. Falschangaben im Verwaltungsverfahren	122
4. Schleusungsdelikte im weiteren Sinne	123
II. Die geschützten Rechtsgüter	124
1. Zur Relevanz von Rechtsgütern	124
2. Das „gestufte Schutzkonzept“ der herrschenden Meinung	132
a) Der Ausländer als „Gefahr“?	134

b) Migrationssteuerung und -kontrolle als Ausfluss staatlicher Souveränität?	136
c) Sicherung der Leistungsfähigkeit sozialrechtlicher Systeme, der Funktionsfähigkeit des Arbeitsmarktes oder der Integrationsfähigkeit der Bundesrepublik?	138
d) Sicherung der Aufnahme- und Integrationsbereitschaft der inländischen Bevölkerung?	140
3. Differenzierte Betrachtung der Strafvorschriften	141
a) Einreise- und Aufenthaltsdelikte	141
b) Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen	143
c) Falschangaben im Verwaltungsverfahren	147
d) Schleusungsdelikte	148
aa) Einschleusen von Ausländern	149
(1) Schutz vor finanzieller Ausbeutung?	149
(2) Schutz von Leib und Leben der Geschleuten?	151
(3) Schutz anderer Rechtsgüter	155
(4) Zwischenergebnis	156
bb) Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung	156
4. Zwischenergebnis	157
 C. Bezugspunkte: Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht, Unionsrecht und Völkerrecht	 158
I. Migrationsverwaltungsrechtliche Grundlagen	158
1. EU- und EWR-Staatsangehörige	160
2. Drittstaatsangehörige und Staatenlose	162
a) Grundsatz: Passpflicht und Erfordernis eines Aufenthaltstitels	163
aa) Passpflicht	163
bb) Aufenthaltstitelpflicht	165
(1) Arten von Aufenthaltstiteln	165
(2) Erteilungsvoraussetzungen	168
(3) Zugang zu Erwerbstätigkeit	169
b) Ausnahmen vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels	169
aa) Unionsrecht	169
bb) Assoziierungsabkommen EWG/Türkei	171
cc) Aufenthaltsverordnung und UkraineAufenthÜV	173
dd) Zwischenergebnis	174
c) Konsequenzen des Verstoßes gegen die Pass- oder Aufenthaltstitelpflicht	175

d) Beendigung des Aufenthalts	175
e) Duldung	176
f) Ordnungsverfügungen, Mitwirkungs- und Duldungspflichten	178
3. Asylsuchende und Asylbewerber	180
II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	183
1. Asylgrundrecht	184
2. Verfassungsrechtlicher Anspruch auf Zugang und Aufenthalt?	190
III. Unionsrechtliche Überformung	192
1. Das europäische Asylrecht	193
2. Pönalisierungspflichten	197
a) Beihilfe zu unerlaubter Einreise und unerlaubtem Aufenthalt	197
aa) Das gegenwärtig gültige Facilitators Package	198
bb) Richtlinienentwurf der EU-Kommission	202
b) Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt	207
3. Die Rückführungsrichtlinie	208
a) Vorrang des Rückführungsverfahrens	209
aa) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	209
bb) Konsequenzen für die Strafbarkeit der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts	211
b) Höchstfristen für Einreise- und Aufenthaltsverbote	217
IV. Völkerrechtliche Implikationen	220
1. Recht auf Einreise und Aufenthalt	221
2. Völkerrechtliches Pönalisierungsverbot	227
a) Voraussetzungen	227
aa) Flüchtlingseigenschaft	228
bb) Unmittelbarkeitskriterium	230
cc) Rechtzeitige Meldung und Begründung der unerlaubten Einreise	233
dd) Kein Ausschluss bei Inanspruchnahme von Schleusern	235
b) Strafrechtsdogmatische Einordnung	236
c) Reichweite	239
aa) Position der Rechtsprechung: Begleitdelikte werden nicht erfasst	240
bb) Widerlegung: Einzelfallbetrachtung	241
d) Zwischenergebnis	244
3. Transnationale Pönalisierungspflichten	244
V. Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung	248

D. Die Verwaltungsakzessorietät des Migrationsstrafrechts	253
I. Bedeutung und Reichweite der Verwaltungsakzessorietät im Migrationsstrafrecht	254
1. Belastende Verwaltungsakte	256
a) Die Position der Rechtsprechung	258
b) Positionen im Schrifttum	259
c) Stellungnahme	262
aa) Einzelfallbezogene Anordnungen	265
bb) Aufenthaltsbeendende Verwaltungsakte	266
cc) Zwischenergebnis und Konsequenzen	268
2. Begünstigende Verwaltungsakte	272
3. Vorliegen der materiellen Erteilungsvoraussetzungen bei formal fehlendem Verwaltungsakt	278
II. Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG)	284
1. Gesetzesvorbehalt	284
2. Gesetzesbestimmtheit	286
III. Zwischenergebnis	290
E. Die Strafbestimmungen im Einzelnen	292
I. Anwendungsbereich	292
1. Sonderdeliktsscharakter	292
2. Spezialfall Ausländergeheimbündelei	293
3. „Ausländereigenschaft“ als besonderes persönliches Merkmal?	295
4. Strafanwendungsrecht	297
II. Einreise- und Aufenthaltsdelikte	298
1. Schlicht unerlaubte Einreise und unerlaubter Aufenthalt	298
a) Unerlaubte Einreise	299
aa) Verstoß gegen die Passpflicht	301
bb) Verstoß gegen die Aufenthaltstitelpflicht	303
cc) Einreise	305
(1) Begriff der Einreise	305
(2) Vollendung und Beendigung	307
dd) Weiteres	308
b) Unerlaubter Aufenthalt	309
aa) Verstoß gegen die Passpflicht	310
(1) Papierlose Personen	311
(2) Fehlender Ausweisersatz oder Verweigerung zumutbarer Passbeschaffung	312

bb) Fehlender Aufenthaltstitel	318
(1) Vollziehbar ausreisepflichtig	319
(2) Keine Ausreisefrist oder Ablauf einer gewährten Ausreisefrist	322
(3) Keine Duldung	323
(4) Aufenthalt im Bundesgebiet	326
c) Gleichstellungsklausel des § 95 Abs. 6 AufenthG	329
aa) Voraussetzungen des § 95 Abs. 6 AufenthG	330
bb) Anwendbarkeit auf Fälle des unerlaubten Aufenthalts ohne vorausgegangene unerlaubte Einreise?	333
d) Sondervorschrift des § 95 Abs. 1a AufenthG für Inhaber von Schengen-Visa	335
2. Verstöße gegen Einreise- und Aufenthaltsverbote	337
a) Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG	337
aa) Vorangegangene Ausreise?	338
bb) Rechtmäßigkeit der aufenthaltsbeendenden Maßnahme?	340
b) Verstoß gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 11 Abs. 6 Satz 1 oder Abs. 7 Satz 1 AufenthG	343
c) Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 9 Abs. 2 FreizügG/EU	344
3. Anforderungen an den subjektiven Tatbestand und Irrtumskonstellationen	346
4. Rechtfertigung von Einreise- und Aufenthaltsdelikten	353
5. Teilnahme an Einreise- und Aufenthaltsdelikten	354
a) Abgrenzungskriterien	356
aa) Die herrschende Meinung	357
bb) Eigene Position	359
b) Fallgruppen	367
aa) Unterstützungshandlungen bei der Einreise	367
(1) Flüchtlinge	367
(2) Andere Personen	368
bb) Die Unterstützung Papierloser	369
(1) Gewährung von Unterkunft und Verpflegung	369
(a) Altruistisch motivierte Hilfeleistung	369
(b) Andere Fälle	372
(c) Sonderfall: Die Strafbarkeit der Gewährung von Kirchenasyl	372
(2) Medizinische Akutversorgung	381
(3) Beschäftigung	381

c) Zwischenergebnis	384
III. Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen	384
1. Die Strafvorschriften im Einzelnen	384
a) Die Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes	385
aa) § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG	385
(1) Ausreiseuntersagung	385
(2) Untersagung politischer Betätigung	387
bb) § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG	387
cc) § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG	393
dd) § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG	397
ee) § 95 Abs. 1 Nr. 6b AufenthG	398
ff) § 95 Abs. 1 Nr. 6c AufenthG	400
gg) § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG	402
hh) § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG	409
b) Die Strafvorschriften des Asylgesetzes	410
aa) § 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG	411
bb) § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG	412
cc) § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG	418
dd) § 85 Abs. 1 Nr. 4 AsylG	420
ee) § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG	421
ff) § 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG	424
2. Subjektiver Tatbestand und Weiteres	425
IV. Falschangaben im Verwaltungsverfahren	426
1. Das Aufenthaltsgesetz	426
a) Unrichtige oder unvollständige Angaben machen oder benutzen	427
b) Gebrauchen zur Täuschung im Rechtsverkehr	432
c) Besondere Fallkonstellationen	433
aa) Scheinehe	433
bb) Missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft	437
2. Das Asylgesetz	440
a) § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG	441
b) § 85 Abs. 2 Nr. 2 AsylG	445
c) Zwischenergebnis	446
3. Das Freizügigkeitsgesetz/EU	446
4. Das Staatsangehörigkeitsgesetz	447
V. Schleusungsdelikte	448
1. Das Einschleusen von Ausländern (§§ 96, 97 AufenthG)	448
a) Überblick	448

b) Detailbetrachtung	451
aa) Der Grundtatbestand: § 96 Abs. 1 AufenthG	451
(1) § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG	451
(a) Vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat	451
(b) Anstiften oder Hilfe leisten	456
(c) Schleusermerkmal	462
(i) Vermögensvorteil	463
(ii) Vorteil	467
(iii) Wiederholt oder zugunsten mehrerer Ausländer	468
(d) Subjektiver Tatbestand	472
(2) § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG	472
(3) Beteiligung	474
(a) Ausgangspunkt: Ausgreifender Täterbegriff	474
(b) Zurechnung von Schleusermerkmalen	477
(c) Teilnahme, insbesondere durch Geschleuste	479
(d) Zwischenergebnis	485
bb) Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 AufenthG	485
(1) Gewerbsmäßiges Handeln	486
(2) Bandentaten	486
(3) Beisichführen von Schusswaffen	487
(4) Beisichführen in Verwendungsabsicht von anderen Waffen	488
(5) Lebensgefährliche, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung	489
(6) Straßenverkehrsgefährdende Polizeiflucht	492
(7) Minderjährigenschleusung	496
cc) Versuchsstrafbarkeit nach § 96 Abs. 3 AufenthG	497
dd) Die EU-Schleusung (§ 96 Abs. 4 AufenthG)	499
ee) Qualifikationstatbestände des § 97 AufenthG	503
(1) Einschleusen mit Todesfolge	503
(2) Gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen	506
c) Zusammenfassung	506
2. Die Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung (§§ 84 und 84a AsylG)	507
VI. Konkurrenzen	512
VII. Zusammenfassung	515

F. Ausblick	518
I. Friktionen mit dem Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht	519
II. Das deutsche Migrationsstrafrecht und der „Crimmigration“-Diskurs	524
III. Regelungsvorschlag und Erläuterungen	530
1. Regelungsvorschlag – Synopse	532
2. Erläuterungen zum Regelungsvorschlag	539
a) Zu § 95 AufenthG n.F.	539
b) Zu § 96 AufenthG n.F.	541
c) Zu § 97 AufenthG n.F.	543
d) Zu §§ 84, 84a AsylG n.F.	544
e) Zu § 85 AsylG n.F.	544
f) Zu § 9 FreizügG/EU n.F.	544
g) Zu § 42 StAG n.F.	545
IV. Schlussbemerkungen	546
Ergebnisse in Thesen	549
Bibliographie	555

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AAV	Verordnung über Aufenthaltsgenehmigungen zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit vom 18. Dezember 1990 (Arbeitsaufenthalteverordnung)
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AfD	Alternative für Deutschland (Partei)
APVO	Ausländerpolizeiverordnung vom 22. August 1938
ARB 1/80	Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation
AsylbLG	Asylbewerberleistungsgesetz
AsylG	Asylgesetz
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AsylVO	Verordnung über die Anerkennung und die Verteilung von ausländischen Flüchtlingen vom 6. Januar 1953
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
AusLG	Ausländergesetz vom 28. April 1965
AuslieferungsG 1929	Deutsches Auslieferungsgesetz vom 23. Dezember 1929
AVV AufenthG	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKAG	Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten
BMI	Bundesministerium des Inneren
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands (Partei)
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern (Partei)
Ebd.	Ebenda
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaften
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUGrCh	Europäische Grundrechtecharta
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FDP	Freie Demokratische Partei (Partei)
FreizügG/EU	Freizügigkeitsgesetz/EU
g.F.	Geltende Fassung
GB	Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland
GewO	Gewerbeordnung
GFK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention)
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
JuSchG	Jugendschutzgesetz
LG	Landgericht
lit.	litera = Buchstabe
MuSchG	Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung

OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PaßG	Paßgesetz vom 4. März 1952
PassG	Passgesetz
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik
PrAPVO	Preußische Ausländerpolizeiverordnung vom 27. April 1932
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. Juli 1913
SchwarzArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
SGB III	Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung
SGK	Schengener Grenzkodex (Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands (Partei)
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
StAG 1870	Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit des Norddeutschen Bundes vom 1. Juni 1870
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
WaffG	Waffengesetz
WPflG	Wehrpflichtgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung

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/Beschluesse/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, zusf. 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 Thym²⁶ – auf den titelgebenden Begriff des *Migrationsstrafrechts* zurückgegriffen, der in dieser Form – soweit ersichtlich – erstmals von Werkmeister²⁷ 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.

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/Reumerschüssel, 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-873dc3788ab15d5cbb1e3fe45dbec9b44.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/Wie-land*, *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 Ausschließen, 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 ausnuzbar 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 *Wolzenhoff*, 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 RGBl. 1920 I, S. 2107.

181 RGBl. 1923 I, S. 700.

182 RGBl. 1923 I, S. 705.

183 RGBl. 1923 I, S. 706.

184 RGBl. 1923 I, S. 715.

185 RGBl. 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 Gesetzssammlung 1932, Nr. 26, S. 179. Die Verordnung war auf § 14 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes v. 1. Juni 1931 gestützt (Preußische Gesetzssammlung 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 RGBL. 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 RGBL. 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 (RGBL. 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 entgegen 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 Regelungsichte 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/Ansitz, 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 Strafraum 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 „mehrere“ 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 Geschleuten 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 Vorteilszielungsabsicht 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.

B. Das Migrationsstrafrecht und der Rechtsgüterschutz

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

I. Die Straftatbestände im Überblick

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

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

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

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

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

1. Einreise- und Aufenthaltsdelikte

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

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

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

⁵⁵⁹ Siehe oben Einleitung I.

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

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

⁵⁶² Zu diesem Merkmal unten D. I. 2.

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

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

⁵⁶⁵ § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG.

⁵⁶⁶ § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG.

⁵⁶⁷ § 95 Abs. 6 AufenthG.

⁵⁶⁸ Vgl. § 6 Abs. 2a AufenthG.

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

2. Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Falschangaben im Verwaltungsverfahren

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

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

4. Schleusungsdelikte im weiteren Sinne

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

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

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

⁵⁷¹ Vgl. oben Einleitung I.

⁵⁷² Siehe dazu oben A. II. 3. c) cc).

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

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

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

II. Die geschützten Rechtsgüter

1. Zur Relevanz von Rechtsgütern

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

588 BVerfGE 120, 224, 242.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Das „gestufte Schutzkonzept“ der herrschenden Meinung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

629 *Gärditz*, ZfIStW 2025, 263, 270.

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

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

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

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

a) Der Ausländer als „Gefahr“?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

638 Dazu unten C. I.

639 VO (EU) 2018/1806.

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

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

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

b) Migrationssteuerung und -kontrolle als Ausfluss staatlicher Souveränität?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

657 Dazu unten C. IV. 1.

658 Zusammenfassend unten C. V.

659 Zu diesen unten C. II.-IV.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Differenzierte Betrachtung der Strafvorschriften

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

a) Einreise- und Aufenthaltsdelikte

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

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

⁶⁶⁶ Dazu oben A. II. 4. e).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen

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

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

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

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

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

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

674 OLG München NSTZ 2015, 406, 407.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Falschangaben im Verwaltungsverfahren

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Schleusungsdelikte

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

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

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

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

691 Dazu unten E. IV. 2.

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

aa) Einschleusen von Ausländern

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

(1) Schutz vor finanzieller Ausbeutung?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Schutz von Leib und Leben der Geschleusten?

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

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

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

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

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

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

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

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

711 Vgl. Böse, ZStW 2004, 680, 690.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Schutz anderer Rechtsgüter

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

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

⁷²⁷ Nagler, StV 2017, 273, 274.

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

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

(4) Zwischenergebnis

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

bb) Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung

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

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

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

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

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

4. Zwischenergebnis

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

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

734 Dazu unten F. III.

C. Bezugspunkte: Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht, Unionsrecht und Völkerrecht

Der Überblick über die Straftatbestände des Migrationsstrafrechts hat bereits verdeutlicht, dass es sich bei diesem ganz überwiegend um *verwaltungsakzessorisches Sonderstrafrecht* handelt. Die Verwaltungsakzessorietät bezieht sich zunächst auf die Vorschriften des entsprechenden Gesetzes (also insbesondere das Aufenthaltsgesetz, Freizügigkeitsgesetz/EU und das Asylgesetz) und die sie konkretisierenden Einzelverfügungen (Verwaltungsakte).⁷³⁵ Zugleich kommt aufgrund der partiellen unionsrechtlichen Überformung der Vorschriften des Aufenthalts- und Asylgesetzes über die Verwaltungsakzessorietät auch das Unionsrecht zum Tragen, das teils ausdrücklich in Bezug genommen wird, teils bei der Auslegung zu berücksichtigen ist.⁷³⁶ Das Unionsrecht überlagert das deutsche Migrationsstrafrecht zudem überall dort, wo ein strafrechtliches Vorgehen die effektive Durchsetzung des Unionsrechts hindern könnte, wie insbesondere im Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie.⁷³⁷ Aber auch völkerrechtliche Implikationen, etwa vermittelt durch Art. 31 Abs. 1 GFK, der die Straflosigkeit der Einreise und des Aufenthalts von Flüchtlingen anordnet, sind für das Migrationsstrafrecht von Bedeutung, wie die deklaratorische Regelung in § 95 Abs. 5 AufenthG zum Ausdruck bringt. Schließlich dürfen verfassungsrechtliche Wertungen, insbesondere solche aus Art. 16a GG, nicht außer Acht bleiben, wenn die Strafvorschriften des Aufenthalts- und Asylgesetzes analysiert werden. Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden die zentralen Bezugspunkte des Migrationsstrafrechts im Zusammenhang dargestellt, soweit dies für das Verständnis der weiteren Ausführungen erforderlich ist.

I. Migrationsverwaltungsrechtliche Grundlagen

Das Migrationsverwaltungsrecht adressiert unterschiedliche Gruppen von Ausländern, also Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit.⁷³⁸ Auf sie finden jeweils unterschiedliche Regelungen Anwendung. So gilt für EU- und EWR-Ausländer sowie ihre Familienangehörigen und nahestehenden Personen das Freizügigkeitsgesetz/EU mit seinen Spezialregelungen, welche die sonst anwendbaren Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes verdrängen,⁷³⁹ soweit sie nicht über § 11 FreizügG/EU ausdrücklich

735 Zur Verwaltungsakzessorietät näher unten D. I.

736 Dazu unten C. I. 1. und 2. b) aa), bb) sowie III. 1. und 2.

737 Dazu unten C. III. 3.

738 Zur Definition des Ausländers vgl. § 2 Abs. 1 AufenthG: „Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes ist.“

739 Siehe § 11 FreizügG/EU; vgl. *Tewocht*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 1 FreizügG/EU Rn. 21: „abschließendes Spezialgesetz“.

für (entsprechend) anwendbar erklärt werden.⁷⁴⁰ Damit hat der deutsche Gesetzgeber den unionsrechtlich in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. a), 21 AEUV garantierten und in der RL 2004/38/EG⁷⁴¹ konkretisierten Freizügigkeitsrechten dieser Personengruppe Rechnung getragen.⁷⁴² Für Drittstaatsangehörige, also Personen, die eine andere Staatsangehörigkeit als die deutsche oder die eines anderen EU- oder EWR-Staates besitzen, und Staatenlose findet demgegenüber das Aufenthaltsgesetz mit seinen komplexen Regelungen über das Recht zu Einreise und Aufenthalt Anwendung. Dieses ist partiell unionsrechtlich überformt, etwa im Blick auf türkische Staatsangehörige, für die das Assoziierungsabkommen EWG/Türkei bestimmte Sonderrechte vorsieht, oder im Blick auf die Legalisierungswirkung ausländischer Aufenthaltstitel aufgrund des Schengener Durchführungsübereinkommens. Hinsichtlich der Drittstaatsangehörigen muss noch einmal zwischen Staatsangehörigen von Staaten, deren Bürger keinen Aufenthaltstitel für die Einreise und den kurzfristigen Aufenthalt im Bundesgebiet benötigen (sog. Positivstaater), und Staatsangehörigen von Staaten, deren Bürger für die Einreise in und teilweise auch die Durchreise durch das Bundesgebiet zwingend eines Visums bedürfen (sog. Negativstaater), unterschieden werden.⁷⁴³ Inzwischen ergibt sich auch dies aus dem Unionsrecht, namentlich aus der EU-Visum-Verordnung.⁷⁴⁴ Die dritte wichtige Statusgruppe, die sich freilich mit derjenigen der Drittstaatsangehörigen vielfach überschneidet, ist schließlich die der in der Bundesrepublik Schutzsuchenden, Asylbewerber und Flüchtlinge, für die das Asylgesetz Spezialregelungen für die Dauer des Asylverfahrens vorsieht. Im Folgenden werden die zentralen Regelungen betreffend die drei Statusgruppen (EU-/EWR-Ausländer, Drittstaatsangehörige und Asylbewerber/Flüchtlinge) zusammenfassend und ohne Vertiefung von Einzelfragen, sofern sie nicht unmittelbar für die Untersuchung relevant sind, dargestellt, um einen Überblick über die Akzessorietätsmaterie der entsprechenden Strafvorschriften zu gewinnen.

740 Vgl. Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 2, Rn. 106 ff.

741 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten und 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. L 158 vom 30.4.2004, S. 77; L 229 vom 29.6.2004, S. 35; L 204 vom 4.8.2007, S. 28).

742 Dementsprechend enthält das FreizügG/EU überwiegend deklaratorische Vorschriften, die den unionsrechtliche Rechtsrahmen in deutsches Recht übersetzen, vgl. Tewocht, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 1 FreizügG/EU Rn. 12, 15 f.

743 Für anerkannte Flüchtlinge und Staatenlose sieht die VO (EU) 2018/1806 insoweit spezielle Regelungen vor, die an den Wohnsitz anknüpfen (vgl. Art. 3 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 2 lit. c) der Verordnung).

744 VO (EU) 2018/1806. Im Einzelnen dazu unten C. I. 2. b) aa).

1. EU- und EWR-Staatsangehörige

Für EU- und EWR-Staatsangehörige⁷⁴⁵ sieht das Freizügigkeitsgesetz/EU Spezialregelungen hinsichtlich des Einreise- und Aufenthaltsrechts vor. Diese sind im Lichte des Art. 21 AEUV und der RL 2004/38/EG auszulegen, wobei die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu beachten ist.⁷⁴⁶ Ebenfalls vorgesehen sind in diesem Gesetz Regelungen für Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs nach dessen Austritt aus der Europäischen Union, denen nach dem Austrittsabkommen Rechte zur Einreise und zum Aufenthalt gewährt werden.⁷⁴⁷

Das Freizügigkeitsgesetz/EU hat aufgrund der unionsrechtlich garantierten Freizügigkeit von Unionsbürgern nur wenig mit dem restriktiven allgemeinen Aufenthaltsrecht, wie es für Drittstaatsangehörige gilt, gemein. Auch Familienangehörige von Unionsbürgern ohne eigene Unionsbürgerschaft werden gegenüber den allgemeinen Vorschriften zum Familiennachzug privilegiert.⁷⁴⁸ Nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU gilt der Grundsatz, dass freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt haben.⁷⁴⁹ Für die Einreise bedürfen Unionsbürger keines Visums und für den Aufenthalt keines Aufenthaltstitels.⁷⁵⁰ Für einen Aufenthalt von bis zu drei Monaten ist der Besitz eines gültigen Personalausweises oder eines Reisepasses ausreichend.⁷⁵¹ Familienangehörige oder nahestehende Personen ohne Unionsbürgerschaft bedürfen für die Einreise zwar eines Einreisevisums,⁷⁵² die Visumpflicht entfällt aber für Besitzer einer gültigen Aufenthaltskarte, die das Aufenthaltsrecht eines Familienangehörigen eines Unions-

745 Das Gesetz stellt EU- und EWR-Staatsangehörige gleich, vgl. § 12 FreizügG/EU. Sofern im Folgenden von Unionsbürgern die Rede ist, lassen sich die Ausführungen daher auf EWR-Staatsangehörige übertragen.

746 Vgl. *Tewocht*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 1 FreizügG/EU Rn. 19.

747 § 16 FreizügG/EU.

748 NK-Ausländerrecht/*Oberhäuser*, 3. Aufl. 2023, § 1 FreizügG/EU Rn. 11, spricht von einer „große[n] Familienfreundlichkeit des Freizügigkeitsrechts“. Dies gilt allerdings nicht für alle Konstellationen. Insbesondere der Elternteil eines minderjährigen Unionsbürgers, der selbst keine Unionsbürgerschaft besitzt, ist weder Familienangehöriger (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 lit. d) FreizügG/EU greift nicht ein, da Minderjährige ihren Eltern regelmäßig keinen Unterhalt gewähren werden, das Gesetz also die Konstellation des erwachsenen Unionsbürgers, der die eigenen Eltern oder Schwiegereltern unterhält, vor Augen hat) noch nahestehende Person, vgl. *Tewocht*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 1 FreizügG/EU Rn. 49, sodass sich sein Aufenthalt nach dem allgemeinen Aufenthaltsrecht richtet, vgl. dazu BVerwG NVwZ 2018, 736. Zudem sind nahestehende Personen (§ 3a FreizügG/EU) hinsichtlich ihrer Rechtsstellung eher mit Drittstaatsangehörigen, auf die das AufenthG Anwendung findet, vergleichbar, vgl. *Tewocht*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 1 FreizügG/EU Rn. 21b.

749 § 2 Abs. 1 FreizügG/EU.

750 § 2a Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU; *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 2, Rn. 37.

751 § 2a Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU; *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 2, Rn. 37.

752 Dabei handelt es sich aber nicht um ein Visum im Sinne des § 6 AufenthG, sodass weder die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1 AufenthG vorliegen müssen (vgl. *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 2, Rn. 42), noch eine Strafbarkeit wegen unerlaubter Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) in Betracht kommt.

bürgers nachweist.⁷⁵³ Nicht erwerbstätige Freizügigkeitsberechtigte haben das Recht zur Einreise und zum Aufenthalt allerdings nur, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen.⁷⁵⁴ Nach einem (mindestens⁷⁵⁵) fünfjährigen ständigen und rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet erlangen EU- und EWR-Bürger ein Daueraufenthaltsrecht; gleiches gilt für sie begleitende Familienangehörige und nahestehende Personen ohne Unionsbürgerschaft.⁷⁵⁶

Der Verlust des Rechtes auf Einreise und Aufenthalt kann gemäß § 6 Abs. 1 FreizügG/EU grundsätzlich nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit festgestellt werden, wobei eine strafrechtliche Verurteilung für sich allein nicht genügt.⁷⁵⁷ Strafrechtliche Verurteilungen können vielmehr nur dann zum Rechtsverlust führen, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.⁷⁵⁸ Nach Erwerb des Daueraufenthaltsrechts kann der Rechtsverlust nur aus schwerwiegenden Gründen festgestellt werden.⁷⁵⁹ Nach zehnjährigem Aufenthalt ist eine Feststellung nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit möglich, an die hohe gesetzliche Anforderungen gestellt werden.⁷⁶⁰ Die Ungültigkeit des Passes, Personalausweises oder sonstigen Passersatzes führt nicht zur Aufenthaltsbeendigung.⁷⁶¹ Zudem kann nach § 2 Abs. 4 FreizügG/EU das Nichtbestehen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt festgestellt werden, wenn feststeht, dass die betreffende Person das Vorliegen einer Voraussetzung für dieses Recht vorgetäuscht hat;⁷⁶² bei Familienangehörigen ohne eigene Unionsbürgerschaft gilt dies zudem, wenn feststeht, dass sie dem Unionsbürger nicht zur Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft nachgezogen sind oder ihn begleiten.⁷⁶³ Ist das Nichtbestehen des Rechts auf

753 § 2a Abs. 2, Abs. 3 FreizügG/EU i.V.m. Art. 5 Abs. 2 RL 2004/38/EG; *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 2, Rn. 42.

754 § 4 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU; *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 2, Rn. 39.

755 Vgl. § 2 Abs. 2, 3 FreizügG/EU.

756 § 4a Abs. 1 FreizügG/EU.

757 § 6 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU.

758 § 6 Abs. 2 Satz 3 FreizügG/EU; vgl. *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 2, Rn. 80 ff. m.w.N. auch zur Rechtsprechung des EuGH.

759 § 6 Abs. 4 FreizügG/EU.

760 § 6 Abs. 5 Satz 3 FreizügG/EU: „Zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit können nur dann vorliegen, wenn der Betroffene wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens fünf Jahren verurteilt oder bei der letzten rechtskräftigen Verurteilung Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, wenn die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland betroffen ist oder wenn vom Betroffenen eine terroristische Gefahr ausgeht.“

761 § 6 Abs. 7 FreizügG/EU, in Übereinstimmung mit EuGH NJW 2005, 1033, 1034; bei Drittstaatsangehörigen stellt dies einen Widerrufsgrund für den Aufenthaltstitel dar, vgl. § 52 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG.

762 § 2 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU.

763 § 2 Abs. 4 Satz 2 FreizügG/EU.

Einreise und Aufenthalt festgestellt worden, ist der Betroffene ausreisepflichtig.⁷⁶⁴ Personen, die ihr Recht auf Einreise und Aufenthalt nach § 6 Abs. 1 FreizügG/EU verloren haben, soll nach § 7 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU untersagt werden, erneut in das Bundesgebiet einzureisen oder sich darin aufzuhalten. Ein Einreise- und Aufenthaltsverbot muss daher behördlich angeordnet werden und tritt nicht mehr, wie noch nach § 7 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU a.F., kraft Gesetzes ein.⁷⁶⁵ Ist das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 4 FreizügG festgestellt worden, können die erneute Einreise und der erneute Aufenthalt untersagt werden; in besonders schweren Fällen sollen sie untersagt werden.⁷⁶⁶

Das FreizügG/EU verdrängt in seinem Anwendungsbereich die meisten Regelungen des Aufenthaltsgesetzes, sofern nicht § 11 FreizügG/EU etwas anderes bestimmt.⁷⁶⁷ Nach § 11 FreizügG/EU sind einzelne, ausdrücklich in Bezug genommene Vorschriften entsprechend anwendbar,⁷⁶⁸ wobei § 11 Abs. 14 Satz 1 FreizügG/EU zusätzlich bestimmt, dass das Aufenthaltsgesetz auch dann Anwendung findet, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt. Zudem gilt das Aufenthaltsgesetz, wenn die Ausländerbehörde das Nichtbestehen oder den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt festgestellt hat.⁷⁶⁹ Im Übrigen gilt – wie sich aus § 11 Abs. 14 FreizügG/EU ergibt – eine Vermutung der Freizügigkeitsberechtigung, sodass sich Unionsbürger und ihre Familienangehörigen im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU⁷⁷⁰ bis zum Zeitpunkt der Feststellung des Nichtbestehens oder des Verlustes der Freizügigkeitsrechte durch eine Ausländerbehörde auf die Rechte nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU berufen können, ohne dass das Aufenthaltsgesetz Anwendung fände.⁷⁷¹

2. Drittstaatsangehörige und Staatenlose

Für Drittstaatsangehörige und Staatenlose gilt grundsätzlich das allgemeine Aufenthaltsrecht, das maßgeblich im Aufenthaltsgesetz kodifiziert ist. Dessen Regelungen sind komplex und enthalten neben Regelungen zur Einreise und zum Aufenthalt im Bundesgebiet insbesondere Vorschriften zur Aufenthaltsbeendigung sowie ord-

764 § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU; Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 2, Rn. 90.

765 Die frühere Rechtslage für mit der Freizügigkeits-RL unvereinbar haltend NK-Ausländerrecht/Geyer, 3. Aufl. 2023, § 7 FreizügG/EU Rn. 8.

766 § 7 Abs. 2 Sätze 1 bis 3 FreizügG/EU.

767 So ausdrücklich auch § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG; vgl. Tewocht, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 1 FreizügG/EU Rn. 21.

768 Für den Bereich der Strafvorschriften ist insbesondere der in § 14 Abs. 1 FreizügG/EU enthaltene Verweis auf § 95 Abs. 1 Nr. 4 und 8 AufenthG sowie §§ 96 und 97 AufenthG bedeutsam.

769 § 14 Abs. 14 Satz 2 FreizügG/EU.

770 Gegen eine generelle Vermutung der Freizügigkeitsberechtigung allein aufgrund eines Verwandtschaftsverhältnisses vgl. BVerwG NVwZ 2018, 736, 738.

771 Vgl. NK-Ausländerrecht/Oberhäuser, 3. Aufl. 2023, § 1 FreizügG/EU Rn. 10, 11. Anders für Familienangehörige OVG München, Beschl. v. 15.7.2024 – 19 C 23.1377, BeckRS 2024, 18926, Rn. 11.

nungsrechtliche Vorschriften, die aufgrund ihrer partiellen Strafbewehrung näherer Betrachtung bedürfen.

a) Grundsatz: Passpflicht und Erfordernis eines Aufenthaltstitels

Ausländer sind nach dem Aufenthaltsgesetz grundsätzlich sowohl pass- als auch aufenthaltstitelpflichtig. Die Verletzung dieser Pflichten ist strafbewehrt.⁷⁷²

aa) Passpflicht

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AufenthG gilt der Grundsatz, dass Ausländer nur in das Bundesgebiet einreisen oder sich darin aufhalten dürfen, „wenn sie einen anerkannten und gültigen Pass oder Passersatz besitzen, sofern sie von der Passpflicht nicht durch Rechtsverordnung befreit sind.“ Damit konstatiert die Vorschrift im Einklang mit der Rechtsentwicklung seit der Einführung einer allgemeinen Passpflicht 1916⁷⁷³ eine grundsätzliche *Passbesitzpflicht*, nicht aber eine *Mitführungspflicht*,⁷⁷⁴ von der die Aufenthaltsverordnung nur in Rettungsfällen eine Ausnahme vorsieht.⁷⁷⁵ Welche ausländischen Pässe und Passersatzpapiere anerkannt werden, wird gemäß § 71 Abs. 6 AufenthG in einer Allgemeinverfügung des Bundesministeriums des Inneren, für Bau und Heimat oder eine von ihm bestimmte Stelle im Benehmen mit dem Auswärtigen Amt festgelegt. Von dieser Befugnis hat das Bundesinnenministerium zuletzt umfassend⁷⁷⁶ durch Erlass der *Allgemeinverfügung über die Anerkennung ausländischer Pässe und Passersatzpapiere* vom 13. Oktober 2022 Gebrauch gemacht.⁷⁷⁷ In dieser ist für jeden Staat im Einzelnen geregelt, welche Dokumente als Pass beziehungsweise Passersatz anerkannt werden. Daneben sind nach § 3 Abs. 1 AufenthV weitere nichtdeutsche amtliche Ausweise als Passersatz anerkannt.⁷⁷⁸ Zudem regelt § 4 AufenthV, welche durch deutsche Behörden ausgestellte Dokumente als Passersatzpapiere für Ausländer zugelassen sind. Zur Erfüllung der Passpflicht muss der Ausländer mithin im Besitz eines dieser Dokumente sein.⁷⁷⁹ Der Pass oder Passersatz muss darüber hinaus gültig sein. Die Gültigkeit bezieht sich dabei auf eine zeitliche – die Gültigkeitsdauer des PASSES betreffende – und eine räumliche – die

772 Vgl. § 95 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG und dazu näher unten E. II. 1.

773 Siehe dazu oben A. II. 1.

774 Vgl. *Maor*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 3 AufenthG Rn. 1. Siehe auch NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 5; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 33, der auf die tatsächliche Verfügungsgewalt und die Möglichkeit, das Dokument ohne Weiteres beizubringen, abstellt.

775 § 14 AufenthV.

776 Seither wurden in mehreren weiteren Allgemeinverfügungen einzelne Regelungen geändert.

777 BAnz AT 25.10.2022 B 4.

778 Insbesondere Reiseausweise für Flüchtlinge und Staatenlose, vgl. § 3 Abs. 3 AufenthV.

779 Vgl. *Maor*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 3 AufenthG Vor Rn. 1.

Gültigkeit für die Einreise und den Aufenthalt gerade auch in die Bundesrepublik Deutschland betreffende – Komponente.⁷⁸⁰

Für den Aufenthalt im Bundesgebiet wird die Passpflicht auch durch den Besitz eines Ausweisersatzes nach § 48 Abs. 2 AufenthG erfüllt.⁷⁸¹ Nach dieser Vorschrift erfüllt ein Ausländer, der einen Pass oder Passersatz weder besitzt noch in zumutbarer Weise erlangen kann, die Ausweispflicht mit der Bescheinigung über einen Aufenthaltstitel oder die Aussetzung der Abschiebung, wenn sie mit Angaben zur Person und einem Lichtbild versehen und als Ausweisersatz bezeichnet ist. Schwierigkeiten kann insoweit das Kriterium der Zumutbarkeit bereiten, das als unbestimmter Rechtsbegriff im Einzelfall zu konkretisieren ist.⁷⁸²

Für die Dauer des Asylverfahrens genügt ein Ausländer der Ausweispflicht zudem mit der Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung.⁷⁸³ Unabhängig davon suspendiert die Aufenthaltsgestattung aber bereits mit Ausstellung des Ankunftsnachweises (§ 55 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 63a Abs. 1 AsylG) kraft Gesetzes sowohl die Pass- als auch die Aufenthaltstitelpflicht für die Dauer des Asylverfahrens.⁷⁸⁴ Wird einem Asylbewerber, der keinen Pass besitzt, nach Abschluss des Asylverfahrens eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 AufenthG erteilt, weil er als Asylberechtigter, als Flüchtling oder als subsidiär Schutzberechtigter anerkannt wird oder weil ein Abschiebungsverbot besteht, ist gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 AufenthG von der Erfüllung der Passpflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG) abzusehen. Es wird ein Ausweisersatz nach § 48 Abs. 4 AufenthG ausgestellt. In diesen Fällen greift die Passpflicht des § 3 AufenthG nicht ein, weil von ihrer Erfüllung nach der eindeutigen gesetzlichen Bestimmung gerade abzusehen ist. Dabei kommt es wegen der spezielleren Regelung des § 48 Abs. 4 AufenthG, die lediglich auf § 48 Abs. 3 AufenthG, nicht aber auf § 48 Abs. 2 AufenthG verweist, auch nicht auf die Voraussetzungen des § 48 Abs. 2

780 Vgl. *Maor*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 3 AufenthG Rn. 24 f.; zum Rückgriff auf die Gültigkeitsregelungen des PassG vgl. GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 17 ff.

781 § 3 Abs. 1 Satz 2 AufenthG.

782 VGH München NVwZ-RR 2019, 484, 485 f.; NK-Ausländerrecht/*Möller*, 3. Aufl. 2023, § 48 AufenthG Rn. 16. Näher dazu unten E. II. 1. a) aa).

783 Dies folgt aus der Regelung des § 64 Abs. 1 AsylG; vgl. BayObLG, Beschl. v. 30.8.2004 – 4St RR 84/04, BeckRS 2004, 8589; BayObLG NSTZ 2024, 299; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 19.

784 AG Aachen, MDR 1995, 627, 628; daran anschließend BayObLG, Beschl. v. 15.5.1998 – 4 St RR 69/98, BeckRS 1998, 9900, Rn. 24; OLG Bamberg NSTZ 2015, 404, 405, das auf § 64 Abs. 1 AsylVfG a.F. (heute § 64 Abs. 1 AsylG) abstellt, der freilich nur auf die Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung und nicht auch den Ankunftsnachweis rekurriert; siehe ferner Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 27; für eine Geltung der Passpflicht dagegen *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 64 AsylG Rn. 2.

AufenthG an, sodass insbesondere die Zumutbarkeit der Passbeschaffung keine Voraussetzung für die Ausstellung eines Ausweisersatzes darstellt.⁷⁸⁵

bb) Aufenthaltstitelpflicht

Neben der Pflicht zum Besitz eines Passes oder Passersatzes bedürfen Ausländer nach § 4 Abs.1 Satz1 AufenthG für die Einreise ins und den Aufenthalt im Bundesgebiet grundsätzlich eines Aufenthaltstitels, sofern nicht durch das Recht der Europäischen Union oder durch Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt ist oder auf Grund des Assoziierungsabkommens EWG/Türkei ein Aufenthaltsrecht besteht. Diese Pflicht ist von der Passpflicht zu unterscheiden; die Erfüllung der einen Pflicht lässt die andere nicht entfallen.⁷⁸⁶

(1) Arten von Aufenthaltstiteln

Die unterschiedlichen Aufenthaltstitel werden in § 4 Abs.1 AufenthG aufgelistet und im Aufenthaltsgesetz im Einzelnen geregelt. Aufenthaltstitel werden danach als Visum, Aufenthaltserlaubnis, Blaue Karte EU⁷⁸⁷, ICT-Karte⁷⁸⁸, Mobiler-ICT-Karte⁷⁸⁹, Niederlassungserlaubnis oder Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU erteilt.⁷⁹⁰ Keinen Aufenthaltstitel, sondern eine bloße Aussetzung der Vollstreckung der Ausreisepflicht durch Abschiebung stellt die Duldung nach § 60a AufenthG dar,⁷⁹¹ auch wenn der Duldungsstatus für eine signifikante Personengruppe inzwischen

785 BayObLG, Urt. v. 12.7.2021 – 203 StRR 171/21, BeckRS 2021, 29955, Rn. 14 ff.; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 19; Maor, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 3 AufenthG Rn. 1b.

786 Vgl. Maor, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 3 AufenthG Rn. 1a f.

787 Die Blaue Karte EU stellt einen Aufenthaltstitel für Fachkräfte mit akademischer Ausbildung zum Zweck einer ihrer Qualifikation angemessenen inländischen Beschäftigung dar, § 18g Abs. 1 AufenthG. Für ihre Erteilung muss ein Gehalt in Höhe von mindestens 50 Prozent der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung erhalten werden.

788 Eine ICT-Karte ist ein Aufenthaltstitel zum Zweck eines unternehmensinternen Transfers eines Ausländers, also die vorübergehende Abordnung eines ausländischen Beschäftigten, vgl. § 19 Abs. 1 AufenthG. Sie ist auf Führungskräfte und Spezialisten sowie Trainees beschränkt (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AufenthG).

789 Die Mobiler-ICT-Karte ist ein Aufenthaltstitel zum Zweck des unternehmensinternen Transfers für Führungskräfte, Spezialisten und Trainees, die Personen erteilt wird, die einen für die Dauer des Antragsverfahrens gültigen nach der RL (EU) 2014/66 erteilten Aufenthaltstitel eines anderen Mitgliedstaates besitzen, vgl. § 19b Abs. 1, 2 Nr. 1 AufenthG. Es geht also um die Personen, die eine ICT-Karte eines anderen EU-Staates besitzen und im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers auch in die Bundesrepublik Deutschland transferiert werden sollen, wenn der Transfer über 90 Tage hinaus andauern soll (sog. langfristige Mobilität), vgl. Dienelt/Neuhaus, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 19b AufenthG Rn. 3. Für Fälle kurzfristiger Mobilität gilt § 19a AufenthG.

790 § 4 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 4 AufenthG.

791 Vgl. Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 1, Rn. 1333.

Dauercharakter erlangt hat.⁷⁹² Für die vorliegende Untersuchung sind vor allem das Visum (§ 6 AufenthG) und die Aufenthaltserlaubnis (§ 7 AufenthG) von praktischer Relevanz, weshalb auf sie näher eingegangen werden soll. Sie stellen befristete Aufenthaltstitel dar, während die Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG) und die Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU (§ 9a AufenthG) als unbefristete Aufenthaltstitel erteilt werden.

Hinsichtlich Visa ist zwischen dem sogenannten Schengen-Visum, das für die Durchreise durch das Hoheitsgebiet der Schengen-Staaten oder für geplante Aufenthalte in diesem Gebiet von bis zu 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen erteilt wird (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG), und dem für längerfristige Aufenthalte im Bundesgebiet erforderlichen nationalen Visum (§ 6 Abs. 3 AufenthG) zu unterscheiden. Keinen Aufenthaltstitel stellen Flughafentransitvisa für die Durchreise durch die internationalen Transitzonen der Flughäfen dar,⁷⁹³ die Staatsangehörige bestimmter Drittstaaten benötigen.⁷⁹⁴ Schengen-Visa werden nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 810/2009 (Visakodex) erteilt. Ein Schengen-Visum eines anderen Schengen-Staates gilt als transnationaler Verwaltungsakt auch in der Bundesrepublik als Aufenthaltstitel.⁷⁹⁵ Eine Verlängerung ist bis zu einer Gesamtaufenthaltsdauer von 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen möglich; für weitere 90 Tage innerhalb des betreffenden Zeitraums von 180 Tagen ist dies nur in Ausnahmefällen möglich.⁷⁹⁶ Die Erteilung nationaler Visa richtet sich nach den für die Aufenthaltserlaubnis, die Blaue Karte EU, die ICT-Karte, die Niederlassungserlaubnis und die Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU geltenden Vorschriften.⁷⁹⁷ Visa werden grundsätzlich im Ausland durch die jeweils zuständigen Auslandsvertretungen erteilt.⁷⁹⁸

792 Dazu unten C. I. 2. e); *Gordzielik/Huber/Amir-Haeri/Naghipour*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 60a AufenthG Rn. 4; *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 1, Rn. 1333.

793 § 6 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Dass es sich nicht um einen Aufenthaltstitel handelt, ergibt sich schon aus dem Erteilungszweck, aber auch aus § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG, der ausdrücklich nur auf § 6 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 AufenthG Bezug nimmt, sowie aus § 26 Abs. 2 Satz 3 AufenthV.

794 Vgl. Anhang IV zur VO (EG) 810/2009: Afghanistan, Bangladesch, Demokratische Republik Kongo, Eritrea, Äthiopien, Ghana, Iran, Irak, Nigeria, Pakistan, Somalia, Sri Lanka.

795 Dies folgt aus dem Verweis des § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG auf VO (EG) Nr. 810/2009. Siehe dazu BGHSt 65, 257, 274; VGH München, Beschl. v. 21.2.2013 – 10 Cs 12.2679, BeckRS 2013, 48084, Rn. 9 ff.; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 73; *Kolber/Samel*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 6 AufenthG Rn. 30; *Maor*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 4 AufenthG Rn. 14.

796 Vgl. § 6 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 33 VO (EG) Nr. 810/2009.

797 § 6 Abs. 3 Satz 2 AufenthG.

798 § 71 Abs. 1 Satz 1 AufenthG; für das Schengen-Visum siehe Art. 4 ff. VO (EG) 810/2009; vgl. *Maor*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 4 AufenthG Rn. 14.

Die Aufenthaltserlaubnis ist ein befristeter Aufenthaltstitel, der zu einem bestimmten, im Regelfall⁷⁹⁹ gesetzlich vorgesehenen, Aufenthaltswitz erteilt wird.⁸⁰⁰ Die gesetzlich anerkannten Aufenthaltswitz sind im Aufenthaltsgesetz im Einzelnen geregelt. Sie umfassen den Aufenthalt zum Witz der Ausbildung⁸⁰¹, der Erwerbstätigkeit⁸⁰², aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen⁸⁰³ und aus familiären Gründen⁸⁰⁴. Daneben sind besondere Aufenthaltsrechte geregelt, etwa ein Recht auf Wiederkehr für Ausländer, die als Minderjährige rechtmäßig ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hatten (§ 37 AufenthG), Aufenthaltstitel für ehemalige Deutsche (§ 38 AufenthG) und Aufenthaltserlaubnisse für in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union langfristig Aufenthaltsberechtigte (§ 38a AufenthG). Die Befristung ist unter Berücksichtigung des beabsichtigten Aufenthaltswitz vorzunehmen, wobei die Frist auch nachträglich verkürzt werden kann, wenn eine für die Erteilung, die Verlängerung oder die Bestimmung der Geltungsdauer wesentliche Voraussetzung entfallen ist.⁸⁰⁵ Sofern dies bei der Erteilung nicht ausgeschlossen wurde, kann eine Aufenthaltserlaubnis unter denselben Voraussetzungen, die für ihre erstmalige Erteilung gelten, verlängert werden.⁸⁰⁶

Neben den tatsächlich erteilten Aufenthaltstiteln stellen die Fiktionswirkungen des Antrags auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels wichtige Legalisierungstatbestände des Aufenthalts im Bundesgebiet dar. So gilt der Aufenthalt eines Ausländers, der sich *rechtmäßig* im Bundesgebiet aufhält, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, bei Stellung eines Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über den Antrag als erlaubt.⁸⁰⁷ Beantragt ein Ausländer vor Ablauf seines Aufenthaltstitels dessen Verlängerung oder die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels, gilt der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über den Antrag als fortbestehend.⁸⁰⁸ Dies gilt allerdings nicht für Inhaber eines Schengen-Visums nach § 6 Abs. 1 AufenthG.⁸⁰⁹

799 Vgl. aber § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG: „In begründeten Fällen kann eine Aufenthaltserlaubnis auch für einen von diesem Gesetz nicht vorgesehenen Aufenthaltswitz erteilt werden.“

800 § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG.

801 §§ 16, 17 AufenthG.

802 §§ 18 bis 21 AufenthG.

803 §§ 22 bis 26 AufenthG. Von besonderer Relevanz sind derzeit Aufenthaltserlaubnisse für ukrainische Flüchtlinge, die auf Grundlage von § 24 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 RL (EG) 2001/55 und den dazugehörigen Beschlüssen des Europäischen Rates zur Gewährung vorübergehenden Schutzes erlassen wurden.

804 §§ 27 bis 36a AufenthG.

805 § 7 Abs. 2 AufenthG.

806 § 8 Abs. 1 und 2 AufenthG.

807 § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG; Huber/Schulz-Bredemeier, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 81 AufenthG Rn. 6a.

808 § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG; Huber/Schulz-Bredemeier, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 81 AufenthG Rn. 9.

809 § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG.

(2) Erteilungsvoraussetzungen

Hinsichtlich der Erteilungsvoraussetzungen eines Aufenthaltstitels müssen – mit Ausnahme des Schengen-Visums, dessen Erteilungsvoraussetzungen sich aus dem Visakodex ergeben – sowohl die in § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG geregelten allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen als auch die für den begehrten Aufenthaltstitel geltenden besonderen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen.⁸¹⁰ Nach § 5 Abs. 1 AufenthG setzt die Erteilung eines Aufenthaltstitels in der Regel voraus, dass der Lebensunterhalt gesichert ist (Nr. 1), die Identität und, falls er nicht zur Rückkehr in einen anderen Staat berechtigt ist, die Staatsangehörigkeit des Ausländers geklärt ist (Nr. 1a), kein Ausweisungsinteresse besteht (Nr. 2), soweit kein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels besteht, der Aufenthalt des Ausländers nicht aus einem sonstigen Grund Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt oder gefährdet (Nr. 3) und die Passpflicht nach § 3 AufenthG erfüllt wird (Nr. 4). Darüber hinaus setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, einer Blauen Karte EU, einer ICT-Karte, einer Niederlassungserlaubnis oder einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU grundsätzlich voraus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumserteilungsverfahren gemacht hat.⁸¹¹ § 5 Abs. 3 AufenthG bestimmt, dass die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen insbesondere in Fällen der Aufenthaltsgewährung zum vorläufigen Schutz und aus humanitären Gründen keine oder nur teilweise Anwendung finden.⁸¹²

Die Erteilung eines Aufenthaltstitels ist ausgeschlossen, wenn ein Einreise- und Aufenthaltsverbot gegen den Betroffenen erlassen worden ist.⁸¹³ Ein solches Einreise- und Aufenthaltsverbot ist insbesondere gegen Ausländer zu erlassen, die ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden sind oder gegen die eine Abschiebeanordnung nach § 58a AufenthG erlassen wurde.⁸¹⁴ Es kann zudem angeordnet werden, wenn ein Ausländer seiner Ausreisepflicht nicht innerhalb einer ihm gesetzten Ausreisefrist nachgekommen ist, es sei denn, der Ausländer war unverschuldet an der Ausreise gehindert oder die Überschreitung der Ausreisefrist war nicht erheblich.⁸¹⁵ Auch bei offensichtlich unbegründeten Asyl- oder Folgeanträgen kann ein entsprechendes Verbot verfügt werden.⁸¹⁶

810 Vgl. *Samel*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 5 AufenthG Rn. 2.

811 § 5 Abs. 2 AufenthG.

812 Für Einzelheiten kann auf die einschlägigen Kommentierungen zu § 5 AufenthG verwiesen werden. Sie sind für die migrationsstrafrechtliche Untersuchung nicht relevant, weil es insoweit überwiegend nur auf Vorliegen oder Fehlen eines Aufenthaltstitels ankommt (dazu unten D. I.).

813 § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG.

814 § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG.

815 § 11 Abs. 6 Satz 1 AufenthG.

816 Siehe § 11 Abs. 7 AufenthG.

(3) Zugang zu Erwerbstätigkeit

Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 AufenthG dürfen Ausländer, die einen Aufenthaltstitel besitzen, grundsätzlich eine Erwerbstätigkeit ausüben. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Gesetz ein Verbot bestimmt. Zudem kann die Erwerbstätigkeit durch Gesetz beschränkt sein. In diesen Fällen ist die Ausübung einer über das Verbot oder die Beschränkung hinausgehenden Erwerbstätigkeit erlaubnispflichtig.⁸¹⁷ Das im vorliegenden Zusammenhang wichtigste gesetzliche Verbot sieht § 6 Abs. 2a AufenthG für Inhaber von Schengen-Visa vor, die nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigen, es sei denn, sie wurden explizit zum Zweck der Erwerbstätigkeit erteilt.

b) Ausnahmen vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels

Vom Grundsatz des Erfordernisses eines Aufenthaltstitels bestehen wichtige Ausnahmen. Diese ergeben sich sowohl aus dem Recht der Europäischen Union, aus dem Assoziierungsabkommen EWG/Türkei und aus der Aufenthaltsverordnung sowie – im Fall der Ukraine-Flüchtlinge – aus der Ukraine-Aufenthalts-Übergangsverordnung.

aa) Unionsrecht

Der neben der Freizügigkeit von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen⁸¹⁸ und dem Aufenthaltsrecht für Staatsangehörige der Schweiz und deren Familienangehörige⁸¹⁹ wichtigste Befreiungstatbestand des Unionsrechts betrifft Kurzaufenthalte von Drittstaatsangehörigen, die keines (zusätzlichen) Aufenthaltstitels bedürfen.⁸²⁰ Dabei sind unterschiedliche Befreiungstatbestände zu unterscheiden.

Die EU-Visum-Verordnung (VO (EU) 2018/1806) regelt zunächst, welche Drittstaatsangehörigen beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten der EU im Besitz eines Visums sein müssen und welche von der Visumspflicht für Kurzaufenthalte befreit sind. Dementsprechend ist zwischen sogenannten Negativstaaten, die stets visumpflichtig sind,⁸²¹ und sogenannten Positivstaaten, die für einen Aufenthalt von 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen von der Visumspflicht

817 Im Einzelnen § 4a Abs. 1 und 2 AufenthG; vgl. *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 1, Rn. 45 ff.

818 Dazu oben C. I. 1.

819 Dieses Aufenthaltsrecht folgt aus dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit v. 2. September 2001, BGBl. 2001 II, S. 810.

820 Daneben ist auf Art. 6 Abs. 5 lit. a) VO (EU) 2016/399 (Recht zur Durchreise von Drittstaatsangehörigen mit Aufenthaltstitel oder Visum eines anderen Schengen-Staates) zu verweisen.

821 Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Anhang I der VO (EU) 2018/1806.

befreit sind,⁸²² zu differenzieren. Zu berücksichtigen ist, dass die Verordnung die Befreiung von der Visumspflicht teilweise – abhängig vom Herkunftsstaat – vom Besitz eines biometrischen Reisepasses abhängig macht.⁸²³ Die Befreiung von der Visumspflicht gilt nach dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 2018/1806 allerdings zunächst nur für das Überschreiten der Außengrenzen, also für die Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Union unter Überschreiten einer EU-Außengrenze. In der EU-Visum-Verordnung nicht geregelt ist die Befreiung von der Visumspflicht für die Dauer des Kurzaufenthalts. Diese ergibt sich jedoch aus Art. 20 Abs. 1 SDÜ, nach dem sichtvermerkfreie Drittstaatsangehörige sich im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien frei bewegen dürfen, sofern sie die Einreisevoraussetzungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. a), c) und e) VO (EU) 2016/399 erfüllen. Dementsprechend folgt aus dem Zusammenspiel von EU-Visum-Verordnung und Art. 20 Abs. 1 SDÜ, dass Positivstaater für die Dauer von 90 Tagen sowohl für die Einreise als auch für den Aufenthalt in der Bundesrepublik vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit sind.⁸²⁴ Erfolgt die Einreise über eine EU-Binnengrenze greift gleichfalls Art. 20 Abs. 1 SDÜ.⁸²⁵

Aus Art. 19 Abs. 1 SDÜ folgt zudem, dass sich Inhaber eines Schengen-Visums, das räumlich nicht beschränkt ist (Art. 19 Abs. 3 SDÜ), während der Gültigkeitsdauer des Visums frei im Hoheitsgebiet aller Vertragsparteien bewegen können. Hier besteht zwar keine Befreiung von der Visumspflicht insgesamt, es bedarf aber für die Einreise und den Aufenthalt keines zusätzlichen Aufenthaltstitels, wenn ein Schengen-Visum eines anderen Vertragsstaates vorliegt. Das Schengener Durchführungsübereinkommen sieht in seinem Art. 21 Abs. 1 SDÜ darüber hinaus vor, dass sich Drittstaatsangehörige, die Inhaber eines gültigen, von einer der Vertragsparteien ausgestellten (nationalen) Aufenthaltstitels sind, höchstens 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien bewegen dürfen, soweit sie die Einreisevoraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. a), c) und e) VO (EU) 2016/399 erfüllen und nicht auf der nationalen Ausschreibungsliste der betroffenen Vertragspartei stehen.⁸²⁶ In diesen Fällen liegt kein inländischer (deutscher) Aufenthaltstitel und auch kein transnationaler Verwaltungsakt vor. Die Regelung des Art. 21

822 Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang II der VO (EU) 2018/1806.

823 Dies hat zur Folge, dass bei Fehlen eines solchen biometrischen Reisepasses die Aufenthaltstitelpflicht im Sinne des § 95 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 AufenthG fortbesteht, mit der Folge, dass eine Einreise ohne Aufenthaltstitel unerlaubt bleibt, vgl. BGH, Beschl. v. 22.4.2020 – 2 StR 329/19, BeckRS 2020, 12388.

824 Zu diesem Zusammenspiel auch BGH NStZ 2013, 481, 482, noch zu VO (EG) 539/2001; VGH Kassel NVwZ-Beil. 2004, 19, 20.

825 Vgl. *Samel*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 14. Aufl. 2022, § 4 Rn. 23.

826 Die zuvor in Art. 5 SDÜ geregelten Einreisevoraussetzungen sind jetzt in Art. 6 des Schengener Grenzkodex (VO (EU) 2016/399) geregelt.

SDÜ bewirkt jedoch, dass ein solcher im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht erforderlich ist.⁸²⁷

Aus dem Unionsrecht ergeben sich daher folgende Grundsätze:

- Keines Aufenthaltstitels für Einreise und Aufenthalt von bis zu 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen bedürfen sogenannten Positivstaater nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang II VO (EU) 2018/1806. Aufgrund von Art. 20 Abs. 1 SDÜ gilt dies auch für die Einreise aus einem anderen Schengen-Staat. Demgegenüber müssen sogenannte Negativstaater bereits bei Überschreiten der Außengrenzen der EU-Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums sein.
- Keines zusätzlichen Aufenthaltstitels bedürfen Inhaber eines räumlich nicht beschränkten Schengen-Visums, das durch einen anderen Schengen-Staat erteilt worden ist, für die Dauer der Gültigkeit des Visums (Art. 19 Abs. 1 SDÜ).
- Drittstaatsangehörige im Besitz eines Aufenthaltstitels eines Schengen-Staates bedürfen für Kurzaufenthalte im Bundesgebiet von bis zu drei Monaten keines zusätzlichen Aufenthaltstitels (Art. 21 Abs. 1 SDÜ).

Nach § 17 Abs. 1 AufenthV greifen diese Befreiungen jedoch nicht, sofern die Betroffenen im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben. Dementsprechend entfällt mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit – nicht jedoch bereits bei Entschlussfassung über die Aufnahme einer solchen⁸²⁸ – die Befreiung von der Aufenthaltstitelpflicht und der Aufenthalt wird, sofern sie keinen Aufenthaltstitel eingeholt haben, aufgrund ihrer nach § 58 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG vollziehbaren Ausreisepflicht unerlaubt.⁸²⁹

bb) Assoziierungsabkommen EWG/Türkei

Für türkische Staatsangehörige können sich Aufenthaltsrechte unmittelbar aus dem sogenannten Assoziationsrecht ergeben. Schon 1963 schlossen die EWG-Staaten ein Assoziierungsabkommen mit der Türkei, in welchem die schrittweise Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbart wurde.⁸³⁰ Ein erster Schritt wurde mit dem *Beschluss Nr. 2/76 des Assoziationsrats EWG-Türkei über die Durchführung*

827 Voraussetzung bleibt aber – in verwaltungsrechtlicher Perspektive (zum Strafrecht unten D. I. 2.) –, dass die Voraussetzungen des Schengener Grenzkodex erfüllt werden, vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 3.11.2023 – 3 B 745/23, BeckRS 2023, 36518, Rn. 10 ff.; VG Bremen, Beschl. v. 12.8.2024 – 4 V 1808/24, BeckRS 2024, 21571, Rn. 22 ff.

828 Dazu unten E. II. 1. a) bb).

829 BGHSt 65, 257, 275; BGH NStZ 2017, 478, 479; OLG Oldenburg, Beschl. v. 15.12.2021 – 1 Ss 192/21, BeckRS 2021, 40476, Rn. 20; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 78; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 113, zur Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen Beihilfe Rn. 150.

830 Art. 12 des Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Türkei vom 12. September 1963 (64/733/EWG).

des Artikels 12 des Abkommens von Ankara (AR-Beschluss Nr. 2/76)⁸³¹ vollzogen. Der Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei über die Entwicklung der Assoziation (AR-Beschluss Nr. 1/80)⁸³², welcher am 1. Juli 1980 in Kraft trat, verbesserte die Rechtsstellung türkischer Arbeitnehmer mit bestehender Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis nochmals. So wurde türkischen Arbeitnehmern, die dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehörten, je nach Dauer der Beschäftigung ein Anspruch auf Erneuerung der Arbeitserlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber (nach einem Jahr), das Recht, sich für den gleichen Beruf bei einem Arbeitgeber seiner Wahl „auf ein unter normalen Bedingungen unterbreitetes und bei den Arbeitsämtern dieses Mitgliedstaates eingetragenes anderes Stellenangebot“ zu bewerben (nach drei Jahren), sowie schließlich freier Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis (nach vier Jahren) eingeräumt.⁸³³ Art. 7 ARB 1/80 sieht gleichfalls gestaffelte Regelungen für Familienangehörige türkischer Arbeitnehmer vor. Der Europäische Gerichtshof hat in mehreren Entscheidungen verdeutlicht, dass aus dem Beschluss, nicht aber aus dem Assoziierungsabkommen selbst,⁸³⁴ unmittelbare Rechte für türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen folgen.⁸³⁵ Zwar beziehen sich die Regelungen zunächst nur auf den Zugang zu Beschäftigung; jedoch lassen sie sich von einem Aufenthaltsrecht im jeweiligen Mitgliedstaat nicht trennen, sodass der Europäische Gerichtshof konsequenterweise davon ausgeht, dass Art. 6 und 7 ARB 1/80 türkischen Arbeitnehmern und ihren Familien auch entsprechend gestaffelte Aufenthaltsrechte gewähren.⁸³⁶ Liegen die Voraussetzungen vor, haben die Betroffenen eine vom Aufenthaltsgesetz unabhängige Rechtsstellung erlangt, die ihnen Aufenthaltsrechte losgelöst von den weiteren Voraussetzungen des deutschen Aufenthaltsrechts gewährt.⁸³⁷ Die nach § 4 Abs. 2 AufenthG erforderliche Aufenthaltserlaubnis zum Nachweis des Bestehens des Aufenthaltsrechts hat daher deklaratorischen Charakter.⁸³⁸ Aufenthaltsberechtigte nach dem Assoziationsrecht haben eine privilegierte Rechtsposition; so genießen sie einen erhöhten Ausweisungsschutz (§ 53 Abs. 3 AufenthG) und können daher nur ausgewiesen werden, wenn ihr persönliches Verhalten „gegenwärtig eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt, die ein Grund-

831 Abrufbar unter: <<https://www.migrationsrecht.net/arb-2-76/download.html>>.

832 Abrufbar unter: <<https://www.migrationsrecht.net/arb-1-80-nur-deutsche-fassung/download.html>>.

833 Art. 6 Abs. 1 AR-Beschluss Nr. 1/80.

834 EuGH NJW 1988, 1442 ff.

835 St. Rspr. EuGH NVwZ 1991, 255 ff.; 1995, 53, 54 f.; 2017, 537, 538; vgl. Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 8 Rn. 74 m.w.N.

836 St. Rspr. EuGH NVwZ 1991, 255, 256; 1995, 53, 54; 1995, 1093, 1095; 1997, 677, 678; 1999, 281, 282; 2000, 1277, 1279; 2005, 198, 199; EuGH, Urt. v. 25.9.2008 – C-453/07, EZAR NF 19 Nr. 32, 1, 3; EuGH, Urt. v. 14.1.2015 – C-171/13, EZAR NF 19 Nr. 75, 1, 5; dazu KG, Beschl. v. 9.11.2007 – 1 Ss 469/06, BeckRS 2007, 150007, Rn. 6.

837 KG, Beschl. v. 9.11.2007 – 1 Ss 469/06, BeckRS 2007, 150007, Rn. 6; vgl. Dienelt, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, Art. 6 ARB 1/80, Rn. 6.

838 Vgl. Samel, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 4 AufenthG Rn. 63.

interesse der Gesellschaft berührt[,] und die Ausweisung für die Wahrung dieses Interesses unerlässlich ist.“⁸³⁹ Das durch den ARB 1/80 gewährte Aufenthaltsrecht ist allerdings aus dem Recht zur Beschäftigung abgeleitet und deshalb abhängig davon, dass der türkische Arbeitnehmer dem regulären Arbeitsmarkt angehört.⁸⁴⁰ Dies setzt grundsätzlich voraus, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht,⁸⁴¹ sodass Arbeitsunfähigkeit und Renteneintritt die Rechtsposition entfallen lassen.⁸⁴²

cc) Aufenthaltsverordnung und UkraineAufenthÜV

Weitere Ausnahmen vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels ergeben sich schließlich aus der Aufenthaltsverordnung. Nach § 16 AufenthV in Verbindung mit Anlage A zur Aufenthaltsverordnung sind zunächst Inhaber bestimmter in der Anlage aufgeführter Dokumente vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels für die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet befreit, sofern vor dem 1. September 1993 abgeschlossene Sichtvermerksabkommen dem Erfordernis eines Aufenthaltstitels entgegenstehen. Dies gilt auch für Aufenthalte, die den Zeitraum für Kurzaufenthalte überschreiten. Weitere Befreiungen betreffen zur Dienstleistungserbringung kurzfristig in die Bundesrepublik entsandte Ausländer, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten innehaben (§ 17a AufenthV), Inhaber von Reiseausweisen für Flüchtlinge und Staatenlose, die von einem EU- oder EWR-Staat, der Schweiz oder einem Positivstaat im Sinne der VO (EU) 2018/1806 ausgestellt wurden, sofern der Reiseausweis eine bei Einreise noch mindestens vier Monate gültige Rückkehrberechtigung enthält und keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird (§ 18 AufenthV), Inhaber dienstlicher Pässe bestimmter Staaten (§ 19 AufenthV), Inhaber von Ausweisen der Europäischen Union und zwischenstaatlicher Organisationen und der Vatikanstadt (§ 20 AufenthV), Inhaber von Grenzgängerkarten⁸⁴³ für die Einreise, den Aufenthalt und für die in der Grenzgängerkarte bezeichnete Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet (§ 21 AufenthV) sowie für Schüler auf Sammelisten (§ 22 AufenthV). Darüber hinaus sieht die Aufenthaltsverordnung Befreiungen im grenzüberschreitenden Beförderungswesen (§§ 23 bis 26

⁸³⁹ Zum Ausweisungsschutz vgl. auch EuGH ZAR 2012, 158, 159, 161.

⁸⁴⁰ Vgl. Allgemeine Anwendungshinweise zum ARB 1/80, abgedruckt in: *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt* (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, Dritter Teil, ARB 1/80, Vorbemerkungen, Punkt 2.6.

⁸⁴¹ Vorübergehende unfreiwillige Arbeitslosigkeit steht dem nicht entgegen. Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit berühren daher nicht die aufgrund der vorherigen Beschäftigungszeit erworbenen Ansprüche, werden aber nicht den Zeiten der ordnungsgemäßen Beschäftigung gleichgestellt, vgl. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 ARB 1/80. Erst eine langfristige Arbeitslosigkeit führt – auch bei Personen, die bereits die dritte Stufe erreicht haben – zum Rechtsverlust; im Einzelnen *Dienelt*, in: *Bergmann/Dienelt* (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, Art. 6 ARB 1/80, Rn. 81 ff.

⁸⁴² EuGH NVwZ 1995, 1093, 1095; EuGH, Urt. v. 14.1.2015 – C-171/13, EZAR NF 19 Nr. 75, 1, 5 f.; vgl. *Dienelt*, in: *Bergmann/Dienelt* (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, Art. 6 ARB 1/80, Rn. 6, 101.

⁸⁴³ Vgl. § 12 AufenthV.

AufenthV) und sonstige Befreiungen in speziellen Konstellationen, etwa für Personen bei Vertretungen ausländischer Staaten, Rettungsfälle oder die Durchreise und Durchbeförderung, vor.⁸⁴⁴

Im Zuge des eskalierten russischen Angriffskriegs auf die Ukraine wurde zudem die *Verordnung zur vorübergehenden Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels von anlässlich des Krieges in der Ukraine eingereisten Personen* vom 7. März 2022 erlassen,⁸⁴⁵ die zuletzt am 27. November 2025 geändert wurde.⁸⁴⁶ Nach dieser Verordnung sind Ausländer ohne ukrainische Staatsangehörigkeit, die sich am 24. Februar 2022 in der Ukraine aufgehalten haben und die bis zum 4. Dezember 2026 in das Bundesgebiet eingereist sein werden, ohne den für einen langfristigen Aufenthalt im Bundesgebiet erforderlichen Aufenthaltstitel zu besitzen, für einen Zeitraum von 90 Tagen ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Einreise in das Bundesgebiet vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit.⁸⁴⁷ Gleiches gilt für ukrainische Staatsangehörige, die am 24. Februar 2022 einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Ukraine hatten, aber die sich zu diesem Zeitpunkt vorübergehend nicht in der Ukraine aufgehalten haben.⁸⁴⁸ Diese Personen können einen erforderlichen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen.⁸⁴⁹ Für ukrainische Staatsangehörige, die sich am 24. Februar 2022 in der Ukraine befanden, greift dagegen § 24 Abs. 1 AufenthG i.V.m. RL 2001/55/EG mit den dazugehörigen Beschlüssen des Rates der Europäischen Union; sie erhalten vorübergehenden Schutz und eine entsprechende Aufenthaltserlaubnis.⁸⁵⁰

dd) Zwischenergebnis

Danach ergibt sich, dass die für Drittstaatsangehörige grundsätzlich geltende Pflicht, einen Aufenthaltstitel zu besitzen, in zahlreichen Fällen durchbrochen ist. Die praktisch wichtigste Durchbrechung betrifft dabei Kurzaufenthalte von Positivstaaten nach der VO (EU) 2018/1806 sowie Kurzaufenthalte von Inhabern nationaler Visa anderer Schengen-Staaten. Liegt ein Befreiungstatbestand nicht vor, greift bei Drittstaatsangehörigen der Grundsatz des § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, wonach ein Aufenthaltstitel „erforderlich“ ist.

844 Vgl. §§ 27 bis 30a AufenthV.

845 BAnz AT 8. März 2022 VI.

846 BGBl. 2025 I, Nr. 293.

847 § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 UkraineAufenthÜV.

848 § 2 Abs. 2 Satz 1 UkraineAufenthÜV.

849 § 3 Satz 1 UkraineAufenthÜV.

850 Vgl. Durchführungsbeschluss (EU) 2022/382 des Rates vom 4. März 2022 zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine im Sinne des Artikels 5 der Richtlinie 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes.

c) Konsequenzen des Verstoßes gegen die Pass- oder Aufenthaltstitelpflicht

Der Verstoß gegen die Passpflicht oder die Pflicht zum Besitz eines Aufenthaltstitels führt dazu, dass eine Einreise in das Bundesgebiet unerlaubt ist.⁸⁵¹ Der Ausländer ist dann vollziehbar ausreisepflichtig.⁸⁵² Eine Einreise ist darüber hinaus unerlaubt, wenn der Ausländer zwar ein Visum bei Einreise besitzt, dieses aber durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkt oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichen wurde und deshalb mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder annulliert wird.⁸⁵³ Schließlich ist eine Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot unerlaubt.⁸⁵⁴ Ein Ausländer, der unerlaubt einreisen will, wird an der Grenze zurückgewiesen.⁸⁵⁵ Ist er bereits eingereist, kommt unter den Voraussetzungen des § 57 AufenthG eine Zurückschiebung in Betracht. Im Übrigen kann er abgeschoben werden.⁸⁵⁶

d) Beendigung des Aufenthalts

Mit Erlöschen des Aufenthaltstitels oder des Aufenthaltsrechts nach dem Assoziierungsabkommen EWG/Türkei endet, sofern nicht der Aufenthalt ohne Aufenthaltstitel rechtmäßig ist,⁸⁵⁷ die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes und der Ausländer ist grundsätzlich zur Ausreise verpflichtet;⁸⁵⁸ er muss das Bundesgebiet und das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der anderen Schengen-Staaten unverzüglich oder bis zum Ablauf einer ihm gesetzten Ausreisefrist verlassen.⁸⁵⁹ Zu den Erlöschensgründen von Aufenthaltstiteln gehören unter anderem der Ablauf der Geltungsdauer, der Eintritt einer auflösenden Bedingung⁸⁶⁰, die Rücknahme und der Widerruf, die Ausweisung des Ausländers und die Bekanntgabe einer Abschiebungsanordnung.⁸⁶¹ Wird der Ausreisepflicht nicht nachgekommen, kann diese durch Abschiebung (§ 58 Abs. 1 AufenthG) durchgesetzt werden. Der fortdauernde Aufenthalt im Bundesgebiet ist, wenn die Ausreisepflicht

851 § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AufenthG.

852 § 58 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG.

853 § 14 Abs. 1 Nr. 2a AufenthG.

854 § 14 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG.

855 § 15 Abs. 1 AufenthG.

856 § 58 AufenthG.

857 Neben den unter C. I. 1. und 2. b) skizzierten Konstellationen betrifft dies insbesondere Asylbewerber, denen der Aufenthalt im Bundesgebiet für die Dauer des Asylverfahrens gestattet ist (§ 55 Abs. 1 AsylG), Ausländer, die nach Maßgabe der §§ 18 bis 20 GVG nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG) und Personen, die für den diplomatischen und konsularischen Verkehr und für die Tätigkeit internationaler Organisation und Einrichtungen vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit sind (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG).

858 Vgl. *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 1 Rn. 1175.

859 §§ 50 Abs. 1 und 2, 51 Abs. 1 AufenthG.

860 BayObLG, Beschl. v. 25.2.2004 – 4St RR 2/04, BeckRS 2004, 2679.

861 § 51 Abs. 1 Nrn. 1 bis 5a AufenthG; vgl. *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 1, Rn. 1181 ff.

vollziehbar ist, eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder abgelaufen ist und keine Duldung⁸⁶² erfolgt, nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG als unerlaubter Aufenthalt strafbar.⁸⁶³

e) Duldung

Einen Spezialfall bildet die Duldung. Sie ist kein Aufenthaltstitel, sondern lediglich die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung, also eine verwaltungsvollstreckungsrechtliche Maßnahme.⁸⁶⁴ Der geduldete Ausländer ist vollziehbar ausreisepflichtig, sein Aufenthalt im Bundesgebiet unrechtmäßig.⁸⁶⁵ Reist er aus dem Bundesgebiet aus, erlischt die Duldung.⁸⁶⁶

Eine Duldung hat zu erfolgen, wenn eine Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird (§ 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG). Neben der zahlenmäßig größten Gruppe von Asylbewerbern, deren Asylantrag abgelehnt worden ist und denen auch kein anderer Schutzstatus zuerkannt worden ist, die jedoch vorübergehend auch nicht in ihren Herkunftsstaat oder einen anderen Staat abgeschoben werden können,⁸⁶⁷ betrifft die Duldung etwa auch Personen, die aufgrund eines überwiegenden Ausweisungsinteresses zwar ausgewiesen wurden, aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht abgeschoben werden können.⁸⁶⁸ Neben diesem Grundfall der Duldung finden sich inzwischen jedoch zahlreiche weitere Duldungstatbestände im Gesetz, etwa die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung.⁸⁶⁹

Da die Duldung mit Entfallen des Abschiebungshindernisses grundsätzlich jederzeit widerrufen und der Ausländer unverzüglich ohne erneute Androhung und Fristsetzung abgeschoben werden kann,⁸⁷⁰ ist die Aufenthaltssituation Geduldeter in besonderem Maße prekär. Die Ausübung der Erwerbstätigkeit ist Geduldeten nur unter strengen Voraussetzungen gestattet.⁸⁷¹ Geduldete unterliegen zudem zahl-

862 Dazu sogleich C. I. 2. e).

863 Dazu näher unten E. II. 1. b) bb).

864 Vgl. NK-Ausländerrecht/*Bruns/Hocks*, 3. Aufl. 2023, § 60a AufenthG Rn. 1; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 147.

865 § 60a Abs. 3 AufenthG; vgl. NK-Ausländerrecht/*Bruns/Hocks*, 3. Aufl. 2023, § 60a Rn. 2.

866 § 60a Abs. 5 Satz 1 AufenthG.

867 Zum Stichtag des 30. Juni 2024 waren unter 226.882 ausreisepflichtigen Personen 128.355 abgelehnte Asylbewerber, von denen 110.772 eine Duldung besaßen, vgl. BT-Drs. 20/12626, S. 23 f.

868 Etwa weil die humanitäre Situation eine Abschiebung in den betreffenden Staat unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten nicht zulässt oder weil persönliche Umstände einer Abschiebung in den Staat entgegenstehen, vgl. zu den Duldungsgründen *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 1, Rn. 1344 ff.

869 Vgl. §§ 60a Abs. 2 Sätze 2 bis 5, 2b, 60c, 60d AufenthG; vgl. ferner *Gordzielik/Huber/Amir-Haeri/Naghypour*, in: *Huber/Mantel* (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 60a AufenthG Rn. 3; NK-Ausländerrecht/*Bruns/Hocks*, 3. Aufl. 2023, § 60a Rn. 6.

870 § 60a Abs. 5 Satz 2 und 3 AufenthG.

871 Vgl. § 60a Abs. 5b und 6.

reichen Beschränkungen, insbesondere ist ihr Aufenthalt räumlich zunächst auf das Gebiet des Landes beschränkt.⁸⁷² Auch nach Ende der räumlichen Beschränkung ist ihre erneute Anordnung möglich.⁸⁷³ Geduldete Personen, deren Lebensunterhalt nicht gesichert ist, was aufgrund der restriktiven Erwerbsmöglichkeiten vielfach vorkommt, unterliegen zudem einer Wohnsitzauflage, müssen also ihren gewöhnlichen Aufenthalt an einem bestimmten Ort nehmen – regelmäßig dem Wohnort zum Zeitpunkt der Entscheidung über die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung.⁸⁷⁴ Stehen aufenthaltsbeendende Maßnahmen bevor, können Geduldeten Auflagen zur Sicherung und Durchsetzung der vollziehbaren Ausreisepflicht gemacht, insbesondere eine Meldeauflage erteilt werden.⁸⁷⁵ Das Gesetz lässt aber auch „weitere“ Bedingungen und Auflagen zu, ohne dass besondere Anordnungsvoraussetzungen bestünden.⁸⁷⁶ Besonderen Restriktionen unterliegen nach § 60b Abs. 5 AufenthG zudem Personen mit „ungeklärter Identität“, deren Abschiebung aus von ihnen selbst zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden kann, weil sie das Abschiebungshindernis durch eigene Täuschung über ihre Identität oder Staatsangehörigkeit oder durch eigene falsche Angaben selbst herbeigeführt haben oder zumutbare Handlungen zur Erfüllung der Passbeschaffungspflicht (§ 60b Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 AufenthG) nicht vornehmen.⁸⁷⁷

Nach der gesetzgeberischen Konzeption ist die Duldung ersichtlich auf eine vorübergehende Situation zugeschnitten. De facto waren zum Stichtag 30. Juni 2024 jedoch 182.727 Menschen als Geduldete im Ausländerzentralregister erfasst,⁸⁷⁸ wobei diese Personen teils langjährig im Nicht-Status der Duldung leben müssen. Ihre Lebenssituation ist in besonderem Maße durch Unsicherheit geprägt. Es ist daher bedenklich, dass der Gesetzgeber die Möglichkeiten der Duldungserteilung immer weiter ausgeweitet und damit ein Rechtsinstitut etabliert hat, das dem Aufenthaltstitel zwar angenähert ist, den Aufenthalt aber gerade nicht legalisiert.⁸⁷⁹ Statt einer konsequenten Anerkennung der Dauerhaftigkeit bestimmter Aufenthaltssituationen und ihrer Legalisierung hat der Gesetzgeber sich entschieden, ein paralleles Regelungsregime im Graubereich zu schaffen, aus dem sich die Betroffenen nur unter strengen Voraussetzungen und teils erst nach mehreren Jahren des geduldeten

872 § 61 Abs. 1, 1b AufenthG.

873 § 61 Abs. 1c AufenthG.

874 § 61 Abs. 1d AufenthG.

875 § 61 Abs. 1e AufenthG.

876 § 61 Abs. 1f AufenthG; vgl. NK-Ausländerrecht/*Keffler*, 3. Aufl. 2023, § 61 AufenthG Rn. 34.

877 Vgl. dazu *Nachtigall*, ZAR 2020, 271, 274 f.

878 BT-Drs. 20/12626, S. 23.

879 Vgl. *Gordzielik/Huber/Amir-Haeri/Naghipour*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 60a AufenthG Rn. 4; *Lam*, StV 2005, 464; tendenziell affirmativ NK-Ausländerrecht/*Bruns/Hocks*, 3. Aufl. 2023, § 60a Rn. 3 f.; für einen Überblick der Rechtsentwicklung vgl. *Nachtigall*, ZAR 2020, 271 ff.

Aufenthalts befreien können.⁸⁸⁰ Auf diese Weise wird ein „Aufenthaltsprekariat“ geschaffen und aufrechterhalten,⁸⁸¹ das von gesellschaftlicher Teilhabe aufgrund der eigenen Lebenssituation zwar nicht vollständig ausgeschlossen, jedoch in der Realisierung schon aufgrund der unsicheren Aufenthaltsperspektive gehemmt ist.⁸⁸²

f) Ordnungsverfügungen, Mitwirkungs- und Duldungspflichten

Das Aufenthaltsgesetz sieht die Möglichkeit für die Ausländerbehörden vor, teilweise strafbewehrte Ordnungsverfügungen gegen Ausländer zu erlassen. Nach § 46 Abs. 1 AufenthG kann die Ausländerbehörde gegenüber einem vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer etwa Maßnahmen zur Förderung der Ausreise treffen und ihn insbesondere verpflichten, den Wohnsitz an einem bestimmten Ort zu nehmen. Darüber hinaus kann einem Ausländer die Ausreise aus der Bundesrepublik nach § 46 Abs. 2 AufenthG in entsprechender Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Passgesetzes oder zur Verhinderung der Einreise in einen anderen Staat ohne die dafür erforderlichen Dokumente und Erlaubnisse untersagt werden.⁸⁸³ In § 47 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AufenthG ist außerdem die Möglichkeit vorgesehen, die grundsätzlich zulässige⁸⁸⁴ politische Betätigung eines Ausländers zu beschränken oder zu untersagen.⁸⁸⁵

Ausländer unterliegen zudem zahlreichen Mitwirkungs- und Duldungspflichten.⁸⁸⁶ So ist ein Ausländer verpflichtet, bestimmte mit Lichtbild versehene Dokumente den kontrollbefugten Behörden vorzulegen und es ihnen zu ermöglichen, sein Gesicht mit dem Lichtbild im Dokument abzugleichen.⁸⁸⁷ Darüber hinaus sind Ausländer verpflichtet, ihren Pass, Passersatz oder Ausweisersatz und ihren Aufenthaltstitel oder eine Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung auf Verlangen den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden vorzulegen,

880 Immerhin für gut integrierte Jugendliche und junge Volljährige sieht § 25a AufenthG die Möglichkeit vor, nach zwölf Monaten eine Aufenthaltserlaubnis zu erlangen. Auch für Erwachsene sieht § 25b AufenthG diese Möglichkeit „bei nachhaltiger Integration“ vor. Verlangt wird aber in der Regel ein mindestens sechsjähriger geduldeter Aufenthalt oder, falls der Ausländer mit einem minderjährigen ledigen Kind in häuslicher Gemeinschaft lebt, ein mindestens vierjähriger Aufenthalt. Zudem muss der Betroffene seinen Lebensunterhalt überwiegend durch Erwerbstätigkeit sichern. Darüber hinausgehend wurde mit dem Chancen-Aufenthaltsrecht in § 104c AufenthG für Personen, die sich am 31. Oktober 2022 seit fünf Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet aufgehalten haben, die Möglichkeit einer Legalisierung ihres Aufenthaltsstatus geschaffen.

881 Vgl. *Nachtigall*, ZAR 2020, 271, 278: „selbst geschaffen“.

882 Vgl. *Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 60a AufenthG Rn. 21: „eher prekär“; *Kluth*, ZAR 2023, 16, 17: „Anwesenheit auf Abruf“; *Nachtigall*, ZAR 2020, 271, 278.

883 Vgl. näher *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, *Aufenthaltsrecht*, 2. Aufl. 2025, Teil 1, Rn. 1133 ff.

884 § 47 Abs. 1 Satz 1 AufenthG; vgl. *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, *Aufenthaltsrecht*, 2. Aufl. 2025, Teil 1, Rn. 1141.

885 Näher *Samel*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 47 AufenthG Rn. II ff.

886 Für einen Überblick vgl. *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, *Aufenthaltsrecht*, 2. Aufl. 2025, Teil 1, Rn. 1155 ff.

887 § 47a AufenthG.

auszuhändigen und vorübergehend zu überlassen, soweit dies zur Durchführung oder Sicherung von Maßnahmen nach dem Aufenthaltsgesetz erforderlich ist.⁸⁸⁸ Ausländer, die keinen gültigen Pass oder Passersatz besitzen, sind verpflichtet, an der Beschaffung eines solchen mitzuwirken.⁸⁸⁹ Sie müssen zudem alle Urkunden, sonstigen Unterlagen und Datenträger, die für die Feststellung ihrer Identität und Staatsangehörigkeit und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sein können und in deren Besitz sie sind, den zuständigen Behörden auf Verlangen vorlegen, aushändigen oder überlassen.⁸⁹⁰ Kommt ein Ausländer dieser Vorlage-, Aushändigungs- oder Überlassungspflicht nicht nach und bestehen tatsächliche Anhaltspunkte, dass er im Besitz entsprechender Unterlagen oder Datenträger ist, können er, die in seinem Besitz befindlichen Sachen sowie seine Wohnung nach diesen durchsucht werden, wobei im Falle der Wohnungsdurchsuchung ein Richtervorbehalt besteht.⁸⁹¹ Der Ausländer hat die Durchsuchung dabei zu dulden.⁸⁹² Ausländerbehörden können ferner Datenträger, einschließlich mobiler Geräte, wie Mobiltelefone und Tablets, und Cloud Dienste, auslesen und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auswerten, um die Identität und Staatsangehörigkeit eines Ausländers, der keinen Pass, Passersatz oder sonstigen geeigneten Identitätsnachweis besitzt, festzustellen und Rückführungsmöglichkeiten in einen anderen Staat festzustellen und geltend zu machen.⁸⁹³ Der Betroffene hat den Behörden die notwendigen Zugangsdaten zur Verfügung zu stellen.⁸⁹⁴

§ 49 AufenthG enthält weitere Regelungen zur Überprüfung, Feststellung und Sicherung der Identität eines Ausländers. So dürfen die zuständigen Behörden biometrische und sonstige Daten aus Identitätspapieren auslesen, die benötigten biometrischen Daten beim Dokumenteninhaber erheben und die biometrischen Daten miteinander vergleichen.⁸⁹⁵ Ausländer sind zudem verpflichtet, gegenüber Ausländerbehörden auf Verlangen die erforderlichen Angaben zu ihrem Alter, ihrer Identität und ihrer Staatsangehörigkeit zu machen.⁸⁹⁶ Sie müssen ferner die von der Vertretung des Staates, dessen Staatsangehörigkeit sie (vermutlich) besitzen, geforderten und mit deutschem Recht in Einklang stehenden Erklärungen im Rahmen der Beschaffung von Heimreisedokumenten abgeben.⁸⁹⁷ In zahlreichen Konstellationen sieht

888 § 48 Abs. 1 Satz 1 AufenthG.

889 § 48 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 AufenthG.

890 § 48 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 AufenthG.

891 § 48 Abs. 3 Satz 2 und 3 AufenthG.

892 § 48 Abs. 3 Satz 4 AufenthG.

893 § 48 Abs. 3a und 3b AufenthG.

894 § 48 Abs. 3a Satz 2 AufenthG. Im Falle der Weigerung können Zugangsdaten beim Telekommunikationsdienstleister abgefragt werden, vgl. § 48a AufenthG.

895 § 49 Abs. 1 AufenthG.

896 § 49 Abs. 2 Halbsatz 1 AufenthG.

897 § 49 Abs. 2 Halbsatz 2 AufenthG.

das Gesetz zudem die Feststellung und Sicherung der Identität eines Ausländers vor durch das Aufnehmen von Lichtbildern, das Abnehmen von Fingerabdrücken sowie Messungen und ähnlichen Maßnahmen, einschließlich körperlicher Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zum Zwecke der Feststellung des Alters vorgenommen werden, wenn kein Nachteil für die Gesundheit des Ausländers zu befürchten ist, wobei die Maßnahmen bei Ausländern, die das sechste Lebensjahr vollendet haben, zulässig sind.⁸⁹⁸ Zur Bestimmung des Herkunftsstaates oder der Herkunftsregion eines Ausländers kann zudem sein gesprochenes Wort aufgezeichnet werden, sofern er vorher darüber in Kenntnis gesetzt wurde.⁸⁹⁹ Entsprechende Maßnahmen müssen Ausländer gleichfalls dulden.⁹⁰⁰

3. Asylsuchende und Asylbewerber

Der Rechtsstatus von Ausländern, die Schutz vor politischer Verfolgung nach Art. 16a Abs. 1 GG oder internationalen Schutz nach der Richtlinie 2011/95/EU beantragen, bestimmt sich für die Dauer des sich an den Antrag anschließenden Asylverfahrens maßgeblich nach dem Asylgesetz.⁹⁰¹ Sucht ein Ausländer um Asyl nach, wird ihm noch vor Asylantragstellung eine Bescheinigung über die Meldung als Asylsuchender (sogenannter Ankunftsnaechweis) ausgestellt.⁹⁰² Ab diesem Zeitpunkt ist dem Ausländer der Aufenthalt im Bundesgebiet zur Durchführung des Asylverfahrens gestattet.⁹⁰³ Ist ein Ankunftsnaechweis nicht ausgestellt worden, entsteht die Aufenthaltsgestattung mit der Stellung des Asylantrags.⁹⁰⁴ Die Aufenthaltsgestattung stellt keinen Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Abs. 1 AufenthG dar,⁹⁰⁵ legalisiert aber den Aufenthalt im Bundesgebiet.⁹⁰⁶ Passpflicht und Aufenthaltstitelpflicht sind für die Geltungsdauer der Aufenthaltsgestattung suspendiert.⁹⁰⁷ Die Aufenthaltsgestattung erlischt unter den in § 67 Abs. 1 AsylG genannten Voraussetzungen, insbesondere mit einer unanfechtbaren Entscheidung des Bundesamtes für Migration und

898 § 49 Abs. 3, 4, 4a, 5, 6 und 6a AufenthG. Bei einem Aufgreifen in Verbindung mit der unerlaubten Einreise oder dem unerlaubten Aufenthalt sind zur Identitätssicherung erkennungsdienstliche Maßnahmen durchzuführen, vgl. § 49 Abs. 8 und 9 AufenthG.

899 § 49 Abs. 7 AufenthG.

900 § 49 Abs. 10 AufenthG.

901 Vgl. § 1 Abs. 1 AsylG.

902 § 63a AsylG.

903 § 55 Abs. 1 Satz 1 AsylG. Liegt ein sogenannter Zweitantrag vor, hat der Ausländer also bereits erfolglos ein Asylverfahren in einem sicheren Drittstaat im Sinne des § 71a Abs. 1 AsylG durchlaufen, ist ein erneutes Asylverfahren im Bundesgebiet nur durchzuführen, wenn die Bundesrepublik Deutschland für die Durchführung zuständig ist und die Voraussetzungen des Wiederaufgreifens des Verfahrens nach § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG vorliegen, vgl. § 71a Abs. 1 AsylG. Der Aufenthalt des Ausländers gilt in diesen Fällen als geduldet, § 71a Abs. 3 Satz 1 AsylG; eine Aufenthaltsgestattung erhält er nicht.

904 § 55 Abs. 1 Satz 3 AsylG. In diesen Fällen greift im Blick auf die dann unerlaubte Einreise allerdings Art. 31 Abs. 1 GFK ein. Dazu unten C. IV. 2.

905 Vgl. *Samel*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 4 AufenthG Rn. 45.

906 Vgl. *Amir-Haeri*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), *Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz*, 4. Aufl. 2025, § 55 AsylG Rn. 1.

907 Vgl. oben C. I. 2. a) aa).

Flüchtlinge über den Asylantrag oder mit Vollziehbarwerden einer Abschiebungsandrohung, die erfolgt, wenn dem Antragsteller kein Schutzstatus zuerkannt und auch kein Verbot der Abschiebung festgestellt wird.⁹⁰⁸

Ein Ausländer, der nicht im Besitz der erforderlichen Einreisepapiere ist, hat an der Grenze um Asyl nachzusuchen und sich im Falle der unerlaubten Einreise unverzüglich bei einer Aufnahmeeinrichtung zu melden oder bei der Ausländerbehörde oder der Polizei um Asyl nachzusuchen. Den nachfolgenden Asylantrag muss er unverzüglich stellen.⁹⁰⁹ Mit der Asylantragstellung erlöschen eine Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels sowie Aufenthaltstitel mit einer Gesamtgeltungsdauer bis zu sechs Monaten; auch die Fiktionswirkungen des § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG erlöschen.⁹¹⁰ Vor dem bestandskräftigen Abschluss des Asylverfahrens ist die Erteilung eines Aufenthaltstitels nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig.⁹¹¹

Ausländer unterliegen während des Asylverfahrens zahlreichen Beschränkungen sowie Duldungs- und Mitwirkungspflichten.⁹¹² So ist ihre Aufenthaltsgestattung räumlich auf den Bezirk der Ausländerbehörde beschränkt, in dem die für ihre Aufnahme zuständige Aufnahmeeinrichtung liegt.⁹¹³ Für das Verlassen des Geltungsbereichs der Aufenthaltsgestattung bedürfen sie einer Erlaubnis.⁹¹⁴ Die räumliche Beschränkung erlischt nach drei Monaten erlaubten, geduldeten oder gestatteten ununterbrochenen Aufenthalts, sofern nicht die Verpflichtung besteht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen.⁹¹⁵ Die Verpflichtung, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, besteht nach § 47 Abs. 1 Satz 1 AsylG allerdings grundsätzlich bis zur Entscheidung des Bundesamtes über den Asylantrag und im Falle der Ablehnung des Asylantrags bis zur Ausreise oder bis zum Vollzug der Abschiebungsandrohung, längstens jedoch bis zu 18 Monate. Nur bei minderjährigen Kindern und ihren Eltern oder anderen Sorgeberechtigten sowie ihren volljährigen ledigen Geschwistern reduziert sich die Höchstdauer auf sechs Monate.⁹¹⁶ In bestimmten Fällen, insbesondere bei einer Verletzung von bestimmten Mitwirkungspflichten, für Ausländer aus sicheren Herkunftsstaaten oder in Fällen, in denen die Länder dies abweichend geregelt haben, besteht die Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, auch über 18 Monate

908 Vgl. § 34 Abs. 1 AsylG.

909 Vgl. § 13 Abs. 3 AsylG.

910 § 55 Abs. 2 Satz 1 AsylG. Die Fiktionswirkung bleibt allerdings bestehen, wenn der Ausländer einen Aufenthaltstitel mit einer Geltungsdauer von mehr als sechs Monaten besessen und dessen Verlängerung beantragt hat, § 55 Abs. 2 Satz 2 AsylG.

911 § 10 Abs. 1 AufenthG.

912 Für einen Überblick *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 4, Rn. 84 ff.

913 § 56 Abs. 1 AsylG.

914 Vgl. §§ 57, 58 AsylG.

915 § 59a Abs. 1 AsylG.

916 § 47 Abs. 1 Satz 1 AsylG.

hinaus.⁹¹⁷ Die räumliche Beschränkung besteht daher oftmals deutlich länger als drei Monate.⁹¹⁸ Unter bestimmten Voraussetzungen kann die räumliche Beschränkung zudem auch nach Erlöschen von der Ausländerbehörde angeordnet werden, insbesondere bei Straffälligkeit oder bevorstehender Aufenthaltsbeendigung.⁹¹⁹

Für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, dürfen Ausländer grundsätzlich keine Erwerbstätigkeit ausüben.⁹²⁰ Dieses Verbot gilt nur dann nicht, wenn das Asylverfahren bereits länger als sechs Monate andauert, die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder ihre Zustimmung entbehrlich ist, der Betroffene nicht Staatsangehöriger eines sicheren Herkunftsstaates ist und der Asylantrag nicht als offensichtlich unbegründet oder als unzulässig abgelehnt wurde.⁹²¹ Darüber hinaus sieht § 61 Abs. 2 AsylG die Möglichkeit vor, einem Asylbewerber, der sich seit drei Monaten gestattet im Bundesgebiet aufhält, die Ausübung einer Beschäftigung zu erlauben, wobei die Entscheidung im behördlichen Ermessen steht.⁹²³ Ausländern aus sicheren Herkunftsstaaten darf während des Asylverfahrens eine Beschäftigung nicht erlaubt werden.⁹²⁴

Daneben treffen Asylantragsteller allgemeine und besondere Mitwirkungspflichten. Die allgemeinen Mitwirkungspflichten sind in § 15 AsylG geregelt. Dazu gehören unter anderem die im Blick auf die Strafbewehrung des § 85 Abs. 1 Nr. 5 und 6 AsylG im vorliegenden Zusammenhang relevante Pflicht des Asylbewerbers, den mit der Ausführung des Asylgesetzes betrauten Behörden die erforderlichen Angaben wahrheitsgemäß und nach bestem Wissen und Gewissen mündlich und nach Aufforderung auch schriftlich zu machen (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 AsylG), die Pflicht, seinen Pass oder Passersatz den zuständigen Behörden vorzulegen, auszuhändigen und zu überlassen (§ 15 Abs. 2 Nr. 4 AsylG), die Pflicht, alle erforderlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, die in seinem Besitz sind, den zuständigen Behörden vorzulegen, auszuhändigen und zu überlassen (§ 15 Abs. 2 Nr. 5 AsylG), sowie die Pflicht, im Falle des Nichtbesitzes eines gültigen Passes oder Passersatzes an der Beschaffung eines Identitätspapiers mitzuwirken und auf Verlangen alle Datenträger, die für die Identitäts- und Staatsangehörigkeitsfeststellung von Bedeutung sein können und in

917 § 47 Abs. 1 Satz 2, Abs. 1a und Abs. 1b AsylG; aus verfassungsrechtlicher Perspektive kritisch gegenüber dieser Regelung *Werdermann*, ZAR 2018, 11 ff.

918 Kritisch gegenüber der Verhältnismäßigkeit der zeitlichen Ausweitung *Amir-Haeri*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 56 AsylG Rn. 1.

919 Vgl. § 59b Abs. 1 AsylG.

920 § 61 Abs. 1 Satz 1 AsylG.

921 Auch bei einem als offensichtlich unbegründet oder als unzulässig abgelehnten Asylantrag ist die Ausübung der Beschäftigung zu erlauben, wenn das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Entscheidung des Bundesamtes angeordnet hat, § 61 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Nr. 4 AsylG a.E.

922 § 61 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 AsylG.

923 § 61 Abs. 2 Satz 1 AsylG.

924 § 61 Abs. 2 Satz 4 AsylG.

deren Besitz er ist, den zuständigen Behörden vorzulegen, auszuhändigen und zu überlassen (§ 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylG).

Nach Entlassung aus einer Aufnahmeeinrichtung sind die Betroffenen unverzüglich innerhalb des jeweiligen Bundeslandes zu verteilen.⁹²⁵ Die zuständige Landesbehörde erlässt zu diesem Zweck eine Zuweisungsverfügung.⁹²⁶ Der Betroffene hat sich sodann unverzüglich zu der in der Zuweisungsverfügung angegebenen Stelle zu begeben.⁹²⁷ Tut er dies nicht unverzüglich, macht er sich gemäß § 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG strafbar.⁹²⁸ Personen, deren Lebensunterhalt nicht gesichert ist, werden dabei verpflichtet, an dem in der Zuweisungsverfügung angegebenen Ort ihren gewöhnlichen Aufenthalt zu nehmen, erhalten also eine Wohnsitzauflage.⁹²⁹ Sie können darüber hinaus verpflichtet werden, in einer bestimmten Gemeinde, in einer bestimmten Wohnung oder Unterkunft zu wohnen,⁹³⁰ in eine bestimmte Gemeinde, Wohnung oder Unterkunft umzuziehen⁹³¹ oder in dem Bezirk einer anderen Ausländerbehörde desselben Landes ihren gewöhnlichen Aufenthalt und Wohnung oder Unterkunft zu nehmen.⁹³² Damit bleibt es auch nach Ende der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, für einen Großteil der Betroffenen aufgrund ihrer eingeschränkten Erwerbsmöglichkeiten bei einer – wenn auch weniger einschneidenden – Einschränkung ihrer Freizügigkeit.

II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Das Grundgesetz enthält nur wenige für das Migrationsstrafrecht unmittelbar relevante Bestimmungen. Für die Abgrenzung zwischen Deutschen und Ausländern ist zunächst die Definition des Art. 116 Abs. 1 GG von Bedeutung. Danach ist „Deutscher im Sinne des Grundgesetzes [...] vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelungen, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.“ Das Grundgesetz unterscheidet demnach zwischen deutschen Staatsangehörigen und Personen deutscher Volkszugehörigkeit. Alle übrigen Personen sind im verfassungsrechtlichen Sinne keine Deutschen und werden in der Terminologie des Aufenthaltsgesetzes als „Ausländer“ bezeichnet.⁹³³

925 Zu den Voraussetzungen der Entlassung aus der Aufnahmeeinrichtung § 50 Abs. 1 AsylG.

926 § 50 Abs. 5 AsylG.

927 § 50 Abs. 6 AsylG.

928 Dazu unten E. III. b) aa).

929 § 60 Abs. 1 Satz 1 AsylG.

930 § 60 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AsylG.

931 § 60 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AsylG.

932 § 60 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AsylG.

933 § 2 Abs. 1 AufenthG: „Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes ist.“

Der Erwerb, Besitz und Verlust der Staatsangehörigkeit ist wiederum im Staatsangehörigkeitsgesetz geregelt. Art. 16 Abs. 1 GG enthält zudem verfassungsrechtliche Schrankenbestimmungen für den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit. So darf die deutsche Staatsangehörigkeit nicht entzogen werden; ihr Verlust darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird. Personen, denen während der NS-Herrschaft ihre Staatsangehörigkeit aus „politischen, rassischen oder religiösen Gründen“ entzogen worden ist, und ihre Abkömmlinge sind auf Antrag wieder einzubürgern.⁹³⁴ Sie gelten als nicht ausgebürgert und damit als Deutsche, sofern sie nach dem 8. Mai 1945 ihren Wohnsitz in Deutschland genommen und nicht einen entgegengesetzten Willen zum Ausdruck gebracht haben.⁹³⁵ Für das Migrationsstrafrecht ist die Frage, ob eine Person Deutscher oder Ausländer ist, vor allem dort bedeutsam, wo Straftatbestände die „Ausländereigenschaft“ voraussetzen.⁹³⁶

Daneben ist vor allem der Grundrechte-Katalog der Art. 1 bis 19 GG von zentraler Bedeutung. Auf diesen können sich, sofern es sich nicht ausdrücklich um Deutschengrundrechte handelt (Art. 8, Art. 9, Art. 11 und Art. 12 GG), auch Ausländer berufen.⁹³⁷ Hinsichtlich der Deutschengrundrechte erkennt das Bundesverfassungsgericht zudem in ständiger Rechtsprechung an, dass sich Ausländer jedenfalls auf den jeweiligen menschenrechtlichen Kerngehalt des Grundrechts als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit berufen können, auch wenn insoweit die Schrankenregelungen des Art. 2 Abs. 1 GG greifen.⁹³⁸ Für die Praxis des Migrationsverwaltungsrechts kommt im Blick auf den Familiennachzug vor allem Art. 6 GG, dem Grundrecht auf Ehe und Familie, besondere Bedeutung zu.⁹³⁹ Im Bereich des Flüchtlingsschutzes steht freilich das Asylgrundrecht des Art. 16a Abs. 1 GG im Mittelpunkt. Auf dieses sollen sich die folgenden Ausführungen konzentrieren.

1. Asylgrundrecht

Art. 16a Abs. 1 GG bestimmt: „Politisch Verfolgte genießen Asylrecht“. Die Vorschrift enthält damit ein subjektiv-öffentliches Recht auf Schutzgewährung vor politischer Verfolgung.⁹⁴⁰ Das Grundrecht auf Asyl wurde in seiner ursprünglich uneingeschränkt gewährten Form (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG a.F.) in Reaktion auf die NS-

934 Art. 116 Abs. 2 Satz 1 GG.

935 Art. 116 Abs. 2 Satz 2 GG.

936 Dazu unten E. I. 1.

937 Vgl. statt vieler Meyer, JA 2023, 655; Sommer, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkman (Hrsg.), Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, 2007, 61, 62.

938 BVerfG NJW 1974, 227; NJW 1988, 2290, 2291; NVwZ 2000, 1281, 1283; NJW 2002, 663; Meyer, JA 2023, 655.

939 Vgl. dazu oben A. II. 4. a).

940 Vgl. Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 83. EL 2018, Art. 16a Rn. 183; NK-Ausländerrecht/Möller, 3. Aufl. 2023, Art. 16a GG Rn. 1.

Herrschaft, aber auch vor dem Hintergrund des sich abzeichnenden Kalten Krieges in das Grundgesetz aufgenommen und ging in seinen Gewährleistungen deutlich über den seinerzeitigen Stand des Völkerrechts sowie zahlreicher nationaler Rechtsordnungen hinaus.⁹⁴¹ Seine heutige Fassung hat das Grundrecht durch den sogenannten Asylkompromiss erhalten.⁹⁴² Für den Asylberechtigten folgt aus Art. 16a Abs. 1 GG das Recht auf dauerhaften Aufenthalt und Schutz vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen.⁹⁴³ Über die Asylberechtigung wird im einfachgesetzlich geregelten Asylverfahren entschieden, wobei allerdings umstritten ist, ob der Entscheidung des Bundesamtes rein deklaratorische oder konstitutive Bedeutung zukommt.⁹⁴⁴ Bis zur Entscheidung über den Asylantrag gewährt Art. 16a Abs. 1 GG im Rahmen einer sogenannten Vorwirkung ein Einreise- und vorläufiges Aufenthaltsrecht.⁹⁴⁵ Asylantragsteller dürfen daher an der Grenze nicht zurückgewiesen werden.⁹⁴⁶ Ihre Einreise und ihr Aufenthalt nach Äußerung des Asylgesuchs gilt – auch wenn sie keinen gültigen Pass oder Aufenthaltstitel haben – bis zur abschließenden Entscheidung über den Asylantrag abweichend von den Regelungen des Aufenthaltsgesetzes als gestattet. Dies folgt aus § 18 Abs. 1 und § 18a Abs. 6 AsylG, welche die Einreise- und Aufenthaltsgestattung von Asylsuchenden regeln, in Verbindung mit § 55 Abs. 1 Satz 1 AsylG, der bestimmt, dass der Aufenthalt von Asylsuchenden ab Ausstellung eines Ankunfts- nachweises gestattet ist, sowie aus § 64 Abs. 1 AsylG, wonach Asylbewerber ihrer Ausweisungspflicht für die Dauer des Asylverfahrens durch die Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung genügen.⁹⁴⁷ Die Einreise und der Aufenthalt auch ohne Pass, Visum oder Aufenthaltstitel ist in diesen Fällen nicht im Sinne des § 95 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG tatbestandsmäßig, da die durch das Asylgesuch bewirkte und im Asylgesetz geregelte Gestattung von Einreise und Aufenthalt das „Erfordernis“ eines Passes und eines Aufenthaltstitels nach § 14 AufenthG suspendiert.⁹⁴⁸

941 Vgl. Dreier-GG/*Eichenhofer*, 4. Aufl. 2023, Art. 16a Rn. 10; zur historischen Entwicklung auch *Tiedemann*, ZAR 2009, 161, 162; Sachs-GG/*Will*, 10. Aufl. 2024, Art. 16a Rn. 3.

942 Dazu bereits oben A. II. 4. c).

943 Vgl. Dreier-GG/*Eichenhofer*, 4. Aufl. 2023, Art. 16a Rn. 85 f.; NK-Ausländerrecht/*Möller*, 3. Aufl. 2023, Art. 16a GG Rn. 1, 31.

944 Vgl. dazu Dreier-GG/*Eichenhofer*, 4. Aufl. 2023, Art. 16a Rn. 87.

945 BVerfGE 80, 68, 74; BVerfG NVwZ 1996, 678, 679; 1996, 700, 706; NVwZ-Beil. 1997, 26; 1999, 49, 50; BVerwG NVwZ 1984, 591; 1992, 682, 684; 1997, 1109, 1111; vgl. *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 280; *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 83. EL 2018, Art. 16a Rn. 342; NK-Ausländerrecht/*Möller*, 3. Aufl. 2023, Art. 16a GG Rn. 31; *Sommer*, in: *Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkman* (Hrsg.), *Perspektivwechsel im Ausländerrecht?*, 2007, 61, 64; *Weizsäcker*, in: *Robertson-von Trotha* (Hrsg.), *60 Jahre Grundgesetz*, 2009, 183, 184 f.; Sachs-GG/*Will*, 10. Aufl. 2024, Art. 16a Rn. 14.

946 § 15 Abs. 4 Satz 2 AufenthG; *Groß*, JZ 2019, 327, 331.

947 Siehe auch BGH NStZ 2022, 239, 241; OLG Bamberg NStZ 2015, 404, 405; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 124.

948 BGH NStZ 2022, 239, 241; OLG Bamberg NStZ 2015, 404, 405; vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 80; *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386 f.; *Hohoff*, in: *Kluth/Heusch* (Hrsg.), *BeckOK-Ausländerrecht*, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 33.

Während Art. 16a Abs. 1 GG weiterhin an das schrankenlos gewährte Grundrecht des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG a.F. anknüpft, reduzieren die folgenden Absätze den Anwendungsbereich des Asylgrundrechts allerdings deutlich.⁹⁴⁹ Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG bestimmt zunächst, dass sich auf das Asylgrundrecht nicht berufen kann, „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.“ Damit wird der persönliche Geltungsbereich des Asylgrundrechts beschränkt.⁹⁵⁰ Das (vorläufige) Aufenthaltsrecht greift in diesen Fällen nicht ein.⁹⁵¹ Den Betroffenen wird nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG die Einreise verweigert.⁹⁵² Die sicheren Drittstaaten außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften, die bereits unmittelbar nach Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG unwiderleglich als sichere Drittstaaten gelten – und zwar auch dann, wenn dies angesichts systemischer Defizite im Asylsystem faktisch nicht der Fall ist –,⁹⁵³ werden durch Gesetz festgelegt.⁹⁵⁴ Dies ist mit § 26a Abs. 2 AsylG i.V.m. Anlage I zum AsylG erfolgt, wonach sichere Drittstaaten außer den Mitgliedstaaten der Europäischen Union Norwegen und die Schweiz sind. In den Fällen der Einreise aus einem solchen Staat können aufenthaltsbeendende Maßnahmen unabhängig von einem hiergegen eingelegten Rechtsbehelf vollzogen werden.⁹⁵⁵ Da die Bundesrepublik Deutschland vollständig von Mitgliedstaaten der Europäischen Union beziehungsweise einem sicheren Drittstaat (Schweiz) umgeben ist und nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits das *Passieren* des Hoheitsgebiets ausreicht, damit eine Einreise aus einem sicheren (Dritt-)Staat vorliegt, jedenfalls solange eine real zugängliche Schutzmöglichkeit besteht,⁹⁵⁶ bleibt als Anwendungsfall des Art. 16a Abs. 1 GG faktisch nur die unmittelbare Einreise aus einem nicht-sicheren Drittstaat auf dem See- oder Luftweg.⁹⁵⁷

949 Treffend von einem Ausnahme-Regel-Verhältnis sprechend Sachs-GG/Will, 10. Aufl. 2024, Art. 16a Rn. 13.

950 BVerfG NVwZ 1996, 700, 702.

951 BVerfG NVwZ 1996, 700, 702; vgl. von Münch/Kunig-GG/von Arnould/Martini, 8. Aufl. 2025, Art. 16a Rn. 86; Sachs-GG/Will, 10. Aufl. 2024, Art. 16a Rn. 56; kritisch Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 83. EL 2018, Art. 16a Rn. 394.

952 Wird die Einreise dagegen an der Grenze gestattet, verwirklichen auch Asylsuchende, die aus einem sicheren Drittstaat einreisen, wegen der Legalisierungswirkung der Einreise- und Aufenthaltsgestattung nicht den Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG, vgl. OLG Bamberg NSTZ 2015, 404, 405 f.

953 BGH NJW 2015, 2274, 2275; NSTZ-RR 2015, 184, 185; anders Schott-Mehrings, ZAR 2014, 142, 146.

954 Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG.

955 Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG.

956 Vgl. Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 83. EL 2018, Art. 16a Rn. 356. Nach BVerfG NVwZ 1996, 700, 704, genügt hierfür zwar nicht das Durchfahren mit öffentlichen Verkehrsmitteln ohne Zwischenhalt. Wo eine Reiseunterbrechung aber möglich ist, muss der Ausländer die sich ihm bietende Möglichkeit, Schutz zu suchen, realisieren.

957 Vgl. von Münch/Kunig-GG/von Arnould/Martini, 8. Aufl. 2025, Art. 16a Rn. 87; Dreier-GG/Eichenhofer, 4. Aufl. 2023, Art. 16a Rn. 95; El-Ghazi, ZfL 2020, 265, 280; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 185; Tiedemann, ZAR 2009, 161, 166. Aufgrund der Umgebung der Bundesrepublik mit sicheren Drittstaaten ist ein auf dem Landweg einreisender Ausländer „von der Berufung auf Art. 16a I GG

Doch selbst wenn die Einreise auf dem See- oder Luftweg erfolgt ist, ergeben sich aus Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG weitere Einschränkungen. Nach dieser Regelung können durch Gesetz Staaten bestimmt werden, „bei denen auf Grund der Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politischen Verhältnisse gewährleistet erscheint, daß dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet.“ In diesen Fällen wird zwar der Anwendungsbereich des Asylgrundrechts nicht berührt,⁹⁵⁸ jedoch stellt das Grundgesetz die Vermutung auf, dass „ein Ausländer aus einem solchen Staat nicht verfolgt wird, solange er nicht Tatsachen vorträgt, die die Annahme begründen, daß er entgegen dieser Vermutung politisch verfolgt wird.“ Damit stellt das Grundgesetz eine widerlegliche Vermutung der Nichtverfolgung auf und bürdet dem Antragsteller die Beweislast für das Nichtbestehen der Vermutungsvoraussetzungen auf. Sichere Herkunftsstaaten im Sinne des Art. 16a Abs. 3 GG sind nach § 29a Abs. 2 AsylG i.V.m. Anlage II zum AsylG neben den Mitgliedstaaten der Europäischen Union Albanien, Bosnien und Herzegowina, Georgien, Ghana, Kosovo, die Republik Moldau, Montenegro, Nordmazedonien, Senegal und Serbien. Die Liste sicherer Herkunftsstaaten ist regelmäßig Gegenstand politischer Debatten über die Begrenzung von Flüchtlingszahlen. Asylanträge von Personen aus diesen Staaten sind nämlich nach § 29a Abs. 1 AsylG im Regelfall als offensichtlich unbegründet abzulehnen, mit der Konsequenz, dass die Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen nach Art. 16a Abs. 4 Satz 1 GG durch das Gericht nur ausgesetzt werden darf, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme bestehen. Zudem gelten ein eingeschränkter Prüfungsumfang und strenge Fristen.⁹⁵⁹

Schließlich darf nicht übersehen werden, dass aufgrund der Haftungs- und Gebührenregelungen der §§ 63 ff. AsylG Personen ohne Pass und Aufenthaltstitel kaum eine Möglichkeit haben werden, auf direktem Wege in die Bundesrepublik einzu-reisen. Denn Beförderungsunternehmen setzten sich in diesen Fällen erheblichen finanziellen Risiken aus und werden daher eine Beförderung verweigern, wenn die nötigen Einreisepapiere nicht vorliegen.⁹⁶⁰ Auch Einzelpersonen sehen sich neben strafrechtlichen Risiken einem – Privatpersonen potenziell sehr empfindlich treffen-den – Kostenrisiko ausgesetzt, weil die Begehung einer Tat nach § 96 AufenthG oder einer Teilnahme zu § 95 AufenthG nach § 66 Abs. 4 Nr. 4 AufenthG die Haftung für

ausgeschlossen, auch wenn sein Reiseweg nicht im einzelnen bekannt ist.“ (BVerfG NVwZ 1996, 700, 705); siehe auch *Heinrich*, FS Werle, 2022, 755, 758; *Weizsäcker*, in: Robertson-von Trotha (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2009, 183, 185.

958 BVerfG NVwZ 1996, 691, 692.

959 Nach Art. 16a Abs. 4 Satz 2 GG ist das Nähere durch Gesetz zu bestimmen. Dies ist u.a. mit den Verfahrensregelungen im AsylG erfolgt, vgl. §§ 36 Abs. 3 und 4, 74, 75, 78, 79, 80 AsylG.

960 Zu diesem Abschreckungsmechanismus *Hathaway*, *Virginia Journal of International Law* 2008–09, 1, 36 f.; *Weizsäcker*, in: Robertson-von Trotha (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2009, 183, 185; das BVerfG NVwZ 1998, 606, 607, sieht darin kein verfassungsrechtliches Problem.

die Kosten der Abschiebung oder Zurückschiebung begründet. Eine Asylantragstellung unmittelbar im Verfolgerstaat ist regelmäßig ausgeschlossen: Zum einen soll Art. 16a Abs. 1 GG ein „ortsgebundenes Grundrecht“ sein, also Schutz vor Maßnahmen der Rückführung aus dem Bundesgebiet gewährleisten.⁹⁶¹ Dementsprechend ist nach überwiegender Auffassung das Erreichen des Bundesgebiets Tatbestandsmerkmal des Asylgrundrechts.⁹⁶² Ein Anspruch auf die Erteilung eines Visums zur Asylantragstellung besteht jedoch nicht.⁹⁶³ Zum anderen wäre eine Antragstellung im Verfolgerstaat einschließlich der Durchführung eines Prüfungsverfahrens nicht ohne Risiko möglich.⁹⁶⁴ Art. 16a Abs. 1 GG gewährt daher zwar ein Grundrecht auf Asyl für diejenigen, die die Bundesrepublik ohne Durchquerung eines sicheren Drittstaates erreichen; mangels legaler Zugangswege ist die Aktualisierung des Grundrechts jedoch nur für Personen möglich, welche entweder aus anderen Gründen einen Aufenthaltstitel für die Bundesrepublik erlangt haben oder denen die Ressourcen zur Verfügung stehen, die Zugangshindernisse zu überwinden, etwa unter Zuhilfenahme von Schleusern.⁹⁶⁵ Es ist daher keine Überzeichnung, zu konstatieren, dass der Asylkompromiss dazu geführt hat, dass das Asylversprechen des Art. 16a Abs. 1 GG aufgrund der einschränkenden Regelungen des Art. 16a Abs. 2 bis 4 GG nur noch für besondere Einzelfälle gilt.⁹⁶⁶

Für diese stellt sich allerdings die Frage, ob Art. 16a Abs. 1 GG eine unerlaubte (pass- oder visumslose) Einreise und den sich anschließenden unerlaubten Aufenthalt rechtfertigen kann, wenn Grenzkontrollen umgangen oder durch Täuschung überwunden werden sollen, sodass eine Legalisierung der Einreise und des Aufenthaltes qua Einreise- und Aufenthaltsgestattung nicht in Betracht kommt. In der Praxis wird der erstere Fall zwar kaum vorkommen, da Einreisen ohne Territorialkontakt zu einem sicheren Drittstaat im Sinne des Art. 16a Abs. 2 GG grundsätzlich nicht ohne Passieren einer Grenzkontrollstelle möglich sind, da sowohl an Flug- als auch an Seehäfen Einreisen aus Nicht-Schengen-Staaten entsprechenden Kontrollen un-

961 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 83. EL 2018, Art. 16a Rn. 306; Weizsäcker, in: Robertson-von Trotha (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2009, 183, 185.

962 Vgl. Dreier-GG/*Eichenhofer*, 4. Aufl. 2023, Art. 16a Rn. 30; Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 83. EL 2018, Art. 16a Rn. 306 m.w.N. auch zur Gegenauffassung; Jarass/Piero-GG/*Jarass*, 18. Aufl. 2024, Art. 16a Rn. 5a.

963 Vgl. – auch zu den negativen Effekten, u.a. des fehlenden legalen Zugangs zum Asylsystem – Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 83. EL 2018, Art. 16a Rn. 311; Groß, JZ 2019, 327, 332; Jarass/Piero-GG/*Jarass*, 18. Aufl. 2024, Art. 16a Rn. 5a.

964 Vgl. Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 83. EL 2018, Art. 16a Rn. 342. Deshalb jedenfalls inzwischen überholt BVerfG NVwZ 1987, 1068.

965 Vgl. *Bade*, Europa in Bewegung, 2000, 391; Weizsäcker, in: Robertson-von Trotha (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2009, 183, 185. Diesen Umstand im Zusammenhang mit dem Unionsrecht zutreffend als „Asylparadox“ bezeichnend *Endres de Oliveira*, KJ 2016, 167, 171 ff.; eingehend *Endres de Oliveira*, Safe Access to Asylum in Europe, 2024.

966 Vgl. von Münch/Kunig-GG/*von Arnould/Martini*, 8. Aufl. 2025, Art. 16a Rn. 116; Dreier-GG/*Eichenhofer*, 4. Aufl. 2023, Art. 16a Rn. 49; *Tiedemann*, ZAR 2009, 161, 166.

terworfen werden.⁹⁶⁷ Relevanz behält die Frage jedoch für Konstellationen, in denen falsche Ausweis- oder Passdokumente vorgelegt werden und erst nach Entdeckung um Asyl nachgesucht wird, weil dann immerhin der strafbare Versuch der unerlaubten Einreise im Raume steht, oder wenn die Einreise mit den falschen Papieren tatsächlich gelingt und erst im Anschluss um Asyl nachgesucht wird.

Eine Rechtfertigung unmittelbar aus Grundrechten wird zwar mitunter kritisch betrachtet, da sich ihnen im Regelfall kein konkreter Erlaubnissatz entnehmen lasse.⁹⁶⁸ Gerade für das Asylgrundrecht geht dieser Einwand angesichts der vorstehenden Ausführungen zur Vorwirkung des Asylgrundrechts und dem damit einhergehenden vorläufigen Einreise- und Aufenthaltsrecht freilich ins Leere.⁹⁶⁹ Insbesondere die sonst tragfähige Erwägung, der Gesetzgeber habe mit der Entscheidung für einen Straftatbestand widerstreitende Interessen bereits unter Einschluss der Grundrechte des Täters abgewogen,⁹⁷⁰ greift in diesem Fall nicht durch. Im Blick auf die Straftatbestände der unerlaubten (pass- oder visumslosen) Einreise und des unerlaubten Aufenthalts zeigt sich nämlich, dass der Gesetzgeber die besondere Situation von Asylsuchenden gerade nicht vollständig reflektiert hat. Denn in den zuvor genannten Fällen liegen mangels Einreise- und Aufenthaltsgestattung eine (versuchte) unerlaubte Einreise und gegebenenfalls auch ein unerlaubter Aufenthalt tatbestandlich vor; das Unrecht der unerlaubten Einreise beziehungsweise des unerlaubten Aufenthalts ist aber nicht verwirklicht, weil das – Territorialkontakt voraussetzende – Asylgrundrecht dem sich darauf berufenden Ausländer das Recht zu Einreise und (vorläufigem) Aufenthalt gerade gewährt. Bei Vorsprache an der Grenze wäre er in das Bundesgebiet einzulassen. Würde vor diesem Hintergrund eine Rechtfertigung verneint, müsste letztlich das Unterlassen der Offenlegung des Asylbegehrens an der Grenzkontrollstelle und damit das Nichteinholen der Einreise- und Aufenthaltsgestattung, bezüglich derer ein Ermessensspielraum nicht besteht, zum Gegenstand des Unrechtsvorwurfs erhoben werden. Bestraft würde der rein formelle Verwaltungsrechtsverstoß trotz materiellem Genehmigungsanspruch, der aber erst bei Territorialkontakt und damit an der Grenze entsteht. Dies erscheint angesichts der existenziellen Notlage der Betroffenen unverhältnismäßig, sodass dem Asylgrundrecht ausnahmsweise unmittelbar rechtfertigende Wirkung zuzugestehen ist.⁹⁷¹ Sie

967 Vgl. bundespolizei.de, „Mit Schiff und Boot – Schengener Durchführungsübereinkommen, Wegfall von Grenzkontrollen innerhalb der EU“, abrufbar unter: <https://web.archive.org/web/20240401171625/https://www.bundespolizei.de/Web/DE/01Sicher-auf-Reisen/03Mit-Schiff-Boot/01Maritime-Sicherheit-weltweit/Einreise-ueber-See/schengenstaaten_anmod.html>.

968 Vgl. Böse, ZStW 2001, 40, 42 f.; zur Diskussion insgesamt *Brand/Winter*, JuS 2021, 113 ff.

969 Allgemein kritisch gegenüber diesem Argument *Brand/Winter*, JuS 2021, 113, 115.

970 Für die Glaubens- und Gewissensfreiheit *Robbers*, AöR 1988, 30, 46; dagegen *Brand/Winter*, JuS 2021, 113, 115 f.

971 Vgl. *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386, 387; *Jeßberger*, GS Weßlau, 2016, 507, 514; Schieder-mair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 303. Demgegenüber zurückhaltend, allerdings auf Grundlage der Annahme, ein

greift allerdings nur, wenn das Asylgrundrecht auch tatsächlich anwendbar ist; bei Einreise aus einem sicheren Drittstaat scheidet eine Rechtfertigung aufgrund der Begrenzung des persönlichen Geltungsbereichs des Asylgrundrechts durch Art. 16a Abs. 2 GG aus.⁹⁷² Ob auch Begleitdelikte, wie etwa eine Urkundenfälschung, von der rechtfertigenden Wirkung erfasst werden, muss dagegen davon abhängig gemacht werden, ob die Tatbestandsverwirklichung notwendige Voraussetzung der Einreise war.⁹⁷³

2. Verfassungsrechtlicher Anspruch auf Zugang und Aufenthalt?

Das Asylgrundrecht ist insbesondere in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung offensichtlich nicht als Einwanderungsgrundrecht konzipiert; es soll lediglich gewährleisten, dass „tatsächlich Schutzbedürftige“ Aufnahme und Schutz in der Bundesrepublik erhalten.⁹⁷⁴ Dementsprechend lässt sich aus Art. 16a Abs. 1 GG über den eng begrenzten Anwendungsbereich hinaus kein Recht auf Zugang und Aufenthalt herleiten.⁹⁷⁵ Auch aus den übrigen Bestimmungen des Grundgesetzes lässt sich ein allgemeines Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht ohne Weiteres ableiten.⁹⁷⁶ So folgt aus dem Grundrecht auf Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 und 2 GG) nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kein unmittelbarer Anspruch auf Einreise und Aufenthalt zum Zwecke der Familienzusammenführung. Dem Bedeutungsgehalt des Grundrechts auf Ehe und Familie muss die Migrationsverwaltung allerdings im Rahmen ihrer Einzelfallentscheidung Rechnung tragen.⁹⁷⁷

Höchst umstritten ist, ob die Einreise in das und die Begründung eines Aufenthalts im Bundesgebiet dem Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) unterfallen.⁹⁷⁸ Dafür spricht, dass sich auch die (erstmalige) Einreise und

Sichtvermerk sei in zumutbarer Weise zu erlangen, BVerfG NVwZ 1987, 1068; einschränkend auf Asylantragstellungen an der Grenze *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 165. Bei einer solchen Antragstellung entfällt bei Einreisegestattung freilich bereits der Tatbestand.

972 BGH NJW 2015, 2274, 2275; OLG Stuttgart, Urt. v. 2.3.2010 – 4 Ss 1558/09, BeckRS 2010, 18830; OLG Köln NStZ-RR 2004, 24; BayObLGst 1998, 172, 173; in diese Richtung auch OLG Dresden NVwZ-Beil. 1999, 40.

973 Vgl. dazu im Einzelnen die Diskussion zu Art. 31 Abs. 1 GFK, unten C. IV. 2. c).

974 Auch in seiner Ursprungsfassung war das Asylgrundrecht nicht als Einwanderungsgrundrecht konzipiert, sondern für exzeptionelle Fälle vorgesehen, vgl. *Gärditz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 83. EL 2018, Art. 16a Rn. 31.

975 Die Einschränkung des Asylgrundrechts in Folge des Asylkompromisses sollte gerade unterbinden, dass sich das Asylgrundrecht faktisch zu einem „Einwanderungstitel“ wandelt, vgl. Dreier-GG/*Eichenhofer*, 4. Aufl. 2023, Art. 16a Rn. 10, 15, 18.

976 So ausdrücklich BVerfG NJW 1988, 626, 628.

977 BVerfGE 80, 81, 92 f.; BVerfG NJW 1988, 626, 628; NVwZ 2004, 606; NVwZ-RR 2011, 585, 586 f.; vgl. *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, 194 f.; *Sommer*, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkman (Hrsg.), Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, 2007, 61, 67; *Weizsäcker*, in: Robertson-von Trotha (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2009, 183, 188.

978 Dafür *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, 208 ff.; *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 98. EL 2022, Art. 11 Rn. 80 f.; *Franz*, DVBl. 1963, 797, 799; *Weizsäcker*, Grundrechte und

die Aufenthaltsbegründung im Bundesgebiet als Ausdruck der von Art. 2 Abs. 1 GG umfassend gewährleisteten freien Persönlichkeitsentfaltung darstellen, der auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jede Form menschlichen Handelns unterfällt.⁹⁷⁹ Sofern in früheren Stellungnahmen auf die bloß territoriale Anwendbarkeit der Grundrechte rekuriert wurde,⁹⁸⁰ ist dies mit der inzwischen vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich aus Art. 1 Abs. 3 GG hergeleiteten Grundrechtsbindung auch bei Ausübung von extraterritorialer Hoheitsgewalt⁹⁸¹ nicht in Einklang zu bringen.⁹⁸² Auch die Verweigerung eines beantragten Visums oder die Verweigerung der Einreise an der Grenze stellen im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG hoheitliches Handeln dar, das an die Grundrechte gebunden ist.⁹⁸³ Doch auch wenn die Einreise- und Aufenthaltsfreiheit dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG zugeordnet würde, wäre sie nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet,⁹⁸⁴ zu der auch das durch das Aufenthaltsgesetz konstituierte migrations-

freiwillige Migration, 2007, 89 ff., 115; *Zuleeg*, DÖV 1973, 361, 366; siehe auch LG Landshut, Urt. v. 11.4.2011 – 35 Js 28732/08, BeckRS 2011, 147722, Rn. 38; andeutend *Sommer*, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkman (Hrsg.), Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, 2007, 61, 65. Dagegen offenbar das Bundesverfassungsgericht, das zwar den (rechtmäßig) begründeten Aufenthalt dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG unterstellt (BVerfGE 35, 382, 399 f.; 80, 81, 96; BVerfG NVwZ 1984, 165; MigRI 2024, 203, 204), nicht aber die erstmalige Begründung desselbigen (BVerfG NJW 1988, 626, 634). Zudem hat das Bundesverfassungsgericht den nicht mehr rechtmäßigen Aufenthalt der Situation des erstmals einreisenden Ausländers gleichgestellt (BVerfGE 80, 81, 96). Ebenfalls frühzeitig gegen eine Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG BVerfG NJW 1956, 1046, 1047. Auch Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass die Zulassung zum Staatsgebiet nicht grundrechtlich geschützt sei, sondern Rechte überhaupt erst begründe, vgl. *Isensee*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, 1974, 49, 62 ff., der auch in der „Abweisung“ keinen Grundrechtseingriff gegenüber dem „Gebietsfremden“ sieht; *Heintzen*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 50 Rn. 22, 53; in diese Richtung auch *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 94. EL 2021, Art. 1 Rn. 89; *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, 60. Edn. 2024, Art. 1 Rn. 77; *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 68 f.; *Ziekow*, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, 1997, 503 ff. Gleichfalls zurückhaltend *Groß*, JZ 2019, 327, 331.

979 BVerfGE 80, 137, 152; vgl. *Weizsäcker*, Grundrechte und freiwillige Migration, 2007, 92 f.; anders unter Berufung auf den Willen des Verfassungsgesetzgebers *Hailbronner*, NJW 1983, 2105, 2110. Zur Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 1 GG auf Ausländer, die sich auf Deutschengrundrechte nicht berufen können siehe BVerfG NJW 1974, 227; 1988, 2290, 2291; NVwZ 2000, 1281, 1283; NJW 2002, 663; vgl. *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 98. EL 2022, Art. 11 Rn. 78.

980 Vgl. *Isensee*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, 1974, 49, 62 ff.

981 BVerfG NJW 2020, 2235, 2240 f.; siehe auch BVerfG NVwZ 2021, 951, 963; 2025, 1254, 1256; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 94. EL 2021, Art. 1 Rn. 82.

982 Wie hier *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 98. EL 2022, Art. 11 Rn. 81; in diese Richtung auch *Groß*, JZ 2019, 327, 330; *Weizsäcker*, in: Robertson-von Trotha (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2009, 183, 198.

983 So auch *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, 209; in diese Richtung auch *Weizsäcker*, in: Robertson-von Trotha (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2009, 183, 198. Anders ausdrücklich *Isensee*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, 1974, 49, 65 f.: „Im Verhältnis zum Gebietsfremden, ist die Entscheidung über die Gebietszulassung noch nicht grundrechtsgebundene Herrschaftsausübung, sondern grundrechtsfreie Herrschaftsbegründung[.]“.

984 Grundsätzlich BVerfGE 80, 137, 153.

verwaltungsrechtliche Regelungsregime gehört.⁹⁸⁵ Es obliegt dementsprechend dem Gesetzgeber, festzulegen, wer unter welchen Voraussetzungen für wie lange Zugang und Aufenthalt im Bundesgebiet erhält.⁹⁸⁶ Art. 2 Abs. 1 GG bewirkt insoweit also keineswegs einen unmittelbaren Zulassungsanspruch zum Bundesgebiet, sondern vor allem, dass die Beschränkung von Einreise und Aufenthalt rechtfertigungsbedürftig ist – wobei jeder verfassungsgemäße Zweck ausreicht –, aufgrund des Gesetzesvorbehalts des Art. 2 Abs. 1 GG durch ein hinreichend bestimmtes Parlamentsgesetz zu erfolgen hat und verhältnismäßig sein muss.⁹⁸⁷

III. Unionsrechtliche Überformung

Das Migrationsstrafrecht wird in vielfältiger Weise durch das Unionsrecht beeinflusst und überlagert. Dies gilt schon im Blick auf die Privilegierung von Unions- und EWR-Bürgern angesichts der ihnen gewährten Freizügigkeit, durch die diese Gruppe von Ausländern dem Anwendungsbereich der Strafvorschriften des Aufenthalts- und Asylgesetzes weitgehend entzogen wird.⁹⁸⁸ Darüber hinaus strahlen auch die unionsrechtlichen Regelungen über die Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels in das Migrationsstrafrecht aus, da die Tatbestände der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts nicht erfüllt sind, wenn die betreffenden Ausländer aufgrund unionsrechtlicher Regelungen von der Aufenthaltstitelpflicht befreit sind.⁹⁸⁹ Neben diesen bereits zuvor erörterten Konstellationen regelt das Unionsrecht aufgrund der Kompetenzzuweisung in Art. 67 Abs. 2 Satz 1, 78 und 79 AEUV jedoch auch weite Teile des Migrations- und Flüchtlingsrechts, das nationalstaatliche Regelungen insoweit überlagert. Die Regelungen betreffen vor allem Verfahrensregelungen zur Anerkennung internationalen und subsidiären Schutzes,⁹⁹⁰ zur Gewährleistung von Mindeststandards hinsichtlich der Aufnahmebedingungen Schutzsuchender,⁹⁹¹ zur Festlegung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die

985 BVerwG NVwZ-RR 1997, 317, 318; vgl. *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, 210 f.; *Durner*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 98. EL 2022, Art. 11 Rn. 81; *Franz*, DVBl. 1963, 797, 801, der allerdings im Blick auf das seinerzeit beratene Ausländergesetz moniert, dass dieses den Anforderungen an eine hinreichend bestimmte Regelung nicht gerecht werde; *Zuleeg*, DÖV 1973, 361, 366.

986 Vgl. *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 72.

987 Vgl. *Franz*, DVBl. 1963, 797, 801; *Weizsäcker*, Grundrechte und freiwillige Migration, 2007, 115 ff.; konsequent ablehnend *Hailbronner*, NJW 1983, 2105, 2111.

988 Vgl. dazu oben C. I. 1.

989 Vgl. dazu oben C. I. 2. b).

990 RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Asylverfahrensrichtlinie); RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Anerkennungsrichtlinie).

991 RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Aufnahmerichtlinie).

Durchführung des Asylverfahrens⁹⁹² und die Rückführung „illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger“⁹⁹³, aber auch Mindestvorgaben zur Pönalisierung bestimmter migrationsbezogener Verhaltensweisen.⁹⁹⁴ Art. 18 EUGrCh erkennt dabei das Recht auf Asyl ausdrücklich an. Eine umfassende Darstellung des EU-Migrations- und Flüchtlingsrechts ist im Rahmen dieser Untersuchung weder möglich noch zweckmäßig. Da die einschlägigen Richtlinien und Verordnungen jedoch auch Vorgaben für die Ausgestaltung des Migrationsstrafrechts enthalten und teilweise auch dessen Auslegung determinieren, werden im Folgenden die relevanten Regelungen und ihre Auswirkungen auf das deutsche Migrationsstrafrecht skizziert.

1. Das europäische Asylrecht

Das Unionsrecht gewährleistet das Asylrecht in Art. 18 EUGrCh „nach Maßgabe des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 und des Protokolls vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie nach Maßgabe des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“. Die Reichweite des Asylgrundrechts ist damit freilich noch nicht geklärt. Insbesondere stellt sich die Frage, ob das Asylgrundrecht die Einreise und den vorläufigen Aufenthalt in einen EU-Mitgliedstaat gewährleistet. Aus Art. 6 und 9 der Asylverfahrensrichtlinie (RL 2013/32/EU), welche als Konkretisierung des Asylgrundrechts gelesen wird,⁹⁹⁵ ergibt sich insoweit, dass Asylsuchende ein Recht auf Asylantragstellung und Aufenthalt im Staatsgebiet bis zur abschließenden Prüfung dieses Asylantrags haben,⁹⁹⁶ wobei die Richtlinie nach Art. 3 Abs. 1 RL 2013/32/EU nur bei *bereits bestehendem Territorialkontakt* Anwendung findet.⁹⁹⁷ Insofern ist

992 VO (EU) 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Dublin-III-Verordnung).

993 RL 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Rückführungsrichtlinie).

994 RL 2002/90/EG des Rates vom 28. November 2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt und RB 2002/946/JI des Rates vom 28. November 2002 betreffend die Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt (*Facilitators Package*); RL 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen (Sanktionsrichtlinie).

995 EuGH, Urt. v. 14.5.2020 (Rs. C-924/19 PPU und Rs. C-925/19 PPU), para. 192; EuGH, Urt. v. 22.6.2023 (Rs. C-823/21), paras 21, 44.

996 EuGH, Urt. v. 17.12.2020 (Rs. C-808/18), paras 93 ff.; EuGH, Urt. v. 16.11.2021 (Rs. C-821/19), para. 137; EuGH, Urt. v. 22.6.2023 (Rs. C-823/21), paras 42 ff.; vgl. auch *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 280.

997 Der EuGH hat diese Position faktisch validiert, indem er Visumsanträge mit dem Ziel, Asyl zu beantragen als Anträge auf humanitäre oder längerfristige Visa gewertet und damit dem Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta entzogen hat, da das Unionsrecht nur die Erteilung von Visa für Kurzaufenthalte harmonisiert habe. Zudem ergebe sich aus Art. 3 Abs. 1 und 2 RL 2013/32/EU und aus Art. 1 und 3

eine deutliche Parallele zu Art. 16a Abs. 1 GG erkennbar. Ist ein Territorialkontakt jedoch einmal hergestellt, greift das Einreise- und Aufenthaltsrecht und ist eine unmittelbare Zurückweisung an der Grenze ohne Einzelfallprüfung ausgeschlossen. Dies gilt auch, wenn der Antragsteller aus einem sicheren Herkunftsstaat kommt oder einen sicheren Drittstaat passiert hat; in diesen Fällen ist eine Zulässigkeitsprüfung einschließlich einer persönlichen Anhörung durchzuführen.⁹⁹⁸ Daraus folgt, dass auch das europäische Asylgrundrecht zwar keine Pflicht begründet, Flüchtlingen die Asylantragstellung zu ermöglichen, etwa indem ihnen humanitäre Visa ausgestellt werden oder die Antragstellung in Auslandsvertretungen ermöglicht wird.⁹⁹⁹ Bei Herstellung eines Territorialkontakts muss einem Flüchtling, der um Asyl *nachsucht*, aber die Möglichkeit eröffnet werden, sein Asylgesuch geltend zu machen.¹⁰⁰⁰

Ein Asylantrag ist zwar nach Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 604/2013 (sogenannte *Dublin-III-Verordnung*) nur von einem einzigen Mitgliedstaat zu prüfen, sodass sich weder aus Art. 18 EUGrCh noch aus der Asylverfahrensrichtlinie ein Anspruch auf Weiterreise in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates oder auf Aufenthalt in einem solchen ableiten lässt. Gleichwohl können Asylsuchende an den Grenzen eines EU-Mitgliedstaates nicht *pauschal* zurückgewiesen werden, da Art. 5 VO (EU) 604/2013 die Führung eines persönlichen Gesprächs zur Ermittlung des für das Asylverfahren zuständigen Staates vorsieht. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass nach der Dublin-III-Verordnung keineswegs stets der Staat der Ersteinreise zuständig ist (Art. 7 ff. VO (EU) 604/2013), auch wenn dies in der Praxis der Regelfall sein mag. Vorrangig sind nämlich Mitgliedstaaten zuständig, in denen sich Familienangehörige des Asylsuchenden befinden (Art. 8 bis 11 VO (EU) 604/2013), oder die dem Betroffenen einen Aufenthaltstitel oder ein Visum erteilt haben (Art. 12 VO (EU) 604/2013). Die Ermittlung des zuständigen Mitgliedstaates kann sich daher entsprechend komplex gestalten und steht einer Zurückweisung an der Grenze ohne Einzelfallprüfung grundsätzlich entgegen. Vielmehr besitzen Flüchtlinge, die bereits Territorialkontakt hergestellt haben und um Asyl nachsuchen, regelmäßig ein – wenn auch zeitlich auf die Durchführung des Dublin-Verfahrens limitiertes – Einreise- und Aufenthaltsrecht, das bis zum Abschluss des jeweiligen Prüfungsverfahrens greift.¹⁰⁰¹ Insoweit geht das Unionsrecht, dem Anwendungsvorrang zukommt, über Art. 16a GG mit seinem stark eingeschränkten Anwendungsbereich hinaus.

VO (EU) 604/2013 (Dublin-III-VO), dass extraterritoriale Anträge auf internationalen Schutz gerade nicht von diesen Rechtsakten umfasst und Mitgliedstaaten daher auch nicht dazu verpflichtet seien, entsprechende Anträge in ihren Auslandsvertretungen entgegenzunehmen und zu prüfen, vgl. EuGH, Urt. v. 7.3.2017, X and X v. Belgium, C-638/16, paras 44 ff.; kritisch *Spijkerboer*, in: Stoyanova/Smet (Hrsg.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, 2022, 117, 122.

998 Vgl. Art. 34 Abs. 1 RL 2013/32/EU.

999 Vgl. auch Art. 3 Abs. 2 RL 2013/32/EU.

1000 Dies setzt wiederum ein vorläufiges Aufenthaltsrecht voraus, vgl. *Groß*, JZ 2019, 327, 330.

1001 Vgl. dazu *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 83. EL 2018, Art. 16a Rn. 144 m.w.N.; *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 4, Rn. 52; *Langenfeld*, NVwZ 2019,

Die vorstehende Darstellung bezieht sich auf den bis zum Juni 2026 geltenden Rechtsrahmen. Durch die umfassende Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) wird das europäische Asylsystem weitreichende Änderungen erfahren.¹⁰⁰² Die einschlägigen Verordnungen gelten überwiegend¹⁰⁰³ ab dem 12. Juni¹⁰⁰⁴ beziehungsweise 1. Juli 2026¹⁰⁰⁵, bis zum 12. Juni 2026 muss zudem die neue

677, 679. Zu Gestaltungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers *Thym*, NJW 2018, 2353 ff. Anders, aber schon im Ausgangsbefund wenig überzeugend, dagegen *Fritzsche/Haefeli*, NVwZ 2024, 468, 471 f. Zuletzt VG Berlin, Beschl. v. 2.6.2025, 6 L 191/25, Rn. 37 ff. (juris), allerdings mit Hinweis auf die Möglichkeit von Grenzverfahren (Rn. 77 ff.) und deshalb gegen einen Anspruch auf *Einreise*, sondern für einen begrenzten Anspruch auf Durchführung eines Zuständigkeitsbestimmungsverfahrens nach der Dublin-III-VO. Dabei wird allerdings weder berücksichtigt, dass der Gesetzgeber bislang keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Durchführung von Grenzverfahren geschaffen hat, noch hinreichende logistische Vorkehrungen getroffen worden sind, die es ermöglichen würden, entsprechende Verfahren unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien durchzuführen.

1002 Für einen Überblick vgl. *Dietz*, Ausländer- und Asylrecht, 6. Aufl. 2025, § 12; *Hruschka/Nestler/Stübinger*, Zur Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, Verfassungsblog v. 3. Juni 2025, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/reform-des-gemeinsamen-europaischen-asylsystems/>>, sowie das dazugehörige Symposium GEAS-Reform: Halbzeit bis zur Anwendung auf dem Verfassungsblog, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/category/debates/geas-reform-migration-grundrechte/>>.

1003 Etwas anderes gilt für die Verordnung (EU) 2021/2303 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2021 über die Asylagentur der Europäischen Union und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 439/2010, die bereits seit 19. Januar 2022 beziehungsweise 31. Dezember 2023 gültig ist (Art. 73), sowie die sog. Resetlement-Verordnung, die überwiegend bereits seit 11. Juni 2024 in Kraft getreten und gültig ist, vgl. Art. 16 der Verordnung (EU) 2024/1350 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Schaffung eines Unionsrahmens für Neuansiedlung und Aufnahme aus humanitären Gründen sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2021/1147.

1004 Art. 79 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2024/1348 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Einführung eines gemeinsamen Verfahrens für internationalen Schutz in der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 2013/32/EU; Art. 14 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2024/1349 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Festlegung des Rückführungsverfahrens an der Grenze und zur Änderung der Verordnung (EU) 2021/1148; Art. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2024/1352 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Änderung der Verordnungen (EU) 2019/816 und (EU) 2019/818 zur Einführung der Überprüfung von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen; Art. 25 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2024/1356 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Einführung der Überprüfung von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 und (EU) 2019/817; Art. 63 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2024/1358 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich biometrischer Daten zur effektiven Anwendung der Verordnungen (EU) 2024/1351 und (EU) 2024/1350 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2001/55/EG sowie zur Feststellung der Identität illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Eurodacs auf den Abgleich mit Eurodac-Daten, zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1240 und (EU) 2019/818 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates.

1005 Art. 42 UAbs. 2 der VO (EU) 2024/1347 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen, denen internationaler Schutz gewährt wurde, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anspruch auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des gewährten Schutzes, zur Änderung der Richtlinie 2003/109/EG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates; Art. 85 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2024/1351 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 über Asyl- und Migrationsmanagement, zur Änderung der Verordnungen (EU) 2021/1147 und (EU) 2021/1060 und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013, die aber teilweise bereits seit 11. Juni 2024 gültig sind (Art. 85 UAbs. 3); Art. 20 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2024/1359 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Bewältigung von

Aufnahmerichtlinie¹⁰⁰⁶ von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Doch auch die erheblichen und grundrechtsinvasiven Änderungen im Zuge der GEAS-Reform – exemplarisch seien die Einführung von Grenzverfahren, die Ausweitung sicherer Drittstaaten und die Verkürzung von Klage- und Antragsfristen genannt¹⁰⁰⁷ – stellen den Grundsatz nicht in Frage, dass für die Statusbestimmung auch weiterhin ein rechtsförmiges Verfahren durchzuführen ist, zu dessen Zweck der Schutzsuchende vorübergehend einreisen und sich im Hoheitsgebiet eines EU-Staates aufhalten darf.¹⁰⁰⁸ Auch bei Einreisen aus sicheren Herkunfts- oder Drittstaaten darf ein Asylantrag nach Art. 38 Abs. 1 VO (EU) 2024/1348 nur nach einer persönlichen Anhörung des Antragstellers als unzulässig abgelehnt werden.¹⁰⁰⁹ Zudem verbleibt es dabei, dass Mitgliedstaaten die Zuständigkeitsbestimmung für das Asylverfahren nach Anhörung des Schutzsuchenden vornehmen müssen; die Grundsätze der Dublin-III-Verordnung wurden insoweit im Wesentlichen übernommen.¹⁰¹⁰ Eine pauschale Zurückweisung an den europäischen Binnengrenzen bleibt daher unionsrechtswidrig. Dies gilt selbst in sogenannten Krisensituationen, die künftig der sogenannten Krisenverordnung (VO (EU) 2024/1359) unterfallen. Die zulässigen Ausnahmen von den eigentlich geltenden Verfahrensregeln werden in Art. 10 bis 13 dieser Verordnung festgelegt. Art. 11 Abs. 10 UAbs. 1 bestimmt dabei ausdrücklich: „Bei der Anwendung der in diesem Artikel genannten Ausnahmen gelten die Grundsätze des Rechts auf Asyl und die Achtung des Grundsatzes der Nichtzurückweisung sowie die in den Kapiteln I und II der Verordnung (EU) 2024/1348 festgelegten Garantien, damit die Rechte von Personen, die internationalen Schutz suchen, einschließlich des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf, geschützt sind.“

Etwas anderes gilt allerdings in Fällen, in denen nach Art. 43 bis 45 der VO (EU) 2024/1348 ein „Asylverfahren an der Grenze“ durchzuführen ist. In diesen Fällen gilt nach Art. 43 Abs. 2 Satz 1 VO (EU) 2024/1348, dass Antragstellern, die dem Grenzverfahren unterliegen, die Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats nicht gestattet werden darf. Allerdings ist hierbei zu beachten, dass das Grenzverfahren nur in den in Art. 43 Abs. 1 VO (EU) 2024/1348 vorgesehenen Fällen (vor allem bei Antragstellung an der Grenze oder in einer Transitzone) Anwendung findet *und* zwar eine Fiktion der Nichteinreise erfolgt, die Betroffenen sich aber tatsächlich im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates befinden. Eine Zurückweisung

Krisensituationen und Situationen höherer Gewalt im Bereich Migration und Asyl und zur Änderung der Verordnung (EU) 2021/1147.

1006 Siehe Art. 35 Abs. 1 der RL (EU) 2024/1346 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen.

1007 Vgl. *Judith/Scheytt*, Asylmagazin 2024, 315 ff.

1008 Art. 10 Abs. 1 VO (EU) 2024/1348; vgl. *Hoppe*, ZAR 2025, 59, 60.

1009 Art. 11 Abs. 1 VO (EU) 2024/1348.

1010 Art. 16 und Art. 22 VO (EU) 2024/1351; vgl. zur Kontinuität *Thym*, ZAR 2025, 168 ff.

„an der Grenze“ im Sinne einer vollständigen Zurückweisung bleibt damit auch in diesen Fällen ausgeschlossen.¹⁰¹¹ Die Nichteinreisefiktion bewirkt allerdings, dass im Rechtssinne auch noch keine vollendete unerlaubte Einreise im Sinne des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG vorliegt.¹⁰¹² Nichts anderes gilt für die Regelung in Art. 6 VO (EU) 2024/1356 (sogenannte Screening-Verordnung), wonach eine Fiktion der Nichteinreise für Personen gilt, die einer Überprüfung an den Außengrenzen unterliegen. Dies betrifft Drittstaatsangehörige, die, ohne die Einreisevoraussetzungen gemäß Art. 6 der VO (EU) 2016/399 zu erfüllen, eine Außengrenze unbefugt überschritten haben, die bei Grenzübertrittskontrollen internationalen Schutz beantragt haben oder die nach einem Such- und Rettungseinsatz ausgeschifft wurden, bevor sie an das geeignete Verfahren verwiesen werden.¹⁰¹³ Im Anschluss an das Screening werden diese Personen, wenn sie einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, nämlich wiederum an die für die Prüfung ihres Antrags zuständigen Behörden verwiesen.¹⁰¹⁴

2. Pönalisierungspflichten

Aus dem Unionsrecht ergibt sich jedoch nicht nur ein vorläufiges Einreise- und Aufenthaltsrecht von Asylsuchenden; es sieht zugleich auch Pönalisierungspflichten in zwei Bereichen vor: Im Bereich der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt einerseits (dazu a)) und im Bereich der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt andererseits (dazu b)). Dabei ist zu berücksichtigen, dass das unionsrechtliche Regelungsregime derzeit auch in dieser Hinsicht umfassend reformiert wird. Geplant ist unter anderem eine Reform des sogenannten *Facilitators Packages*, das die Pönalisierung der Beihilfe zur unerlaubten Einreise und zum unerlaubten Aufenthalt vorschreibt. Der entsprechende Richtlinienentwurf ist jedoch noch nicht verabschiedet, sodass sich die folgende Darstellung zunächst am gegenwärtigen Rechtsstand orientiert. Auf den Richtlinienentwurf wird separat eingegangen.

a) Beihilfe zu unerlaubter Einreise und unerlaubtem Aufenthalt

Das Unionsrecht sah bereits in Art. 27 Abs. 1 SDÜ die Verpflichtung der Schengen-Vertragsstaaten vor, die zu Erwerbszwecken erfolgende Beihilfe zur unerlaubten Einreise ins und zum unerlaubten Aufenthalt im Hoheitsgebiet einer der Vertragsparteien unter Verletzung ihrer Rechtsvorschriften in Bezug auf die Einreise und den

1011 Dietz, Ausländer- und Asylrecht, 6. Aufl. 2025, § 11 Rn. 8 mit Fn. 12.

1012 Dazu unten E. II. 1. a) cc) (I).

1013 Art. 1 lit. a) und Art. 5 VO (EU) 2024/1356.

1014 Art. 18 Abs. 2 VO (EU) 2024/1356.

Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen unter Strafe zu stellen.¹⁰¹⁵ Diese Pönalisierungspflicht wurde im Jahr 2002 durch die Regelungen des sogenannten *Facilitators Packages* – bestehend aus der RL 2002/90/EG des Rates vom 28. November 2002 zur *Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt* und dem RB 2002/946/JI des Rates vom 28. November 2002 betreffend die *Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt* – ersetzt.¹⁰¹⁶

aa) Das gegenwärtig gültige Facilitators Package

RL 2002/90/EG zielt den Erwägungsgründen zufolge auf die zum Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gebotene „Bekämpfung“ illegaler Einwanderung durch „Bekämpfung“ der Beihilfe zu eben dieser.¹⁰¹⁷ Die Richtlinie wird zwar regelmäßig in den Kontext der Unterbindung sogenannter „Schleuserkriminalität“ gestellt, lässt aber selbst – in Kontrast zum *Schleuserprotokoll der Palermo Konvention*¹⁰¹⁸ – keine Begrenzung auf das Kriminalitätsphänomen „Schleusung“ im Sinne einer rücksichtslosen, gewinnorientierten Ausnutzung von Migranten erkennen. Erwägungsgrund (2) der Richtlinie deutet vielmehr an, dass es auch um die Erfassung der schlichten Beihilfe zur unerlaubten Einreise geht, wenn dargelegt wird, dass „Maßnahmen getroffen werden [sollten], um die Beihilfe zur illegalen Einwanderung zu bekämpfen und zwar sowohl, wenn diese den unerlaubten Grenzübertritt im engeren Sinne betrifft, als auch, wenn dadurch ein Netzwerk zur Ausbeutung von Menschen unterhalten wird.“ Die EU-weite Kriminalisierung der Beihilfe zur unerlaubten Einreise und zum unerlaubten Aufenthalt folgt also schon den Erwägungsgründen der Richtlinie nach offen dem Dogma der Öffnung nach Innen bei gleichzeitig möglichst umfassender Kontrolle der Außengrenzen auch mit den Mitteln des Strafrechts.¹⁰¹⁹ Hervorzuheben ist aber, dass das Unionsrecht eine Pönalisierungspflicht hinsichtlich der Migranten selbst, also derjenigen, die

1015 Art. 27 Abs. 1 SDÜ lautete: „Die Vertragsparteien verpflichten sich, angemessene Sanktionen gegen jede Person vorzusehen, die zu Erwerbszwecken einem Drittland hilft oder zu helfen versucht, in das Hoheitsgebiet einer der Vertragsparteien unter Verletzung ihrer Rechtsvorschriften in Bezug auf die Einreise und den Aufenthalt von Drittlandseinzureisen oder sich dort aufzuhalten.“

1016 Vgl. Art. 5 RL 2002/90/EG. Hintergrund für die Aufspaltung der Regelungen in die Richtlinie und den Rahmenbeschluss war die Kompetenzzuweisung im seinerzeitigen Primärrecht, dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 7 Rn. 6.

1017 Erwägungsgründe (1) und (2) der RL 2002/90/EG.

1018 Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, näher dazu unten C. IV. 3.

1019 Vgl. *Minetti*, New Journal of European Criminal Law 2020, 335, 338 f.; *Mitsilegas*, in: *Guia/van der Woude/van der Leun* (Hrsg.), Social Control and Justice, 2013, 87, 93; *Mitsilegas*, New Journal of European Criminal Law 2019, 68 f., 78; *Zirulia*, in: *Gatta/Mitsilegas/Zirulia* (Hrsg.), Controlling Immigration Through Criminal Law, 2021, 235.

unerlaubt einreisen oder sich unerlaubt aufhalten, weder ausdrücklich vorsieht noch intendiert.¹⁰²⁰

Nach Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG muss jeder Mitgliedstaat die einem Drittstaatsangehörigen geleistete vorsätzliche Beihilfe zur Einreise in oder Durchreise durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union unter Verletzung der Rechtsvorschriften des betreffenden Staates über die Einreise oder die Durchreise von Ausländern mit einer angemessenen Sanktion bedrohen (lit. a)). Die Beihilfe zum Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen unter Verstoß gegen die Rechtsvorschriften des betreffenden Staates über den Aufenthalt von Ausländern ist zu sanktionieren, wenn sie vorsätzlich und zu Gewinnzwecken geleistet wird (lit. b)). Die Anstiftung, die Beihilfe und der Versuch zur Beihilfe im Sinne des Art. 1 Abs. 1 sind nach Art. 2 Abs. 1 RL 2002/90/EG gleichfalls zu sanktionieren. Der Rahmenbeschluss RB 2002/946/JI legt ergänzend zur Richtlinie fest, dass Verstöße gegen die RL 2002/90/EG durch *Kriminalstrafe* zu sanktionieren sind¹⁰²¹ und sieht Mindeststrafen für natürliche Personen sowie Sanktionen für juristische Personen vor.

Erfasst werden von der Pönalisierungspflicht also sowohl die nicht-vorteilsmotivierten als auch die eigennützige Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise; hinsichtlich des unerlaubten Aufenthalts besteht eine Pönalisierungspflicht dagegen nur bei eigennützigem Handeln. Damit unterfällt grundsätzlich auch eine humanitär motivierte Hilfeleistung der Tatbestandsbeschreibung des Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG.¹⁰²² Zwar sieht Art. 1 Abs. 2 RL 2002/90/EG ausdrücklich vor, dass jeder Mitgliedstaat beschließen kann, „wegen der in Absatz 1 Buchstabe a) beschriebenen Handlungen in Anwendung seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Rechtspraktiken keine Sanktionen zu verhängen, wenn das Ziel der Handlungen die humanitäre Unterstützung der betroffenen Person ist.“ Da die Ausnahme für humanitäre Unterstützung jedoch nicht zwingend vorgeschrieben ist, bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, ob humanitär motiviertes Handeln pönalisiert wird oder nicht. Damit geht eine Schiefelage einher, die sich aus der weit gefassten Definition in Art. 1 Abs. 1

1020 Vgl. EU Kommission, Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence (2020/C 323/01), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2020_323_R_0001>; Mitsilegas, in: Guia/van der Woude/van der Leun (Hrsg.), Social Control and Justice, 2013, 87, 88. Art. 6 des Rahmenbeschluss RB 2002/946/JI stellt ausdrücklich klar, dass der „Rahmenbeschluss *unbeschadet* (Herv. d. Verf.) des Schutzes, der Flüchtlingen und Asylbewerbern nach dem internationalen Flüchtlingsrecht und anderen internationalen Menschenrechtsübereinkünften zu gewähren ist, insbesondere unbeschadet der Einhaltung der internationalen Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten nach den Artikeln 31 und 33 des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge in der durch das New Yorker Protokoll von 1967 geänderten Fassung eingegangen sind“ gilt.

1021 Art. 1 Abs. 1 RB 2002/946/JI.

1022 Zur ausgreifenden Pönalisierung durch die Richtlinie vgl. den Schlussantrag von Generalanwalt Richard de la Tour v. 7.11.2024, Rs. C-460/23 – Kinsa (ECLI:EU:C:2024:941); kritisch zum Schlussantrag Zirulia, The Legacy of Kinsa, Verfassungsblog v. 26. Juni 2025, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/kinsa-judgment-proportionality/>>.

und der unverbindlichen Ausnahme in Art. 1 Abs. 2 RL 2002/90/EG ergibt.¹⁰²³ Tatsächlich haben nur wenige EU-Mitgliedstaaten von der Ausnahmeklausel Gebrauch gemacht.¹⁰²⁴ In einer Empfehlung zur Umsetzung der RL 2002/90/EG hat die EU-Kommission den Mitgliedstaaten vor diesem Hintergrund nahegelegt, humanitäre Unterstützung grundsätzlich straffrei zu stellen und zu diesem Zweck auf die Ausnahmeklausel des Art. 1 Abs. 2 RL 2002/90/EG zurückzugreifen. Die Kommission hat dabei ausdrücklich klargestellt, dass das Unionsrecht nicht darauf abziele, humanitäre Unterstützung zu kriminalisieren, und auch die Richtlinie hinreichend Spielraum lasse, um insoweit zu differenzieren.¹⁰²⁵

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die RL 2002/90/EG im Lichte der EU-Grundrechte auszulegen ist. So hat der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass nicht angenommen werden könne, „dass ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser bereits deshalb gegen die Rechtsvorschriften über die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten oder den Aufenthalt in diesem Gebiet verstieße, weil er im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats um internationalen Schutz nachsucht.“¹⁰²⁶ Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof ein ungarisches Strafgesetz, welches die Unterstützung bei der Asylantragstellung in Fällen offensichtlich unzulässiger Anträge kriminalisierte, als Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG überschneidende Kriminalisierung bewertet.¹⁰²⁷

In seinem grundlegenden *Kinsá*-Urteil hat der Europäische Gerichtshof die Notwendigkeit einer grundrechtskonformen Auslegung noch einmal unterstrichen und darüber hinaus deutlich herausgestellt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 52 Abs. 1 EUGrCh) nicht erst auf Sanktions-, sondern bereits auf Ebene des

1023 Ebenfalls kritisch *Mitsilegas*, in: Guia/van der Woude/van der Leun (Hrsg.), *Social Control and Justice*, 2013, 87, 93; *Mitsilegas*, *New Journal of European Criminal Law* 2019, 68, 78; *Zirulia*, in: Gatta/*Mitsilegas*/*Zirulia* (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235, 238 f.

1024 EU Kommission, *Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence* (2020/C 323/01), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2020_323_R_0001>; siehe auch 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. 14 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)>.

1025 EU Kommission, *Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence* (2020/C 323/01), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2020_323_R_0001>; „Recalling that EU law does not intend to criminalise humanitarian assistance, the Commission has taken stock of the situation since the evaluation of the Facilitators Package. In light of this, the Commission invites Member States that have not already done so to use the possibility provided for in Article 1(2) of the Facilitation Directive, which allows them to distinguish between activities carried out for the purpose of humanitarian assistance and activities that aim to facilitate irregular entry or transit, and allows for the exclusion of the former from criminalisation.“

1026 EuGH, Urt. v. 16.11.2021 (Rs. C-821/19), para. 141.

1027 EuGH, Urt. v. 16.11.2021 (Rs. C-821/19), para. 141.

Tatbestandes zu beachten sei.¹⁰²⁸ Das dem Urteil zugrunde liegende Vorabentscheidungsverfahren war vom *Tribunale di Bologna* (Italien) initiiert worden. Das Gericht hatte über die Strafbarkeit einer kongolesischen Frau zu entscheiden, die versucht hatte, unter Nutzung gefälschter Reisepässe mit ihrer Tochter und ihrer Nichte aus einem Drittland per Flugzeug nach Italien einzureisen, um dort um internationalen Schutz zu ersuchen. Vorgeworfen wurde der Beschuldigten unter anderem, die unerlaubte Einreise ihrer Tochter und ihrer Nichte unterstützt und damit eine Beihilfe zur unerlaubten Einreise von Drittstaatsangehörigen (Art. 12 Abs. 1 des Einheitstexts über die Einwanderung) nach italienischem Recht begangen zu haben. Aus einer grundrechtskonformen Auslegung der RL 2002/90/EG ergibt sich nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs allerdings, dass das Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 7 EUGrCh) sowie die Rechte des Kindes (Art. 24 EUGrCh) in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 52 Abs. 1 EUGrCh) einer Auslegung des Art. 1 Abs. 1 lit. a) RL 2002/90/EG entgegenstünden, nach der auch die Unterstützung minderjähriger Drittstaatsangehöriger, die den Unterstützten begleiten und für die er die tatsächliche Sorge ausübt, unter den allgemeinen Tatbestand der Beihilfe zur unerlaubten Einreise fiele. Mitgliedstaatliche Strafvorschriften, die solche Unterstützungshandlungen strafrechtlich ahndeten, seien mit der Grundrechtecharta unvereinbar.¹⁰²⁹ Die Unterstützung von (jedenfalls minderjährigen) Familienangehörigen ist nach diesem Urteil daher nicht als Beihilfe im Sinne der RL 2002/90/EG zu qualifizieren.

Das Urteil war zwar auf eine Konstellation der „Familienschleusung“ beschränkt; die Argumentation zur Bedeutung der EU-Grundrechte bei der Auslegung der Richtlinie lässt sich jedoch auf andere Konstellationen übertragen. So ist nicht erkennbar, weshalb die Bewertung der (unentgeltlichen und damit regelmäßig altruistischen) Unterstützung von Flüchtlingen, die internationalen Schutz begehren, im Lichte von Art. 18 und 52 Abs. 1 EUGrCh – also vor dem Hintergrund des europäischen Asylrechts – als strafbare Beihilfe zur unerlaubten Einreise verhältnismäßig sein sollte.¹⁰³⁰ Zwar trifft es zu, dass in diesen Fällen die Grundrechtsträger des Art. 18 EUGrCh selbst – mit Ausnahme der Fälle, in denen Flüchtlinge selbst wegen Beihilfe zugunsten anderer Flüchtlinge verfolgt werden – nicht von der Kriminalisierung betroffen sind. Jedoch greift die strafrechtliche Verfolgung auf Grundlage des harmonisierten mitgliedstaatlichen Rechts in das Freiheitsgrundrecht des Art. 6 EUGrCh sowie das Eigentumsrecht des Art. 17 Abs. 1 EUGrCh ein, weil als Konsequenz

1028 EuGH, Ur. v. 3.6.2025 (Rs. C-460/23 – Kinsa), paras 33 ff.

1029 EuGH, Ur. v. 3.6.2025 (Rs. C-460/23 – Kinsa), para. 73.

1030 In *Kinsa* stützt sich der EuGH zusätzlich auf Art. 18 EUGrCh, vgl. EuGH, Ur. v. 3.6.2025 (Rs. C-460/23 – Kinsa), paras 57 ff. Tendenziell wie hier *Mitsilegas*, *European Journal of Migration and Law* 2025, 329, 341; *Zirulia*, *The Legacy of Kinsa*, *Verfassungsblog* v. 26. Juni 2025, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/kinsa-judgment-proportionality/>>.

einer strafrechtlichen Verurteilung Freiheits- und Geldstrafen drohen. Bei der Beurteilung der Eingriffsrechtfertigung ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen und in diesem Rahmen auch die mittelbare Betroffenheit des Asylgrundrechts der unterstützten Flüchtlinge in den Blick zu nehmen. Denn dieses führt (auch im Lichte des internationalen Flüchtlingsrechts¹⁰³¹) dazu, dass die Einreise der unterstützten Personen nicht als strafbarer Rechtsverstoß erscheint,¹⁰³² weshalb eine Kriminalisierung altruistischer Unterstützungshandlungen in diesem Kontext unverhältnismäßig wäre. Konsequenter wäre es daher im Lichte des *Kinsa*-Urteils, auch in diesen Konstellationen eine grundrechtskonforme Auslegung dahingehend vorzunehmen, dass nicht-vorteilsmotivierte Unterstützungshandlungen zugunsten von Flüchtlingen nicht dem Tatbestand der Beihilfe unterfallen.¹⁰³³

Die Implikationen des *Kinsa*-Urteils reichen in dieser Perspektive weit über den Einzelfall hinaus.¹⁰³⁴ Für die von der Harmonisierung betroffenen Tatbestände des deutschen Migrationsstrafrechts (primär §§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, 27 StGB und § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b), Abs. 4 AufenthG) folgt aus den vorstehenden Grundsätzen, dass auch sie – entgegen ihrem weit gefassten Wortlaut¹⁰³⁵ – entsprechende Unterstützungshandlungen schon tatbestandlich nicht erfassen dürfen.

bb) Richtlinienentwurf der EU-Kommission

Im Zuge der geplanten Reform des Europäischen Migrations- und Asylsystems soll RL 2002/90/EG durch eine neue, auf Art. 83 Abs. 2 AEUV gestützte, Richtlinie ersetzt werden.¹⁰³⁶ Der Richtlinienentwurf weist deutlicher als bislang auf die intendierte Kriminalisierung von kommerziellen Schleusern hin, deren Handeln aufgrund ihres Profitstrebens Menschenleben gefährde und die Würde des Menschen missachte.¹⁰³⁷ Zugleich unterminiere die Beihilfe zur Ein- und Durchreise sowie zum Aufenthalt aber auch das Migrationsmanagement der Union.¹⁰³⁸

1031 Zu Art. 31 Abs. 1 GFK sogleich unten C. IV. 2.

1032 EuGH, Urt. v. 16.11.2021 (Rs. C-821/19), para. 141.

1033 Siehe auch *Mitsilegas*, European Journal of Migration and Law 2025, 329, 341; *Zirulia*, The Legacy of *Kinsa*, Verfassungsblog v. 26. Juni 2025, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/kinsa-judgment-proportionality/>>.

1034 *Zirulia*, The Legacy of *Kinsa*, Verfassungsblog v. 26. Juni 2025, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/kinsa-judgment-proportionality/>>.

1035 Vgl. im Einzelnen unten E. II. 5., V. 1.

1036 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Mindestvorschriften zur Verhinderung und Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt in der Union sowie zur Ersetzung der Richtlinie 2002/90/EG des Rates und des Rahmenbeschlusses 2002/946/JI des Rates v. 28. November 2023, COM(2023) 755 final – 2023/0439 (COD), abrufbar unter: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0755>>.

1037 Erwägungsgrund (1) des Richtlinienentwurfs.

1038 Erwägungsgrund (1) des Richtlinienentwurfs.

Art. 3 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags der Europäischen Kommission zufolge sollen Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass die vorsätzliche Unterstützung eines Drittstaatsangehörigen zwecks Einreise in das, Durchreise durch das oder Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates unter Verstoß gegen das einschlägige Unionsrecht¹⁰³⁹ oder die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaates über die Einreise, die Durchreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen einen Straftatbestand darstellt, wenn

„a) die Person, die die Handlung vornimmt, unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder materiellen Vorteil oder das Versprechen eines solchen Vorteils fordert, erhält, annimmt oder die Handlung vornimmt, um einen solchen Vorteil zu erlangen[,] oder

b) eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass einer Person ein ernsthafter Schaden zugefügt wird.“¹⁰⁴⁰

Darüber hinaus soll die öffentliche „Anstiftung“ zur Einreise, Durchreise oder zum Aufenthalt unter Strafe gestellt werden.¹⁰⁴¹ Der Entwurf sieht zudem zahlreiche Qualifikationstatbestände und Straferschwerungsgründe vor.¹⁰⁴² Die Anstiftung, die Beihilfe und der Versuch zur Unterstützung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags sollen auch weiterhin unter Strafe stehen.¹⁰⁴³

Der Richtlinienentwurf sieht keine Ausnahme für humanitär motiviertes Handeln mehr vor.¹⁰⁴⁴ Allerdings verlangt er abweichend zu RL 2002/90/EG auch nicht mehr, die Beihilfe zur unerlaubten Einreise auch unabhängig von einer Vorteilsmotivation zu kriminalisieren, sofern nicht die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass einer Person ein ernsthafter Schaden zugefügt wird. Daher zwingt auch der Richtlinienentwurf im Ausgangspunkt keineswegs dazu, (ausschließlich) humanitär motiviertes Handeln zu kriminalisieren. Zudem weisen die Vorschlagsbegründung ebenso wie die Erwägungsgründe ausdrücklich darauf hin, dass Zweck der Richtlinie gerade nicht sei, humanitäre Unterstützung zu kriminalisieren, sondern in Abgrenzung zur RL 2002/90/EG sicherzustellen, dass diese nicht von der Pönalisierungspflicht erfasst werde.¹⁰⁴⁵ In diesem Lichte ist Art. 3 des Richtlinienvorschlags daher auszulegen.

1039 Insbesondere ist hier die EU-Visum-Verordnung von Bedeutung, zu dieser oben C. I. 2. b) aa).

1040 Art. 3 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags.

1041 Art. 3 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags.

1042 Art. 4 und Art. 9 des Richtlinienvorschlags.

1043 Art. 5 des Richtlinienvorschlags.

1044 Insoweit zurecht sehr kritisch *Moreno-Lax*, Commission proposal for a revised Facilitation Directive. Targeted substitute impact assessment, European Parliamentary Research Service, PE 765.787, 2025, abrufbar unter: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/765787/EPRS_STU\(2025\)765787_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/765787/EPRS_STU(2025)765787_EN.pdf)>.

1045 Richtlinienvorschlag, S. 4 sowie Erwägungsgrund (7) des Richtlinienvorschlags; siehe aber die Bedenken bei *Moreno-Lax*, Solidarity Crimes, Legitimacy Limits, Verfassungsblog v. 17. April 2024, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/solidarity-crimes-legitimacy-limits/>>, hinsichtlich der einschränkenden Formulierung („Überdies ist es nicht Zweck dieser Richtlinie, einerseits die Unterstützung von

Dass die Kommission darauf verzichtet hat, die Straflosigkeit humanitärer Unterstützung eindeutig klarzustellen, ist gleichwohl kritikwürdig, da sie damit die schon auf Grundlage der geltenden Richtlinie bestehende Rechtsunsicherheit perpetuiert. So bleibt eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich der Tatbestandsmäßigkeit humanitärer Unterstützungshandlungen im Blick auf die Variante der hohen Wahrscheinlichkeit eines ernsthaften Schadenseintritts (Art. 3 Abs. 1 lit. b) des Richtlinienenvorschlags), da eine solche bei gefährlichen Reiserouten auch in Fällen humanitärer Unterstützung anzunehmen sein könnte. Dem wird zwar im Rahmen der Auslegung durch Betonung des Richtlinienzwecks Rechnung getragen werden können. Die damit möglicherweise erreichte Beweiserleichterung in Fällen, in denen zwar die Gefährlichkeit der Schleusungssituation nachgewiesen werden kann, nicht aber die für Art. 3 Abs. 1 lit. a) erforderliche Vorteilmotivation, geht freilich zulasten humanitärer Unterstützer. Es besteht darüber hinaus das Risiko, dass Migranten, die andere Migranten in gefährlichen Situationen unterstützen, selbst unter Art. 3 Abs. 1 lit. b) fallen, obschon die Kriminalisierung von Migranten gerade nicht bezweckt werden sollte.¹⁰⁴⁶ In einer Zusammenschau aus dem Verzicht auf eine humanitäre Ausnahmeklausel und einem weiterhin ausgreifenden Tatbestand bestehen damit erhebliche Kriminalisierungsrisiken. Diese müssen gerade mit Blick auf das *Kinsa*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, das klargestellt hat, dass im Lichte der EU-Grundrechtecharta insbesondere die Unterstützung von Familienangehörigen nicht in den Anwendungsbereich der geltenden Richtlinie fallen darf,¹⁰⁴⁷ beseitigt werden. Dies kann zwar im Einzelfall auch im Wege der Auslegung geschehen. Vorzuziehen ist im Lichte des Bestimmtheitsgrundsatzes – der als Ausprägung des als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts anerkannten Gesetzlichkeitsprinzips (Art. 49 Abs. 1 EUGrCh, Art. 7 Abs. 1 EMRK) auch durch den Unionsgesetzgeber zu beachten ist¹⁰⁴⁸ – jedoch eine klar umgrenzte und auf vorteilsmotivierte Unterstützungshandlungen fokussierte Tatbestandsfassung. Im Zuge des derzeitigen Reformprozesses können diese Erwägungen noch Berücksichtigung finden.

Daneben stellt sich die Frage, wie mit der Gewährung von Unterstützung gegen Entgelt, etwa im Zusammenhang mit entgeltlicher Rechtsberatung oder medizinischer Versorgung, umzugehen ist, da die Richtlinie nicht auf „Gewinnzwecke“ abstellt, sondern auf einen finanziellen oder materiellen Vorteil, der auch in der üblichen

Familienangehörigen und andererseits humanitäre Hilfe oder die Deckung grundlegender menschlicher Bedürfnisse, die Drittstaatsangehörigen im Einklang mit den rechtlichen Verpflichtungen gewährt werden“).

1046 Erwägungsgrund (7) des Richtlinienenvorschlags. Zur notwendigen Teilnahme in solchen Fällen vgl. unten E. V. I. b) aa) (3) (c).

1047 EuGH, Urt. v. 3.6.2025 (Rs. C-460/23 – *Kinsa*), dazu oben C. III. 2. a) aa).

1048 Vgl. etwa *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 377 ff.; European Criminal Policy Initiative, ZIS 2009, 707, 709; eingehend zum Gesetzlichkeitsprinzip im Europäischen Strafrecht *Peristeridou*, The Principle of Legality in European Criminal Law, 2017, 178 ff.

und angemessenen Entlohnung einer Dienstleistung bestehen könnte.¹⁰⁴⁹ Hier wird nur eine Auslegung, die einen Vorteil bei üblicher Vergütung für Beratungs- oder Dienstleistungen verneint, weiterhelfen.¹⁰⁵⁰

Der Richtlinienvorschlag der Kommission ist dementsprechend kritisch rezipiert worden.¹⁰⁵¹ Die Berichterstatterin des zuständigen Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments hat substanzielle Änderungen des Richtlinienentwurfs angemahnt, vor allem mit dem Ziel, humanitäre Unterstützungshandlungen rechtssicher aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen. Die Berichterstatterin schlug unter anderem vor, in den Erwägungsgründen der Richtlinie klarzustellen, dass altruistische und humanitäre Unterstützungshandlungen nicht kriminalisiert werden sollten:

„Where an individual or organisation offers assistance to migrants through actions which are selfless and from which no financial or other material benefit is derived, or which are based on the principles of humanity, neutrality, impartiality and independence, then those actions should not be criminalised. Such actions may include the carrying out of search and rescue operations in accordance with international law, assistance to family members, assistance to third-country nationals in situations of danger or distress, the provision of legal assistance, medical assistance, healthcare, housing, shelter, clothing, food and water to third-country nationals or supporting third-country nationals in asserting their rights.“¹⁰⁵²

Diese Definition stellt einerseits allgemein auf Fälle ab, in denen kein Vorteil erlangt werden soll und die deshalb als „selfless“ (altruistisch) eingestuft werden, und andererseits spezifisch auf humanitäre Unterstützung, die den Grundsätzen der Humanität, Neutralität, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit folgt. Die nicht abschließende Aufzählung möglicher humanitärer Unterstützungshandlungen verdeutlicht, dass insbesondere die Versorgung mit basalen Gütern und Dienstleistungen, die Unterstützung von Familienmitgliedern sowie Rettungshandlungen zugunsten in Not geratener Personen aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeklammert werden sollen. Darüber hinaus schlägt die Berichterstatterin vor, humanitäre Unter-

1049 Zu dieser Problematik *Moreno-Lax*, Solidarity Crimes, Legitimacy Limits, Verfassungsblog v. 17. April 2024, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/solidarity-crimes-legitimacy-limits/>>; DAV, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Strafrecht und Migrationsrecht, Stellungnahme Nr. 14/2024, S. 4 f., abrufbar unter: <<https://anwaltverein.de/newsroom/sn-14-24-rl-vorschlag-bekaempfung-schleuserkriminalitaet>>.

1050 Siehe dazu unten E. V. I. b) aa) (I) (c) (i).

1051 Eingehend *Moreno-Lax*, Commission proposal for a revised Facilitation Directive. Targeted substitute impact assessment, European Parliamentary Research Service, PE 765.787, 2025, abrufbar unter: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/765787/EPRS_STU\(2025\)765787_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/765787/EPRS_STU(2025)765787_EN.pdf)>.

1052 Siehe European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, ***I Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council Laying down minimum rules to prevent and counter the facilitation of unauthorised entry, transit and stay in the Union, and replacing Council Directive 2002/90/EC and Council Framework Decision 2002/946 JHA (COM(2023)0755 – C9–0430/2023 – 2023/0439 (COD)), 26. März 2025, Amendment 9, abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-PR-768109_EN.pdf>.

stützung konkret zu definieren als „short-term or long-term actions taken to save lives, alleviate suffering and maintain human dignity during and after man-made crises and disasters, including actions to reduce vulnerabilities and promote and protect human rights, governed by the humanitarian principles of: humanity, impartiality, neutrality and independence[.]“¹⁰⁵³

Aber auch die Reichweite der Pönalisierungspflichten soll nach dem Vorschlag der Berichterstatterin deutlich eingeschränkt werden, insbesondere soll Art. 3 Abs. 1 lit. b), der an die hohe Wahrscheinlichkeit eines ernsthaften Schadens anknüpft, ersatzlos gestrichen werden.¹⁰⁵⁴ Insoweit wird ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot bemängelt. Die Streichung hätte aber auch den Vorteil, dass tatsächlich nur vorteilsgeleitetes Handeln von der Richtlinie erfasst wäre und damit auch ein Gleichlauf mit dem Zusatzprotokoll zur Palermo-Konvention bestünde, das nur auf professionelle Schleuser abzielt.¹⁰⁵⁵ Zudem soll durch einen neu einzufügenden Art. 3 Abs. 2a klargestellt werden, dass die Bereitstellung „humanitärer Unterstützung“ keinen Straftatbestand erfüllen soll.¹⁰⁵⁶ Ein ebenfalls einzufügender Art. 3 Abs. 2b soll ferner klarstellen, dass Drittstaatsangehörige sich nicht strafbar machen sollen, „for the sole fact of having been the object of the conduct set out in paragraph 1“.¹⁰⁵⁷ Schließlich will die Berichterstatterin auch vollständig auf die in Art. 4 des Richtlinienvorschlags vorgesehenen qualifizierten Fälle verzichten. Die Regelung von Qualifikationstatbeständen sei dem Europäischen Strafrecht fremd; stattdessen sollten für entsprechende Fälle erhöhte Mindeststrafrahmen definiert, also Rechtsfolgenregelungen vorgesehen werden.¹⁰⁵⁸

Die weiteren Beratungen dürften sich vor allem im Spannungsfeld zwischen dem mitgliedstaatlichen Interesse, möglichst umfassend und koordiniert gegen Schleuser vorgehen zu können, und der Wahrung der Grund- und Menschenrechte von Migranten sowie ihrer Unterstützer bewegen, die wohl primär durch einen Teil des Europäischen Parlaments artikuliert werden dürften.¹⁰⁵⁹

1053 Ibid, Amendment 27.

1054 Ibid, Amendment 30.

1055 Dazu unten C. IV. 3.

1056 European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, ***I Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council Laying down minimum rules to prevent and counter the facilitation of unauthorised entry, transit and stay in the Union, and replacing Council Directive 2002/90/EC and Council Framework Decision 2002/946 JHA (COM(2023)0755 – C9-0430/2023 – 2023/0439 (COD)), 26. März 2025, Amendment 32, abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-PR-768109_EN.pdf>.

1057 Ibid, Amendment 33. Zur notwendigen Teilnahme in diesen Fällen vgl. unten E. V. 1. b) aa) (3) (c).

1058 Ibid, Amendment 34.

1059 Hervorzuheben ist allerdings, dass das Presidency Redraft, das durch das Präsidium des Rates der Europäischen Union den Ständigen Vertretern der Mitgliedstaaten zur Abstimmung vorgelegt wurde, gleichfalls vorsieht, Art. 3 Abs. 1 lit. b) und Abs. 2 zu streichen sowie auf Qualifikationstatbestände (Art. 4) zu verzichten. Zudem soll in den Erwägungsgründen deutlich klargestellt werden, dass die humanitäre Unterstützung nicht kriminalisiert werden soll, vgl. Council of the European Union, Presi-

b) Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt

Neben dem *Facilitators Package* enthält insbesondere die *RL 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juni 2009 über Mindeststandards und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen*, Pönalisierungspflichten, die einen Migrationsbezug aufweisen. Die Richtlinie steht ihren Erwägungsgründen zufolge im Zusammenhang mit der „Bekämpfung der rechtswidrigen Einwanderung“¹⁰⁶⁰. Ihr liegt die Annahme zugrunde, dass ein „wichtiger Anreiz für die rechtswidrige Einwanderung in die EU [darin] besteht [...], dass es in der EU möglich ist, eine Beschäftigung zu finden, auch ohne den erforderlichen Rechtsstatus zu besitzen.“¹⁰⁶¹ Damit knüpft die Richtlinie an dieselben Erwägungen an, die schon die sozialliberale Koalition veranlasst hatte, das *Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung* ins Werk zu setzen.¹⁰⁶² Zentrales Element der Richtlinie ist das umfassende Verbot der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt.¹⁰⁶³ Eine Ausnahme ist für Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt vorgesehen, deren Rückführung aufgeschoben wurde und denen nach innerstaatlichem Recht die Ausübung einer Beschäftigung gestattet ist – im deutschen Kontext betrifft dies also Fälle von geduldeten Ausländern, denen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist.¹⁰⁶⁴ Zur Durchsetzung des Verbots statuiert die Richtlinie zahlreiche Arbeitgeberpflichten,¹⁰⁶⁵ sieht finanzielle Sanktionen¹⁰⁶⁶ und Nachzahlungspflichten bezüglich Lohn, Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen vor¹⁰⁶⁷ und definiert Straftatbestände, welche die Mitgliedstaaten in ihr innerstaatliches Recht umzusetzen haben.¹⁰⁶⁸ In ihrer Kombination laufen diese Maßnahmen – ähnlich wie bei den *carrier sanctions*¹⁰⁶⁹ – letztlich auf eine Privatisierung der Migrationskontrolle hinaus, indem papierlose Personen vom Wirtschaftsleben abgeschnitten werden.¹⁰⁷⁰

Nach Art. 9 RL 2009/52/EG müssen die Mitgliedstaaten vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen das Verbot der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne recht-

dency, Note (29.II.2024) „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down minimum rules to prevent and counter the facilitation of unauthorised entry, transit and stay in the Union, and replacing Council Directive 2002/90/EC and Council Framework Decision 2002/946 JHA – General approach“, 15916/1/24.

1060 Erwägungsgrund (1) RL 2009/52/EG.

1061 Erwägungsgrund (2) RL 2009/52/EG.

1062 Dazu oben A. II. 3. c) cc).

1063 Art. 3 Abs. 1 RL 2009/52/EG.

1064 Art. 3 Abs. 3 RL 2009/52/EG.

1065 Art. 4 RL 2009/52/EG.

1066 Art. 5 RL 2009/52/EG.

1067 Art. 6 RL 2009/52/EG.

1068 Art. 9 RL 2009/52/EG.

1069 Dazu oben C. II. 1.

1070 Vgl. Mitsilegas, in: Guia/van der Woude/van der Leun (Hrsg.), *Social Control and Justice*, 2013, 87, 94 ff.

mäßigen Aufenthalt unter Strafe stellen, wenn die Zuwiderhandlung andauert oder beharrlich wiederholt wird (lit. a)), wenn sie die gleichzeitige Beschäftigung einer erheblichen Zahl von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt betrifft (lit. b)), wenn sie mit besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen einhergeht (lit. c)), wenn sie von einem Arbeitgeber begangen wird, der unter Zwang erbrachte Arbeiten oder Dienste nutzt, obwohl er weiß, dass die betroffene Person Opfer von Menschenhandel ist (lit. d)), und wenn die Zuwiderhandlung die illegale Beschäftigung von Minderjährigen betrifft (lit. e)). Anstiftung, Begünstigung oder Beihilfe sind gleichfalls zu pönalisieren.¹⁰⁷¹

Das deutsche Recht wird diesen Pönalisierungspflichten durch verschiedene Tatbestände im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz gerecht. Die Beschäftigung zu besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen (Art. 9 Abs. 1 lit. c) RL 2009/52/EG) wird von § 10 Abs. 1 SchwarzArbG erfasst, wobei der Straftatbestand bereits lange vor der Richtlinie existierte.¹⁰⁷² Die Ausnutzung der Lage von Opfern von Menschenhandel ist in Umsetzung der RL 2009/52/EG in § 10a SchwarzArbG – ergänzend zu § 233 StGB (Ausbeutung der Arbeitskraft) – unter Strafe gestellt worden¹⁰⁷³ und die in Art. 9 Abs. 1 lit. a), b) und e) RL 2009/52/EG vorgesehenen Straftatbestände werden durch § 11 Abs. 1 SchwarzArbG erfasst, der in Umsetzung der Richtlinie teilweise angepasst wurde.¹⁰⁷⁴

3. Die Rückführungsrichtlinie

Die *Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger* sieht Verfahrensregelungen zur Vereinheitlichung des „Rückführungsverfahrens“ gegen Personen vor, die sich unerlaubt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats der Europäischen Union aufhalten. Zu diesem Zweck harmonisiert sie die Voraussetzungen für die sogenannte „Rückkehrentscheidung“,¹⁰⁷⁵ die im deutschen Recht der Ausweisung beziehungsweise der Abschiebungsanordnung entspricht, sieht die Bestimmung angemessener Fristen für die freiwillige Ausreise,¹⁰⁷⁶ die Abschiebung nicht freiwillig ausreisender Personen oder von Personen, denen eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde, vor¹⁰⁷⁷ und trifft auch Regelungen über den Aufschub der Abschiebung.¹⁰⁷⁸ Daneben sieht die

1071 Art. 9 Abs. 2 RL 2009/52/EG.

1072 BT-Drs. 17/5470, S. 17.

1073 BT-Drs. 17/5470, S. 32.

1074 BT-Drs. 17/5470, S. 32.

1075 Art. 6 RL 2008/115/EG.

1076 Art. 7 RL 2008/115/EG.

1077 Art. 8 RL 2008/115/EG.

1078 Art. 9 RL 2008/115/EG.

Richtlinie Verfahrensgarantien für die Rückführungsbetroffenen vor¹⁰⁷⁹ und regelt die Voraussetzungen der Inhaftnahme zur Abschiebung, Höchstfristen der Abschiebehaft¹⁰⁸⁰ sowie die Haftbedingungen, insbesondere die Inhaftierung in speziellen Hafteinrichtungen.¹⁰⁸¹

a) Vorrang des Rückführungsverfahrens

Die Rückführungsrichtlinie enthält zunächst keine Regelungen mit migrationsstrafrechtlichem Bezug.¹⁰⁸² Gleichwohl hat sie konkrete Auswirkungen auf die Anwendung zentraler Strafvorschriften. Diese ergeben sich aus der Auslegung der Richtlinie – insbesondere deren Art. 15 und 16 zur Inhaftnahme und den Haftbedingungen – durch den Europäischen Gerichtshof.

aa) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Nach dem Grundsatzurteil in der Rechtssache *El Dridi* ist die Rückführungsrichtlinie nämlich dahingehend auszulegen, „dass sie einer Regelung eines Mitgliedstaats [...] entgegensteht, die vorsieht, dass gegen einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen allein deshalb eine *Haftstrafe* (Herv. d. Verf.) verhängt werden kann, weil er entgegen einer Anordnung, das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats innerhalb einer bestimmten Frist zu verlassen, ohne berechtigten Grund in dessen Hoheitsgebiet bleibt.“¹⁰⁸³ Der Europäische Gerichtshof argumentiert dabei, dass die Verhängung einer Haftstrafe die „Verwirklichung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele gefährden und sie damit ihrer praktischen Wirksamkeit berauben könnte.“¹⁰⁸⁴ Dies gelte insbesondere für die Abschiebung von Rückkehrpflichtigen.¹⁰⁸⁵ Die Mitgliedstaaten seien daher auch nach Ablauf einer Ausreisefrist nicht berechtigt, eine Strafe allein deshalb zu verhängen, weil der Drittstaatsangehörige der Ausweisung nicht nachgekommen sei; vielmehr müssten sie ihre Bemühungen zur Vollstreckung der Rückkehrentscheidung fortsetzen.¹⁰⁸⁶ Zwar erkennt der Europäische Gerichtshof an, dass die Ausgestaltung des Straf- und Strafprozessrechts Sache der Mitgliedstaaten sei; diese müssten ihre Rechtsvorschriften jedoch so gestalten, dass die Wahrung des Unionsrechts gewährleistet sei (Art. 4 Abs. 3 EUV) und die mit der Rückführungsrichtlinie verfolgten Ziele nicht vereitelt würden.¹⁰⁸⁷ Zugleich betonte der Eu-

1079 Art. 12 ff. RL 2008/115/EG.

1080 Art. 15 Abs. 5 Satz 2 RL 2008/115/EG: sechs Monate Höchstfrist; nur ausnahmsweise ist nach Abs. 6 eine Verlängerungen um 12 Monate möglich.

1081 Art. 15 ff. RL 2008/115/EG.

1082 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 30.

1083 EuGH NJOZ 2012, 837.

1084 EuGH NJOZ 2012, 837, 839.

1085 EuGH NJOZ 2012, 837, 840.

1086 EuGH NJOZ 2012, 837, 840.

1087 EuGH NJOZ 2012, 837, 839.

ropäische Gerichtshof jedoch, dass die Rückführungsrichtlinie der Anwendung von Strafvorschriften nicht entgegenstehe, wenn das Rückführungsverfahren erfolglos abgeschlossen worden sei, weil „Zwangsmaßnahmen es nicht ermöglicht haben, einen Drittstaatsangehörigen abzuschieben, der sich illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhält.“¹⁰⁸⁸ Gleiches muss dann gelten, wenn das Rückführungsverfahren nicht oder nicht mehr betrieben wird, weil der Aufenthalt zwischenzeitlich legalisiert worden ist.¹⁰⁸⁹

Sein *El Dridi*-Urteil hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Achugh-babian* bestätigt.¹⁰⁹⁰ Danach stehe die Rückführungsrichtlinie „der Regelung eines Mitgliedstaats, die den illegalen Aufenthalt mit strafrechtlichen Sanktionen ahndet, entgegen, soweit diese Regelung die Inhaftierung eines Drittstaatsangehörigen zur Strafvollstreckung zulässt“, während das Rückführungsverfahren nach der Richtlinie durchzuführen wäre, nicht aber dann, wenn das in der Richtlinie vorgesehene Rückkehrverfahren bereits auf den Betroffenen angewandt wurde und er sich „ohne einen Rechtfertigungsgrund für seine Nichtrückkehr illegal in dem [...] Hoheitsgebiet aufhält.“¹⁰⁹¹ Der Europäische Gerichtshof stellte in seiner Entscheidung klar, dass die Rückführungsrichtlinie nicht zum Ziel habe, die nationalen Rechtsvorschriften über den Aufenthalt von Ausländern insgesamt zu harmonisieren, weshalb sie Strafvorschriften, die den unerlaubten Aufenthalt von Ausländern unter Strafe stellen, nicht grundsätzlich entgegenstehe.¹⁰⁹² Entscheidend sei, dass die Wahrung des Unionsrechts gewährleistet und die mit der Rückführungsrichtlinie verfolgten Ziele nicht gefährdet oder ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würden.¹⁰⁹³ Da Art. 8 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie die Mitgliedstaaten dazu verpflichte, die Abschiebung innerhalb kürzester Frist vorzunehmen, stehe die Richtlinie der Durchführung eines Strafverfahrens vor Vollstreckung der Rückkehrentscheidung oder gar vor ihrem Erlass entgegen, sofern dieses zur Verhängung einer Freiheitsstrafe führen könnte.¹⁰⁹⁴ Nach Abschluss des (erfolglosen) Rückführungsverfahrens gelte dies allerdings nicht mehr.¹⁰⁹⁵

In der Rechtssache *Sagor* hat der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung erneut bestätigt und ausdrücklich klargestellt, dass die Rückführungsrichtlinie zwar der Verhängung einer Freiheitsstrafe oder eines Hausarrestes, nicht aber der Ver-

1088 EuGH NJOZ 837, 840.

1089 BayObLG, Urt. v. 7.10.2022 – 202 StRR 81/22, BeckRS 2022, 28615, Rn. 14.

1090 EuGH EZAR NF 52 Nr. 6.

1091 EZAR NF 52 Nr. 6, Leitzsatz und S. 3 ff.; bestätigt durch EuGH EZAR NF 89 Nr. 27, 4 f.; EZAR NF 57 Nr. 52, 4.

1092 EuGH EZAR NF 52 Nr. 6, 2.

1093 EuGH EZAR NF 52 Nr. 6, 4.

1094 EuGH EZAR NF 52 Nr. 6, 6.

1095 EuGH EZAR NF 52 Nr. 6, 6 f.

urteilung zu einer Geldstrafe entgegenstehe.¹⁰⁹⁶ Allerdings hat der Europäische Gerichtshof in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass die ersatzweise Vollstreckung eines Hausarrestes anstelle der Geldstrafe nicht mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar sei.¹⁰⁹⁷ Gleiches muss für eine Ersatzfreiheitsstrafe (im deutschen Recht nach § 43 StGB) gelten. Zudem wird aus der Entscheidung deutlich, dass das Strafverfahren das Rückführungsverfahren nicht beeinträchtigen darf; wird das Rückführungsverfahren daher vor dem Strafverfahren abgeschlossen, muss das Strafverfahren beendet werden.¹⁰⁹⁸ Eine solche Möglichkeit ist im deutschen Strafverfahrensrecht mit § 154b Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 Satz 1 StPO gegeben. § 72 Abs. 4 Satz 4 AufenthG bestimmt zudem, dass bei Straftaten nach § 95 AufenthG vor der Ausweisung oder Abschiebung das Einvernehmen der Staatsanwaltschaft verzichtbar ist, sodass der Durchführung des Rückführungsverfahrens auch ein laufendes Strafverfahren nicht entgegensteht.

In der Rechtssache *Skerdjan Celaj* hat der Europäische Gerichtshof sodann herausgearbeitet, dass die Rückführungsrichtlinie der Verhängung einer Freiheitsstrafe dann nicht entgegenstehe, wenn die Strafe wegen der *Wiedereinreise* entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot nach bereits erfolgter Rückführung in das Herkunftsland verhängt werde.¹⁰⁹⁹ In der Rechtssache *Affum* hat der Europäische Gerichtshof schließlich klargestellt, dass die in seiner Rechtsprechung entwickelten Grundsätze nicht nur auf eine Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts, sondern auch wegen illegaler Einreise über eine Binnengrenze anzuwenden seien,¹¹⁰⁰ und zwar auch, wenn der betreffende Mitgliedstaat vorübergehend Grenzkontrollen nach Art. 25 des Schengener Grenzkodex wiedereingeführt habe.¹¹⁰¹

bb) Konsequenzen für die Strafbarkeit der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts

Nach alledem steht die Rückführungsrichtlinie also der Verhängung einer Strafe entgegen, die zur Konsequenz hat, dass das Rückführungsverfahren und damit die Einhaltung des in der Richtlinie vorgegebenen Regelungsregimes verzögert oder vereitelt wird, weil sie in einer Freiheitsentziehung münden kann. Zudem darf die Durchführung eines Rückführungsverfahrens nicht durch die Vorschaltung eines Strafverfahrens verzögert werden. Für das deutsche Migrationsstrafrecht hat dies vor allem im Blick auf die Strafbarkeit wegen unerlaubter Einreise sowie wegen unerlaubten Aufenthalts Relevanz (§ 95 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG), da von Rück-

1096 EuGH ZAR 2013, 118, Leitsatz.

1097 EuGH ZAR 2013, 118, 119.

1098 EuGH ZAR 2013, 118, siehe auch die Anmerkung von Hörich/Bergmann, S. 119 f.

1099 EuGH NVwZ-RR 2015, 952 f.

1100 EuGH EZAR NF 57 Nr. 52, 6 f., 10 f.; bestätigt durch EuGH NVwZ 2019, 947, 949.

1101 EuGH NVwZ 2019, 947, 949 f.

föhrungsverfahren potenziell Betroffene regelmäÙig auch Beschuldigte in entsprechenden Strafverfahren sein werden.¹¹⁰²

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass die Rückföhrungsrichtlinie die Anwendbarkeit der Strafvorschriften insgesamt ausschlieÙe, solange das Rückföhrungsverfahren nicht abgeschlossen beziehungsweise endgöltig gescheitert sei.¹¹⁰³ Bereits die Durchföhrung des Strafverfahrens sei mit dem Vorrang des Rückföhrungsverfahrens unvereinbar.¹¹⁰⁴ Einzelne Landgerichte sind gleichfalls davon ausgegangen, dass ein Tatbestandsausschluss oder eine Rechtfertigung anzunehmen sei.¹¹⁰⁵

Diese Auffassungen beruhen allerdings auf einer überschieÙenden Übersetzung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in das deutsche Migrationsstrafrecht.¹¹⁰⁶ Dabei wird oftmals ausgeblendet, dass der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung konsistent die Verhängung einer Haftstrafe beziehungsweise einer Strafe, die ersatzweise in einer Freiheitsentziehung münden kann, ausgeschlossen hat, ausdrücklich jedoch nicht – wie das Urteil in der Rechtssache *Sagor* verdeutlicht – jegliche strafrechtliche Verfolgung und Sanktionierung. Entscheidend ist lediglich, dass das Rückföhrungsverfahren stets Vorrang erhält und nicht verzögert wird. Dies setzt weder den vollständigen Verzicht auf die Durchföhrung eines Strafverfahrens noch die Strafflosigkeit der unerlaubten Einreise oder des unerlaubten Aufenthalts voraus.

1102 Dass auch § 95 Abs.1 Nr.1 AufenthG vom Vorrang des Rückföhrungsverfahrens erfasst wird, ergibt sich daraus, dass auch insoweit eine Verzögerung der Rückföhrung einträte, vgl. AG Frankfurt (Oder), Urt. v. 6.5.2021 – 412 Cs 271 Js 18848/20, BeckRS 2021, 12904, Rn. 38. Soweit das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 17 (ähnlich bereits OLG München NStZ 2013, 484, 485 f., zustimmend *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 10), argumentiert, die Bestrafung wegen § 95 Abs.1 Nr.1 AufenthG könne die Rückföhrung sogar fördern, weil die Beschaffung eines Passes regelmäÙig Voraussetzung der Rückföhrung sei, wird verkannt, dass die Rechtsprechung des EuGH vor allem die Verzögerung im Blick hat, die aus einer freiheitsentziehenden Sanktionierung des VerstoÙes gegen Vorschriften des Migrationsverwaltungsrechts resultieren kann. Differenzierend BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 33.

1103 Vgl. *Hörich/Bergmann*, NJW 2012, 3339, 3340: „Daher ist der Straftatbestand des § 95 I Nr. 2 AufenthG europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass während eines laufenden Rückkehrverfahrens die Nichterfüllung der Rückkehrverpflichtung (und damit der unerlaubte Aufenthalt) allein nicht bestraft werden darf.“ Dabei bleibt allerdings unklar, ob die Autoren von einer Strafflosigkeit des Verhaltens ausgehen oder ein Bestrafungsverbot annehmen. Ähnlich unklar BGH NStZ 2020, 357, 358; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 27. Deutlicher dagegen *Hörich/Bergmann*, ZRP 2014, 109, 110, wo davon ausgegangen wird, dass die Strafnormen des § 95 Abs.1 Nr.2 und 3 AufenthG „weitestgehend“ mit den europarechtlichen Vorgaben unvereinbar seien. Die Autoren konzedieren zwar, dass auch eine Anpassung auf Rechtsfolgen- und Verfahrensebene möglich wäre, meinen jedoch, der dafür notwendige „drastische Umbau des Strafprozess- und des Strafrechts“ sei für „diesen begrenzten Anwendungsbereich unnötig“ und auch mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz „kaum widerspruchsfrei möglich“. Sehr weitgehend auch *Mitsilegas*, in: Guia/van der Woude/van der Leun (Hrsg.), Social Control and Justice, 2013, 87, 105 ff.

1104 *Hörich/Bergmann*, NJW 2012, 3339, 3341.

1105 So das LG Hamburg, zit. nach BGH NStZ 2017, 478, 479.

1106 In diesem Sinne auch MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 33.

Wie die Auswirkungen der Rückführungsrichtlinie strafrechtsdogmatisch und prozessual zu übersetzen sind, lässt sich dabei sinnvollerweise nur unter Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts und des Unionsrechts beantworten. Mit dem Unionsrecht kompatibel wären dabei zunächst alle Lösungen, die eine Strafbarkeit ausschließen, sei es auf Ebene des Tatbestandes, der Rechtswidrigkeit oder der Straffreistellungsgründe. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Unionsrecht zwar aufgrund seines Anwendungsvorrangs nationales Recht suspendieren kann. Diese Suspendierung kann im Blick auf die im Übrigen verbleibende staatliche Souveränität und das Recht des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, gerade im Bereich des Strafrechts die Grenzen des strafbaren Verhaltens im Rahmen der Verfassung selbst zu definieren,¹¹⁰⁷ jedoch nur so weit reichen, wie dies *erforderlich* ist, um dem Unionsrecht unbedingte Geltung zu verschaffen. Da der Europäische Gerichtshof eindeutig klargestellt hat, dass die Rückführungsrichtlinie nur Freiheitsstrafen oder der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafen entgegensteht, also mit Inhaftierung verbundenen Sanktionen, stellt der Anwendungsvorrang die grundsätzliche Anwendbarkeit der Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes nicht in Frage.

Dementsprechend kommt ein Tatbestandsausschluss nicht in Betracht.¹¹⁰⁸ Da die Rückführungsrichtlinie auch keinerlei Legalisierungswirkung bezüglich der unerlaubten Einreise oder des unerlaubten Aufenthalts entfaltet, lässt sie auch nicht das „Unrecht“ des Verhaltens entfallen und stellt daher auch keinen Rechtfertigungsgrund dar.¹¹⁰⁹ Sie billigt das tatbestandliche Verhalten gerade nicht, sondern steht einer Sanktionierung entgegen, um die effektive Durchführung des Rückführungsverfahrens nicht zu gefährden. Die nachvollziehbare Intention, den ausgreifenden Anwendungsbereich der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts mit den *de lege lata* verfügbaren rechtlichen Anknüpfungspunkten einzuhegen, lässt sich auf diesem Wege daher nicht erreichen. Damit ist zugleich klar, dass eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur unerlaubten Einreise oder zum unerlaubten Aufenthalt ebenso möglich bleibt wie die Strafbarkeit wegen des Einschleusens von Ausländern.¹¹¹⁰

Der Sinn und Zweck der Rückführungsrichtlinie gebietet es aber auch nicht, dem Betroffenen einen persönlichen Strafaufhebungsgrund zuzubilligen.¹¹¹¹ Insbesondere

1107 BVerfGE 123, 267, 408 ff.

1108 Wie hier BGH NStZ 2017, 478, 479; 2018, 286, 288; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 33.

1109 So auch BGH NStZ 2017, 478, 479; 2018, 286, 288; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 33.

1110 BGH NStZ 2017, 478, 479; 2018, 286, 287 f.; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 27a.

1111 Andeutend BGH NStZ 2018, 286, 288; mit Blick auf den Vorrang des außerstrafrechtlichen Interesses (Vorrang des Rückführungsverfahrens) für einen Strafausschließungsgrund plädierend AG Frankfurt (Oder), Urt. v. 6.5.2021 – 412 Cs 271 Js 18848/20, BeckRS 2021, 12904, Rn. 21 ff.; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 33; gleichfalls für einen persönlichen Strafaufhebungsgrund Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 27a.

lässt sich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht entnehmen, dass die Rückführungsrichtlinie einem Nebeneinander von verwaltungsrechtlichem Rückführungsverfahren und Strafverfahren grundsätzlich entgegenstünde, sodass letzteres für den Zeitraum des Rückführungsverfahrens ausgeschlossen wäre.¹¹¹² Der Europäische Gerichtshof hat insoweit nämlich klargestellt, dass eine Sanktionierung zulässig bleibt, solange sie nicht in einer Freiheitsentziehung resultiert. Auch das Strafverfahren ist nicht grundsätzlich unzulässig, darf aber nicht zu einer Verzögerung des Rückführungsverfahrens führen.

Damit bleibt die Verhängung einer Geldstrafe¹¹¹³ – sofern die Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe etwa unter Rückgriff auf § 456a Abs. 1 StPO unterbleibt – ebenso möglich wie eine Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) oder ein Absehen von Strafe bei Schuldspruch (§ 60 StGB).¹¹¹⁴ Da durch § 154b Abs. 3 und 4 StPO zugleich sichergestellt ist, dass das Strafverfahren für den Fall einer Rückführung sowohl im Ermittlungs-, als auch im gerichtlichen Verfahren jederzeit (vorläufig) eingestellt werden kann, und nach § 72 Abs. 4 Satz 2 AufenthG das Einvernehmen der Staatsanwaltschaft vor einer Rückführung nicht einzuholen ist, kann ein Strafverfahren auch während eines laufenden Rückführungsverfahrens zunächst betrieben werden.

Demgegenüber wäre es eine mit der Gesetzesbindung der Rechtsprechung unvereinbare überschießende Umsetzung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wenn sie zu einer vollständigen Straflosigkeit allein aufgrund der Anwendbarkeit der Rückführungsrichtlinie gelänge.¹¹¹⁵ Diese Entscheidung obliegt dem Gesetzgeber. Ihm ist schon im Blick auf die Schwierigkeiten, die es bereitet, die Auswirkungen der Rückführungsrichtlinie dogmatisch konsistent in das deutsche Sanktionenrecht zu integrieren, zu raten, einen speziellen Strafausschließungsgrund zu definieren oder – wie im Ergebnis hier vorgeschlagen¹¹¹⁶ – auf die Kriminalisierung der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts vollständig zu

1112 In diese Richtung aber *Hoffhoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 27a; *Kretschmer* in seiner Anmerkung zu BGH NJW 2020, 2816, 2820.

1113 Strikt dagegen NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 51.

1114 Für ein Absehen von Strafe BGH NJW 2020, 2816, 2819; nach BGH NSTz 2018, 286, 288 kommen darüber hinaus neben einem persönlichen Strafaufhebungsgrund sowohl ein Prozesshindernis als auch ein Vollstreckungshindernis unter Rückgriff auf §§ 72 Abs. 4 AufenthG sowie 154b Abs. 3 und 4 beziehungsweise 456a StPO in Betracht; offengelassen von BGH, Urt. v. 10.2.2022 – 1 StR 437/21, BeckRS 2022, 5490, Rn. 12. Für einen Ausschluss auch der Geldstrafe BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 59.

1115 Anders offenbar *Kretschmer* in seiner Anmerkung zu BGH NJW 2020, 2816, 2820, der einen „rechtspolitischen und normativen Anwendungsvorrang“ des Rückführungsverfahrens und damit des Migrationsverwaltungsrechts gegenüber dem Migrationsstrafrecht sieht; zustimmend *Hoffhoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 27a. Dies steht freilich in Widerspruch zur ausdrücklichen Klarstellung des EuGH in der Rechtssache *Sagor*.

1116 Unten F. III.

verzichteten.¹¹¹⁷ Sofern dagegen argumentiert wird, dem Rückführungsverfahren sei auch im Blick auf das durch § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG geschützte Interesse, das in der Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern zu sehen sei, der Vorrang einzuräumen,¹¹¹⁸ wird übersehen, dass die Gesamtkonzeption des Aufenthaltsgesetzes darauf setzt, bestimmte migrationsverwaltungsrechtliche Vorschriften, für die ein migrationsverwaltungsrechtliches Durchsetzungsverfahren (Ausweisung, Zurückweisung, Abschiebung usw.) existiert, zusätzlich durch Strafvorschriften abzusichern. Der Gesetzgeber ist also offensichtlich nicht davon ausgegangen, dass das Rückführungsverfahren allein ausreichend wäre, um dem Gesetzeszweck des § 1 Abs. 1 AufenthG Rechnung zu tragen. Diese Einschätzung kann bezweifelt werden; sie lässt sich *de lege lata* aber nicht ausblenden.

Solange der Gesetzgeber an dieser Konzeption des Gesetzes festhält, muss die Rechtsprechung aus den zuvor genannten Gründen die Strafvorschriften mit unionsrechtlich kupierten Sanktions- und Vollstreckungsmöglichkeiten anwenden und prozessuale Handlungsspielräume nutzen. Solche bietet § 154b Abs. 3 StPO, der die Möglichkeit vorsieht, von der Erhebung der öffentlichen Klage abzusehen, „wenn der Beschuldigte aus dem Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes abgeschoben, zurückgeschoben oder zurückgewiesen wird.“¹¹¹⁹ Damit steht den Staatsanwaltschaften ein flexibles Instrument zur Verfügung, um jedenfalls bis zum Abschluss des Rückführungsverfahrens ohne Verstoß gegen das Legalitätsprinzip von einer Anklageerhebung abzusehen. Sofern das Rückführungsverfahren vor dem Strafverfahren abgeschlossen ist, kann das Gericht nach § 154b Abs. 4 Satz 1 StPO vorgehen und damit richtlinienkonform das Verfahren zugunsten des Rückführungsverfahrens einstellen. Daneben wäre grundsätzlich auch ein Vorgehen nach § 153a StPO oder § 153b StPO möglich, das freilich in den Fällen der Einstellung nach § 153a StPO dazu führt, dass auch bei Scheitern eines Rückführungsverfahrens eine Anklage nach § 153a Abs. 1 Satz 5 StPO nicht mehr in Betracht kommt, wenn der Beschuldigte den Auflagen nachgekommen ist. Wird das Verfahren vom Gericht eingestellt, entfaltet auch eine Einstellung nach § 153b StPO eine beschränkte Rechtskraft.¹¹²⁰

Eine bislang vom Europäischen Gerichtshof noch nicht abschließend geklärte Frage ist, ob ein Untertauchen des im Rückführungsverfahren befindlichen Ausländers bewirkt, dass die Limitierungen der Rückführungsrichtlinie hinsichtlich seiner straf-

1117 Dass das Strafbedürfnis „eher gering“ sein dürfte, konzediert auch Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 27a; für eine Herabstufung zu Ordnungswidrigkeiten auch Hörich/Bergmann, ZRP 2014, 109, 110.

1118 So Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 27a.

1119 So auch der BGH NJW 2020, 2816, 2819; nach BGH NSTZ 2018, 286, 288 kommen sowohl ein Prozesshindernis als auch ein Vollstreckungshindernis unter Rückgriff auf §§ 72 Abs. 4 AufenthG sowie 154b Abs. 3 und 4 beziehungsweise 456a StPO in Betracht. Zustimmung Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 39.

1120 Vgl. KK-StPO/Diemer, 9. Aufl. 2023, § 153b Rn. 11.

rechtlichen Verfolgung entfallen.¹¹²¹ Befürworter dieser Auffassung argumentieren, der Betroffene habe sich mit einem Untertauchen „selbst außerhalb des Rückführungsverfahrens [ge]stellt“¹¹²²; sie stellen also im Wesentlichen darauf ab, dass sich der Betroffene selbst verschuldet eines durch die Richtlinie gewährten Schutzes begeben habe.¹¹²³ Dabei wird allerdings verkannt, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Anwendungsvorrang der Rückführungsrichtlinie nicht in erster Linie auf den Schutz des von der Rückführung Betroffenen vor einer Strafverfolgung abstellt. Es geht vielmehr – im Einklang mit dem Gedanken des *effet utile* – darum, dem Unionsrecht zur effektiven Durchsetzung zu verhelfen. Deshalb haben Mitgliedstaaten Maßnahmen zu unterlassen, die zu einer Verzögerung der Umsetzung unionsrechtlich vorgesehener Verfahren beitragen können. Eine Ausnahme sieht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs insoweit für Fälle vor, in denen das Rückführungsverfahren endgültig gescheitert ist, wenn also „Zwangsmaßnahmen es nicht ermöglicht haben, einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen abzuschieben.“¹¹²⁴ Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn die Ausländerbehörde nach dem „Auftauchen“ des Betroffenen erneut in das Rückführungsverfahren eintreten und dieses sogar mit dem Mittel der Abschiebungshaft sichern kann (vgl. § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AufenthG und Art. 15 Abs. 1 lit. a) und b) Rückführungsrichtlinie).¹¹²⁵ Eine strafrechtliche Verfolgung ohne Beachtung der zuvor herausgearbeiteten Grenzen auf Rechtsfolgeenseite sowie der prozessualen Reaktionsmöglichkeiten bei Abschluss des Rückführungsverfahrens während des laufenden Strafverfahrens wäre dagegen geeignet, eben dieses Rückführungsverfahren zu verzögern und ließe sich daher mit der Rückführungsrichtlinie nicht vereinbaren.¹¹²⁶ Die Situation ist dabei auch nicht mit derjenigen der Wiedereinreise nach bereits erfolgter Rückführung zu vergleichen, welche schon nach der Konzeption der Richtlinie, die die Verhängung eines Einreiseverbots (Art. 11 Rückführungsrichtlinie) vorsieht, anders zu behandeln ist als die Ersteinreise und der Erstaufenthalt.¹¹²⁷ Demnach muss es auch in Fällen des „Untertauchens“ bei den zuvor skizzierten Grundsätzen bleiben.

1121 So BGH NJW 2020, 2816, 2818 f.; OLG Hamburg, Beschl. v. 25.1.2012 – 3–1/12 (Rev) 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 3849; KG NStZ-RR 2012, 347 f.; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 61 ff.

1122 KG NStZ-RR 2012, 347.

1123 Deutlich in diese Richtung argumentierend OLG Hamburg, Beschl. v. 25.1.2012 – 3–1/12 (Rev) 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 3849; KG NStZ-RR 2012, 347; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 31 f.; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 37.

1124 EuGH EZAR NF 52 Nr. 6, 6.

1125 Vgl. auch *Jefberger*, GS Weßlau, 2016, 507, 513; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 50.

1126 Dies wird nicht berücksichtigt von BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 63, der auf die Unmöglichkeit des Betreibens des Rückführungsverfahrens während des Untertauchens abstellt. Da aber auch ein Strafverfahren und jedenfalls die Strafvollstreckung erst nach „Auftauchen“ wieder erfolgen kann, liegt auf der Hand, dass ab diesem Moment jedenfalls eine Verzögerung des Rückführungsverfahrens einträte.

1127 EuGH NVwZ-RR 2015, 952 f.

b) Höchstfristen für Einreise- und Aufenthaltsverbote

Eine zweite Konsequenz der Rückführungsrichtlinie betrifft § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG. Ausgewiesene, zurückgeschobene oder abgeschobene Ausländer und Ausländer, gegen die eine Abschiebungsanordnung erlassen wurde, werden nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG mit einem Einreise- und Aufenthaltsverbot belegt, das grundsätzlich für das Hoheitsgebiet aller EU-Mitgliedstaaten und aller Schengen-Staaten gilt.¹¹²⁸ Nach § 11 Abs. 3 AufenthG darf die Länge der Frist des Einreise- und Aufenthaltsverbots fünf Jahre nicht überschreiten, wenn nicht ein in § 11 Abs. 5 bis 5b AufenthG geregelter Sonderfall vorliegt. Die Höchstfrist in § 11 Abs. 3 AufenthG ist auf die Rückführungsrichtlinie zurückzuführen. Bereits in Erwägungsgrund (14) der Rückführungsrichtlinie wird darauf hingewiesen, dass die „Dauer des Einreiseverbots [...] in Anbetracht der jeweiligen Umstände des Einzelfalles festgesetzt werden und im Regelfall fünf Jahre nicht überschreiten [sollte].“ Nach Art. 11 Abs. 2 Satz 1 der Rückführungsrichtlinie wird die Dauer des Einreiseverbots „in Anbetracht der jeweiligen Umstände des Einzelfalles festgesetzt und überschreitet grundsätzlich nicht fünf Jahre.“

Das Aufenthaltsgesetz hatte eine solche Höchstfrist zunächst nicht vorgesehen, sondern in § 11 Abs. 1 AufenthG a.F. bestimmt, dass eine Befristung „auf Antrag in der Regel“ erfolgt. Das *Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex* vom 22. November 2011¹¹²⁹, das die Rückführungsrichtlinie verspätet¹¹³⁰ umgesetzt hat, hat zwar die einschränkende Formulierung „in der Regel“ ersatzlos gestrichen und in § 11 Abs. 1 Satz 4 und 5 eine Regelhöchstfrist von fünf Jahren vorgesehen, jedoch am Antragserfordernis festgehalten.

Der Europäische Gerichtshof hat sich in der Rechtssache *Filev* und *Osmani* mit der deutschen Rechtslage befasst und entschieden, dass die Rückführungsrichtlinie dem Antragserfordernis des § 11 Abs. 1 AufenthG a.F. entgegensteht, da Art. 11 Abs. 2 Satz 1 der Rückführungsrichtlinie seinem Wortlaut nach klar zum Ausdruck bringe, dass die Befristung unabhängig von einem entsprechenden Antrag des Betroffenen vorzunehmen sei, und diese Auslegung auch durch weitere Regelungen der Richtlinie gestützt werde.¹¹³¹ Die Befristung musste daher spätestens mit Ablauf der Umsetzungsfrist von Amts wegen erfolgen.

1128 § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG.

1129 BGBl. 2011 I, S. 2258.

1130 Nach Art. 20 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie hätte diese bis 24. Dezember 2010 umgesetzt werden müssen.

1131 EuGH NJW 2014, 527 f.

Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof aber auch entschieden, dass die Befristungshöchstdauer von fünf Jahren auch auf Altfälle, also Fälle, in denen auf Grundlage der früheren Rechtslage ein unbefristetes Einreise- und Aufenthaltsverbot oder ein Verbot mit einer längeren Frist als fünf Jahre verhängt worden war, Anwendung findet.¹¹³² Denn nach der ständigen Rechtsprechung gelte eine neue Vorschrift, soweit nichts anderes bestimmt sei, „unmittelbar für die künftigen Auswirkungen eines Sachverhalts, der unter Geltung der alten Vorschrift entstanden ist [...]“.¹¹³³ Danach gilt die Höchstbefristungsdauer auch für Einreise- und Aufenthaltsverbote, die vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Rückführungsrichtlinie erlassen worden sind, sodass im Regelfall nach fünf Jahren das Einreise- und Aufenthaltsverbot keine nachteiligen Wirkungen mehr entfalten darf, auch wenn es vor dem Zeitpunkt der Anwendbarkeit der Rückführungsrichtlinie erlassen worden ist.¹¹³⁴ Dementsprechend darf ein Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot auch nicht strafrechtlich geahndet werden, „wenn die Aufrechterhaltung der Wirkungen dieses Verbots nicht mit Art. 11 Abs. 2 dieser Richtlinie im Einklang steht.“¹¹³⁵ Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass der Betroffene eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt.¹¹³⁶ Da die Bundesrepublik die Richtlinie erst verspätet umgesetzt hat, kommt es nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs allerdings nicht in Betracht, die in Art. 2 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie vorgesehene Möglichkeit, straffällige Drittstaatsangehörige, die aufgrund ihrer Straffälligkeit ausgewiesen wurden, vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszuklammern, auf Fälle anzuwenden, in denen das Ausweisungsverfahren vor dem Zeitpunkt der Umsetzung der Rückführungsrichtlinie abgeschlossen war. Dem stehe entgegen, dass die Richtlinie in der Zwischenzeit unmittelbar anwendbar geworden sei.¹¹³⁷

Mit dem *Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung* vom 27. Juli 2015¹¹³⁸ hat der deutsche Gesetzgeber auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs reagiert und das Antragserfordernis in § 11 Abs. 1 AufenthG ersatzlos gestrichen.¹¹³⁹ Mit dem *Zweiten Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht* vom 19. August 2019¹¹⁴⁰ hat der Gesetzgeber § 11 AufenthG reformiert und im Zuge dessen ein – zuvor nur teilweise angelegtes – differenziertes Fristenregime eingeführt, das ein über die fünfjährige Höchstfrist hinausgehendes Einreise- und

1132 EuGH NJW 2014, 527, 528 f.

1133 EuGH NJW 2014, 527, 528 m.w.N.

1134 EuGH NJW 2014, 527, 528 f. Anders noch OLG München, Urt. v. 16.7.2012 – 4 StRR 10/12, BeckRS 2012, 17370.

1135 EuGH NJW 2014, 527, 528.

1136 EuGH NJW 2014, 527, 529.

1137 EuGH NJW 2014, 527, 529.

1138 BGBl. 2015 I, S. 1386.

1139 BT-Drs. 18/4097, S. 35.

1140 BGBl. 2019 I, S. 1294.

Aufenthaltsverbot nur in Fällen zulässt, in denen die Ausweisung aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung erfolgt ist oder in denen vom Ausländer eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht. In diesen Fällen soll die Frist zehn Jahre nicht überschreiten.¹¹⁴¹ Ist der Betroffene wegen eines Völkerrechtsverbrechens verurteilt worden oder wurde er zur Abwehr einer Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr ausgewiesen, soll die Frist 20 Jahre betragen.¹¹⁴² Ein unbefristetes Einreise- und Aufenthaltsverbot soll erlassen werden, wenn ein Ausländer aufgrund einer Abschiebungsanordnung (§ 58a AufenthG) abgeschoben worden ist.¹¹⁴³ Die Regelung ist mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar, da deren Art. 11 Abs. 2 Satz 2 eine längere Frist zulässt, wenn „der Drittstaatsangehörige eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt“, was für die in § 11 Abs. 5 bis 5b AufenthG geregelten Fälle jeweils angenommen werden kann.

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Filev* und *Osmani* ist für Altfälle auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten nach wie vor bedeutsam: Denn nach dieser ist es ausgeschlossen, Personen, die vor Inkrafttreten des *Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex* mit einem unbefristeten oder mit längerer Frist als fünf Jahre versehenen Einreise- und Aufenthaltsverbot belegt worden sind, für einen Verstoß gegen dieses Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG zu bestrafen, wenn das Einreise- und Aufenthaltsverbot mehr als fünf Jahre vor der Wiedereinreise verhängt worden war. Denn ein solches Einreise- und Aufenthaltsverbot entfaltet im Blick auf das unmittelbar anwendbare Unionsrecht¹¹⁴⁴ keine Rechtswirkungen mehr.¹¹⁴⁵

1141 § 11 Abs. 5 AufenthG.

1142 § 11 Abs. 5a AufenthG.

1143 § 11 Abs. 5b AufenthG. Des Weiteren ist im Einzelfall auch dann ein unbefristetes Einreise- und Aufenthaltsverbot zulässig, wenn ein Fall des § 11 Abs. 5a AufenthG vorliegt oder die Ausweisung aufgrund eines besonders schweren Ausweisungsinteresses nach § 54 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 2a AufenthG erfolgt ist.

1144 Für diese Altfälle gilt auch die heute in § 11 Abs. 5 und 5a AufenthG geregelte längere Frist für straffällige Ausländer nicht, da die Richtlinie verspätet umgesetzt wurde und zwischenzeitlich mit den für die Betroffenen günstigeren Regelungen unmittelbar anwendbar geworden war, siehe EuGH NJW 2014, 527, 529.

1145 So auch *Hörich/Bergmann*, ZAR 2014, 131, 132. Weitergehend die Rechtmäßigkeit der Abschiebung fordernd, die bei einer fehlenden Befristung nicht gegeben sei, OLG Hamm, Beschl. v. 13.12.2016 – 3 RVs 90/16, BeckRS 2016, 113195, Rn. 17 ff. Das OLG Hamm stützt sich dabei wesentlich darauf, dass das Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG a.F. (unionsrechtswidrig, vgl. BVerwG, Urt. v. 21.8.2018 – 1 C 21.17, Rn. 21 m.w.N.) kraft Gesetzes als Folge einer „Ausweisung, Abschiebung oder Zurückschiebung“ eintrat, weshalb das die gesetzliche Folge auslösende Verwaltungshandeln (hier: die Abschiebung) rechtmäßig sein müsse. Das Bundesverwaltungsgericht hat allerdings zwischenzeitlich geurteilt, dass ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen fehlender Befristung und Abschiebung nicht bestehe (BVerwG, Urt. v. 21.8.2018 – 1 C 21.17, Rn. 22). Die Unwirksamkeit des Einreise- und Aufenthaltsverbots folgt daher entgegen dem OLG Hamm nicht aus der Rechtswidrigkeit der Abschiebung. Allerdings müsste die vom Bundesverwaltungsgericht angenommene Unionsrechtswidrigkeit des

Dementsprechend entfällt auch die Strafbarkeit eines Schleusers nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AufenthG.¹¹⁴⁶ Die Tatgerichte haben daher jeweils zu prüfen, ob ein sogenannter Altfall vorliegt und ob die fünfjährige Höchstfrist bereits abgelaufen ist. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Anwendbarkeit des Grundtatbestandes des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG von der Unanwendbarkeit des § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG unberührt bleibt, da dieser gerade nicht an die Verhängung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots anknüpft.¹¹⁴⁷

IV. Völkerrechtliche Implikationen

Das Migrationsstrafrecht wird schließlich auch durch das Völkerrecht maßgeblich beeinflusst. Augenfällig ist dies etwa hinsichtlich des Pönalisierungsverbots nach Art. 31 Abs. 1 GFK, der es unter bestimmten Voraussetzungen verbietet, Flüchtlinge wegen einer unerlaubten Einreise oder eines unerlaubten Aufenthalts zu bestrafen und auf den § 95 Abs. 5 AufenthG ausdrücklich Bezug nimmt. Das Völkerrecht sieht aber zugleich auch Pönalisierungspflichten vor, namentlich hinsichtlich des „Schmuggels“ von Migrant*innen. Im Folgenden sollen die völkerrechtlichen Regelungen mit unmittelbarem Einfluss auf das Migrationsstrafrecht näher beleuchtet und ihre Auswirkungen herausgearbeitet werden. Völkerrechtliche Verträge werden aufgrund der Zustimmungsgesetze über Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG unmittelbar anwendbares Bundesrecht; das Völkergewohnheitsrecht geht dem Bundesrecht gemäß Art. 25 GG im Rang vor. Bei der Auslegung des innerstaatlichen Rechts folgt aus dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, welchen das Bundesverfassungsgericht aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes abgeleitet hat,

kraft Gesetzes eintretenden Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 11 Abs. 1 AufenthG a.F. für alle Fälle nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Rückführungsrichtlinie zur Unwirksamkeit des Einreise- und Aufenthaltsverbots führen, sodass eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG entfiel. Insoweit ist freilich zu beachten, dass das Bundesverwaltungsgericht davon ausgeht, dass bei Erlass einer behördlichen Befristungsentscheidung (die jedenfalls nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Filev und Osmani*, spätestens aber seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung regelmäßig erfolgt sein dürfte) von einem konstitutiven Erlass eines befristeten Einreiseverbots auszugehen sei (BVerwG, Urt. v. 21.8.2018 – 1 C 21.17, Rn. 25 m.w.N.). Diese Rechtsprechung scheint mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar, da diese eine behördliche oder richterliche Entscheidung voraussetzt (Art. 11 Abs. 2 Rückführungsrichtlinie), die mit der Befristungsentscheidung, welche inzident das Einreiseverbot voraussetzt, aber für den Einzelfall auch konkretisiert, letztlich vorliegt. Vor diesem Hintergrund dürften die Auswirkungen der Unionsrechtswidrigkeit der alten Rechtslage vor allem für den Zeitraum vom 25. Dezember 2010 bis zur Entscheidung des EuGH am 19. September 2013 bedeutsam sein. Mit dem Zweiten Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 19. August 2019 hat der Gesetzgeber § 11 Abs. 1 AufenthG zwischenzeitlich angepasst, sodass das Einreise- und Aufenthaltsverbot nunmehr durch Verwaltungsakt anzuordnen ist („ist [...] zu erlassen“), vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 31.

1146 So auch *Hörich/Bergmann*, ZAR 2014, 131, 133; vgl. ferner *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 158.

1147 BGH, Beschl. v. 13.7.2016 – 1 StR 279/16, BeckRS 2016, 16404; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 158.

dass den völkerrechtlichen Normen und Wertungen, soweit dies innerhalb der Gesetzesauslegung möglich ist, Geltung zu verschaffen ist.¹¹⁴⁸

1. Recht auf Einreise und Aufenthalt

Im Blick auf die Strafbarkeit der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts stellt sich zunächst die Frage, ob die Kriminalisierung des Migrationsvorgangs unter Umgehung migrationsverwaltungsrechtlicher Verfahren nicht in Konflikt mit menschenrechtlichen Gewährleistungen steht. Zwar ist grundsätzlich anerkannt, dass es als Ausfluss der staatlichen Souveränität jedem Staat selbst überlassen ist, unter welchen Voraussetzungen er Ausländern Zugang zu seinem Staatsgebiet gewährt, sodass kein allgemeines Zugangsrecht für jedermann angenommen werden kann.¹¹⁴⁹ Zugleich haben sich zahlreiche Staaten mit der Ratifikation des *Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*¹¹⁵⁰ vom 28. Juli 1951 sowie des *Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*¹¹⁵¹ vom 31. Januar 1967, durch das die Begrenzung der Genfer Flüchtlingskonvention auf Ereignisse vor dem 1. Januar 1951 aufgehoben wurde, verpflichtet, Flüchtlingen im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention bestimmte Rechte zuzugestehen und sie insbesondere nicht „über die Grenzen von Gebieten aus[zu]weisen oder zurück[zu]weisen, in denen [ihr] Leben oder [ihre] Freiheit wegen [ihrer] Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, [ihrer] Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen [ihrer] politischen Überzeugung bedroht sein würde.“¹¹⁵² Dieses flüchtlingsrechtliche *Refoulement*-Verbot, das völkergewöhnheitsrechtlich anerkannt ist,¹¹⁵³ verbietet eine Aus- oder Zurückweisung in

1148 BVerfG NJW 2016, 1295, 1299 f. (Rn. 64 ff.) m.w.N. Siehe bereits BVerfG NJW 2004, 3407, 3408; 2011, 1931, 1935. Spezifisch zu Art. 31 Abs. 1 GFK BVerfG NVwZ 2015, 361, 364.

1149 EGMR, Urt. v. 23.2.2012 (Hirsi Jamaa and Others v. Italy, Grand Chamber), para. 113; EGMR, Urt. v. 13.12.2016 (Paposhvili v. Belgium, Grand Chamber), para. 172; EGMR, Urt. v. 21.11.2019 (Ilias and Ahmed v. Hungary, Grand Chamber), para. 125; EGMR, Urt. v. 13.2.2020 (Case of N.D. and N.T. v. Spain, Grand Chamber), para. 167 m.w.N.; EGMR, Urt. v. 29.4.2022 (Khasanov and Rakhmanov v. Russia, Grand Chamber), para. 93; *Chetail*, International Migration Law, 2019, 92; *Groß*, JZ 2019, 327; kritisch gegenüber dieser Rechtsprechung *de Vries/Spijkerboer*, Netherlands Quarterly of Human Rights 2021, 291 ff. Selbst eine Rechtspflicht auf Asylgewährung besteht im Völkerrecht nicht, vgl. *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 33 Rn. 2.

1150 BGBl. 1953 II, S. 559.

1151 BGBl. 1969 II, S. 1293.

1152 Art. 33 Abs. 1 GFK.

1153 UNHCR Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol v. 26. Januar 2007, para. 15, abrufbar unter: <<https://www.unhcr.org/media/advisory-opinion-extraterritorial-application-non-refoulement-obligations-under-1951-o>>; UNHCR, Note on International Protection, 4. Juli 2012, A/AC.96/1110, para. 12; vgl. *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, 188; *Chetail*, International Migration Law, 2019, 120 ff.; *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2. Aufl. 2025, Teil 4 Rn. 1840; *Göbel-Zimmermann/Eichhorn/Beichel-Benedetti*, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 2018, Rn. 39; *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 33 Rn. 26 ff.;

Gebiete, in denen dem Flüchtling eine konventionsrelevante Verfolgung droht.¹¹⁵⁴ Es wird durch Art. 3 EMRK, Art. 19 Abs. 2 EUGrCh und weitere Rechtsnormen¹¹⁵⁵ auch unions- und menschenrechtlich abgesichert. Aus Art. 3 EMRK hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte dabei in ständiger Rechtsprechung abgeleitet, dass die Aus- oder Zurückweisung von Flüchtlingen in Gebiete, in denen ihnen Folter oder eine unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung droht, unzulässig ist.¹¹⁵⁶ Der Grundsatz enthält auch das Verbot von Kettenausweisungen oder -zurückweisungen, bei denen der Flüchtling *im Ergebnis* in ein Gebiet aus- oder zurückgewiesen wird, in dem ihm die entsprechenden Gefahren drohen.¹¹⁵⁷ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte steht das *Refoulement*-Verbot zudem einer Aus- oder Zurückweisung in Staaten entgegen, deren Asylsysteme systemische Mängel aufweisen und in denen daher weder eine menschenwürdige Unterbringung und Versorgung von Flüchtlingen noch eine materielle Prüfung ihres Asylanspruchs im Einzelfall gewährleistet ist.¹¹⁵⁸ Die Einreiseverweigerung an der Grenze steht der Zurückweisung dabei gleich.¹¹⁵⁹ Diese Grund-

Hruschka-GFK/Frei/Hinterberger/Hruschka, 2022, Art. 33 Rn. 2; Lynch, Georgetown Immigration Law Journal 2021, 73, 76.

1154 Der von Art. 1 A GFK abweichende Wortlaut bedingt dabei keinen engeren Anwendungsbereich. Anwendbar ist Art. 33 Abs. 1 GFK daher auf alle Flüchtlinge im Sinne der GFK, vgl. dazu Hruschka-GFK/Frei/Hinterberger/Hruschka, 2022, Art. 33 Rn. 54 m.w.N.

1155 Art. 3 UNCAT; Art. 7 IPbPR; vgl. dazu Hruschka-GFK/Frei/Hinterberger/Hruschka, 2022, Art. 33 Rn. 12 ff.; Kälén/Caroni/Heim, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 33 Rn. 48 ff.

1156 EGMR, Urt. v. 23.2.2012 (Hirsi Jamaa and Others v. Italy, Grand Chamber), para. 123; EGMR, Urt. v. 21.1.2011 (M.S.S. v. Belgium and Greece, Grand Chamber), para. 365; EGMR, Urt. v. 4.11.2014 (Tarakhel v. Switzerland, Grand Chamber), para. 93; EGMR, Urt. v. 13.12.2016 (Paposhvili v. Belgium, Grand Chamber), para. 173; EGMR, Urt. v. 21.11.2019 (Ilias and Ahmed v. Hungary, Grand Chamber), paras 126, 129; EGMR, Urt. v. 23.7.2020 (M.K. and others v. Poland, First Section), paras 167 f.; EGMR, Urt. v. 29.4.2022 (Khasanov and Rakhmanov v. Russia, Grand Chamber), para. 93; EGMR, Urt. v. 7.1.2025 (A.R.E. v. Greece, Third Section), paras 279 ff.

1157 EGMR, Urt. v. 23.2.2012 (Hirsi Jamaa and Others v. Italy, Grand Chamber), paras 146 ff.; EGMR, Urt. v. 21.11.2019 (Ilias and Ahmed v. Hungary, Grand Chamber), paras 129 ff.; EGMR, Urt. v. 23.7.2020 (M.K. and others v. Poland, First Section), paras 167 ff.; BVerfG NVwZ 1996, 700, 704; Diehl, in: Decker/Bader/Kothe (Hrsg.), BeckOK-MiGR, 24. Edn. 2026, Art. 33 GFK Rn. 11; Kluth, ZAR 2023, 303, 304; Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 18 AsylG Rn. 18.

1158 EGMR, Urt. v. 21.1.2011 (M.S.S. v. Belgium and Greece, Grand Chamber), paras 344 ff., 362 ff.; EGMR, Urt. v. 21.11.2019 (Ilias and Ahmed v. Hungary, Grand Chamber), paras 158 ff.; EGMR, Urt. v. 8.7.2021 (D.A. and Others v. Poland, First Section), paras 59 ff.; EGMR, Urt. v. 12.10.2023 (S.S. and Others v. Hungary, First Section), paras 61 ff.; EGMR, Urt. v. 8.10.2024 (M.A. and Z.R. v. Cyprus, Third Section), paras 89 ff.; EGMR, Urt. v. 25.6.2025 (H.Q. and Others v. Hungary, Second Section), paras 136 ff.; EGMR, Urt. v. 15.10.2024 (H.T. v. Germany and Greece, Fourth Section), paras 138 ff.

1159 EGMR, Urt. v. 13.2.2020 (Case of N.D. and N.T. v. Spain, Grand Chamber), paras 186 f., unter Bezugnahme auf Art. 6 der *Draft Articles on the Expulsion of Aliens* der UN-Völkerrechtskommission und den Kommentar (para. 7) zu diesem: Yearbook of the International Law Commission 2014, Vol. II, Part Two, 30 f.; UNHCR Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol v. 26. Januar 2007, paras 27 ff., abrufbar unter: <<https://www.unhcr.org/media/advisory-opinion-extraterritorial-application-non-refoulement-obligations-under-1951-0>>; UNHCR, Note on International Protection, 4. Juli 2012, A/AC.96/1110, para. 13; siehe auch Diehl, in: Decker/Bader/Kothe (Hrsg.), BeckOK-MiGR, 24. Edn. 2026, Art. 33 GFK Rn. 20; Hruschka-GFK/Frei/Hinterberger/Hruschka, 2022, Art. 33 Rn. 37;

sätze können auch für die Auslegung des Art. 33 GFK herangezogen werden.¹¹⁶⁰ Der Sinn und Zweck des *Refoulement*-Verbots ist es gerade, zu verhindern, dass Flüchtlinge mittelbar oder unmittelbar ihren Verfolgern ausgeliefert werden, sei es durch Abschiebung in den Verfolgerstaat oder Einreiseverweigerung.¹¹⁶¹

Zwar enthalten damit auch die Genfer Flüchtlingskonvention oder das Protokoll keine ausdrückliche Pflicht der Staaten, die Einreise und den Aufenthalt von Flüchtlingen zu ermöglichen.¹¹⁶² Gleiches gilt für die Europäische Menschenrechtskonvention¹¹⁶³ und wohl auch für Art. 14 AEMR.¹¹⁶⁴ Aus diesem Umstand wird gefolgert, dass ein Recht auf Einreise und Aufenthalt auch für Flüchtlinge nicht bestehe.¹¹⁶⁵ In dieser Allgemeinheit überzeugt dies freilich nicht. Selbst wenn anzunehmen wäre, dass keine Pflicht der Staaten – und damit auch kein korrespondierendes Recht der Flüchtlinge – besteht, Flüchtlingen die Einreise und den Aufenthalt aktiv zu ermöglichen, etwa indem ihnen Visa erteilt und damit Zugänge zu sicheren Fluchtrouten und Transportmitteln eröffnet werden,¹¹⁶⁶ wäre die Situation ab dem Zeitpunkt, zu dem Flüchtlinge das Territorium eines Vertragsstaats der Genfer Flüchtlingskon-

Goodwin-Gill/McAdam, The Refugee in International Law, 4. Aufl. 2021, 245 f.; *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 33 Rn. 105 ff.; anders in Bezug auf Art. 33 Abs. 1 GFK *Lynch*, Georgetown Immigration Law Journal 2021, 73, 97 f., der auch die Bezugnahme auf die französische Sprachfassung („refouler“) nicht als Argument gelten lässt, die Zurückweisung an der Grenze einzubeziehen.

1160 Vgl. Hruschka-GFK/*Frei/Hinterberger/Hruschka*, 2022, Art. 33 Rn. 12.

1161 Vgl. *Chetail*, International Migration Law, 2019, 187; *Diehl*, in: Decker/Bader/Kothe (Hrsg.), BeckOK-MigR, 24. Edn. 2026, Art. 33 GFK Rn. 10; *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 33 Rn. 2.

1162 Vgl. *Endres de Oliveira*, KJ 2016, 167, 169; *Diehl*, in: Decker/Bader/Kothe (Hrsg.), BeckOK-MigR, 24. Edn. 2026, Art. 33 GFK Rn. 17; *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, 4. Aufl. 2021, 244; *Hathaway*, Virginia Journal of International Law 2008–09, 1, 41; *Talmon*, Das Flüchtlingsrecht steht einer Änderung der Asylpolitik nicht entgegen, Verfassungsblog v. 17. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/das-fluechtlingsrecht-steht-einer-aenderung-der-asylpolitik-nicht-entgegen/>>; UNHCR Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol v. 26. Januar 2007, Rn. 8, abrufbar unter: <<https://www.unhcr.org/media/advisory-opinion-extraterritorial-application-non-refoulement-obligations-under-1951-0->>.

1163 EGMR, Urt. v. 13.2.2020 (Case of N.D. and N.T. v. Spain, Grand Chamber), para. 188; EGMR, Urt. v. 5.5.2020 (Case of M.N. and others v. Belgium, Grand Chamber), paras 118 ff.

1164 Vgl. *Chetail*, International Migration Law, 2019, 191; *Endres de Oliveira*, KJ 2016, 167, 168; *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, 4. Aufl. 2021, 244.

1165 BVerwG NVwZ 1992, 682, 683; vgl. *Lynch*, Georgetown Immigration Law Journal 2021, 73, 76 ff.; *Talmon*, Das Flüchtlingsrecht steht einer Änderung der Asylpolitik nicht entgegen, Verfassungsblog v. 17. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/das-fluechtlingsrecht-steht-einer-aenderung-der-asylpolitik-nicht-entgegen/>>; *Weber*, ZAR 2023, 102, 104.

1166 EGMR, Urt. v. 5.5.2020 (Case of M.N. and others v. Belgium, Grand Chamber), paras 118 ff.; BVerwG NVwZ 1992, 682, 683; wenn auch kritisch gegenüber diesem Rechtszustand *Hathaway*, Virginia Journal of International Law 2008–09, 1, 41; anders dagegen mit beachtlichen Argumenten *Endres de Oliveira*, KJ 2016, 167, 170 f.

vention erreichen, abweichend zu beurteilen: Denn spätestens dann¹¹⁶⁷ greifen das *Refoulement*-Verbot des Art. 33 Abs. 1 GFK und für Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention auch Art. 3 EMRK. Damit wiederum geht einher, dass der betreffende Staat die Einreise und den Aufenthalt von Flüchtlingen und Personen, die sich glaubhaft auf den Flüchtlingsstatus berufen (Asylsuchende), wenigstens temporär und bis zur Klärung, ob die Voraussetzungen des Flüchtlingsstatus vorliegen und ob eine Aus- oder Zurückweisung gefahrlos möglich ist, zulassen muss, weil auf andere Weise dem *Refoulement*-Verbot praktisch nicht Rechnung getragen werden kann.¹¹⁶⁸ Der Flüchtlingsstatus, der Voraussetzung für die Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention ist, kann nämlich zwar in einem staatlichen Verfahren deklaratorisch festgestellt werden, ist jedoch nicht von einer solchen Feststellung abhängig;¹¹⁶⁹ wäre das *Refoulement*-Verbot auf formal *anerkannte* Flüchtlinge begrenzt, liefe der Flüchtlingsschutz im Ergebnis ins Leere.¹¹⁷⁰ Das *Refoulement*-Verbot statuiert daher zwar kein positives Recht auf die Ermöglichung von Einreise

1167 Vgl. *Chetail*, International Migration Law, 2019, 188 f. m.w.N. auch zur extraterritorialen Anwendbarkeit; *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, 4. Aufl. 2021, 246; *Groß*, JZ 2019, 327, 331.

1168 Siehe exemplarisch EGMR, Urt. v. 21.11.2019 (*Ilias and Ahmed v. Hungary*, Grand Chamber), paras 158 ff.; vgl. *Chetail*, International Migration Law, 2019, 188; *Endres de Oliveira*, KJ 2016, 167, 169; *Gammeltoft-Hansen/Hathaway*, Columbia Journal of Transnational Law 2015, 235, 238; *Göbel-Zimmermann/Eichhorn/Beichel-Benedetti*, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 2018, Rn. 39; *Groß*, JZ 2019, 327, 331; *Hruschka-GFK/Frei/Hinterberger/Hruschka*, 2022, Art. 33 Rn. 1, 3; *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, 4. Aufl. 2021, 254; *Kluth*, ZAR 2023, 303; *Schmalz*, ZAR 2021, 360, spricht von „menschenrechtlichen Einlassgebote[n]“; ebenso *Schmalz*, Weshalb man Asylsuchende nicht an der Grenze abweisen kann, Verfassungsblog v. 13. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/weshalb-man-asylsuchende-nicht-an-der-grenze-abweisen-kann/>>; UNHCR Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol v. 26. Januar 2007, Rn. 8, 29, abrufbar unter: <<https://www.unhcr.org/media/advisory-opinion-extraterritorial-application-non-refoulement-obligations-under-1951-0>>; UNHCR, Note on International Protection, 2. Juli 2015, A/AC.96/1145, para. 39: „International Protection, including protection from refoulement, begins with the ability of refugees and asylum-seekers to secure admission to territory.“ Dagegen geht das BVerwG NVwZ 1992, 682, 683, davon aus, dass das Refoulement-Verbot nicht über das Verbot der Zurückweisung von Flüchtlingen an den Grenzen des Vertragsstaates hinausgehe. Kritisch auch *Talmon*, Das Flüchtlingsrecht steht einer Änderung der Asylpolitik nicht entgegen, Verfassungsblog v. 17. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/das-fluechtlingsrecht-steht-einer-aenderung-der-asylpolitik-nicht-entgegen/>>; deutlich ablehnend *Lynch*, Georgetown Immigration Law Journal 2021, 73, 76 f., 97 ff.; *Weber*, ZAR 2023, 102, 104.

1169 Vgl. UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection, 2019, HCR/IP/4/ENG/REV. 4, para. 28: „Recognition of his refugee status does not therefore make him a refugee but declares him to be one. He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee“; UNHCR Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol v. 26. Januar 2007, para. 6; siehe auch *Chetail*, International Migration Law, 2019, 187; *Gammeltoft-Hansen/Hathaway*, Columbia Journal of Transnational Law 2015, 235, 238; *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, 4. Aufl. 2021, 307; *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 33 Rn. 116.

1170 Vgl. UNHCR, Note on International Protection, 31. August 1993, A/AC.96/815, para. 11; UNHCR Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol v. 26. Januar 2007, para. 6; *Chetail*, International Migration Law, 2019, 188; *Diehl*, in: Decker/Bader/Kothe (Hrsg.), BeckOK-MigrR, 24. Edn.

und Aufenthalt, gewährleistet aber allen, die sich hinreichend substantiiert auf den Flüchtlingsstatus beziehungsweise die Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Herkunftsstaat berufen, ein temporäres Einreise- und Aufenthaltsrecht zur Statusbestimmung.¹¹⁷¹

Von diesem Grundsatz könnte allerdings eine Ausnahme bestehen, wenn von vornherein feststünde, dass eine Aus- oder Zurückweisung ohne Verstoß gegen das *Refoulement*-Verbot möglich ist. Insoweit wird teilweise argumentiert, dass jedenfalls dann, wenn Flüchtlinge unmittelbar aus sicheren Drittstaaten einreisen, etwa Mitgliedstaaten der Europäischen Union, eine Aus- beziehungsweise Zurückweisung – auch unmittelbar an der Grenze – möglich bleibe.¹¹⁷² Dieser Gedanke liegt der Regelung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG zugrunde, nach dem einem Ausländer die Einreise zu verweigern ist, wenn er aus einem sicheren Drittstaat einreist oder Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein anderer Staat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist.¹¹⁷³ Unabhängig davon, dass eine pauschale Zurückweisung mit der Dublin III-Verordnung und dem darin vorgesehenen Verfahren zur Prüfung der Zuständigkeit eines EU-Mitgliedstaats zur Asylverfahrensdurchführung unvereinbar wäre,¹¹⁷⁴ hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bereits festgestellt, dass auch in Mitgliedstaaten der Europäischen Union Flüchtlingen Zustände drohen können, die mit den Gewährleistungen des Art. 3 EMRK unvereinbar sind, einschließlich systemischer Defizite im Asylsystem und der daraus resultierenden Gefahr einer Rückführung in den Herkunftsstaat ohne materielle Prüfung des Asylanspruchs.¹¹⁷⁵ Eine *unwiderlegliche* Vermutung, wie sie § 26a Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 16a Abs. 2 GG aufstellt, ist daher im Blick auf das *Refoulement*-Verbot nicht

2026, Art. 33 GFK Rn. 12; Hruschka-GFK/Frei/Hinterberger/Hruschka, 2022, Art. 33 Rn. 45; Goodwin-Gill/McAdam, *The Refugee in International Law*, 4. Aufl. 2021, 244 f., 265.

1171 Vgl. auch Chetail, *International Migration Law*, 2019, 188, 190 ff.; Diehl, in: Decker/Bader/Kothe (Hrsg.), *BeckOK-MigR*, 24. Edn. 2026, Art. 33 GFK Rn. 18, 26; Gammeltoft-Hansen/Gammeltoft-Hansen, *European Journal of Migration and Law* 2008, 439–446 f.; Hruschka-GFK/Frei/Hinterberger/Hruschka, 2022, Art. 33 Rn. 1, 3; Kälin/Caroni/Heim, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, 2011, Art. 33 Rn. 116; Kluth, *ZAR* 2023, 303; vgl. auch Trinh, *Die Strafbarkeit der Fluchthilfe*, 2021, 228.

1172 Vgl. etwa Talmon, *Das Flüchtlingsrecht steht einer Änderung der Asylpolitik nicht entgegen*, *Verfassungsblog* v. 17. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/das-fluechtlingsrecht-steht-einer-aenderung-der-asylpolitik-nicht-entgegen/>>.

1173 Kritisch gegenüber der Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 1 GFK, Art. 3 EMRK und Art. 3 UNCAT Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 18 AsylG Rn. 18.

1174 Dazu oben C. III. 1.; zurecht kritisch Schmalz, *Weshalb man Asylsuchende nicht an der Grenze abweisen kann*, *Verfassungsblog* v. 13. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/weshalb-man-asylsuchende-nicht-an-der-grenze-abweisen-kann/>>.

1175 EGMR, Urt. v. 21.1.2011 (M.S.S. v. Belgium and Greece, Grand Chamber), paras 225 ff., 249 ff., 300 ff.; hinsichtlich der Unterbringungsbedingungen in Italien vgl. EGMR, Urt. v. 4.11.2014 (Tarakhel v. Switzerland, Grand Chamber), paras 100 ff.; vgl. auch Kälin/Caroni/Heim, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, 2011, Art. 33 Rn. 151.

anzuerkennen.¹¹⁷⁶ Teilweise wird das Passieren eines sicheren Drittstaates sogar für irrelevant gehalten.¹¹⁷⁷ Ein rein *normativer* Schutz genügt vor diesem Hintergrund jedenfalls nicht.¹¹⁷⁸ Es bedarf vielmehr – auch im Blick auf Art. 4 des Protokolls Nummer 4 zur Europäischen Menschenrechtskonvention, das Kollektivausweisungen ausländischer Personen verbietet und hinsichtlich Flüchtlingen dabei auch die pauschale Verweigerung der Einreise erfasst¹¹⁷⁹ – jedenfalls einer einzelfallbezogenen Prüfung der Gefährdungslage,¹¹⁸⁰ die wiederum – schon aus praktischen Erwägungen – ein temporäres Einreise- und Aufenthaltsrecht bedingt.¹¹⁸¹ Eine Prüfung unmittelbar an der Grenze wird angesichts der sich stellenden komplexen Sach- und Rechtsfragen nämlich regelmäßig nicht möglich sein und wäre auch hinsichtlich des zu gewährleistenden gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Zurückweisungsentscheidungen (Art. 19 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG¹¹⁸²) problematisch.

Für das Migrationsstrafrecht folgt daraus, dass eine Strafbarkeit von Flüchtlingen wegen unerlaubter Einreise oder unerlaubten Aufenthalts trotz Missachtung der Pass-, Visums- oder Aufenthaltstitelpflicht mit dem Regelungsregime der Genfer Flüchtlingskonvention und mit der Europäischen Menschenrechtskonvention – die infolge der Inkorporation durch die entsprechenden Zustimmungsgesetze jeweils unmittelbar geltendes Bundesrecht sind – in Konflikt stünde, weil ihnen ein wenigstens vorübergehendes Aufenthaltsrecht zur Prüfung ihrer Schutzbedürftigkeit zusteht. Im Anwendungsbereich der Genfer Flüchtlingskonvention findet sich ein entsprechendes Pönalisierungsverbot sogar ausdrücklich in Art. 31 Abs. 1 GFK. Das

1176 EGMR, Ur. v. 21.1.2011 (M.S.S. v. Belgium and Greece, Grand Chamber), paras 341 ff.; *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 33 Rn. 151.

1177 Vgl. *Noll*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 31 Rn. 40.

1178 Vgl. *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 33 Rn. 154 f. Einen solch bloß normativen Schutz ausreichen lassen will offenbar *Talmon*, Das Flüchtlingsrecht steht einer Änderung der Asylpolitik nicht entgegen, Verfassungsblog v. 17. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/das-fluechtlingsrecht-steht-einer-aenderung-der-asylpolitik-nicht-entgegen/>>.

1179 EGMR, Ur. v. 13.2.2020 (Case of N.D. and N.T. v. Spain, Grand Chamber), paras 186 ff. Für sog. Pushbacks in internationalen Gewässern EGMR, Ur. v. 23.2.2012 (Hirsi Jamaa and Others v. Italy, Grand Chamber), paras 177 ff.

1180 EGMR, Ur. v. 23.2.2012 (Hirsi Jamaa and Others v. Italy, Grand Chamber), para. 177; EGMR, Ur. v. 15.12.2016 (Khlaifia and Others v. Italy, Grand Chamber), para. 238; EGMR, Ur. v. 13.2.2020 (Case of N.D. and N.T. v. Spain, Grand Chamber), para. 198; EGMR, Ur. v. 15.10.2024 (H.T. v. Germany and Greece, Fourth Section), paras 141 ff.; vgl. Hruschka-GFK/Frei/Hinterberger/Hruschka, 2022, Art. 33 Rn. 52; *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 33 Rn. 155; auch *Schmalz*, Weshalb man Asylsuchende nicht an der Grenze abweisen kann, Verfassungsblog v. 13. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/weshalb-man-asylsuchende-nicht-an-der-grenze-abweisen-kann/>>.

1181 Übereinstimmend *Chetail*, International Migration Law, 2019, 192 f.; *Endres de Oliveira*, KJ 2016, 167, 169.

1182 Dass sich Flüchtlinge bei Territorialkontakt mindestens auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen können, ist bereits oben dargelegt worden, siehe C. II. 2.

Refoulement-Verbot hat gleichwohl eine eigenständige Bedeutung für die Frage nach der Strafbarkeit von Ausländern, die sich auf ihren Flüchtlingsstatus berufen, da es die Auslegung des Art. 31 Abs. 1 GFK maßgeblich beeinflussen und die strafrechtsdogmatische Einordnung des § 95 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 GFK leiten muss.¹¹⁸³

2. Völkerrechtliches Pönalisierungsverbot

Da die Genfer Flüchtlingskonvention mit dem nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG erforderlichen Zustimmungsgesetz vom 1. September 1953 Bestandteil des Bundesrechts geworden ist, findet das in Art. 31 Abs. 1 GFK enthaltene Pönalisierungsverbot unmittelbare Anwendung.¹¹⁸⁴ Der in § 95 Abs. 5 AufenthG enthaltene Verweis ist insoweit rein deklaratorisch. Für die Praxis des Migrationsstrafrechts ist das Pönalisierungsverbot von herausragender Bedeutung, weil es Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention im Ergebnis straffrei stellt. Dabei sind allerdings sowohl die strafrechtsdogmatische Einordnung, insbesondere die Frage, ob es sich um einen Rechtfertigungs- oder Strafaufhebungsgrund handelt, als auch die Reichweite des Pönalisierungsverbots umstritten.

a) Voraussetzungen

Art. 31 Abs. 1 GFK lautet:

„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.“

Diese Regelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die unerlaubte Einreise (und der sich anschließende vorübergehend unerlaubte Aufenthalt) mangels legaler Zugangswege für Flüchtlinge oftmals die einzige Möglichkeit darstellt, in einen sicheren Staat einzureisen – dies gilt auch und gerade für Deutschland.¹¹⁸⁵

¹¹⁸³ Dazu sogleich C. IV. 2.

¹¹⁸⁴ BVerfG NVwZ 2015, 361, 364. Nach *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81, 82, kommt Art. 31 Abs. 1 GFK sogar völkergewohnheitsrechtlicher Charakter zu, sodass er auch nach Art. 25 Satz 1 GG zum Bundesrecht gehört und den einfachen Gesetzen im Rang vorgeht; dazu mangels konsistenter Staatenpraxis kritisch von *Maydell*, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 70 ff.

¹¹⁸⁵ Vgl. *Bade*, Europa in Bewegung, 2000, 391; *Diehl*, in: *Decker/Bader/Kothe* (Hrsg.), BeckOK-MigR, 24. Edn. 2026, Art. 31 GFK Rn. 8; *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386; *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81; *Hruschka-GFK/Klammer*, 2022, Art. 31 Rn. 1f.; *Noll*, in: *Zimmermann/Machts/Dörschner* (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 31 Rn. 1; vgl. auch United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR-Stellungnahme zur Straflosigkeit der illegalen Einreise von Flüchtlingen (Artikel 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskon-

aa) Flüchtlingseigenschaft

Dem Wortlaut nach setzt Art. 31 Abs. 1 GFK zunächst voraus, dass es sich bei dem Betroffenen um einen Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention handelt. Da die Flüchtlingseigenschaft nicht von ihrer – nur deklaratorischen¹¹⁸⁶ – Anerkennung in einem staatlichen Verfahren abhängig ist, greift Art. 31 Abs. 1 GFK auch für Personen, welche die Flüchtlingseigenschaft glaubhaft behaupten.¹¹⁸⁷ Wären „Asylsuchende“ im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention vor formaler Anerkennung ihrer Flüchtlingseigenschaft vom Begriff des Flüchtlings in Art. 31 Abs. 1 GFK nicht umfasst, käme Art. 31 Abs. 1 GFK kaum ein relevanter Anwendungsbereich zu. Denn eine formale Anerkennung des Flüchtlingsstatus wird zum Zeitpunkt der Einreise regelmäßig nicht vorliegen, meist wird noch nicht einmal ein entsprechender Antrag gestellt worden sein.¹¹⁸⁸ Der Begriff des Flüchtlings im Sinne des Art. 31 Abs. 1 GFK – wie auch des Art. 33 Abs. 1 GFK – umfasst daher bis zur endgültigen Feststellung des Nichtbestehens der Flüchtlingseigenschaft auch Personen, die sich als Asylsuchende glaubhaft auf die Genfer Flüchtlingskonvention berufen.¹¹⁸⁹ Dies muss unabhängig vom späteren Ausgang des Anerkennungsverfahrens gelten, da andernfalls der Ausgang des Asylverfahrens rückwirkend über das vorübergehende Recht auf Einreise zur Statusbestimmung entscheiden würde – mit der Konsequenz, dass für Flüchtlinge nicht mehr vorhersehbar wäre, ob ihnen eine Bestrafung droht, wenn sie zum Zwecke der Asylantragstellung einreisen und sich im Inland aufhalten.

vention), Mai 2013, abrufbar unter: <<https://www.refworld.org/legal/natlegcomments/unhcr/2013/de/121074>>; siehe auch oben C. II. 1.

1186 Dazu von Maydell, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 112.

1187 R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, ex parte Adimi [1999] EWHC Admin 765, para. 16 (Lord Justice Brown); UNHCR, Guidelines on International Protection No. 14: Non-penalization of refugees on account of their irregular entry or presence and restrictions on their movements in accordance with Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/24/14) v. 23. September 2024, para. 10; Fischer-Lescano/Horst, ZAR 2011, 81, 85; von Maydell, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 112 f.; vgl. bereits oben C. IV. 1. Anders Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 88; offenbar auch BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 85.

1188 Dies erkennt auch das BVerfG und bezieht deshalb auch die Phase vor Antragstellung in den Schutzbereich mit ein, siehe BVerfG NVwZ 2015, 361, 363.

1189 Vgl. Fischer-Lescano/Horst, ZAR 2011, 81, 85; Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 8; Noll, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 31 Rn. 36; vgl. auch United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR-Stellungnahme zur Straflosigkeit der illegalen Einreise von Flüchtlingen (Artikel 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention), Mai 2013, abrufbar unter: <<https://www.refworld.org/legal/natlegcomments/unhcr/2013/de/121074>>; UNHCR, Guidelines on International Protection No. 14: Non-penalization of refugees on account of their irregular entry or presence and restrictions on their movements in accordance with Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/24/14) v. 23. September 2024, para. 10. Zur Einbeziehung subsidiär Schutzberechtigter siehe von Maydell, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 114 ff. Anders dagegen Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 88, 171.

Dies liefe dem Schutzzweck der Art. 33 Abs. 1, 31 Abs. 1 GFK zuwider.¹¹⁹⁰ Art. 31 Abs. 1 GFK greift daher für die gesamte Phase zwischen Einreise und Bestandsbeziehungsweise Rechtskraft der Entscheidung über den Asylantrag; erst für die Phase nach einer Ablehnung des Asylantrags entfällt der Schutz des Art. 31 Abs. 1 GFK.¹¹⁹¹

Dabei ist der Begriff des Flüchtlings im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention autonom – und nicht in Abhängigkeit zu Art. 16a GG – zu bestimmen. Dies kommt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie einiger Instanzgerichte nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck, wenn diese im Einklang mit Art. 16a Abs. 2 GG davon ausgeht, dass das Passieren eines sicheren Drittstaates im Regelfall zum Entfallen der Flüchtlingseigenschaft führe.¹¹⁹² Dieser Position liegt ein zu enges Verständnis des Flüchtlingsbegriffs des Art. 31 Abs. 1 GFK zugrunde, das auf einer methodisch zweifelhaften Reduktion des Gewährleistungsgehalts des Art. 31 Abs. 1 GFK im Lichte des deutschen Verfassungsrechts beruht. Bei Art. 31 Abs. 1 GFK handelt es sich jedoch um eine völkervertragsrechtliche Norm. Der Begriff des Flüchtlings in Art. 31 Abs. 1 GFK ist daher nicht nach Art. 16a GG, sondern unter Rückgriff auf Art. 1 Buchst. A Abs. 2 GFK zu bestimmen.¹¹⁹³ Die Genfer Flüchtlingskonvention kennt keine mit Art. 16a Abs. 2 GG vergleichbare Einschränkung des Flüchtlingsbegriffs bei Passieren sicherer Drittstaaten.¹¹⁹⁴ Der Flüchtlingsbegriff ist daher insofern weiter als der Begriff des Asylsuchenden im Sinne des Art. 16a GG und umfasst auch Personen, die auf ihrer Flucht einen sicheren Drittstaat passieren. Dementsprechend werden auch diejenigen, die sich auf den Flüchtlingsstatus berufen, ohne bereits als Flüchtlinge anerkannt zu sein, auch dann noch vom Schutzbereich des Art. 31 Abs. 1 GFK erfasst, wenn sie einen sicheren Drittstaat passiert haben. Die Regelung über sichere Drittstaaten mag den Geltungsbereich des Asylgrundrechts nach Art. 16a Abs. 1 GG beschränken, für die Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention hat sie jedoch keine Relevanz. In der Praxis wird daher jeder Person, die einen – nicht missbräuchlichen – Asylantrag gestellt beziehungsweise um Asyl nachgesucht hat,

1190 Eingehend zur Einbeziehung von Personen, deren Asylantrag als unbegründet abgelehnt wurde – über eine analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 1 GFK – siehe von Maydell, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 119 ff.

1191 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 14: Non-penalization of refugees on account of their irregular entry or presence and restrictions on their movements in accordance with Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/24/14) v. 23. September 2024, para. 31.

1192 BVerfG NVwZ 2015, 361, 363; im Anschluss an das BVerfG auch LG Offenburg, Beschl. v. 14.7.2017 – 3 Qs 48/16, BeckRS 2017, 117375, Rn. 11 ff.; LG Landshut, Beschl. v. 25.10.2017 – 6 Qs 186/16, BeckRS 2017, 136512, Rn. 15 ff.; vgl. auch Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 68.

1193 Vgl. zur völkerrechtskonformen Auslegung auch Fischer-Lescano/Horst, ZAR 2011, 81, 83 f.; vgl. ferner Kretschmer, NStZ 2021, 83, 86. Eingehend zur Auslegung der GFK von Maydell, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 99 ff.

1194 Vgl. Noll, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 31 Rn. 4, 40.

die Flüchtlingseigenschaft im Sinne des Art. 31 Abs. 1 GFK zuzugestehen sein.¹¹⁹⁵ Ob das Pönalisierungsverbot im Einzelfall greift, hängt dann von den weiteren Voraussetzungen ab.

bb) Unmittelbarkeitskriterium

Des Weiteren muss der Flüchtling „unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem [sein] Leben oder [seine] Freiheit [...] bedroht waren“. Dieses Unmittelbarkeitskriterium weist zwar *prima facie* Parallelen zur Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG auf. Tatsächlich haben einzelne Stimmen in Rechtsprechung und Literatur Art. 31 Abs. 1 GFK zunächst dahingehend ausgelegt, dass das Passieren eines sicheren Drittstaates im Sinne des Art. 16a Abs. 2 GG das Pönalisierungsverbot entfallen lasse.¹¹⁹⁶ Diesem Verständnis liegt allerdings gleichfalls die methodisch verfehlte Parallelisierung einer völkervertragsrechtlichen Norm mit einer Norm des deutschen Verfassungsrechts und deren einfachgesetzlicher Konkretisierung zugrunde.¹¹⁹⁷ Die Auslegung von Art. 31 Abs. 1 GFK hat nicht „im Lichte“ des Art. 16a Abs. 2 GG zu erfolgen, sondern nach der in Art. 31 und 32 WVRÜ niedergelegten Auslegungsregel, die völkergewohnheitsrechtliche Geltung beansprucht und daher auch auf die zeitlich früher vereinbarte Genfer Flüchtlingskonvention Anwendung findet.¹¹⁹⁸ Danach sind die gewöhnliche Wortbedeutung, der Regelungszusammenhang und die Ziele und Zwecke des Vertrags von entscheidender Bedeutung (Art. 31 Abs. 1 WVRÜ), während die Vertragshistorie nur ergänzendes Auslegungsmittel ist (Art. 32 WVRÜ).¹¹⁹⁹ Maßgeblich¹²⁰⁰ sind dabei die englische und die französische Sprachfassung als authentische Sprachfassungen¹²⁰¹.

Unter Anwendung dieser Auslegungsmethoden ergibt sich, dass eine Beschränkung des Art. 31 Abs. 1 GFK auf Fälle, in denen die Einreise unmittelbar in dem Sinne

1195 Zurecht weiter deshalb BGH NStZ 2018, 286, 287: „Ein Flüchtling verliert seinen Schutz durch Art. 31 I GFK nicht schon ohne weiteres dadurch, dass er aus einem Drittstaat nach Deutschland einreist, sofern er diesen Drittstaat nur als ‚Durchgangsland‘ nutzt und sich der Aufenthalt in diesem nicht schuldhaft verzögert.“; vgl. *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81, 88; *Heinrich*, FS Werle, 2022, 755, 758 m.w.N. Vor diesem Hintergrund ist es missverständlich, wenn *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 248, meint, Anwendungsbereich und Bedeutung der Vorschrift blieben aufgrund des engen Flüchtlingsbegriffs „gering“.

1196 LG Offenburg, Beschl. v. 14.7.2017 – 3 Qs 48/16, BeckRS 2017, 117375, Rn. 11; dazu auch OLG Köln NStZ-RR 2004, 24, 25; changierend Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 84, 174 ff.

1197 Ebenso von *Maydell*, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 142.

1198 Im Grundsatz anerkennend BVerfG NVwZ 2015, 361, 364; ausdrücklich AG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.6.2015 – 975 Cs 858 Js 53066/14, Rn. 9; *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81, 88; *Hruschka-GFK/Klammer*, 2022, Art. 31 Rn. 18; von *Maydell*, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 101.

1199 Für Art. 31 GFK bekräftigend *Noll*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, 2011, Art. 31 Rn. 41.

1200 Vgl. Art. 33 Abs. 2 WVRÜ.

1201 Art. 46 GFK.

erfolgt, dass kein „sicherer Drittstaat“ passiert wird, zu eng ist.¹²⁰² Dabei lässt der Wortlaut „die unmittelbar aus einem Gebiet kommen“ („coming directly from a territory“/„arrivant directement du territoire“) zunächst mehrere Auslegungen zu. Der Begriff „unmittelbar“ („directly“/„directement“) kann nämlich einerseits meinen, dass die Einreise *ohne Gebietskontakt* zu einem Gebiet, in dem Leben oder Freiheit des Betroffenen *nicht* bedroht wären, erfolgt sein muss. Ebenso gut vertretbar ist aber die Auslegung des Begriffs dahingehend, dass der Flüchtling im Rahmen eines einheitlichen Fluchtvorgangs „unmittelbar“ in das Zielland reisen muss, also nicht schon zuvor in einem anderen Gebiet Zuflucht und Schutz gefunden haben darf. Das Passieren von sicheren Drittstaaten während der andauernden Flucht ändert an der Unmittelbarkeit dann nichts.

Dass letzteres Verständnis überzeugt, ergibt sich im Blick auf die Ziele und Zwecke der Genfer Flüchtlingskonvention, deren Präambel – als Antwort der Staatengemeinschaft auf die globalen Flüchtlingsbewegungen in Folge des Zweiten Weltkriegs – den Grundsatz, dass die Menschen ohne Unterschied die Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen sollen, an die Spitze stellt,¹²⁰³ zugleich aber die Notwendigkeit internationaler Solidarität und Kooperation zur Bewältigung der Flüchtlingssituation betont.¹²⁰⁴ Eine Auslegung des Art. 31 Abs. 1 GFK, die Flüchtlinge von der Privilegierung des Pönalisierungsverbots ausschließt, sofern sie nur Territorialkontakt zu einem sicheren Drittstaat gehabt haben, entwertete die flüchtlingsschützende Regelung und barg die Gefahr, dass Flüchtlinge auf die Stellung eines Asylantrags aus Furcht vor strafrechtlicher Verfolgung verzichten. Zugleich bürdete ein solches Verständnis die Last der Flüchtlingsaufnahme einseitig Staaten in geografischer Nähe zu den Krisenregionen der Welt auf, weil die Flüchtlinge, um die Privilegierung des Art. 31 Abs. 1 GFK zu erlangen, im ersten sicheren Staat, den sie während ihrer Flucht erreichen, um Schutz nachsuchen müssten.¹²⁰⁵

Die Gegenauffassung lässt sich aber auch systematisch nicht mit dem Regelungsgehalt des Art. 33 Abs. 1 GFK in Einklang bringen, der faktisch ein (vorläufiges) Einrei-

1202 BayObLG NJW 1980, 2030; OLG Celle NVwZ 1987, 533; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 281; *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81, 88; United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR-Stellungnahme zur Straflosigkeit der illegalen Einreise von Flüchtlingen (Artikel 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention), Mai 2013, abrufbar unter: <<https://www.refworld.org/legal/natlegcomments/unhcr/2013/de/121074>>. Siehe auch UNHCR, Guidelines on International Protection No. 14: Non-penalization of refugees on account of their irregular entry or presence and restrictions on their movements in accordance with Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/24/14) v. 23. September 2024, paras 13 ff., allerdings mit Hinweis auf die grundsätzliche Zulässigkeit von Sichere-Drittstaaten-Konzepten.

1203 Absatz 1 der Präambel der GFK.

1204 Absatz 4 der Präambel der GFK.

1205 Ähnlich Hruschka-GFK/*Klammer*, 2022, Art. 31 Rn. 17; *Noll*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, 2011, Art. 31 Rn. 49.

se- und Aufenthaltsrecht begründet, auch wenn der Flüchtling sichere Drittstaaten passiert hat. Die strafrechtliche Verfolgung eines Flüchtlings, der – mangels Grenzübergangsstellen an europäischen Binnengrenzen – „unerlaubt“ auf dem Landweg in das Bundesgebiet einreist, stünde in einem Widerspruch zu eben diesem Einreise- und Aufenthaltsrecht. Schließlich spricht auch die mit der Genfer Flüchtlingskonvention verfolgte Intention, Flüchtlingen „in möglichst großem Umfange die Ausübung der Menschenrechte und der Grundfreiheiten zu sichern“¹²⁰⁶, gegen eine Engführung des Art. 31 Abs. 1 GFK. Die Konvention zwingt Flüchtlinge nicht dazu, bei erster Gelegenheit Asyl zu beantragen, sondern gewährt ihnen einen gewissen Entscheidungsspielraum.¹²⁰⁷ Das Merkmal der Unmittelbarkeit schließt nur diejenigen von der Privilegierung aus, die bereits in einem Staat Schutz erhalten haben und dennoch aus anderen – nicht fluchtbezogenen – Motiven unter Berufung auf die Rechte aus der Genfer Flüchtlingskonvention in einen dritten Staat migrieren.¹²⁰⁸ Dies ist auch vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Genfer Flüchtlingskonvention überzeugend.¹²⁰⁹

Deshalb ist der inzwischen herrschenden Rechtsprechung und Literatur zuzustimmen, wenn sie für das Eingreifen des Art. 31 Abs. 1 GFK genügen lässt, dass der Flüchtling keinen dauerhaften Schutz in einem Drittstaat erlangt und dieses nur als Durchgangsland genutzt hat, ohne seinen Aufenthalt in diesem schuldhaft zu verzögern.¹²¹⁰ Auch vorübergehende Aufenthalte von einiger Dauer, die bei längerer Flucht regelmäßig vorkommen, weil Geldmittel beschafft werden müssen oder die Weiterreise organisiert werden muss,¹²¹¹ stehen einer Anwendung des Art. 31 Abs. 1 GFK dann nicht entgegen. Maßgebliches Kriterium ist vielmehr, ob sich der Flücht-

1206 Absatz 2 der Präambel der GFK.

1207 R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, ex parte Adimi [1999] EWHC Admin 765, paras 17 f. (Lord Justice Brown), para. 69 (Justice Newman).

1208 BVerfG NVwZ 2015, 361, 363; AG Korbach, Urt. v. 13.8.2012 – 4 Cs – 1620 Js 8985/12, InfAulsR 2013, 43; vgl. Office of the High Commissioner for Refugees Geneva, UNHCR's Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers, February 1999, para. 4; *Diehl*, in: Decker/Bader/Kothe (Hrsg.), BeckOK-MigR, 24. Edn. 2026, Art. 31 Rn. 10; Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 23; *Noll*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 31 Rn. 48.

1209 Vgl. *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81, 88 f.; Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 22; *Noll*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 31 Rn. 50 f.

1210 BVerfG NVwZ 2015, 361, 363; BGH NJW 2015, 2274, 2275; NStZ-RR 2015, 184, 186; NStZ 2018, 286, 287; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2008 – 5 Ss 122–80/08, BeckRS 2012, 8473; AG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.6.2015 – 975 Cs 858 Js 53066/14, Rn. 9 f. (juris); früh OLG Celle NVwZ 1987, 533; vgl. *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81, 89; *Heinrich*, FS Werle, 2022, 755, 759 m.w.N.; Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 24. Einen mehrjährigen Voraufenthalt für nicht mehr unmittelbar einordnend OLG Zweibrücken, Beschl. v. 12.6.1992 – 1 Ss 208/91 (juris), allerdings ohne nähere Angaben zur Schutzgewährung im Staat des Voraufenthalts (Schweiz).

1211 Vgl. dazu auch R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, ex parte Adimi [1999] EWHC Admin 765, para. 18 (Lord Justice Brown); Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 22; *Noll*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 31 Rn. 45.

ling in Folge einer effektiven Schutzgewährung¹²¹² niedergelassen und seine Flucht damit beendet hat.¹²¹³

cc) Rechtzeitige Meldung und Begründung der unerlaubten Einreise

Erforderlich bleibt aber in jedem Fall, dass sich Flüchtlinge unverzüglich bei den Behörden melden und Gründe darlegen, die ihre unrechtmäßige Einreise oder ihren unrechtmäßigen Aufenthalt rechtfertigen. Notwendig ist also eine ohne schuldhaftes Zögern erfolgende Meldung bei einer zuständigen Behörde.¹²¹⁴ Dabei ist allerdings ausreichend, dass die Meldung bei Ankunft am Zielort erfolgt; eine Unterbrechung der Reise, um bei der grenznächsten Ausländerbehörde oder Polizeidienststelle um Asyl nachzusuchen, wird von den Flüchtlingen nicht verlangt.¹²¹⁵

Die „Rechtfertigung“ der unerlaubten Einreise beziehungsweise des Aufenthalts ist dabei das Vortragen von Asylgründen; diesem Erfordernis trägt ein Flüchtling Rechnung, der glaubhaft um Asyl nachsucht.¹²¹⁶ Dies entspricht § 13 Abs. 3 Satz 2 AsylG, der bestimmt, dass sich Ausländer im Falle der unerlaubten Einreise unverzüglich bei einer Aufnahmeeinrichtung melden oder bei der Ausländerbehörde oder der Polizei um Asyl nachsuchen müssen. Mehr als ein solch unverzügliches Tätigwerden verlangt auch Art. 31 Abs. 1 GFK nicht.¹²¹⁷ Art. 31 Abs. 1 GFK setzt insbesondere nicht voraus, dass der Flüchtling „mit stichhaltigen Gründen darleg[t], dass ein legaler Grenzübertritt für ihn mit Gefahr für Leib oder Leben oder mit weiterer politischer Verfolgung verbunden gewesen wäre.“¹²¹⁸ Denn ein solch legaler Grenzüber-

1212 Dieses Kriterium ist enger als die Rechtsprechung, die auf ein Niederlassen abstellt. Wie hier maßgeblich auf die Schutzgewährung abstellend Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 20; Noll, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 31 Rn. 49.

1213 BVerfG NVwZ 2015, 361, 363 f.; El-Ghazi, ZfL 2020, 265, 281; Fischer-Lescano/Horst, ZAR 2011, 81, 89; Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 24; United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR-Stellungnahme zur Straflosigkeit der illegalen Einreise von Flüchtlingen (Artikel 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention), Mai 2013, abrufbar unter: <<https://www.refworld.org/legal/natleg/comments/unhcr/2013/de/121074>>. Eingehend zum Unmittelbarkeitskriterium auch von Maydell, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 138 ff., mit überzeugender Kriterienbildung.

1214 BVerfG NVwZ 2015, 361, 366. Die Inanspruchnahme von Rechtsberatung wird dabei nicht als schuldhaftes Verzögerung verstanden, wohl aber ein im Anschluss daran erfolgendes Abwarten vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 22.12.2000 – 4 Ss 662/2000, BeckRS 2000, 30152719. Näher zum Kriterium der Unverzüglichkeit von Maydell, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 162 f.; UNHCR, Guidelines on International Protection No. 14: Non-penalization of refugees on account of their irregular entry or presence and restrictions on their movements in accordance with Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/24/14) v. 23. September 2024, para. 22.

1215 BayObLG NJW 1980, 2030; vgl. auch Noll, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 31 Rn. 60.

1216 OLG Celle NVwZ 1987, 533.

1217 Anders aber OLG Köln NSZ-RR 2004, 24, 25.

1218 So aber OLG Köln NSZ-RR 2004, 24, 25; in diese Richtung auch Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 173 ff. Ebenfalls für den Vortrag von Gründen, die eine legale Einreise unmöglich gemacht haben wohl Noll, in: Zimmermann/Machts/Dörschner

tritt setzte mangels Erteilung von Asyl-Visa voraus, dass Flüchtlinge überhaupt die Möglichkeit haben, rechtmäßig einzureisen, also etwa an einer physischen Grenzkontrollstelle um Einlass und Asyl zu bitten. Dies ist angesichts des Wegfalls der Grenzkontrollen an den europäischen Binnengrenzen regelmäßig nicht mehr der Fall, wenn die Einreise nicht auf dem Luftweg von außerhalb des Schengen-Raumes erfolgt.¹²¹⁹ Art. 31 Abs. 1 GFK knüpft weder nach dem Wortlaut noch nach Ziel und Zweck der Regelung daran, dass Flüchtlinge *bei* einer legalen Einreise Gefahren ausgesetzt gewesen wären, sondern ersichtlich an den Umstand, dass sie Schutz *vor* einer entsprechenden Verfolgung suchen. Es muss daher genügen, dass sie diesen Schutz geltend machen. Die zusätzliche Darlegung des Mangels an legalen Zugangswegen wäre eine bloße Förmel.¹²²⁰ Vor diesem Hintergrund ist auch die Forderung, Flüchtlinge müssten darlegen, weshalb sie nicht in sicheren Drittstaaten bereits um Schutz nachgesucht haben,¹²²¹ zurückzuweisen, da Art. 31 Abs. 1 GFK gerade nicht auf Einreisen aus dem Verfolgerstaat ohne Passieren eines Drittstaates beschränkt ist.¹²²²

Einer unverzüglichen Meldung müssen Fälle gleichgestellt werden, in denen Flüchtlinge im Rahmen von polizeilichen Kontrollen im grenznahen Bereich oder vor Ankunft am Reiseziel entdeckt werden und gegenüber den kontrollierenden Beamten um Asyl nachsuchen.¹²²³ Art. 31 Abs. 1 GFK verlangt insoweit nicht, dass die Meldung „selbstständig“ im Sinne eines aktiven Aufsuchens der zuständigen Stelle erfolgt; entscheidend ist, dass der Flüchtling den Behörden seine Anwesenheit im Staatsgebiet zur Kenntnis bringt und seine unerlaubte Einreise sowie seinen unerlaubten Aufenthalt „rechtfertigt“. Die in der deutschen Rechtsprechung teilweise vertretene Gegenauffassung, mit der Entdeckung im Rahmen einer polizeilichen Kontrolle im unmittelbaren Zusammenhang mit der Einreise entfalle die Schutzwirkung des Art. 31 Abs. 1 GFK mangels unverzüglich selbstständiger Meldung bei den

(Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, 2011, Art. 31 Rn. 64; zustimmend Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 56 f.

1219 Vgl. auch *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 282.

1220 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 14: Non-penalization of refugees on account of their irregular entry or presence and restrictions on their movements in accordance with Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/24/14) v. 23. September 2024, para. 27, lässt „[s]ome form of compulsion, need or reasonable belief on the part of the refugee that resorting to irregular, rather than regular, means of entry or presence is necessary to secure entry or to remain in the asylum country in order to seek international protection [...]“ genügen. Ferner wird darauf hingewiesen, dass angesichts der Migrationsrealität Flüchtlinge grundsätzlich einen „good cause“ im Sinne des Art. 31 Abs. 1 GFK aufweisen werden.

1221 OLG Köln NStZ-RR 2004, 24, 25.

1222 Vgl. Noll, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, 2011, Art. 31 Rn. 66 f.

1223 Ähnlich Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 53; Noll, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, 2011, Art. 31 Rn. 60.

Behörden,¹²²⁴ überzeugt nicht. Sie ließe sich mit dem Schutzzweck des Art. 31 Abs. 1 GFK, der Flüchtlinge ja gerade von Strafe freistellen soll, obwohl sie *unerlaubt* eingereist sind, nicht vereinbaren und führte zu zufälligen Ergebnissen, weil die Straffreistellung danach allein davon abhinge, ob ein Flüchtling vor Ankunft am Zielort noch in seinem gewählten Transportmittel (Reisebus, Bahn, Auto) kontrolliert wird. Die Gegenauffassung blendet zudem aus, dass Flüchtlinge in Grenzüberschreitungssituationen den Kontakt zu Behörden zunächst aktiv meiden werden, weil sie Zurückweisungen oder Inhaftierungen fürchten (müssen). Nur wenige werden ihre Rechte und die Wege zur Durchsetzung eben dieser kennen, zumal diese staaten-spezifisch teils erheblich divergieren dürften. Der Zugang zum Recht ist – trotz der Regelung in Art. 16 GFK, die einen gleichen Zugang zu Gerichten auch für Flüchtlinge garantieren soll¹²²⁵ – gerade für diese Gruppe in tatsächlicher Hinsicht voraussetzungsvoll,¹²²⁶ weshalb an ihr Verhalten keine übermäßigen Anforderungen gestellt werden dürfen, soll die Schutzwirkung des Art. 31 Abs. 1 GFK nicht ins Leere laufen.¹²²⁷

dd) Kein Ausschluss bei Inanspruchnahme von Schleusern

Schließlich wird teilweise erwogen, Flüchtlingen den Schutz des Art. 31 Abs. 1 GFK zu versagen, wenn sie die Dienste von Schleusern in Anspruch genommen haben, da es außerhalb des Schutzbereichs der Norm liege, „kriminell Tun Vorschub zu leisten, das gerade auf die Umgehung der zuständigen Behörden und Missachtung der in Art. 31 G[F]K getroffenen Verfahrensweise angelegt ist.“¹²²⁸ Eine solche Einschränkung lässt sich jedoch weder aus dem Wortlaut noch aus Ziel und Zweck der Vorschrift ableiten.¹²²⁹ Entscheidend ist allein, dass Flüchtlinge sich an das in Art. 31 Abs. 1 GFK vorgesehene Verfahren halten. Die Gegenposition verkennt, dass die Voraussetzung der Ausübung des Asylrechts und auch der Rechte aus der Genfer Flüchtlingskonvention die Herstellung von Territorialkontakt ist – Flüchtlinge

1224 VG München, Urt. v. 27.3.2019 – M 25 K 16.3931, BeckRS 2019, 7630, Rn. 26.

1225 Zu Art. 16 GFK vgl. *Dunlop*, Access to Courts for Asylum Seekers and Refugees: State Obligations under the 1951 Refugee Convention, 2024.

1226 Zu den Hürden für Flüchtlinge und Papierlose innerhalb Deutschlands Zugang zum Recht zu erhalten vgl. *Graser*, ZIAS 2020, 13, 16 ff., 21 f.; zur Rechtsmobilisierung in prekären Lebenslagen *Huke*, KJ 2024, 406 ff. Allgemein zum „Zugang zum Recht“ aus grund- und menschenrechtlicher Perspektive *Hahn*, Prozessführung im Klagekollektiv. Über die Bedeutung kollektiver Mobilisierung für den Zugang zum Recht, 2024, 137 ff.

1227 Zu den zunehmenden Schwierigkeiten, überhaupt einen Asylantrag in der EU stellen zu können, vgl. *Pollet*, in: O’Sullivan/Stevens (Hrsg.), States, the Law and Access to Refugee Protection: Fortresses and Fairness, 2017, 137 ff.

1228 OLG Köln NSZ-RR 2004, 24, 25; siehe auch BayObLG, Beschl. v. 30.6.1998 – 4St RR 83/98, BeckRS 1998, 22000, Rn. 23; zustimmend *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243, EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 71.

1229 Vgl. *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81, 86; Hruschka-GFK/*Klammer*, 2022, Art. 31 Rn. 10; ebenfalls ablehnend *Heinrich*, FS Werle, 2022, 755, 763 f.; *von Maydell*, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 125 ff.

können aber angesichts der Migrationsabwehrmaßnahmen von Staaten einen solchen kaum ohne die Inanspruchnahme von Schleusern herstellen.¹²³⁰ Dies war den vertragsschließenden Staaten bereits während der Arbeiten an der Genfer Flüchtlingskonvention bekannt und bewusst.¹²³¹ Flüchtlingen die Privilegierung des Art. 31 Abs. 1 GFK bei Inanspruchnahme von Schleusern zu versagen, bedeutete faktisch, dass der Anwendungsbereich von Art. 31 Abs. 1 GFK bis zur Bedeutungslosigkeit eingeschränkt würde. Dies würde der Bedeutung des Art. 31 Abs. 1 GFK im Regelungsgefüge der Genfer Flüchtlingskonvention nicht gerecht und widerspräche auch der im *Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität*¹²³² bekräftigten Position, die Pönalisierung von Schleusern strikt von einer Strafbarkeit geschleuster Flüchtlinge zu unterscheiden und insbesondere die Geltung der Genfer Flüchtlingskonvention unberührt¹²³³ zu lassen.¹²³⁴

b) Strafrechtsdogmatische Einordnung

Die strafrechtsdogmatische Einordnung des Art. 31 Abs. 1 GFK ist im Blick auf die akzessorische Strafbarkeit der Teilnahme und – für Altfälle – im Blick auf die bis zum 27. Februar 2024 ebenfalls limitiert-akzessorische Strafbarkeit von Schleusern gemäß § 96 Abs. 1 AufenthG a.F.¹²³⁵ von Bedeutung. Wird Art. 31 Abs. 1 GFK nämlich als Tatbestandsausschluss oder als Rechtfertigungsgrund eingeordnet, fehlt es an einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat der unerlaubten Einreise beziehungsweise des unerlaubten Aufenthalts; die Qualifikation als Strafaufhebungsgrund hat dagegen lediglich die Konsequenz der Straflosigkeit des Flüchtlings selbst, nicht aber seiner Unterstützer. Vor diesem Hintergrund erklärt sich die eher kriminalpolitisch-pragmatische Position der Rechtsprechung und von Teilen der Literatur, die Art. 31 Abs. 1 GFK als eben solchen Strafaufhebungsgrund betrachten.¹²³⁶

1230 Vgl. Heinrich, FS Werle, 2022, 755, 763 f.; Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 10, 12; Kretschmer, NStZ 2021, 83, 86.

1231 Vgl. Fischer-Lescano/Horst, ZAR 2011, 81, 86; Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 11.

1232 Dazu unten C. IV. 3.

1233 Art. 19 Abs. 1 des Zusatzprotokolls.

1234 Dazu unten C. IV. 3.; vgl. auch Fischer-Lescano/Horst, ZAR 2011, 81, 86; Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 12.

1235 Dazu unten E. V. 1. b) aa).

1236 BVerfG NVwZ 2015, 361, 362; BGH NStZ 1999, 409; NJW 2015, 2274, 2275; NStZ-RR 2015, 184, 185 f.; BayObLG NJW 1980, 2030 (Strafausschließungsgrund); OLG Köln NStZ-RR 2004, 24, 25 (Strafausschließungsgrund); OLG München, Beschl. v. 29.3.2010 – 5 St RR (II) 79/10, BeckRS 2010, 37619, Rn. 10, 16, vgl. Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 163; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 123; Heinrich, FS Werle, 2022, 755, 765; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 107; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 105; Kretschmer, NStZ 2021, 83, 86; Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 248. Im Ergebnis auch El-Ghazi, ZfL 2020, 265, 281 ff.

Diese Auffassung überzeugt allerdings nicht. Denn sie hat zur Konsequenz, dass die pass- oder visumslose Einreise und der sich anschließende Aufenthalt von Flüchtlingen als grundsätzlich strafwürdiges *Unrecht* qualifiziert werden, obschon nach der gesamten Konzeption des internationalen Flüchtlingsrechts anerkannt ist, dass Flüchtlinge auf ihrer Flucht Staatsgrenzen nicht nur straflos überschreiten dürfen, sondern sogar müssen. Nach Art. 1 Buchst. A. Abs. 2 GFK ist der Aufenthalt außerhalb des Landes, dessen Staatsangehörigkeit der Flüchtling besitzt, nämlich *Voraussetzung* der Flüchtlingseigenschaft. Aus dem *Refoulement*-Verbot des Art. 33 GFK folgt wiederum, wie zuvor dargelegt, jedenfalls ein vorläufiges Recht auf Einreise und Aufenthalt zur Statusbestimmung. Zu einem solchen stünde die Wertung eben dieser Einreise und des Aufenthalts als rechtswidrig – also als ungerechtfertigte Verletzung der Rechtsordnung – in einem unauflösbaren Widerspruch. Zum anderen ist – in deutlichem Kontrast zum kriminalpolitischen Ausgangspunkt der Gegenposition – hervorzuheben, dass der Ausschluss mindestens der Rechtswidrigkeit auch im Blick auf die ansonsten drohende Kriminalisierung – wegen Beihilfe zur unerlaubten Einreise beziehungsweise zum unerlaubten Aufenthalt – von humanitär motivierten Fluchthelfern geboten ist.¹²³⁷ Dass diejenigen, die Flüchtlinge bei ihrer Flucht unterstützen, sich an Unrecht beteiligen sollen, ist im Blick auf die klaren Wertungen der Genfer Flüchtlingskonvention nicht zu begründen. Auch rechtsgutsbezogene Erwägungen sprechen gegen diese Annahme. Die Einreise und der Aufenthalt von Flüchtlingen gefährdet nämlich für sich genommen kein schützenswertes Individual- oder Kollektivrechtsgut.¹²³⁸

Dass bei einem solchen Verständnis das Einschleusen von Flüchtlingen nach § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG mangels vorsätzlicher und rechtswidriger Haupttat gleichfalls straflos wäre, ist mit Blick auf bestehende Pönalisierungspflichten¹²³⁹ zwar problematisch, aber dem Verantwortungsbereich des Gesetzgebers zuzuschreiben. Dieser hatte es in der Hand und wurde vom Bundesgerichtshof auch darauf hingewiesen, § 96 AufenthG nicht-akzessorisch auszugestalten.¹²⁴⁰ Eine entsprechende Umgestaltung ist mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz zwischenzeitlich jedenfalls partiell erfolgt.¹²⁴¹ Diese führt freilich ihrerseits zu einer überschießenden Kriminalisierung auch der humanitären Unterstützung von Flüchtlingen, wenn nicht eine Einschränkung auf Tatbestandsebene erfolgt.¹²⁴² Statt Art. 31 Abs. 1 GFK restriktiv auszulegen oder eine überschießende Kriminalisierung humanitärer Unterstützung

1237 Insoweit verschleiert der Fokus auf „den Schleuser“ (vgl. etwa Heinrich, FS Werle, 2022, 755, 761, 765) die Problematik und verkürzt die Diskussion, in Übereinstimmung mit dem wirkmächtigen Narrativ, auf professionelle Schleuser und Schlepper.

1238 Dazu oben B. II. 2. und 3. a).

1239 Dazu oben C. III. 2. a) und unten C. IV. 3.

1240 BGH NJW 2018, 3658, 3660.

1241 Dazu unten E. V. 1. b) aa) (2).

1242 Dazu unten E. V. 1. b) aa) (2).

zu riskieren, sollte die Strafbarkeit gefährlicher Schleusungen daher künftig von einem eigenständigen und nicht-akzessorischen Straftatbestand erfasst werden.¹²⁴³

Bei der Entscheidung, ob Art. 31 Abs. 1 GFK als Tatbestandsausschluss oder als Rechtfertigungsgrund einzuordnen ist, ist zunächst der Wortlaut der Vorschrift zu berücksichtigen. Art. 31 Abs. 1 GFK geht ersichtlich davon aus, dass die Einreise und der Aufenthalt „unrechtmäßig“ („illegal“/„irréguliers“) gewesen sein müssen. Dies bezieht sich übersetzt in das deutsche Migrationsrecht primär auf die Verwaltungswidrigkeit von Einreise und Aufenthalt („unerlaubt“). Da § 95 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG verwaltungsakzessorisch ausgestaltet sind und letztlich an den Verwaltungsrechtsverstoß anknüpfen, liegt es folglich nahe, den Tatbestand als erfüllt anzusehen¹²⁴⁴ und Art. 31 Abs. 1 GFK als Rechtfertigungsgrund zu qualifizieren.¹²⁴⁵

Die Auslegung des Art. 31 Abs. 1 GFK als Rechtfertigungsgrund ist auch mit dem Wortlaut der Regelung vereinbar. Dieser sieht zwar lediglich vor, dass die Vertragsstaaten „keine Strafen gegen Flüchtlinge verhängen“ („shall not impose penalties“/„n’appliqueront pas de sanctions pénales“), und liest sich vor dem Hintergrund der deutschen Verbrechenslehre als Ausschluss der *Bestrafung*, nicht aber als Rechtfertigungsgrund. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, dessen Regelungen für Staaten mit ganz unterschiedlicher Rechtstradition Geltung beanspruchen. Die deutsche Differenzierung zwischen Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld sowie Strafaufhebungs- und -ausschlussgründen ist zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen fremd.¹²⁴⁶ Deshalb ist es zwar zutreffend, dass der Wortlaut des Art. 31 Abs. 1 GFK nicht zur Annahme eines Rechtfertigungsgrundes zwingt.¹²⁴⁷ Die zuvor dargelegten teleologischen Erwägungen lösen das *non liquet* der Wortlautauslegung freilich zugunsten des zuvor skizzierten Verständnisses auf.¹²⁴⁸

Daran ändert im Ergebnis auch nichts, dass Art. 31 Abs. 1 GFK das Eingreifen der Privilegierung an ein Verhalten des Flüchtlings nach Einreise knüpft, namentlich an die unverzügliche Meldung bei den Behörden und die Rechtfertigung der Einreise und des Aufenthalts. Zwar wird insoweit auf die „strafrechtsdogmatische Konvention“ verwiesen, nach der das Nachtatverhalten nicht über die Rechtfertigung entscheiden könne.¹²⁴⁹ Tatsächlich steht die herrschende Meinung auch einer täterbe-

1243 Zu einem Regelungsvorschlag unten F. III.

1244 So auch *Heinrich*, FS Werle, 2022, 755, 764 f.

1245 Ebenfalls für einen Rechtfertigungsgrund *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386, 388; *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81, 90.

1246 Ebenso von *Maydell*, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 173.

1247 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 162 f.

1248 Im Ergebnis – nach ausführlicher Diskussion und unter Rückgriff auf die Wertungen des Art. 16a Abs. 1 GG – ebenso von *Maydell*, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 167 ff.

1249 *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386, 388; in diese Richtung auch *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 162; *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 247 f.

günstigenden rechtlichen Fiktion im Sinne einer *ex tunc* eintretenden Veränderung der Strafrechtslage im Blick auf § 2 StGB zurecht kritisch gegenüber.¹²⁵⁰ Allerdings ist Art. 31 Abs. 1 GFK eben eine genuin völkerrechtliche Norm, deren Inkorporation in das deutsche Strafrecht gewisse dogmatische Friktionen auszulösen geeignet ist. Eine Auflösung dieser Friktionen zulasten des Flüchtlingsschutzes kommt aber aus den vorstehenden Gründen – und im Lichte des Grundsatzes der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des deutschen Rechts – nicht in Betracht. Vorgeschlagen worden ist daher zur Wahrung strafrechtsdogmatischer Konsistenz, Art. 31 Abs. 1 GFK letztlich im Blick auf die notstandsähnliche Lage der Flüchtlinge mit § 34 StGB zu kombinieren und damit das Meldeerfordernis auszuschalten.¹²⁵¹

Strafrechtsdogmatisch ebenso schlüssig wäre es, das Meldeerfordernis teleologisch so zu rekonstruieren, dass die Rechtfertigung bereits eintritt, wenn zum Zeitpunkt der Einreise ein *fester Entschluss* des Flüchtlings bestand, sich unverzüglich bei den Behörden zu melden. Die Nichtmeldung im Nachhinein kann dann ein gewichtiges Indiz gegen die Annahme eines solch *subjektiven Rechtfertigungselements* sein. Größere Schwierigkeiten resultieren daraus auch im Blick auf die Strafbarkeit von Teilnehmern nicht. Gehen sie nämlich davon aus, dass es sich bei der unterstützten Person um einen Flüchtling handelt, wird sich ihr Vorsatz nicht auf eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat beziehen, da sie regelmäßig annehmen werden, dass die nachträglich unverzügliche Meldung intendiert ist und erfolgen wird. Ist dies tatsächlich nicht der Fall, fehlt es für den Teilnehmer aber jedenfalls am Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Haupttat im maßgeblichen Zeitpunkt der Teilnahmehandlung.

c) Reichweite

Schließlich gilt es, die Reichweite des Rechtfertigungsgrundes des Art. 31 Abs. 1 GFK zu bestimmen. Unzweifelhaft erfasst werden schon nach dem Wortlaut Tatbestände, welche die unerlaubte Einreise und den unerlaubten Aufenthalt unter Strafe stellen. Hierzu ist auch die Strafbarkeit wegen passloser Einreise oder passlosen Aufenthalts zu zählen, da Art. 31 Abs. 1 GFK Flüchtlingen ermöglichen soll, ohne Furcht vor Strafverfolgung Asyl beantragen zu können und diese vor ihrer Ausreise regelmäßig keine Gelegenheit oder faktische Möglichkeit haben werden, einen Reisepass zu beantragen.¹²⁵²

Deutlich intrikater ist die Frage, ob auch typische Begleitdelikte von Art. 31 Abs. 1 GFK erfasst werden. Dazu zählen insbesondere Urkundendelikte im Blick auf die Benutzung falscher Identifikationspapiere.

1250 Dazu auch unten D. I 1. b).

1251 Vgl. *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386, 389 f.

1252 Anders BayObLG NStZ 2024, 299, 301.

aa) Position der Rechtsprechung: Begleitdelikte werden nicht erfasst

Die deutsche Rechtsprechung hat diesbezüglich bislang eine restriktive Position eingenommen. Der „klare Wortlaut“ sowie Sinn und Zweck sprächen dagegen, Art. 31 Abs. 1 GFK auf Begleitdelikte auszudehnen.¹²⁵³ Dem Flüchtling solle lediglich die Möglichkeit eingeräumt werden, um Asyl nachzusuchen, ohne dass er Gefahr laufe, durch den Aufnahmestaat wegen der Einreise und des Aufenthalts bestraft zu werden. Es solle verhindert werden, dass sich ein Flüchtling durch die Strafdrohung von der Asylantragstellung abhalten lasse. Für die Geltendmachung von Asyl sei eine Urkundenfälschung jedoch gerade nicht geboten.¹²⁵⁴ Es liege nicht im Schutzbereich des Art. 31 Abs. 1 GFK, „kriminell Tun Vorschub zu leisten, wie es beim Gebrauch von falschen Papieren, die entgeltlich von Schleusern erworben wurden, der Fall ist.“¹²⁵⁵ Art. 31 Abs. 1 GFK solle lediglich „die Pönalisierung des Grenzübertritts unterbinden, nicht aber staatliche Interessen gefährden oder gar die staatliche Souveränität beeinträchtigen.“¹²⁵⁶ Die wahre Identität von Flüchtlingen sei für den Aufnahmestaat von hohem Interesse, da sie für die Prüfung, ob sich die Person auf die Genfer Flüchtlingskonvention berufen könne, von maßgeblicher Bedeutung sei. Die Identität könne „in erster Linie nur durch echte Ausweispapiere nachgewiesen werden.“¹²⁵⁷ Dementsprechend könne ein Staat „die durch Urkundenfälschung begangene Identitätsverschleierung durchaus zum Anlass nehmen, um sie zu bestrafen.“¹²⁵⁸ Angeführt werden auch systematische Argumente. So spreche die Beschränkung der Rechtfertigungspflicht auf die unerlaubte Einreise und den unerlaubten Aufenthalt in Art. 31 Abs. 1 GFK gegen eine Erstreckung auf Begleitdelikte, da nicht plausibel erklärbar sei, weshalb ein Flüchtling „allein die den Verstoß gegen einreise- und aufenthaltsrechtliche Bestimmungen rechtfertigenden Umstände darlegen müsste, nicht aber die Rahmenbedingungen, die ihn nach seiner Einschätzung gezwungen haben, sonstige – möglicherweise schwerwiegende – Verstöße gegen die sonstige Rechtsordnung seines Gaststaates zu begehen.“¹²⁵⁹

1253 OLG München, Beschl. v. 29.3.2010 – 5 St RR (II) 79/10, BeckRS 2010, 37619, Rn. 10 f.; OLG Bamberg NStZ 2015, 404, 406; VG München, Urt. v. 27.3.2019 – M 25 K 16.3931, BeckRS 2019, 7630, Rn. 26. In diese Richtung auch BVerfG NVwZ 2015, 361, 364: „[...] deutet auf eine Beschränkung der strafbefreienden Wirkung auf einreise- und aufenthaltsrechtliche Delikte im Sinne einer engen Auslegung hin.“; ebenfalls gegen eine Erstreckung BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 68; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 180. Bezüglich Art. 16a Abs. 1 GG BayObLG NStZ 2020, 684, 685 f.

1254 OLG Bamberg NStZ 2015, 404, 406; VG München, Urt. v. 27.3.2019 – M 25 K 16.3931, BeckRS 2019, 7630, Rn. 26; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 180; ebenso BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 68.

1255 OLG München, Beschl. v. 29.3.2010 – 5 St RR (II) 79/10, BeckRS 2010, 37619, Rn. 11.

1256 OLG München, Beschl. v. 29.3.2010 – 5 St RR (II) 79/10, BeckRS 2010, 37619, Rn. 11.

1257 OLG München, Beschl. v. 29.3.2010 – 5 St RR (II) 79/10, BeckRS 2010, 37619, Rn. 11.

1258 OLG München, Beschl. v. 29.3.2010 – 5 St RR (II) 79/10, BeckRS 2010, 37619, Rn. 11.

1259 BVerfG NVwZ 2015, 361, 365.

bb) Widerlegung: Einzelfallbetrachtung

Diese Position verkennt allerdings, dass es Flüchtlingen regelmäßig nicht möglich sein wird, das Territorium des Zufluchtsstaates zu erreichen, ohne bestimmte Begleittaten zu begehen. So ist es aufgrund der für Beförderungsunternehmen vorgesehenen Sanktionen Flüchtlingen faktisch unmöglich, ohne Identitätspapiere und Visa mit einem regulären Transportmittel zu reisen.¹²⁶⁰ Die Nutzung falscher Dokumente ist für sie vielfach die einzige Möglichkeit, potenziell lebensgefährliche Alternativen zu umgehen und Zugang zu sicheren Transportmitteln zu erlangen, um schließlich um Asyl nachzusuchen. Auch müssen Flüchtlinge auf ihrer Flucht oftmals staatliche (Grenz-)Kontrollen überwinden, um in ein sicheres Gebiet zu gelangen, was ohne entsprechende (falsche) Identitätspapiere und Visa nicht ohne Weiteres möglich ist.¹²⁶¹ Zugleich ist bereits das Sichverschaffen eines unechten oder verfälschten amtlichen Ausweises, in der Absicht, dessen Gebrauch zur Täuschung im Rechtsverkehr zu ermöglichen, nach § 276 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar. Dies gilt gemäß § 276a StGB auch für aufenthaltsrechtliche Papiere, namentlich Aufenthaltstitel und Duldungen. Strafbar ist auch der Missbrauch von Ausweispapieren (§ 281 StGB) durch Gebrauch eines für einen anderen ausgestellten Ausweispapiers. Die Vorlage unechter oder verfälschter Urkunden, etwa eines gefälschten Passes oder Aufenthaltstitels, ist nach § 267 Abs. 1 StGB als Urkundenfälschung strafbar. Ob das deutsche Strafrecht anwendbar ist, bestimmt sich dabei nach §§ 3 ff. StGB. Für Urkundendelikte von Flüchtlingen im Ausland ist dabei § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB in den Blick zu nehmen.

Art. 31 Abs. 1 GFK erfasst dem Wortlaut nach zwar zunächst nur die unrechtmäßige Einreise und den unrechtmäßigen Aufenthalt („on account of their illegal entry or presence“/„du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers“). Allerdings liegt es nach dem Sinn und Zweck des Pönalisierungsverbots, Flüchtlinge nicht für die Einreise auf der Suche nach Schutz zu bestrafen und von der Inanspruchnahme des Asylrechts nicht abzuschrecken, nahe, dass Art. 31 Abs. 1 GFK nicht nur in einem engen tatbestandsbezogenen Sinne zu interpretieren ist, sondern vielmehr

1260 R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, ex parte Adimi [1999] EWHC Admin 765, para. 3 (Lord Justice Brown); vgl. auch *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, 4. Aufl. 2021, 416; Hruschka-GFK/*Klammer*, 2022, Art. 31 Rn. 47 f.

1261 R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, ex parte Adimi [1999] EWHC Admin 765, para. 3 (Lord Justice Brown); siehe auch United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR-Stellungnahme zur Straflosigkeit der illegalen Einreise von Flüchtlingen (Artikel 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention), Mai 2013, abrufbar unter: <<https://www.refworld.org/legal/natlegcomments/unhcr/2013/de/121074>>; UNHCR, Guidelines on International Protection No. 14: Non-penalization of refugees on account of their irregular entry or presence and restrictions on their movements in accordance with Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/24/14) v. 23. September 2024, paras 4, 29; vgl. ferner *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386; *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81, 87; *Noll*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 2011, Art. 31 Rn. 85; Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 302.

den Vorgang von Einreise und Aufenthalt zur Inanspruchnahme von Schutz in einem holistischen Sinne umfasst.¹²⁶² Nur auf diese Weise lässt sich der von Art. 31 Abs. 1 GFK intendierte Schutz von Flüchtlingen, denen ohne Territorialkontakt die Inanspruchnahme von Asyl nicht möglich ist, aktualisieren.¹²⁶³ Der Wortlaut lässt eine solche Auslegung jedenfalls zu, da die Genfer Flüchtlingskonvention keine Regelungen dazu enthält, unter welchen Voraussetzungen eine Einreise „unrechtmäßig“ ist, und damit für eine Auslegung offensteht, welche sämtliche einreisebezogenen Delikte umfasst. Allerdings darf nicht aus dem Blick geraten, dass Art. 31 Abs. 1 GFK der besonderen Notsituation von Flüchtlingen Rechnung tragen soll und der Zweck der Straffreistellung daher nicht darin besteht, auch für die Inanspruchnahme von Schutz im Zielland nicht erforderliche Straftaten zu rechtfertigen. Art. 31 Abs. 1 GFK muss, wie schon der enge zeitliche Anwendungsbereich und das Rechtfertigungserfordernis verdeutlichen, daher so verstanden werden, dass nur die zur Schutzterlangung *erforderliche* Tatbestandsverwirklichung gerechtfertigt ist.¹²⁶⁴ Diese Rechtfertigung aber steht ihrerseits nicht unter dem Vorbehalt staatlicher Souveränität.¹²⁶⁵

Die Rechtfertigung von Begleitdelikten ist mithin nicht pauschal zu verneinen, sondern im Einzelfall zu betrachten.¹²⁶⁶ So ist ein Missbrauch von Ausweispapieren oder das Sichverschaffen entsprechender aufenthaltsrechtlicher Papiere ebenso wie die Nutzung eines verfälschten Passes dann nach Art. 31 Abs. 1 GFK gerechtfertigt, wenn das Verhalten erforderlich war, um die bundesdeutsche Grenze zu erreichen und damit überhaupt erst die Gelegenheit zu erlangen, um Schutz nachzusuchen.¹²⁶⁷ Demgegenüber ist die Vorlage falscher Ausweispapiere an der deutschen Grenze oder im Inland gegenüber einem Polizeibeamten nicht von Art. 31 Abs. 1 GFK gedeckt, weil in diesen Fällen ein hinreichender Territorialkontakt bereits hergestellt ist und das Urkundendelikt daher nicht mehr begangen werden muss, um den begehrten Schutz nachzusuchen. Gemäß § 13 Abs. 3 Satz 1 AsylG haben Asylsuchende, die nicht im Besitz der erforderlichen Einreisepapiere sind, an der Grenze um

1262 Überzeugend insoweit AG Korbach, Urt. v. 13.8.2012 – 4 Cs – 1620 Js 8985/12, InfAuslR 2013, 43, 44; *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386, 390; *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81, 87. So nach ausführlicher Abwägung aller Aspekte auch von *Maydell*, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 206 ff. Anders, wiederum unter Berufung auf „Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik und Zweck von Art. 31“ Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 180.

1263 Ähnlich AG Korbach, Urt. v. 13.8.2012 – 4 Cs – 1620 Js 8985/12, InfAuslR 2013, 43, 44.

1264 Diesbezüglich im Ausgangspunkt ähnlich BVerfG NVwZ 2015, 361, 366, das allerdings eine notstandsähnliche Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit fordert; ebenfalls nur in notstandsähnlichen Situationen eine Anwendung des Art. 31 Abs. 1 GFK erwägend BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 68.

1265 Vgl. auch *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81, 83.

1266 AG Kehl, Beschl. v. 26.4.2016 – 3 Cs 208 Js 14124/14, BeckRS 2016, 07863; offen für eine solche Differenzierung nach der Erforderlichkeit OLG Bamberg NSTz 2015, 404, 406.

1267 Weitergehend die subjektive Sicht des Flüchtlings einbeziehend AG Kehl, Beschl. v. 26.4.2016 – 3 Cs 208 Js 14124/14, BeckRS 2016, 07863.

Asyl nachzusuchen. Sie sind bei Einreisen auf dem Landweg nach § 18 Abs. 1 AsylG unverzüglich an die zuständige Aufnahmeeinrichtung zur Meldung weiterzuleiten. Eine Einreiseverweigerung gegenüber Flüchtlingen im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention kommt – trotz der insofern missverständlichen Regelung des § 18 Abs. 2 AsylG – nach der hier vertretenen Auffassung aus unions- und völkerrechtlichen Gründen nicht in Betracht.¹²⁶⁸ Auch bei Einreisen auf dem Luftweg eröffnet selbst bei Einreisen aus sicheren Drittstaaten § 18a AsylG den Zugang zu einem – wenn auch beschleunigten – Prüfungsverfahren (sogenanntes Flughafenverfahren). Der Zugang zum Asylverfahren ist daher *de lege lata* nicht von der Vorlage verfälschter Einreisepapiere abhängig.

Entscheidendes Kriterium für eine Rechtfertigung ist daher nach der hier vertretenen Ansicht, ob ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Flucht besteht und ob die Tatbegehung zur Realisierung des Schutzbegehrens noch *erforderlich* ist.¹²⁶⁹ Da Flüchtlinge freilich regelmäßig keine Kenntnisse des deutschen Aufenthalts- und Asylrechts haben werden, ist nicht auszuschließen, dass sie davon ausgehen, erst nach Überwindung von Grenzkontrollen wirksam um Asyl nachsuchen zu können.¹²⁷⁰ Angesichts der intensiv geführten politischen Diskussion um Zurückweisungen an der Grenze¹²⁷¹ entbehrt diese Annahme jedenfalls nicht jeder objektiven Grundlage.¹²⁷² In derartigen Fällen liegt dann ein Irrtum über die „Erforderlichkeit“ der Vorlage gefälschter Einreisepapiere vor.¹²⁷³

Im Kern ist dies – in einem Rechtsstaat – ein Rechtsirrtum, da die Asylrechtslage falsch eingeschätzt wird („Ich werde an der Grenze zurückgewiesen, wenn ich keine Einreisepapiere vorlegen kann.“). Gleichwohl ist hier nicht von einem Erlaubnisirrtum im Sinne des § 17 StGB auszugehen. Denn dem Irrtum liegt zwar im Kern eine Fehlvorstellung über die Rechtslage zugrunde, der sich aber in eine Fehlvorstellung

1268 Vgl. oben C. III. 1., IV. 1.

1269 Weitergehend AG Korbach, Urt. v. 13.8.2012 – 4 Cs – 1620 Js 8985/12, InfAuslR 2013, 43, 44; Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 49; wie hier, aber unter Bezugnahme auf § 34 StGB, *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386, 391; ähnlich von Maydell, Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht, 2025, 226 ff.

1270 Vgl. etwa OLG München, Beschl. v. 29.3.2010 – 5 St RR (II) 79/10, BeckRS 2010, 37619, Rn. 5. Dagegen meint Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 180, Flüchtlingen sei „mit Erreichen des Bundesgebiets – wenn auch nur laienhaft – die Möglichkeit der Schutzbeantragung ohne Rücksicht auf die Vorlage eines gültigen Passes bekannt [...]“.

1271 Oben Einleitung I.

1272 Die Bundesregierung aus CDU/CSU und SPD hatte schon in ihrem Koalitionsvertrag i.d.F. v. 9. April 2025, Zeilen 2987 ff., Zurückweisungen an den deutschen Staatsgrenzen auch im Falle von Asylgesuchen vereinbart, sodass sich die Beurteilung der Erforderlichkeit von Urkundendelikten künftig auch im Kontext der Einreise in das Bundesgebiet ändern könnte. Der Koalitionsvertrag ist abrufbar unter: <<https://www.cdu.de/app/uploads/2025/04/Koalitionsvertrag-2025.pdf>>. Zur Praxis der Zurückweisungen oben Einleitung I.

1273 Wer dagegen, wie etwa Hruschka-GFK/Klammer, 2022, Art. 31 Rn. 52, von vornherein auf die Perspektive der Flüchtlinge abstellt, wird eine Rechtfertigung unmittelbar nach Art. 31 Abs. 1 GFK annehmen müssen.

über den zu erwartenden tatsächlichen Geschehensablauf übersetzt; der betroffene Flüchtling erkennt daher gerade nicht, dass ihm tatsächlich keine Zurückweisung droht und geht deshalb von der Erforderlichkeit seines Verhaltens aus. Vor diesem Hintergrund ist die Situation mit der Fehlvorstellung über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vergleichbar. In der Folge führt die fehlerhafte Beurteilung in der Laiensphäre zu einem Erlaubnistatbestandsirrtum analog § 16 Abs. 1 StGB auf Seiten des irrenden Flüchtlings.¹²⁷⁴ Doch selbst wenn der Irrtum über die Erforderlichkeit nach § 17 StGB zu beurteilen wäre,¹²⁷⁵ müsste an die Vermeidbarkeit des Irrtums ein deutlich abgesenkter Maßstab angelegt werden, da die Rechtslage komplex ist und es Menschen auf der Flucht kaum möglich sein wird, sich hinreichenden Rechtsrat einzuholen.¹²⁷⁶

d) Zwischenergebnis

Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt Art. 31 Abs. 1 GFK sowohl die unerlaubte Einreise als auch den unerlaubten Aufenthalt sowie unmittelbar mit der Flucht in Verbindung stehende Begleitdelikte, die zur Realisierung des Schutzbehrens erforderlich sind. Dabei greift Art. 31 Abs. 1 GFK für alle Flüchtlinge, die noch keinen gesicherten Schutzstatus in einem anderen sicheren Drittstaat erlangt haben, deren Flucht also noch nicht beendet gewesen ist. Aus dieser Position folgen Konsequenzen für die Strafbarkeit: Flüchtlinge selbst handeln gerechtfertigt und werden – insoweit im Ergebnis übereinstimmend mit der herrschenden Meinung – nicht bestraft. Aber auch Teilnehmer, insbesondere Fluchthelfer, sind nach der hier vertretenen Auffassung straffrei, weil es an einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat fehlt. Für Schleuser gilt dies nach der Neufassung des § 96 AufenthG jedoch nicht, da der Gesetzgeber die früher limitierte Akzessorietät des Tatbestandes aufgegeben hat. Für Altfälle bestünde nach der hier vertretenen Position eine Strafbarkeitslücke, die allerdings als Konsequenz gesetzgeberischer Untätigkeit – trotz der daraus resultierenden Unions- und Völkerrechtswidrigkeit des vormaligen Rechtszustandes – hinzunehmen ist.

3. Transnationale Pönalisierungspflichten

Den völkerrechtlichen Regelungen zum Schutz von Flüchtlingen steht eine transnationale Pönalisierungspflicht hinsichtlich der Schleusung von Migranten gegenüber.

1274 Ähnlich *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386, 391. Für die Strafbarkeit von Teilnehmern und Schleusern bedeutet dies, dass weiterhin von einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat ausgegangen werden kann.

1275 So in Bezug auf § 34 StGB OLG München, Beschl. v. 29.3.2010 – 5 St RR (II) 79/10, BeckRS 2010, 37619, Rn. 18.

1276 Beinahe realitätsfern daher OLG München, Beschl. v. 29.3.2010 – 5 St RR (II) 79/10, BeckRS 2010, 37619, Rn. 23.

Diese ergibt sich aus dem *Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität* vom 15. November 2000.¹²⁷⁷ Der Bundestag hat diesem völkerrechtlichen Vertrag am 1. September 2005 zugestimmt.¹²⁷⁸ Das Zusatzprotokoll ergänzt das sogenannte Palermo-Übereinkommen und steht im Zusammenhang mit der Gesamtstrategie der Vereinten Nationen, die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität zu bekämpfen.¹²⁷⁹ Die Schleusung von Migranten („smuggling of migrants“) wird in diesem Kontext also nicht primär¹²⁸⁰ unter dem Gesichtspunkt der Migrationskontrolle, sondern als Phänomen organisierter Kriminalität betrachtet.¹²⁸¹ Die Zielsetzung des Protokolls, die organisierte Schleuserkriminalität zu bekämpfen, *ohne* Migration an sich zu kriminalisieren, wird schon durch die Definition des Begriffs „Schleusung von Migranten“ verdeutlicht: Nach Art. 3 lit. a) des Zusatzprotokolls bezeichnet dieser nämlich die „Herbeiführung der unerlaubten Einreise einer Person in einen Vertragsstaat, dessen Staatsangehörige sie nicht ist oder in dem sie keinen ständigen Aufenthalt hat, mit dem Ziel *sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil* (Herv. d. Verf.) zu verschaffen[.]“ Das Zusatzprotokoll nimmt also nur Fälle eigennütziger Schleusungen in den Blick. Zwar erfasst auch diese Definition dem Wortlaut nach individuell agierende Fluchthelfer, die für ihre Tätigkeit einen Vorteil erhalten, ohne Teil eines organisierten „Schleusernetzwerks“ zu sein. Der Kontext, in welchem diese Definition gebraucht wird, sowie die Zielrichtung des Zusatzprotokolls und des Übereinkommens verdeutlichen jedoch, dass sich die Pönalisierungspflicht nur auf Ausprägungen organisierter Kriminalität erstrecken sollte – und gerade nicht auf jegliche fluchtunterstützende Aktivitäten, und insbesondere nicht humanitäre Hilfe und die Unterstützung von Familienmitgliedern.¹²⁸² Art. 4 des Zusatzprotokolls stellt dies klar, indem der Geltungsbereich des Protokolls auf Straftaten beschränkt wird, die „grenzüberschreitender Natur sind“ und an denen

1277 BGBl. 2005 II, S. 1007. Sofern im Folgenden auf das „Zusatzprotokoll“ Bezug genommen wird, ist stets das Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15. November 2000 gemeint.

1278 BGBl. 2005 II, S. 954.

1279 Art. 1 Abs. 1 Zusatzprotokoll.

1280 Vgl. aber *Hathaway*, *Virginia Journal of International Law* 2008–09, 1, 30 f., der darauf hinweist, dass das Ziel der Migrationskontrolle sehr wohl ein ausschlaggebender Gesichtspunkt für die Schaffung des Zusatzprotokolls war.

1281 Vgl. *Mitsilegas*, *New Journal of European Criminal Law* 2019, 68, 69 f.; *Mitsilegas*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 25, 34 f.

1282 Vgl. *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, 2005, paras 28, 32; UNODC, *Issue Paper: The concept of “Financial or Other Material Benefit” in the Smuggling of Migrants Protocol*, 2017, 14; vgl. Auch *Gallagher*, in: Boister/Currie (Hrsg.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, 2015, 187, 191; *Mitsilegas*, *New Journal of European Criminal Law* 2019, 68, 69 f.; *Trinh*, *Die Strafbarkeit der Fluchthilfe*, 2021, 54 ff.

„eine organisierte kriminelle Gruppe [...] mitwirkt“. Diese Zielsetzung ist bei der Implementierung des Protokolls zu berücksichtigen.¹²⁸³

Das für das Migrationsstrafrecht bedeutsame Kernstück des Zusatzprotokolls findet sich in dessen Art. 6. Nach dessen Art. 6 Abs. 1 trifft jeder Vertragsstaat

„die erforderlichen gesetzgeberischen und sonstigen Maßnahmen, um folgende Handlungen, wenn vorsätzlich und zur unmittelbaren oder mittelbaren Erlangung eines finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteils begangen, als Straftaten zu umschreiben:

- a) die Schleusung von Migranten;
- b) wenn die Handlung begangen wurde, um die Schleusung von Migranten zu ermöglichen,
 - i) die Herstellung eines gefälschten Reise- oder Identitätsdokuments;
 - ii) die Beschaffung, die Bereitstellung oder den Besitz eines solchen Dokuments;
- c) es einer Person, die nicht Staatsangehörige des betreffenden Staates ist oder dort keinen ständigen Aufenthalt hat, durch die unter Buchstabe b) genannten oder andere unrechtmäßige Mittel zu ermöglichen, in diesem Staat zu verbleiben, ohne die erforderlichen Voraussetzungen für den rechtmäßigen Aufenthalt zu erfüllen.“

Die Pönalisierungspflicht umfasst daher die mit Vorteilerzielungsabsicht erfolgende vorsätzliche „Herbeiführung“ der unerlaubten Einreise wie auch die Ermöglichung des unerlaubten Aufenthalts.¹²⁸⁴ Daneben haben Staaten die Beteiligung an diesen Handlungen und deren Versuch unter Strafe zu stellen.¹²⁸⁵ Als Erschwerungsgründe sind die „Gefährdung oder mögliche Gefährdung des Lebens oder der Sicherheit der betroffenen Migranten“ sowie „die unmenschliche oder erniedrigende Behandlung dieser Migranten, einschließlich zum Zweck der Ausbeutung“ vorgesehen.¹²⁸⁶

Nach Art. 6 Abs. 4 des Zusatzprotokolls hindert das Protokoll „einen Vertragsstaat nicht daran, Maßnahmen gegen eine Person zu ergreifen, deren Handlungen nach seinem innerstaatlichen Recht eine Straftat darstellen.“ Allerdings bestimmt Art. 5 zugleich, dass Migranten „nicht nach diesem Protokoll strafrechtlich dafür verfolgt werden [können], dass sie Gegenstand der in Artikel 6 genannten Handlungen wurden.“ Das Zusatzprotokoll zielt also ersichtlich nicht auf die Kriminalisierung von Migration *per se*, sondern unterscheidet klar zwischen Schleusern und Migranten. Es stellt sich daher die Frage, ob sich aus dem Zusatzprotokoll Konsequenzen für die Kriminalisierung der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts

1283 Legislative Guide for the Implementation of the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, 2005, para. 17.

1284 Legislative Guide for the Implementation of the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, 2005, para. 32.

1285 Art. 6 Abs. 2 Zusatzprotokoll.

1286 Art. 6 Abs. 3 Zusatzprotokoll.

nach nationalem Recht ergeben.¹²⁸⁷ In der Gesamtschau von Art. 6 Abs. 4 und Art. 5 dürfte dies freilich zu verneinen sein. Denn Art. 5 stellt schon nach dem Wortlaut („nicht nach diesem Protokoll“) lediglich klar, dass das Zusatzprotokoll selbst keine Kriminalisierung von Migranten intendiert, während Art. 6 Abs. 4 verdeutlicht, dass den Staaten bei der Ausgestaltung ihres nationalen Migrationsstrafrechts keine einschränkenden Vorgaben gemacht werden sollen; das Zusatzprotokoll steht der Ausgestaltung des nationalen Migrationsstrafrechts also eher neutral gegenüber.¹²⁸⁸

Auch wenn das Zusatzprotokoll demnach wie eine begrenzte und auf bestimmte besonders gefährliche Kriminalität zielende Maßnahme wirken mag, ist die Zurückdrängung organisierter Schleuserbanden im Blick auf das Fehlen legaler Zugangswege in die Europäische Union, in dessen Folge zahlreiche Flüchtlinge auf die Inanspruchnahme von Schleusern angewiesen bleiben, durchaus ambivalent zu bewerten.¹²⁸⁹ So wäre auch ein Vorgehen denkbar, bei dem zielgerichtet diejenigen Schleuser verfolgt werden, die Menschen in Gefahr bringen, etwa weil sie seeuntüchtige Boote einsetzen oder Menschen in Fahrzeugen ohne hinreichende Belüftung transportieren.¹²⁹⁰ Das allgemeine Framing der (zur Vorteilserlangung erfolgenden) Schleusung als organisierte Kriminalität erleichtert es Staaten aber, ihr zunehmend repressives Vorgehen gegen „irreguläre Migration“ als Kampf gegen organisierte Kriminalität – auch zum Schutz der Migranten¹²⁹¹ – zu präsentieren und dadurch zu legitimieren.¹²⁹² Es ist daher wenig verwunderlich, dass die Umsetzung des Zusatzprotokolls mitunter deutlich über das erforderliche Maß hinausgeht, sodass die nationalen Straftatbestände vielfach deutlich breiter gefasst sind als dies zur Erfassung organisierter Schleuserkriminalität erforderlich wäre.¹²⁹³

Für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist das Zusatzprotokoll aufgrund der weitergehenden Pönalisierungspflichten der RL 2002/90/EG und des RB 2002/946/JI (*Facilitators Package*) ohnehin nur noch von eingeschränkter prakti-

1287 Zur Diskussion m.w.N. *Mitsilegas*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 25, 35 ff.

1288 Siehe *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, 2005, paras 28, 54; *Gallagher*, in: Boister/Currie (Hrsg.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, 2015, 187, 192; *Mitsilegas*, in: Guia/van der Woude/van der Leun (Hrsg.), *Social Control and Justice*, 2013, 87, 92; *Pintaske*, *Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht*, 2014, 297. Inzwischen anders aber *Mitsilegas*, *New Journal of European Criminal Law* 2019, 68, 70 f.

1289 Deshalb früh kritisch *Hathaway*, *Virginia Journal of International Law* 2008–09, 1, 6, 25 ff., 36, 39; siehe auch *Trinh*, *Die Strafbarkeit der Fluchthilfe*, 2021, 74 f.

1290 Für eine klar rechtsgutsorientierte Einhegung des Migrationsstrafrechts unten F. III.

1291 Art. 2 Zusatzprotokoll.

1292 Vgl. *Gallagher*, in: Boister/Currie (Hrsg.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, 2015, 187, 188 f.; *Hathaway*, *Virginia Journal of International Law* 2008–09, 1, 26, 58; *Mitsilegas*, in: Guia/van der Woude/van der Leun (Hrsg.), *Social Control and Justice*, 2013, 87, 88 f.

1293 Vgl. UNODC, *Issue Paper: The concept of “Financial or Other Material Benefit” in the Smuggling of Migrants Protocol*, 2017, 61 ff.

scher Bedeutung.¹²⁹⁴ Der Kontrast zwischen der Fokussierung auf organisierte Kriminalität auf völkerrechtlicher Ebene und der weit stärker auf die Verhinderung von Migration per se zielenden unionsrechtlichen Regelung, die diese Zielrichtung insbesondere im Verzicht auf das Merkmal des Vermögensvorteils hinsichtlich der Beihilfe zur unerlaubten Einreise zum Ausdruck bringt,¹²⁹⁵ ist gleichwohl bemerkenswert. Die Europäische Union war unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt – völkerrechtlich – verpflichtet, den von ihr beschrittenen Pfad ausgreifender Kriminalisierung der Schleusung von Drittstaatsangehörigen zu verfolgen. Sie hätte sich vielmehr – auch um humanitäre Hilfe nicht zu kriminalisieren – eng am Zusatzprotokoll orientieren können. Weder das Unionsrecht noch das deutsche Recht lassen allerdings eine klare Begrenzung auf Fälle organisierter Kriminalität erkennen – die Kriminalisierung des Einschleusens von Ausländern steht hier vielmehr im Zusammenhang mit der Sicherung der EU-Außengrenzen sowie des deutschen Migrationskontroll- und -steuerungsregimes. Dementsprechend geht die Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern im deutschen Recht auch deutlich über das hinaus, was nach dem Zusatzprotokoll geboten wäre.¹²⁹⁶ Der Kampf gegen organisierte Schleuserkriminalität ist hier längst ein Vehikel der Migrationskontrolle geworden.¹²⁹⁷

V. Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung

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. Schon der Anwendungsbereich der Strafvorschriften wird durch das unionsrechtliche Freizügigkeitsrecht deutlich begrenzt. Aber auch bei grundsätzlicher Anwendbarkeit der Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes muss – unter Berücksichtigung der Verwaltungsakzessorietät des Migrationsstrafrechts – jeweils in den Blick genommen werden, unter welchen Voraussetzungen ein Ausländer in das Bundesgebiet einreisen und sich in diesem aufhalten darf. Für Asylsuchende und Asylbewerber stellt das Asylgesetz wiederum Sonderregeln auf.

In der Ausgestaltung des Migrationsstrafrechts ist der Gesetzgeber zudem nicht vollkommen frei und muss auch die Rechtspraxis unions- und völkerrechtliche Vorgaben beachten. So beeinflusst das Unionsrecht die Auslegung migrationsstrafrecht-

1294 Vgl. oben C. III. 2. a).

1295 Vgl. Mitsilegas, in: Guia/van der Woude/van der Leun (Hrsg.), *Social Control and Justice*, 2013, 87, 93; Mitsilegas, *New Journal of European Criminal Law* 2019, 68, 77; Zirulia, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235, 238 f.

1296 Vgl. UNODC, *Issue Paper: The concept of "Financial or Other Material Benefit" in the Smuggling of Migrants Protocol*, 2017, 31 ff.

1297 Allgemein Mitsilegas, *New Journal of European Criminal Law* 2019, 68, 81.

licher Vorschriften. Insbesondere die Rückführungsrichtlinie führt in ihrem Anwendungsbereich zwar nicht zu einem vollständigen Entfallen der Strafbarkeit, steht jedoch der Verhängung einer (Ersatz-)Freiheitsstrafe entgegen. Zudem kann sie die (vorläufige) Einstellung eines Strafverfahrens bedingen, wenn das Rückführungsverfahren anderweitig verzögert würde. Darüber hinaus muss der Gesetzgeber aber auch unions- und völkerrechtliche Pönalisierungspflichten und -verbote berücksichtigen. Pönalisierungspflichten greifen insbesondere im Blick auf die Unterstützung von Ausländern bei der Einreise und beim Aufenthalt. Ein Pönalisierungsverbot enthält Art. 31 Abs. 1 GFK für Flüchtlinge. Dieses ist – abweichend von der herrschenden Meinung – allerdings nicht nur als Strafaufhebungsgrund in das deutsche Strafrecht zu übersetzen. Vielmehr führt Art. 31 Abs. 1 GFK zur Rechtfertigung des betroffenen Flüchtlings.

Eine Zusammenschau der Regelungen der EU-Grundrechte-Charta, der Genfer Flüchtlingskonvention und der Europäischen Menschenrechtskonvention offenbart ferner, dass nicht nur Flüchtlinge selbst straffrei zu stellen sind. Auch eine Bestrafung humanitärer Hilfe zugunsten von Schutzsuchenden lässt sich mit diesen Regelungen nicht vereinbaren. Dies ergibt sich sowohl aus dem europäischen Asylrecht nach Art. 18 EUGrCh und seiner Konkretisierung durch Art. 6 und 9 Asylverfahrensrichtlinie, aus denen ein vorläufiges Einreise- und Aufenthaltsrecht für Asylsuchende folgt, als auch aus dem flüchtlings- und menschenrechtlich verankerten *Refoulement*-Verbot, das ein wenigstens vorläufiges Einreise- und Aufenthaltsrecht zur Statusfeststellung bedingt, sowie aus Art. 31 Abs. 1 GFK, der klarstellt, dass die unerlaubte Einreise und der sich daran anschließende unerlaubte Aufenthalt grundsätzlich kein strafwürdiges Unrecht konstituieren. Fehlt es schon an der Verwirklichung strafwürdigen Unrechts durch den Flüchtling selbst, kann die Beteiligung daran, wenn sie nicht einen eigenständigen Unrechtsgehalt aufweist, was für den Fall humanitärer Hilfe nicht vorstellbar ist, ihrerseits kein Unrecht darstellen und muss deshalb *straffrei* bleiben.

Dies steht im Einklang mit dem Zusatzprotokoll zur Palermo-Konvention und auch mit Art. 1 Abs. 2 RL 2002/90/EG. Insbesondere RL 2002/90/EG kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sie die Kriminalisierung humanitärer Unterstützung legitimiert oder gar erfordert. Dies verstieße gegen die Grundrechtecharta der Europäischen Union: So gewährleistet Art. 6 EUGrCh das Recht auf Freiheit, während Art. 17 EUGrCh das Eigentumsrecht garantiert. In beide wird durch die Pönalisierungspflicht in Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 RB/2002/946/JI eingegriffen, weil in der Folge bei Verstößen gegen die nationalen Umsetzungsgesetze strafrechtliche Sanktionen in Form der Geld- oder Freiheitsstrafe drohen. Da diese auf sekundäres Unionsrecht zurückgehen, sind sie auch am Maßstab der EU-Grundrechtecharta zu messen (Art. 51 Abs. 1 EUGrCh). Ein Eingriff in

die EU-Grundrechte muss nach Art. 52 Abs. 1 EUGrCh verhältnismäßig sein, insbesondere muss er notwendig sein und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.¹²⁹⁸ Wie bereits dargelegt, kann die Unterstützung rechtmäßiger Verhaltensweisen, wenn sie nicht für sich betrachtet strafwürdiges Unrecht darstellt, keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für eine Kriminalstrafe bilden. Sie zu kriminalisieren verstieße daher gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wie er in Art. 52 Abs. 1 EUGrCh niedergelegt ist.¹²⁹⁹ Hinzu kommt, dass der mit dem *Facilitators Package* verfolgte Zweck, professionelle Schleusungen zu bekämpfen ohne zugleich humanitäre Hilfe zu kriminalisieren, durch die breite Begriffsdefinition des Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG und in Ermangelung einer obligatorischen Ausnahmeklausel für Fälle humanitärer Hilfe verfehlt wird. Stattdessen werden in unverhältnismäßiger Weise Unterstützungshandlungen erfasst, die denkbar weit von professionellen Schleusungen entfernt sind, wie etwa die Unterstützung von Familienangehörigen oder altruistische Hilfsleistungen.¹³⁰⁰

Verstärkt werden die Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit des Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG, wenn in den Blick genommen wird, dass die Pönalisierungspflicht auch hinsichtlich humanitär oder altruistisch motivierter Unterstützer jedenfalls mittelbar das nach Art. 18 EUGrCh garantierte Asylrecht einschränkt, indem Schutzsuchenden die Herstellung des zur Grundrechtsrealisierung erforderlichen Territorialkontakts erheblich erschwert wird, weil ein solcher ohne Unterstützung kaum realisierbar ist.¹³⁰¹ Die Unterbindung von Unterstützungsleistungen durch ihre (potenzielle) Kriminalisierung stellt sich – vor allem im Lichte der Zielsetzung des *Facilitators Packages* – daher als mittelbarer und im Blick auf die humanitäre und altruistische Hilfeleistung auch unverhältnismäßiger Eingriff in das Asylgrundrecht dar.¹³⁰²

Diese Position ist zwar in der deutschen Rechtsprechung in dieser Form noch nicht aufgegriffen worden; das *Tribunale di Bologna* in Italien tendierte demgegenüber

1298 Zum Maßstab EuGH, Urt. v. 8.4.2014 (Rs. C-293/12 und Rs. C-594/12), para. 46. Zur konkreten Anwendung im Kontext der RL 2002/90/EG EuGH, Urt. v. 3.6.2025 (Rs. C-460/23 – Kinsa), paras 52 ff.

1299 In diese Richtung auch *Zirulia*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235, 256, 263.

1300 *Zirulia*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235, 263; *Zirulia*, *Waiting for Kinsa*, Verfassungsblog v. 10. Juni 2024, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/waiting-for-kinsa/>>. Deshalb für eine Auslegung im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes EuGH, Urt. v. 3.6.2025 (Rs. C-460/23 – Kinsa), paras 52 ff.

1301 Der EuGH hat in seinem Kinsa-Urteil ausdrücklich darauf hingewiesen, „dass Maßnahmen, die ohne vernünftige Rechtfertigung dazu führen, dass ein Drittstaatsangehöriger davon abgehalten wird, seinen Antrag auf internationalen Schutz bei den zuständigen Behörden zu stellen, die Wirksamkeit des in Art. 18 der Charta gewährleisteten Asylrechts beeinträchtigen könnten [...]“ (EuGH, Urt. v. 3.6.2025 (Rs. C-460/23 – Kinsa), para. 62).

1302 In diese Richtung auch *Zirulia*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235, 239.

in diese Richtung und hat im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens daher die RL 2002/90/EG dem Europäischen Gerichtshof zur Überprüfung im Blick auf die potenzielle Kriminalisierung humanitärer Unterstützung durch Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG vorgelegt. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem *Kinsa*-Urteil zwar keine allgemeine Unverhältnismäßigkeit der Regelung angenommen, aber betont, dass die Unionsgrundrechte und der in Art. 52 Abs. 1 EUGrCh niedergelegte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Auslegung der Richtlinie berücksichtigt werden müssen.¹³⁰³

Eine vergleichbare Position hat der *Supreme Court of Canada* in seiner Entscheidung *R. v. Appulonappa* eingenommen und § 117 des kanadischen *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) in der seinerzeit geltenden Fassung für mit der kanadischen Verfassung unvereinbar erklärt.¹³⁰⁴ Diese Vorschrift stellte die Unterstützung zur unerlaubten Einreise nach Kanada unter Strafe („[...] organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.“), wobei ein „Schleusermerkmal“, etwa ein Handeln gegen Vorteil, nicht vorausgesetzt war.¹³⁰⁵ Der *Supreme Court* hielt die Vorschrift für verfassungswidrig, sofern sie humanitäre Hilfe zur unerlaubten Einreise, die gegenseitige Unterstützung von Asylsuchenden oder die Unterstützung von Familienmitgliedern erfasste. Der Zweck der Vorschrift bestehe in der Kriminalisierung des Menschen Schmuggels im Kontext organisierter Kriminalität und sollte sich daher nicht auf die schlichte Unterstützung der Familie, humanitäre oder gegenseitige Hilfe erstrecken. Der Gesetzgeber habe die Kriminalisierung dieser Verhaltensweisen weder intendiert noch stünde sie im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen Kanadas nach der Genfer Flüchtlingskonvention oder dem Zusatzprotokoll zur Palermo-Konvention. Auch dieses ziele nicht auf eine Kriminalisierung humanitärer Unterstützung ab, sondern wolle ausschließlich Fälle organisierter Kriminalität erfassen.¹³⁰⁶ Der Wortlaut der Vorschrift erfasse die entsprechenden Verhaltensweisen jedoch und stehe einer einschränkenden Auslegung entgegen.¹³⁰⁷ Dementsprechend sei § 117 IRPA a.F. „overbroad“ und damit letztlich unverhältnismäßig.¹³⁰⁸

Die in den vorstehenden Abschnitten entwickelten Überlegungen zur Unvereinbarkeit der Kriminalisierung nicht-vorteilsmotivierter, regelmäßig altruistischer Unterstützungshandlungen zugunsten von Flüchtlingen mit dem Unions- und Völkerrecht sind auch für die Auslegung des deutschen Migrationsstrafrechts von Bedeutung.

1303 EuGH, Ur. v. 3.6.2025 (Rs. C-460/23 – Kinsa), paras 33 ff.

1304 Supreme Court of Canada, Ur. v. 27.11.2015 (R. v. Appulonappa, Case No. 35958), [2015] 3 S.C.R. 754.

1305 Die Vorschrift in ihrer zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung ist zitiert in Supreme Court of Canada, Ur. v. 27.11.2015 (R. v. Appulonappa, Case No. 35958), para. 8.

1306 Supreme Court of Canada, Ur. v. 27.11.2015 (R. v. Appulonappa, Case No. 35958), paras 36 ff.

1307 Supreme Court of Canada, Ur. v. 27.11.2015 (R. v. Appulonappa, Case No. 35958), para. 72.

1308 Supreme Court of Canada, Ur. v. 27.11.2015 (R. v. Appulonappa, Case No. 35958), paras 71 ff.

Sowohl die Genfer Flüchtlingskonvention als auch die Europäische Menschenrechtskonvention sind Bestandteil der deutschen Rechtsordnung und das deutsche Recht ist innerhalb der Verfassungsordnung völkerrechtsfreundlich auszulegen; das primäre und sekundäre Unionsrecht beansprucht gar Anwendungsvorrang. Die sich aus einer Gesamtschau der einschlägigen Vorschriften ergebende *Rechtmäßigkeit* der Einreise und des Aufenthalts von Flüchtlingen zur Prüfung ihres Asylgesuchs muss daher auch im deutschen Recht Berücksichtigung finden, indem weder das Verhalten der Flüchtlinge selbst noch das Verhalten ihrer Unterstützer im Ergebnis bestraft wird. Ihre strafrechtliche Verfolgung begründete einen unverhältnismäßigen Eingriff mindestens in die allgemeine Handlungsfreiheit der Betroffenen nach Art. 2 Abs. 1 GG – im Anwendungsbereich der RL 2002/90/EG sind zudem die Unionsgrundrechte zu beachten. In strafrechtsdogmatischer Perspektive bestehen unterschiedliche Möglichkeiten, um dieses Ergebnis zu erreichen. Sie werden im Zusammenhang mit den Strafvorschriften vertieft.

D. Die Verwaltungsakzessorietät des Migrationsstrafrechts

Verwaltungsakzessorietät meint eine insbesondere¹³⁰⁹ im Nebenstrafrecht verbreitete Gesetzgebungstechnik, bei der die Voraussetzungen der Strafbarkeit sich nicht vollständig aus der Strafnorm selbst ergeben, sondern erst unter Einbeziehung der verwaltungsrechtlichen Rechtslage. Dabei kann nochmals¹³¹⁰ zwischen der Verwaltungsrechtsakzessorietät, bei der die Strafnorm auf verwaltungsrechtliche Normen und damit deren Voraussetzungen verweist, sowie der Verwaltungsaktsakzessorietät, bei der die Frage der Strafbarkeit letztlich von der Gestaltung der Verwaltungsrechtslage durch eine Einzelverfügung (Verwaltungsakt) abhängig ist, unterschieden werden.¹³¹¹ Möglich und verbreitet ist auch eine Kombination aus Verwaltungsrechts- und -aktsakzessorietät, wenn nämlich die Strafnorm auf verwaltungsrechtliche Normen Bezug nimmt, die wiederum durch Verwaltungsakt für den Einzelfall konkretisiert werden müssen.¹³¹² Dabei kann ein fehlender oder vorhandener Verwaltungsakt entweder strafbegründend wirken, wenn etwa sein (Nicht-)Vorliegen Strafbarkeitsvoraussetzung ist, aber auch legalisierend, wenn etwa sein Vorliegen bewirkt, dass das Verhalten als (formal) verwaltungsrechtmäßig gilt. Schwierigkeiten wirft mitunter die Frage auf, wie weit die Verwaltungsakzessorietät im Einzelnen reicht (dazu sogleich I.).

Verwaltungsrechtsakzessorische Strafnormen sind zugleich sogenannte Blankettstrafgesetze, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Gesetzgeber die Unrechtsbeschreibung des Tatbestandes partiell oder vollständig durch einen (dynamischen) Verweis auf Vorschriften desselben, eines anderen Gesetzes oder andere Rechtsvorschriften (Verordnungen, Richtlinien der Europäischen Union) ersetzt.¹³¹³ Der Eintritt der Rechtsfolge ist dann (auch) von Vorgaben außerhalb der Strafnorm selbst abhängig, ergibt sich also erst in einer Zusammenschau aus Strafvorschrift und Ver-

1309 Aus dem StGB siehe etwa §§ 324 ff. StGB, dazu Heger, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, 177 ff.; MK-StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2022, § 324 Rn. 42.

1310 Darüber hinaus ist eine begriffliche Akzessorietät oder eine Akzessorietät zu gerichtlichen Entscheidungen oder Verwaltungsverträgen möglich, hier jedoch nicht von Bedeutung.

1311 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 17; Cornelius, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 21; Heger, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, 177; Heinrich, ZAR 2005, 309; Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 834.

1312 Vgl. Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 107; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 61.

1313 BVerfGE 14, 245, 252; 87, 399, 407; 143, 38, 56; BVerfG NVwZ-RR 2020, 569, 572; Cornelius, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 37 f.; Dietmeier, Blankettstrafrecht, 2002, 11 ff.; Ernst, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 39 ff.; Hörich/Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 13; Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 819; Kuhl, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 172 ff.; Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 41; Roxin/Greco, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 110; Waldhoff, FS Ignor, 2023, 211; siehe auch schon Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, 5.

waltungsrechtslage.¹³¹⁴ Der Rückgriff auf Blankettstrafgesetze ist gesetzesökonomisch betrachtet sinnvoll, vermeidet redundante und potenziell widersprüchliche Regelungen innerhalb desselben Gesetzes und verschafft dem Gesetzgeber eine gewisse Flexibilität bei der Rechtsanpassung.¹³¹⁵ Allerdings fordert diese Gesetzgebungstechnik durch die Externalisierung der unrechtsdeterminierenden Merkmale – und damit der Strafbarkeitsvoraussetzungen – das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG heraus.¹³¹⁶ Dies gilt im Kontext des Migrationsstrafrechts gleich in zweierlei Hinsicht: Zunächst greifen hier die aus der allgemeinen Diskussion bekannten Bedenken gegen Blanketttatbestände. Hinzu tritt, dass der Adressatenkreis migrationsstrafrechtlicher Vorschriften gerade nicht Experten der Verwaltungsrechtsmaterie umfasst, wie dies in anderen Bereichen des Nebenstrafrechts der Fall ist, und noch nicht einmal Deutsche, deren Grundkenntnisse des Staats- und Rechtswesens gewissermaßen fingiert werden, jedenfalls wenn die allgemeinen Maßstäbe für die Gesetzesbestimmtheit betrachtet werden. Vielmehr handelt es sich zu einem Großteil um Personen ohne engen Bezug zur Bundesrepublik und ihrem Rechtssystem – im Falle von Flüchtlingen zudem um Personen, die regelmäßig nicht den Zugang zu entsprechenden Informationsressourcen haben werden. Dementsprechend stellt sich die Frage, ob die Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit insoweit abhängig vom Adressatenkreis zu modifizieren sind (dazu unten II.).

I. Bedeutung und Reichweite der Verwaltungsakzessorietät im Migrationsstrafrecht

Im Migrationsstrafrecht findet sich eine Vielzahl verwaltungsrechtsakzessorischer Tatbestände.¹³¹⁷ So nehmen mit Ausnahme des § 95 Abs. 1 Nr. 8 (Ausländergeheimbündelei) und Abs. 2 Nr. 2 (Erschleichen von Aufenthaltstiteln) sämtliche Tatbestandsvarianten des § 95 AufenthG hinsichtlich des unrechtsbegründenden Verstoßes Bezug auf andere Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes oder anderer Verwaltungsgesetze (etwa § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III). In gleicher Weise ist § 85 AsylG strukturiert. Aber auch der Tatbestand des § 96 AufenthG und seine (Erfolgs-) Qualifikationen in § 97 AufenthG sind letztlich verwaltungsakzessorisch, weil sie jeweils einen Verstoß gegen das Aufenthaltsrecht durch einen anderen voraussetzen. So bestimmt § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG, dass „mit Freiheitsstrafe [...] oder mit Geldstrafe [...] bestraft [wird], wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hil-

1314 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 61; *Kühli*, FS Lackner, 1987, 815, 819; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 173 f.; *Waldhoff*, FS Ignor, 2023, 211.

1315 Vgl. auch *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 26 ff.; *Dietmeier*, Blankettstrafrecht, 2002, 8 ff.; *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 60 f.; *Kühli*, FS Lackner, 1987, 815, 819 f.; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 174.

1316 Dazu grundlegend *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, passim.

1317 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 61; *Hörich/Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 13, 31.

fe leistet, eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a zu begehen [...]“, wobei die in Bezug genommene Strafvorschrift des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG ihrerseits auf § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 AufenthG verweist, der – wiederum unter Bezugnahme auf weitere Regelungen des Aufenthaltsgesetzes, die Aufenthaltsverordnung und letztlich das Unionsrecht – bestimmt, wann die Einreise eines Ausländers unerlaubt ist. Bei der Beurteilung der Strafbarkeit nach den migrationsstrafrechtlichen Tatbeständen ist also in zahlreichen Fällen auf verwaltungsrechtliche Regelungen zu rekurrieren. Es handelt sich um verwaltungsrechtsakzessorische Blanketttatbestände.

Die Tatbestände des Migrationsstrafrechts sind aber vielfach auch verwaltungsakzessorisch, weil sie entweder an Verstöße gegen Einzelverfügungen anknüpfen oder das Nichtvorliegen eines Aufenthaltstitels voraussetzen. Das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts und dessen Ausgestaltung ist damit für die Frage der *Tatbestandsmäßigkeit* unmittelbar relevant. In der ersten Konstellation (Verstöße gegen Einzelverfügungen) ergibt sich die Verbotsnorm¹³¹⁸ erst in einer Zusammenschau von Straftatbestand und Einzelverfügung („Du sollst nicht gegen das behördliche Verbot, dich politisch zu betätigen, verstoßen“, § 95 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 47 Abs. 1 Satz 2 AufenthG). In der zweiten Konstellation (Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts als Strafbarkeitsvoraussetzung) ergibt sich die Verbotsnorm bereits aus einer Zusammenschau von Straftatbestand und in Bezug genommenem Verwaltungsrecht („Du sollst nicht ohne einen Aufenthaltstitel, den du nach geltendem Recht benötigst, in das Bundesgebiet einreisen“, § 95 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 AufenthG). Das Vorliegen eines den Aufenthaltstitel gewährenden Verwaltungsakts führt daher zum Entfallen des Tatbestandes und damit zu einer Legalisierung des Verhaltens.

Während schlicht verwaltungsrechtsakzessorische Tatbestände aufgrund der Bezugnahme auf gesetzlich bestimmte Voraussetzungen keine größeren Anforderungen an die Rechtsanwendung (wohl aber in verfassungsrechtlicher Perspektive hinsichtlich ihrer Bestimmtheit, dazu unten II.) stellen, werfen verwaltungsakzessorische Tatbestände mitunter intrikate Fragen der Reichweite der Akzessorietät auf. Zu klären sind insbesondere drei Fallkonstellationen: Die Auswirkungen der Fehlerhaftigkeit belastender Verwaltungsakte auf die Strafbarkeit des Betroffenen (dazu 1.), die Auswirkungen der Fehlerhaftigkeit begünstigender Verwaltungsakte auf ihre Legalisierungswirkung (dazu 2.) und das Eingreifen der Legalisierungswirkung bei Vorliegen der Erteilungsvoraussetzungen trotz formal fehlenden Verwaltungsakts (dazu 3.).

1318 Vgl. zur Unterscheidung von Verbots- und Sanktionsnormen *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 433 ff.

1. Belastende Verwaltungsakte

Belastende Verwaltungsakte sind solche, die den Betroffenen in seinen Rechten einschränken, indem ihm eine Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht auferlegt oder er sonst in seinen Rechtsgütern beschränkt wird.¹³¹⁹ Im Bereich des Migrationsstrafrechts sind dies etwa das Verbot der Ausreise (§ 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 AufenthG), die Beschränkung oder Untersagung der politischen Betätigung (§ 47 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AufenthG), die behördlich auferlegte Meldepflicht (§ 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG), die Pflicht zur Wohnungsnahme (§ 56 Abs. 3 AufenthG, § 60 Abs. 2 Nrn. 1, 3 AsylG) oder zum Umzug (§ 60 Abs. 2 Nr. 2 AsylG), das Kontakt- oder Kommunikationsverbot (§ 56 Abs. 4 AufenthG) oder die angeordnete räumliche Beschränkung (§ 61 Abs. 1c AufenthG, § 59b Abs. 1 AsylG). Daneben sind aber auch die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis beziehungsweise ihrer Verlängerung oder die Ablehnung eines Asylantrags als belastende Verwaltungsakte einzuordnen. Da mit der Ablehnung eine Ausreisepflicht einhergeht (§ 50 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 67 AsylG)), resultiert bei fortgesetztem Aufenthalt – nach Ablauf einer Ausreisefrist und sofern keine Duldung (§ 60a AufenthG) erfolgt – aus der ablehnenden Entscheidung eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Gleiches gilt im Falle einer Ausweisung (§ 53 AufenthG i.V.m. § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) oder einer Abschiebungsanordnung (§ 58a AufenthG i.V.m. § 51 Abs. 1 Nr. 5a AufenthG).¹³²⁰

Um eine strafbarkeitsbegründende Wirkung entfalten zu können, muss ein solcher Verwaltungsakt zunächst wirksam¹³²¹ und im vollstreckungsrechtlichen Sinne¹³²² vollziehbar sein. Letzteres ist der Fall, wenn der Verwaltungsakt unanfechtbar (formell) bestandskräftig¹³²³ geworden ist, wenn sein sofortiger Vollzug im Sinne

1319 Vgl. *Pietzcker/Marsch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht/VwGO*, 45. EL 2024, § 42 Rn. 7.

1320 Zu diesem Zusammenhang auch *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 126 f.

1321 Die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes setzt zunächst eine Bekanntgabe des Verwaltungsaktes voraus, wobei der Verwaltungsakt nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder erledigt sein darf (§ 43 Abs. 1 und 2 VwVfG). Die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes entfällt bei seiner Nichtigkeit (§§ 43 Abs. 3, 44 VwVfG). Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Verwaltungsakts im Einzelnen vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, 10. Aufl. 2023, § 43 Rn. 163 ff.

1322 Vgl. § 6 Abs. 1 VwVG.

1323 Die formelle Bestandskraft eines Verwaltungsakts, gegen den ein Widerspruch statthaft ist (§ 68 Abs. 1 VwGO), tritt grundsätzlich (aber vgl. § 58 Abs. 2 VwGO) mit fruchtlosem Ablauf der Widerspruchsfrist, also einen Monat nach Bekanntgabe, ein (§ 70 Abs. 1 VwGO) oder, für den Fall der erfolglosen Durchführung eines Widerspruchsverfahrens, mit fruchtlosem Ablauf der Klagefrist von einem Monat nach Zustellung des Widerspruchsbescheids (§ 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Ist die Klage im ersten Rechtszug erfolglos, endet die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist des gegen die abweisende Entscheidung gegebenen Rechtsmittels, sofern nicht die Behörde die Vollziehung bis zur Unanfechtbarkeit ausgesetzt hat oder das Rechtsmittelgericht auf Antrag anordnet, dass die aufschiebende Wirkung fort dauert (§ 80b VwGO). Mit Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts in Folge eines rechtskräftigen klageabweisenden Urteils endet die aufschiebende Wirkung endgültig (§ 80b Abs. 1 Satz 1 VwGO). Ist der Widerspruch nicht statthaft, wird der Verwaltungsakt mit Ablauf der einmonatigen Klagefrist, die durch Bekanntgabe des Verwaltungsakts ausgelöst wird

des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet worden ist oder wenn Rechtsmittel – wie in § 84 Abs. 1 AufenthG für Widersprüche und Klagen gegen zahlreiche Verwaltungsentscheidungen angeordnet und im Asylgesetz als Grundsatz etabliert (§ 75 AsylG)¹³²⁴ – keine aufschiebende Wirkung zeitigen (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO).¹³²⁵ Das Erfordernis der Vollziehbarkeit ergibt sich dabei bereits aus dem Gesetz (etwa § 95 Abs. 1 Nrn. 2 lit. a), 4, 6b AufenthG, § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG), ist aber in der Rechtsprechung und der strafrechtlichen Literatur auch als allgemeiner Grundsatz hinsichtlich verwaltungsaktsakzessorischer Strafvorschriften anerkannt.¹³²⁶ Mangels Wirksamkeit (§ 43 Abs. 3 VwVfG) können im Sinne des § 44 VwVfG nichtige Verwaltungsakte dagegen keine strafbewehrte Pflicht auslösen.¹³²⁷

Sofern der Verwaltungsakt allerdings „lediglich“ rechtswidrig ist, bleibt seine Wirksamkeit unberührt. Es stellt sich mithin die Frage, ob ein rechtswidriger Verwaltungsakt Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit des vom Verwaltungsakt Betroffenen sein kann, ob also ein rechtswidriger Verwaltungsakt die Blanketttatbestände des Migrationsstrafrechts *unrechtsbegründend* ausfüllen kann. Dem Gesetz lässt sich eine Beschränkung auf rechtmäßige Verwaltungsakte nicht entnehmen; im Gegenteil stellen die Vorschriften überwiegend nur auf die Vollziehbarkeit der Verfügungen ab. Die Frage der Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte stellt sich allerdings nicht nur im Migrationsstrafrecht, sondern im Blick auf sämtliche verwaltungsaktsakzessorische Tatbestände. Hierzu werden unterschiedliche Positionen vertreten.

(§ 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO), bestandskräftig. Vgl. zum Ganzen GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 30; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 43 Rn. 20 ff. Zum Erfordernis des Ablaufs der Rechtsbehelfsfristen siehe auch Odenthal, NSTz 1991, 418, 419 f.

1324 Vgl. dazu GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 27 f.: „Den Grundsatz des § 80 Abs. 1 VwGO kehrt die Regelung in § 84 Abs. 1 nahezu um [...]“

1325 BGH NJW 1969, 2023, 2025; vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 25; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 63. Anders offenbar OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27.5.2008 – 1 Ss 362/07, BeckRS 2008, 17566, unter Bezugnahme auf OVG Münster, VerwRspr 1974, 277, 279. Diese Position ist freilich vereinzelt geblieben.

1326 BGH NJW 1969, 2023, 2025; für das Migrationsstrafrecht Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 127 f.; GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 23; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 62; Hörich/Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 34; allgemein Arnhold, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, 1978, 6 f.; Odenthal, NSTz 1991, 418, 419; Wüterich, NSTz 1987, 106, 107. Kritisch demgegenüber Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 219 ff.; nur auf die Wirksamkeit abstellend und „vollziehbar“ als Hinweis auf die innere Wirksamkeit interpretierend dagegen Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 150 ff.

1327 BGH NJW 1969, 2023, 2025; vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 64; Hörich/Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 37; Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 84 f.; Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 224, 221 f.

a) Die Position der Rechtsprechung

Die strafrechtliche Rechtsprechung geht im Allgemeinen davon aus, dass die Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsakten, die nicht zu ihrer Nichtigkeit führen und damit ihre Wirksamkeit nicht berühren, einer Strafbarkeit wegen eines Verstoßes gegen diese nicht entgegenstehe.¹³²⁸ Dies gelte auch für den Fall, dass der Bescheid auf eine Anfechtungsklage des Betroffenen hin gerichtlich *ex tunc* – also rückwirkend (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO)¹³²⁹ – aufgehoben werde.¹³³⁰ Voraussetzung der Strafbarkeit sei gerade die Vollziehbarkeit der behördlichen Anordnung; die Verbindlichkeit einer Anordnung sei für die Missbilligung der Zuwiderhandlung von entscheidender Bedeutung und Teil des strafrechtlichen Tatbestandes.¹³³¹ Daraus folge, dass diese Verbindlichkeit nur zum Zeitpunkt der Tat vorzuliegen brauche. Die Strafbarkeit eines Verhaltens sei ausschließlich „nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Tat zu beurteilen“, sodass der spätere Wegfall eines Tatumstandes (hier: des Verwaltungsaktes) eine bereits vollendete Zuwiderhandlung nicht mehr beseitigen könne.¹³³² Damit bestimmt die Rechtsprechung die Frage nach der Strafbarkeit streng – im Sinne einer strikt formalen Betrachtung – verwaltungsaktsakzessorisch. Diese Position findet Zustimmung in Teilen des strafrechtlichen Schrifttums.¹³³³

1328 BGH NJW 1969, 2023, 2025; NStZ 1983, 321; OLG Hamburg NJW 1980, 1007, 1008; OLG Nürnberg SVR 2007, 430, 431; OLG Hamm, Beschl. v. 13.12.2016 – 3 RVs 90/16, BeckRS 2016, 113195, Rn. 18; siehe zudem – allerdings im Kontext des Erfordernisses eines Aufenthaltstitels und damit eines begünstigten Verwaltungsaktes – auch BGH NJW 2005, 2095, 2097 f.

1329 Vgl. *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht/VwGO*, 45. EL 2024, § 113 Rn. 79; *Wüterich*, NStZ 1987, 106, 108.

1330 BGH NJW 1969, 2023, 2025 f., im Anschluss an BayObLG NJW 1968, 1848 (Ls.); BGH NJW 1982, 189; OLG Karlsruhe NJW 1978, 116, 117; OLG Hamburg NJW 1980, 1007, 1008; OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287; anders noch OLG Frankfurt a.M. NJW 1967, 262.

1331 BGH NJW 1969, 2023, 2025.

1332 BGH NJW 1969, 2023, 2025; zum unerlaubten Aufenthalt vgl. OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287; BayObLG NStZ 1996, 395, 396; KG, Beschl. v. 15.1.1998 – (4) 1 Ss 113/97 (2/98), BeckRS 1998, 11680.

1333 Vgl. *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 210; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 36; *Cantzler*, *Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit*, 2004, 146; *Hörich/Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), *Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz*, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 39; *Rengier*, *ZStW* 1989, 874, 896 ff.; *Schiedermaier/Wollenschläger*, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J Vor §§ 84–86 AsylG Rn. 25; im Grundsatz auch *Cannawurf*, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, 2007, 68 ff., vor allem mit Blick auf Praktikabilitätsabwägungen, die jedoch in Fällen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts nach § 262 Abs. 2 StPO analog vorgehen will. Dies ist allerdings widersprüchlich. Entweder kommt es auf die Rechtmäßigkeit für die betreffende Strafvorschrift nicht an oder das Gericht muss inzidenter selbst über die Rechtmäßigkeit befinden.

b) Positionen im Schrifttum

Insbesondere das verwaltungsrechtliche, teilweise aber auch das strafrechtliche Schrifttum hat diese Rechtsprechungslinie mit unterschiedlicher Begründung frühzeitig kritisiert.¹³³⁴

Zunächst werden Bedenken hinsichtlich des mit der Strafbewehrung verfolgten Ziels erhoben. Geschütztes Rechtsgut der Strafbewehrung sei nämlich nicht der formale Ungehorsam gegenüber staatlichen Hoheitsakten, sondern das materielle Sachinteresse, das der erlassene Verwaltungsakt schützen solle.¹³³⁵ Im Falle der Missachtung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts werde dieses Interesse jedoch nicht einmal abstrakt gefährdet.¹³³⁶ In der Strafbewehrung (materiell) rechtswidriger Verwaltungsakte liege daher die Bestrafung bloßen Verwaltungsungehorsams.¹³³⁷ Dabei wird allerdings übersehen, dass es Bereiche geben kann, in denen der Gesetzgeber bereits ein Interesse an der bloßen Beachtung des Verwaltungsverfahrensweges hat und deshalb eine Aufhebung der Wirkungen eines Verwaltungsakts nur in diesem förmlichen Verfahren (Widerspruch, Anfechtungsklage) für hinnehmbar erachtet.¹³³⁸ Denn dann kann er gegebenenfalls durch den Erlass einer rechtmäßigen Verfügung reagieren, um dem Schutz des materiellen Sachinteresses Rechnung zu tragen. Denkbar ist dies gerade in Bereichen, in denen der Staat ein Regulierungs- und Kontrollinteresse hat, zu dessen Durchsetzung er sich strafbewehrter Verwaltungsakte bedient. Dies ist, sofern der herrschenden Meinung gefolgt wird, im Bereich des auf Kontrolle und Steuerung von Zuwanderung ausgelegten Migrationsrechts¹³³⁹ anzunehmen.¹³⁴⁰ Doch auch nach der hier vertretenen differenzierten Position im Blick auf die geschützten Rechtsgüter kann es Fälle geben, in denen der Staat ein Interesse daran hat, dass Einzelverfügungen strafbewehrt bleiben, auch wenn sie rechtswidrig sind. Dies ist insbesondere im Blick auf Tatbestände zum Schutz der öffentlichen Sicherheit der Fall. Hinzu kommt, dass das Argument, das geschützte Rechtsgut werde bei Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes schon abstrakt nicht gefährdet, eine Verkürzung darstellt.¹³⁴¹ Die Rechtswidrigkeit eines konkreten belastenden Verwaltungsakts bedeutet nämlich nicht zwangsläufig, dass nicht ein recht-

1334 Statt vieler *Arnhold*, JZ 1977, 789; *Arnhold*, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, 1978; *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 844 ff.; *Schenke*, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215 ff.

1335 Vgl. *Arnhold*, JZ 1977, 789; *Arnhold*, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, 1978, 67 ff.; so auch *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 846; ähnlich *Makepeace*, GA 2020, 485, 490 ff.

1336 Vgl. *Arnhold*, JZ 1977, 789; *Arnhold*, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, 1978, 72 ff., III.

1337 Vgl. *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 27; *Makepeace*, GA 2020, 485, 492.

1338 Kritisch gegenüber dieser Argumentation *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 847.

1339 Dazu oben B. II. 2.

1340 Auf die „Rechtssicherheit“ als Rechtsgut abstellend *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 135.

1341 Vgl. *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 317.

mäßiger Verwaltungsakt mit gleicher Regelungswirkung erlassen werden könnte. Für formelle Fehler ist dies offensichtlich. Aber es kann auch materiell-rechtliche Fehler geben, die zur Rechtswidrigkeit führen, ohne dass darin eine falsche Einschätzung der Gefahrenlage durch die Behörde liegen muss, etwa wenn die Behörde aufgrund eines Ermessensnichtgebrauchs einen Ermessensfehler begangen hat oder einen unverhältnismäßigen Verwaltungsakt erlassen hat, aber bei ordnungsgemäßer Ermessensausübung eine Entscheidung gleichgelagerten, wenn auch modifizierten Inhalts hätte treffen können.¹³⁴²

Andere haben die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG als Argument gegen die Verkürzung der richterlichen Kognitionsfreiheit angeführt und gefordert, eine Strafbewehrung nur hinsichtlich rechtmäßiger Verwaltungsakte anzunehmen.¹³⁴³ Der Strafrichter werde nämlich andernfalls „gezwungen, auch möglicherweise rechtswidrige Verwaltungsakte als Strafbarkeitsvoraussetzung hinzunehmen.“¹³⁴⁴ Art. 19 Abs. 4 GG verlangt allerdings nicht, dass Verwaltungshandeln auf jeder Ebene neu zur gerichtlichen Überprüfung gestellt werden kann. Verfassungsrechtlich geboten ist allein, dass dem Betroffenen eine Möglichkeit offensteht, das Verwaltungshandeln gerichtlich überprüfen zu lassen. Diese Möglichkeit besteht freilich aufgrund der im Verwaltungsprozessrecht vorgesehenen Rechtsbehelfe und -mittel, denen grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt (in deren Folge die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes und damit seine strafbarkeitsbegründende Wirkung jedenfalls temporär entfällt).¹³⁴⁵ Dass die Garantie effektiven Rechtsschutzes es auch nach Bestandskraft eines Verwaltungsaktes geböte, mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts gerichtlich gehört zu werden, lässt sich aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht herleiten.¹³⁴⁶ In Wahrheit handelt es sich hierbei vielmehr um eine Frage der Verhältnismäßigkeit, nämlich die Frage, ob es mit dem Übermaßverbot vereinbar ist, auch rechtswidrigen Verwaltungsakten mit den Mitteln der Kriminalstrafe zur Effektuierung zu verhelfen.¹³⁴⁷

1342 Ebenso im Blick auf unverhältnismäßige Verwaltungsakte *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 115.

1343 Vgl. *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 845 ff.

1344 *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 845.

1345 Vgl. *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 123 f. Deshalb greift das Argument von *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 845 f., die Strafgerichte würden selbst eine *ex tunc*-Aufhebung für unbeachtlich halten, sodass die Verwaltungsgerichte effektiven Rechtsschutz nicht gewährleisten könnten, nicht durch. Es ist dem Betroffenen nämlich grundsätzlich – so die Wertung der Rechtsordnung insgesamt – zumutbar, vor einer Zuwiderhandlung den Verwaltungsakt mit den zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen anzugreifen und somit dessen Wirkung zu suspendieren (gegebenenfalls über einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO).

1346 Vgl. *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 316.

1347 Dazu unten D. I. 1. c).

Eine weitere Auffassung will nach dem Zweck der jeweiligen Strafbewehrung differenzieren und erkennt an, dass Verwaltungsakte, die einem bloß formellen Ordnungsinteresse dienen, strafbewehrt sein können. In diesem Fall komme es auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nicht an.¹³⁴⁸ Demgegenüber sei bei Verwaltungsakten, die einem „materiellen Interesse[s] des gemeinen Wohls“ dienen, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes Voraussetzung der Strafbewehrung, da die Missachtung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes das geschützte Rechtsgut in diesen Fällen nicht verletzen könne.¹³⁴⁹ Diese Unterscheidung überzeugt allerdings nicht, da sich formelles Ordnungs- und materielles Allgemeininteresse selten vollständig voneinander trennen lassen.¹³⁵⁰ Dies zeigt sich gerade im Bereich des Migrationsstrafrechts. Die herrschende Meinung beschreibt die „Stabilisierung der verwaltungsrechtlichen Ordnungssysteme, insbesondere die Kontroll- und Steuerungsfunktion ausländerrechtlicher Genehmigungsverfahren“¹³⁵¹, als Schutzzweck der Straftatbestände des Migrationsstrafrechts. Dabei handelt es sich zunächst ersichtlich um ein Ordnungsinteresse. Damit verknüpft ist nach Auffassung der herrschenden Meinung aber zugleich ein Sachinteresse. Denn mittelbar sollen die Strafbestimmungen auch das Recht des Staates schützen, in einem materiellen Sinne über Einreise, Aufenthalt und Zuzug zu bestimmen.¹³⁵² Dies wiederum soll durch die Kontroll- und Steuerungsfunktion ausländerrechtlicher Genehmigungsverfahren bewirkt werden.

Eine ebenfalls differenzierende Position hält zwar daran fest, dass der wirksame Verwaltungsakt auch im Falle seiner Rechtswidrigkeit Tatbestandswirkung entfalte und daher Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit sein könne. Allerdings lasse die verwaltungsgerichtliche Aufhebung *ex tunc* die Strafbarkeit rückwirkend entfallen.¹³⁵³ Dementsprechend könne die Anfechtung des Verwaltungsaktes durch den Betroffenen und die daraufhin erfolgende Aufhebung desselbigen im Ergebnis zu seiner Strafflosigkeit führen. Insoweit sei der rechtswidrige und deshalb mit Wirkung *ex tunc* aufgehobene Verwaltungsakt hinsichtlich der Rechtswirkungen wie ein nichtiger Verwaltungsakt zu behandeln; in beiden Fällen fehle es an einer „rechtsverbindlichen Regelung, deren Nichtbeachtung den Gesetzgeber zu einer Straf- oder Bußgeldbewehrung legitimiert.“¹³⁵⁴ Eine strafrechtliche Sanktionierung einer tatsächlich

1348 Vgl. Lorenz, DVBl. 1971, 165, 170 f.

1349 Vgl. Lorenz, DVBl. 1971, 165, 170.

1350 Vgl. dazu Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 226; zustimmend Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 114 f.

1351 Vgl. oben B. II. 2.

1352 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 1; Werkmeister, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 187, 195.

1353 Vgl. Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 232 ff.; ergänzend auf den „strafrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch“ abstellend auch Makepeace, GA 2020, 485, 493.

1354 Vgl. Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 232.

nicht bestehenden Pflicht sei aber mit dem Übermaßverbot nicht zu vereinbaren.¹³⁵⁵ Sei das Strafurteil zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Aufhebungsentscheidung seinerseits bereits rechtskräftig, komme eine Wiederaufnahme nach § 359 StPO in Betracht.¹³⁵⁶

Für diese Auffassung spricht zunächst, dass sie einen Gleichlauf zwischen der straf- und verwaltungsrechtlichen Rechtslage herbeiführt und die Verwaltungsakzessorietät letztlich vollumfänglich, auch hinsichtlich der Fehlerfolgenlehre umsetzt. Allerdings liegt ihr größter Schwachpunkt darin, dass sie die zum Tatzeitpunkt geltende Rechtslage aufgrund einer rechtlichen Fiktion nachträglich verändern will und damit den in § 2 StGB für das Strafrecht zum Ausdruck gebrachten Grundsatz, dass sich die strafrechtliche Beurteilung grundsätzlich nach dem Recht zum Zeitpunkt der Tat beurteilt, außer Kraft zu setzen sucht. Das Strafrecht kennt weder strafbegründende noch strafbefreiende rückwirkende Fiktionen. Andernfalls müsste etwa auch ein Diebstahl sich als nachträglich straflos herausstellen, wenn die Fremdheit einer vom Täter weggenommenen Sache Monate später aufgrund einer wirksamen Anfechtung (etwa gemäß § 123 Abs. 1 BGB) der übereignenden Willenserklärung *extunc* entfällt (§ 142 Abs. 1 BGB). Dies wird jedoch im Blick auf die in Art. 103 Abs. 2 GG für den Bereich des Strafrechts besonders hervorgehobene Notwendigkeit, zum Zeitpunkt der Tatbegehung Sicherheit über die Rechtslage zu haben – also strafbares von nicht strafbarem Verhalten sicher abgrenzen zu können –, zurecht von der herrschenden Meinung abgelehnt, auch wenn im Allgemeinen die Zivilrechtsakzessorietät hinsichtlich des Merkmals „fremde Sache“ akzeptiert wird.¹³⁵⁷

c) Stellungnahme

Die Frage, ob auch rechtswidrige Verwaltungsakte strafbewehrt sein dürfen, lässt sich nicht losgelöst vom rechtlichen Bezugsrahmen beurteilen. Im Ausgangspunkt ist zu berücksichtigen, dass die Strafbewehrung von Verwaltungsakten als zusätzliches Mittel zur Sicherstellung ihrer effektiven Durchsetzung neben das Verwaltungsvollstreckungsrecht tritt.¹³⁵⁸ Deshalb ist es im Blick auf die Tatbestandswirkung wirksamer (wenn auch rechtswidriger) Verwaltungsakte *prima facie* konsequent, die Strafbewehrung nicht von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts abhängig zu machen. Im Einzelnen ist dies eine Frage der Auslegung des jeweiligen Tatbestandes.¹³⁵⁹

1355 Vgl. Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 233.

1356 Vgl. Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 238 f.

1357 Vgl. nur Zieschang, JA 2024, 265, 267 m.w.N.; an dieser h.M. zweifelnd, im Ergebnis aber an ihr festhaltend Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 182 f., 200.

1358 Vgl. Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 820; Lorenz, DVBl. 1971, 165 f.

1359 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 19.

Wie zuvor dargelegt, ist das Argument, dies führe zu einer Bestrafung bloßen Verwaltungsungehorsams nicht überzeugend, jedenfalls soweit ein hinreichendes Interesse der Allgemeinheit an der Befolgung auch rechtswidriger Verwaltungsakte angenommen werden kann.¹³⁶⁰ Die verfassungsrechtliche Kompetenzzuschreibung gebietet es dabei, die gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren, solange sie mit höherrangigem Recht vereinbar ist.¹³⁶¹ Dass Zuwiderhandlungen gegen (materiell) rechtswidrige Verwaltungsakte mangels (abstrakter) Gefährdung für das zu schützende Rechtsgut im Blick auf die Funktion des Strafrechts, Rechtsgüter zu schützen, nicht strafbewehrt sein dürften, ist jedenfalls in dieser Pauschalität nicht überzeugend.¹³⁶² So vermag bereits der Ausgangspunkt der Kritik, die (materielle) Rechtswidrigkeit eines strafbewehrten Verwaltungsakts implizierte, dass von der Zuwiderhandlung gar keine Gefahr für ein schützenswertes Rechtsgut ausgehen könne, nicht zu überzeugen. Schützt ein verwaltungsakzessorischer Tatbestand ein konkretes Rechtsgut, kann auch eine rechtswidrige Verfügung strafrechtlichen Schutzes bedürfen, um die Einhaltung des verwaltungsrechtlichen Verfahrenswegs sicherzustellen.¹³⁶³

Zwar ließe sich argumentieren, dass sich die Strafbewehrung auch rechtswidriger Verwaltungsakte nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergebe; dies trifft für den Bereich des Migrationsstrafrechts ebenso zu wie für zahlreiche weitere Strafbestimmungen des verwaltungsakzessorischen Strafrechts.¹³⁶⁴ Umgekehrt legt der Wortlaut der entsprechenden Strafvorschriften aber auch nicht nahe, dass über die Wirksamkeit und die Vollziehbarkeit hinausgehend weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssten.¹³⁶⁵ Dass zahlreiche Vorschriften auf einen *vollziehbaren* Verwaltungsakt abstellen, spricht vielmehr gegen die Annahme, der Gesetzgeber habe nur rechtmäßige Verwaltungsakte mit Strafe bewehren wollen.¹³⁶⁶ Zudem darf nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der langjährigen Rechtsprechung des

1360 Im Ausgangspunkt übereinstimmend Rengier, ZStW 1989, 874, 880 f. Dies für „rechtsstaatlich nicht haltbar“ befindend Makepeace, GA 2020, 485, 490. Allerdings ist es in einem Rechtsstaat grundsätzlich auch unerlässlich, dass rechtsstaatliche Verfahren eingehalten werden, sofern dies nicht ausnahmsweise unzumutbar ist. Dementsprechend ist eine Strafbewehrung wirksamer und vollziehbarer Verwaltungsakte bis zur Grenze des Übermaßverbots nicht per se rechtsstaatswidrig.

1361 Für den Fall eines begünstigenden Verwaltungsaktes BVerfG NJW 1987, 3175, 3176.

1362 Deshalb ist die von Heghmanns, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 317 ff., vorgenommene Einordnung deutlich differenzierter als andere Konzeptionen.

1363 Im Kontext des Migrationsstrafrechts sei etwa an § 95 Abs. 1 Nr. 6a bis 6c AufenthG erinnert, welche dem Schutz der öffentlichen Sicherheit dienen, vgl. oben B. II. 3. b).

1364 Vgl. dazu auch Heghmanns, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 314. Eine Ausnahme sollen insoweit familiengerichtliche Anordnungen nach dem Gewaltschutzgesetz bilden, da dies dem Willen des historischen Gesetzgebers entspreche BGH NSTZ 2014, 651, 652 f.

1365 Vgl. ähnlich Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 109.

1366 Vgl. auch Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 109 f.

Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte darauf verzichtet hat, bei der Neufassung von migrationsrechtlichen Regelungen eine explizite Begrenzung auf rechtmäßige Verwaltungsakte vorzunehmen, zugleich aber mit § 95 Abs. 6 AufenthG eine Durchbrechung der strengen Verwaltungsakzessorietät für den Fall unlauter erlangter Aufenthaltstitel vorgesehen hat. Dies spricht letztlich dafür, dass der Gesetzgeber die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten gerade nicht als allgemeine Bedingung der Verwaltungsakzessorietät im Migrationsstrafrecht ansieht.

Überzeugender dürfte es daher sein, von einer grundsätzlichen Strafbewehrung auch rechtswidriger Verwaltungsakte auszugehen, die dazu dient, die Befolgung des verwaltungsrechtlich vorgesehenen Verfahrens zu erzwingen. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist bis zur Grenze des von Verfassungen wegen zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinzunehmen. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das dem Gesetzgeber grundsätzlich zugesteht, selbst zu entscheiden, ob die „Strafbarkeit oder Ahndbarkeit einer Zuwiderhandlung gegen Verwaltungsanordnungen von deren Rechtmäßigkeit abhängen soll oder nicht.“¹³⁶⁷ Allerdings weist das Bundesverfassungsgericht zugleich darauf hin, dass der Gesetzgeber dabei an die „Anforderungen der Verfassung, namentlich die eingeschränkten Grundrecht[e], gebunden“ sei.¹³⁶⁸ Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte darf daher nicht zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Grundrechtsrealisierung führen. Damit kommt es entscheidend darauf an, welche Grundrechte in welcher Intensität und mit welcher Konsequenz betroffen sind. Die Frage nach der Reichweite der Strafbewehrung ist nur für den jeweiligen Tatbestand zu beantworten – und damit entgegen der von Rechtsprechung und Teilen der Literatur vertretenen Lösung nicht global. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lassen sich dabei das Gewicht der jeweils betroffenen Grundrechte und die Möglichkeit, Rechtsschutz gegen die jeweilige Verfügung zu erlangen, ohne sich entweder strafbar zu machen oder die eigene Rechtsposition aufzugeben, als zentrale Kriterien identifizieren.¹³⁶⁹

Dabei lässt sich für die Tatbestände des Migrationsstrafrechts grob wie folgt differenzieren: Während für die meisten einzelfallbezogenen Anordnungen, die ein

1367 BVerfG NJW 1993, 581.

1368 BVerfG NJW 1993, 581. Zutreffend weist *Schenke*, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 217, darauf hin, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die § 29 Abs. 1 Nr. 2 VersG betraf und in Bezug auf diesen verlangte, dass die Nichtbefolgung der Auflösungsverfügung nur dann bußgeldbewehrt sein dürfe, wenn die Auflösungsverfügung selbst rechtmäßig gewesen sei, nicht verallgemeinerbar ist. Tatsächlich hebt die Entscheidung wesentlich auf die Kurzfristigkeit der Befolgungspflicht und die zügige Erledigung des Verwaltungsakts ab, die eine Inanspruchnahme verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes hindere. Des Weiteren ist die Bedeutung, die das BVerfG Art. 8 GG zuerkennt, zu berücksichtigen. Der Grundgedanke – Bindung an die Grundrechte und Verhältnismäßigkeitsprüfung – bleibt jedoch gleichwohl auch für die hier vorliegende Konstellation bedeutsam (so auch *Schenke*, a.a.O., 218).

1369 BVerfG NJW 1993, 581, 582.

bestimmtes Verhalten verbieten, jedenfalls unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung¹³⁷⁰ davon auszugehen ist, dass auch die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte das Übermaßverbot (noch) nicht verletzt, ist hinsichtlich aufenthaltsbeendender Maßnahmen regelmäßig das Gegenteil anzunehmen.

aa) Einzelfallbezogene Anordnungen

Die strafbewehrten Anordnungen auf Grundlage des Aufenthalt- und Asylgesetzes greifen in eine ganze Reihe von Grundrechten der Adressaten ein: Sie betreffen insbesondere die Vereinigungsfreiheit (§ 95 Abs. 1 Nr. 4 Var. 2 AufenthG), die Freizügigkeit (§ 95 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1, Nr. 6b Var. 2, Nr. 6c, Nr. 7 AufenthG; § 85 Abs. 1 Nrn. 1, 2 und 3 AsylG) und die allgemeine Handlungsfreiheit (§ 95 Abs. 1 Nr. 6b Var. 1 und 3 AufenthG). Zwar handelt es sich bei Art. 9 Abs. 1 und Art. 11 GG um sogenannte Deutschengrundrechte, auf die sich Ausländer nicht unmittelbar berufen können.¹³⁷¹ Allerdings ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass sich Ausländer auf den jeweiligen menschenrechtlichen Kern dieser Grundrechte über die in Art. 2 Abs. 1 GG allen Menschen garantierte allgemeine Handlungsfreiheit stützen können.¹³⁷² Die Eingriffe in diese Grundrechte sind erheblich und dauern regelmäßig nicht nur kurzzeitig an.

Gleichwohl ist es den Betroffenen in diesen Fällen möglich und zumutbar, vor einer Zuwiderhandlung gegen den das Verbot konstituierenden Verwaltungsakt eben diesen mit Rechtsbehelfen anzugreifen. Sie werden dabei nämlich nicht vor die Wahl gestellt, ihre Rechtsposition für einen nicht nur unerheblichen Zeitraum aufzugeben oder sich strafbar zu machen. Rechtsbehelfe haben in diesen Fällen teilweise aufschiebende Wirkung; wo dies – wegen § 84 Abs. 1 AufenthG oder § 75 Abs. 1 Satz 1 AsylG oder aufgrund behördlicher Anordnung – nicht der Fall ist, können die Betroffenen diese durch einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO anordnen oder wiederherstellen lassen. In der Zwischenzeit stellt die Ge- oder Verbotsbefolgung keine unverhältnismäßigen Anforderungen.

Bedenken gegen diese Position ergeben sich vor allem im Blick auf rechtstatsächliche Befunde zu Zugangswegen und Realisierungsmöglichkeiten von Rechtsschutz in prekären Lebenslagen, von denen der Großteil der unter die Strafvorschriften

1370 Nach der hier vertretenen Auffassung wäre noch einmal zwischen Straftatbeständen, die auf den Schutz konkreter Rechtsgüter gerichtet sind, und solchen, die allein das Verwaltungsverfahren absichern sollen, zu differenzieren. Dazu im Einzelnen B. II. 3.

1371 Vgl. *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 98. EL 2022, Art. 11 Rn. 77; *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 81. EL 2017, Art. 9 Rn. 47.

1372 Siehe nur BVerfG NJW 1974, 227; 1988, 2290, 2291; NVwZ 2000, 1281, 1283; NJW 2002, 663; vgl. *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 98. EL 2022, Art. 11 Rn. 78; kritisch hinsichtlich Art. 9 GG *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 81. EL 2017, Art. 9 Rn. 47. Siehe dazu bereits oben C. II. 2.

fallenden Ausländer betroffen ist.¹³⁷³ Tatsächlich ist es naheliegend, dass die betreffenden Personen regelmäßig weder die Ressourcen noch die Informationen haben, die sie befähigen, die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe zu realisieren. Damit steht die tatsächliche Situation in einem Widerspruch zum normativen Konzept, das auch Adressaten migrationsverwaltungsrechtlicher Verfügungen grundsätzlich zumutet, den Rechtsweg zu beschreiten. Allerdings dürften die zuvor erwähnten Befunde nicht auf alle dem Migrationsstrafrecht unterworfenen Personen zutreffen. Zudem kann der mangelnden Rechtskenntnis durch eine großzügige Anwendung des § 17 StGB Rechnung getragen werden. Diese Lösung gewährleistet es, die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers, auch rechtswidrige Verwaltungsakte der Strafdrohung der migrationsstrafrechtlichen Tatbestände zu unterwerfen, so weit wie möglich zu respektieren. Eine verfassungskonforme – einschränkende – Auslegung von Straftatbeständen sollte nämlich nur dort erfolgen, wo das Verfassungsrecht dies zwingend gebietet, während Einzelfallgestaltungen durch die Ausschöpfung der durch das Straf- und Strafverfahrensrecht eröffneten Reaktionsmöglichkeiten Rechnung zu tragen ist.¹³⁷⁴

bb) Aufenthaltsbeendende Verwaltungsakte

Einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff bewirkt die Ablehnung eines beantragten Aufenthaltstitels beziehungsweise eines Asylantrags und die damit einhergehende Ausreisepflicht (§ 50 AufenthG i.V.m. § 67 AsylG)) des Betroffenen. Gleiches gilt für Ausweisungsverfügungen (§ 53 AufenthG i.V.m. § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) oder Abschiebungsanordnungen (§ 58a AufenthG i.V.m. § 51 Abs. 1 Nr. 5a AufenthG), bei denen es sich jeweils um aufenthaltsbeendende Maßnahmen handelt. Zwar lässt sich das Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur allein auf Art. 2 Abs. 1 GG stützen und ist deshalb dem Schrankenvorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung unterworfen.¹³⁷⁵ Es bildet allerdings die Vorbedingung für eine selbstbestimmte Lebensgestaltung und die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben. Dementsprechend weist auch das Bundesverfassungsgericht dem auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützten Aufenthaltsrecht mit zunehmender Verweildauer im Bundesgebiet ein größeres Gewicht in der Abwägung zu, insbesondere wenn der Ausländer den Status eines „faktischen Inländers“ hat, weil er bereits als Kleinkind in die Bundesrepublik gekommen ist.¹³⁷⁶

Anders als bei den zuvor erörterten einzelfallbezogenen Anordnungen ist in Fällen aufenthaltsbeendender Verwaltungsakte, die durch gesetzliche Regelung oder

1373 Vgl. dazu *Huke*, KJ 2024, 406 ff.

1374 Grundsätzlich dazu BVerfGE 75, 329, 346.

1375 BVerfG NJW 1974, 227; ZAR 2022, 125; MigRI 2024, 203, 204.

1376 BVerfG NVwZ 2017, 229, 230; MigRI 2024, 203, 204 f.

behördliche Anordnung *sofort vollziehbar* sind, zu fordern, dass diese nur für den Fall ihrer formellen¹³⁷⁷ und materiellen Rechtmäßigkeit strafbewehrt sind. Käme es für die Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nämlich lediglich darauf an, dass ein *wirksamer und vollziehbarer* Verwaltungsakt vorliegt, also ein vollziehbarer Ablehnungs- oder Ausweisungsbescheid oder eine Abschiebungsanordnung, müsste der Betroffene zur Vermeidung einer Strafbarkeit aus dem Bundesgebiet ausreisen, noch bevor abschließend über sein Aufenthaltsrecht entschieden ist. Zwar tritt mit dem Antrag auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels eine sogenannte Fiktionswirkung ein, die den Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über den Antrag legalisiert (§ 81 Abs. 3 und 4 AufenthG). Auch ist während des Asylverfahrens der Aufenthalt gemäß § 55 Abs. 1 AsylG gestattet. Die Fiktionswirkung entfällt allerdings mit Entscheidung über den Antrag. Eine Aufenthaltsgestattung erlischt unter den Voraussetzungen des § 67 Abs. 1 Satz 1 AsylG, unter anderem bei Bestandskraft der Entscheidung des Bundesamtes über den Asylantrag (§ 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AsylG). Widerspruch und Klage gegen ablehnende Bescheide haben keine aufschiebende Wirkung (§ 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG; § 75 Abs. 1 AsylG); Abschiebungsanordnungen sind sofort vollziehbar (§ 58a Abs. 1 Satz 2 AufenthG). Bei Ausweisungsentscheidungen kann die Behörde die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO anordnen. Wird daher nicht unverzüglich – was angesichts der beschriebenen mangelnden Ressourcenzugänge oftmals nicht möglich sein wird – ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Var. 1 VwGO gestellt und positiv beschieden, wäre der fortbestehende Aufenthalt im Inland nach Ablauf einer eventuell gesetzten Ausreisefrist und sofern nicht eine sogenannte Verfahrensduldung erteilt wird (beziehungsweise ein Anspruch auf eine solche besteht) gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG strafbar, sofern nicht im Einzelfall eine Rechtfertigung nach § 34 StGB angenommen wird.¹³⁷⁸

Beispielhaft lässt sich dies für Fälle des Entfallens der Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 3, 4 AufenthG demonstrieren: Da mit der Entscheidung der Ausländerbehörde die Fiktionswirkung unmittelbar entfällt und erst mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht wieder auflebt, wäre der Aufenthalt im Zeitraum zwischen der Entscheidung der Ausländerbehörde zuzüglich einer gewährten Aus-

1377 Insofern ließe sich allenfalls darüber nachdenken, solche Fehler außer Acht zu lassen, die nach § 46 VwVfG eine Aufhebung des Verwaltungsakts nicht rechtfertigen. Im Übrigen ist eine Beschränkung auf materielle Fehler nicht überzeugend (so aber *Makepeace*, GA 2020, 485, 490), da formelle Fehler die Entscheidung auch in der Sache selbst beeinflussen können, etwa wenn mangels Anhörung des Betroffenen (§ 28 Abs. 1 VwVfG) wichtige Aspekte vor der Entscheidung unbekannt bleiben, vgl. zur Funktion der Anhörung als Mittel der Sachaufklärung *Kallerhoff/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 28 Rn. 8.

1378 Vgl. zu § 34 StGB in diesem Kontext *Slognsat*, Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat, 2025, 419 f.

reisefrist und der – nach Verstreichen der Ausreisefrist erfolgenden – Entscheidung des Verwaltungsgerichts über den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO als unerlaubter Aufenthalt strafbar.¹³⁷⁹ Zur Vermeidung einer Strafbarkeit müssten Betroffene daher ihren Lebensmittelpunkt – einschließlich sozialer Bindungen, eines Arbeitsplatzes und möglicherweise sogar der Wohnung – aufgeben und sich bis zur gerichtlichen Klärung ihres Aufenthaltsstatus oder wenigstens bis zur Entscheidung über den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ins Ausland begeben. Dies kann in den Fällen des § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG zur Situation führen, dass die rechtswidrige Ablehnung der Verlängerung eines Aufenthaltstitels den Betroffenen unter Strafandrohung zwingt, seinen Aufenthalt im Bundesgebiet zu beenden. Dabei wird vom Betroffenen im Unterschied zu den Fällen einzelfallbezogener Anordnungen nicht nur verlangt, ein bestimmtes Ge- oder Verbot zu befolgen, das seine Lebensgestaltung partiell einschränkt; vielmehr muss er seinen gesamten Lebensentwurf im Inland temporär aufgeben, wenn er eine Strafbarkeit sicher ausschließen will. Dies ist mit dem Übermaßverbot – auch im Blick auf den mit dem Verwaltungsakt verfolgten Zweck – nicht vereinbar.¹³⁸⁰

cc) Zwischenergebnis und Konsequenzen

Wird der hier vertretenen differenzierenden Position gefolgt, ergibt sich, dass eine Bestrafung von Ausländern wegen Verstößen gegen rechtswidrige aufenthaltsbeendende Verwaltungsakte unverhältnismäßig erscheint. Diesem Umstand kann grundsätzlich auf zwei Wegen sinnvoll Rechnung getragen werden.

So haben auch die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung und Literatur erkannt, dass es Fälle geben kann, in denen es unverhältnismäßig wäre, eine unverzügliche Ausreise zu fordern. Deshalb erkennen sie in der Praxis die Möglichkeit an, durch die Erteilung einer sogenannten Verfahrensduldung auf Grundlage von § 60a Abs. 2 Satz 1 oder 3 AufenthG die Strafbarkeit des Betroffenen nach § 95 Abs. 1 Nr. 2

1379 Zu eben dieser Konstellation OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286 ff. Für diese spezielle Konstellation ist das OLG jedoch davon ausgegangen, dass die aufschiebende Wirkung mit rückwirkender Kraft angeordnet werde und deshalb den Aufenthalt verwaltungsgerichtlich legalisiere. Nach Auffassung des OLG liege dann ein Strafaufhebungsgrund nahe. Dies ist im Ergebnis (Straflosigkeit) überzeugend. Allerdings ist hier aus denselben Gründen eine „rückwirkende“ Straflosigkeit abzulehnen wie im Falle der *ex tunc*-Aufhebung eines Verwaltungsakts. Vielmehr ist die Lösung, wie im Folgenden beschrieben, durch einen Ausschluss des Tatbestandes bei rechtswidrigen Verwaltungsakten zu suchen. Für eine Lösung über den „Vollstreckungsverzicht“ der Behörde oder einen sog. Hängebeschluss siehe *Odenthal*, NSZ 1991, 418, 421; ebenfalls VerfGH Berlin NSTZ-RR 2003, 181, 182 f.; *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 132 f.; *Schiedermaier/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 35.

1380 Im Ergebnis übereinstimmend OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287 f. Gleichfalls unter verfassungsrechtlichen Aspekten, aber weitergehend, differenzierend *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 133 f.

AufenthG abzuwenden und damit dem Übermaßverbot Rechnung zu tragen.¹³⁸¹ Da bereits das Bestehen eines Duldungsanspruchs der Strafbarkeit entgegensteht,¹³⁸² lassen sich unverhältnismäßige Ergebnisse also dadurch vermeiden, dass in derartigen Konstellationen grundsätzlich von einem Anspruch auf Verfahrensduldung ausgegangen wird, sodass der Tatbestand des unerlaubten Aufenthalts nicht erfüllt wäre. Dieser „verwaltungsrechtliche“ Lösungsweg fügt sich bruchlos in die Dogmatik des Migrationsverwaltungsrechts ein. Er setzt jedoch voraus, dass der Betroffene auch tatsächlich die verwaltungsverfahrensrechtlichen Maßnahmen unverzüglich getroffen, insbesondere einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt hat.

Ein zweiter, „strafrechtlicher“ Lösungsweg ist etwas komplexer zu konstruieren. Denn das Entfallen der Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG ist ebenso wenig von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts abhängig wie die Wirksamkeit einer Ausweisungsverfügung oder einer Abschiebungsanordnung. Es kann also nicht einfach das Merkmal „ohne erforderlichen Aufenthaltstitel“ (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) verneint werden, weil die Rechtswidrigkeit des den Aufenthaltstitel (oder die Fiktion desselben) beseitigenden Verwaltungsaktes nicht zur Existenz eines erforderlichen Aufenthaltstitels führt. Auch die Ausreisepflicht (§ 50 Abs. 1 AufenthG), die § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AufenthG in Bezug nimmt, ist nicht von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts abhängig, sodass auch das Merkmal „er vollziehbar ausreisepflichtig ist“ (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AufenthG) nicht negiert werden kann. Ein tauglicher Anknüpfungspunkt zur Begründung der Straflosigkeit eines entsprechenden Aufenthalts im Bundesgebiet folgt aber aus der allgemeinen Dogmatik der Unterlassungsdelikte. § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG setzt als echtes Unterlassungsdelikt, bei dem der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in der Nichtausreise trotz Ausreisepflicht liegt,¹³⁸³ nämlich die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens als Tatbestandsmerkmal voraus.¹³⁸⁴ Die verfassungsrechtliche Wertung führt hier nun dazu, dass die Normbefolgung aufgrund eines rechtswidrigen Verwaltungsakts aus den zuvor genannten Gründen gerade nicht zumutbar ist, mit der Konsequenz,

1381 BVerwG NVwZ 2020, 1044, 1046, das auf Art. 19 Abs. 4 GG abstellt; vgl. NK-Ausländerrecht/Bruns/Hocks, 3. Aufl. 2023, § 60a AufenthG Rn. 43; Kluth, ZAR 2024, 23 f.

1382 Dazu im Einzelnen unten D. I. 3., E. II. 1. b) bb) (3).

1383 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287. Dazu näher unten E. II. 1. b) bb) (4).

1384 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287; OLG München NSZ 2013, 484; demgegenüber für eine Zuordnung zur Schuld KG NSZ-RR 2013, 358; vgl. zur Einordnung als Tatbestandsmerkmal auch TK-StGB/Bosch, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 ff. Rn. 155; TK-StGB/Sternberg-Lieben, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 193; zu § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG vgl. Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 5; allgemein im Kontext des § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 117.

dass eine Bestrafung mangels Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens auszuscheiden hat.¹³⁸⁵

Ein kriminalpolitischer Schwachpunkt der „strafrechtlichen“ Lösung wird mitunter darin gesehen, dass dem Beschuldigten, der behauptet, er sei irrig davon ausgegangen, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sei, ein Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 StGB zugestanden werden müsste.¹³⁸⁶ Tatsächlich spricht viel dafür, dass die irrige Annahme der Rechtswidrigkeit als Tatbestandsirrtum zu behandeln ist. Es liegt nämlich zwar ein Irrtum über die rechtliche Bewertung des Verwaltungsakts und damit ein tendenziell nach § 17 StGB zu behandelnder Rechtsirrtum vor.¹³⁸⁷ Da diese (irrige) rechtliche Bewertung aber erst die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens begründet, handelt es sich letztlich um einen Irrtum über die Umstände, die zur Unzumutbarkeit führen, und damit um einen nach § 16 Abs. 1 StGB zu behandelnden Tatbestandsirrtum.¹³⁸⁸ Diese Konsequenz ist jedoch als Folge der verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung des Merkmals der „Zumutbarkeit“ hinzunehmen. In der Praxis dürfte sie nicht zu größeren Problemen führen: Denn selbst wenn der Irrtum über die Rechtmäßigkeit des die Ausreisepflicht auslösenden Verwaltungsakts als Tatbestandsirrtum behandelt würde, könnten dahingehende Schutzbehauptungen unter Hinzuziehung von gegen einen entsprechenden Irrtum sprechenden Indizien widerlegt werden.¹³⁸⁹ Wenn etwa kein Rechtsbehelf eingelegt worden ist, wird der Betroffene schwerlich glaubhaft behaupten können, er sei von der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts ausgegangen. Denn ein bestandskräftiger – wenn auch rechtswidriger – Verwaltungsakt entfaltet verwaltungsrechtlich Tatbestandswirkung und kann vollstreckt werden.

Ein zweiter Einwand gegen den strafrechtlichen Lösungsweg betrifft die durch ihn ausgelöste Gefahr eines potenziellen Auseinanderfallens von strafgerichtlicher und verwaltungsgerichtlicher Einschätzung der Rechtslage, sodass eine uneinheitliche Rechtsanwendung in ein- und derselben Sachverhaltskonstellation droht.¹³⁹⁰ Denn

1385 Im Ansatz in diese Richtung weisend OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287. Stattdessen für einen Strafausschließungsgrund TK-StGB/*Sternberg-Lieben*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 201. Das gleiche Ergebnis erreicht man, indem der Anspruch auf eine Verfahrensduldung angenommen und unter Rückgriff auf die Position des Bundesverfassungsgerichts eine Strafbarkeit verneint wird, dazu unten D. I. 3.

1386 Kritisch dazu *Wütherich*, NSTz 1987, 106, 108; TK-StGB/*Sternberg-Lieben*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 201.

1387 So grundsätzlich auch MK-StGB/*Joecks/Kulhanek*, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 76; *Schenke*, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 235; differenzierend *Arnhold*, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, 1978, 162.

1388 Angedeutet in OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286, 287; vgl. auch TK-StGB/*Bosch*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 ff. Rn. 155; im Kontext des aktiven Tuns gleichfalls für einen Tatbestandsirrtum bei einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 853 f.

1389 So auch *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 854.

1390 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 69; *Schenke*, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 225.

eine Bindung an die zeitlich frühere Entscheidung des Straf- beziehungsweise Verwaltungsgerichts besteht für das jeweils andere Gericht nicht. Strafgerichte könnten dem nur abhelfen, wenn sie in Fällen anhängiger verwaltungsgerichtlicher Verfahren das Strafverfahren – entsprechend § 262 Abs. 2 StPO – aussetzen.¹³⁹¹ Im Übrigen wird das Risiko abweichender Bewertungen – die auch im Verhältnis von Straf- und Zivilgerichten vorkommen können – hingenommen werden müssen. Es ist Konsequenz der allgemein anerkannten und von § 262 StPO vorausgesetzten *Vorfragekompetenz* der Strafgerichte.¹³⁹²

Für den Fall, dass das Verwaltungsgericht in einer späteren Entscheidung – im Gegensatz zum Strafgericht – zum Ergebnis gelangt, dass ein rechtswidriger Verwaltungsakt vorlag, könnte in der *ex tunc* wirkenden Aufhebung des Verwaltungsaktes allerdings eine neue Tatsache im Sinne des § 359 Nr. 5 StPO gesehen werden, sodass ein Wiederaufnahmegrund begründet wäre.¹³⁹³ Wird allerdings eine Prüfungspflicht und -kompetenz der Strafgerichte für den Bereich aufenthaltsbeendender Verwaltungsakte konstatiert, bedarf es dieser Hilfskonstruktion nicht – in diesem Fall läge dann schon keine neue Tatsache vor, da die Rechtmäßigkeit von der Kognitionspflicht des erkennenden Strafgerichts erfasst wäre. Die Verwaltungsrechtslage muss dann für die Frage der Strafbarkeit als durch die Strafgerichte abschließend beurteilt gelten.¹³⁹⁴ Wo die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes dagegen für die Strafbewehrung keine Rolle spielt, ist auch eine Wiederaufnahme nicht geboten. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung liegt darin nicht begründet.¹³⁹⁵ Auch die Kompetenzverteilung zwischen Verwaltungs- und Strafgerichten bleibt unberührt.¹³⁹⁶ Die Entscheidung des Strafgerichts wirkt sich nämlich gerade nicht auf die Wirksamkeit des betroffenen Verwaltungsaktes aus; sie kann nur durch die Behörde selbst oder das Verwaltungsgericht beseitigt werden. Es geht hier lediglich um die Frage, ob ein rechtswidriger Verwaltungsakt zur Strafbarkeit des Betroffenen führt, also um eine genuin strafrechtliche Frage.¹³⁹⁷

Im Ergebnis stehen also zwei dogmatisch gleichermaßen schlüssige Lösungswege zur Verfügung, um das Ergebnis einer unverhältnismäßigen Bestrafung der Zuwiderhandlung gegen rechtswidrige aufenthaltsbeendende Verwaltungsakte zu vermei-

1391 Vgl. MK-StPO/Bartel, 2. Aufl. 2024, § 262 Rn. 7; Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 856 f.; Makepeace, GA 2020, 485, 494; Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 242; Wüterich, NSTZ 1987, 106, 109.

1392 Vgl. MK-StPO/Bartel, 2. Aufl. 2024, § 262 Rn. 1; Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 856; Mohrbotter, JZ 1971, 213.

1393 BVerfG NJW 1967, 1221, 1222; Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 224, 238 f.

1394 Die abweichende Beurteilung einer Rechtsfrage ist dann auch kein Wiederaufnahmegrund, vgl. KK-StPO/Tiemann, 9. Aufl. 2023, § 359 Rn. 19 m.w.N. Anders muss dies sehen, wer der Auffassung folgt, dass die Strafgerichte die Rechtmäßigkeit nicht selbstständig zu prüfen haben, aber eine *ex tunc* wirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes auf die Beurteilung der Strafbarkeit zurückwirkt, vgl. konsequent Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 238 f.

1395 BVerfGE 75, 329, 346.

1396 Demgegenüber kritisch Schenke, FS Wolter – Teilband 1, 2019, 215, 225.

1397 So auch Kühl, FS Lackner, 1987, 815, 856.

den. Beide – jedenfalls wenn nur ein *Anspruch* auf Verfahrensduldung im Raume steht – setzen allerdings voraus, dass sich das Strafgericht eingehend mit der migrationsverwaltungsrechtlichen Rechtslage auseinandersetzt. Beide führen zudem zum Entfallen des Tatbestandes und lösen das verfassungsrechtliche Problem damit bereits auf Ebene der Unrechtsbegründung.

2. Begünstigende Verwaltungsakte

Begünstigende Verwaltungsakte gewähren dem Adressaten eine Rechtsposition, indem sie ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründen oder bestätigen.¹³⁹⁸ Im Bereich des Migrationsstrafrechts sind dies insbesondere Aufenthaltstitel für Personen, die eines solchen bedürfen (§ 4 AufenthG). Sie legalisieren die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern für die Dauer ihrer Wirksamkeit¹³⁹⁹ und lassen damit den Tatbestand der unerlaubten Einreise beziehungsweise des unerlaubten Aufenthalts entfallen (sogenannte Tatbestandswirkung).¹⁴⁰⁰ Dabei kann grundsätzlich auch ein ausländischer Verwaltungsakt – nämlich die Gewährung eines Aufenthaltstitels durch einen Schengen-Staat – Legalisierungswirkung entfalten, da Art. 21 Abs. 1 SDÜ Drittstaatsangehörige unter den dort genannten Voraussetzungen den kurzfristigen Aufenthalt in allen Schengen-Staaten gestattet.¹⁴⁰¹ In diesen Fällen führt die unionsrechtliche Überformung des deutschen Aufenthaltsrechts zur rechtlich komplexen Situation, dass bei der Prüfung einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 AufenthG die Wirksamkeit eines ausländischen Aufenthaltstitels zu prüfen sein kann.¹⁴⁰² Eine Ausnahme von der Tatbestandswirkung migrationsverwaltungsrechtlicher Erlaubnisse gilt nur in den Fällen des § 95 Abs. 6 AufenthG, der die strenge Verwaltungsakzessorietät durchbricht, wenn der Aufenthaltstitel durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkt oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichen worden ist.¹⁴⁰³ In diesen Fällen ist der Aufenthaltstitel zwar wirksam, entfaltet aber keine Legalisierungswirkung, da § 95 Abs. 6 AufenthG die Einreise oder den Aufenthalt mit einem auf diese Weise erlangten Aufenthaltstitel der unerlaubten Einreise beziehungsweise dem unerlaubten Aufenthalt gleichstellt.¹⁴⁰⁴

1398 Vgl. § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG.

1399 Der Widerruf von Aufenthaltstiteln richtet sich dabei nach § 52 AufenthG, der ein *lex specialis* zu § 49 VwVfG darstellt, während die Rücknahme unter den Voraussetzungen des § 48 VwVfG möglich ist.

1400 BGH NJW 2005, 2095, 2096; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 44.

1401 Zu den unterschiedlichen Aufenthaltstiteln und ihrer Legalisierungswirkung oben C. I. 1.

1402 Zu einer solchen Konstellation vgl. BGHSt 65, 257 ff.

1403 Zu den Voraussetzungen des § 95 Abs. 6 AufenthG im Einzelnen unten E. II. 1. c); zur Durchbrechung der Verwaltungsakzessorietät durch diese Vorschrift vgl. *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 90 f.

1404 BGH NStZ 2018, 289, 290; näher unten E. II. 1. c).

Nach Auffassung der strafgerichtlichen Rechtsprechung, die der Bundesgerichtshof in einem Grundsatzurteil im Jahr 2005 bekräftigt hat, entfalten dabei auch wirk-same, aber rechtswidrige Verwaltungsakte Tatbestandswirkung.¹⁴⁰⁵ Spiegelbildlich zur strengen Akzessorietät bei rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakten geht die Rechtsprechung davon aus, dass es auch in diesen Fällen allein auf die Wirk-samkeit des Verwaltungsakts, nicht aber dessen Rechtmäßigkeit oder „Richtigkeit“ ankomme.¹⁴⁰⁶ Dementsprechend entfalle die Legalisierungswirkung des Aufenthaltstittels auch dann nicht, wenn der beantragte Aufenthaltstitel den von vornherein verfolgten Aufenthaltswitz nicht abdecke. Insoweit komme es nicht darauf an, dass der Ausländer im Besitz des materiell-rechtlich „richtigen“ Aufenthaltstittels sei, sondern nur darauf, dass er überhaupt einen solchen Aufenthaltstitel besitze.¹⁴⁰⁷ Dies soll auch dann gelten, wenn der Aufenthaltstitel nicht von deutschen, sondern von den Behörden eines anderen Schengen-Staates ausgestellt worden ist, sodass die Einreise und der Aufenthalt nicht aufgrund eines deutschen Verwaltungsakts, sondern aufgrund der unionsrechtlichen Anordnung in Art. 21 Abs. 1 SDÜ legalisiert sind, wonach Drittstaatsangehörige mit Aufenthaltstiteln von Schengen-Staaten Be-wegungsfreiheit bis zu 90 Tagen im Hoheitsgebiet aller Vertragsstaaten genießen.¹⁴⁰⁸

Diese Position ist jedenfalls für den Bereich der Strafvorschriften des Aufenthalts-gesetzes schon im Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG geboten.¹⁴⁰⁹ Entfie die Legalisierungswirkung eines Verwaltungsakts nämlich be-reits dann, wenn er materiell rechtswidrig war oder geworden ist – weil die Ertei-lungsvoraussetzungen nicht oder nicht mehr vorliegen –, liefe dies im Ergebnis auf eine Situation hinaus, in der die Frage nach der Rechtmäßigkeit von Einreise und Aufenthalt von einer komplexen Prüfung des Verwaltungs- und Unionsrechts abhänge, die nach der gesamten Konzeption des Migrationsverwaltungsrechts gerade

1405 BGH NJW 2005, 2095, 2096 f.; bestätigt durch BGHSt 65, 257, 268; zuvor bereits BGH NJW 2000, 1732, 1733 f.; BGH, Beschl. v. 18.10.2001 – 3 StR 247/01, BeckRS 2001, 09852, Rn. 7; BGH, Beschl. v. 20.4.2004 – 4 StR 67/04, BeckRS 2004, 08135; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 4.4.2008 – 3 Ss 79/07, BeckRS 2008, 7993, Rn. 6; zu anderen verwaltungsakzessorischen Tatbeständen vgl. BGH NJW 2020, 2282, 2283 zu § 284 StGB; NJW 2021, 3669, 3670 zu § 22a Abs. 1 KrWaffKG; vgl. auch GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 37, § 95 Rn. 80; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 44; zur Position der h.M. Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechts-behelfe im Strafrecht, 2020, 89 m.w.N.

1406 BGH NJW 2005, 2095, 2096; zu anderen verwaltungsakzessorischen Tatbeständen vgl. BGH NJW 2020, 2282, 2283 zu § 284 StGB; NJW 2021, 3669, 3670 zu § 22a Abs. 1 KrWaffKG.

1407 BGH NJW 2005, 2095, 2096.

1408 BGHSt 65, 257, 267 ff. auch m.w.N. zur Gegenauffassung in der oberverwaltungsgerichtlichen Recht-sprechung; BGH, Beschl. v. 8.11.2023 – 2 StR 131/23, BeckRS 2023, 37464, Rn. 6; OLG Celle, Beschl. v. 13.5.2014 – 1 Ws 216/14, BeckRS 2014, 10853; OLG Oldenburg, Beschl. v. 15.12.2021 – 1 Ss 192/21, BeckRS 2021, 40476, Rn. 18.

1409 BGH NJW 2005, 2095, 2098; BGHSt 65, 257, 268. Für den Bereich des Strafrechts ausdrücklich anerkennend auch VGH Kassel, Beschl. v. 3.11.2023 – 3 B 745/23, BeckRS 2023, 36518, Rn. 18; Lenk, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 102 f.; Rengier, ZStW 1989, 874, 885 f.; anders dagegen Heinrich, ZAR 2005, 309, 316.

Fachbehörden überantwortet sein soll. Für den Einzelnen wäre im Vorfeld der „Tatbegehung“ (der Einreise in das Bundesgebiet oder dem Aufenthalt darin) kaum erkennbar, ob das Verhalten rechtmäßig oder – aufgrund der Rechtswidrigkeit des den Aufenthaltstitel gewährenden Verwaltungsakts – strafbar sein wird.¹⁴¹⁰

Dies gilt erst recht, wenn in den Blick genommen wird, dass aufgrund des zuvor erwähnten Art. 21 Abs. 1 SDÜ auch ausländische Aufenthaltstitel die Einreise und den Aufenthalt in das Bundesgebiet legalisieren können. Schon die Feststellung, ob diese materiell rechtmäßig erteilt sind oder nicht, ist selbst für deutsche Gerichte herausfordernd. Eine Anknüpfung an die materielle Rechtmäßigkeit anstelle der formalen Wirksamkeit hätte zur Folge, dass eine Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit von Einreise und Aufenthalt nicht mehr gewährleistet wäre.

Gleiches gilt für die in der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung vertretene Auffassung, zusätzlich zum Bestehen eines ausländischen Aufenthaltstitels bedürfe es in den Fällen des Art. 21 Abs. 1 SDÜ des Vorliegens der in diesem Artikel in Bezug genommenen Einreisevoraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. a), c) und e) SGK, damit der ausländische Aufenthaltstitel seine Legalisierungswirkung entfalte.¹⁴¹¹ Da Art. 6 Abs. 1 lit. a), c) und e) SGK teilweise unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten – wie insbesondere das Erfordernis „ausreichender Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts“ (Art. 6 Abs. 1 lit. c) SGK) oder die Voraussetzung, dass der Drittstaatsangehörige keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen eines Mitgliedstaates darstellen dürfe (Art. 6 Abs. 1 lit. e) SGK) –, wären das Auslegungsergebnis und damit die Frage nach der Strafbarkeit des Betroffenen kaum noch vorherzusehen.¹⁴¹² Die Mindestanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG verlangen aber gerade, dass eben diese Vorhersehbarkeit gewährleistet wird.¹⁴¹³

Unabhängig davon streiten auch der Wortlaut, die Gesetzgebungshistorie und die Gesetzessystematik für eine streng formale Akzessorietät.¹⁴¹⁴ Wenn § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 (i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 2) AufenthG auf den nach § 4 AufenthG „erforderlichen“ Aufenthaltstitel verweisen, nehmen sie Bezug auf eine Vorschrift, die zunächst einmal regelt, *ob* ein Aufenthaltstitel überhaupt erforderlich ist.¹⁴¹⁵ Dies ist nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nämlich dann nicht der Fall, wenn „durch Recht der Europä-

1410 Ähnlich *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 102, 106.

1411 In Abgrenzung zu BGHSt 65, 257 ff. siehe VGH Kassel, Beschl. v. 3.11.2023 – 3 B 745/23, BeckRS 2023, 36518, Rn. 12 ff.; für weitere Nachweise zur verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung siehe BGHSt 65, 257, 268 f.

1412 Überzeugend BGHSt 65, 257, 271 ff.; OLG Celle, Beschl. v. 13.5.2014 – 1 Ws 216/14, BeckRS 2014, 10853.

1413 Vgl. unten D. II. 2.

1414 Zur alten Rechtslage BGH NJW 2005, 2095, 2097.

1415 So schon unter Geltung des AuslG BGH NJW 2000, 1732, 1734. Gleichfalls für eine formale Betrachtung *Kolber*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 14 AufenthG Rn. 9.

ischen Union oder durch Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt ist oder auf Grund des Abkommens vom 12. September 1963 zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei (BGBl. 1964 II S. 509) (Assoziierungsabkommen EWG/Türkei) ein Aufenthaltsrecht besteht.“ Das Merkmal „erforderlich“ bezieht sich mithin nicht auf den materiell-rechtlich *richtigen*, sondern auf den überhaupt erforderlichen Aufenthaltstitel.¹⁴¹⁶ Jedenfalls für § 95 AufenthG (und den darauf bezogenen § 96 Abs. 1 AufenthG) ist dieses Auslegungsergebnis im Blick auf die Wortlautgrenze (Art. 103 Abs. 2 GG) geboten.

In der Literatur wird demgegenüber argumentiert, die Formulierung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG („ohne erforderlichen Aufenthaltstitel“) spreche für das Erfordernis eines materiell-rechtlich richtigen Aufenthaltstitels. Wäre es dem Gesetzgeber darauf angekommen, jedem Aufenthaltstitel Legalisierungswirkung zuzubilligen, hätte es nämlich genügt, einen Aufenthalt „ohne Aufenthaltstitel“ nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG zu verlangen, weil in § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG gerade geregelt werde, wann es eines Aufenthaltstitels nicht bedürfe.¹⁴¹⁷ Dies überzeugt jedoch nicht. Der Begriff „erforderlich“ bringt gerade zum Ausdruck, dass es nicht um den Aufenthalt „ohne Aufenthaltstitel“ geht – der eben auch auf die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG von der Aufenthaltstitelpflicht befreiten Personengruppen zutrifft –, sondern um den Aufenthalt ohne den nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG vorausgesetzten Aufenthaltstitel. Insofern ist das Wort „erforderlich“ der klarstellende Hinweis darauf, dass die Strafvorschrift nur einen bestimmten Täterkreis adressiert. Wäre es dem Gesetzgeber darauf angekommen, die Legalisierungswirkung von Aufenthaltstiteln von ihrer materiellen Richtigkeit abhängig zu machen, hätte er ohne Weiteres auf den „nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG erforderlichen und für den angestrebten Aufenthaltzweck notwendigen“ Aufenthaltstitel abstellen können.

Für die hier vertretene Auffassung spricht auch die Gesetzesbegründung: Der Gesetzgeber hat in dieser klargestellt, dass sich die Erforderlichkeit des Aufenthaltstitels allein nach objektiven Kriterien und nicht nach dem beabsichtigten Aufenthaltzweck bemesse.¹⁴¹⁸ Darüber hinaus hat sich der Gesetzgeber durch eine spätere Ergänzung des § 95 AufenthG die verwaltungsaktsakzessorische Position nochmals zu

1416 Anders die noch zum AuslG ergangene verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung und im Anschluss an diese *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 312, 315 m.w.N.; ebenfalls für das Erfordernis des „richtigen“ Aufenthaltstitels *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 120 f., die eine Strafbarkeit jedoch erst dann annehmen will, wenn ein vom Aufenthaltstitel nicht mehr gedeckter Aufenthaltzweck tatsächlich verfolgt wird, also insbesondere objektiv eine Erwerbstätigkeit aufgenommen wird, wenn der Ausländer lediglich ein Touristenvisum hatte. Das Anliegen *Cannawurfs*, eine „Ungleichbehandlung“ von Positiv- und Negativstaatern zu vermeiden (S. 121 f.), ist zwar im Ausgangspunkt nachvollziehbar. Die Lösung kann freilich nicht in einer Auslegung *zulasten* der Negativstaater, die im Besitz eines gültigen Visums sind, erfolgen.

1417 So *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 315.

1418 BT-Drs. 15/420, S. 73; dazu bereits BGH NJW 2005, 2095, 2097; NStZ-RR 2021, 190.

eigen gemacht.¹⁴¹⁹ In Reaktion auf die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs von 2005 hat der Gesetzgeber nämlich § 95 Abs. 1a AufenthG eingeführt¹⁴²⁰ und damit einen Spezialtatbestand für Fälle geschaffen, in denen ein Ausländer nur über ein sogenanntes Schengen-Visum verfügt, das die Ausübung der Erwerbstätigkeit nicht gestattet, und gleichwohl im Inland eine solche Erwerbstätigkeit aufnimmt.¹⁴²¹ Wäre der Gesetzgeber der Auffassung gewesen, dass in derartigen Fällen bereits kein „erforderlicher Aufenthaltstitel“ vorläge, hätte es einer solchen Spezialregelung nicht bedurft.¹⁴²² Gleiches gilt für den gleichzeitig eingeführten § 95 Abs. 6 AufenthG, der Fälle, in denen der Aufenthaltstitel durch Drohung, Kollusion oder falsche Angaben erschlichen wurde, der Situation gleichstellt, in denen der Ausländer keinen wirksamen Aufenthaltstitel hat. Wäre der Gesetzgeber der Auffassung gewesen, wenigstens der „bösgläubige“ Ausländer könne sich auf einen auf diese Weise erlangten Aufenthaltstitel nicht berufen, hätte es der Gleichstellungsklausel in Absatz 6 nicht bedurft.¹⁴²³

Schließlich differenziert § 15 AufenthG, der die Zurückweisung an der Grenze regelt, zwischen den Fällen der unerlaubten Einreise ohne einen Aufenthaltstitel (§ 15 Abs. 1 AufenthG), in denen der Ausländer zwingend zurückzuweisen ist, einerseits sowie Fällen einer Einreise, in denen der Ausländer einen Aufenthaltstitel zwar besitzt, jedoch der „begründete Verdacht besteht, dass der Aufenthalt nicht dem angegebenen Zweck dient“ (§ 15 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG), Fällen, in denen der Ausländer nur über ein Schengen-Visum verfügt oder für einen kurzfristigen Aufenthalt von der Visumpflicht befreit ist und beabsichtigt, entgegen § 4a Abs. 1 und 2 AufenthG eine Erwerbstätigkeit auszuüben (§ 15 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG), und Fällen, in denen der Ausländer „die Voraussetzungen für die Einreise in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien nach Artikel 6 des Schengener Grenzkodex nicht erfüllt“ (§ 15 Abs. 2 Nr. 3

1419 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 4.4.2008 – 3 Ss 79/07, BeckRS 2008, 7993, Rn. 6.

1420 Dazu oben A. II. 6. a).

1421 BGHSt 65, 257, 271; *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 45.

1422 Demgegenüber ist das Argument des BGH (BGH NJW 2005, 2095, 2098, dazu *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 99 f.), der aus § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, der das Erschleichen eines Aufenthaltstitels durch unrichtige oder unvollständige Angaben unter Strafe stellt, schlussfolgert, dass es dieser Strafvorschrift nicht bedürfte, wenn ein auf diese Weise erlangter Aufenthaltstitel keine Legalisierungswirkung entfaltet, angesichts der unterschiedlichen Schutzzrichtungen der Tatbestände der unerlaubten Einreise/des unerlaubten Aufenthalts und des Erschleichens von Aufenthaltstiteln nicht zwingend. Denn § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG stellt das Erschleichen von Aufenthaltstiteln für sich oder einen anderen unter eine erhöhte Strafdrohung und stellt ein abstraktes Gefährdungsdeldikt zum Schutz des Verwaltungsverfahrens dar, das zudem auch durch Deutsche begangen werden kann. Insoweit ist hier eher eine Nähe zu den Urkundendelikten anzunehmen; kriminalisiert wird nicht der Einreisevorgang oder der Aufenthalt ohne Aufenthaltstitel, sondern die Erschleichung eines solchen, vgl. näher unten E. IV. 1. a); insoweit übereinstimmend *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 317.

1423 BGHSt 65, 257, 275; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 45; dementsprechend die Diskussion für „hinfällig“ erachtend *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020, 94.

AufenthG), andererseits. In den Fällen des § 15 Abs. 2 Nrn. 2, 2a und 3 AufenthG kann der Ausländer an der Grenze zurückgewiesen werden, sodass die Zurückweisungsentscheidung im behördlichen Ermessen liegt. Dieser Differenzierung in § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG bedürfte es aber nicht, wenn die Einreise mit einem materiell unrichtigen Aufenthaltstitel oder unter Verletzung der Einreisevoraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. a), c) und e) SGK einer Einreise ohne Aufenthaltstitel gleichstünde.¹⁴²⁴

Angesichts der zuvor genannten Argumente ist der Verweis auf den Gesetzeszweck des Aufenthaltsgesetzes, Zuwanderungskontrolle durch aufenthaltsrechtliche Genehmigungsverfahren zu ermöglichen, welcher nur erfüllt werden könne, wenn lediglich der materiell richtige Aufenthaltstitel Legalisierungswirkung entfalte, nicht von Gewicht.¹⁴²⁵ Insoweit bestehen – wie § 15 AufenthG exemplarisch verdeutlicht – zahlreiche Reaktionsmöglichkeiten im Migrationsverwaltungsrecht sowie die – abschließenden – Spezialregelungen in § 95 Abs. 1a, Abs. 6 AufenthG. Aufgrund dieser Vorschriften ist der Anwendungsbereich an Fällen, in denen die Rechtswidrigkeit der Genehmigung dem Ausländer gewahr sein musste, sehr gering, was das auf Art. 103 Abs. 2 GG gestützte Argument der ansonsten bestehenden Unvorhersehbarkeit der Strafbarkeit des Verhaltens zusätzlich bekräftigt.

Die noch unter Geltung des Ausländergesetzes entwickelte verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, wonach eine unerlaubte Einreise beziehungsweise ein unerlaubter Aufenthalt auch dann anzunehmen war, wenn der tatsächliche Aufenthaltszweck erlaubnispflichtig war, der Ausländer aber einen diesen Aufenthaltszweck umfassenden Aufenthaltstitel nicht besaß,¹⁴²⁶ ist vor diesem Hintergrund überholt.¹⁴²⁷ Dass die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in anderen Kontexten (etwa hinsichtlich der Auslegung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG) an einer materiell-rechtlichen Betrachtung festhält, ändert nichts daran, dass auch sie hinsichtlich Legalisierungswirkung eines wirksam erteilten Aufenthaltstitels der Auslegung des Bundesgerichtshofs folgt.¹⁴²⁸

Die hier vertretene Position steht nicht im Widerspruch zur zuvor vertretenen differenzierenden Auffassung, die bestimmten rechtswidrigen belastenden Verwal-

1424 So schon zu § 60 AuslG BGH NJW 2000, 1732, 1734.

1425 Vgl. aber *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 316.

1426 VGH Kassel NVwZ-RR 1993, 213, 214; OVG Münster NVwZ-RR 2001, 538 f.; vgl. für weitere Nachweise *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 312 Fn. 23.

1427 BVerwG NVwZ 2011, 871, 874; VGH Kassel, Beschl. v. 16.3.2005 – 12 TG 298/05, BeckRS 2005, 26152.

1428 BVerwG NVwZ 2011, 871, 874; VGH Kassel, Beschl. v. 3.11.2023 – 3 B 745/23, BeckRS 2023, 36518, Rn. 12 ff., 18: „Diese Vorschriften sind vorliegend nicht entscheidungserheblich, vielmehr kommt es auf die Auslegung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG und dabei lediglich darauf an, wann von einer Rechtmäßigkeit des Aufenthalts i.S. dieser Vorschrift auszugehen ist. Diese Auslegung hat originär und ausschließlich aufenthaltsrechtlich zu erfolgen.“

tungsakten den strafrechtlichen Schutz verwehrt.¹⁴²⁹ Während nämlich im Falle des rechtswidrigen belastenden Verwaltungsaktes die Strafbarkeit aufgrund verfassungsrechtlicher Wertungen (Übermaßverbot) entfallen muss, steht im Falle des rechtswidrigen, aber begünstigenden Verwaltungsaktes mit Legalisierungswirkung die Begründung einer Strafbarkeit trotz wirksamen Verwaltungsaktes im Raum und damit ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG sowie den Grundsatz des Vertrauensschutzes.

3. Vorliegen der materiellen Erteilungsvoraussetzungen bei formal fehlendem Verwaltungsakt

Liegt ein begünstigender Verwaltungsakt, insbesondere ein Aufenthaltstitel, nicht vor, stellt sich die Frage, wie sich die grundsätzliche Erfüllung der Erteilungsvoraussetzungen, die sogenannte Genehmigungsfähigkeit, auf die Strafbarkeit des Betroffenen auswirkt.¹⁴³⁰ Zu dieser Fallgruppe gehören zunächst die bereits erörterten Konstellationen der rechtswidrigen Ablehnung eines Aufenthaltstitels – denn die Nichterteilung eines begünstigenden Verwaltungsaktes ist die Kehrseite der ablehnenden Entscheidung.¹⁴³¹ Die Rechtswidrigkeit der ablehnenden Entscheidung führt dann zum Entfallen der Strafbarkeit. Eine zweite Konstellation betrifft diejenigen Fälle, in denen der Betroffene zwar einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels hätte, den erforderlichen (§ 81 Abs. 1 AufenthG) Antrag jedoch unterlassen hat.

Für die Strafbarkeit der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels nach § 284 StGB hat der Bundesgerichtshof jüngst die Auffassung vertreten, dass es für die Erfüllung des Tatbestandes allein darauf ankomme, ob eine behördliche Erlaubnis zur Veranstaltung von Glücksspielen vorlag oder nicht.¹⁴³² Das Nichtvorliegen einer solchen Erlaubnis sei ein negatives Tatbestandsmerkmal, das streng verwaltungsakzessorisch zu bestimmen sei, sodass die Strafbarkeit nur entfalle, wenn die Genehmigung mit einem formal wirksamen Verwaltungsakt erteilt worden sei.¹⁴³³ Fehle es an einem solchen Verwaltungsakt, sei es für die Strafbarkeit unerheblich, ob eine materiell-rechtliche Genehmigungsfähigkeit angenommen werden könnte, jedenfalls wenn der gesetzliche Genehmigungsvorbehalt selbst verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.¹⁴³⁴ Andernfalls liefen Sinn und Zweck des Erlaubnisvorbehalts

1429 Die hier vertretene Differenzierung für „Rosinenpickerei“ haltend *Brand*, NJW 2020, 2287, der allerdings die im Folgenden ausgeführte Betroffenheit unterschiedlicher Interessen nicht hinreichend berücksichtigt.

1430 Grundsätzlich zu dieser Frage *Brauer*, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988, 85 ff.

1431 Zu einer entsprechenden Konstellation etwa OLG Frankfurt a.M. NVwZ 1988, 286.

1432 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1433 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1434 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

leer.¹⁴³⁵ Dieser diene dazu, im Rahmen eines behördlichen Verfahrens Gefahren zu kontrollieren und ihrer Verwirklichung vorzubeugen.¹⁴³⁶ Das behördliche Verfahren diene also keinem Selbstzweck; ihm komme regelmäßig eine „eigenständige, auf das jeweilige gesetzliche Schutzgut bezogene gestaltende Funktion zur Gewährung effektiven Rechtsgüterschutzes“ zu.¹⁴³⁷ Geahndet wird mit den Strafvorschriften also der Verstoß „gegen das dem jeweiligen Rechtsgüterschutz dienende Verfahren“.¹⁴³⁸ Das Merkmal „ohne Erlaubnis“ (im vorliegenden Zusammenhang: „ohne Aufenthaltstitel“) sei daher immer dann erfüllt, wenn der Betroffene über eine entsprechende Erlaubnis nicht verfüge, unabhängig vom Grund für ihr Fehlen.¹⁴³⁹ Diese Auffassung kann sich auf den Wortlaut entsprechender Vorschriften berufen, die gerade auf das Fehlen eines legalisierenden Verwaltungsakts abstellen. Im Migrationsstrafrecht sind dies insbesondere der unerlaubte Aufenthalt (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) und die unerlaubte Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG), die jeweils auf § 4 AufenthG (i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) rekurren.

Die Position des Bundesgerichtshofs stößt gleichwohl dort auf Bedenken, wo eine gebundene Entscheidung im Raume steht, das Strafgericht also lediglich unter die gesetzlichen Voraussetzungen zu subsumieren hätte. Denn wenn das Genehmigungs- oder Erlaubnisverfahren der Behörde nur zu *einer* rechtmäßigen Entscheidung führen kann, nämlich zum Erlass des legalisierenden Verwaltungsakts, ist das Argument des Rechtsgüterschutzes durch Verwaltungsverfahren entkräftet. Hat die Behörde antragsgemäß zu entscheiden, trifft bereits das Gesetz die Wertung, dass schützenswerte Rechtsgüter der Erlaubnis nicht entgegenstehen. Die behördliche Entscheidung ist in diesen Fällen eine rein formale. Die Bestrafung des Anspruchsberechtigten liefe dann darauf hinaus, das bloß formale Fehlen einer behördlichen Entscheidung – deren Ergebnis gesetzlich bereits determiniert ist – zum Gegenstand eines sozialetischen Unwerturteils zu machen.¹⁴⁴⁰

Der Bundesgerichtshof geht gleichwohl selbst in derart gelagerten Fällen davon aus, dass die Nichteinhaltung des behördlichen Verfahrens hinreichender Bezugspunkt einer Strafbarkeit sei.¹⁴⁴¹ Der Betroffene habe in diesen Fällen zwar den Anspruch auf Genehmigung, „nicht aber auf eigenmächtige Vornahme der erlaubnisbedürfti-

1435 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1436 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1437 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1438 BGH NJW 2020, 2282, 2283.

1439 BGH NJW 2020, 2282, 2283. Dies entspricht der h.M. im Schrifttum, vgl. nur GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 38; Rengier, ZStW 1989, 874, 902 ff.; LK-StGB/Rönnau, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 290 f.; TK-StGB/Heine/Schittenhelm, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 324 ff. Rn. 19, jeweils m.w.N.

1440 Demgegenüber differenzierend hinsichtlich präventiver und repressiver Verbote Brauer, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988, 90 ff., 141.

1441 BGH NJW 2020, 2282, 2284.

gen Handlung.¹⁴⁴² Dementsprechend bilde auch eine – gegebenenfalls gerichtlich erstrittene – nachträgliche Genehmigung keinen Strafaufhebungsgrund.¹⁴⁴³ Darin liege auch keine Bestrafung „bloßen Verwaltungsungehorsams“, da der Gesetzgeber mit der Anknüpfung der Strafvorschrift an das Fehlen eines wirksamen Verwaltungsaktes letztlich eine potenziell gefährliche behördlich unkontrollierte Betätigung vermeiden wolle; der Strafgrund soll also letztlich in der Umgehung behördlicher Kontrollverfahren liegen.¹⁴⁴⁴ Wie zuvor dargelegt worden ist, ist dieses Argument jedenfalls für Teile des verwaltungsakzessorischen Strafrechts, nämlich Bereiche, in denen es um die Kontroll- und Steuerungsfunktion behördlicher Genehmigungsverfahren geht, nicht von der Hand zu weisen, wenn – abweichend von der zuvor herausgearbeiteten Position – mit der herrschenden Meinung eine solche anerkannt wird.¹⁴⁴⁵

Im Blick auf die migrationsstrafrechtlichen Tatbestände ist daher erneut zu differenzieren: In der ersten Konstellation der Ablehnung eines eigentlich begründeten *Antrags* führte das Abstellen auf ein Fehlen der Erlaubnis zur Strafbarkeit des Betroffenen, der – insoweit parallel zur Situation des rechtswidrigen aufenthaltsbeendenden Verwaltungsakts – zur Abwendung der Strafbarkeit auf eine Einreise beziehungsweise einen fortgesetzten Aufenthalt im Bundesgebiet verzichten müsste. Während dies im Falle der Einreise mangels begründeten Aufenthalts im Bundesgebiet regelmäßig¹⁴⁴⁶ noch zumutbar sein mag, weil es verwaltungsprozessuale Rechtsbehelfe gibt, die vorrangig in Anspruch zu nehmen wären,¹⁴⁴⁷ ist bei einem bereits bestehenden Aufenthalt aus den zuvor dargelegten Gründen von einem Verstoß gegen das Übermaßverbot auszugehen. Besteht ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, kann das formale Fehlen desselben daher nicht zu einer Strafbarkeit des Betroffenen wegen unerlaubten Aufenthalts führen. Denn der Betroffene hat in diesem Fall alles ihm Obliegende getan, insbesondere einen Antrag gestellt, und erfüllt die Erteilungsvoraussetzungen. Das Nichtvorliegen des Verwaltungsakts

1442 BGH NJW 2020, 2282, 2284.

1443 BGH NJW 2020, 2282, 2284; insoweit anders TK-StGB/Heine/Schittenhelm, 31. Aufl. 2025, Vor § 324 Rn. 19.

1444 BGH NJW 2020, 2282, 2284; zu dieser Funktion des Kontrollverfahrens Rengier, ZStW 1989, 874, 876.

1445 Kritisch gegenüber dieser schon früher von der herrschenden Meinung vertretenen Auffassung Brauer, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988, 141.

1446 In bestimmten Konstellationen kann aber auch hier die Strafbewehrung des Fehlens des Aufenthaltstitels unverhältnismäßig erscheinen, etwa wenn der Aufenthaltstitel eines langjährig in Deutschland lebenden Menschen im Ausland erlischt, obschon er Anspruch auf dessen Verlängerung oder auf die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels hätte. Dann muss die Genehmigungsfähigkeit die Rechtswidrigkeit der formal unerlaubten Einreise ausschließen.

1447 Vgl. zutreffend Heghmanns, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 239.

ist ihm nicht zuzurechnen, weshalb die Bestrafung des Verbleibs im Bundesgebiet unverhältnismäßig wäre.¹⁴⁴⁸

In der zweiten Situation des unterlassenen Antrags auf Erteilung beziehungsweise Verlängerung des Aufenthaltstitels scheint es dagegen auf Grundlage der Rechtsgutskonzeption der herrschenden Meinung angemessen und auch verfassungsrechtlich unbedenklich, das gesetzlich statuierte Antragsersfordernis ernst zu nehmen und den nicht beantragten und *deshalb* fehlenden Aufenthaltstitel zum Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts (oder wegen unerlaubter Einreise) zu machen. Insoweit ist die Position des Bundesgerichtshofs nämlich konsequent, weil auf dem Boden der herrschenden Meinung das förmliche Antragsverfahren – das in dieser Konstellation ja gerade nicht betrieben worden ist – keinen Selbstzweck darstellt, sondern der gesetzlichen Konzeption nach der Steuerung und Kontrolle von Migration sowie der förmlichen Entscheidung über die Gewährung eines Schutzstatus dient.¹⁴⁴⁹ Die Umgehung dieses Verfahrens nimmt der Behörde nicht nur die Möglichkeit, Migrationsvorgänge zu überwachen und zu steuern, sondern auch, im Einzelfall durch geeignete Nebenbestimmungen auf individuelle Besonderheiten des Falles zu reagieren.¹⁴⁵⁰ Irrtümer, etwa über die Notwendigkeit, einen Antrag zu stellen, sind auch hier keine Frage der Verwaltungsakzessorietät, sondern der strafrechtlichen Irrtumslehre.

Die hier vertretene differenzierende Position findet eine Stütze in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG 1990. Nach dieser Vorschrift machte sich strafbar, wer sich entgegen § 3 Abs. 1 Satz 1 AuslG 1990 ohne Aufenthaltsgenehmigung im Bundesgebiet aufhielt und keine Duldung nach § 55 Abs. 1 AuslG 1990 besaß. Die Duldung (heute: § 60a AufenthG) ist zwar *kein Aufenthaltstitel*, da durch sie lediglich – bei Fortbestehen der Ausreisepflicht – die Abschiebung eines Ausländers vorübergehend ausgesetzt wird. Diese Abschiebungsaussetzung ist jedoch gleichwohl ein – wenn auch in der Verwaltungsvollstreckung qua Aussetzung des Vollzugs eben dieser ergehender – *begünstigender Verwaltungsakt* und ihr Fehlen gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) AufenthG auch gegenwärtig Voraussetzung einer Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts.¹⁴⁵¹ Mehrere Oberlandesgerichte hatten dabei entschieden, dass es für die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens nach § 92 Abs. 1

1448 Unter dem Gesichtspunkt des „erlaubten Risikos“ nur im Ergebnis übereinstimmend *Makepeace*, GA 2020, 485, 488 f.

1449 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 74 f.; *Heinrich*, ZAR 2005, 309, 314, 316; *Rengier*, ZStW 1989, 874, 882 f., 902; anders offenbar allgemein für verwaltungsaktsakzessorische Tatbestände *Makepeace*, GA 2020, 485, 489.

1450 Vgl. § 12 Abs. 2 AufenthG; überzeugend daher *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 236; siehe zu den unterschiedlichen Funktionen des Genehmigungsverfahrens *Rengier*, ZStW 1989, 874, 876 f.

1451 *Kluth/Breidenbach*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 60a AufenthG Rn. 6; vgl. näher zur Duldung oben C. I. 2. e).

Nr.1 AuslG 1990 nicht darauf ankomme, ob die Duldung materiell-rechtlich hätte erteilt werden müssen, sondern – streng formal – allein darauf, ob der Ausländer zum Tatzeitpunkt im Besitz einer Duldung gewesen ist.¹⁴⁵² Sie sahen sich dabei auf der Linie der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur strengen Verwaltungsakzessorietät.¹⁴⁵³ Die bloße Genehmigungsfähigkeit wirke nicht tatbestandsausschließend oder rechtfertigend.¹⁴⁵⁴ Das Bundesverfassungsgericht erkannte zwar an, dass der *Wortlaut* der Strafvorschrift allein auf das förmliche Vorliegen einer Duldung abstelle.¹⁴⁵⁵ Dennoch sei die Ansicht des Bayerischen Obersten Landesgerichts, über dessen Beschluss das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden hatte, „mit Blick auf das durch die Anwendung von Strafrechtsnormen berührte Freiheitsrecht des betroffenen Ausländers und den verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz [...] nicht mehr verständlich [...]“.¹⁴⁵⁶ Denn in der Konsequenz werde es damit dem freien Ermessen der Ausländerbehörden überlassen, ob und in welchem Umfang ein Ausländer sich strafbar mache.¹⁴⁵⁷ In der Tat könnte eine Ausländerbehörde nach Auffassung der Oberlandesgerichte letztlich durch bloße Untätigkeit eine Strafbarkeit des Betroffenen bewirken. In Reaktion auf diese Entscheidung hat die strafgerichtliche Rechtsprechung den Duldungserteilungsanspruch mit der förmlich erteilten Duldung gleichgesetzt und bei seinem Vorliegen den Tatbestand verneint.¹⁴⁵⁸

Der entscheidende Punkt der Entscheidung ist dabei, dass der Anspruch auf Erteilung einer Duldung nicht von einem Antrag des Ausländers abhängig ist; vielmehr ist die Duldung von Gesetzes wegen zu erteilen.¹⁴⁵⁹ Eine Konstellation, in der der Ausländer keinen Anspruch auf eine Duldung haben könnte, wenn er nicht abgeschoben werden kann, ist danach nicht vorstellbar.¹⁴⁶⁰ Insoweit kommt der Behörde also keinerlei Ermessensspielraum zu.

1452 BayObLG, Beschl. v. 13.2.2002 – 4 St RR 4/2002 (unveröffentlicht), zitiert nach BVerfG NSTz 2003, 488; OLG Frankfurt a.M. NSTz-RR 2001, 57; KG, Beschl. v. 15.1.1998 – (4) 1 Ss 113/97 (2/98), BeckRS 1998, 11680; KG NSTz-RR 2002, 220.

1453 OLG Frankfurt a.M. NSTz-RR 2001, 57; KG NSTz-RR 2002, 220.

1454 OLG Frankfurt a.M. NSTz-RR 2001, 57; KG NSTz-RR 2002, 220.

1455 BVerfG NSTz 2003, 488.

1456 BVerfG NSTz 2003, 488.

1457 BVerfG NSTz 2003, 488.

1458 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; BGH NSTz 2026, 117; OLG Frankfurt a.M. NSTz-RR 2003, 307; 2003, 308 f.; 2005, 184, 185; 2006, 246; 2009, 257, 258; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 11 ff.; OLG München NJW 2018, 3041, 3042; zustimmend statt vieler GK-AufenthG/*Bernhöft*, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 38; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 10, 63. Dies soll nach BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740, Rn. 7 ff., jedoch nicht gelten, wenn der Aufenthalt des Ausländers unbekannt sei, weil dann die Erteilung einer Duldung auch bei grundsätzlich bestehendem Erteilungsanspruch nicht möglich sei. Zur Kritik an dieser Rechtsprechung und weiteren Nachweisen unten E. II. 1. b) bb) (3).

1459 BVerfG NSTz 2003, 488; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 63.

1460 BVerfG NSTz 2003, 488; vgl. GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 61 f.

Diese Situation ist freilich mit derjenigen des *beantragten* Aufenthaltstitels, auf den ein Rechtsanspruch besteht, vergleichbar.¹⁴⁶¹ Auch in diesen Fällen kann es nicht der Behörde überlassen sein, durch rechtswidrige Ablehnung des Antrags und gleichzeitige Nichterteilung einer Verfahrensduldung letztlich eine Kriminalisierung des Betroffenen – ein Widerspruch oder eine Klage gegen die ablehnende Entscheidung haben nach § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG keine aufschiebende Wirkung – herbeizuführen.¹⁴⁶² Demgegenüber sind Fälle, in denen der Betroffene den Antrag unterlassen hat, gerade nicht mit der verfassungsgerichtlich entschiedenen Konstellation vergleichbar. Denn in diesen Fällen hat es der Betroffene unterlassen, die Erteilungsvoraussetzungen vollständig herbeizuführen.

In der Konsequenz muss eine Verurteilung wegen unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG auf Grundlage der hier vertretenen Auffassung immer dann entfallen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der erforderlichen behördlichen Erlaubnis, einschließlich des (erforderlichen) Antrags, zum Zeitpunkt der Tatbegehung vorlagen. Dabei ist das Strafgericht angehalten, selbst über das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen zu entscheiden. In diesen Fällen liegt nicht erst ein Strafaufhebungsgrund vor, sondern es entfällt bereits der Tatbestand, weil dem Ausländer, der sich trotz formalen Fehlens eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet aufhält, die Ausreise nicht zumutbar ist.¹⁴⁶³

Die hier vertretene Auffassung ist nicht inkonsequent oder gar widersprüchlich, weil sie die Konstellationen des rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes und des rechtswidrig *nicht* erlassenen begünstigenden Verwaltungsaktes in der ersten Konstellation strikt formal verwaltungsaktsakzessorisch und in der zweiten unter Rückgriff auf das materielle Verwaltungsrecht behandelt.¹⁴⁶⁴ Wie dargelegt sind nämlich jeweils unterschiedliche Verfassungsgüter und Interessen betroffen. Während es in der ersten Konstellation schon der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG und der Vertrauensschutz gebieten, dem wirksamen, wenn auch rechtswidrigen Verwaltungsakt Legalisierungswirkung zuzubilligen, streitet in der zweiten Konstellation der die staatliche Strafgewalt begrenzende verfassungsrechtlich vorge-

1461 Gegen eine Übertragbarkeit Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. II, der diese Fälle über ein Entfallen der Rechtswidrigkeit bei ex tunc wirkender Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch das Verwaltungsgericht lösen will (Rn. 41). Zu dieser Position vgl. schon oben D. I. 1. b).

1462 Durch die Rechtsprechung des BVerwG NVwZ 2020, 1044, 1046, wäre dabei gedeckt, in derartigen Fällen einen Anspruch auf Verfahrensduldung nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG anzunehmen und auf diese Weise gar einen vollständigen Gleichlauf zur Rechtsprechung des BVerfG zu gewährleisten.

1463 Für eine Lösung auf Ebene der objektiven Zurechnung dagegen *Makepeace*, GA 2020, 485, 488 f. Diese Lösung übersieht jedoch, dass es dem Gesetzgeber nicht grundsätzlich verwehrt ist, auch das formale Fehlen einer Erlaubnis unter Strafe zu stellen, um die Ordnungsfunktion des Verwaltungsverfahrens als Vorbedingung des damit bezweckten Rechtsgüterschutzes zu schützen. Lassen sich derartige Rechtsgüter dagegen nicht identifizieren, muss die Strafvorschrift insgesamt in Frage gestellt werden.

1464 So aber *Brand*, NJW 2020, 2287.

gebene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gegen eine strikte verwaltungsaktsakzessorische Betrachtung.

II. Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG)

Art. 103 Abs. 2 GG bestimmt, dass eine Tat nur bestraft werden kann, „wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Neben einem strengen Gesetzesvorbehalt (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) bedingt Art. 103 Abs. 2 GG daher auch spezifisch strafrechtliche Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit (*lex certa*).¹⁴⁶⁵ Art. 103 Abs. 2 GG weist mithin eine doppelte Schutzrichtung auf. Zum einen weist die Norm dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber die Verantwortung zu, selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit eines Verhaltens zu entscheiden, also die normativen Voraussetzungen der Bestrafung festzulegen. Zum anderen kommt Art. 103 Abs. 2 GG aber auch eine freiheitsgewährleistende Funktion zu, indem er verlangt, dass Normadressaten den Bereich strafbaren Verhaltens sicher vom Bereich straflosen Verhaltens abgrenzen und damit vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.¹⁴⁶⁶ Beide Dimensionen sind bei verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen betroffen. Sie werden im Folgenden getrennt voneinander diskutiert, da sie zwei unterschiedliche Aspekte des Art. 103 Abs. 2 GG betreffen, auch wenn ein Überschneidungsbereich besteht.¹⁴⁶⁷

1. Gesetzesvorbehalt

Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine Strafe nach Art. 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 Satz 1 GG „nur auf der Grundlage eines förmlichen Gesetzes verhängt werden“ darf (Parlamentsvorbehalt).¹⁴⁶⁸ Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, nicht der Exekutive, die Voraussetzungen der Strafbarkeit festzulegen. Diese müssten sich daher bereits aus dem förmlichen Gesetz selbst, nicht erst aus untergesetzlichen Normen ergeben.¹⁴⁶⁹ Dies schließe es zwar nicht grundsätzlich aus, dass Straftatbestände für die weitere Konkretisierung auf Rechtsverord-

¹⁴⁶⁵ Vgl. *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 306; *Dietmeier*, Blankettstrafrecht, 2002, 83 f.; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 46, 77.

¹⁴⁶⁶ St. Rspr. BVerfG NStZ 1986, 261; NJW 1987, 3175; 1989, 1663; 1993, 581, 582; 1995, 1141; 2002, 1779 f.; 2010, 3209, 3210; 2016, 3648, 3649; NVwZ-RR 2020, 569, 571; vgl. *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 73 f.

¹⁴⁶⁷ Das BVerfG ist in der Zuordnung seiner Erwägungen zu diesen beiden Aspekten nicht immer klar, ebenso wenig die Literatur, vgl. dazu *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 78, 112.

¹⁴⁶⁸ BVerfG NJW 1989, 1663; siehe ferner BVerfG NJW 1987, 3175; vgl. *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 308; *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 80; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 104: „Der in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltene Gesetzesvorbehalt ist also ein Vorbehalt des förmlichen Gesetzes.“

¹⁴⁶⁹ BVerfG NJW 1987, 3175; 1989, 1663; 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 571. Im Blick auf die legislative Realität skeptisch *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz

nungen oder sogar auf Verwaltungsakte Bezug nehmen. Allerdings müssten die in Bezug genommenen Rechtsverordnungen oder Verwaltungsakte hinsichtlich ihres Inhalts bereits so konturiert sein, dass sich die Verbotsmaterie in ihren Grundzügen aus dem förmlichen Gesetz selbst ergibt.¹⁴⁷⁰ Es obliege mithin dem Gesetzgeber, im betreffenden Strafgesetz zu umreißen, welchen Inhalt die in Bezug genommene untergesetzliche Norm haben darf.¹⁴⁷¹ Im Bereich des verwaltungsakzessorischen Strafrechts könne dies auch durch eine in Bezug genommene gesetzliche Regelung geschehen, etwa die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Verordnung beziehungsweise des Verwaltungsakts, die freilich ihrerseits den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügen müsse.¹⁴⁷² Grundsätzlich seien auch Verweise auf Vorschriften anderer Normgeber zulässig; der Gesetzgeber mache sich diese durch den Verweis nämlich zu eigen.¹⁴⁷³ Insbesondere Verweisungen auf Unionsrecht seien daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.¹⁴⁷⁴ Handelt es sich bei diesen Verweisungen allerdings um sogenannte dynamische Verweisungen, also um Verweisungen auf eine Norm in ihrer jeweils geltenden Fassung, sei in besonderem Maße darauf zu achten, dass die Strafbarkeitsvoraussetzungen sich im Wesentlichen bereits aus dem Blankettgesetz ergeben und keine Verlagerung der Gesetzgebungsbefugnis stattfindet.¹⁴⁷⁵

Nach diesen Maßstäben begegnen die Regelungen des Migrationsstrafrechts keinen durchgreifenden Bedenken. Sofern die Strafvorschriften Zuwiderhandlungen gegen Einzelanordnungen mit Strafe bedrohen, verweisen sie durchgehend präzise (mit Absatz, Satz und Nummer) auf die entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen im (selben) Gesetz (Aufenthaltsgesetz, Asylgesetz), aus denen sich Voraussetzungen und Umfang dieser Anordnungen erschließen. Der Gesetzgeber hat in diesen Fällen also selbst geregelt, welchen Inhalt diese Anordnungen haben dürfen und welchen Anforderungen sie gerecht werden müssen. Sie genügen daher dem Gesetzesvorbe-

von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 87 f.; *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 220 f. m.w.N.

1470 St. Rspr., siehe nur BVerfG NJW 1989, 1663; 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 571.; dazu m.w.N. *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 80 f.

1471 BVerfG NJW 2016, 3648, 3650 f.; NVwZ-RR 2020, 569, 572, 573; ähnlich *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 90, der fordert, dass mindestens deutlich werden müsse, welche Rechtsgüter geschützt werden sollen und welche Gruppe von Verhaltensanweisungen strafrechtlich bewehrt werden könnten; *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 832 m.w.N., nach dem untergesetzliche Normen nur eine Spezifizierung dessen, was im Gesetz im Wesentlichen schon entschieden ist, sein dürfen.

1472 BVerfG NJW 1987, 3175 f.; 2016, 3648, 3651; NVwZ-RR 2020, 569, 573; so auch MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 8; *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 829 f.; *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 223 f.; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 118.

1473 BVerfG NJW 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572.

1474 BVerfG NJW 2016, 3648, 3651; NVwZ-RR 2020, 569, 572.

1475 BVerfG NJW 2016, 3648, 3651. Vgl. auch *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 122 ff.; *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 832 f.

halt.¹⁴⁷⁶ Sofern es um die Strafbarkeit wegen des Fehlens eines Aufenthaltstitels geht, regelt das Gesetz selbst, dass Voraussetzung der Strafbarkeit eben das Fehlen eines Aufenthaltstitels ist, sowie den Grundsatz, dass Einreise und Aufenthalt einen Aufenthaltstitel erfordern. Zudem wird auf die Aufenthaltsverordnung sowie das Unionsrecht für Befreiungstatbestände verwiesen. Dass für die Prüfung, ob ein Aufenthaltstitel *erforderlich* ist, aufgrund der gesetzlichen (dynamischen) Verweisung in § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG auch auf die Aufenthaltsverordnung und das Unionsrecht rekuriert werden muss, verstößt nicht gegen den strengen Gesetzesvorbehalt,¹⁴⁷⁷ da der Gesetzgeber auf diese Weise lediglich die Spezifizierung der Befreiungstatbestände delegiert hat, während die Grundvoraussetzung der Strafbarkeit unmittelbar aus dem Gesetz selbst folgt und auch der Erforderlichkeitsmaßstab in diesem definiert ist (§ 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG). Dementsprechend bestehen diesbezüglich keine Bedenken an der Wahrung des Gesetzesvorbehalts.¹⁴⁷⁸ Eine davon zu trennende Frage ist, ob damit auch den Anforderungen an die *Gesetzesbestimmtheit* hinreichend Rechnung getragen ist.

2. Gesetzesbestimmtheit

Neben dem strengen Gesetzesvorbehalt regelt Art. 103 Abs. 2 GG auch die Anforderungen an die Bestimmtheit von Strafgesetzen.¹⁴⁷⁹ Die Voraussetzungen der Strafbarkeit müssen dabei nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts so konkret umrissen sein, dass „Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.“¹⁴⁸⁰ Der Grundsatz der Normenklarheit gelte damit im Bereich des Strafrechts besonders strikt.¹⁴⁸¹ Dies schließe zwar die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die einer Konturierung durch die Rechtsprechung zugänglich sind, nicht aus.¹⁴⁸² Angesichts der Komplexität und Vielgestaltigkeit des Lebens sei es auch nicht zu beanstanden, wenn in Grenzfällen Zweifel darüber verbleiben, ob ein konkretes Verhalten dem gesetzlichen Tat-

1476 Vgl. zum AuslG 1990 *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 110, 116 f.; zu den Anforderungen insoweit *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 118.

1477 Zur Zulässigkeit einer solchen Verweisung BVerfG NJW 2016, 3648, 3650 f.

1478 Wie hier auch *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 113 f.; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 8; so in anderem Zusammenhang auch *Kühl*, FS Lackner, 1987, 815, 832 f.: „Ist die Grundentscheidung über das strafbare Verhalten im Gesetz gefallen, so kann der Rechtsverordnung die *Regelung der Einzelheiten* (Herv. im Orig.) überlassen werden.“

1479 Vgl. *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 343 ff.

1480 BVerfG NStZ 1986, 261; NJW 1987, 3175; 2002, 1779; 2010, 3209, 3210; 2016, 3648, 3649; NVwZ-RR 2020, 569, 571; BGH NJW 2018, 480, 483.

1481 BVerfG 2010, 3209, 3210; 2016, 3648, 3649; NVwZ-RR 2020, 569, 571; nach MK-StGB/*Schmitz*, 5. Aufl. 2024, § 1 Rn. 53 muss der Gesetzgeber eine „bestmögliche Präzision“ erreichen.

1482 BVerfG NStZ 1986, 261; NJW 1978, 1423; 1987, 3175; 1995, 1141; 2010, 3209, 3210 f.; 2012, 3357, 3363; 2013, 3151, 3159; 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572; BGH NJW 2018, 480, 483; kritisch *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 96.

bestand unterfällt oder nicht.¹⁴⁸³ Im Regelfall müsse der Normadressat aber durch Lektüre des gesetzlichen Tatbestandes erkennen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht, mindestens aber, ob ein Strafbarkeitsrisiko besteht.¹⁴⁸⁴ Je schwerer die angedrohte Strafe sei, desto genauer müsse der Gesetzgeber die Strafbarkeitsvoraussetzungen festlegen.¹⁴⁸⁵ Der Gesetzgeber müsse den Tatbestand aber nicht vollständig im förmlichen Gesetz umschreiben, sondern dürfe auf andere Vorschriften – auch solche anderer Normgeber – verweisen, sofern hinreichend erkennbar sei, welche Vorschriften im Einzelnen gelten sollen.¹⁴⁸⁶ Die Verweisung führe insoweit zur Geltung der in Bezug genommenen Vorschrift, ohne dass ihr Inhalt *verbatim* in den Tatbestand übernommen werden müsste.¹⁴⁸⁷ In dieser Perspektive ist sie ein Mittel, gerade im Bereich des verwaltungsakzessorischen Strafrechts eine gewisse Übersichtlichkeit und Normenklarheit zu gewährleisten.

Bei der Bestimmung der Anforderungen an die Bestimmtheit eines Strafgesetzes ist nach verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung der Adressatenkreis einer Vorschrift zu berücksichtigen.¹⁴⁸⁸ Zwar könne für die Tatbestände des Kernstrafrechts ihre Kenntnis „im allgemeinen erwartet werden.“¹⁴⁸⁹ Von den Normadressaten des Nebenstrafrechts werde zudem regelmäßig verlangt, dass sie aufgrund ihrer Vertrautheit mit der verwaltungsrechtlichen Spezialmaterie auch komplexere Verweisungsregelungen nachvollziehen können oder sich jedenfalls sachkundig machen.¹⁴⁹⁰ Das Kriterium des Adressatenkreises lässt sich freilich auch unter umgekehrten Vorzeichen heranziehen: Dort, wo die Normadressaten gerade keine besondere Sach- und Fachkenntnis aufweisen, wie etwa im Migrationsstrafrecht, muss dies bei der Ausgestaltung der Strafvorschriften berücksichtigt werden.¹⁴⁹¹

Im Blick auf die Vereinbarkeit migrationsstrafrechtlicher Tatbestände mit dem Bestimmtheitsgrundsatz besteht die Herausforderung vor allem darin, dass die Strafvorschriften mitunter nicht nur auf eine Vorschrift desselben Gesetzes verweisen, sondern über die in Bezug genommenen migrationsverwaltungsrechtlichen Vor-

1483 BVerfG NStZ 1986, 261; NJW 1987, 3175; 1995, 1141; 2010, 3209, 3210.

1484 BVerfG NStZ 1986, 261; NJW 1995, 1141; 2010, 3209, 3210, 3211; 2016, 3648, 3649 f.; NVwZ-RR 2020, 569, 571; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 92.

1485 BVerfG NJW 1987, 3175; 2010, 3209, 3211; 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572; kritisch zu diesem Kriterium *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018, 75 f. m.w.N.; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 95.

1486 BVerfG NJW 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572.

1487 BVerfG NJW 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572. Eine wiederholte Normierung wäre bezüglich unmittelbar geltenden Unionsrechts zudem unionsrechtswidrig, dazu *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 376 f.

1488 BVerfG NJW 1978, 1423; 2010, 3209, 3210; NVwZ-RR 2020, 569, 572; vgl. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 94; dazu auch *Waldhoff*, FS Ignor, 2023, 211, 219 f.

1489 BVerfG NJW 1987, 3175, 3176.

1490 In diese Richtung BVerfG NJW 1987, 3175, 3176.

1491 In diese Richtung BGHSt 65, 257, 272; zur Abhängigkeit der Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit vom Adressatenkreis der Vorschrift siehe auch BGH NJW 2018, 480, 483 f.

schriften wiederum andere Gesetze, das Unionsrecht und untergesetzliche Regelungen (der Aufenthaltsverordnung oder Verwaltungsakte) einbezogen werden. Dabei kommen mitunter komplexe und unübersichtliche Verweisungsketten zustande, so dass teils hohe Anforderungen an die Ermittlung der Verbotsmaterie existieren. Dies lässt sich beispielhaft am Tatbestand des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) demonstrieren. Dieser setzt voraus, dass sich der Täter (1) ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG im Bundesgebiet aufhält und dabei (2) vollziehbar ausreisepflichtig ist, (3) ihm keine Ausreisefrist gewährt wurde oder diese abgelaufen ist sowie (4) seine Abschiebung nicht ausgesetzt ist. Alle vier Voraussetzungen der Strafbarkeit setzen dabei eine Subsumtion unter verwaltungsrechtliche Vorschriften und/oder das Vorhandensein oder Fehlen eines Verwaltungsakts voraus. Bereits die Frage, ob ein Ausländer einen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG benötigt oder nicht, ist dabei keineswegs banal, sondern lässt sich ihrerseits nur nach Prüfung der Befreiungsvoraussetzungen vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels nach der Aufenthaltsverordnung sowie nach Unionsrecht beantworten. Zudem kann beispielsweise zu prüfen sein, ob ein ausländischer Aufenthaltstitel angesichts von Art. 21 SDÜ gleichfalls Legalisierungswirkung entfaltet.¹⁴⁹² Ohne diese Voraussetzungen an dieser Stelle weiter zu vertiefen,¹⁴⁹³ verdeutlicht bereits dieses Beispiel, dass es für den Normadressaten mitunter schwierig sein kann, das Vorliegen der Strafbarkeitsvoraussetzungen ohne vertiefte Kenntnis der Rechtsmaterie sicher ausschließen zu können.¹⁴⁹⁴

Andere Strafvorschriften, wie etwa § 95 Abs. 1a AufenthG verweisen auf Gesetze, die ihrerseits auf eine *Vielzahl* anderer Gesetze verweisen, wobei sich nur aus einer vollständigen Betrachtung aller in Bezug genommener Normen die eigentliche Strafvorschrift ergibt.¹⁴⁹⁵ So lautet § 95 Abs. 1a AufenthG:

„Ebenso wird bestraft, wer 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 Nummer 1 besitzt.“

Der in Bezug genommene § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III wiederum lautet:

„[...] entgegen § 284 Absatz 1 oder entgegen § 4a Absatz 3 Satz 4 oder Absatz 4, § 6 Absatz 2a, § 7 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 16a Absatz 3 Satz 1, § 16b Absatz 3, auch in Verbindung

¹⁴⁹² Zu diesen Fragen oben C. I.

¹⁴⁹³ Dazu unten E. II. 1.

¹⁴⁹⁴ Deshalb von einer mangelnden Bestimmtheit ausgehend *Hörich/Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 15 f.

¹⁴⁹⁵ Dazu, dass entsprechende Strafvorschriften „die begrenzte menschliche Kapazität zur kurzzeitigen Informationsverarbeitung durch Quantität oder Komplexität der Vernetzungsstrukturen derjenigen Vorschriften, die gleichzeitig wahrzunehmen sind, um die Verbotsmaterie zu erfassen“ überschreiten und damit zu unbestimmt sein können, siehe *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 102 f.

mit Absatz 7 Satz 3, § 16b Absatz 5 Satz 3 zweiter Halbsatz, § 16c Absatz 2 Satz 3, § 16d Absatz 1 Satz 4, Absatz 3 Satz 2 oder Absatz 4 Satz 3, § 16f Absatz 3 Satz 4, § 17 Absatz 3 Satz 1, § 20 Absatz 1 Satz 4, auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2, § 23 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 24 Absatz 6 Satz 2 erster Halbsatz oder § 25 Absatz 4 Satz 3 erster Halbsatz, Absatz 4a Satz 4 erster Halbsatz oder Absatz 4b Satz 4 erster Halbsatz des Aufenthaltsgesetzes eine Beschäftigung ausübt, [...]“

Der gleichfalls in Bezug genommene § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG ist nicht weniger komplex:

„entgegen § 4a Absatz 3 Satz 4 oder Absatz 4, § 6 Absatz 2a, § 7 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 16a Absatz 3 Satz 1, § 16b Absatz 3, auch in Verbindung mit Absatz 7 Satz 3, § 16b Absatz 5 Satz 3 zweiter Halbsatz, § 16c Absatz 2 Satz 3, § 16d Absatz 1 Satz 4, Absatz 3 Satz 8, Absatz 6 Satz 3 oder Absatz 4 Satz 3, § 16f Absatz 3 Satz 4, § 17 Absatz 3 Satz 1, § 20 Absatz 1 Satz 4, auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2, § 23 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz oder § 25 Absatz 4 Satz 3 erster Halbsatz, Absatz 4a Satz 4 erster Halbsatz oder Absatz 4b Satz 4 erster Halbsatz eine selbständige Tätigkeit ausübt, [...]“

Selbst für rechtskundige Personen stellen derartige Verweisungsketten eine Herausforderung dar.¹⁴⁹⁶ Allerdings erkennt das Bundesverfassungsgericht an, dass die Frage, ob ein Tatbestand dem Bestimmtheitsgrundsatz noch genügt, im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Regelungsalternativen zu beantworten ist.¹⁴⁹⁷ Zudem müssten die „Besonderheiten des jeweiligen Tatbestands einschließlich der Umstände [...], die zur gesetzlichen Regelung geführt haben“, berücksichtigt werden.¹⁴⁹⁸ Dementsprechend ginge es zu weit, hinsichtlich der verwaltungsakzessorischen Straftatbestände des Migrationsstrafrechts im Blick auf den Adressatenkreis der Vorschriften zu verlangen, dass der Gesetzgeber sämtliche – teils aufgrund der Bezugsmaterie komplexe – Strafbarkeitsvoraussetzungen in den Tatbestand inkorporiert. Entsprechende Normen würden wohl kaum verständlicher.¹⁴⁹⁹

Es muss stattdessen für jeden Einzelfall geprüft werden, ob das Ausmaß an Verweisungen – auch unter Berücksichtigung der Komplexität der in Bezug genommenen Regelungen – noch eine Vorhersehbarkeit und Konturierung der Verbotsmaterie ermöglicht oder ob dies mit dem Ergebnis der Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Strafvorschrift nicht mehr der Fall ist.¹⁵⁰⁰ Auf diese Frage wird im Zusammen-

1496 Für eine Berücksichtigung der informationstechnischen Entwicklung in diesem Kontext *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, zusef. 368.

1497 BVerfG NJW 2010, 3209, 3211; zustimmend *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 107.

1498 BVerfG NJW 2010, 3209, 3211; 2012, 3357, 3363; 2013, 3151, 3159; 2016, 3648, 3650; NVwZ-RR 2020, 569, 572.

1499 Vgl. *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 413; zu den Schwierigkeiten einer entsprechenden Tatbestandsgestaltung *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 115.

1500 Dies etwa, weil es zu einer übermäßigen Verschachtelung und in deren Folge einer Unübersichtlichkeit der Strafnorm kommt, vgl. dazu *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, 102 ff.; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 80. EL 2017, Art. 103 Rn. 110.

hang mit der Darstellung der einzelnen Strafvorschriften zurückzukommen sein. Dabei ist allerdings stets zu bedenken, dass der Komplexität von Strafvorschriften, die unter Bestimmtheitsgesichtspunkten Fragen aufwerfen, ohne sogleich dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit anheimzufallen, jedenfalls durch eine entsprechende Auslegung sowie den großzügigen Rückgriff auf die Irrtumsregelungen des Strafrechts Rechnung getragen werden muss.¹⁵⁰¹

III. Zwischenergebnis

Das Migrationsstrafrecht ist aufgrund seiner Verwaltungsakzessorietät besonders komplex und wirft schon in dieser Hinsicht zahlreiche Fragen auf. Im Blick auf die Reichweite der Akzessorietät ist dabei im Ausgangspunkt von einer strengen Verwaltungsaktsakzessorietät auszugehen. Diese wird aber da relativiert, wo verfassungsrechtliche Wertungen, insbesondere das Übermaßverbot, dies gebieten. Davon ist freilich ein wesentlicher Teil des Migrationsstrafrechts betroffen, namentlich die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts. Insoweit sind rechtswidrige Verwaltungsakte, die zum Entfallen eines Aufenthaltstitels führen, grundsätzlich von der Strafbewehrung ausgenommen. 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. In den übrigen Fällen verbleibt es dagegen bei der streng verwaltungsaktsakzessorischen Betrachtung, insbesondere im Blick auf die Legalisierungswirkung aufenthaltsrechtlicher Erlaubnisse, bei denen die Rechtswidrigkeit schon im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG nicht zum Entfallen der Legalisierungswirkung führt.

Die Verwaltungsakzessorietät wirft aber auch hinsichtlich des durch Art. 103 Abs. 2 GG statuierten strengen Gesetzesvorbehalts sowie des Bestimmtheitsgebots Fragen auf. Die Strafvorschriften des Aufenthalts- und Asylgesetzes werden dabei den Anforderungen an den strengen Gesetzesvorbehalt gerecht, weil sie jeweils auf die gesetzlich hinreichend definierten Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass strafbewehrter Verwaltungsakte rekurren beziehungsweise die Strafbarkeitsvoraussetzungen in einer Zusammenschau mit den Bezugsnormen des Aufenthalts- oder Asylgesetzes selbst festlegen. Im Blick auf die Bestimmtheit der Strafvorschriften wirft ihre Komplexität, die aus der Bezugsmaterie und den mitunter eingesetzten Verweisungsketten resultiert, Fragen auf. Zwar ist vom Gesetzgeber nicht gefordert, alle Voraussetzungen der Strafbarkeit im Einzelnen in den gesetzlichen Tatbestand aufzunehmen, da dies der Gesetzesklarheit nicht ohne Weiteres zuträglich wäre.

1501 Eine besonders sorgfältige Prüfung bzgl. der subjektiven Voraussetzungen und des Unrechtsbewusstseins fordert deshalb *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 8.

Allerdings dürfen die Verweisungen auch nicht dazu führen, dass es für den Normadressaten ohne vertiefte Rechtskenntnisse unmöglich wird, die Verbotsmaterie zu erfassen. Ob dies hinsichtlich der Strafvorschriften des Aufenthalts- und Asylgesetzes der Fall ist, kann nur für jeden Tatbestand einzeln beurteilt werden und soll daher an geeigneter Stelle vertieft werden.

E. Die Strafbestimmungen im Einzelnen

Nachdem in den vorangegangenen Teilen zentrale Vorfragen des Migrationsstrafrechts erörtert worden sind, werden im Folgenden die Strafvorschriften einer vertieften Betrachtung unterzogen. Dabei sollen die in Teil B. herausgearbeiteten vier Deliktgruppen im Zusammenhang dargestellt und besonders relevante – und oftmals umstrittene – Einzelfragen vertieft werden. Vorab wird jedoch der Anwendungsbereich der Strafvorschriften umrissen.

I. Anwendungsbereich

1. Sonderdeliktscharakter

Die Tatbestände des Migrationsstrafrechts sind überwiegend als Sonderdelikte ausgestaltet, können also nur von (bestimmten) Ausländern begangen werden. Zwar nimmt der Wortlaut der Strafvorschriften nicht explizit auf „den Ausländer“ als Täter Bezug.¹⁵⁰² Allerdings folgt der Sonderdeliktscharakter aus dem Umstand, dass die Pflichten, an deren Verletzung die Strafvorschriften anknüpfen, nahezu ausschließlich Ausländer treffen.¹⁵⁰³ Dies ergibt sich zum einen aus den die Pflichten normierenden Regelungen selbst, aber auch aus den Regelungen zum Anwendungsbereich der Gesetze.¹⁵⁰⁴ So bestimmt § 1 Abs. 1 Satz 4 AufenthG, dass das Gesetz die „Einreise, den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von *Ausländern* (Herv. d. Verf.)“ regelt. § 1 Abs. 2 AufenthG nimmt einzelne Ausländergruppen vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus.¹⁵⁰⁵ Das Asylgesetz gilt nach § 1 Abs. 1 AsylG „für Ausländer“, die Schutz vor politischer Verfolgung oder internationalen Schutz begehren. Das Freizügigkeitsgesetz/EU wiederum gilt für die in § 1 Abs. 1 FreizügG/EU aufgeführten Gruppen privilegierter Ausländer, vor allem Staatsangehörige anderer EU- oder EWR-Staaten sowie deren Familienangehörige und nahestehende Personen.

Die Beschränkung des Täterkreises auf Ausländer gilt aber dort nicht, wo das Gesetz an das Tätigwerden *für einen anderen* anknüpft (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, § 9 Abs. 1 FreizügG/EU), da insofern nicht ersichtlich ist, weshalb das Gesetz Deutsche, die für einen Ausländer handeln, gegenüber Ausländern im Blick auf die Verletzung des geschützten Rechtsguts privilegieren sollte.¹⁵⁰⁶ Auch die Schleusungsdelikte

1502 Insoweit zutreffend *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 94.

1503 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 4.

1504 Vgl. zu § 95 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 130.

1505 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 5.

1506 BGH, Beschl. v. 23.2.2005 – 1 StR 501/04, BeckRS 2005, 3106; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 376, 377; vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 212; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 96 ff.; BeckOK-

(§§ 96, 97 AufenthG, 84, 84a AsylG) können durch Deutsche oder dem jeweiligen Gesetz nicht unterfallende Ausländer verwirklicht werden. Gleiches gilt für die Teilnahme an der Tat eines Ausländers.¹⁵⁰⁷

2. Spezialfall Ausländergeheimbündelei

Für die nicht-verwaltungsakzessorische Ausländergeheimbündelei (§ 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG), die nach § 11 Abs. 1 FreizügG/EU auch auf freizügigkeitsberechtigte EU-Ausländer und ihre Familienangehörigen anzuwenden ist,¹⁵⁰⁸ ist umstritten, ob auch Deutsche als Täter in Betracht kommen. Die Entstehungsgeschichte¹⁵⁰⁹ scheint zunächst gegen eine Einbeziehung von Deutschen als Täter zu sprechen.¹⁵¹⁰ Der

StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 6; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 11; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 248; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 251 f.; anders dagegen Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 151, die allerdings verkennt, dass § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG (§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG a.F.) gerade auch die Integrität des Genehmigungsverfahrens schützen soll und deshalb auch Handlungen von Personen, die keine Pflicht zur Einholung eines Aufenthaltstitels trifft, zur Rechtsgutsverletzung geeignet sind; ebenfalls für einen Sonderdeliktcharakter Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 191 ff.

1507 Vgl. BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 4; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 95 f.; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 1. Zu Fragen im Zusammenhang mit § 28 Abs. 1 StGB siehe sogleich unter 3.

1508 Dies ist im Blick auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 18 Abs. 1 AEUV) nicht unproblematisch, da sich EU-Ausländer insoweit auf den gesamten Grundrechtskatalog berufen können. Soweit dieser Deutschengrundrechte enthält, wird teilweise eine unmittelbare Anwendbarkeit durch unionsrechtskonforme Auslegung, teilweise eine mittelbare Anwendung unter Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG unter Anwendung der jeweiligen Schrankenbestimmungen der Deutschengrundrechte befürwortet. Denkbar wäre auch, im Lichte des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die Beschränkung der entsprechenden Verfassungsbestimmungen „auf Deutsche“ nicht anzuwenden. Jedenfalls aber gelten die Gewährleistungen auch für Unionsbürger, sodass die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) ebenso wie bei Deutschen einer Kriminalisierung entgegenstehen würde, vgl. BVerfG NJW 2016, 1436 f.; Dreier, DÖV 2024, 413, 421; Meyer, JA 2023, 655, 657. Da der Tatbestand der Geheimbündelei für Deutsche im Blick auf Art. 9 Abs. 1 GG als problematisch angesehen wurde (dazu oben A. II. 3. c) aa)), müssen diese Überlegungen auch für EU-Ausländer gelten, sodass EU-Ausländer im Ergebnis Deutschen gleichzustellen sind, vgl. BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 107; NK-Ausländerrecht/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 160.

1509 Vgl. oben A. II. 3. c) aa).

1510 Vgl. Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 151 f.; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 4; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 107; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 11; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 14; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 208, 210. Der Hinweis auf die Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, BT-Drs. 16/5065, S. 212, wonach der Gesetzgeber zwischen § 95 Abs. 1 Nr. 8 und Abs. 2 Nr. 2 AufenthG offensichtlich differenziert habe, ist freilich nur von geringer Durchschlagskraft, vgl. auch Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 194. So lautet die einschlägige Passage: „Die Tathandlung des § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG (Geheimbündelei) soll auch für Unionsbürger strafbar sein. Ein Grund für eine Privilegierung von Unionsbürgern gegenüber Drittstaatsangehörigen ist nicht ersichtlich.“ Zu § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG wird zusätzlich darauf verwiesen, dass die unter Strafe gestellte Handlung auch für Deutsche strafbar sei. Aus dieser Formulierung folgt freilich nicht zwingend, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, der Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG sei nur auf Ausländer anwendbar. Denn ohne Verweis auf § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG sperrte das FreizügG/EU das AufenthG wegen § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG, unabhängig davon, ob § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG als Allgemein- oder als Sonder-

Wortlaut lässt eine solche Beschränkung des Täterkreises freilich nicht erkennen, da er nur daran anknüpft, dass der Täter im Bundesgebiet einer „überwiegend aus Ausländern bestehenden Vereinigung oder Gruppe angehört“, nicht aber, dass er auch selbst Ausländer ist.¹⁵¹¹ Der Zweck der Vorschrift, potenzielle Gefahren, die von entsprechenden Ausländervereinigungen für die Bundesrepublik ausgehen könnten, zu unterbinden, spricht gleichfalls nicht für eine Beschränkung des Täterkreises, da auch Deutsche zur Gefährlichkeit entsprechender Vereinigungen beitragen können.¹⁵¹² Sofern teilweise Bedenken im Blick auf Art. 9 Abs. 1 GG erhoben werden,¹⁵¹³ stehen diese bei näherer Betrachtung einer Strafbarkeit auch von Deutschen nicht entgegen. Zunächst gewährleistet Art. 9 Abs. 1 GG „allen Deutschen“ das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Damit ist bereits fraglich, ob sich Deutsche, die sich *Ausländervereinen* anschließen, die als solche Art. 9 Abs. 1 GG nicht unterfallen, individuell auf Art. 9 Abs. 1 GG berufen können.¹⁵¹⁴ Darüber hinaus spricht auch die Schrankenbestimmung des Art. 9 Abs. 2 GG dafür, dass Deutsche sich durch eine Mitgliedschaft in einer Vereinigung im Sinne des § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG strafbar machen können. Denn nach Art. 9 Abs. 2 GG sind „Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, [...] verboten.“ Zwar ist zutreffend, dass die durch § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG in Bezug genommene Verbotsmöglichkeit nach § 14 Abs. 2 VereinsG in Teilbereichen über diese Schrankenbestimmung hinausgeht, etwa wenn auf „die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 VereinsG) Bezug genommen wird.¹⁵¹⁵ Verfassungsrechtlichen Bedenken lässt sich – sofern der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG überhaupt als eröffnet angesehen wird – freilich begegnen, indem der Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG in verfassungskonformer Auslegung auf die Mitgliedschaft in Vereinigungen oder Gruppen reduziert wird, die bereits nach Art. 9 Abs. 2 GG „verboten“ sind.

delikt gesehen wird. Damit wären Unionsbürger privilegiert, auch gegenüber Drittstaatsangehörigen. Die Interpretation der Gesetzesbegründung als Bestätigung für die Sonderdeliktsstellung des § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG verliert an Überzeugungskraft auch deshalb, weil es dem Gesetzgeber freigestanden hätte, dies im Wortlaut selbst klar zum Ausdruck zu bringen.

1511 Vgl. Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßner, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 194.

1512 Dies erkennt auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 210, an, der jedoch aufgrund der Entstehungsgeschichte einen Sonderdeliktscharakter annimmt.

1513 Etwa Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 152; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 95; Heinrich, ZAR 2003, 166, 172; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 11.

1514 Dagegen etwa Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 81. EL 2017, Art. 9 Rn. 50; siehe auch BVerfG NVwZ 2000, 1281.

1515 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 95.

3. „Ausländereigenschaft“ als besonderes persönliches Merkmal?

Angesichts der Möglichkeit einer Teilnahme von Deutschen an der Begehung von Straftaten nach dem Aufenthaltsgesetz, Freizügigkeitsgesetz/EU und Asylgesetz durch Ausländer stellt sich die Frage, ob es sich bei der den Sonderdeliktsscharakter begründenden „Ausländereigenschaft“ des Haupttäters um ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB handelt, was zu einer Strafmilderung für deutsche Teilnehmer führte. Die Rechtsprechung verneint dies, da die Strafbarkeit nicht auf eine „besondere personale Pflichtenstellung zurückzuführen“ sei.¹⁵¹⁶ Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Zwar ist es gerade die „Ausländereigenschaft“, welche den Ausländer dem migrationsrechtlichen Regelungs- und Kontrollregime unterwirft. Ihm werden Pflichten (Passpflicht, Aufenthaltstitelpflicht, Residenzpflichten, Meldepflichten, Mitwirkungspflichten) auferlegt, welche an seine Staatsangehörigkeit beziehungsweise seinen Status als Asylbewerber anknüpfen. Die Strafbarkeit rekurriert bei den als Sonderdelikten ausgestalteten verwaltungsakzessorischen Tatbeständen wiederum auf Verstöße gegen eben diese Ausländern spezifisch auferlegten Pflichten. Dies könnte dafür sprechen, dass die „Ausländereigenschaft“ eine besondere persönliche Eigenschaft im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB und damit ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB ist.¹⁵¹⁷

Wird aber die in der Rechtsprechung anerkannte Unterscheidung zwischen täterbezogenen persönlichen Merkmalen, die als besondere persönliche Merkmale im Sinne des § 28 StGB einzustufen sind, und tatbezogenen persönlichen Merkmalen, welche nicht § 28 StGB unterfallen,¹⁵¹⁸ zugrunde gelegt, ist für die Beurteilung von entscheidender Bedeutung, ob das in Rede stehende Merkmal im Schwergewicht die Tat oder die Persönlichkeit des Täters kennzeichnet.¹⁵¹⁹ Letzteres ist vor allem dann der Fall, wenn das Merkmal eine besondere Pflichtenstellung höchstpersönlicher Art umschreibt.¹⁵²⁰ Dabei differenziert die Rechtsprechung zwischen vorstrafrechtlichen Sonderpflichten, die eher die Persönlichkeit kennzeichneten und für ein täterbezogenes Merkmal sprächen, und strafrechtlichen Geboten, die an Jedermann gerichtet seien und für ein tatbezogenes Merkmal stritten.¹⁵²¹ Migrationsverwaltungsrechtliche Pflichten treffen Ausländer aufgrund gesetzlicher Regelungen, die an die „Auslän-

1516 BGH NSTZ 1999, 409, 410; ebenso *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 20; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 8; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 49; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 122.

1517 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 159.

1518 Dazu m.w.N. BGH NSTZ 1995, 405; 2020, 493 f. Kritisch sowohl gegenüber der Rechtsprechung als auch der ihr teilweise folgenden Literatur LK-StGB/*Schünemann/Greco*, 13. Aufl. 2020, § 28 Rn. 28 ff.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 27 Rn. 28, 32.

1519 BGH NSTZ 1995, 405; 2020, 493 f.

1520 BGH NSTZ 1995, 493, 494.

1521 BGH NSTZ 1995, 405; 2020, 493, 494.

dereigenschaft“ anknüpfen. Sie sind aber, wie schon die Differenzierung zwischen verschiedenen Ausländergruppen hinsichtlich des Pflichtenprogramms zeigt (EU- und EWR-Bürger, Assoziationsberechtigte, Positivstaater), nicht Ausfluss einer besonderen Pflichtenstellung, die Ausländer aufgrund ihres Ausländer-Seins gegenüber der Allgemeinheit besonders in Anspruch nimmt. Ausländer werden durch das auf Migrationssteuerung ausgerichtete (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AufenthG) verwaltungsrechtliche Pflichtenregime auch nicht in ihrer Persönlichkeit gekennzeichnet. Im Gegenteil: Zwar gilt das Regelungs- und Pflichtenregime nicht für Deutsche; für alle anderen Personen findet es aber – in abgestufter Form – Anwendung, weshalb die Strafvorschriften in einer globalen Perspektive eher als „strafrechtliches Jedermann-Gebot“¹⁵²² zu beschreiben sind, als dass sie an vorstrafrechtliche Sonderpflichten anknüpfen.

Dass diese Auffassung überzeugt, zeigt auch die folgende Kontrollüberlegung: Würde die „Ausländereigenschaft“ als besonderes persönliches Merkmal qualifiziert, wäre die Strafe für einen Teilnehmer mit deutscher Staatsangehörigkeit zu mildern – er wiese das besondere persönliche Merkmal, das durch die persönliche Pflichtenstellung des Ausländers charakterisiert würde, nicht auf. Das Unrecht der Teilnahme wäre in diesem Fall reduziert. Ein Teilnehmer mit ausländischer Staatsangehörigkeit wiese hingegen das besondere persönliche Merkmal der „Ausländereigenschaft“ auf und könnte sich somit nicht auf die Privilegierung des § 28 Abs. 1 StGB berufen. Dabei käme es nicht darauf an, ob der Teilnehmer seinerseits in gleicher Weise migrationsverwaltungsrechtlichen Pflichten unterliegt oder ob er diese erfüllt hat. Schon im Blick auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot müsste davon wiederum eine Ausnahme für EU-Ausländer gemacht werden, es sei denn, es wären Straftatbestände des Freizügigkeitsgesetzes/EU betroffen. Würde eine solche Differenzierung zugelassen, stellte sich zudem die Frage, ob nicht auch Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis anders behandelt werden müssten als Ausländer im Asylverfahren, weil letztere die im Asylgesetz enthaltenen Pflichten treffen, erstere aber nur dem Aufenthaltsgesetz unterliegen. Damit wären erhebliche Wertungswidersprüche verbunden. Diese Gegenüberstellung verdeutlicht daher, dass es sich bei der „Ausländereigenschaft“ um ein tatbezogenes persönliches Merkmal und nicht um ein täterbezogenes Merkmal handelt. Der ausländische Teilnehmer begeht im Verhältnis zum deutschen Teilnehmer kein gesteigertes „Unrecht“ aufgrund einer besonderen Pflichtenstellung.

Zum selben Ergebnis gelangt, wer mit *Roxin* unrechtsunabhängige Schuld-, Verantwortlichkeits- und Strafbarkeitsmerkmale sowie Merkmale, die qualifizierte Pflichtenstellungen zum Ausdruck bringen, als besondere persönliche Merkmale quali-

1522 *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 27 Rn. 61.

fiziert.¹⁵²³ Der Grund für die durch § 28 StGB bewirkte Akzessorietätslockerung bestehe in diesen Fällen darin, dass die Teilnahme eines Anstifters oder Gehilfen, der das Merkmal nicht aufweise, als weniger strafwürdig erscheine.¹⁵²⁴ Denn auch insoweit gilt, dass die „Ausländereigenschaft“ keine im Verhältnis zu Deutschen gesteigerte Pflichtenstellung gegenüber der deutschen Migrationsrechtsordnung begründet. Der Ausländer wird zwar durch von ihm nicht durch Teilhabe am demokratischen Willensbildungsprozess beeinflussbare strafbewehrte Ge- und Verbote in gesteigertem Umfang in Anspruch genommen, erlangt dadurch aber keine qualifizierte Pflichtenstellung gegenüber dem Schutzgut, die bewirkte, dass die Teilnahme eines Deutschen an einer entsprechenden Straftat als weniger strafwürdig erschiene.

4. Strafanwendungsrecht

Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts richtet sich grundsätzlich nach §§ 3 ff. StGB.¹⁵²⁵ Für die meisten Fälle wird von einer Inlandstat (§§ 3, 9 StGB) auszugehen sein, weil Einreise und Aufenthalt notwendigerweise Territorialkontakt voraussetzen und auch gegen die übrigen Strafvorschriften regelmäßig im Inland verstoßen werden wird. Für Teilnehmer liegt eine Inlandstat auch dann vor, wenn die Tat, an der sie sich beteiligen, im Inland begangen ist oder begangen werden sollte.¹⁵²⁶ Schwierigkeiten können insoweit Fälle von Falschangaben im Visumsverfahren bei deutschen Auslandsvertretungen durch Personen bereiten, die den Aufenthaltstitel selbst nicht zur Einreise oder zum Aufenthalt nutzen.¹⁵²⁷ In diesen Fällen fehlt es mangels inländischen Handlungs- oder Erfolgsorts an einer Inlandstat, sodass das deutsche Strafrecht nicht anwendbar ist und eine Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ausscheidet. Denn die deutschen Auslandsvertretungen befinden sich auf fremdem Staatsgebiet und unterfallen daher nicht dem Begriff des Inlands im Sinne von § 3 StGB.¹⁵²⁸

1523 Vgl. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 27 Rn. 51 ff.

1524 Vgl. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 27 Rn. 55.

1525 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 13.

1526 § 9 Abs. 2 Var. 1 StGB.

1527 Im Falle der im Anschluss an die Visumsbeschaffung folgenden Einreise liegt eine Inlandstat vor (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 6 AufenthG, im Falle des Gebrauchs auch § 95 Abs. 2 Nr. 2 Var. 3 AufenthG), vgl. BGH NJW 2012, 2210, 2211; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243, EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 19a.

1528 OLG Köln NSTZ 2000, 39 f.; BayObLG, Beschl. v. 17.5.2000 – 4St RR 55/00, BeckRS 2000, 5012, Rn. 13; vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 115; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 156; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 13, 107; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 149; *Lorenz*, NSTZ 2002, 640, 641; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 247 f. Offengelassen von BGH NJW 2000, 1732, 1736, da der Senat lediglich über die Strafbarkeit von Teilnehmern an entsprechenden Haupttaten zu befinden hatte, die im Inland agiert hatten, sodass sich die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 StGB ergab.

Hinsichtlich der sogenannten EU-Schleusung ist zu berücksichtigen, dass § 96 Abs. 4 AufenthG die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts schon nach seinem Wortlaut unabhängig von den §§ 3 ff. StGB und losgelöst von Tatort und Staatsangehörigkeit des Täters auf sämtliche Handlungen erstreckt, die die Anstiftung oder Beihilfe zu einer unerlaubten Einreise in das oder einem unerlaubten Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates zum Ziel haben.¹⁵²⁹ Insofern enthält § 96 Abs. 4 AufenthG eine unionsrechtlich bedingte¹⁵³⁰ Abweichung vom allgemeinen Strafanwendungsrecht.

II. Einreise- und Aufenthaltsdelikte

Die Einreise- und Aufenthaltsdelikte als erste und zentrale Deliktsgruppe des Migrationsstrafrechts lassen sich ihrerseits in zwei Gruppen unterteilen: Die schlicht unerlaubte Einreise und den schlicht unerlaubten Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG, die an das Fehlen eines Passes, eines Visums oder eines Aufenthaltstitels anknüpfen, einerseits und die qualifizierten Einreise- und Aufenthaltsdelikte, nämlich die unerlaubte Einreise und den unerlaubten Aufenthalt unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot, wie sie in § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG sowie § 9 Abs. 2 FreizügG/EU unter Strafe gestellt sind, andererseits.

1. Schlicht unerlaubte Einreise und unerlaubter Aufenthalt

Die Straftatbestände der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG stellen den Kern des modernen Migrationsstrafrechts dar und sind auch in der Praxis die relevantesten Delikte des gesamten Migrationsstrafrechts.¹⁵³¹ Auch zahlreiche Debatten um die Strafbarkeit von humanitärer Unterstützung, etwa durch Gewährung von Kirchenasyl, Unterkunft, Kleidung, Geldmitteln und medizinischer Versorgung, knüpfen an diese Tatbestände an. Während die unerlaubte Einreise ein aktives Tun voraussetzt, handelt es sich beim unerlaubten Aufenthalt nach überzeugender herrschender Meinung um ein echtes

1529 BGH NStZ-RR 2020, 184; siehe auch BGH, Beschl. v. 14.8.2019 – 5 StR 228/19, BeckRS 2019, 21921, Rn. 9 f.; vgl. Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 89; Stephan, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 40.

1530 Dazu oben C. III. 2. a).

1531 Die Polizeiliche Kriminalstatistik 2024, Grundtabelle – Fälle (V1.0), Zeile 940, Schlüssel 725000, weist 287.339 erfasste Fälle von Straftaten gegen das Aufenthaltsgesetz, das Asylgesetz und das Freizügigkeitsgesetz/EU auf. Davon entfallen allein 177.275 Fälle auf den unerlaubten Aufenthalt in seinen unterschiedlichen Ausprägungen (Schlüssel 725700) und 90.222 auf die unerlaubte Einreise in ihren verschiedenen Ausprägungen (Schlüssel 725100). Damit machen allein die Einreise- und Aufenthaltsdelikte 93,25 % aller polizeilich registrierten Fälle aus. Dies ist vor dem Hintergrund zu erklären, dass diese Delikte aufgrund der hohen polizeilichen Kontrolldichte gerade an Grenzübergangsstellen und an typischen Anlaufpunkten sowie der einfachen Feststellbarkeit von Verstößen gegen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen deutlich häufiger polizeilich erfasst werden als andere migrationsstrafrechtliche Verstöße.

Unterlassungsdelikt.¹⁵³² Der Unrechtsvorwurf knüpft daher nicht an den „Verbleib“, sondern an das Unterlassen zumutbarer Handlungen, von der Mitwirkung an der Passbeschaffung bis zum Verlassen des Bundesgebiets, an.

a) Unerlaubte Einreise

Nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG macht sich zunächst strafbar, wer „entgegen“¹⁵³³ § 14 Abs. 1 Nrn. 1 oder 2 AufenthG in das Bundesgebiet einreist. § 14 Abs. 1 AufenthG regelt, unter welchen Umständen die Einreise eines Ausländers in das Bundesgebiet unerlaubt ist. Nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ist dies zunächst der Fall, wenn der Ausländer einen erforderlichen Pass oder Passersatz nicht besitzt, wobei die Passpflicht in § 3 AufenthG geregelt ist. Nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist eine unerlaubte Einreise ferner dann anzunehmen, wenn der Ausländer einen erforderlichen Aufenthaltstitel nicht besitzt, was sich wiederum nach § 4 AufenthG richtet.¹⁵³⁴ § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG enthält damit zwei unterschiedliche Tatbestandsvarianten, die auseinanderzuhalten sind.

Diese Tatbestandsstruktur wirft Bedenken im Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG auf.¹⁵³⁵ § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG verweist zunächst auf § 14 Abs. 1 Nrn. 1 oder 2 AufenthG, der wiederum auf § 3 AufenthG (passlose Einreise) beziehungsweise § 4 AufenthG (aufenthaltstitellose Einreise) verweist. Diese wiederum regeln, wann ein Ausländer eines Passes beziehungsweise eines Aufenthaltstitels bedarf. Dies erfolgt jedoch nicht abschließend, sondern insbesondere im Falle von § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG unter Verweis auf das Recht der Europäischen Union, die Aufenthaltsverordnung und das Assoziierungsabkommen EWG/Türkei, nach denen Ausnahmen von der Aufenthaltstitelpflicht bestehen, ohne dass freilich näher spezifiziert wäre, welche Vorschriften insoweit im Einzelnen von Bedeutung sind. Der Rechtsanwender muss daher, um strafbares von straffreiem Verhalten abgrenzen

1532 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740 m.w.N.; BGH NStZ 2010, 171, 172; KG NStZ-RR 2002, 220, 221; OLG München NStZ 2013, 484; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 7; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 93; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 272; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 24; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 44; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 36; *Lam*, StV 2005, 464, 465; *Mosbacher*, NStZ 2003, 489, 490; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 52 f.; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 210. Im Einzelnen siehe unten E. II 1. b).

1533 Diese Formulierung ist missglückt, da § 14 Abs. 1 AufenthG gerade die Voraussetzungen der *unerlaubten* Einreise definiert, sodass der Ausländer nicht „entgegen“, sondern „im Sinne von“ § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 unerlaubt einreist, vgl. auch *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 54. Deshalb für die Verfassungswidrigkeit der Norm im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG plädierend *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 117.

1534 Dazu im Einzelnen oben C. I.

1535 Vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 15 f.; NK-Ausländerrecht/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 69; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 132: „Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz liegt diese gesetzliche Konstruktion im Grenzbereich des Bedenklichen.“

zu können, in Erfahrung bringen, welche Regelungen im konkreten Fall Anwendung finden und ob nach diesen möglicherweise eine Ausnahme von der Aufenthaltstitelpflicht besteht.

Die Frage, ob eine Strafvorschrift gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt und deshalb verfassungswidrig ist, bestimmt sich unter Berücksichtigung des Adressatenkreises und der jeweiligen Regelungsalternativen.¹⁵³⁶ Da die entsprechenden Strafvorschriften Ausländer adressieren, von denen die detaillierte Kenntnis des deutschen und europäischen Migrationsverwaltungsrechts nicht erwartet werden kann, erscheinen die Zweifel an der Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG jedenfalls nicht unbegründet. Zugleich darf nicht übersehen werden, dass die Alternative zu der in § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG enthaltenen Verweisung auf die Aufenthaltsverordnung, das Unionsrecht und das Assoziationsrecht eine Inkorporation der entsprechenden Bestimmungen mindestens in § 4 AufenthG wäre. Dies kann jedoch schon aus Gründen der Übersichtlichkeit nicht als vorzugswürdige Regelungsalternative eingeordnet werden. Hinzu kommt, dass die Verweisung auf das Unionsrecht dem Umstand Rechnung trägt, dass sich die entsprechenden Vorschriften im Zeitverlauf ändern können, wie sich nicht zuletzt im Zuge des Ukraine-Krieges gezeigt hat.¹⁵³⁷ Bei der vorzunehmenden Gesamtbewertung darf schließlich die Regulationsstruktur des § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG (aber auch des § 3 AufenthG) nicht übersehen werden. Denn diese statuieren im Grundsatz zunächst einmal die entsprechende Pflicht – Pass- oder Aufenthaltstitelpflicht – und damit das Grundprinzip, das für sämtliche Ausländer, die dem Aufenthaltsgesetz unterliegen, gilt: Sie benötigen für die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet grundsätzlich einen Pass und einen Aufenthaltstitel. Damit ist für die Normadressaten der Grundsatz ihrer Pass- und Aufenthaltstitelpflicht von vornherein klar aus dem Gesetz erkennbar. Ebenfalls eindeutig erkennbar ist für sie, dass es Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt und aus welchen Rechtsquellen diese sich ergeben können. Lediglich für diese *Ausnahmen* wird auf Verwaltungs-, Unions- und Assoziationsrecht verwiesen. Zwar ist auch die Kenntnis dieser Ausnahmen erforderlich, um den Bereich des strafbaren vom nicht-strafbaren Verhalten unterscheiden zu können. Allerdings ist es dem Normadressaten im Blick auf die Regulationsstruktur zuzumuten, im Angesicht des statuierten Grundsatzes die entsprechenden Rechtsvorschriften, die in ihrem konkreten Einzelfall einschlägig sind, in Erfahrung zu bringen. So ist einerseits zutreffend, dass Ausländer keine Spezialisten der Rechtsmaterie sein werden, sodass der Gesetzgeber gehalten ist, die entsprechenden Vorschriften in einer Weise zu fassen, die es den Normadressaten ermöglicht, diese mit angemessenem Ressourceneinsatz erfassen zu können. Andererseits darf in die Gesamtbewertung aber auch eingestellt werden, dass nach der Gesamtkonzeption des Migrationsverwaltungsrechts dem Zugang

1536 Dazu oben D. II. 2.

1537 Dazu oben C. I. 2. b) aa) und cc).

zum Bundesgebiet begehenden Ausländer grundsätzlich zugemutet wird, bestimmte Verwaltungsverfahren zu durchlaufen, sodass jedenfalls nicht von vornherein anzunehmen ist, eine Obliegenheit, sich über die für den Betroffenen geltenden möglichen Ausnahmetatbestände kundig zu machen, sei unzumutbar. Insoweit besteht trotz des deutlich anders strukturierten Adressatenkreises eine Parallele zu anderen verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen. Verbleibenden Unsicherheiten kann durch Anwendung der strafrechtlichen Irrtumsregelungen (§§ 16 Abs. 1, 17 StGB) Rechnung getragen werden.

aa) Verstoß gegen die Passpflicht

Ein Verstoß gegen die Passpflicht setzt zunächst voraus, dass überhaupt eine Passpflicht nach § 3 AufenthG besteht. Grundsätzlich besteht diese für jeden Ausländer, der dem Anwendungsbereich des Aufenthaltsgesetzes unterfällt, wenn sie nicht durch Rechtsverordnung oder im Einzelfall gemäß § 3 Abs. 2 AufenthG suspendiert ist. Zudem ist das Absehen von der Passpflicht nach § 5 Abs. 3 AufenthG i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG zu beachten.¹⁵³⁸ Die Einreise mit einem falschen oder einem fremden Pass ist dabei ebenso wie die Einreise ohne jeden Pass als unerlaubte Einreise zu qualifizieren; anders liegt der Fall freilich bei einem durch unrichtige oder unvollständige Angaben erlangten Pass.¹⁵³⁹ Dies ergibt sich bei einer verständigen Auslegung des § 3 Abs. 1 AufenthG („wenn *sie* einen anerkannten und gültigen Pass oder Passersatz *besitzen*“). Der falsche Pass genügt schon den Merkmalen „anerkannt“ und „gültig“ nicht. Hinsichtlich des fremden Passes kann diesen zwar auch „besitzen“, wer nicht Passinhaber ist. Jedoch zielt das Merkmal ersichtlich darauf ab, die Zugriffsmöglichkeit auf den Pass zu umschreiben und nicht den „Besitz“ irgendeines Passes. Der Regelungszusammenhang („wenn sie ... besitzen“) verdeutlicht, dass es darum geht, dass Ausländer die Möglichkeit haben müssen, auf *ihren* – also auf einen anerkannten und gültigen, auf sie selbst ausgestellten – Pass zuzugreifen.¹⁵⁴⁰

Für Asylsuchende gilt, dass ein Nachsuchen um Asyl *vor* der Einreise die Passpflicht entfallen lässt, weil die kraft Gesetzes eingreifende Aufenthaltsgestattung diese insoweit suspendiert.¹⁵⁴¹ Reisen Asylsuchende dagegen ohne Pass oder Passersatz zunächst in das Bundesgebiet ein und äußern ihr Asylbegehren erst im Inland, liegt eine tatbestandlich unerlaubte Einreise unter Verstoß gegen die Passpflicht vor; die nachträgliche Asylantragstellung lässt die einmal verwirklichte unerlaubte

1538 Zum Ganzen oben C. I. 2. a).

1539 Vgl. Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 78.

1540 Im Ergebnis übereinstimmend MK-StGB/*Gerike*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 52; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 31; vgl. auch *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 140 ff.

1541 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2008 – 5 Ss 122–80/08, BeckRS 2012, 8473. Siehe oben C. I. 2. a).

Einreise nicht entfallen.¹⁵⁴² In Betracht kommt allerdings nach der hier vertretenen Auffassung eine Rechtfertigung nach Art. 31 Abs. 1 GFK.¹⁵⁴³ Dass in der passlosen Einreise eines Asylsuchenden eine rechtswidrige unerlaubte Einreise liegen soll, stößt im Blick auf den internationalen Flüchtlingsschutz auf Bedenken. Regelmäßig wird Menschen auf der Flucht keine Gelegenheit bleiben, sich vor ihrer Ausreise aus dem Heimatstaat um einen Pass zu bemühen. In den Hauptherkunftsstaaten der Flüchtlinge ist, wie in vielen Staaten weltweit, der Besitz eines Passes keine Selbstverständlichkeit.¹⁵⁴⁴

Das Argument von *Gericke*, die Strafbarkeit auch von Flüchtlingen sei angemessen, „weil die Asylbewerber Rechtsschutz erlangen können, ohne die Grenzbehörden zu umgehen, indem sie unmittelbar bei der Einreise an der Grenze einen Asylantrag stellen [...]“,¹⁵⁴⁵ überzeugt nicht. Zum einen haben insbesondere geschleuste Flüchtlinge keine Möglichkeit, frei über die Nutzung von Grenzübergangsstellen zu entscheiden, sodass für diese Gruppe schon faktisch keine Möglichkeit besteht, unmittelbar bei der Einreise einen Asylantrag zu stellen. Zum anderen liegt dieser Auffassung die Vorstellung zugrunde, offizielle Grenzübergänge seien jederzeit mit Bundespolizisten besetzt. Tatsächlich sind im Schengen-Raum stationäre Grenzkontrollstellen an Binnengrenzen weitgehend abgeschafft. Selbst die „vorübergehenden Kontrollen an allen deutschen Außengrenzen“, welche im Sommer 2024 eingeführt und mehrfach verlängert wurden, sind ganz überwiegend nur stichprobenartige Kontrollen („gezielte, lageangepasste, örtlich und zeitlich flexible“ Kontrollen) im grenznahen Bereich, die zudem nicht lückenlos erfolgen.¹⁵⁴⁶ Vor diesem Hintergrund trifft *Gericke*s Auffassung nur noch auf Grenzkontrollen an Flughäfen zu – und dort auch nur, wenn die Einreise von außerhalb des Schengen-Raumes erfolgt.¹⁵⁴⁷

Da die Aufenthaltsgestattung für Asylbewerber die Passpflicht für die Dauer ihrer Geltung suspendiert, ist auch die kurzfristige Aus- und Wiedereinreise mit einer Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung nicht als unerlaubte Einreise unter Verstoß gegen die Passpflicht zu qualifizieren. Zwar berechtigt die Bescheinigung ausweislich § 64 Abs. 2 AsylG nicht zum Grenzübertritt; die Passpflicht lebt jedoch für die Dauer der Gültigkeit der Aufenthaltsgestattung nicht wieder auf. Die Erlöschensgründe der Aufenthaltsgestattung sind in § 67 Abs. 1 AsylG geregelt, wobei das

1542 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 55.

1543 Siehe oben C. IV. 2.

1544 Vgl. UNODC, Global Study on Smuggling of Migrants, 2018, 38; *Franko*, The Crimmigrant Other, 2020, 27 f.

1545 MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 55.

1546 Vgl. *Kinkartz*, Deutschland: Wie funktionieren die neuen Grenzkontrollen?, Deutsche Welle v. 17. September 2024, abrufbar unter: <<https://www.dw.com/de/wie-funktionieren-die-neuen-grenzkontrollen-in-deutschland/a-70233925>>.

1547 Zum Begriff der Einreise sogleich unten E. II. 1. a) cc).

(freiwillige) Verlassen des Bundesgebietes nicht aufgeführt ist. Dementsprechend ist jedenfalls bei nur kurzfristiger Aus- und anschließender Wiedereinreise keine unerlaubte Einreise des Asylbewerbers anzunehmen.¹⁵⁴⁸ Dies ist auch in teleologischer Hinsicht überzeugend: Der registrierte Asylbewerber gefährdet durch seine passlose Wiedereinreise keine der durch § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG nach Auffassung der herrschenden Meinung geschützten Interessen, insbesondere das Interesse an der Feststellung der Identität und der raschen Durchsetzbarkeit von Rückführungsentscheidungen wird nach erstmaliger Registrierung nicht negativ tangiert.

Anders sind aber die Fälle zu beurteilen, in denen ein ausreisepflichtiger, aber geduldeter Ausländer mit einer als Ausweisersatz bezeichneten Duldung aus- und wiedereinreist. Denn die Passpflicht wird zwar (für den Aufenthalt im Bundesgebiet) nach § 3 Abs. 1 Satz 2 AufenthG auch durch den Besitz eines Ausweisersatzes nach § 48 Abs. 2 AufenthG erfüllt, zu dem auch die als Ausweisersatz bezeichnete Duldung gehört. Nach § 60a Abs. 5 Satz 1 AufenthG erlischt die Duldung jedoch mit der Ausreise des Ausländers, sodass zum Zeitpunkt der Wiedereinreise ein gültiger Ausweisersatz nicht mehr existiert.¹⁵⁴⁹

bb) Verstoß gegen die Aufenthaltstitelpflicht

Ein Verstoß gegen die Aufenthaltstitelpflicht setzt gleichfalls voraus, dass der Ausländer überhaupt eines Aufenthaltstitels bedarf. Wann dies der Fall ist, wurde bereits ausführlich dargelegt.¹⁵⁵⁰ Grundsätzlich ist an die „Erforderlichkeit“ eines Aufenthaltstitels ein objektiver Maßstab anzulegen.¹⁵⁵¹

Hinsichtlich der sogenannten Negativstaater ist zu beachten, dass nach der vom Bundesgerichtshof vertretenen und hier geteilten Auffassung aufgrund der Verwaltungsakzessorietät des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG auch *rechtswidrige* aber *wirksame* Aufenthaltstitel grundsätzlich Tatbestandswirkung entfalten, und zwar auch dann, wenn es sich um Aufenthaltstitel handelt, die von den Behörden eines anderen Schengen-Staates ausgestellt worden sind.¹⁵⁵² Durchbrochen wird dieser Grundsatz durch § 95 Abs. 6 AufenthG. Danach steht einem Handeln ohne erforderlichen Aufenthaltstitel ein Handeln auf Grund eines durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Aufenthaltstitels gleich. Die Erteilung des Aufenthaltstitels muss also kausal auf ein

1548 AG Aachen MDR 1995, 627, 628; daran anschließend BayObLG, Beschl. v. 15.5.1998 – 4 St RR 69/98, Rn. 24 (juris). Anders OLG Köln, Beschl. v. 19.4.1996 – Ss 105/96, BeckRS 1996, 121492, Rn. 1; LG Freiburg (Breisgau), Beschl. v. 28.9.2018 – 3 Qs 98/17, Rn. 7 (juris); vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 78; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 52.

1549 BayObLG NSZ-RR 2005, 20; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 52.

1550 Vgl. oben C. I. 2.

1551 BGH NSTZ-RR 2021, 190, sowie oben D. I. 2.

1552 Dazu eingehend oben D. I. 2.

rechtsmissbräuchliches Verhalten des Ausländers oder eines Dritten – wobei dann Kenntnis des Aufenthaltstitelinhabers zu verlangen ist – zurückzuführen sein.¹⁵⁵³ Ist dies der Fall, findet § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG trotz Vorhandenseins eines verwaltungsrechtlich wirksamen¹⁵⁵⁴ Aufenthaltstitels Anwendung auf die Einreise des betreffenden Ausländers. § 95 Abs. 6 AufenthG ist also kein eigenständiger Tatbestand, sondern erweitert den Anwendungsbereich des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG.¹⁵⁵⁵ Da auch unrichtige oder unvollständige Angaben bewirken, dass der eigentlich wirksame Aufenthaltstitel keine Legalisierungswirkung entfalten kann, machen sich auch Personen strafbar, die bereits *bei Beantragung* des Aufenthaltstitels beabsichtigen, zu einem anderen als zu dem nach dem beantragten Aufenthaltstitel zulässigen Zweck oder für längere als nach dem beantragten Aufenthaltstitel zulässige Zeit in die Bundesrepublik einzureisen.¹⁵⁵⁶

Hinsichtlich der sogenannten Positivstaater gilt, dass sie für Kurzaufenthalte von bis zu 90 Tagen grundsätzlich¹⁵⁵⁷ keines Aufenthaltstitels bedürfen. Teilweise wird vertreten, dass die Befreiung von der Aufenthaltstitelpflicht dann entfalle, wenn der Ausländer noch vor seiner Einreise beabsichtige, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder über 90 Tage hinaus im Bundesgebiet zu verbleiben.¹⁵⁵⁸ Tatsächlich sieht Art. 6 Abs. 3 VO (EU) 2018/1806 vor, dass Mitgliedstaaten für Personen, die *während* ihres Aufenthalts einer Erwerbstätigkeit nachgehen, Ausnahmen von der Befreiung von der Visumpflicht vorsehen können. Eine solche Ausnahmeregelung ist in § 17 Abs. 1 AufenthV getroffen worden.¹⁵⁵⁹ Allerdings bezieht sich diese nach ihrem Wortlaut – und im Einklang mit Art. 6 Abs. 3 VO (EU) 2018/1806 („die *während* ihres Aufenthalts einer Erwerbstätigkeit *nachgehen*“) – nicht auf Fälle, in denen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit *geplant* oder *beabsichtigt* ist, sondern auf Personen, „sofern sie im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben“. Angeknüpft wird also an die

1553 Vgl. *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 141; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 19a.

1554 BGH NJW 2012, 2210, 2211; vgl. *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 141.

1555 BGH NJW 2012, 2210, 2211.

1556 BGH NJW 2012, 2210, 2211; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 53.

1557 Siehe aber die Konstellation des Fehlens eines biometrischen Passes BGH, Beschl. v. 22.4.2020 – 2 StR 329/19, BeckRS 2020, 12388.

1558 So MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 53; aus aufenthaltsrechtlicher Perspektive Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 50, unter Berufung auf einen Teil der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung; *Schott*, *Einschleusen von Ausländern*, 2. Aufl. 2011, 157 f.

1559 § 17 Abs. 1 AufenthV lautet: „Für die Einreise und den Kurzaufenthalt sind die Personen nach Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2018/1806 in der jeweils geltenden Fassung und die Inhaber eines von einem Schengen-Staat ausgestellten Aufenthaltstitels oder nationalen Visums für den längerfristigen Aufenthalt vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels nicht befreit, sofern sie im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben.“

bereits erfolgende Erwerbstätigkeit.¹⁵⁶⁰ Bis zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bleibt es daher bei der Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels, sodass eine unerlaubte Einreise nicht vorliegt.¹⁵⁶¹ Nehmen diese Personen während ihres Aufenthalts eine Erwerbstätigkeit auf, kommt eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts in Betracht, da sie in diesem Moment aufenthaltstitelpflichtig und, sofern sie keinen Aufenthaltstitel beantragt haben, zudem gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 AufenthG vollziehbar ausreisepflichtig werden.¹⁵⁶² Dementsprechend kommt es für die strafrechtliche Beurteilung nicht auf die Absicht, sondern auf das objektive Verhalten eines Positivstaaters an.¹⁵⁶³

Ähnlich wie bei der passlosen Einreise gilt auch für die aufenthaltstitellose Einreise, dass der Tatbestand von einem ausreisepflichtigen, aber geduldeten Ausländer erfüllt wird, wenn er aus dem Bundesgebiet aus- und wiedereinreist. Einen Aufenthaltstitel besitzt er nämlich nicht, da die Duldung gerade keinen solchen begründet. Zudem erlischt sie mit der Ausreise.¹⁵⁶⁴ Bei Flüchtlingen fehlt es an der Unerlaubtheit der Einreise, wenn sie vor der Einreise um Asyl nachgesucht haben und ihnen die Einreise gestattet wurde (§§ 18 Abs. 1, 18a Abs. 6 AsylG); im Übrigen ist an Art. 31 Abs. 1 GFK zu denken, der die unerlaubte Einreise rechtfertigt.¹⁵⁶⁵

cc) Einreise

(1) Begriff der Einreise

An zugelassenen Grenzübergangsstellen ist die Einreise nach § 13 Abs. 2 Satz 1 AufenthG erst erfolgt, wenn die Grenzübergangsstelle passiert ist. Andernfalls ist die Einreise nach § 13 Abs. 2 Satz 3 AufenthG mit Passieren der Grenze erfolgt. Einen Sonderfall stellt die sogenannte Fiktion der Nichteinreise nach § 13 Abs. 2 Satz 2 AufenthG dar. Danach soll eine Einreise nicht vorliegen, wenn „die mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs beauftragten Behörden

1560 BGH NStZ-RR 2021, 190; BGH, Urt. v. 17.8.2022 – 2 StR 231/21, BeckRS 2022, 28806, Rn. 10; BGH, Beschl. v. 12.12.2023 – 3 StR 278/23, BeckRS 2023, 41773; BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. 11; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 47; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 16a. Insofern missverständlich Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 156.

1561 Vgl. Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 6.

1562 BGH NStZ 2005, 407; 2017, 478; BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. 11; BayObLG, Beschl. v. 20.12.2004 – 4 StR 184/04, BeckRS 2005, 2420; OLG Oldenburg, Beschl. v. 15.12.2021 – 1 Ss 192/21, BeckRS 2021, 40476, Rn. 20; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 47.

1563 Vgl. Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 46. Anders LG Hof, Urt. v. 20.4.2017 – 5 KLS 354 Js 1442/16 (2), BeckRS 2017, 155561, Rn. 56 ff.

1564 BayObLG NStZ-RR 2005, 20; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 82; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 147 f.

1565 Vgl. dazu im Einzelnen oben C. I. 3., II. 1., IV. 2.

einen Ausländer vor der Entscheidung über die Zurückweisung [...] oder während der Vorbereitung, Sicherung oder Durchführung dieser Maßnahme die Grenzübergangsstelle zu einem bestimmten vorübergehenden Zweck passieren [lassen], [...] solange ihnen eine Kontrolle des Aufenthalts des Ausländers möglich bleibt.“ Der *tatsächlich* im Bundesgebiet befindliche Ausländer ist dann *rechtlich* nicht eingereist.¹⁵⁶⁶ Für die Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG folgt daraus, dass eine vollendete Tat nicht in Betracht kommt, weil die Einreise nicht vollendet worden ist. Wird dem Ausländer anschließend die Einreise etwa nach § 18 AsylG gestattet, liegt keine unerlaubte Einreise mehr vor.¹⁵⁶⁷

Bei Einreisen auf dem Landweg kommt es nach dieser Regelung für die Tatvollendung darauf an, ob entweder die Grenzübergangsstelle passiert oder die Grenze an einer anderen Stelle überquert worden ist.¹⁵⁶⁸ Ein Passieren der Grenzübergangsstelle ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erst dann anzunehmen, wenn die Grenzübergangsstelle räumlich verlassen wurde; bis zu diesem Zeitpunkt liegt nur ein Versuch der Einreise vor.¹⁵⁶⁹ Bei Zugreisen soll es nach der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz darauf ankommen, ob eine Kontrolle im Zug stattfindet oder nicht. Im ersten Fall soll die Einreise erst dann erfolgt sein, wenn sich der Zug auf deutschem Hoheitsgebiet befindet, die grenzpolizeiliche Kontrolle im Zug beendet wurde und die Kontrollbeamten den Zug verlassen haben; im zweiten Fall sei die Einreise mit Überfahren der Grenzlinie erfolgt.¹⁵⁷⁰ Diese Differenzierung scheint sachgerecht. Die kontrollierte Fahrt zwischen dem letzten Bahnhof vor der deutschen Grenze und dem ersten Bahnhof im Bundesgebiet ist mit dem Passieren einer Grenzübergangsstelle durchaus vergleichbar.

Erfolgt die Einreise auf dem Luftweg, gilt bei Einreise von außerhalb des Schengen-Raumes gleichfalls, dass die Grenzübergangsstelle passiert werden muss, sodass § 13 Abs. 2 Satz 1 AufenthG Anwendung findet.¹⁵⁷¹ Bei Einreisen von innerhalb des Schengen-Raumes bestehen dagegen grundsätzlich keine Grenzkontrollen mehr, da der Flughafen als Binnengrenze gilt (Art. 2 Nr. 1 lit. b) SGK), sodass hier entspre-

1566 Vgl. Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 13 AufenthG Rn. 15.

1567 BGH NSTZ 2022, 239, 241; OLG Bamberg NSTZ 2015, 404, 405 f.

1568 Eine Liste der Grenzübergangsstellen während angeordneter Grenzkontrollen an den Schengen-Binnengrenzen ist abrufbar unter: <<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/liste-grenzuebergangsstellen.html>>.

1569 BGH, Beschl. v. 1.8.2012 – 4 StR 226/12, BeckRS 2012, 17665; siehe auch BayObLG NSTZ 1996, 287; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 51; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, III; siehe auch Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 13 AufenthG Rn. 9.

1570 13.2.7 AVV AufenthG. So auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 103. Nach GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 116, soll bei fehlender Grenzkontrolle im Zug „spätestens mit dem Erreich des ersten Halts im Bundesgebiet“ von einer Vollendung auszugehen sein.

1571 Vgl. auch Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 13 AufenthG Rn. 10 f.

chend § 13 Abs. 2 Satz 3 AufenthG bereits dann eine Einreise anzunehmen ist, wenn der Ausländer den deutschen Flughafen betritt.¹⁵⁷²

Bei Einreisen auf dem Seeweg greift § 13 Abs. 2 AufenthG gleichfalls ein. Soll die Einreise an einer zugelassenen Grenzübergangsstelle in einem dafür vorgesehenen deutschen Hafen erfolgen, ist die Einreise erst mit Passieren der Grenzübergangsstelle erfolgt; soll die Grenzübergangsstelle dagegen umgangen werden, ist bereits die Einfahrt in das deutsche Küstenmeer als vollendete Einreise zu qualifizieren.¹⁵⁷³

(2) Vollendung und Beendigung

Mit der Einreise ist die unerlaubte Einreise zugleich voll- und beendet.¹⁵⁷⁴ Die unerlaubte Einreise ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet, bei dem es keines über die abgeschlossene Einreise hinausgehenden Zweckes bedarf, insbesondere keiner „gesicherten Einreiseposition“.¹⁵⁷⁵ Die Rechtswirkungen der Einreise treten bereits mit Abschluss des Einreisevorgangs ein, insbesondere kann der Ausländer ab diesem Zeitpunkt nicht mehr nach § 15 AufenthG zurückgewiesen, sondern allenfalls nach § 57 AufenthG zurückgeschoben werden, wobei die Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 1 bis 5 AufenthG greifen (§ 57 Abs. 3 AufenthG). Teilweise wird demgegenüber argumentiert, aus § 2 Abs. 2 Nr. 3 BPolG ergebe sich, dass die unerlaubte Einreise eine Beendigungsphase voraussetze, da die Bundespolizei nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 BPolG i.V.m. § 71 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG befugt sei, unerlaubt Eingereiste bis zu 30 Kilometer von der Grenze im Inland festzustellen und Betroffene zurückzuschieben. Daraus folge, dass schon das Gesetz eine Phase zwischen vollendeter unerlaubter Einreise und beendeter Einreise anerkenne, wobei die Beendigung erst mit einer „gewisse[n] Sicherung“ des mit der Einreise einsetzenden Aufenthalts eintrete. Dies sei der Fall, sobald nicht mehr mit Zurückschiebungen durch die Bundespolizei gerechnet werden müsse.¹⁵⁷⁶

1572 BGH NStZ 2022, 239, 240; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 81; Bodenkontakt verlangt GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 99; ebenso GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 122.

1573 So 13.2.6.2 AVV AufenthG; *Kolber*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 13 AufenthG Rn. 14. Anders GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 100 ff., der die Einreise jeweils erst mit Bodenkontakt als verwirklicht ansieht. Differenzierend GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 118 f.

1574 BGH, Beschl. v. 4.5.2016 – 3 StR 358/15, BeckRS 2016, 12555, Rn. 19; BayObLG NStZ-RR 1999, 314, 315; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 51; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 121; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 90; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 99.

1575 So aber *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 118 ff.

1576 Vgl. *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 119. Noch weiter geht *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 154, der die unerlaubte Einreise als Dauerdelikt ansieht, das erst mit Ausreise beendet werde.

Eine solche Streckung des Einreisevorgangs ist nicht überzeugend, weil § 2 Abs. 2 Nr. 3 BPolG i.V.m. § 71 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG lediglich die Zuständigkeit der Bundespolizei für Zurückschiebungen regelt, ohne dass nach Verlassen des grenznahen Bereichs eine Zurückschiebung ausgeschlossen wäre. Ab diesem Moment wechselt lediglich die Zuständigkeit auf die Ausländerbehörden sowie die Polizeien der Länder, wie sich aus § 71 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 AufenthG ergibt. Von einer „Sicherung“ des Aufenthalts kann dementsprechend auch nach Verlassen des grenznahen Bereichs keine Rede sein. Unabhängig davon, dass die Gegenposition schon mit Blick auf die gesetzliche Systematik nicht überzeugt, kommt hinzu, dass sie eine Ausdehnung der Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG zur Folge hätte. Denn während die Hilfeleistung zum unerlaubten Aufenthalt nur dann als Einschleusen von Ausländern mit einem deutlich erhöhten Strafraum bedroht wird, wenn der Täter dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt, genügt beim Hilfeleisten zur unerlaubten Einreise bereits das wiederholte Handeln oder das Handeln zugunsten von mehreren Ausländern. Wer also innerhalb Deutschlands Personen, die unerlaubt eingereist sind, im grenznahen Bereich altruistisch motivierte Hilfe leistet, wäre nach der Gegenauffassung – jedenfalls soweit eine sukzessive Hilfeleistung für möglich gehalten wird – als Schleuser zu bestrafen, wenn er dies wiederholt oder zugunsten von mindestens zwei Ausländern tut.¹⁵⁷⁷ Schon die gesetzgeberische Differenzierung zwischen Einreise und Aufenthalt, die im Rahmen des § 96 Abs. 1 AufenthG auf Drängen der Kirchen und karitativer Verbände gerade auch deshalb erfolgt ist, um altruistische Hilfeleistungen im Inland aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift auszuschließen,¹⁵⁷⁸ spricht gegen die Ausdehnung der Beendigungsphase.¹⁵⁷⁹

dd) Weiteres

Im subjektiven Tatbestand setzt § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG (auch in Verbindung mit Abs. 6) jeweils mindestens bedingten Vorsatz voraus.¹⁵⁸⁰ Der Versuch der unerlaubten Einreise ist nach § 95 Abs. 3 AufenthG strafbar. Die Abgrenzung von straflosen Vorbereitungshandlungen und strafbarem Versuch ist im Einzelfall vorzunehmen. Das unmittelbare Ansetzen zur Tat wird im Blick darauf, dass es dem Täter um die Einreise in das *Bundesgebiet* gehen muss, unter Rückgriff auf die übliche Abgrenzungsformel („im ungestörten Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden“¹⁵⁸¹) erst dann angenommen werden können, wenn die Einreise unmittelbar bevorsteht. Bei Einreisen auf dem Luftweg

1577 Zu den Merkmalen des § 96 Abs. 1 AufenthG im Einzelnen vgl. unten E. V.

1578 Vgl. oben A. II. 6. a).

1579 Wie hier *Kretschmer*, *Ausländerstrafrecht*, 2012, § 4 Rn. 121.

1580 Vgl. § 15 StGB.

1581 Lackner/Kühl/Heger/Heger, *StGB*, 31. Aufl. 2025, § 22 Rn. 4 m.w.N.

von außerhalb des Schengen-Raumes wird dies erst der Fall sein, wenn sich der Ausländer anschickt, den Transitbereich des Flughafens zu verlassen.¹⁵⁸² Innerhalb des Schengen-Raumes finden Grenzkontrollen auch an Flughäfen in der Regel nicht statt, sodass bereits mit dem Betreten des Flughafens eine vollendete Einreise vorliegt.¹⁵⁸³ Dementsprechend wäre der Versuchsbeginn hier spätestens mit Verlassen des Flugzeugs anzunehmen; das Boarding am Abflugort ist dagegen noch eine straflose Vorbereitungshandlung, da das Verlassen des Flugzeugs am Zielflughafen als wesentlicher Zwischenschritt zu sehen ist. Erfolgt die Einreise auf dem Landweg mit öffentlichen Verkehrsmitteln (Bus und Bahn), wird der Versuchsbeginn mit Abfahrt von der letzten Haltestelle beziehungsweise vom letzten Bahnhof vor Grenzquerung anzunehmen sein. In allen übrigen Fällen, insbesondere bei einer Einreise mit dem Kraftfahrzeug oder zu Fuß, wird auf das Erreichen des grenznahen Bereichs, das ein Überqueren der Grenze in unmittelbarem zeitlich-örtlichen Zusammenhang ermöglicht, abzustellen sein.¹⁵⁸⁴ Bei Einreisen auf dem Seeweg kann der Versuchsbeginn mit dem Beginn der Einfahrt in das deutsche Küstenmeer (12-Meilen-Zone) angenommen werden. Mit dem sich anschließenden unerlaubten Aufenthalt steht die unerlaubte Einreise in Idealkonkurrenz; gleiches gilt für Urkundendelikte, sofern die Einreise unter Vorlage entsprechender Urkunden erfolgt.¹⁵⁸⁵

b) Unerlaubter Aufenthalt

Nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG macht sich strafbar, wer sich entgegen § 3 Abs. 1 i.V.m. § 48 Abs. 2 AufenthG im Bundesgebiet aufhält. Unter Strafe steht damit der Aufenthalt im Bundesgebiet ohne gültigen Pass oder Passersatz. § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG bedroht dagegen denjenigen mit Strafe, der sich ohne erforderlichen Aufenthaltstitel (§ 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG) im Bundesgebiet aufhält. Erforderlich ist allerdings, dass die Person vollziehbar ausreisepflichtig ist, ihr eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist und ihre Abschiebung nicht ausgesetzt ist. Beide Varianten des unerlaubten Aufenthalts bedürfen näherer Betrachtung. Sie sind trotz der Komplexität der in Bezug genommenen Vorschriften mit dem Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar, weil sich die Anforderungen an den erlaubten Aufenthalt durch die präzise Bezugnahme auf die einschlägigen migrationsverwaltungsrechtlichen Vorschriften und das auch insoweit einschlägige

1582 Vgl. *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 23.

1583 Dazu oben E. II. 1. a) cc) (1).

1584 Da an den Binnengrenzen innerhalb des Schengen-Raumes grundsätzlich keine Grenzkontrollen mehr stattfinden und selbst während der temporär angeordneten Grenzkontrollen nur stichprobenartig kontrolliert wird (siehe oben E. II. 1. a) aa)), spielt es im Grundsatz keine Rolle, an welcher Stelle der Grenzübertritt erfolgen soll.

1585 Vgl. *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 25.

Regel-Ausnahme-Verhältnis bezüglich Pass- und Aufenthaltstitelpflicht eindeutig aus dem Gesetz selbst ergeben.¹⁵⁸⁶

aa) Verstoß gegen die Passpflicht

Im Blick auf einen Verstoß gegen die Passpflicht (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) gelten zunächst die Ausführungen zur passlosen unerlaubten Einreise entsprechend. Anders als die passlose unerlaubte Einreise ist der passlose unerlaubte Aufenthalt jedoch ein Dauerdelikt, das erst durch Ausreise, Pass-, Passersatz- oder Ausweisersatzbeschaffung oder aber eine rechtskräftige Verurteilung vollendet wird.¹⁵⁸⁷ Voraussetzung einer Strafbarkeit ist dabei zunächst das Bestehen einer Passpflicht nach § 3 AufenthG. Die Ausführungen zur Strafbarkeit von Flüchtlingen wegen passloser Einreise lassen sich dabei übertragen: Sofern bereits vor oder bei der Einreise um Asyl nachgesucht wird, suspendiert die Aufenthaltsgestattung die Pass- und Aufenthaltstitelpflicht für die Dauer des Asylverfahrens. Erfolgt eine Asylantragstellung erst nach der Einreise, greift nach der hier vertretenen Position¹⁵⁸⁸ auch für den zwischenzeitlich erfolgten passlosen Aufenthalt Art. 31 Abs. 1 GFK als Rechtfertigungsgrund ein, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.

Für die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts unter Verstoß gegen die Passpflicht ist allerdings zusätzlich § 3 Abs. 1 Satz 2 AufenthG zu beachten, der bestimmt, dass Ausländer für den Aufenthalt im Bundesgebiet die Passpflicht auch durch den Besitz eines Ausweisersatzes nach § 48 Abs. 2 AufenthG, also durch die Bescheinigung über einen Aufenthaltstitel oder die Aussetzung der Abschiebung, die als Ausweisersatz bezeichnet sein muss, erfüllen, sofern sie einen Pass oder Passersatz weder besitzen noch in zumutbarer Weise erlangen können. § 64 Abs. 1 AsylG stellt die Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung dabei dem Ausweisersatz gleich. Ab dem Zeitpunkt der Ausstellung dieser Bescheinigung (§ 63 Abs. 1 AsylG) bleibt daher auch straffrei, wer sich zuvor mangels unverzüglichen Asylbegehrens nicht auf Art. 31 Abs. 1 GFK berufen konnte.

1586 Vgl. zu den Anforderungen oben D. II. 2.; zum Regel-Ausnahme-Verhältnis oben E. II. 1. a).

1587 Vgl. OLG München, Beschl. v. 4.12.2015 – 13 Ss 478/15, BeckRS 2015, 133615, Rn. 6; BayObLG NStZ 2024, 299, 300; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 7; siehe auch GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 13. Eine erneute Verurteilung wegen des fortgesetzten passlosen Aufenthalts ist dann nur aufgrund eines neuerlichen Tatentschlusses zulässig, vgl. zu § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG BVerfG, Beschl. v. 23.9.2014 – 2 BvR 2545/12, BeckRS 2014, 57454, Rn. 11 ff.; zu § 235 StGB BVerfG, Beschl. v. 27.12.2006 – 2 BvR 1895/05, BeckRS 2006, 18575, Rn. 25 ff.; siehe zu § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG OLG München, Beschl. v. 4.12.2015 – 13 Ss 478/15, BeckRS 2015, 133615, Rn. 5 ff.; unter Betonung der abweichenden tatsächlichen Situation im Verhältnis zu BVerfG NStZ 2006, 447, auch OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 25.7.2008 – 1 Ss 407/07, BeckRS 2009, 8550; LG Landshut, Beschl. v. 19.12.2012 – 6 Qs 320/12, BeckRS 2013, 10377. Eine neuerliche Belehrung für ausreichend hält BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 34.

1588 Vgl. oben E. II. 1. a) aa).

Strafbar macht sich also nur ein Ausländer, welcher überhaupt der Passpflicht unterliegt, für den also weder eine Ausnahme von der Passpflicht noch eine Suspendierung eben dieser durch die Vorschriften des Asylgesetzes eingreift, und der weder einen Pass oder Passersatz noch einen Ausweisersatz nach § 48 Abs. 2 AufenthG besitzt. Der Besitz eines Ausweisersatzes genügt für die Erfüllung der Passpflicht nach der eindeutigen Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 48 Abs. 2 AufenthG zudem nur, wenn der Ausländer einen Pass oder Passersatz weder besitzt noch in zumutbarer Weise erlangen kann. Von der Strafvorschrift des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG sind vor diesem Hintergrund vor allem zwei Gruppen betroffen: Personen, die sich als Papierlose im Bundesgebiet aufhalten und ihren Aufenthalt vor den Behörden verbergen (dazu (1)), und Personen, deren Aufenthalt den Behörden zwar bekannt ist, die aber dennoch keinen Ausweisersatz besitzen, weil sie die zumutbare Pass- oder Passersatzbeschaffung verweigern (dazu (2)).

(1) Papierlose Personen

Ein Ausländer, der sich ohne gültigen Pass oder Passersatz und ohne Ausweisersatz im Bundesgebiet aufhält, ohne unverzüglich nach seiner Einreise um Asyl nachzusuchen, macht sich nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG strafbar. Gleiches gilt, wenn der zunächst gültige Pass oder Passersatz während des Aufenthalts seine Gültigkeit verliert und der Betroffene ihm zumutbare Bemühungen um eine Verlängerung nicht entfaltet.¹⁵⁸⁹ Stellt ein Ausländer, der sich bereits eine nicht unerhebliche Zeit unter Verstoß gegen die Passpflicht im Bundesgebiet aufgehalten hat, zu einem späteren Zeitpunkt einen Asylantrag, greift von diesem Zeitpunkt an zwar die Legalisierungswirkung der Aufenthaltsgestattung ein.¹⁵⁹⁰ Dadurch wird jedoch die Strafbarkeit des vorangegangenen passlosen unerlaubten Aufenthalts nicht nachträglich beseitigt.

Da bei Kenntnis der Behörden vom Aufenthalt eines Ausländers im Bundesgebiet dessen Aufenthalt entweder beendet wird oder aber ihm eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, sieht das Gesetz die „Papierlosigkeit“ von Personen eigentlich nicht vor. Ist eine Aufenthaltsbeendigung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich, hat der Ausländer qua Gesetz einen Duldungsanspruch (§ 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG). Die Bescheinigung über die Duldung ist nach § 48 Abs. 2 AufenthG Ausweisersatz, wenn sie mit den Angaben zur Person und einem Lichtbild versehen und als Ausweisersatz bezeichnet ist. Voraussetzung für die Erteilung einer entsprechenden Duldungsbescheinigung ist jedoch, dass die Behörde überhaupt Kenntnis vom Aufenthalt des betroffenen Ausländers im Bundesgebiet hat. Personen, die

1589 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 22; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 20; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 12.

1590 Dazu oben C. I. 2. a) aa).

ihren Aufenthalt vor den staatlichen Behörden vollständig geheim halten, haben daher keinen Anspruch auf eine entsprechende Bescheinigung.¹⁵⁹¹

(2) Fehlender Ausweisersatz oder Verweigerung zumutbarer Passbeschaffung

Doch auch in Fällen, in denen der zuständigen Behörde der Aufenthalt eines Ausländers bekannt ist, kommt eine Strafbarkeit wegen passlosen unerlaubten Aufenthalts in Betracht. Dies betrifft Ausländer, die keinen Pass oder Passersatz und auch keinen Ausweisersatz im Sinne des § 48 Abs. 2 AufenthG besitzen, weil die Erteilungsvoraussetzungen nicht vorliegen. Vielfach sind dies abgelehnte Asylbewerber, deren Passpflicht mit Beendigung des Asylverfahrens wieder auflebt.¹⁵⁹²

Zwar haben Ausländer, deren Aufenthalt nicht beendet werden kann, Anspruch auf eine Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG. Ihnen ist gemäß § 60a Abs. 4 AufenthG auch eine Bescheinigung über die Duldung auszustellen. Allerdings gilt diese Bescheinigung nur unter den qualifizierten Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 AufenthG als Ausweisersatz, insbesondere muss die Bezeichnung als „Ausweisersatz“ erfolgen. Eine derart qualifizierte Duldungsbescheinigung wird wiederum nur unter den Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 AufenthV (i.V.m. § 99 Abs. 1 Nr. 9 AufenthG) erteilt. Nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthV ist Voraussetzung für die Erteilung eines Ausweisersatzes unter anderem, dass der Ausländer einen anerkannten und gültigen Pass oder Passersatz nicht besitzt *und nicht in zumutbarer Weise erlangen kann*. Die Unzumutbarkeit der Passerlangung ist mithin Voraussetzung der Ausstellung eines Ausweisersatzes. Fehlt es an ihr, besteht kein Ausstellungsanspruch, der einer Strafbarkeit wegen passlosen Aufenthalts bereits entgegensteht.¹⁵⁹³ Für die Frage einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG kommt es in diesen Fällen daher jeweils entscheidend auf die Frage an, ob es dem Ausländer zumutbar war,

1591 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740, vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 21.

1592 BayObLG, Beschl. v. 30.8.2004 – 4St RR 84/04, BeckRS 2004, 8589; OLG München NStZ 2006, 529; BayObLG NStZ 2024, 299.

1593 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; BGH NStZ 2013, 484 f.; BayObLG NStZ-RR 2005, 21, 22; OLG Celle, Beschl. v. 25.7.2005 – 22 Ss 26/05, BeckRS 2005, 158427, Rn. 13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2008 – 5 Ss 122–80/08, BeckRS 2012, 8473; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 15; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 19.9.2006 – 1 Ss 167/06, BeckRS 2014, 474; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.8.2012 – 1 Ss 210/12, BeckRS 2012, 20563; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2012, 220; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2013 – 1 Ss 225/13, BeckRS 2015, 9792, Rn. 17; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 15; KG, Beschl. v. 23.4.2013 – (4) 161 Ss 92–13 (89/13), BeckRS 2013, 15050; KG, Beschl. v. 14.6.2013 – (2) 121 Ss 65–13 (15/13), BeckRS 2013, 15143; OLG Köln, Beschl. v. 4.3.2005 – 8 Ss 7/05, BeckRS 2005, 151222, Rn. 9; OLG Nürnberg, Urt. v. 16.1.2007 – 2 St Ss 242/06, BeckRS 2007, 2345; vgl. Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 21; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 6; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 213. Siehe zur Relevanz des Ausstellungsanspruchs bereits oben D. I. 3.

einen Pass oder Passersatz zu erlangen.¹⁵⁹⁴ Diese Voraussetzung folgt dabei sowohl aus § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthV als auch aus dem Charakter des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG als echtem Unterlassungs(dauer)delikt.¹⁵⁹⁵

Damit geht einher, dass der passlose Aufenthalt und der aufenthaltsstille Aufenthalt in strafrechtlicher Hinsicht abweichend zu beurteilen sein können: Während der Duldungsanspruch die Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG unmittelbar ausschließt,¹⁵⁹⁶ ist die Strafbarkeit wegen passlosen Aufenthalts auch dann möglich, wenn zwar Anspruch auf Erteilung einer einfachen, nicht aber einer qualifizierten Duldung in Form eines Ausweisersatzes besteht.¹⁵⁹⁷ Dies wird mit dem unterschiedlichen Schutzzweck der Strafvorschrift begründet, der gerade in der Sicherung der Feststellbarkeit von Identität, Staatsangehörigkeit und Rückkehrberechtigung liege.¹⁵⁹⁸ Wäre die Strafbarkeit wegen passlosen unerlaubten Aufenthalts davon abhängig, dass der Ausländer nicht geduldet ist beziehungsweise keinen Duldungsanspruch hat, wie dies § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG voraussetzt, bliebe für den passlosen unerlaubten Aufenthalt kein eigenständiger Anwendungsbereich.¹⁵⁹⁹ Der Gesetzgeber hat mit der Einfügung des § 60b Abs. 4 AufenthG (Duldung für Personen mit ungeklärter Identität) noch einmal klargestellt, dass unterschiedliche Formen der Duldungsbescheinigung existieren und daher nicht jede Duldungsbescheinigung als Ausweisersatz im Sinne des § 48 Abs. 2 AufenthG erteilt wird oder werden muss.¹⁶⁰⁰ Dies spricht im Ergebnis dafür, dass die Strafbarkeit wegen passlosen unerlaubten

1594 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; BGH NStZ 2013, 484; BayObLG, Beschl. v. 30.8.2004 – 4St RR 84/04, BeckRS 2004, 8589; BayObLG NStZ 2024, 299, 300; KG, Beschl. v. 23.4.2013 – (4) 161 Ss 92–13 (89/13), BeckRS 2013, 15050; KG, Beschl. v. 14.6.2013 – (2) 121 Ss 65–13 (15/13), BeckRS 2013, 15143; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 7 f., 15.

1595 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; BGH NStZ 2013, 484; BayObLG, Urt. v. 11.7.2022 – 203 StRR 159/22, BeckRS 2022, 45998, Rn. 8; BayObLG, Urt. v. 22.8.2022 – 204 StRR 203/22, BeckRS 2022, 54832, Rn. 26; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 7 f., 15; OLG München, Beschl. v. 8.6.2012 – 4 StRR 92/12, BeckRS 2012, 26015, Rn. 14; vgl. BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 19, 29; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 5; allgemein GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 117; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 8. Demgegenüber geht GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 8, 36, davon aus, der passlose unerlaubte Aufenthalt könne auch durch aktives Tun, nämlich durch Vernichtung eines vorhandenen Passes, verwirklicht werden. Dies ist aber mit der Tatbestandsfassung, die auf den Aufenthalt im Bundesgebiet „entgegen § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 48 Abs. 2“ abstellt, nicht in Einklang zu bringen. Der Schuldvorwurf knüpft nicht an die Passvernichtung, sondern den sich daran anschließenden Aufenthalt an. Mosbacher (Rn. 48) scheint dies anders zu sehen und meint, § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG erfasse nicht in erster Linie den Aufenthalt, sondern die Passlosigkeit. Dagegen spricht aber, dass die Passlosigkeit ohne Aufenthalt nicht tatbestandsmäßig ist, sodass der Aufenthalt für das tatbestandliche Unrecht konstitutiv ist.

1596 Dazu oben D. I. 3. und sogleich bb).

1597 BVerfG NVwZ 2006, 80 f.; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 19.9.2006 – 1 Ss 167/06, BeckRS 2014, 474; OLG Nürnberg, Urt. v. 16.1.2007 – 2 St Ss 242/06, BeckRS 2007, 2345; KG NStZ-RR 2013, 358; BayObLG NStZ 2024, 299, 300 f.; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 46; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 9.

1598 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; KG NStZ-RR 2013, 358; BayObLG NStZ 2024, 299, 300.

1599 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; KG NStZ-RR 2013, 358.

1600 Schon zur früheren Rechtslage BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 15.

Aufenthalts auch dann bestehen kann, wenn eine Strafbarkeit wegen aufenthaltstitellosen unerlaubten Aufenthalts ausscheidet.

Ob eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG gegeben ist, kann folglich von einer mitunter komplexen Abwägung abhängig sein. Das Aufenthaltsgesetz konstatiert in § 48 Abs. 3 Satz 1 AufenthG zwar zunächst die Pflicht von Ausländern, die keinen gültigen Pass oder Passersatz besitzen, an der Beschaffung des Identitätspapiers mitzuwirken. § 49 Abs. 2 AufenthG verpflichtet Ausländer zudem dazu, die „von der Vertretung des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder vermutlich besitzt, geforderten und mit dem deutschen Recht in Einklang stehenden Erklärungen im Rahmen der Beschaffung von Heimreisedokumenten abzugeben“. § 82 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ergänzt diese Regelungen um die Pflicht, bei der zuständigen Behörde sowie den Vertretungen oder ermächtigten Bediensteten des Staates, dessen Staatsangehörigkeit der Betroffene vermutlich besitzt, persönlich zu erscheinen und die zur Klärung seiner Identität erforderlichen Angaben zu machen. § 60b Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 AufenthG statuiert für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer mit ungeklärter Identität zudem besondere Passbeschaffungspflichten. Das Gesetz geht also ersichtlich davon aus, dass eine aktive Mitwirkung an der Pass- oder Passersatzbeschaffung im Regelfall nicht nur zumutbar, sondern sogar gefordert ist. Der Betroffene muss daher grundsätzlich die entsprechenden Anträge bei den zuständigen Stellen seines Heimatlandes stellen und auch die erforderlichen Angaben machen. Vollständige Untätigkeit führt dementsprechend regelmäßig zur Strafbarkeit, wenn nicht ausnahmsweise gewichtige Gründe sie rechtfertigen.¹⁶⁰¹ Bei Täuschungen über die eigene Identität oder einer Verschleierung durch den Ausländer scheidet die Erteilung eines Ausweisersatzes gleichfalls aus (§ 60b Abs. 4 AufenthG), sodass auch in diesen Fällen eine Strafbarkeit wegen passlosen Aufenthalts eintritt.¹⁶⁰²

Zugleich ist aber die Wertung des § 73 Abs. 1 Nr. 1 AsylG zu beachten, nach der ein Asylberechtigter oder ein anerkannter Flüchtling mit dem Widerruf seiner Anerkennung als Asylberechtigter oder der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft rechnen muss, wenn er sich freiwillig erneut dem Schutz des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, unterstellt, was durch Beantragung eines entsprechenden Passes oder Passersatzes indiziert wird.¹⁶⁰³ Überwiegend wird daraus für anerkannte Asylberechtigte und Flüchtlinge gefolgert, dass ihnen die Mitwirkung an der

1601 BayObLG, Beschl. v. 30.8.2004 – 4St RR 84/04, BeckRS 2004, 8589; KG, Beschl. v. 14.6.2013 – (2) 121 Ss 65–13 (15/13), BeckRS 2013, 15143; OLG München NStZ 2013, 484; BayObLG NStZ 2024, 299, 300; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 42; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 32; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 20.

1602 OLG München NStZ 2006, 529, 530; 2013, 484, 485; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2012, 220; KG NStZ-RR 2013, 358.

1603 BVerfG NVwZ 2018, 409, 412 m.w.N.; Fleuß, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 73 AsylG Rn. 17 f.

Passbeschaffung unzumutbar sei. Für subsidiär Schutzberechtigte gilt die Regelung dagegen nicht.¹⁶⁰⁴ Abgelehnte Asylbewerber können sich gleichfalls nicht auf einen möglichen Statusverlust berufen, da über ihr Asylbegehren bereits abschlägig entschieden worden ist. Haben sie einen Asylfolgeantrag gestellt und hat das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge entschieden, auf diesen Antrag hin ein neuerliches Asylverfahren durchzuführen, sind die Mitwirkungspflichten für die Dauer des neuerlichen Verfahrens suspendiert.¹⁶⁰⁵ Die Stellung eines Asylfolgeantrags allein genügt dagegen noch nicht, da andernfalls abgelehnte Asylbewerber durch die Stellung wiederholter Folgeanträge ihre Mitwirkungspflichten für signifikante Zeiträume suspendieren könnten.¹⁶⁰⁶

Im Übrigen ist die Frage der Zumutbarkeit im Einzelfall zu beurteilen und in besonderem Maße von der spezifischen Situation des Betroffenen und dem Verhalten des Heimatstaates abhängig. § 55 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 5 Abs. 2 AufenthV gibt dabei allerdings vor, welche Mitwirkungshandlungen als zumutbar gelten.¹⁶⁰⁷ In dem Katalog sind neben der rechtzeitigen Antragstellung (Nr. 1) und der Mitwirkung an der Ausstellung oder Verlängerung des Passes in dem Umfang, der auch durch das deutsche Passgesetz gefordert wird (Nr. 2), sowie der Duldung der Behandlung eines Antrags durch die Behörden des Herkunftsstaates bis zur Grenze der unzumutbaren Härte (Nr. 3) insbesondere die Erfüllung der Wehrpflicht, sofern deren Erfüllung nicht aus zwingenden Gründen unzumutbar ist, und anderer staatsbürgerlicher Pflichten (Nr. 4) sowie die Zahlung der vom Herkunftsstaat für behördliche Maßnahmen festgelegten Gebühren (Nr. 5) aufgeführt. Für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer findet sich eine entsprechende Regelung in § 60b Abs. 3 AufenthG.¹⁶⁰⁸

Problematisch ist dabei insbesondere, dass über §§ 95 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 Satz 2, 48 Abs. 2, 99 Abs. 1 Nr. 9 AufenthG i.V.m. §§ 55 Abs. 1 Satz 3, 5 Abs. 2 Nr. 4 AufenthV beziehungsweise § 60b Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 AufenthG letztlich das Nichtableisten des Wehrdienstes im Herkunftsstaat strafbewehrt wäre, sofern der Herkunftsstaat das Ableisten desselben zur Bedingung für die Ausstellung eines Passes oder Passersatzes macht.¹⁶⁰⁹ Diese mittelbare Strafbewehrung einer ausländischen Wehrpflicht wäre mit dem Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung aus Art. 4 Abs. 3 GG, das in

1604 Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 73 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 AsylG; vgl. auch NK-Ausländerrecht/Möller, 3. Aufl. 2023, § 48 AufenthG Rn. 17.

1605 VGH München, Beschl. v. 14.6.2021 – 19 CS 21.486, BeckRS 2021, 15855, Rn. 7.

1606 BayObLG NSZ 2024, 299, 300 f.; VGH München, Beschl. v. 14.6.2021 – 19 CS 21.486, BeckRS 2021, 15855, Rn. 7; anders NK-Ausländerrecht/Möller, 3. Aufl. 2023, § 48 AufenthG Rn. 18.

1607 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2013 – 1 Ss 225/13, BeckRS 2015, 9792, Rn. 18, OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 15.

1608 Zum Anforderungsprofil für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer BayObLG, Urt. v. 11.7.2022 – 203 StRR 159/22, BeckRS 2022, 45998, Rn. 7 ff.; BayObLG, Urt. v. 22.8.2022 – 204 StRR 203/22, BeckRS 2022, 54832, Rn. 26 ff.

1609 Vgl. Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 8; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 12, 16. Zutreffend als „sachfremde Erwägung“ des Hei-

seinem Schutzbereich nicht auf Deutsche beschränkt ist, unvereinbar,¹⁶¹⁰ wenn § 5 Abs. 2 Nr. 4 AufenthV und § 60b Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 AufenthG nicht dahingehend ausgelegt würden, dass die Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen stets als zwingender Grund der Unzumutbarkeit verstanden wird. Das von der Rechtsprechung teilweise angeführte – in seiner Absolutheit unzutreffende¹⁶¹¹ – Gegenargument, es gebe kein völkerrechtlich anerkanntes Menschenrecht auf Wehrdienstverweigerung,¹⁶¹² ist insofern nicht überzeugend, als dass sich § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG und dessen Auslegung primär am deutschen Verfassungsrecht messen lassen müssen.¹⁶¹³ Im Einzelfall ist daher zu prüfen, aus welchen Gründen ein Ausländer den Wehrdienst in seinem Heimatstaat verweigert. Neben der Verweigerung aus Gewissensgründen können dabei auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe eine Unzumutbarkeit der Wehrdienstableistung begründen, wobei die Wertungen des Wehrpflichtgesetzes zu berücksichtigen sind, insbesondere § 12 Abs. 4 WPflG.¹⁶¹⁴

Unzumutbar ist darüber hinaus auch eine Mitwirkung, durch welche der Betroffene Familienangehörige im Herkunftsstaat in Gefahr brächte,¹⁶¹⁵ durch die er zu Zahlungen über die allgemeinen Gebühren hinaus verpflichtet würde¹⁶¹⁶ oder durch die er sich selbst einer Straftat bezichtigten oder ein Schuldeingeständnis¹⁶¹⁷ abgeben muss-

matstaates ordnete dies auf Grundlage des AuslG das OLG Celle, Beschl. v. 25.7.2005 – 22 Ss 26/05, BeckRS 2005, 158427, Rn. 15, ein.

1610 AG Biedenkopf, Beschl. v. 29.5.2008 – 41 Ds – 4 Js 16319/07, BeckRS 2008, 17915; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 20; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 8.

1611 So kann nach der Rechtsprechung des EGMR, der seine frühere restriktive Auslegung explizit aufgegeben hat, aus Art. 9 Abs. 1 EMRK (Gewissensfreiheit) durchaus ein Recht auf Wehrdienstverweigerung folgen, wenn das Recht des jeweiligen Staates keinen Ersatzdienst vorsieht und die Nichtableistung unter Strafe stellt, vgl. EGMR, Urt. v. 7.7.2011 (*Bayatyan v. Armenia*, Grand Chamber), paras 98 ff.; EGMR NJOZ 2013, 523, 525; dazu auch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 8. Die UN-Menschenrechtskommission hat das Recht auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen gleichfalls aus Art. 18 AEMR und Art. 18 IPbPR abgeleitet, vgl. UNHRC Res. 1989/59 v. 8. März 1989, para. 1.

1612 OLG Celle NSTZ 2010, 173, 174, unter Aufgabe seiner früheren Rspr.; OLG München, Urt. v. 16.11.2010 – 4 St RR 157/10, BeckRS 2010, 28970, Rn. 10; ebenfalls für eine Zumutbarkeit OLG Stuttgart NSTZ-RR 2011, 28, 29; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 25.

1613 AG Biedenkopf, Beschl. v. 29.5.2008 – 41 Ds – 4 Js 16319/07, BeckRS 2008, 17915; vgl. *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 8; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 20. Auch GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 30, hält es für eine „sachfremde Erwägung“, wenn die Erteilung eines Passes durch den Herkunftsstaat von der Erfüllung der Wehrpflicht abhängig gemacht wird; ebenso Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 14.

1614 VG Münster, Beschl. v. 15.10.2020 – 3 L 747/20, BeckRS 2020, 27080, Rn. 20 ff.

1615 BayObLG, Urt. v. 12.7.2021 – 203 StRR 171/21, BeckRS 2021, 29955, Rn. 10; VGH München NVwZ-RR 2019, 484, 486.

1616 BayObLG, Urt. v. 12.7.2021 – 203 StRR 171/21, BeckRS 2021, 29955, Rn. 10; VGH München NVwZ-RR 2019, 484, 486 (Aufbausteuer).

1617 BVerwG NVwZ 2023, 439, 440 f. (Abgabe einer sog. „Reueerklärung“); BayObLG, Urt. v. 12.7.2021 – 203 StRR 171/21, BeckRS 2021, 29955, Rn. 10; BayObLG NSTZ 2024, 299, 300.

te.¹⁶¹⁸ Auch die Abgabe der Erklärung, zur freiwilligen Rückkehr in den Herkunftsstaat bereit zu sein, wird in der strafgerichtlichen Rechtsprechung als unzumutbar angesehen, wenn der Betroffene einen Aufenthalt in der Bundesrepublik anstrebt, da die Abgabe bewusst wahrheitswidriger Erklärungen gegenüber den Behörden des Herkunftsstaats mit Blick auf das nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen nicht verlangt werden dürfe.¹⁶¹⁹ Für einen vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer statuiert § 60b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 AufenthG allerdings die Pflicht, eine „Erklärung gegenüber den Behörden des Herkunftsstaates, aus dem Bundesgebiet freiwillig im Rahmen seiner rechtlichen Verpflichtung nach dem deutschen Recht auszureisen, abzugeben, sofern hiervon die Ausstellung des Reisedokumentes abhängig gemacht wird“. Dies vermag allerdings an der verfassungsrechtlichen Wertung, dass wahrheitswidrige Angaben nicht erzwungen werden können, nichts zu ändern.¹⁶²⁰ Bei subsidiär Schutzberechtigten ist auch die möglicherweise bei Auslandsreisen drohende Abschiebung in den Herkunftsstaat nach den Umständen des Einzelfalles geeignet, eine Unzumutbarkeit zu begründen.¹⁶²¹ Ein Pass oder Passersatz kann zudem nicht in zumutbarer Weise erlangt werden, wenn der Herkunftsstaat die Ausstellung eines Passes verweigert oder ein solcher nicht in angemessener Zeit erlangt werden kann.¹⁶²²

Demgegenüber ist nach der Rechtsprechung die in Folge der Passbeschaffung drohende Abschiebung eines ausreisepflichtigen Ausländers nicht geeignet, eine Unzu-

1618 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 20; NK-Ausländerrecht/Möller, 3. Aufl. 2023, § 48 AufenthG Rn. 22, 25.

1619 OLG Nürnberg, Urt. v. 16.1.2007 – 2 St Ss 242/06, BeckRS 2007, 2345; OLG München, Urt. v. 9.3.2010 – 4 St RR 102/09, BeckRS 2010, 8694, Rn. 16 ff.; ebenfalls in diese Richtung im Kontext von § 1a AsylbLG BSG NVwZ-RR 2014, 649, 652; im Kontext der Abschiebehaft auch KG, Beschl. v. 25.10.1999 – 25 W 8380/99, BeckRS 1999, 30078672; OLG Frankfurt a.M. NVwZ-Beil. 1999, 96; OLG Köln NVwZ-RR 2007, 133; vgl. NK-Ausländerrecht/Möller, 3. Aufl. 2023, § 48 AufenthG Rn. 21. Anders sieht dies das Bundesverwaltungsgericht im Kontext der Frage, ob ein Verschulden des Ausländers an seiner Verhinderung, auszureisen, besteht, siehe BVerwG NVwZ 2010, 918 f.; im Anschluss daran auch OVG Münster, Urt. v. 29.6.2010 – 18 A 1425/09, BeckRS 2011, 46706; schon zuvor OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.6.2007 – OVG 3 B 34.05, BeckRS 2008, 32296, Rn. 48 ff.; VGH München, Beschl. v. 3.8.2007 – 19 ZB 07.1163, BeckRS 2007, 30203. Dabei wird aus der Ausreisepflicht letztlich abgeleitet, der Ausländer müsse „rechtlich“ zur Ausreise „willens und bereit [...] sein“, weshalb die Abgabe einer dahingehenden Erklärung nicht unzumutbar sei. Damit wird die Ausreisewilligkeit letztlich aus der aufenthaltsrechtlichen Ausreisepflicht abgeleitet. Kritisch dazu NK-Ausländerrecht/Möller, 3. Aufl. 2023, § 48 AufenthG Rn. 21. Allerdings erkennt auch das BVerwG (a.a.O., S. 919) an, dass dem Strafrecht insofern andere rechtliche Wertungen zugrunde liegen: „Denn die deutsche Rechtsordnung nimmt es hin, wenn sich ein Ausländer – wie die Kläger – zur Abgabe einer ‚Freiwilligkeitserklärung‘ gegenüber einer ausländischen Stelle außer Stande sieht. Die Abgabe kann weder rechtlich erzwungen noch gegen den Willen des Ausländers durchgesetzt werden; an die verweigerte Abgabe können deshalb auch keine strafrechtlichen Sanktionen geknüpft werden.“

1620 Anders GK-AufenthG/Bernhöft, 144, EL August 2024, § 95 Rn. 43.

1621 VGH München NVwZ-RR 2019, 484, 486.

1622 BayObLG, Beschl. v. 30.8.2004 – 4St RR 84/04, BeckRS 2004, 8589; BayObLG NStZ 2024, 299, 300; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 7; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2013 – 1 Ss 225/13, BeckRS 2015, 9792, Rn. 18; KG NStZ-RR 2013, 358; KG, Beschl. v. 23.4.2013 – (4) 161 Ss 92–13 (89/13), BeckRS 2013, 15050; OLG München NStZ 2013, 484 f.

mutbarkeit zu begründen, weil die Passpflicht gerade auch dazu diene, die Durchsetzbarkeit von Rückführungsentscheidungen zu sichern, und die Aufenthaltsbeendigung nach erfolglosem Abschluss eines auf Aufenthaltsverfestigung gerichteten Verwaltungsverfahrens, dessen Ausgang gerichtlich überprüfbar sei, den Betroffenen nicht unverhältnismäßig in seinen Rechten einschränke.¹⁶²³ Diese Position führt zwar im Ergebnis dazu, dass ausreisepflichtige Ausländer, deren Abschiebung primär das Fehlen eines Passes oder Passersatzes entgegensteht, unter Strafdrohung dazu angehalten werden, die Voraussetzungen einer Aufenthaltsbeendigung selbst zu schaffen, auch wenn ihnen dadurch erhebliche persönliche Nachteile entstehen. Das Argument, der Bleibanspruch des Betroffenen sei zuvor in einem rechtsförmigen Verfahren geprüft worden, ist aber letztlich Ausfluss des allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatzes, dass es den Normadressaten grundsätzlich zumutbar ist, den Ausgang rechtsförmig durchgeführter (Verwaltungs-)Verfahren zu akzeptieren: Die Kehrseite der Gesetzesbindung von Exekutive und Judikative ist der Geltungsanspruch gesetzeskonform herbeigeführter Entscheidungen. Im Bereich des Aufenthaltsrechts gilt dies auch vor dem Hintergrund, dass nach Beschaffung eines Passes oder Passersatzes Abschiebehindernisse im Sinne des § 60 AufenthG durchaus noch geltend gemacht werden können. Deshalb ist in einer Abwägung zwischen dem Interesse des Betroffenen, seine Aufenthaltsbeendigung zu vermeiden, und dem Interesse des Staates, die Ausreisepflicht durchzusetzen, letzterer der Vorrang einzuräumen.

bb) Fehlender Aufenthaltstitel

§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG stellt den Aufenthalt ohne den nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG erforderlichen Aufenthaltstitel unter Strafe. Klärungsbedürftig ist im Einzelfall, ob eine Aufenthaltstitelpflicht bestand und ob diese verletzt wurde. Sofern der Betroffene im Besitz eines Aufenthaltstitels ist, kommt es lediglich auf dessen Wirksamkeit, nicht dagegen die Frage der Rechtmäßigkeit an.¹⁶²⁴ Liegen die materiellen Erteilungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel vor, fehlt es aber an einem formalen Verwaltungsakt, liegt zwar ein aufenthaltstitelloser Aufenthalt vor, allerdings ist, wie bereits ausgeführt worden ist, das Verlassen des Bundesgebiets unzumutbar.¹⁶²⁵

Die Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG setzt neben dem Fehlen eines Aufenthaltstitels zusätzlich voraus, dass der Betroffene voll-

1623 In diesem Sinne BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; BayObLG, Beschl. v. 30.8.2004 – 4St RR 84/04, BeckRS 2004, 8589; BayObLG, Urt. v. 11.7.2022 – 203 StRR 159/22, BeckRS 2022, 45998, Rn. 11; BayObLG NStZ 2024, 299, 300; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 8; KG NStZ-RR 2013, 358, 359; OLG München, Beschl. v. 4.12.2015 – 13 Ss 478/15, BeckRS 2015, 133615, Rn. 12; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 22.

1624 Siehe ausführlich oben D. I. 2.

1625 Dazu bereits oben D. I. 3.

ziehbar ausreisepflichtig ist (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AufenthG), ihm eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) AufenthG), und dass seine Abschiebung nicht ausgesetzt ist (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) AufenthG).

(1) Vollziehbar ausreisepflichtig

Ein Ausländer ist nach § 50 Abs. 1 AufenthG zur Ausreise verpflichtet, wenn er einen erforderlichen Aufenthaltstitel nicht oder nicht mehr besitzt oder aber ein Aufenthaltsrecht nach dem Assoziierungsabkommen EWG/Türkei nicht oder nicht mehr besteht. Zu beachten sind dabei die in den Teilen C. und D. entwickelten Grundsätze, wonach wirksame, aber rechtswidrige Aufenthaltstitel stets Tatbestandswirkung entfalten und die Erforderlichkeit eines Aufenthaltstitels für Positivstaater nicht von dem erstrebten Aufenthaltszweck, sondern vom objektiven Verhalten abhängt.¹⁶²⁶

Wer schon ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel und damit unerlaubt (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) eingereist ist, ist von Beginn an ausreisepflichtig. Diese Ausreisepflicht ist nach § 58 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG auch vollziehbar. War die Einreise zwar nicht unerlaubt, hat der Ausländer aber im weiteren Verlauf die erstmalige Erteilung eines erforderlichen Aufenthaltstitels oder die Verlängerung eines Aufenthaltstitels nicht beantragt, ist die Ausreisepflicht gleichfalls vollziehbar (§ 58 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG). In beiden Varianten greift die Erlaubnis- beziehungsweise Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 3 oder 4 AufenthG mangels Antragstellung nicht ein. Die erste Variante betrifft insbesondere Fälle sogenannter Positivstaater, die für Kurzaufenthalte keines Aufenthaltstitels bedürfen,¹⁶²⁷ die dann jedoch länger im Bundesgebiet verbleiben und damit nach Überschreiten der 90-Tages-Frist für Kurzaufenthalte aufenthaltstitelpflichtig werden. Darüber hinaus ist sie auch auf Staatsangehörige bestimmter Staaten anwendbar, die nach § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 41 AufenthV einen Aufenthaltstitel erst innerhalb von 90 Tagen nach der Einreise beantragen müssen. Weitere Fälle betreffen den Wechsel des Aufenthaltszwecks – etwa durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit –, der die erstmalige Beantragung eines Aufenthaltstitels erforderlich macht, das erstmalige Entstehen der Aufenthaltstitelpflicht bei einem zuvor nicht dem Aufenthaltsgesetz unterliegenden Ausländer oder die Geburt eines Kindes, das nicht von Amts wegen einen Aufenthaltstitel erhält.¹⁶²⁸ Die zweite Variante der unterlassenen Beantragung einer Verlängerung betrifft grundsätzlich alle Ausländer, die einen befristeten Aufenthaltstitel, insbeson-

1626 Zusammenfassend auch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 16 ff.

1627 Vgl. oben C. I. 2. b) aa).

1628 Vgl. dazu im Einzelnen *Kluth*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 58 AufenthG Rn. 15 ff.; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 124 ff.

dere eine Aufenthaltserlaubnis, besitzen und deren Aufenthaltstitel mit Ablauf seiner Geltungsdauer nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG erlischt.

Ebenfalls vollziehbar ausreisepflichtig sind gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG Ausländer, bei denen trotz erfolgter Antragstellung die Erlaubnis- beziehungsweise Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 3 oder 4 AufenthG nicht eingreift. Dies ist etwa der Fall bei Personen ohne rechtmäßigen Voraufenthalt, da § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG auf den rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet abstellt. Aber auch Inhaber von Schengen-Visa – und zwar auch solcher, die durch andere Staaten erteilt worden sind¹⁶²⁹ – können sich nach dem klaren Wortlaut des § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG nicht auf die Fortgeltungsfiktion berufen.¹⁶³⁰ Bei verspäteter Antragstellung greift die Fortgeltungsfiktion nach dem eindeutigen Wortlaut („vor Ablauf“) gleichfalls nicht ein;¹⁶³¹ sofern die Behörde nach § 81 Abs. 4 Satz 3 AufenthG eine Fortgeltung zur Vermeidung einer unbilligen Härte anordnet, greift die Fiktionswirkung allerdings rückwirkend.

Eine vollziehbare Ausreisepflicht trifft auch denjenigen, der aufgrund einer Rückführungsentscheidung eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union gemäß Artikel 3 der Richtlinie 2001/40/EG des Rates vom 28. Mai 2001 über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen ausreisepflichtig wird, sofern diese Entscheidung von der zuständigen Behörde anerkannt wird.

Die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht ist im Übrigen davon abhängig, dass die Versagung eines beantragten Aufenthaltstitels oder ein aufenthaltsbeendender Verwaltungsakt vollziehbar sind (§ 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG). Dies setzt grundsätzlich voraus, dass der entsprechende Verwaltungsakt – etwa eine Rücknahme, ein Widerruf oder eine Ausweisung (§ 51 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 AufenthG) – unanfechtbar bestandskräftig geworden oder dass sein sofortiger Vollzug im Sinne des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet worden ist.¹⁶³² Die Abschiebungsanordnung ist gemäß § 58a Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 AufenthG sofort vollziehbar.

Die Aufenthaltsgestattung von Asylbewerbern, die ihren Aufenthalt während der Dauer des Asylverfahrens legalisiert, erlischt unter den Voraussetzungen des § 67 Abs. 1 AsylG. Mit dem Erlöschen der Aufenthaltsgestattung werden die Betroffenen gemäß § 50 Abs. 1 AufenthG unmittelbar ausreisepflichtig, wenn sie nicht einen an-

1629 BVerwG ZAR 2020, 294, 295 f.

1630 Sehr kritisch gegenüber dieser Regelung NK-Ausländerrecht/Hofmann, 3. Aufl. 2023, § 81 AufenthG Rn. 62 ff.

1631 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 26. Anders zur früheren Rechtslage OLG Nürnberg, Beschl. v. 30.1.2012 – 2 St OLG Ss 208/11, BeckRS 2012, 8040; unter Berufung auf das OLG Nürnberg offenbar auch zur geltenden Rechtslage anders BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 52.

1632 Vgl. oben D. I. 1.

derweitigen Aufenthaltstitel oder ein Aufenthaltsrecht besitzen.¹⁶³³ Die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht trifft dabei regelmäßig mit dem Erlöschen der Aufenthaltsgestattung zusammen. Dies hat folgenden Hintergrund: Asylverfahrensabschließende Entscheidungen des Bundesamtes sind aufgrund des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung einer Klage (§ 75 Abs. 1 AsylG) – mit Ausnahme der Ablehnung eines Asylantrags als einfach unbegründet – sofort vollziehbar im Sinne des § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO. Mit ihrer Bekanntgabe tritt daher auch ihre Vollziehbarkeit ein.¹⁶³⁴ § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG wiederum knüpft für die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht an die Vollziehbarkeit des die Ausreisepflicht begründenden Verwaltungsakts an. § 67 Abs. 1 Nrn. 3 bis 5a AsylG recurriert wiederum seinerseits auf die Bekanntgabe oder Vollziehbarkeit der Entscheidung des Bundesamtes und damit auf denselben Zeitpunkt wie § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG. In der Folge erlischt die Aufenthaltsgestattung also in dem Moment, in welchem die Vollziehbarkeit der Entscheidung des Bundesamtes ebenso wie die der Ausreisepflicht eintritt. Auch für die Fälle der Ablehnung eines Asylantrags als einfach unbegründet kommt es zu einem Gleichlauf zwischen Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht und Erlöschen der Aufenthaltsgestattung, weil § 67 Abs. 1 Nr. 6 AsylG insoweit ein Erlöschen erst zum Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit der Entscheidung vorsieht, die mit Ablauf der Klagefrist beziehungsweise der rechtskräftigen Klageabweisung eintritt und dem Zeitpunkt des § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG entspricht.¹⁶³⁵

Zu beachten ist allerdings, dass nach dem EU-Primärrecht – namentlich Art. 18, 19 Abs. 2 und 47 EUGrCh – zur Wahrung des *Refoulement*-Verbots und des effektiven Rechtsschutzes im Falle der Ablehnung von Asylanträgen als unbegründet ein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung zur Verfügung stehen muss.¹⁶³⁶ Dabei gilt, dass auch im Falle einer Ablehnung als offensichtlich unbegründet dem Betroffenen wenigstens die Möglichkeit eröffnet sein muss, ein Gericht für die Frage anzurufen, ob er bis zum Abschluss des Rechtsbehelfsverfahrens im Inland verweilen darf.¹⁶³⁷ Während dieser Dauer müssen die Rechtswirkungen der Rückkehrentscheidung suspendiert sein.¹⁶³⁸ Für Deutschland folgt daraus, dass vor Ablauf der Rechtsbehelfsfrist und im Falle seiner Einlegung bis zur Bescheidung weder eine Abschiebung erfolgen darf, noch die Ausreisefrist für die freiwillige Ausreise (§§ 36 Abs. 1, 38 Abs. 1 AsylG) zu laufen beginnt; der Betroffene hat – wenn nicht wie im Falle des § 67 Abs. 1 Nr. 6 AsylG die Aufenthaltsgestattung fort gilt – mindestens einen Duldungs-

1633 Vgl. NK-Ausländerrecht/Bender/Bethke/Dorn, 3. Aufl. 2023, § 67 AsylG Rn. 13; Neundorff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 67 AsylG Rn. 1.

1634 Vgl. NK-Ausländerrecht/Bender/Bethke/Dorn, 3. Aufl. 2023, § 67 AsylG Rn. 12.

1635 Vgl. zum Ganzen NK-Ausländerrecht/Bender/Bethke/Dorn, 3. Aufl. 2023, § 67 AsylG Rn. 13.

1636 EuGH NVwZ 2018, 1625, 1627 f.

1637 EuGH, Beschl. v. 5.7.2018 – C-269/18 PPU, BeckRS 2018, 15413, Rn. 50 ff.

1638 EuGH NVwZ 2018, 1625, 1628, Rn. 62; EuGH, Beschl. v. 5.7.2018 – C-269/18 PPU, BeckRS 2018, 15413, Rn. 51.

anspruch, der unmittelbar aus § 36 Abs. 3 Satz 8 AsylG hergeleitet wird.¹⁶³⁹ Für die strafrechtliche Bewertung folgt daraus, dass bis zum Ablauf der Rechtsbehelfsfrist beziehungsweise bis zur Unanfechtbarkeit der gerichtlichen Entscheidung eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht in Betracht kommt.

(2) Keine Ausreisefrist oder Ablauf einer gewährten Ausreisefrist

Neben der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht setzt § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) AufenthG voraus, dass entweder eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder eine solche abgelaufen ist. Damit ist zum einen die Frist zur freiwilligen Ausreise in Bezug genommen, welche gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 AufenthG mit der Androhung der Abschiebung festzusetzen ist. Die Frist beträgt zwischen sieben und 30 Tagen. Ausnahmsweise kann sie nach § 59 Abs. 1 Satz 2 AufenthG kürzer sein oder es kann von einer Fristsetzung abgesehen werden, wenn dies im Einzelfall zur Wahrung überwiegender öffentlicher Belange zwingend erforderlich ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der begründete Verdacht besteht, dass der Ausländer sich der Abschiebung entziehen will oder von ihm eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht. Nach § 59 Abs. 1 Satz 4 AufenthG kann die Frist unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls angemessen verlängert oder für einen längeren Zeitraum festgesetzt werden. Zum anderen sind Fristen zur freiwilligen Ausreise aber auch im Asylgesetz geregelt und betragen auch insoweit eine Woche oder 30 Tage.¹⁶⁴⁰

Zur früher geltenden Rechtslage wurde vertreten, dass der Fristlauf die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht hemme.¹⁶⁴¹ Dies ist nach dem klaren Wortlaut des § 58 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht mehr der Fall, sodass dem Erfordernis, dass keine Ausreisefrist gewährt wurde oder eine solche abgelaufen ist, eigenständige Bedeutung zukommt. Es stellt sicher, dass eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts erst eintritt, wenn eine dem Betroffenen gewährte Frist zur freiwilligen Ausreise abgelaufen ist. Andernfalls wäre das Aufenthaltsgesetz in sich widersprüchlich.¹⁶⁴² Für die Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG kommt es dabei allein auf die im Ermessen der Behörde stehende Fristbestimmung und ihren faktischen Ablauf an. Wird eine Ausreisefrist nicht gewährt oder ist die Frist abgelaufen, ist das Tatbestandsmerkmal erfüllt.

1639 BVerwG NVwZ 2021, 885 ff.; BVerwG, Urt. v. 20.2.2020 – 1 C 19.19, BeckRS 2020, 8209, wobei das BVerwG daran zweifelt, dass eine gesetzesunmittelbare Duldung, wie sie aus § 36 Abs. 3 Satz 8 AsylG folgen soll, ausreicht, um den unionsrechtlichen Vorgaben an die „Aussetzung aller Rechtswirkungen der Rückkehrentscheidung“ (Rn. 38 ff. der Entscheidung) zu genügen. Zusammenfassend zum Ganzen NK-Ausländerrecht/Bender/Bethke/Dorn, 3. Aufl. 2023, § 67 AsylG Rn. 20 ff.

1640 Vgl. §§ 36 Abs. 1, 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 AsylG.

1641 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 29; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 128.

1642 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 85.

(3) Keine Duldung

Die dritte, in der Praxis bedeutsamste Voraussetzung einer Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts ist nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) AufenthG, dass die Abschiebung des Betroffenen nicht ausgesetzt ist. Eine Duldung führt dementsprechend zum Entfallen des Tatbestandes.¹⁶⁴³ Der Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung bewirkt dabei nicht, dass der Ausländer sich „ohne Duldung“ im Bundesgebiet aufhält; schon nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) AufenthG kommt es nicht auf die Ausgestaltung der Duldung, sondern lediglich darauf an, dass die Abschiebung ausgesetzt ist. Die Aussetzung der Abschiebung gilt aber für das gesamte Bundesgebiet und nicht nur für das Teilgebiet, auf das die Duldung räumlich beschränkt ist.¹⁶⁴⁴

Nach der überzeugenden Rechtsprechung des BVerfG kommt es ferner nicht darauf an, ob der Ausländer zum Tatzeitpunkt tatsächlich in Besitz einer Duldung war, sondern im Blick auf das Übermaßverbot allein darauf, dass ein Anspruch auf Erteilung einer Duldung, und damit auf Aussetzung der Abschiebung nach § 60a Abs. 2 AufenthG, bestand.¹⁶⁴⁵ Vor diesem Hintergrund müssen Strafgerichte vor einer Verurteilung wegen aufenthaltstitellosen unerlaubten Aufenthalts die verwaltungsrechtliche Vorfrage, ob zum Tatzeitpunkt ein Duldungsanspruch bestand, eigenständig prüfen.¹⁶⁴⁶

Voraussetzung eines solchen Duldungsanspruchs ist, dass eine Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist. Aus tatsächlichen Gründen kann eine Abschiebung etwa mangels Rücknahmebereitschaft des Herkunftsstaates, im Blick auf fehlende logistische Möglichkeiten der Rückführung oder aufgrund von Reiseunfähigkeit unmöglich sein.¹⁶⁴⁷ In rechtlicher Hinsicht sind insbesondere die Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 1 bis 5 und Abs. 7 AufenthG zu beachten.¹⁶⁴⁸

1643 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 92; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 65; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 120.

1644 Schon zu § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG, der explizit auf das Fehlen einer Duldung abstellte, BVerfG NVwZ-Beil. 2001, 106, 107; BGH NStZ 1997, 444 f.; LG Zweibrücken NStZ 1996, 396; zum ähnlich gelagerten Fall der räumlich beschränkten „Aufenthaltsbefugnis“ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8.7.1997 – 3 Ss 149/96, BeckRS 1997, 06950; anders dagegen BayObLG, Urt. v. 31.1.1995 – 4St RR 208/94, BeckRS 1995, 7866; OLG Stuttgart, Beschl. v. 27.6.1996 – 2 Ss 84/96 (juris).

1645 BVerfG NStZ 2003, 488. Dazu im Einzelnen m.w.N. oben D. I. 3.

1646 BVerfG NStZ 2003, 488; BGH NStZ 2026, 117; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2009, 257, 258; OLG Schleswig NStZ 2005, 408; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 34; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 72; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 131.

1647 Vgl. NK-Ausländerrecht/*Bruns/Hocks*, 3. Aufl. 2023, § 60a Rn. 23 ff.

1648 Vgl. *Kluth/Breidenbach*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 60a AufenthG Rn. 12. Zu weiteren rechtlichen Abschiebehindernissen vgl. NK-Ausländerrecht/*Bruns/Hocks*, 3. Aufl. 2023, § 60a Rn. 32 ff.

Darüber hinaus besteht aber auch ein Duldungsanspruch¹⁶⁴⁹, wenn die Ausländerbehörde trotz Kenntnis des unerlaubten Aufenthalts des Ausländers und seines Aufenthaltsortes von einer Durchsetzung der Ausreisepflicht absieht.¹⁶⁵⁰ Ein ungeregelter Aufenthalt ist nach dem Aufenthaltsgesetz nicht vorgesehen und darf durch die Ausländerbehörden daher nicht durch Untätigkeit herbeigeführt werden; sie müssen einen ausreisepflichtigen Ausländer, der nicht freiwillig ausreist, daher entweder unverzüglich abschieben oder ihm eine Duldung erteilen.¹⁶⁵¹ Einen nur faktisch geduldeten unerlaubten Aufenthalt kennt das Aufenthaltsgesetz nicht. Besteht kein tatsächliches oder rechtliches Abschiebehindernis, fehlt es zwar eigentlich an den Voraussetzungen für die Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG. Allerdings bindet sich die Verwaltung durch ihre Untätigkeit im Ergebnis selbst und begründet daher für die Dauer ihrer Untätigkeit ein rechtliches Abschiebehindernis. Sofern demgegenüber argumentiert wird, die schlichte Untätigkeit der Ausländerbehörde könne nicht zu einem Duldungsanspruch führen,¹⁶⁵² wird verkannt, dass die an das Gesetz gebundene Behörde durch eben diese Untätigkeit einen gesetzlich nicht vorgesehenen Zustand des unregulierten Aufenthalts schafft beziehungsweise toleriert.¹⁶⁵³

In der Praxis konzentrieren sich die Fälle des unerlaubten Aufenthalts vor diesem Hintergrund auf Ausländer, die „untergetaucht“ sind, um sich einer Abschiebung zu entziehen. Denn für diese Personengruppe nimmt die Rechtsprechung an, dass mangels Kenntnis der Ausländerbehörde vom Aufenthaltsort des Betroffenen schon

1649 Eine „faktische“ Duldung ist demgegenüber nicht anzunehmen, da die Duldung ein verwaltungsvollstreckungsrechtlicher Verwaltungsakt ist und mangels dahingehender gesetzlicher Regelung nicht durch Untätigkeit der Behörde fingiert werden kann, dazu OLG München NJW 2018, 3041, 3042 m.w.N.

1650 OLG Hamburg, Beschl. v. 25.1.2012 – 3–1/12 (Rev) 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 3849: „Dass ein Ausländer, dessen Aufenthalt den Ausländerbehörden bekannt ist, nicht wegen illegalen Aufenthalts bestraft wird, entspricht nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 06.03.2003 [...] der ständigen Rechtsprechung der deutschen Gerichte [...]“. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2006, 246; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2013 – 1 Ss 225/13, BeckRS 2015, 9792, Rn. 14; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 11 ff.; so auch *Mosbacher*, NStZ 2022, 491.

1651 BVerfG NStZ 2003, 488; BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2003, 307; 2003, 308 f.; 2005, 184, 185; 2006, 246; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 11 ff.; OLG München NJW 2018, 3041, 3042; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 86; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 63; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 61; *Mosbacher*, NStZ 2022, 491; vgl. schon oben D. I. 3.

1652 So offenbar OLG München NJW 2018, 3041, 3043, das jedoch nicht erklären kann, weshalb ein Verfahren nach der rechtlich nicht verbindlichen Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge und den Kirchen einen Duldungsanspruch begründen soll, nicht aber die tatsächliche Duldung eines Kirchenasyls oder eines sonstigen Aufenthalts in Kenntnis des Aufenthaltsorts.

1653 Für einen aus der Haft entlassenen vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer, dem während der Haft hätte eine Duldung erteilt werden können, vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 11 ff. Für eine ähnliche Konstellation OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2013 – 1 Ss 225/13, BeckRS 2015, 9792, Rn. 14.

kein Duldungsanspruch bestehe.¹⁶⁵⁴ Dieser Rechtsprechung ist freilich nur zum Teil zu folgen: Ist das Abschiebungshindernis *allein* durch das Untertauchen des Betroffenen zustande gekommen, ist es in der Tat nicht überzeugend, einen solch selbstverschuldeten „Duldungsanspruch“ anzuerkennen. Allein der Umstand der Unerreichbarkeit ist daher nicht im Sinne des § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG als tatsächlicher Grund für die Unmöglichkeit einer Abschiebung zu qualifizieren, auch wenn dies eine normative Korrektur des eigentlich rein tatsächlich zu bestimmenden Tatbestandsmerkmals des „tatsächlichen Grundes“ bedeutet.¹⁶⁵⁵ Demgegenüber muss in Fällen, in denen andere tatsächliche oder rechtliche Gründe eine Unmöglichkeit der Abschiebung bewirken, von einem fortbestehenden Duldungsanspruch ausgegangen werden. § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG kriminalisiert nämlich nicht den Ungehorsam gegenüber dem behördlichen Zugriffs- und Kontrollinteresse, sondern soll den unrechtmäßigen Verbleib im Bundesgebiet erfassen.¹⁶⁵⁶ Wenn ein Ausländer auch ohne ein Untertauchen nicht abgeschoben werden könnte, rechtfertigt allein sein Untertauchen es nicht, ihm den Unrechtsvorwurf des „unerlaubten Aufenthalts“ zu machen, solange die Behörde Kenntnis von den duldungsanspruchs begründenden Tatsachen erlangt hat.¹⁶⁵⁷ Da die Duldung nicht von einem Antrag des Ausländers abhängig ist, steht diese Position auch nicht in Widerspruch zu der hier vertretenen Auffassung zur Bedeutung materieller Genehmigungsfähigkeit.¹⁶⁵⁸ Letztlich ist in derartigen Konstellationen ein Rückgriff auf einen „hypothetischen“ Duldungsanspruch aber nicht erforderlich. Denn jedenfalls wäre eine Ausreise als unzumutbar

1654 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; BGH NJW 2012, 2210, 2212; NStZ 2026, 117; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2005, 184, 185; 2009, 257, 258; OLG Hamburg, Beschl. v. 6.2.2004 – II – 112/03 – 1 Ss 154/03, Rn. 10 (juris); zustimmend GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 95; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 53; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 35; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 65; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 19; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 132.

1655 Kritisch Lam, StV 2005, 464, 465 f. Allerdings dürfte die normative Korrektur mit der Rechtsprechung des BVerfG in Einklang stehen. Jedenfalls dort, wo die Ausländerbehörde die Abschiebung aufgrund des Untertauchens faktisch nicht vollstrecken kann, obschon sie dies tatsächlich will, liegt gerade nicht der Fall vor, dass die Behörde durch Untätigkeit die Strafbarkeit des Betroffenen herbeiführt. Durch ein Untertauchen entzieht sich der Ausreisepflichtige gerade der Vollstreckung. In diese Richtung auch Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 58.

1656 Daher konsequent OLG Schleswig NStZ 2005, 408, 409; vgl. Lam, StV 2005, 464, 465; ebenfalls kritisch Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 93. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 80 f., weist darauf hin, dass die Rechtsprechung insoweit auf eine „völlig andere verwaltungsrechtliche Handlungspflicht (Meldung bei der Ausländerbehörde bei illegalem Aufenthalt)“ abstelle.

1657 In diese Richtung auch OLG Schleswig NStZ 2005, 408, 409; LG München I, Urt. v. 28.8.2003 – 10 KLS 384 Js 40661/03 (juris); vgl. auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 53, 80.

1658 Dazu oben D. I. 3.

– und das Unterlassen dieser damit als nicht tatbestandsmäßig – anzusehen, wenn tatsächlich Umstände vorlägen, die einen Duldungsanspruch begründeten.¹⁶⁵⁹

(4) Aufenthalt im Bundesgebiet

Weitere Voraussetzung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist der Aufenthalt im Bundesgebiet.¹⁶⁶⁰ Dies wirft die Frage auf, wie der unerlaubte Aufenthalt strafrechtsdogmatisch zu kategorisieren ist. Der Wortlaut der Strafvorschrift („wer [...] sich im Bundesgebiet aufhält“) lässt es grundsätzlich zu, diese als Begehungsdelikt zu begreifen. Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit wäre dann der aktive Aufenthalt im Bundesgebiet.¹⁶⁶¹ Die herrschende Meinung konstruiert § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG dagegen als echtes Unterlassungsdelikt mit Dauerdeliktscharakter. Vorgeworfen wird dem Betroffenen also, dass er es unterlassen hat, aus dem Bundesgebiet auszureisen, obschon ihn eine dahingehende rechtliche Pflicht traf.¹⁶⁶²

Die Einordnung als Begehungs- oder echtes Unterlassungsdelikt zieht strafrechtsdogmatische Konsequenzen nach sich, die auch die Anforderungen an die Strafbarkeit beeinflussen. So führt die Qualifizierung als echtes Unterlassungsdelikt dazu, dass die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, also die Zumutbarkeit der Ausreise aus dem Bundesgebiet, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des unerlaubten Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG wird.¹⁶⁶³ Dies wiederum bildet den

1659 Dazu auch sogleich unter (4); vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 74 f.; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 135 f.

1660 § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist nicht auf Fälle des Verstoßes gegen räumliche Beschränkungen anzuwenden. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut, der an den Aufenthalt im Bundesgebiet anknüpft und systematisch aus der gesonderten Strafbarkeit des Verstoßes gegen räumliche Beschränkungen, die aber erst bei wiederholtem Verstoß eingreift (siehe dazu unten E. III. 1. a) gg), vgl. auch BGH NJW 1997, 599, 600.

1661 OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2001, 57, 58 f.; in diese Richtung auch Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 155.

1662 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740 m.w.N.; BGH NSTZ 2010, 171, 172; KG NSTZ-RR 2002, 220, 221; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 93; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 41; El-Ghazi, ZfL 2020, 265, 272; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 24; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 44; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 12; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 36; Lam, StV 2005, 464, 465; Mosbacher, NSTZ 2003, 489, 490; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 52 f.; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 120; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 210.

1663 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; BGH NSTZ 2010, 171, 172, der allerdings einem unerlaubt einreisenden Ausländer über die Figur der *omissio libera in causa* die Berufung auf mit der unerlaubten Einreise typischerweise verbundene tatsächliche oder rechtliche Hindernisse verweigern möchte; ebenso Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 63. Dabei wird allerdings verkannt, dass es für einen Duldungsanspruch nicht auf das Verschulden des Betroffenen ankommt, vgl. Dollinger, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 60a AufenthG Rn. 23. Zu § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG vgl. OLG München NSTZ 2013, 484; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648. Kritisch gegenüber der Position des BGH Mosbacher, in: Achenbach/

dogmatischen Anknüpfungspunkt, um bereits aus dem Bestehen eines Duldungsanspruchs auf die Nichterfüllung des Tatbestandes zu schließen, indem nämlich eine Ausreise bei bestehendem Duldungsanspruch als normativ unzumutbar qualifiziert wird.¹⁶⁶⁴ Da das Gesetz die Fälle, in denen ein Duldungsanspruch besteht, abschließend regelt, können über das Erfordernis der Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens allerdings keine migrationsverwaltungsrechtlich *unbeachtlichen* Gründe berücksichtigt werden. Die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens ergibt sich vielmehr aus dem Migrationsverwaltungsrecht,¹⁶⁶⁵ wobei allerdings zu verlangen ist, dass dieses seinerseits verfassungs-, unions- und völkerrechtskonform ist.

Auf einer übergeordneten Ebene knüpft der Unrechtsvorwurf trotz der Einordnung als Unterlassungsdelikt letztlich daran an, dass der Betroffene sich im Bundesgebiet aufhält, also „da ist“. Schuld begründet demnach die bloße Existenz innerhalb der territorialen Grenzen der Bundesrepublik, also das „Da-Sein“ des „unerlaubt“ aufhältigen Ausländers. Mit Blick auf den aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Wert- und Achtungsanspruch eines jeden Menschen erscheint es jedenfalls bedenklich, einen strafrechtlichen Schuldvorwurf aufgrund der bloßen Lebensführung im Bundesgebiet zu erheben und die Anwesenheit des Betroffenen im Inland mit einem sozialetischen Unwerturteil zu belegen.¹⁶⁶⁶ Die herrschende Meinung versucht diese Problematik einzuhegen, indem sie den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit gerade nicht in einem aktiven Tun, sondern in der Verletzung der Rechtspflicht zum Verlassen des Bundesgebiets erblickt. Konstruktiv wird also nicht die Existenz im Bundesgebiet als solche kriminalisiert, sondern die Missachtung eines Verlassensgebots. Dementsprechend werden in der Literatur mitunter Parallelen zur Verweilensvariante des Hausfriedensbruchs, § 123 Abs. 1 Var. 2 StGB, gezogen.¹⁶⁶⁷ Dieser strafrechtsdogmatische Neutralisierungsversuch stößt jedoch rasch an seine Grenzen: Die Parallelisierung zum Hausfriedensbruch verkennet, dass es nicht um das Hausrecht in einem räumlich eng begrenzten und abgrenzbaren Bereich geht, an dem der Hausrechtsinhaber ein zur Exklusion berechtigendes individuelles Recht hat, sondern um das gesamte Staatsgebiet der Bundesrepublik. Auch wenn der Ausschluss von bestimmten Orten den Einzelnen empfindlich in seinen Freiheiten einschränken kann, führt der Ausschluss aus dem Bundesgebiet mitunter zum Verlust der gesamten wirtschaftlichen und sozialen Existenz.¹⁶⁶⁸ Losgelöst von der ver-

Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn.136, der darauf hinweist, dass der BGH hier inzident eine Pflicht zur Legalisierung des Aufenthalts konstruiert.

1664 Vgl. oben D. I. 3.

1665 So auch BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740.

1666 Vgl. Lam, StV 2005, 464, 465. Auch Spena, Criminal Law and Philosophy 2014, 635, 647 ff., erkennt in migrationsstrafrechtlichen Tatbeständen ein echtes „Täterstrafrecht“, das an die Person des Ausländers, nicht an dessen Verhalten anknüpft.

1667 Vgl. Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 113 f.; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 52.

1668 Vgl. schon oben B. II. 2. b).

fehlten Analogie zu § 123 StGB kann die normative Verlagerung des Schwerpunktes der Vorwerfbarkeit auch nicht verschleiern, dass in der sozialen wie auch rechtlichen Realität die Kriminalisierung des unerlaubten Aufenthalts weit über die strafrechtliche Sanktionierung eines Pflichtenverstosses hinausgeht.¹⁶⁶⁹ Die Strafvorschrift des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG führt letztlich dazu, dass Personen ohne Aufenthaltstitel dauerhaft von sozialer und gesellschaftlicher Teilhabe ausgeschlossen werden: Dort wo sie ihre Identität oder ihren Aufenthaltsstatus offenbaren müssen, laufen sie Gefahr, bei der Begehung einer Straftat, nämlich dem Dauerdelikt des unerlaubten Aufenthalts, entdeckt zu werden. Personen, die mit ihnen interagieren, müssen sich, jedenfalls wenn sie Kenntnis vom Aufenthaltsstatus haben, vergewissern, dass mögliche Solidaritäts- und Unterstützungshandlungen nicht als Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt qualifiziert werden können.¹⁶⁷⁰ Medizinische Versorgung und soziale Sicherung sind für diese Personen nur höchst eingeschränkt zugänglich, etwa weil sie befürchten müssen, sich gegenüber öffentlichen Stellen offenbaren zu müssen.¹⁶⁷¹ Darüber hinaus führt der Charakter als Dauerdelikt dazu, dass die Betroffenen permanent dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden unterliegen. Ihr Aufenthalt im Bundesgebiet hat zur Folge, dass ein latenter Tatverdacht gegen sie besteht, der eine konsequente Polizierung legitimiert. Dies verdeutlicht, dass die dogmatische Konstruktion als echtes Unterlassungsdelikt nicht geeignet ist, die bestehenden Friktionen mit Art. 1 Abs. 1 GG aufzulösen. Kehrseite des Nichtverlassens trotz gegenteiliger Rechtspflicht ist nämlich das Verweilen im Bundesgebiet, nur dass eben dieses Verweilen kein freizeitlicher Aufenthalt ist, sondern letztlich die Lebensführung des betroffenen Individuums meint. Abhilfe könnte nur ein Verzicht auf die entsprechenden Strafvorschriften schaffen.¹⁶⁷²

De lege lata ist der herrschenden Meinung gleichwohl darin zuzustimmen, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei einer normativen Betrachtung auf dem Unterlassen der Ausreise unter Verletzung der Ausreisepflicht liegt. Dies verdeutlicht schon die Ausgestaltung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, der die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht, den Ablauf einer Ausreisefrist und das Nichtbestehen eines Duldungsanspruchs voraussetzt. Insbesondere der Lauf einer Ausreisefrist oder das Bestehen von Abschiebehindernissen lassen die Erfüllung der Ausreisepflicht unzumutbar erscheinen, sodass die Strafbarkeit entfällt. Die Zumutbarkeit der Pflichtbefolgung wird freilich tatbestandlich nur bei (echten) Unterlassungsdelikten vorausgesetzt. Hinzu kommt, dass gerade im Unterschied zur unerlaubten Einreise nicht der Tätigkeitsvorgang an sich im Mittelpunkt des Schuldvorwurfs steht, sondern ein Sich-Aufhalten unter Missachtung des Verlassensgebots. Die im Blick auf die

1669 Vgl. auch Graebisch, KrimOJ 2019, 75, 80. Im Einzelnen unten F. II.

1670 Vgl. unten E. II. 5.

1671 Vgl. § 87 AufenthG. Näher unten F. II.

1672 Vgl. auch das Plädoyer von Jeßberger, GS Weßlau, 2016, 507 ff.

Ausreise entfaltete Passivität, nicht die Aktivität des Sich-Aufhaltens steht daher im Mittelpunkt der Tatbestandsbeschreibung. Die Einordnung als Unterlassungsdelikt mit Dauerdeliktscharakter hat zur Konsequenz, dass einer rechtskräftigen Verurteilung insofern Zäsurwirkung zukommt, als dass im Anschluss ein aufgrund eines neuen Tatentschlusses erfolgender weiterer unerlaubter Aufenthalt zu einer weiteren Verurteilung führen kann.¹⁶⁷³

c) Gleichstellungsklausel des § 95 Abs. 6 AufenthG

Mit dem *Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union* vom 19. August 2007 ist § 95 Abs. 6 AufenthG eingeführt worden.¹⁶⁷⁴ In der Sache hat der Gesetzgeber mit der Einfügung des § 95 Abs. 6 AufenthG auf das bereits diskutierte Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs reagiert,¹⁶⁷⁵ nach dem auch rechtsmissbräuchlich erlangte, aber formell wirksame Visa Legalisierungswirkung entfalten.¹⁶⁷⁶ Die Vorschrift ist unionsrechtskonform.¹⁶⁷⁷

Die Vorschrift stellt für die Fälle der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG einen aufgrund von Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Aufenthaltstitel mit dem Fehlen eines Aufenthaltstitels gleich. Bewirkt wird dadurch eine Durchbrechung der ansonsten geltenden Verwaltungsakzessorietät, weil ein verwaltungsrechtlich wirksamer Aufenthaltstitel in strafrechtlicher Hinsicht keine Legalisierungswirkung entfaltet, sodass es zu einem Auseinanderfallen von verwaltungs- und strafrechtlicher Bewertung kommt.¹⁶⁷⁸ Somit wird ein verwaltungsrechtlich bis zum Widerruf oder zur Rücknahme des Verwaltungsaktes erlaubtes Verhalten (Einreise, Aufenthalt) durch das Strafrecht sanktioniert. Dies ist allerdings weder im Blick auf den rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes noch das Übermaßverbot zu beanstanden. Wer das Verwaltungsverfahren rechtsmissbräuchlich manipuliert, kann sich auf dessen Legalisierungswirkung nicht

¹⁶⁷³ Das Schuldprinzip gebietet aber, dass ein qualitativ verschiedener, die vorausgehende Verurteilung außer Acht lassender Tatentschluss gebildet wird, siehe zu § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG BVerfG, Beschl. v. 23.9.2014 – 2 BvR 2545/12, BeckRS 2014, 57454, Rn. II ff.; zu § 235 StGB BVerfG, Beschl. v. 27.12.2006 – 2 BvR 1895/05, BeckRS 2006, 18575, Rn. 27 ff.; vgl. auch Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 120.

¹⁶⁷⁴ Vgl. oben A. II. 6. a).

¹⁶⁷⁵ BGH NJW 2012, 1669, 1670; 2012, 2210, 2211.

¹⁶⁷⁶ BGH NJW 2005, 2095, vgl. dazu im Einzelnen oben D. I. 2.

¹⁶⁷⁷ EuGH NJW 2012, 641 f.; dazu auch Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 20.

¹⁶⁷⁸ BGH NJW 2012, 2210, 2212; NStZ 2018, 289, 290; vgl. dazu MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 119.

berufen.¹⁶⁷⁹ Auch dass die verwaltungsrechtliche und die strafrechtliche Rechtslage insoweit auseinanderfallen, stellt die Verfassungskonformität der Regelung nicht in Frage, da zwar der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgt,¹⁶⁸⁰ im vorliegenden Fall jedoch die verwaltungsrechtliche Legalisierungswirkung nur deshalb noch gilt, weil eine *ex tunc* mögliche Aufhebung¹⁶⁸¹ des entsprechenden Aufenthaltstitels noch nicht erfolgt ist. Ein materieller Widerspruch besteht demnach schon nicht.¹⁶⁸² Schließlich steht auch das Unionsrecht der Regelung des § 95 Abs. 6 AufenthG nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs nicht entgegen, da rechtsmissbräuchlich erlangte Visa zwar grundsätzlich annulliert werden müssten und damit *ex tunc* unwirksam würden, dieses formale Erfordernis jedoch mit dem Wesen des Strafverfahrens aufgrund der mitunter gebotenen Dringlichkeit und Geheimhaltung nicht immer in Einklang zu bringen sei.¹⁶⁸³

Der Gesetzesbegründung nach orientiert sich § 95 Abs. 6 AufenthG an der umweltstrafrechtlichen Vorschrift des § 330d Nr. 5 StGB,¹⁶⁸⁴ nach welcher einem Handeln ohne Genehmigung, Planfeststellung oder sonstige Zulassung auch ein Handeln auf Grund einer durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlienenen Genehmigung, Planfeststellung oder sonstigen Zulassung gleichsteht.

aa) Voraussetzungen des § 95 Abs. 6 AufenthG

Die Auslegung des § 95 Abs. 6 AufenthG kann sich dementsprechend an den zu § 330d Nr. 5 StGB entwickelten Grundsätzen orientieren. Für die Varianten der Drohung und der Bestechung kann auf die zu § 240 Abs. 1 StGB und § 334 Abs. 1 StGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.¹⁶⁸⁵ Schwierigkeiten bereitet

1679 BGH NJW 2012, 2210, 2212; in diesem Sinne auch MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 119; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 20.

1680 Die vom BVerfG unter diesem Gesichtspunkt diskutierten Sachverhalte lassen sich freilich schon der Ausgangslage nach nicht mit der vorliegenden Konstellation vergleichen. Der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit wird insbesondere bei Tätigwerden unterschiedlicher Normgeber und im Blick auf deren Kompetenzzuweisungen bedeutsam, siehe BVerfG NJW 1998, 2341, 2342; 2006, 2757, 2759; NVwZ 2003, 1497, 1498.

1681 Schengen-Visa sind nach Art. 34 Abs. 1 Satz 1 des EU Visa-Kodex zu annullieren, wenn sie durch arglistige Täuschung erlangt wurden; § 48 Abs. 1 VwVfG lässt eine Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte für die Vergangenheit zu.

1682 BGH NJW 2012, 2210, 2212. Auf die vom Bundesgerichtshof in Bezug genommenen „unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung“ kommt es daher nicht an.

1683 EuGH NJW 2012, 1641, 1642.

1684 BT-Drs. 16/5065, S. 199.

1685 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 120; MK-StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 35 ff.; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 278 f., der die Drohung mit einem empfindlichen Nachteil verlangt.

demgegenüber das Merkmal der „Kollusion“, von dessen Definition der Gesetzgeber bewusst abgesehen hat, „da die Reichweite der Fallgestaltungen, die von diesem Begriff erfaßt werden, noch nicht als abschließend geklärt angesehen werden kann.“¹⁶⁸⁶

Im Privatrecht ist die Rechtsfigur sittenwidriger Kollusion in verschiedenen Regelungszusammenhängen, etwa im Stellvertretungsrecht (§§ 164 ff. BGB), anerkannt und bezeichnet das bewusste Zusammenwirken zweier, grundsätzlich auf unterschiedlichen Seiten eines Vertragsverhältnisses agierender Personen zum Nachteil eines Dritten.¹⁶⁸⁷ Im vorliegenden Kontext geht es freilich um die Interaktion zwischen einem Antragsteller und einem für die Bescheidung des Antrags zuständigen Amtsträger. Ein geschädigter Dritter ist insoweit nicht involviert; betroffen ist aber die Integrität des Verwaltungsverfahrens, welches dem Schutz bestimmter Allgemeininteressen dient. Dementsprechend kann Kollusion in diesem Zusammenhang nur meinen, dass zwischen Antragsteller und Amtsträger eine Verabredung getroffen wird, die auf die Erteilung der begehrten Erlaubnis oder Genehmigung – hier auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels – unter Missachtung des geltenden Rechts und unter bewusstem Missbrauch der amtlichen Stellung durch den Amtsträger gerichtet ist.¹⁶⁸⁸ In Übereinstimmung mit dem gesetzgeberischen Willen, auch schon das Zusammenwirken mit Amtsträgern, die nur bei der Vorbereitung der Verwaltungsentscheidung beteiligt sind, zu erfassen, ist dabei nicht zu verlangen, dass die Verabredung unmittelbar auf die Ausstellung des Aufenthaltstitels gerichtet ist; sie muss aber das Ziel verfolgen, eine entsprechende Entscheidung herbeizuführen.¹⁶⁸⁹ Der Anwendungsbereich dieser Variante dürfte im Blick darauf, dass bei Gewährung eines Vorteils als Gegenleistung von einer Bestechung auszugehen sein wird, vergleichsweise gering sein.¹⁶⁹⁰

Unrichtige oder unvollständige Angaben als vierte und fünfte Begehungsvariante beziehen sich auf Erklärungen im Verwaltungsverfahren, welche für die beantragte Verwaltungsentscheidung erheblich sind.¹⁶⁹¹ Unrichtig sind Angaben, die objektiv nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen, unvollständig sind solche, die für sich genommen richtig sind, aber durch Auslassung den Eindruck der Vollständigkeit

1686 BT-Drs. 12/7300, S. 25; zur Kritik *Fenner*, Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts, 2000, 184 f.

1687 Vgl. MK-BGB/*Schubert*, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 227 m.w.N.

1688 OLG Jena NZWiSt 2017, 480, 485; MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 40; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 280; enger *Fenner*, Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts, 2000, 249.

1689 Ähnlich MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 40.

1690 Dementsprechend das Fehlen einer Vorteilsgewährung in die Definition aufnehmend *Fenner*, Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts, 2000, 249.

1691 Vgl. MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 43.

erwecken.¹⁶⁹² Zusätzlich wird in der Literatur verlangt, dass bezüglich der ausgelassenen oder unrichtigen Angabe eine Mitteilungspflicht bestand.¹⁶⁹³ Dieses einschränkende Kriterium ist erforderlich, da andernfalls für den Antragsteller sein Pflichtenprogramm nicht erkennbar wäre, was angesichts der weitreichenden Folge unrichtiger oder unvollständiger Angaben (Strafbarkeit trotz formell bestehenden Aufenthaltstitels) mit Blick auf das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) Probleme aufwerfen würde.

In objektiver Hinsicht muss für eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 AufenthG i.V.m. § 95 Abs. 6 AufenthG hinzukommen, dass zwischen der Missbrauchshandlung und der Aufenthaltstitelerteilung Kausalität besteht.¹⁶⁹⁴ Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 95 Abs. 6 AufenthG, der verlangt, dass „auf Grund“ eines durch eine entsprechende Missbrauchshandlung erwirkten oder erschlichenen Aufenthaltstitels gehandelt wurde. Dementsprechend muss die Drohung, Bestechung, Kollusion oder unrichtige oder unvollständige Angabe notwendige Bedingung für die Erteilung des Aufenthaltstitels gewesen sein.

Darüber hinaus wird in der Literatur einschränkend gefordert, dass der Verwaltungsakt selbst materiell rechtswidrig sein muss.¹⁶⁹⁵ Das bloße Abstellen auf die kausale Missbrauchshandlung liefe andernfalls darauf hinaus, vermittelt über § 95 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG die in § 95 Abs. 6 AufenthG aufgeführten Handlungen selbst unter Strafe zu stellen.¹⁶⁹⁶ Wird auf den Schutz des Verwaltungsverfahrens abgestellt, überzeugt dieses einschränkende Kriterium nicht. Denn insofern geht es um die Verhinderung rechtsmissbräuchlicher Einwirkungen auf das verwaltungsrechtliche Prüfungsverfahren. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es hier nicht um die Frage der Wirksamkeit belastender rechtswidriger Verwaltungsakte geht, sondern um die Gleichsetzung rechtsmissbräuchlich erlangter Aufenthaltstitel mit gänzlich fehlenden Aufenthaltstiteln. Die Strafbarkeit der aufenthaltstitellosen Einreise und des aufenthaltstitellosen Aufenthalts rekurriert im Schutzgutkonzept der herrschenden Meinung aber auf den Schutz bestimmter materieller Interessen, die

1692 Vgl. *Fenner*, Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts, 2000, 254; MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 43.

1693 Vgl. *Fenner*, Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts, 2000, 259 ff.; MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 43.

1694 BGH NSTZ 2018, 289, 290; vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 55; MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 33.

1695 Vgl. im Kontext des Umwelt- und Wirtschaftsstrafrechts TK-StGB/*Heine/Schittenhelm*, 31. Aufl. 2025, § 330d Rn. 30; NK-StGB/*Ransiek*, 6. Aufl. 2023, § 330d Rn. 4; MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 32; *Wimmer*, JZ 1993, 67, 72. Kritisch gegenüber der h.L. dagegen LK-StGB/*Heghmanns*, 14. Aufl. 2022, § 330d Rn. 28.

1696 Vgl. im Kontext des Umweltstrafrechts MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 32; nach *Jünemann*, Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht, 1998, 169 f., fehlt es in diesen Fällen bereits an der Kausalität. Offengelassen von BGH NSTZ 2018, 289, 290.

durch „unregulierte“ Zuwanderung beeinträchtigt werden könnten.¹⁶⁹⁷ Gerade diese Interessen sind aber nicht bedroht, wenn zwar das Verfahren manipuliert, im Ergebnis aber ein materiell rechtmäßiger Aufenthaltstitel zuerkannt wurde. Deshalb ist das Kriterium der Rechtswidrigkeit auch auf dem Boden der Schutzgutbestimmung durch die herrschende Meinung zu verlangen, um zu vermeiden, dass es zu einer Kriminalisierung von materiell (und aufgrund des bestehenden Aufenthaltstitels auch formell) rechtmäßigen Einreisen und Aufhalten kommt.¹⁶⁹⁸ Der Schutz des Verwaltungsverfahrens wird demgegenüber durch § 95 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 AufenthG, der als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist und dementsprechend weder Erfolgskausalität noch Rechtswidrigkeit des erteilten Aufenthaltstitels beziehungsweise der erteilten Duldung voraussetzt, bewirkt.¹⁶⁹⁹

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz im Blick auf die Rechtsmissbräuchlichkeit der Aufenthaltstitelerlangung erforderlich. Dabei wird hinsichtlich der Missbrauchshandlung selbst zielgerichtetes Handeln (*dolus directus* I. Grades) verlangt, was sich aus dem Begriff des „Erwirkens“ beziehungsweise „Erschleichens“ ergebe.¹⁷⁰⁰ § 95 Abs. 6 AufenthG ist seinem Wortlaut nach freilich nicht auf Aufenthaltstitelinhaber beschränkt, die selbst entsprechende Manipulationen vorgenommen haben, sondern erfasst auch solche Aufenthaltstitel, bei denen Dritte auf das Verwaltungsverfahren in unlauterer Weise eingewirkt haben. In diesen Fällen muss es ausreichen, dass die Inhaber der Aufenthaltstitel sichere Kenntnis von der Rechtsmissbräuchlichkeit des Titelbeschaffungsvorgangs haben. Dies kann insbesondere dann zweifelhaft sein, wenn Migranten durch Agenten und Arbeitsvermittler bei der Visumserteilung unterstützt wurden und davon ausgegangen sind, die Visumserteilung sei rechtmäßig erfolgt.¹⁷⁰¹

bb) Anwendbarkeit auf Fälle des unerlaubten Aufenthalts ohne vorausgegangene unerlaubte Einreise?

Trotz der gesetzgeberischen Intention, missbräuchlich erlangte Aufenthaltstitel der Situation fehlender Aufenthaltstitel vollständig gleichzustellen, ist umstritten, ob § 95 Abs. 6 AufenthG im Blick auf den unerlaubten Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG überhaupt die gewünschte Wirkung entfalten kann, wenn dem unerlaubten Aufenthalt keine unerlaubte Einreise vorangegangen ist,¹⁷⁰² etwa weil der Aufenthalt erst nach der Einreise aufenthaltstitelpflichtig geworden ist oder das

1697 Vgl. oben B. II. 2.

1698 Mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ebenso MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 119.

1699 Dazu im Einzelnen mit Nachweisen unten E. IV. 1. a).

1700 OLG Jena NZWiSt 2017, 480, 485; vgl. MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 44.

1701 Vgl. *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 283.

1702 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 37, 119.

rechtsmissbräuchliche Verhalten sich nur im Verfahren zur Verlängerung eines vormals rechtmäßig erteilten Aufenthaltstitels vollzogen hat. § 95 Abs. 6 AufenthG stellt missbräuchlich erlangte Aufenthaltstitel zwar „mit dem Handeln ohne erforderlichen Aufenthaltstitel“ gleich. Nach dem klaren Wortlaut des § 95 Abs. 6 AufenthG müssen aber die übrigen Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 AufenthG weiterhin vorliegen. Dies bedeutet insbesondere, dass der Betroffene im Sinne des § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AufenthG vollziehbar ausreisepflichtig sein muss.¹⁷⁰³ Während die Ausreisepflicht – die verwaltungsrechtlich aufgrund des bis zu seinem Widerruf oder seiner Rücknahme verwaltungsrechtlich wirksamen Aufenthaltstitels nicht besteht¹⁷⁰⁴ – noch über § 95 Abs. 6 AufenthG als fingiert angesehen werden kann, da jedenfalls strafrechtlich der missbräuchlich erlangte Aufenthaltstitel als nicht existent gilt, sodass der Betroffene im Sinne des § 50 Abs. 1 AufenthG ausreisepflichtig ist, setzt die Strafbarkeit auch die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht voraus. Die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht ist freilich von der in Folge der fingierten Aufenthaltstitellosigkeit eintretenden Ausreisepflicht zu unterscheiden und richtet sich nach § 58 Abs. 2 AufenthG. Da in diesen Konstellationen § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG mangels unerlaubter Einreise nicht einschlägig ist,¹⁷⁰⁵ wird die Ausreisepflicht nach § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG erst vollziehbar, wenn die Versagung des Aufenthaltstitels oder der sonstige Verwaltungsakt, durch den der Ausländer ausreisepflichtig wird, vollziehbar ist.¹⁷⁰⁶ In Fällen des § 95 Abs. 6 AufenthG wird die Ausreisepflicht jedoch in der Weise fingiert, dass der missbräuchlich erlangte Aufenthaltstitel als nicht existent behandelt wird. Ein die Ausreisepflicht begründender Verwaltungsakt existiert nicht, wird nach dem Gesetzeswortlaut des § 95 Abs. 6 AufenthG aber auch nicht fingiert. Schließlich hilft auch § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG nicht weiter, da auch dem missbräuchlich erlangten Aufenthaltstitel ein Antrag vorausgegangen sein muss, sodass selbst bei fingierter Nichtexistenz des Aufenthaltstitels die Legalisierungsfiktion des § 81 Abs. 3 oder 4 AufenthG griffe. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass zwar ein klarer gesetzgeberischer Wille bestanden haben dürfte, auch diese Fälle dem Straftatbestand zu unterstellen, die Wortlautgrenze seine Umsetzung aber nicht zulässt.¹⁷⁰⁷ Erforderlich wäre, dass der Gesetzgeber § 95 Abs. 6 AufenthG dahingehend ergänzt, dass der Ausländer in diesen Fällen als vollziehbar ausreisepflichtig gilt.

1703 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 37; Schott, ZAR 2012, 276, 278.

1704 BGH NSTZ 2018, 289, 290.

1705 Anders ist dies, wenn schon die Einreise mit dem missbräuchlich erschlichen Aufenthaltstitel erfolgte, da dann auch die Einreise „fingiert“ unerlaubt gewesen ist, siehe BGH NJW 2012, 1669, 1670; 2012, 2210, 2211.

1706 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 37.

1707 Ebenso Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 282; Schott, ZAR 2012, 276, 279; anders dagegen Brocke, NSTZ 2009, 546, 548; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 69.

d) Sondervorschrift des § 95 Abs. 1a AufenthG für Inhaber von Schengen-Visa

§ 95 Abs. 1a AufenthG stellt im Kern nicht eine unerlaubte Einreise oder einen unerlaubten Aufenthalt unter Strafe, sondern knüpft an die Aufnahme und Ausübung einer Erwerbstätigkeit durch den Ausländer an, der nur ein Schengen-Visum nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG besitzt. Es handelt sich allerdings schon der Genese nach um einen Straftatbestand, der im Kontext der Einreise- und Aufenthaltsdelikte zu sehen ist, da der Gesetzgeber mit der Einfügung des § 95 Abs. 1a AufenthG auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs reagiert hat, nach der auch bei von vornherein beabsichtigter Arbeitsaufnahme im Bundesgebiet Inhaber von Schengen-Visa aufgrund deren Legalisierungswirkung, die allein vom formellen Vorliegen des Visums und nicht dessen materieller Rechtmäßigkeit abhängt, nicht unerlaubt in das Bundesgebiet einreisen und sich bis zur Höchstfrist von 90 Tagen auch nicht unerlaubt in diesem aufhalten.¹⁷⁰⁸ § 95 Abs. 1a AufenthG stellt nunmehr sicher, dass Inhaber von nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigenden Schengen-Visa für den Falle der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit „ebenso“ bestraft werden können wie sogenannte Positivstaater, die bei Arbeitsaufnahme im Inland aufenthaltstitepflichtig werden.¹⁷⁰⁹

Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit ist nach § 95 Abs. 1a AufenthG, dass der aufenthaltstitepflichtige Ausländer Inhaber eines (gültigen) Schengen-Visums nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ist und eine ihm nicht erlaubte Erwerbstätigkeit aufnimmt.¹⁷¹⁰ Der Versuch ist nach § 95 Abs. 3 AufenthG strafbar und setzt voraus, dass der Ausländer unmittelbar zur Arbeit ansetzt.¹⁷¹¹

Die Tathandlung aus dem Gesetzestext zu destillieren, ist allerdings ein komplexes Unterfangen. § 95 Abs. 1a AufenthG lässt nämlich zunächst nicht erkennen, welches Verhalten konkret unter Strafe gestellt ist, und verweist stattdessen auf die vorsätzliche Begehung einer „in § 404 Abs. 2 Nr. 4 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch oder in § 98 Abs. 3 Nr. 1 bezeichnete[n] Handlung“. § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III wiederum ist ein Bußgeldtatbestand, der die Ausübung einer Beschäftigung entgegen

„§ 284 Absatz 1 oder entgegen § 4a Absatz 3 Satz 4 oder Absatz 4, § 6 Absatz 2a, § 7 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 16a Absatz 3 Satz 1, § 16b Absatz 3, auch in Verbindung mit Absatz 7 Satz 3, § 16b Absatz 5 Satz 3 zweiter Halbsatz, § 16c Absatz 2 Satz 3, § 16d Absatz 1 Satz 4, Absatz 3 Satz 2 oder Absatz 4 Satz 3, § 16f Absatz 3 Satz 4, § 17 Absatz 3 Satz 1, § 20 Absatz 1 Satz 4,

1708 Vgl. dazu oben A. II. 6. a).

1709 Vgl. dazu auch MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 90; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 231.

1710 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 91; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 232; im Einzelnen Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 263 ff., wobei die Position, Prostitution sei in diesem Sinne keine Erwerbstätigkeit, mit dem gesetzgeberischen Willen wohl kaum in Einklang zu bringen sein dürfte, vgl. auch Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 135.

1711 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 93.

auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2, § 23 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 24 Absatz 6 Satz 2 erster Halbsatz oder § 25 Absatz 4 Satz 3 erster Halbsatz, Absatz 4a Satz 4 erster Halbsatz oder Absatz 4b Satz 4 erster Halbsatz des Aufenthaltsgesetzes“

erfasst. § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG ist seinerseits ein Bußgeldtatbestand, der die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit entgegen

„§ 4a Absatz 3 Satz 4 oder Absatz 4, § 6 Absatz 2a, § 7 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 16a Absatz 3 Satz 1, § 16b Absatz 3, auch in Verbindung mit Absatz 7 Satz 3, § 16b Absatz 5 Satz 3 zweiter Halbsatz, § 16c Absatz 2 Satz 3, § 16d Absatz 1 Satz 4, Absatz 3 Satz 8, Absatz 6 Satz 3 oder Absatz 4 Satz 3, § 16f Absatz 3 Satz 4, § 17 Absatz 3 Satz 1, § 20 Absatz 1 Satz 4, auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2, § 23 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz oder § 25 Absatz 4 Satz 3 erster Halbsatz, Absatz 4a Satz 4 erster Halbsatz oder Absatz 4b Satz 4 erster Halbsatz“

mit Bußgeld bedroht.

Der Tatbestand des § 95 Abs. 1a AufenthG lässt sich dementsprechend nur vollständig erfassen, wenn die durch § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III und § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG in Bezug genommenen Vorschriften, die eine Beschäftigung oder die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit untersagen, einbezogen werden.

Damit stellt sich die Frage, ob § 95 Abs. 1a AufenthG insgesamt noch mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG in Einklang zu bringen ist. Die kaum überschaubare Verweisungskette legt zunächst nahe, diese Frage zu verneinen. Allerdings ist nach gefestigter verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung die jeweilige Regelungsalternative zu berücksichtigen.¹⁷¹² Unter Strafe gestellt werden soll die Ausübung einer unselbstständigen Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit entgegen aufenthaltsrechtlichen Regelungen. Die Verweisung auf die einzelnen Verbotsstatbestände für die Ausübung einer entsprechenden Erwerbstätigkeit fordert zwar die Übersichtlichkeit des Tatbestandes heraus, steigert aber im Ergebnis die Gesetzesbestimmtheit, da dem Normadressaten die Verbotstatbestände mitgeteilt werden. Die Alternative, abstrakt auf eine „verbotene“ Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit abzuheben, trüge zwar zur Klarheit der Tatbestandsfassung bei, überlasse es jedoch dem Normadressaten, die Verbotstatbestände zu identifizieren. Dies wäre unter Bestimmtheitsgesichtspunkten gerade unter Berücksichtigung des Adressatenkreises bedenklich.

Vor diesem Hintergrund hätte der Gesetzgeber allenfalls auf einen Verweis auf § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III und auf § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG verzichten und die dort in Bezug genommenen Regelungen unmittelbar in § 95 Abs. 1a AufenthG aufnehmen können. Dadurch wäre immerhin unmittelbar erkennbar gewesen, dass sich § 95 Abs. 1a AufenthG auf die Ausübung einer verbotenen Erwerbstätigkeit bezieht. Dass der Gesetzgeber sich stattdessen eines Verweises auf die zwei Bußgeldtatbestände

1712 Vgl. D. II. 2.

bedient hat, ist gleichwohl nicht als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG zu qualifizieren. Denn grundsätzlich ist es dem Gesetzgeber auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht verboten, auf klar umrissene Normen zu verweisen, und ist diese Verweisungstechnik bei verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen unumgänglich. Hinzu kommt, dass sich bereits aus § 6 Abs. 2a AufenthG der Grundsatz ergibt, dass die Ausübung einer Erwerbstätigkeit für Inhaber von Schengen-Visa grundsätzlich verboten ist. Insofern ist davon auszugehen, dass die Betroffenen immerhin vom verwaltungsrechtlichen Verbot der Erwerbstätigkeit Kenntnis haben, was bei der Bewertung der Bestimmtheit des Straftatbestandes zu berücksichtigen ist.

2. Verstöße gegen Einreise- und Aufenthaltsverbote

Eine qualifizierte Form¹⁷¹³ der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts ist die Einreise oder der Aufenthalt unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot, die nach § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind. Hinsichtlich der Tathandlungen der Einreise und des Aufenthalts kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden. Gleiches gilt für die in § 95 Abs. 3 AufenthG geregelte Versuchsstrafbarkeit. Im Übrigen muss hinsichtlich des Tatbestandes zwischen dem Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG und der Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 11 Abs. 6 Satz 1 oder Abs. 7 Satz 1 AufenthG differenziert werden. Zudem sieht auch § 7 Abs. 2 FreizügG/EU die Verhängung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots vor. Der Verstoß gegen ein solches ist in § 9 Abs. 2 FreizügG/EU mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht.

a) Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG

Die Einreise oder der Aufenthalt unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG setzt voraus, dass überhaupt ein Einreise- und Aufenthaltsverbot erlassen worden ist.¹⁷¹⁴ Dessen Voraussetzungen ergeben sich aus § 11 Abs. 1 AufenthG. Danach muss der Betroffene ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden oder es muss gegen ihn eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG erlassen worden sein. Auch eine Zurückweisung wegen der Nutzung falscher oder verfälschter Dokumente zur Einreise führt zum Erlass eines

1713 BGH, Beschl. v. 13.7.2016 – 1 StR 279/16, BeckRS 2016, 16404; vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 209; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 264; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 123; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 233.

1714 Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 124.

entsprechenden Einreise- und Aufenthaltsverbots. Das Aufenthaltsverbot ist nach § 11 Abs. 2 Satz 3 AufenthG zu befristen, wobei die Frist nach § 11 Abs. 3 Satz 2 AufenthG grundsätzlich fünf Jahre nicht überschreiten darf.¹⁷¹⁵ Eine Strafbarkeit scheidet mangels tatbestandsmäßigen Verhaltens aus, wenn der Ausländer eine Betretungserlaubnis nach § 11 Abs. 8 AufenthG eingeholt hat.¹⁷¹⁶ Zweifelhaft erscheint, ob auch die Erlangung eines Aufenthaltstitels (entgegen dem ausdrücklichen Verbot nach § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG) zur Tatbestandslosigkeit von Einreise und Aufenthalt führt. Dagegen lässt sich anführen, dass die Strafvorschrift ausdrücklich an das Einreise- und Aufenthaltsverbot des § 11 Abs. 1 AufenthG und nicht an einen fehlenden Aufenthaltstitel anknüpft, der nach § 11 Abs. 1 AufenthG zudem nicht erteilt werden darf.¹⁷¹⁷ Allerdings handelt es sich bei § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG trotz der zusätzlichen Anknüpfung an das Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 AufenthG nach verbreiteter Auffassung um eine qualifizierte Form der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts, sodass dem Aufenthaltstitel Legalisierungswirkung zukommen muss, wenn er – entgegen § 11 Abs. 1 AufenthG – erteilt worden ist; insoweit entfällt der Grundtatbestand, der Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach der Qualifikation ist.¹⁷¹⁸

aa) Vorangegangene Ausreise?

In der Literatur wird vertreten, § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG setze insgesamt voraus, dass der Ausländer das Bundesgebiet verlassen hat.¹⁷¹⁹ Im Blick auf § 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG, der an die Einreise anknüpft, liegt dies auf der Hand. Eine Einreise setzt notwendigerweise voraus, dass das Bundesgebiet zuvor wenigstens kurzzeitig verlassen worden ist, sodass § 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG nur nach einmal erfolgter Ausreise zur Anwendung gelangen kann.

¹⁷¹⁵ Zu sogenannten Altfällen vgl. oben C. III. 3. b).

¹⁷¹⁶ Für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 173. Allerdings dürfte bei Vorliegen einer Erlaubnis nach § 11 Abs. 8 AufenthG für die Dauer der Erlaubnis bereits das Verbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG suspendiert sein, sodass es an einem blankettausfüllenden Verbot fehlt, an welches der Tatbestand des § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG anknüpfen könnte. Zu Irrtumskonstellationen unten E. II. 3.

¹⁷¹⁷ Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 265.

¹⁷¹⁸ So auch BGH, Urt. v. 26.4.2006 – 5 StR 32/06, BeckRS 2006, 6385, Rn. II; *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 217; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 126, der darauf hinweist, dass § 95 Abs. 6 AufenthG nicht anwendbar ist; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 96; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 234; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 156; *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 116. Zum Charakter als Qualifikationstatbestand auch BGH Beschl. v. 13.7.2016 – 1 StR 279/16, BeckRS 2016, 16404.

¹⁷¹⁹ Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 128; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 95; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 237 f.

Weniger eindeutig ist dies dagegen im Blick auf § 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AufenthG zu beurteilen. Dieser stellt den Aufenthalt entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot unter Strafe. Sofern das Einreise- und Aufenthaltsverbot in Folge einer Zurückschiebung oder Abschiebung erlassen worden ist (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 und 3 AufenthG), setzt dies gleichfalls notwendig voraus, dass der Ausländer aus dem Bundesgebiet verbracht wurde. Ein Einreise- und Aufenthaltsverbot kann jedoch auch verhängt werden, wenn der Ausländer ausgewiesen worden ist oder gegen ihn eine Abschiebungsanordnung erlassen worden ist (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 und 4 AufenthG). Für diese Fälle deutet der Gesetzeswortlaut darauf hin, dass die Strafbarkeit auch ohne vorangegangene Ausreise eintreten kann.¹⁷²⁰ Eine Beschränkung auf Fälle, in denen der Ausländer zuvor ausgereist war, lässt das Gesetz – jedenfalls in seiner derzeit geltenden Fassung¹⁷²¹ – nicht erkennen. Denn § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG lautet: „Infolge des Einreise- und Aufenthaltsverbots darf der Ausländer weder erneut in das Bundesgebiet und das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder der anderen Schengen-Staaten einreisen noch sich darin aufhalten noch darf ihm, selbst im Falle eines Anspruchs nach diesem Gesetz, ein Aufenthaltstitel erteilt werden.“ Es wird insofern dem Wortlaut nach eindeutig zwischen der erneuten Einreise einerseits („weder erneut [...] einreisen“) und dem Aufenthalt andererseits („noch sich darin aufhalten“) differenziert. Auch die Gesetzessystematik stützt die Position, die eine vorangegangene Ausreise nicht für erforderlich hält, da die ebenfalls in § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG in Bezug genommenen Absätze 6 und 7 des § 11 AufenthG gerade nicht verlangen, dass der Betroffene zuvor ausgereist sein muss.¹⁷²²

Diese Auslegung widerspräche allerdings Art. 11 RL 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie), an der die Auslegung des § 11 AufenthG zu orientieren ist. Art. 11 RL 2008/115/EG bestimmt, dass Rückkehrentscheidungen mit einem *Einreiseverbot* einhergehen, falls keine Frist für eine freiwillige Ausreise eingeräumt wurde oder falls der Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen wurde. In anderen Fällen kann ein Einreiseverbot verhängt werden. Nach Art. 3 Nr. 6 RL 2008/115/EG umfasst der Begriff des Einreiseverbots sowohl die Einreise als auch den Aufenthalt im Ho-

1720 So OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2009, 257, 258; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 269. Offengelassen von BGH NStZ 2026, 117, 118.

1721 Demgegenüber hat das OLG Frankfurt a.M. zu § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG a.F. („Ein Ausländer, der ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist, darf nicht erneut in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten“) ausgeführt, dass das Wort „erneut“ „ersichtlich die Notwendigkeit erneuter Einreise voraussetzt“ (OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 20.11.2014 – 1 Ss 278/14, BeckRS 2015, 4602, Rn. 15). So auch GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 238.

1722 Vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 211; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 269; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 129; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 86. Anders dagegen *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 157.

heitsgebiet der Mitgliedstaaten.¹⁷²³ Insoweit hat der Europäische Gerichtshof jedoch entschieden, dass das in Art. 11 Abs. 1 RL 2008/115/EG vorgesehene „Einreiseverbot“ erst in dem Moment wirksam werde, in dem der Betroffene in sein Herkunftsland, ein Transitland oder ein anderes Drittland ausgereist sei.¹⁷²⁴ Vor diesem Zeitpunkt falle der Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen dagegen unter die in der Richtlinie vorgesehene Rückkehrentscheidung und finde das Rückführungsverfahren Anwendung.¹⁷²⁵ Die Systematik der Richtlinie ergebe insoweit, dass klar zwischen dem ursprünglichen (unerlaubten) Aufenthalt und dem späteren (erneut unerlaubten) Aufenthalt zu unterscheiden sei.¹⁷²⁶ Unionsrechtlich setzt das Einreiseverbot also die vorangegangene Ausreise voraus. Vor diesem Hintergrund ist § 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AufenthG unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass nur die verbotswidrige Einreise oder der Aufenthalt nach vorangegangener Ausreise aus dem Bundesgebiet tatbestandsmäßig sind. Bis zum Zeitpunkt der Ausreise kommt lediglich eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG in Betracht.

Diese Position vermeidet auch das Problem, dass § 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AufenthG nach der Gegenauffassung schon dann tatbestandlich vorläge, wenn ein Einreise- und Aufenthaltsverbot (nach § 11 Abs. 2 Satz 1 AufenthG gemeinsam mit der Ausweisungsverfügung oder der Abschiebungsanordnung) erlassen worden ist und sich der Ausländer gleichwohl im Bundesgebiet aufhält, während § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) AufenthG die Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts explizit daran knüpft, dass die Abschiebung nicht ausgesetzt sein darf. Die Gegenposition müsste, da ein Verlassen des Bundesgebiets bei bestehendem Duldungsanspruch unzumutbar ist, einen bestehenden Duldungsanspruch als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens einbeziehen und eine Strafbarkeit auf diese Weise ausschließen.¹⁷²⁷

bb) Rechtmäßigkeit der aufenthaltsbeendenden Maßnahme?

Ein weiteres Problem des Tatbestandes betrifft die Frage, ob die dem Einreise- und Aufenthaltsverbot zugrunde liegende Ausweisung, Zurückweisung, Abschiebung

1723 Art. 3 Nr. 6 RL 2008/115/EG definiert das Einreiseverbot als „die behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme, mit der die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten *und der dortige Aufenthalt* (Herv. d. Verf.) für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird und die mit einer Rückkehrentscheidung einhergeht“.

1724 EuGH, Urt. v. 26.7.2017 – C-225/16, BeckRS 2017, 118397, Rn. 49.

1725 EuGH, Urt. v. 26.7.2017 – C-225/16, BeckRS 2017, 118397, Rn. 49. Anders offenbar BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 130, wobei die in Bezug genommene Entscheidung des EuGH die Argumentation allerdings nicht trägt.

1726 EuGH, Urt. v. 26.7.2017 – C-225/16, BeckRS 2017, 118397, Rn. 50.

1727 So BGH NStZ 2026, 117 f.; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2009, 257, 258; Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 212; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 234.

oder Abschiebungsanordnung rechtmäßig sein muss.¹⁷²⁸ Dies wird teilweise mit dem Verweis auf die Verwaltungsakzessorietät des Tatbestandes bestritten; entscheidend sei allein die verwaltungsrechtliche Wirksamkeit.¹⁷²⁹ Dieser Auffassung ist – allerdings unter Berücksichtigung der in Teil D. der Untersuchung entfalteten Differenzierung – zuzustimmen.

Die Gegenposition recurriert auf eine verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, die noch zur alten Rechtslage entwickelt worden war. Nach § 11 Abs. 1 AufenthG a.F. trat das Einreise- und Aufenthaltsverbot *kraft Gesetzes* infolge einer Ausweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung ein und löste eine Sperrwirkung sowohl für die Einreise und den Aufenthalt als auch für die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus.¹⁷³⁰ Auf Grundlage dieser gesetzlichen Regelung trat jedoch das Problem auf, dass das Einreise- und Aufenthaltsverbot aufgrund der Vorschrift des § 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG mit der Bekanntgabe des aufenthaltsbeendenden Verwaltungsakts wirksam wurde und dass die Wirksamkeit unabhängig davon bestehen blieb, ob einem Rechtsbehelf gegen die das Einreise- und Aufenthaltsverbot auslösende Maßnahme aufschiebende Wirkung zukam oder nicht.¹⁷³¹ Dementsprechend konnte insbesondere in Fällen, in denen ein Ausländer ausgewiesen oder abgeschoben wurde, nachdem sein Antrag auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels abgelehnt worden war, die Situation eintreten, dass im Rahmen des Rechtsschutzverfahrens gegen die Ablehnungsentscheidung die Sperrwirkung des aus der Abschiebung resultierenden Einreise- und Aufenthaltsverbots eingriff und der Erteilung eines Aufenthaltstitels trotz Rechtswidrigkeit seiner ursprünglichen Ablehnung entgegenstand.¹⁷³² Diese Situation resultierte aus dem Umstand, dass § 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG den Suspensiveffekt von Widerspruch und Klage gegen Verwaltungsakte, die die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beenden, dahingehend einschränkt, dass die Wirksamkeit entsprechender Verwaltungsakte unberührt bleibt und dementsprechend gesetzliche Folgen wie die Sperrwirkung des (früher gesetzlich zwingend eintretenden) Einreise- und Aufenthaltsverbots ausgelöst werden konnten.¹⁷³³

1728 So OLG Hamm, Beschl. v. 13.12.2016 – 3 RVs 90/16, BeckRS 2016, 113195, Rn. 19; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 51; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 185; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 180, 225.

1729 BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 127; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 97; zustimmend *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 132.

1730 Vgl. *Huber/Al-Ali/Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 11 AufenthG Rn. 2.

1731 VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 112, 113; VGH Mannheim, Beschl. v. 12.5.2005 – 13 S 195/05, BeckRS 2005, 27098, Rn. 2.

1732 BVerwG NVwZ 2003, 217, 218; VGH Mannheim NVwZ 1992, 700, 701; VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 112, 113.

1733 VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 112, 113; VGH Mannheim, Beschl. v. 12.5.2005 – 13 S 195/05, BeckRS 2005, 27098, Rn. 2.

Vor diesem Hintergrund hatte die Rechtsprechung im Blick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG entschieden, dass im Rahmen der Entscheidung über die Aufenthaltstitelerteilung der bloße Umstand der Ausweisung, Abschiebung oder des Erlasses einer Abschiebungsanordnung, der ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach sich zog, nicht dazu führen konnte, dass der Anspruch auf Aufenthaltstitelerteilung ausgeschlossen wurde.¹⁷³⁴ Ebenso wenig sollte der Anspruch eines bereits abgeschobenen Ausländers auf Vollzugsfolgenbeseitigung ausgeschlossen sein, wenn sich die Rechtswidrigkeit der Abschiebung herausgestellt hat.¹⁷³⁵ Die Sperrwirkung sollte in diesen Fällen nur eingreifen, wenn das Einreise- und Aufenthaltsverbot rechtmäßig gewesen war, was wiederum von der Rechtmäßigkeit der zugrunde liegenden Maßnahme abhing. Andernfalls, so lautete das Argument, hätte es die Ausländerbehörde selbst in der Hand, den Rechtsanspruch des Betroffenen zum Erlöschen zu bringen, obschon über die zugrunde liegende Maßnahme noch nicht unanfechtbar entschieden worden war.¹⁷³⁶

Diese zur alten Rechtslage entwickelte und seinerzeit überzeugende Rechtsprechung lässt sich aber nicht ohne Weiteres auf das geltende Recht übertragen.¹⁷³⁷ Denn

1734 BVerfG NVwZ 2007, 948, 949; BVerwG NVwZ 2003, 217, 218; VGH Mannheim NVwZ 1992, 700, 701; VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 112, 113.

1735 OVG Münster NVwZ-RR 2007, 492, 493.

1736 VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 112, 113.

1737 So auch *Pschorr*, InfAuslR 2025, 446, 448, der allerdings darauf hinweist, dass die Verweisung in § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 AufenthG auf § 11 Abs. 1 AufenthG („entgegen § 11 Abs. 1 AufenthG“) nunmehr fehlerhaft sei und „ins Leere“ gehe, weil der Gesetzeswortlaut auf einen Verstoß gegen § 11 Abs. 1 AufenthG rekurriert und nicht auf eine Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung auf Grundlage von § 11 Abs. 1 AufenthG. Allerdings ist dieser Schluss nicht zwingend. Denn die *Rechtsfolgen* des Einreise- und Aufenthaltsverbots, das in der Tat durch Verwaltungsakt zu erlassen ist, sind weiterhin in § 11 Abs. 1 AufenthG geregelt. So bestimmt § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG unter anderem, dass infolge des Einreise- und Aufenthaltsverbots der Ausländer weder erneut in das Bundesgebiet und das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder der anderen Schengen-Staaten einreisen noch sich darin aufhalten darf. Der Verweis auf den gesamten § 11 Abs. 1 AufenthG (in Abgrenzung zum Verweis in § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 und 3 AufenthG auf § 11 Abs. 6 Satz 1 und Abs. 7 Satz 1 AufenthG) muss daher so verstanden werden, dass sich zwar die Verhängung des Einreise- und Aufenthaltsverbots gegenüber dem Betroffenen aus dem Verwaltungsakt ergibt, für dessen Rechtsfolgen aber § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG maßgeblich ist. Daher lässt sich aus der Formulierung „entgegen § 11 Abs. 1 AufenthG“ nicht folgern, der Gesetzgeber habe es versäumt, die Verwaltungsaktsakzessorietät im Einklang mit Art. 103 Abs. 2 GG zu normieren. Das Gegenargument von *Pschorr*, auch die Einreise- und Aufenthaltsverbote nach § 11 Abs. 6 Satz 1 und Abs. 7 Satz 1 AufenthG seien Einreise- und Aufenthaltsverbote im Sinne des Abs. 1 und dessen Satz 3 daher auch für diese relevant, sodass eine unterschiedliche Verweisungsformulierung sich nicht mit Abs. 1 Satz 3 begründen lasse, überzeugt nicht. Denn § 11 Abs. 6 AufenthG verweist gerade *nicht* auf Abs. 1 Satz 3 (anders als Abs. 7 Satz 3). Insofern lässt sich nicht behaupten, der Gesetzgeber habe mit der unterschiedlichen Verweisungsformulierung zum Ausdruck gebracht, bezüglich § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 AufenthG die Verwaltungsaktsakzessorietät nicht zu bezwecken. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass § 11 Abs. 1 AufenthG eine gebundene Entscheidung enthält und Abs. 6 und 7 jeweils Ermessen einräumen, sodass auch darin ein (fortbestehender) Grund für eine differenzierende Formulierung gesehen werden kann. Hinzu kommt aber, dass *Pschorr* die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG überspannt. So erscheint zweifelhaft, ob aus der unterschiedlichen Verweisungsformulierung bei weiterhin zutreffender Verweisung auf § 11 Abs. 1 AufenthG, aus welchem sich die weitergehende Verwaltungsaktsakzessorietät eindeutig ergibt, wirklich gefolgert werden kann, dass im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG nicht mehr hinreichend bestimmt

§ 11 AufenthG ist inzwischen derart umgestaltet worden, dass das Einreise- und Aufenthaltsverbot als eigenständige Verfügung ergeht, die dementsprechend auch eigenständig angefochten werden kann und muss.¹⁷³⁸ Zwar haben Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 84 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG auch weiterhin keine aufschiebende Wirkung. Jedoch kann im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs beantragt werden.¹⁷³⁹ Es gibt daher grundsätzlich kein Bedürfnis, die Wirkung des Einreise- und Aufenthaltsverbots von der Rechtmäßigkeit der aufenthaltsbeendenden Maßnahme abhängig zu machen: Ein effektiver Rechtsschutz ist durch eine Anfechtung des Einreise- und Aufenthaltsverbots sowie der zugrunde liegenden Verfügungen möglich. Daher können die in Teil D. dargelegten übergreifenden Grundsätze zur Verwaltungsaktsakzessorietät zur Anwendung kommen.¹⁷⁴⁰

b) Verstoß gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 11 Abs. 6 Satz 1 oder Abs. 7 Satz 1 AufenthG

§ 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG nimmt nicht nur auf § 11 Abs. 1 AufenthG Bezug, sondern auch auf § 11 Abs. 6 Satz 1 und Abs. 7 Satz 1 AufenthG. Nach § 11 Abs. 6 Satz 1 AufenthG *kann* ein Einreise- und Aufenthaltsverbot angeordnet werden, wenn ein Ausländer seiner Ausreisepflicht nicht innerhalb einer ihm gesetzten Ausreisefrist nachgekommen ist, sofern er nicht unverschuldet an der Ausreise gehindert war und die Fristüberschreitung erheblich ist. Voraussetzung ist demnach, dass ein vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer die ihm gesetzte Ausreisefrist schuldhaft und nicht nur unerheblich fruchtlos verstreichen lassen hat, er mithin nicht freiwillig ausge-reist ist.¹⁷⁴¹ § 11 Abs. 7 Satz 1 AufenthG betrifft abgelehnte Asylbewerber, deren Antrag als offensichtlich unbegründet (§ 30 AsylG) abgelehnt wurde, denen kein subsidiärer Schutz zuerkannt wurde, bei denen das Vorliegen der Voraussetzungen für ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 bis 7 AufenthG nicht festgestellt wurde und die keinen Aufenthaltstitel besitzen. Darüber hinaus unterfallen der Vorschrift Asylbewerber, deren Asylfolgeantrag wiederholt nicht zur Durchführung eines weiteren

ist, auf welche Verwaltungsrechtslage der Gesetzgeber rekurriert. Denn durch die Bezugnahme auf § 11 Abs. 1 AufenthG ist *unzweifelhaft* klargestellt, dass das dort in Satz 1 mit den Konsequenzen des Satzes 3 definierte Einreise- und Aufenthaltsverbot von § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 AufenthG in Bezug genommen ist und dass nur eine Zuwiderhandlung gegen ein solches Einreise- und Aufenthaltsverbot durch *Einreise* oder *Aufenthalt* strafbewehrt ist. Selbst wenn es sich also um ein gesetzgeberisches Versäumnis handeln sollte, § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 AufenthG an die neue Rechtslage anzupassen, folgt daraus nicht zugleich ein „Leerlaufen“ des Verweises.

1738 Vgl. *Huber/Al-Ali/Bergmann*, in: *Huber/Mantel* (Hrsg.), *Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz*, 4. Aufl. 2025, § 11 AufenthG Rn. 1 f.

1739 Vgl. *BeckOK-StGB/Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 127; *Maor*, in: *Kluth/Heusch* (Hrsg.), *BeckOK-Ausländerrecht*, 46. Edn. 2025, § 11 AufenthG Rn. 39a.

1740 Dazu oben D. I. 1.

1741 Vgl. dazu *Dollinger*, in: *Bergmann/Dienelt*, *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 11 AufenthG Rn. 93 f.

Asylverfahrens geführt hat.¹⁷⁴² Für die Tatbestandsvoraussetzungen des § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 und 3 AufenthG gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Insbesondere ist in unionsrechtskonformer Auslegung auch in diesen Fällen eine vorangegangene Ausreise erforderlich, damit der Tatbestand verwirklicht werden kann. Auch die Ausführungen zur Rechtswidrigkeit des Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 11 Abs. 1 AufenthG sind übertragbar.

c) Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 9 Abs. 2 FreizügG/EU

§ 9 Abs. 2 FreizügG/EU stellt die Einreise oder den Aufenthalt durch Personen, gegen die ein vollziehbares Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 7 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU erlassen worden ist, nachdem sie ihr Freizügigkeitsrecht gemäß § 2 Abs. 1 oder § 3a Abs. 1 FreizügG/EU nach § 6 Abs. 1 FreizügG/EU verloren haben, unter eine gegenüber § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG reduzierte Strafdrohung.¹⁷⁴³ § 6 Abs. 1 FreizügG/EU betrifft den Verlust des Rechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit. Nur auf Einreise- und Aufenthaltsverbote, die auf den Rechtsverlust aus diesem Grund zurückgehen, ist der Straftatbestand anwendbar.¹⁷⁴⁴ Tatbestandsmäßig ist die Einreise oder der erneute¹⁷⁴⁵ Aufenthalt unter Missachtung eines wirksamen und vollziehbaren Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 7 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU.¹⁷⁴⁶ Insoweit gelten die Ausführungen zu § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG entsprechend.

Hinsichtlich der Frage, ob das strafbewehrte Einreise- und Aufenthaltsverbot rechtmäßig sein muss, ist zu differenzieren. Im Ausgangspunkt gilt auch hier der Grundsatz der strengen Verwaltungsakzessorietät, sodass die Rechtswidrigkeit der Verfügung die Strafbarkeit nicht entfallen ließe. Da Widerspruch und Anfechtungsklage im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsgesetzes/EU zudem aufschiebende Wirkung haben, weil es an einer mit § 84 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG vergleichbaren Regelung

1742 Vgl. Huber/*Al-Ali/Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 11 AufenthG Rn. 43 f.

1743 Da § 7 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU seit dem 27. Februar 2024 nicht mehr nur auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen rekurriert, sondern auf „Personen“, erfasst der Tatbestand auch EWR-Staatsangehörige und sogenannte Alt-Briten im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 3 FreizügG/EU sowie ihre Familienangehörigen und ihnen nahestehende Personen.

1744 Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 12; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 7; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 9 FreizügG/EU Rn. 19; *Tewocht*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK/Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 6.

1745 Vgl. *Brinkmann/Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 6; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 13; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 9.

1746 Zur Straflosigkeit von Einreisen und Aufenthalt in Deutschland durch Personen, die nach §§ 45, 46 AuslG ausgewiesen worden waren, mangels Verweisung siehe OLG Hamburg, Beschl. v. 21.11.2005 – 1 Ws 212/05, BeckRS 2005, 30365427; OLG Nürnberg, Beschl. v. 17.6.2008 – 1 St Ss 122/08, BeckRS 2011, 18269; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 8; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 9 FreizügG/EU Rn. 20; *Tewocht*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK/Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 8.

fehlt, ist auch keine Unverhältnismäßigkeit der Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte anzunehmen.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz betrifft aber unionsrechtswidrige Einreise- und Aufenthaltsverbote.¹⁷⁴⁷ Das Unionsrecht genießt Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht. Nach Art. 21 Abs. 1 AEUV gewährleistet dieses das Freizügigkeitsrecht für jeden Unionsbürger; die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat dieses Recht auch auf Familienangehörige von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern erstreckt.¹⁷⁴⁸ Art. 45 AEUV spezifiziert dieses Recht für Arbeitnehmer und sieht eine Einschränkung des Freizügigkeitsrechts nur „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit“ vor. Art. 49 Abs. 1 AEUV schützt die Niederlassungsfreiheit von EU-Staatsangehörigen und gestattet die Anwendung von „Sonderregelungen“ für Ausländer gleichfalls nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Art. 52 Abs. 1 AEUV). Mit diesen Regelungen des primären Unionsrechts sind Vorschriften des nationalen Rechts unvereinbar, die es zulassen, einen unionsrechtlich Freizügigkeitsberechtigten aufgrund des Verstoßes gegen ein *unionsrechtswidriges* Einreise- und Aufenthaltsverbot zu bestrafen. Die Gegenposition argumentiert dagegen mit der strengen Verwaltungsakzessorietät, für deren Durchbrechung es im Blick auf die Möglichkeit, ein rechtswidriges Einreise- und Aufenthaltsverbot mit Widerspruch und Anfechtungsklage anzugreifen, keinen rechtlich zwingenden Grund gebe.¹⁷⁴⁹ Diese Position läuft aber darauf hinaus, dass dem Freizügigkeitsberechtigten aufgebürdet wird, das unionsrechtswidrige Verhalten des Staates rechtzeitig zu erkennen und anzugreifen oder aufgrund eines andernfalls bestandskräftig werdenden Einreise- und Aufenthaltsverbots eine Einschränkung seiner Freizügigkeitsrechte hinzunehmen, bis über einen Antrag auf Rücknahme (§ 48 VwVfG) oder einen Antrag auf Aufhebung oder auf Verkürzung der Frist des Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 7 Abs. 2 Satz 8 FreizügG/EU entschieden ist – unter Androhung einer Kriminalstrafe bei Nichtbeachtung. Letztlich führte dieser rechtliche Ansatz dazu, dass der Freizügigkeitsberechtigte *zusätzliche* Anforderungen erfüllen müsste, um sein unionsrechtlich gewährleitetes Recht in Anspruch nehmen zu können – nämlich die Anfechtung eines unionsrechtswidrigen Einreise- und Aufenthaltsverbots; damit stünde ein Freizügigkeitsberechtigter letztlich schlechter als ein Deutscher, gegen den ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nicht erlassen

1747 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 6.12.2006 – 3 Ws 346/05, BeckRS 2006, 19861, noch auf Grundlage des § 92 Abs. 2 Nr. 1 AuslG, aber hinsichtlich der Grundaussage übertragbar; vgl. ferner *Tewocht*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 7; in diese Richtung auch NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 9 FreizügG/EU Rn. 22. Offenbar für eine strenge Verwaltungsakzessorietät BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 14.

1748 EuGH NVwZ-RR 2014, 401, 403 f.; 2018, 748 (Tenor); BVerwG NVwZ 2021, 164, 166.

1749 MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 14 ff.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt I § 9 FreizügG/EU Rn. 36.

werden kann.¹⁷⁵⁰ Hinzu kommt, dass die Gegenposition darauf hinausläuft, unionsrechtswidrigen bestandskräftigen Verwaltungsakten eine stärkere Position gegenüber dem Unionsrecht einzuräumen als gesetzlichen Regelungen. Bei Letzteren gilt der Anwendungsvorrang absolut und ist ein solcher durch die Fachgerichte stets von Amts wegen zu beachten. Verwaltungsakte dürfen nicht für den Einzelfall das Freizügigkeitsrecht einschränken, ohne dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts unterworfen zu sein. Deutlich bringt das der Europäische Gerichtshof zum Ausdruck, wenn er ausführt: „Es wäre nämlich durch nichts zu rechtfertigen, wenn dem einzelnen der Rechtsschutz, der sich für ihn aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt und den die innerstaatlichen Gerichte zu gewährleisten haben [...], in einem Fall verweigert würde, in dem es um die Gültigkeit eines Verwaltungsakts geht.“¹⁷⁵¹ Die durch die Gegenposition bewirkte Risikoverteilung zulasten des Freizügigkeitsberechtigten ist mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts und dem unionsrechtlichen *effet utile*-Grundsatz daher nicht in Einklang zu bringen.¹⁷⁵²

Die Konsequenz der hier vertretenen Position ist, dass materiell-rechtliche Mängel eines Einreise- und Aufenthaltsverbots regelmäßig zur Straflosigkeit seiner Missachtung führen werden, da derartige Mängel in der Regel zur Unionsrechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führen; formelle Fehler dürften dagegen im Strafverfahren unbeachtlich sein.

3. Anforderungen an den subjektiven Tatbestand und Irrtumskonstellationen

Sämtliche Einreise- und Aufenthaltsdelikte können – wie sich aus der in Art. 1 Abs. 1 EGGStGB angeordneten Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches ergibt (§ 15 StGB) – nur vorsätzlich verwirklicht werden.¹⁷⁵³ Die fahrlässige Begehung ist gemäß § 98 Abs. 1 AufenthG eine Ordnungswidrigkeit, die mit Bußgeld bedroht ist. Der Vorsatz muss dabei in tatsächlicher Hinsicht die Umstände umfassen, welche bewirken, dass die Einreise oder der Aufenthalt unerlaubt sind. Der

1750 Anders MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 18; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 9 FreizügG/EU Rn. 36, deren Vergleich mit § 24 Abs. 1 PassG aber schon mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte nicht überzeugt.

1751 EuGH NJW 1999, 2355, 2356.

1752 Vgl. im Ergebnis übereinstimmend EuGH NJW 1999, 2355, 2356. Sofern teilweise gegen die Übertragbarkeit des Urteils die mangelnde Vergleichbarkeit angeführt wird (MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 14), weil in diesem Fall die strafbewehrte Verbotsverfügung erlassen wurde als Österreich noch nicht Mitgliedstaat der Europäischen Union war und durch den Beitritt das Unionsrecht nachträglich auf den Sachverhalt anwendbar geworden sei, greift dieser Einwand nicht durch. Wenn schon ursprünglich rechtmäßige Verwaltungsakte, die nicht im Blick auf das Unionsrecht anfechtbar waren, nicht zum Anknüpfungspunkt einer strafrechtlichen Verurteilung gemacht werden dürfen, muss dies erst recht für von Anfang an *rechtswidrige* Verwaltungsakte gelten. Denn die Verantwortung für den Erlass rechtmäßiger Verwaltungsakte liegt bei der erlassenden Behörde; war das Unionsrecht sogar schon zum Zeitpunkt des Erlasses geltendes Recht, kann sich die Behörde nicht mit dem Verweis auf die Möglichkeit der Anfechtung durch den Adressaten exkulpieren.

1753 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 3.

Betroffene muss also insbesondere mindestens billigend in Kauf nehmen, dass er im Falle der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet einreist und dabei keinen Pass und/oder keinen Aufenthaltstitel besitzt, obwohl er der Pass- und Aufenthaltstitelpflicht unterliegt, oder gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot verstößt.¹⁷⁵⁴ Im Falle des unerlaubten Aufenthalts muss der Vorsatz das Fehlen eines Passes und/oder eines Aufenthaltstitels trotz bestehender Pflicht umfassen und im Falle des aufenthaltstitellosen Aufenthalts zudem den Umstand einer bestehenden vollziehbaren Ausreisepflicht, die Nichtgewährung oder den Ablauf einer Ausreisefrist sowie das Nichtbestehen einer Duldung beziehungsweise eines Duldungsanspruchs. Dies folgt daraus, dass § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB für eine Strafbarkeit wegen einer Vorsatztat voraussetzt, dass der Täter die zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände kennt. Zu den Umständen des gesetzlichen Tatbestandes gehören bei den migrationsstrafrechtlichen Tatbeständen jedoch nicht nur die in den Strafvorschriften beschriebenen Umstände, sondern aufgrund des Blankettcharakters der meisten Tatbestände auch diejenigen der in Bezug genommenen verwaltungsrechtlichen Vorschriften.¹⁷⁵⁵

Dabei können sich hinsichtlich der Einreise- und Aufenthaltsdelikte mitunter schwierige Irrtumsfragen ergeben, die insbesondere die Abgrenzung von Tatbestands- (§ 16 Abs. 1 StGB) und Verbotsirrtum (§ 17 StGB) betreffen.¹⁷⁵⁶ Vorstellbar ist insbesondere, dass der Betroffene die blankettausfüllende verwaltungsrechtliche Norm (zum Beispiel bei § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG: „entgegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 in das Bundesgebiet einreist“) nicht kennt, also schon um die Erlaubnis- oder Genehmigungspflichtigkeit seines Verhaltens nicht weiß, oder aber über ihren Regelungsgehalt irrt. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob ein entsprechender Irrtum als Tatbestands- oder Verbotsirrtum zu qualifizieren ist.

Nach den allgemeinen Grundsätzen gilt dabei zunächst, dass ein Irrtum über die Tatumsstände der blankettausfüllenden Norm einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum begründet, weil die blankettausfüllende Norm Teil des gesetzlichen

1754 Dazu gehört auch die Kenntnis von der eigenen „Ausländereigenschaft“, vgl. zu einem bemerkenswerten Sachverhalt OLG Hamburg, Urt. v. 19.5.2005 – 1 Ss 195/04, BeckRS 2009, 8983.

1755 Vgl. Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25 ff.; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 82; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 137; allgemein NK-StGB/Puppe, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 18, 60, 65; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 111a f. Anders dagegen Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 176, nach welcher der Vorsatz lediglich die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausfüllungsnorm umfassen muss; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 97; ebenso offenbar BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 36 ff.

1756 Eingehend m.w.N. zur Irrtumsproblematik bei Blanketttatbeständen Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 110 ff.; siehe ferner Müller-Magdeburg, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999.

Tatbestandes ist.¹⁷⁵⁷ Wer sich vorstellt, dass er einen gültigen Aufenthaltstitel hat, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall ist, handelt im Sinne des § 16 Abs. 1 StGB unvorsätzlich bezüglich des Fehlens eines erforderlichen Aufenthaltstitels. Zugleich bewirkt der Blankettcharakter der Einreise- und Aufenthaltsdelikte, dass sie über die Inkorporation der migrationsverwaltungsrechtlichen Regelungen in den strafrechtlichen Tatbestand normative Tatbestandsmerkmale¹⁷⁵⁸ in großer Zahl enthalten. So ist beispielsweise aufgrund des Verweises in § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG auf § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 AufenthG die „Erforderlichkeit“ des Aufenthaltstitels Teil des gesetzlichen Tatbestandes. Die Beurteilung der Erforderlichkeit setzt, wie gesehen, komplexe migrationsverwaltungsrechtliche Wertungen voraus. Für die Frage, ob ein tatbestandsausschließender Irrtum über ein entsprechendes Tatbestandsmerkmal gegeben ist, kommt es in diesen Fällen daher nach der herrschenden Meinung auf eine Parallelwertung in der Laiensphäre an.¹⁷⁵⁹ Der Betroffene muss zwar keine korrekte rechtliche Subsumtion vornehmen, aber den wesentlichen Inhalt des gesetzlichen Verbots und der darin enthaltenen (migrationsverwaltungsrechtlichen) Begriffe erfassen.¹⁷⁶⁰ Eine Fehlvorstellung über die „Erforderlichkeit“ eines Aufenthaltstitels oder die „Befreiung“ von der Passpflicht stellt sich vor diesem Hintergrund als Tatbestandsirrtum dar.¹⁷⁶¹

Deutlich intrikater stellt sich die Beurteilung von Irrtümern dar, die aus der Unkenntnis der blankettausfüllenden Norm resultieren. Insoweit stellt sich die Frage, ob zum Tatbestand im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB nur die aus Blanketttatbestand und blankettausfüllender Norm zu ermittelnden Tatumstände gehören¹⁷⁶²

1757 BGH NStZ 2020, 682; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 188 ff.; NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 60 m.w.N.; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 110.

1758 Durch die Bezugnahme des Blanketttatbestandes auf die blankettausfüllende Norm werden die einzelnen Elemente dieser Norm Teil des strafrechtlichen Tatbestandes. Damit werden auch wertungsbedürftige, weil ihrerseits normverweisende, Merkmale des Migrationsverwaltungsrechts strafgesetzliche „normative“ Tatbestandsmerkmale des § 95 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG; vgl. dazu OLG München, mitgeteilt durch LG Landshut, Urt. v. 11.4.2011 – 35 Js 28732/08, BeckRS 2011, 147722, Rn. 37. Vgl. zur Einordnung als „normativ“ bei rechtsverweisenden Merkmalen *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 120 ff., 165 f.

1759 Vgl. jeweils m.w.N. BGH NJW 2018, 1486, 1489; NStZ 2020, 682, 683; OLG Celle, Urt. v. 7.4.2003 – 21 Ss 17/03, BeckRS 2003, 30314955, Rn. 21; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 101; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, 387; zur „Omnipräsenz“ der Parallelwertung *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 202 ff., jedoch mit Kritik an eben dieser Figur.

1760 Zum Migrationsstrafrecht BGH, Beschl. v. 25.10.2017 – 1 StR 426/17, BeckRS 2017, 139399, Rn. 21; vgl. allgemein BGH NJW 2018, 1486, 1489 m.w.N.; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 101, 111a.

1761 BGH, Beschl. v. 25.10.2017 – 1 StR 426/17, BeckRS 2017, 139399, Rn. 21; OLG Celle, Urt. v. 7.4.2003 – 21 Ss 17/03, BeckRS 2003, 30314955, Rn. 21; vgl. *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25. Anders BayObLG, Beschl. v. 21.5.2002 – 4St RR 44/02, BeckRS 2002, 100030.

1762 So z.B. früh *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, 37.

oder ob *auch* die Existenz der blankettausfüllenden Ge- oder Verbotsnorm vom Vorsatz umfasst sein muss, ob also auch der Verstoß gegen die „durch die Ausfüllungsnorm statuierte Rechtspflicht“¹⁷⁶³ Gegenstand des Tatvorsatzes ist. Nur wenn letzteres zu bejahen ist, sind Irrtümer über Existenz, Gültigkeit und Inhalt der blankettausfüllenden Norm als Tatbestandsirrtum zu qualifizieren, andernfalls liegt allenfalls ein Verbotsirrtum vor.¹⁷⁶⁴

In der Rechtsprechung und in Teilen der Literatur wird bei Irrtümern über die *Erlaubnispflicht* regelmäßig danach differenziert, ob ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (Tatbestandsirrtum), das zur Kontrolle eines grundsätzlich sozialadäquaten Verhaltens dient, oder ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt (Verbotsirrtum), welches ein grundsätzlich wertwidriges Verhalten nur ausnahmsweise erlaubt, anzunehmen ist.¹⁷⁶⁵ Diese Differenzierung wird damit begründet, dass im ersten Fall der Unrechtsgehalt des Tatbestandes gerade in der Missachtung des Erlaubnisvorbehalts liege und die fehlende Erlaubnis als normatives Tatbestandsmerkmal daher Teil des Unrechtstatbestands sei, während im zweiten Fall eine erteilte Befreiung im Einzelfall Rechtfertigungswirkung entfalte, das genehmigungspflichtige Verhalten aber schon für sich genommen den Unrechtstatbestand erfülle.¹⁷⁶⁶ Bei repressiven Verböten mit Befreiungsvorbehalt sei das Merkmal „ohne Genehmigung“ folglich lediglich als Hinweis auf diese rechtfertigende Wirkung zu verstehen, ähnlich dem Merkmal „rechtswidrig“ als Hinweis auf das allgemeine Verbrechensmerkmal.¹⁷⁶⁷

Wird diese Auffassung zugrunde gelegt, müsste innerhalb der Einreise- und Aufenthaltsdelikte differenziert werden. Während die schlicht unerlaubte Einreise und der schlicht unerlaubte Aufenthalt unter die Kategorie des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt fallen, wie schon die in § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG vorgesehenen umfangreichen Ausnahmen von der Erlaubnispflicht nahe legen und wie sich auch aus dem Umstand ergibt, dass der Einreise und dem Aufenthalt von Ausländern keine spezifische Gefahr innewohnt,¹⁷⁶⁸ ist im Blick auf Einreise- und Aufenthalts-

1763 Kuhl, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung, 2018, 191.

1764 Vgl. Dietmeier, Blankettstrafrecht, 2002, 149 ff.; Kuhl, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung, 2018, 191 ff.; Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 42.

1765 BGH NStZ 1993, 594, 595; NStZ-RR 2003, 55, 56; NJW 2018, 3467, 3468; BayObLG NJW 1997, 1319, 1320; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2006, 353; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25b f. m.w.N.; dazu NK-StGB/Puppe, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 16; kritisch TK-StGB/Schuster, 31. Aufl. 2025, § 17 Rn. 12a.

1766 BGH NStZ 1993, 594, 595; NJW 2018, 3467, 3468, wobei sich der Senat von dieser Rechtsprechung zu distanzieren scheint; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2006, 353; zusf. zur h.M. NK-StGB/Puppe, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 16.

1767 Vgl. zusf. NK-StGB/Puppe, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 16.

1768 OLG Bamberg, Urt. v. 20.9.2005 – 2 Ss 35/05, BeckRS 2006, 3343; LG Landshut, Urt. v. 11.4.2011 – 35 Js 28732/08, BeckRS 2011, 147722, Rn. 37 f.; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 108; dazu oben B. II. 2. a).

verbote (§ 11 AufenthG) von einem repressiven Verbot mit Genehmigungsvorbehalt auszugehen, was schon durch die gesetzlich nur ausnahmsweise vorgesehene kurzfristige Betretungserlaubnis nach § 11 Abs. 8 AufenthG verdeutlicht wird. Die Differenzierung nach dem Verbotscharakter führte daher bei einem Irrtum über die Erlaubnispflicht bei der schlicht unerlaubten Einreise und dem schlicht unerlaubten Aufenthalt zu einem Tatbestandsirrtum, während der Irrtum über das Bestehen eines Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG als Verbotsirrtum zu qualifizieren wäre.¹⁷⁶⁹ Dieser Position entspricht es, dass der Bundesgerichtshof den „Irrtum über den rechtlichen Bedeutungsgehalt des Merkmals ‚erforderlicher Aufenthaltstitel‘“ als Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB qualifiziert hat.¹⁷⁷⁰ Hinsichtlich der Einreise- und Aufenthaltsverbote ist allerdings zu berücksichtigen, dass Rechtsprechung und Literatur in Fällen, in denen der Blanketttatbestand auf eine blankettausfüllende Einzelanordnung verweist, davon ausgehen, dass der Täter um Erlass, Inhalt und Wirksamkeit dieser Einzelanordnung wissen muss.¹⁷⁷¹ Da § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nach neuer Rechtslage seinerseits den Erlass eines Einreise- und Aufenthaltsverbots durch Verwaltungsakt voraussetzt,¹⁷⁷² ließe sich schon auf dieser Grundlage annehmen, dass die Unkenntnis des Einreise- und Aufenthaltsverbots den Tatbestandsvorsatz ausschließt.

Unabhängig davon überzeugt die Differenzierung nach dem Verbotscharakter der blankettausfüllenden verwaltungsrechtlichen Norm nicht. Ausgangspunkt für eine Lösung der Abgrenzungsfrage kann insoweit nur das Gesetz, insbesondere § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB, sein. Danach kommt es für die Zuordnung eines Irrtums zu § 16 Abs. 1 oder § 17 StGB entscheidend darauf an, ob sich der Täter über einen Umstand irrt, der zum *gesetzlichen Tatbestand* gehört (Tatbestandsirrtum), oder ob ihm bei der Begehung der Tat – in Kenntnis aller zum gesetzlichen Tatbestand gehörender Umstände – die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun (Verbotsirrtum).¹⁷⁷³ Bei ver-

1769 So offenbar auch das AG Frankfurt a.M., zitiert nach *Strieder*, InfAuslR 2010, 312, 313 Fn. 6; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25c.

1770 BGH, Beschl. v. 25.10.2017 – 1 StR 426/17, BeckRS 2017, 139399, Rn. 21; BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 62; vgl. *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25c. Demgegenüber wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur teilweise ein bloßer Verbotsirrtum angenommen, vgl. ohne Begründung BayObLG NJW 2002, 1282, 1283; OLG Köln NSZ-RR 2003, 184; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 47.

1771 Vgl. m.w.N. BGH NSTz 2020, 682; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 195; NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 63; TK-StGB/*Schuster*, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 102; spezifisch zum Migrationsstrafrecht *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25a; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 130, zu § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG; in diesen Fällen übereinstimmend *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 177; vgl. ferner *Schiedermair/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 198.

1772 Vgl. oben E. II. 2. a) bb).

1773 Für eine Orientierung am Wortlaut des Blankettgesetzes auch NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 65; siehe ferner *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum

waltungsakzessorischen Blankettstrafgesetzen gehört zum gesetzlichen Tatbestand nicht nur der im Blankett enthaltene Teil, sondern schon nach dem *Wortlaut* des Blanketttatbestandes auch die in Bezug genommene blankettausfüllende Vorschrift *als solche* mit ihrem vollständigen Regelungsgehalt.¹⁷⁷⁴ Ohne die blankettausfüllende Vorschrift wäre der Unrechtstatbestand unvollständig und es fehlte an einer vollständigen tatbestandlichen Unrechtsbeschreibung.¹⁷⁷⁵ Erst diese – nicht die in ihr enthaltenen einzelnen Merkmale – bringt aber die soziale und rechtliche Missbilligung des Verhaltens zum Ausdruck, auf welche der Vorsatz bezogen ist.¹⁷⁷⁶ Die Kenntnis der Tatumstände allein genügt nicht, um die *normative* Wertung als ge- oder verbotenes Verhalten, die durch den Verweis auf die blankettausfüllende Norm erst bewirkt wird, nachvollziehen zu können.¹⁷⁷⁷ Fehlt dem Täter die Kenntnis eben dieses Ge- oder Verbots, handelt er daher *unvorsätzlich* bezogen auf den Gesamtunrechtstatbestand.¹⁷⁷⁸ Daran ändert es nichts, dass der Irrtum über Existenz, Gültigkeit oder Inhalt der blankettausfüllenden Norm einen Irrtum über ein Verbot darstellt; denn das Verbot ist durch den Gesetzgeber selbst als Tatbestandsmerkmal definiert worden.¹⁷⁷⁹ Dann aber gehört es im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zum gesetzlichen Tatbestand. Dieser besteht aus dem Blanketttatbestand einschließlich des Blankettmerkmals selbst und der vollständigen, das Ge- oder Verbot enthaltenden, blankettausfüllenden Norm.¹⁷⁸⁰ Die wohl herrschende Gegenposition inkorporiert

bei Blankettnormen, 1999, 75 ff., die darauf hinweist, dass der Gesetzgeber mit der Festlegung des Tatbestandes auch über den Vorsatzumfang entscheidet.

- 1774 Vgl. *Bülte*, NStZ 2013, 65, 69 f.; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, 338; NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 65; *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 41. Zwar bezüglich der Irrtumsproblematik offengelassen, aber in diese Richtung *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 9, 153 ff., 286 ff.
- 1775 Zu dieser Funktion des Tatbestandes *Bülte*, NStZ 2013, 65, 70 f.; *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 41, 189, 191.
- 1776 Vgl. *Dietmeier*, Blankettstrafrecht, 2002, 179 ff.; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, 337 ff.; *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 189; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 111a.
- 1777 Dies gilt insbesondere für den Bereich des Nebenstrafrechts, der von der Blankettechnik primär betroffen ist, vgl. *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 196; *Kuhli*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 119, 133; für einen Gleichlauf in der Behandlung von Strafbankett und „unechten“ normativen Merkmalen für Irrtumsfragen *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, 388.
- 1778 Vgl. *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 191 f.; *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 19, 42 f.; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, 388 f. Grundsätzlich ablehnend *Heinrich*, FS Roxin II, Band 2, 2011, 449 ff.
- 1779 Vgl. *Bülte*, NStZ 2013, 65, 69 ff.; *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 87 ff., 120; NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 65. Einschränkung *Kuhli*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 119, 144; ähnlich *Tiedemann*, FS Geerds, 1995, 95, 106.
- 1780 Vgl. überzeugend *Kuhli*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 119, 133: „Das Zusammenlesen von Blankett- und Ausfüllungsnorm dürfte in diesen Fällen also nicht zu einer Eliminierung des Blankettmerkmals führen, sondern nur zu einer Kumulierung sämtlicher Merkmale von Blankett- und Ausfüllungsnorm, sodass die durch das Blankettmerkmal angeordnete Verweisung als Tatbestandsmerkmal der Blankettnorm erhalten bleibt.“

dagegen die Merkmale der blankettausfüllenden Norm in den Blanketttatbestand (sogenanntes „Zusammenlesen“¹⁷⁸¹) und eliminiert dadurch das Blankettmerkmal als eigenständiges Tatbestandsmerkmal, weil dessen Existenz keine Bedeutung mehr beigemessen wird.¹⁷⁸² So gelangt sie – dann konsequent – bei Unkenntnis der blankettausfüllenden Norm regelmäßig zur Anwendung von § 17 StGB (bloßer Irrtum über ein Ge- beziehungsweise Verbot).¹⁷⁸³ Diese Lesart konfliktiert aufgrund der damit verbundenen Verkürzung des gesetzlichen Tatbestandes aber mit Art. 103 Abs. 2 GG und verlagert das Irrtumsrisiko zulasten des Täters.¹⁷⁸⁴

Erhebliche „Strafbarkeitslücken“ ergeben sich durch die Zubilligung eines Tatbestandsirrtums nicht. In der Praxis kann aus den äußeren Tatumständen regelmäßig darauf geschlossen werden, ob der Betroffene tatsächlich davon ausgegangen ist, dass er aufenthaltstitepflichtig war, oder dass ein bestehender Aufenthaltstitel seine Einreise und seinen Aufenthalt legalisiert hat.¹⁷⁸⁵ Insoweit ist ausreichend, dass der Betroffene um die grundsätzliche Erlaubnispflichtigkeit gewusst hat, unabhängig davon, ob er die spezifischen Normen des Migrationsverwaltungsrechts gekannt hat. Erforderlich ist insoweit Ge- beziehungsweise Verbotskenntnis im Sinne des Erkennens der „Grundentscheidung des Gesetzgebers“¹⁷⁸⁶. Hinzu kommt, dass § 16 Abs. 1 Satz 2 StGB die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung unberührt lässt, sodass in diesen Fällen die Sanktionierung als Ordnungswidrigkeit nach § 98 AufenthG in Betracht kommt. Diese Grundsätze lassen sich auch auf die übrigen verwaltungsakzessorischen Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts übertragen.¹⁷⁸⁷

1781 Dazu schon *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, 36, 38; im Ansatz bereits *Warda*, JR 1950, 546, 551; *Welzel*, MDR 1952, 584, 586.

1782 Vgl. kritisch zu dieser Konsequenz des „Zusammenlesens“ *Dietmeier*, Blankettstrafrecht, 2002, 195 ff.; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, 337 f.; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 192 ff.; *Kuhli*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 119, 130; ferner *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 9, 154 f., 282 ff. m.w.N. auch zur „Inkorporationstheorie“; *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 119, 124 ff.; *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 19, 42 ff.; *Tiedemann*, JuS 1989, 689, 695; *Tiedemann*, FS Geerds, 1995, 95, 100 f.

1783 *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, 36 ff.; dazu *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 154, 284; *Kuhli*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 119, 131.

1784 Vgl. *Bülte*, NStZ 2013, 65, 70 f.; *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 155; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, 338; NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 67; *Tiedemann*, FS Geerds, 1995, 95, 100 f., 105 f.

1785 Siehe dazu die vom Bundesgerichtshof entschiedenen Konstellationen BGH, Beschl. v. 25.10.2017 – 1 StR 426/17, BeckRS 2017, 139399, Rn. 21; BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 62.

1786 *Bülte*, NStZ 2013, 65, 71. Für „Bedeutungskennntnis“ *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 189 ff.; ebenso *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, 339; für Kennntnis von der Rechtsnormwidrigkeit *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 196 f., 198.

1787 Für die grundsätzliche Annahme eines Verbotsirrtums dagegen *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 175 ff.

4. Rechtfertigung von Einreise- und Aufenthaltsdelikten

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt insbesondere für Flüchtlinge eine Rechtfertigung der unerlaubten Einreise und des initial unerlaubten Aufenthalts nach Art. 31 Abs. 1 GFK in Betracht.¹⁷⁸⁸ Für Asylsuchende, die unmittelbar aus dem Verfolgerstaat einreisen, ist – wenn es nicht schon an der Tatbestandsmäßigkeit fehlt – aber auch eine Rechtfertigung aus Art. 16a Abs. 1 GG anzunehmen.¹⁷⁸⁹ Unter dieser Prämisse ist in den entsprechenden Fällen kein Raum für einen Rückgriff auf § 34 StGB, weil Art. 31 Abs. 1 GFK insoweit als spezielleres Gesetz mit entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen vorrangig anzuwenden ist.

Auf dem Boden der herrschenden Meinung, welche Art. 31 Abs. 1 GFK nicht als Rechtfertigungsgrund qualifiziert, könnte eine Rechtfertigung von Einreise- und Aufenthaltsdelikten dagegen nur nach § 34 StGB in Betracht kommen. Allerdings deckt sich der Anwendungsbereich dieses Rechtfertigungsgrundes im Wesentlichen mit Art. 16a Abs. 1 GG, der als höherrangige speziellere Regelung gleichfalls Vorrang beansprucht.¹⁷⁹⁰ Erfolgt die Einreise nämlich aus einem sicheren Drittstaat, liegt regelmäßig keine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut mehr vor, die eine Notstandslage begründen könnte. Während die Gegenwartigkeit noch bis zum Abschluss einer Flucht fortbestehen mag, ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Gefahr durch das Nachsuchen um Schutz im ersten sicheren Drittstaat „anders abwendbar“ gewesen ist.¹⁷⁹¹ Eine andere Bewertung ist freilich in zwei Konstellationen angebracht: Wenn der sichere Drittstaat selbst aufgrund systemischer Mängel im Asylverfahrenssystem, einschließlich menschenunwürdiger Unterbringungs- und Versorgungsbedingungen, keine Gewähr dafür bietet, dass der Flüchtling nicht wiederum durch den Verbleib in seinen Rechtsgütern verletzt wird, kann nicht davon ausgegangen werden, die Gefahr sei durch Schutzsuche im Drittstaat abwendbar gewesen. Da das Asylgrundrecht aufgrund von Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG bei Einreisen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die selbst bei Feststehen systemischer Defizite unmittelbar qua verfassungsrechtlicher Festlegung als sichere Drittstaaten gelten, keine Anwendung findet,¹⁷⁹² bleibt in diesen Fällen Raum für einen Rückgriff auf § 34 StGB. Aber auch wenn die konkrete Gefahr einer Verletzung des *Refoulement*-Verbots im angeblich sicheren Drittstaat besteht, sodass

1788 Dazu oben C. IV. 2.

1789 Dazu oben C. II. 1.

1790 Vgl. auch Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 167.

1791 Anders scheint dies Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 252 f., im Kontext der Rechtfertigung von Fluchthelfern zu bewerten.

1792 BGH NJW 2015, 2274, 2275.

der Flüchtling mit seiner Rückführung in den Verfolgerstaat oder einen unsicheren Drittstaat rechnen muss, bleibt § 34 StGB grundsätzlich anwendbar.¹⁷⁹³

Für die Situation des nicht unmittelbar an die unerlaubte Einreise anschließenden, sondern beispielsweise nach Ablehnung des Asylantrags erfolgenden unerlaubten Aufenthalts ist zu berücksichtigen, dass insoweit die Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 2 und 3 AufenthG greifen und das Bestehen eines Duldungsanspruchs bereits zum Entfallen des Tatbestandes führt.¹⁷⁹⁴ Insoweit kommt es auf eine Rechtfertigung nicht an, weil das Strafgericht selbst zu prüfen hat, ob zum Tatzeitpunkt ein Duldungsanspruch vorlag. Wird ein Duldungsanspruch verneint und darüber hinaus die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bejaht, bleibt für einen Rückgriff auf § 34 StGB regelmäßig kein Raum.¹⁷⁹⁵

Einen aus Art. 6 GG abgeleiteten Strafausschließungsgrund für die unerlaubte Einreise hat das Landgericht Hamburg angenommen.¹⁷⁹⁶ Dies erscheint jedoch zweifelhaft, weil dem Betroffenen grundsätzlich zugemutet werden kann, das aufenthaltsrechtliche Genehmigungsverfahren zu durchlaufen, in dessen Rahmen Art. 6 GG in besonderer Weise Rechnung zu tragen wäre.¹⁷⁹⁷

5. Teilnahme an Einreise- und Aufenthaltsdelikten

Die Strafbarkeit der Teilnahme an Einreise- und Aufenthaltsdelikten richtet sich zunächst nach den allgemeinen Teilnahmeregeln.¹⁷⁹⁸ Der Sonderdeliktscharakter zahlreicher Strafvorschriften begrenzt zwar den Täterkreis; Anstiftung und Beihilfe

1793 Für einen Rückgriff auf § 34 StGB i.V.m. Art. 31 Abs. 1 GFK siehe *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386, 389 f.

1794 Dazu oben D. I. 3.; E. II. 1. b) bb) (3).

1795 In diese Richtung *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 138; *Slognsat*, Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat, 2025, 419 f. Vgl. weitergehend *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 137, die auf eine bestands- beziehungsweise rechtskräftige Entscheidung nach dem Aufenthaltsgesetz abstellt.

1796 LG Hamburg, Urt. v. 29.7.2009 – 704 Ns 66/09, BeckRS 2010, 10830.

1797 Dazu oben C. II. 2.

1798 Insbesondere eine Sperrwirkung des § 96 AufenthG wird von der ganz herrschenden Meinung zurecht abgelehnt, vgl. BGH NStZ 1999, 409; *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 152 (zum AuslG 1990); GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 1; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 86 ff.; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 229; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 279; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 17; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 290 f. Die Annahme einer privilegierenden Spezialität des § 96 AufenthG lässt sich nicht begründen. Im Gegenteil wollte der Gesetzgeber mit dem Schleusertatbestand für bestimmte Fälle eine Strafverschärfung herbeiführen, nicht zu einer Entkriminalisierung der einfachen Beihilfe beitragen. Eine Sperrwirkung setzte aber gerade voraus, dass das spezielle Tatbestandsmerkmal eine Privilegierung bewirken soll. Die Position von *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 106 f., die aus dem Unions- und Völkerrecht eine Sperrwirkung ableiten will, um humanitäre Fluchthilfe straffrei zu stellen, ist zwar im Ergebnis (Straffreiheit humanitärer Fluchthelfer) überzeugend, jedoch im Lichte des Gesetzeswortlauts, der Entstehungsgeschichte, die noch vor der unions- und völkerrechtlichen Überformung ansetzt, und des gesetzgeberischen Willens strafrechtsdogmatisch nicht schlüssig verortet.

bleiben jedoch möglich.¹⁷⁹⁹ Liegt ein sogenanntes „Schleusermerkmal“ vor, wird die einfache Teilnahme jedoch durch §§ 96, 97 AufenthG verdrängt.¹⁸⁰⁰

Eine Teilnahme ist grundsätzlich sowohl als Anstiftung (§ 26 StGB) als auch als Beihilfe (§ 27 StGB) möglich, wobei in der Praxis – und auch im Folgenden – die Beihilfe im Mittelpunkt des Interesses steht. Erforderlich ist dabei stets das Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Tat des unerlaubt einreisenden oder sich unerlaubt aufhaltenden Ausländers, zu der „Hilfe geleistet“ wird, weshalb die Unterstützung von Flüchtlingen nach der hier vertretenen Auffassung zur Qualifikation des Art. 31 Abs. 1 GFK als Rechtfertigungsgrund von vornherein nicht als strafbare Beihilfe einzuordnen ist.¹⁸⁰¹ Die Hilfeleistung kann dabei auch im Vorfeld der Tatbestandsverwirklichung erfolgen und sich in der Unterstützung von Vorbereitungshandlungen erschöpfen.¹⁸⁰²

In subjektiver Hinsicht muss der Gehilfe einen sogenannten doppelten Gehilfenvorsatz aufweisen, also sowohl hinsichtlich der vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat in ihrem wesentlichen Unrechtsgehalt als auch hinsichtlich seiner Hilfeleistung vorsätzlich handeln, wobei bedingter Vorsatz ausreicht.¹⁸⁰³ Fehlt dem Gehilfen der Vorsatz in Bezug auf die Haupttat, nimmt er also nicht einmal billigend in Kauf, dass er Hilfe zu einer unerlaubten Einreise oder einem unerlaubten Aufenthalt leistet, scheidet eine Strafbarkeit wegen Beihilfe aus. Auch für den Gehilfen stellt der Irrtum über die „Unerlaubtheit“ von Einreise und Aufenthalt einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum dar.¹⁸⁰⁴ Die hier relevanten Fälle betreffen daher schon im Ausgangspunkt nur Personen, die um die „Illegalität“ der von ihnen unterstützten Einreise oder des von ihnen geförderten Aufenthalts wissen oder diese zumindest billigend in Kauf nehmen.

Diese Beihilfehandlung kann wiederum auf unterschiedliche Weise erfolgen, etwa durch Unterstützung bei der Einreise durch Finanzierung, Beförderung, Beratung oder Begleitung (die sich nicht in einem bloßen Dabeisein erschöpft), durch die Zusicherung einer (illegalen) Beschäftigung, die tatsächliche Beschäftigung¹⁸⁰⁵ und Entlohnung oder die Gewährung von Unterkunft, Kleidung und Verpflegung.¹⁸⁰⁶ Schon diese Aufzählung verdeutlicht, dass die Abgrenzung strafbarer Beihilfe und sozialadäquater Hilfeleistung für marginalisierte und schutzbedürftige Personen

1799 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 139.

1800 Dazu im Einzelnen unten E. V. 1. b) aa).

1801 Vgl. oben C. IV. 2. b).

1802 Vgl. MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 17; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 288 f.; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 26 m.w.N.

1803 BGH NJW 1996, 2517; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 40 jeweils m.w.N.

1804 BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 62.

1805 BGH NSTZ 2005, 407.

1806 Für eine instruktive Erörterung von Beispielfällen vgl. *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 266 ff.; siehe ferner *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26.

schwierige Rechtsfragen aufwirft. Bevor im Folgenden die besonders praxisrelevanten Fallgruppen näher betrachtet werden, sollen die maßgeblichen Abgrenzungskriterien zur Unterscheidung von strafbarer Beihilfe und strafloser Unterstützung herausgearbeitet werden.

a) Abgrenzungskriterien

Die Abgrenzung zwischen strafbarer Beihilfe und strafloser Unterstützung wird dadurch erschwert, dass der Begriff des Hilfeleistens weit gefasst ist und nach der herrschenden Meinung sowohl die Haupttat in ihrer konkreten Gestalt erst ermöglichendes als auch sie lediglich förderndes beziehungsweise erleichterndes Verhalten, einschließlich einer nur psychischen Hilfeleistung durch Bestärkung oder Beratung des Haupttäters, umfasst.¹⁸⁰⁷ Insbesondere die Rechtsprechung lässt dabei genügen, dass die Beihilfehandlung die Haupttat tatsächlich gefördert hat, ohne dass sie für die Haupttatbegehung kausal geworden sein muss.¹⁸⁰⁸ Unter einen derart weit gefassten Begriff der Beihilfe fallen dementsprechend zunächst auch berufstypische, sozialadäquate oder sogenannte „neutrale“ Alltagshandlungen, wie die Zurverfügungstellung von Wohnraum, die Ausstattung mit Reiseproviant oder wetterfester Kleidung, medizinische Versorgungsleistungen und die Beförderung in Richtung der Bundesrepublik.¹⁸⁰⁹ Zugleich verbietet es das Übermaßverbot, jegliches Verhalten, das für die Begehung einer Straftat irgendwie förderlich gewesen ist, als strafbare Beihilfe zu qualifizieren, insbesondere wenn der vermeintlichen Beihilfehandlung selbst kein unerlaubtes Risiko der Haupttatverwirklichung immanent ist.¹⁸¹⁰

1807 BGH NJW 2000, 3010; NSTZ 2004, 41, 42; vgl. MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 5 ff. m.w.N.; für das Migrationsstrafrecht Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26.

1808 St. Rspr. BGH NSTZ 2004, 41, 42; „Als Hilfeleistung i.S. des § 27 StGB ist dabei grundsätzlich jede Handlung anzusehen, welche die Herbeiführung des Taterfolgs des Haupttäters objektiv fördert, ohne dass sie für den Erfolg selbst ursächlich sein muss [...]. Die Hilfeleistung muss auch nicht zur Ausführung der Tat selbst geleistet werden, es genügt schon die Unterstützung bei einer vorbereitenden Handlung.“; siehe ferner BGH NSTZ 1996, 485, 488; NJW 2000, 3010; NSTZ 2017, 337, 338; 2018, 328; NSTZ-RR 2021, 7, 8; zur Rechtsprechung auch SK-StGB/Hoyer, 10. Aufl. 2025, § 27 Rn. 4; Kindhäuser, FS Otto, 2007, 355; Schmorl, Die Grenzen der Beihilfestratbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 30 ff.

1809 Ausdrücklich BGH NSTZ 2004, 41, 42 („grundsätzlich auch durch äußerlich neutrale Handlungen“); siehe auch BGH NSTZ 2017, 337, 338: „Weder Alltagshandlungen noch berufstypische Handlungen sind in jedem Fall neutral; denn nahezu jede Handlung kann in einen strafbaren Kontext gestellt werden.“; sowie BGH NSTZ 2018, 328; NSTZ-RR 2021, 7, 8; vgl. Frisch, FS Lüderssen, 2002, 539, 541 f.; Rönna/Wegner, JuS 2019, 527 f.

1810 Vgl. SK-StGB/Hoyer, 10. Aufl. 2025, § 27 Rn. 23 f.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 26 Rn. 210 ff.; MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 48; LK-StGB/Schünemann/Greco, § 27 StGB, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 17; für eine Abgrenzung im Hinblick auf die „grundrechtlich geschützte Freiheitsphäre des einzelnen“ vgl. Wohlers, NSTZ 2000, 169, 173.

Auszuscheiden haben deshalb Handlungen, die schon objektiv nicht geeignet sind, das strafbare Verhalten *tatsächlich* zu fördern.¹⁸¹¹ Dies sind insbesondere solche, die derart unwesentlich sind, dass sie von vornherein die Tatbegehung nicht beeinflussen.¹⁸¹² Im Kontext des Migrationsstrafrechts ist insbesondere an Unterstützungshandlungen zu denken, die den Betroffenen zwar eine Erleichterung im Alltag verschaffen mögen, jedoch – unter Ausklammerung von Kumulationseffekten – keinen Einfluss auf die Begehung eines Einreise- oder Aufenthaltsdelikts haben, wie etwa die Gewährung einer einzelnen Mahlzeit, eines Getränks oder einer Unterkunft für einen nur ganz kurzen Zeitraum. Hier wird schon keine Förderung der Haupttat bewirkt.¹⁸¹³ Darüber hinaus ist in Rechtsprechung und Literatur aber auch anerkannt, dass es Kriterien für die Abgrenzung strafbarer Beihilfe und strafloser „neutraler“ Handlungen bedarf. Im Einzelnen ist freilich vieles umstritten.¹⁸¹⁴

aa) Die herrschende Meinung

Die Rechtsprechung erkennt grundsätzlich an, dass „nicht jede Handlung, die sich im Ergebnis objektiv tatfördernd auswirkt, als (strafbare) Beihilfe gewertet werden kann.“¹⁸¹⁵ Insbesondere in Fällen neutraler Handlungen bedürfe es einer „bewertenden Betrachtung im Einzelfall“¹⁸¹⁶. Als objektiv einschränkendes Kriterium fordert der Bundesgerichtshof zunächst – im Anschluss an *Roxin*¹⁸¹⁷ – einen „deliktischen

1811 Eine solche Förderung für die Phase zwischen unerlaubter Einreise eines Flüchtlings und Asylantragstellung ablehnend *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 286 f.

1812 In diese Richtung auch schon BGH, Urt. v. 13.4.1988 – 3 StR 33/88, BeckRS 1988, 31098772, Rn. 6; KG, Beschl. v. 4.7.2001 – (4) 1 Ss 263/00 (195/00), BeckRS 2001, 16747, Rn. 3; für eine quantitative Betrachtung auch *Weigend*, FS Nishihara, 1998, 197, 205 ff. Kritisch gegenüber einer quantitativen Betrachtung *Wohlers*, NSTZ 2000, 169, 173, der darauf hinweist, dass über diesen Ansatz nur „Bagatelbeiträge“ ausgeschieden werden könnten. Diese Kritik mag in der Sache zutreffen, schlägt jedoch nur durch, wenn es beim Ausschluss von Bagatelbeiträgen bleibt und keine zusätzlichen Begrenzungskriterien herangezogen werden, dazu aber sogleich unten bb).

1813 In diese Richtung BayObLG NSTZ 2022, 486, 488; KG, Beschl. v. 4.7.2001 – (4) 1 Ss 263/00 (195/00), BeckRS 2001, 16747, Rn. 3; KG NSTZ 2006, 530, 531; vgl. auch *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 140, 146 ff.

1814 Vgl. für einen knappen Überblick *Ambos*, JA 2000, 721 ff. m.w.N.; *Bechtel*, JA 2016, 865, 867 ff.; *Frisch*, FS Lüderssen, 2002, 539, 540 f.; MK-StGB/*Scheinfeld*, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 72 ff.; *Schneider*, NSTZ 2004, 312, 312 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 54. Aufl. 2024, Rn. 912; kritisch zu dem „nicht mehr überschaubare[n] Theoriegeflecht“ NK-StGB/*Schild/Kretschmer*, 6. Aufl. 2023, § 27 Rn. 15 mit umfassenden Nachweisen. Gegen jede Sonderregel für neutrale Beihilfehandlungen spricht sich *Hartmann*, ZStW 2004, 585 ff., aus.

1815 BGH NSTZ 2004, 41, 42; 2017, 337, 338; 2018, 328; NSTZ-RR 2021, 7, 9; vgl. *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 145.

1816 BGH NSTZ 2004, 41, 42; NJW 2006, 522, 528; NSTZ 2017, 337, 338; 2018, 328 f.; NSTZ-RR 2021, 7, 9.

1817 Vgl. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 26 Rn. 221 ff.; bereits zuvor *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 501, 513 ff. Schon *Jakobs*, ZStW 1977, 1, 20, hatte vorgeschlagen, danach zu differenzieren, ob ein vermeidbar mittelbar verursachendes Verhalten „der deliktischen Planung“ zuzuschlagen ist oder ob es von dieser distanziert werden kann; ebenfalls auf dieser Linie *Meyer-Arndt*, wistra 1989, 281 ff. Auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, 284 ff., 301 f., sieht das Kriterium des deliktischen Sinnbezugs als zentral an. Kritisch gegenüber diesem Kriterium *Amelung*, FS Grünwald, 9, 13.

Sinnbezug“ der Tat. Hat das geförderte Verhalten nicht ausschließlich deliktische, sondern auch legale Bestandteile, soll eine strafbare Beihilfe ausgeschlossen sein, wenn sich der Beitrag des Gehilfen auf diese legalen Bestandteile beschränkt.¹⁸¹⁸ In diesen Fällen gehe es nicht unmittelbar um die Förderung der Haupttat, sondern um die Unterstützung des Täters.¹⁸¹⁹ Im Übrigen erfolgt die Abgrenzung zwischen strafloser und strafbarer Hilfeleistung anhand subjektiver Kriterien,¹⁸²⁰ sodass von einem gemischt objektiv-subjektiven Ansatz gesprochen werden kann. Danach sollen berufstypische neutrale Handlungen nur dann als strafbare Beihilfe zu qualifizieren sein, wenn der Gehilfe positive Kenntnis von der geplanten Haupttat gehabt habe, weil es dann zu einer „Solidarisierung“ mit dem Täter komme und eine Sozialadäquanz der Handlung ausscheide, während bei fehlender Kenntnis eine Strafbarkeit wegen Beihilfe nur in Betracht komme, wenn der Hilfeleistende für möglich gehalten habe, dass seine Unterstützungshandlung zur Begehung einer Straftat genutzt werde, und das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens derart hoch gewesen sei, dass er sich „mit seiner Hilfeleistung ‚die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein‘ ließ“¹⁸²¹. Bei neutralen Alltagshandlungen, in denen kein berufstypischer Bezug vorliegt, soll eine besonders eingehende Prüfung erforderlich sein; die zu berufstypischen Handlungen entwickelten Grundsätze seien jedoch grundsätzlich anwendbar.¹⁸²²

Im Schrifttum finden sich zahlreiche Differenzierungsansätze. Teilweise wird dabei für eine Einschränkung auf objektiver Ebene plädiert.¹⁸²³ Ein wesentlicher Teil der Autoren schließt sich jedoch der Position der Rechtsprechung an, nach der die Abgrenzung *primär* auf subjektiver Ebene erfolgt, wenn auch mit Unterschieden im Einzelnen, sodass sich diese Position als herrschende Meinung identifizieren lässt.¹⁸²⁴

1818 BGH NZWiSt 2014, 139, 142; NStZ 2025, 31, 35; eingehend zu diesem Kriterium *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 146 ff.

1819 BGH NZWiSt 2014, 139, 142; NStZ 2025, 31, 35.

1820 BGH NStZ 2004, 41, 43; NJW 2006, 522, 528; NZWiSt 2014, 139, 141; NStZ 2017, 461 f.; 2018, 328, 329; zusammenfassend *Greco*, wistra 2015, 1.

1821 BGH NStZ 2004, 41, 43; siehe auch BGH NJW 2000, 3010; 2006, 522, 528; NZWiSt 2014, 139, 141; NStZ 2017, 337, 338; 2017, 461 f.; 2018, 328, 329; NStZ-RR 2021, 7, 9.

1822 BGH NStZ 2004, 41, 43. Für eine eingehende Analyse der Rechtsprechung vgl. *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 72 ff.

1823 Statt vieler und mit Unterschieden im Einzelnen *Bode*, ZStW 2015, 937, 963 ff.; *Hassemer*, wistra 1995, 41, 42 ff.; *Kindhäuser*, FS Otto, 2007, 355, 360 ff. *Kretschmer*, JR 2014, 39, 40 f.; *Wohlers*, NStZ 2000, 169 ff.; in diese Richtung auch NK-StGB/*Schild/Kretschmer*, 6. Aufl. 2023, § 27 Rn. 15. Für einen Überblick vgl. *Otto*, JZ 2001, 436 f.; *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, 129 ff.; *Weigend*, FS Nishihara, 1998, 197, 200 ff.

1824 Vgl. statt vieler und mit Unterschieden im Einzelnen *Amelung*, FS Grünwald, 9, 22 ff.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 115 ff.; *Frister*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2023, § 28 Rn. 47 f.; *Rengier*, Strafrecht AT, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 107 ff.; LK-StGB/*Schünemann/Greco*, § 27 StGB, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 17 ff. Deziert für eine Kombination aus objektiven und subjektiven Elementen *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 26 Rn. 220 ff.

bb) Eigene Position

Die von der herrschenden Meinung vertretene Position mag im Bereich des Kernstrafrechts vielfach zu überzeugenden Ergebnissen im Einzelfall führen. Im Bereich des Migrationsstrafrechts greift sie jedoch zu kurz und führt nicht zu verfassungs-, unions- und völkerrechtskonformen Lösungen. Dies liegt zum einen an der Ausgestaltung des insoweit zentralen Tatbestandes des unerlaubten Aufenthalts als echtem Unterlassungsdelikt mit Dauerdeliktscharakter, der nahezu die gesamte Lebensführung im Inland erfasst, sodass Bezugspunkt der Beihilfehandlung kein punktuell umgrenztes oder umgrenzbares Verhalten mehr ist. Vielmehr ist der *Aufenthalt* im Bundesgebiet an sich Bezugspunkt der Strafbarkeit und eine Förderung des Aufenthalts damit stets auf die Förderung der Tat bezogen, sodass auch der deliktische Sinnbezug der Beihilfehandlung anzunehmen ist.¹⁸²⁵

Die Differenzierung zwischen einer Unterstützung des Täters und einer Förderung der Tat ist aufgrund der Tatbestandsfassung, die das bloße Da-Sein im Bundesgebiet erfasst, nicht sinnvoll durchführbar.¹⁸²⁶ Dies erschließt sich besonders deutlich, wenn die ursprüngliche Definition *Roxins* rekapituliert wird, der auf die Förderung einer „legalen Handlung“ abgestellt hat, die „schon für sich allein genommen für den Täter sinnvoll und nützlich ist, die dieser aber außerdem zur Voraussetzung für ein davon unabhängiges, auf einem selbstständigen Entschluß beruhendes Deliktsverhalten macht.“¹⁸²⁷ In den Fällen der Unterstützung bei der Aufrechterhaltung des unerlaubten Aufenthalts liegt vielfach schon keine bloße Förderung einer „legalen Handlung“ vor; unterstützt der Gehilfe durch sein Verhalten den Aufenthalt, liegt darin jedenfalls zugleich auch die unmittelbare Förderung einer nicht legalen, sondern nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG dezidiert strafbewehrten Handlung. Es lässt sich hier nicht zwischen der Unterstützung einer legalen (Wohnen, Finanzierung des Unterhalts, Verpflegung) und einer strafbaren Handlung („unerlaubter Aufenthalt“) trennen, da die unterstützten legalen Handlungen notwendige Elemente des unerlaubten Aufenthalts sind.¹⁸²⁸ Insoweit sind die Fälle auch anders gelagert als die

1825 Insofern lässt sich die von *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 291 f., und *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 155 f., herausgearbeitete Differenzierung zwischen Förderung der Tat und Förderung des Täters nicht ohne Ausblendung der Deliktsstruktur auf § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG übertragen. In diese Richtung auch *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 222.

1826 Anders *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 200 f.; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 291 f.; *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 155 f. Auf die Unmöglichkeit, den „deliktischen“ oder aber „legalen“ Sinnbezug allgemeingültig festzulegen, weist *Ambos*, JA 2000, 721, 724, hin.

1827 *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 26 Rn. 224.

1828 Vgl. insoweit auch die (im Ansatz vergleichbare) Differenzierung bei *Amelung*, FS Grünwald, 9, 22, der aufzeigt, dass bei zeitlich gestreckten Delikten, „die der Haupttäter nur zum Erfolg bringen kann, wenn er seine Handlungskapazitäten nicht zur Existenzsicherung abziehen muß“, auch die Versorgung mit existenziellen Gütern als strafbare Beihilfehandlung erscheinen kann.

Unterstützung von Mitgliedern einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung, bei denen sozial übliche Unterstützungshandlungen regelmäßig unter Verweis auf den mangelnden Bezug zum Vereinigungszweck ausgeschieden werden können.¹⁸²⁹

Zum anderen kann die Position der Rechtsprechung nicht berücksichtigen, dass es aufgrund der umfassenden Kriminalisierung der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts zahlreiche Fälle gibt, in denen sozial übliche Verhaltensweisen – wie die Versorgung und Verpflegung von Migranten auf ihrem Weg in die Bundesrepublik, die Zurverfügungstellung von Obdach während der Reise, die Versorgung mit Nahrungsmitteln, die Unterstützung bei der Navigation oder medizinische Versorgungsleistungen etwa an hochfrequentierten Migrationsrouten – tatbestandlich § 27 StGB unterfallen und aufgrund der positiven Kenntnis der Hilfeleistenden vom Einreise- und Aufenthaltsstatus des Betroffenen – es geht ja oftmals dezidiert um die humanitär motivierte Unterstützung von Migranten außerhalb regulärer Verfahren – die Korrektur über den subjektiven Tatbestand verschlossen bleibt.¹⁸³⁰

Das verfassungsrechtliche Übermaßverbot gebietet es aber, jedenfalls solche Fälle aus dem Bereich strafbarer Beihilfe herauszuhalten, die an Verhaltensweisen anknüpfen, welche nur aufgrund der Unerlaubtheit der Einreise oder des Aufenthalts einen deliktischen Sinnbezug erlangen, außerhalb des migrationsstrafrechtlichen Kontextes aber sozial erwünscht sind, teilweise durch staatliche Strukturen unterstützt werden und mitunter sogar durch das Strafrecht (§ 323c StGB bei verweigerter Hilfe in Notsituationen) vom Bürger eingefordert werden. Dies gilt insbesondere für die Vermeidung von Obdachlosigkeit und mangelnder Versorgung mit Gütern,¹⁸³¹ die für ein menschenwürdiges Leben notwendig sind,¹⁸³² Beratungs- und Unterstützungsangebote für papierlose Personen sowie medizinische Akuthilfe.¹⁸³³ Die Kriminalisierung entsprechender Verhaltensweisen als Beihilfe zur unerlaubten Einreise oder zum unerlaubten Aufenthalt bewirkte in der Konsequenz ein strafbewehrtes

1829 Vgl. dazu m.w.N. MK-StGB/Anstötz, 5. Aufl. 2025, § 129 Rn. 122; TK-StGB/Schittenhelm/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 129 Rn. 49. Für eine Ausklammerung „sozialüblichen Verhalten[s] eines Außenstehenden mit dem er die Beteiligung eines Vereinigungsmitglieds fördert“ bei „humanitäre[n] Hilfsleistungen“ mangels deliktischen Sinnbezugs BGH NJW 2025, 1140, 1143, Rn. 50.

1830 Vgl. *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 285 f.; *Lehmann*, ZAR 2008, 24 25. Zurecht kritisch MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 97.

1831 Im Blick auf § 1 Abs. 4 Satz 1 AsylbLG n.F., der für sogenannte Dublin-Fälle einen vollständigen Leistungsausschluss vorsieht, handelt es sich nicht um theoretische Fallgestaltungen.

1832 Insoweit trifft den Staat gar eine objektive Verpflichtung zur Gewährleistung eines menschenrechtlichen Existenzminimums BVerfGE 125, 175, 222 f.; vgl. dazu auch im strafrechtlichen Kontext *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfe strafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 153; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 24.

1833 Vgl. auch *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 223, der für einen grundsätzlichen Ausschluss humanitären Handelns aus dem objektiven Tatbestand plädiert; *Kretschmer*, ZAR 2013, 278, 280; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 73. In diese Richtung auch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26.

Verbot mitmenschlicher Solidarität gegenüber Menschen ohne gültige Einreise- und Aufenthaltspapiere; geboten wäre gar die aktive Verweigerung von Unterstützung. Eine derartige Verbotsnorm stellte aber einen unverhältnismäßigen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und – sofern die Hilfeleistung entsprechend motiviert ist – in die Glaubens(ausübungs)- und Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG sowie die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) dar. Sie entspräche auch nicht dem in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Menschenbild des Grundgesetzes, das es ausschließt, Menschen allein aufgrund ihres Einreise- und Aufenthaltsstatus mitmenschliche Zuwendung zu verweigern beziehungsweise eine solche unter Strafe zu stellen.¹⁸³⁴

In diesen Fällen bietet neben dem bereits skizzierten Ansatz, in Fällen marginaler Unterstützungshandlungen die objektive Förderungseignung zu verneinen, insbesondere die in der Literatur anerkannte Lehre von der objektiven Zurechnung eine strafrechtsdogmatisch konsistente Kategorie zur Ausfilterung entsprechenden Verhaltens.¹⁸³⁵ Nach der Lehre von der objektiven Zurechnung bedarf es für die Zurechnung eines Taterfolgs zu einer bestimmten Tathandlung nicht nur einer naturwissenschaftlich-empirischen Beurteilung im Sinne eines Kausalzusammenhangs, sondern zusätzlich einer normativ-wertenden Betrachtung zur Aussonderung von Fällen, in denen die Zurechnung des Taterfolgs zur Tathandlung normativ nicht adäquat wäre.¹⁸³⁶ Dabei wird ein Erfolg nur dann als objektiv zurechenbar bewertet, wenn durch das Verhalten des Täters eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen worden ist und sich diese Gefahr im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.¹⁸³⁷ Hat der Täter – beziehungsweise im vorliegenden Fall der Gehilfe – schon keine

1834 Ähnlich LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 5.4.2019 – 2 Qs 42/19, BeckRS 2019, 14364, Rn. 18; MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 98 f.; Mosbacher, NStZ 2022, 491 f.; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 24; in anderem Zusammenhang ähnlich Meyer-Arndt, wistra 1989, 281. Ohne jede Würdigung der verfassungsrechtlichen Implikationen anders BGH NStZ 2010, 171, 172. Keine unverhältnismäßigen Eingriffe durch die weit gefasste Beihilfe strafbarkeit sieht dagegen Niedermair, ZStW 1995, 507, 538 f. Die Argumentation Niedermairs muss aber im Lichte des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG an Grenzen stoßen, da er vor allem in Frage stellt, dass es tatsächlich zu einer völligen wirtschaftlichen und sozialen Isolierung des Täters kommen könnte.

1835 LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 5.4.2019 – 2 Qs 42/19, BeckRS 2019, 14364, Rn. 16 ff.; andeutend BGH NJW 2006, 522, 528; vgl. allgemein Ambos JA 2000, 721 f.; Beckemper, JURA 2001, 163, 164 f. m.w.N.; Frisch, FS Lüderssen, 2002, 539, 540; Ransiek, wistra 1997, 41, 42; in diese Richtung bereits Hassemer, wistra 1995, 41, 45 f.; Otto, FS Amelung, 2009, 225, 230. Für eine Eingrenzung über das Kriterium des deliktischen Sinnbezugs Schmorl, Die Grenzen der Beihilfe strafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 154 ff.

1836 Vgl. statt vieler TK-StGB/Eisele, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 ff. Rn. 91; Goeckenjan, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017, 124; Heinrich, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2025, § 11 Rn. 239, 242; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, 286 f.; Rengier, Strafrecht AT, 17. Aufl. 2025, § 13 Rn. 38 ff.; Roxin/Greco, Strafrecht AT, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 1, 46 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 54. Aufl. 2024, Rn. 254 ff.

1837 Diese zweigliedrige Grundformel ist allg. Meinung, siehe statt vieler m.w.N. Goeckenjan, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017, 2 f., 130; Frister, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2023, § 10 Rn. 4; Lackner/Kühl/Heger/Heger, StGB, 31. Aufl. 2025, Vor § 13 Rn. 14; Heinrich, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2025, § 11 Rn. 243; Rengier, Strafrecht AT, 17. Aufl. 2025, § 13 Rn. 46; Roxin/Greco, Strafrecht AT, Band

rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen, scheidet eine Zurechnung des Taterfolgs (Beihilfeerfolgs) aus und es fehlt bereits an der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes.¹⁸³⁸

Teilweise wird dabei auf das Konzept der Sozialadäquanz¹⁸³⁹ rekurriert, wonach Taterfolge, die aus Verhaltensweisen resultieren, die zwar dem Wortlaut nach dem Tatbestand unterfallen, jedoch für sich betrachtet legal sind und allgemein toleriert werden, objektiv nicht zurechenbar seien, weil das Täterverhalten keine unerlaubte Risikoschaffung und damit keine rechtlich missbilligte Gefahr bewirkt habe.¹⁸⁴⁰ Die wohl herrschende Meinung hält dem entgegen, dass die Abgrenzung sozialadäquater und nicht mehr sozialadäquater Verhaltensweisen mit erheblichen Unsicherheiten belastet sei und zudem nur normative und nicht Kriterien der sozialen Üblichkeit maßgeblich sein könnten, sodass der Schluss von sozialer Üblichkeit auf normative Richtigkeit nicht trage;¹⁸⁴¹ eine Lösung der diskutierten Fallkonstellationen sei über das Prinzip des erlaubten Risikos möglich.¹⁸⁴² Dieser Kritik ist zuzugeben, dass ein von den normativen Bezugspunkten abgekoppelter Rückgriff auf soziale Üblichkeiten schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil in einem demokratischen Rechtsstaat die Abgrenzung von erlaubttem und unerlaubtem Verhalten mit der darauf aufbauenden Konsequenz einer strafrechtlichen Sanktionierung nur anhand rechtlich verbindlicher Maßstäbe erfolgen darf. Insbesondere kann die „soziale Üblichkeit“ eines Verhaltens nicht dazu herangezogen werden, um die Kriminalisierungsent-

1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 49; *Schünemann*, GA 1999, 207, 212; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 54. Aufl. 2024, Rn. 259.

1838 Vgl. *Rönnau*, JuS 2011, 311, 312; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 47; *Wohlers*, NStZ 2000, 169, 173 f. Dass die objektive Zurechnung als Element des objektiven Tatbestandes anzusehen ist, basiert auf der Annahme des Tatbestandes als Unrechtstypus, vgl. dazu *Frisch*, FS Roxin, 2001, 213, 224 f.

1839 Dieses geht ursprünglich auf *Welzel* (ZStW 1939, 491, 516 ff.) zurück und kann – aufgrund der Anfalligkeit für ideologische Einbrüche in das Strafrecht – auf eine „wechselvolle“ Geschichte zurückblicken, vgl. *Rönnau*, JuS 2011, 311; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 34; zu *Welzels* Lehre siehe auch *Cancio Meliá*, GA 1995, 179 ff.; *Goeckjenjan*, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017, 90 ff.; *Knauer*, ZStW 2014, 844, 846. Eingehend zur Sozialadäquanz *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, zur Verortung im Rahmen der objektiven Zurechnung näher S. 139 ff.

1840 Vgl. für die Beihilfe speziell *Hassemer*, wistra 1995, 41, 42 ff.; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 206; *Rudolphi*, FS Bruns, 1978, 315, 332; *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 83, sieht eine „enge thematische Verwobenheit“. Für eine stärkere Abgrenzung der Prinzipien des erlaubten Risikos und der Sozialadäquanz dagegen *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 65 ff.; siehe auch *Rönnau*, JuS 2011, 311, 312. Deziert kritisch gegenüber dem Rückgriff auf die Sozialadäquanz *Hartmann*, ZStW 2004, 585, 587 ff.

1841 So ausdrücklich *Amelung*, FS Grünwald, 9, 11; zustimmend *Otto*, FS Amelung, 2009, 225, 228.

1842 Vgl. *Jakobs*, ZStW 1977, I, 4 f.; *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Taten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, 82; LK-StGB/*Schünemann/Greco*, § 27 StGB, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 27; *Roxin*, FS Klug, Bd. II, 1983, 303, 304, 310 f.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 26 Rn. 233; auch *Rönnau*, JuS 2011, 311, 312 f., plädiert für einen Rückgriff auf die „präzisere[n] Instrumente der Auslegungs- und Zurechnungslehren“. Frühzeitig für eine Aufgabe der Lehre von der Sozialadäquanz plädierend auch *Hirsch*, ZStW 1962, 78 ff.; ebenfalls kritisch *Otto*, FS Lencker, 1998, 193, 201 f. Zusammenfassend zur Kritik *Knauer*, ZStW 2014, 844, 853 f.; *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 129 ff.

scheidung des demokratisch legitimierten Strafgesetzgebers zu revidieren.¹⁸⁴³ Diesem steht es vielmehr grundsätzlich frei, auch (zuvor) sozial übliches Verhalten tatbestandlich zu erfassen, sofern er damit nicht unverhältnismäßig in Grundrechte eingreift oder andere höherrangige Rechtsnormen verletzt.¹⁸⁴⁴ Allerdings zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass die regelmäßig als „sozial üblich“ gekennzeichneten Verhaltensweisen ihrerseits erst aufgrund einer *normativen* Beurteilung als „sozialadäquat“ gelten. So erlaubt die Rechtsordnung bestimmte Verhaltensweisen trotz der mit ihnen einhergehenden Risiken aufgrund des damit verbundenen überwiegenden Nutzens oder im Lichte der Grundrechte, wie etwa die Teilnahme am Straßen-, Schienen-, Schifffahrts- oder Luftverkehr mit entsprechend potenziell gefährlichen Fahrzeugen oder den Betrieb industrieller Anlagen, sofern nur die zur Einhegung der entsprechenden Gefahren geschaffenen Normen eingehalten werden.¹⁸⁴⁵ Und auch die oftmals mit dem Begriff der Sozialadäquanz beschriebene Ausklammerung „geringfügiger sozial allgemein tolerierter Handlungen“¹⁸⁴⁶ stellt sich letztlich als Ausprägung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar, der einer tatbestandlichen Erfassung von Verhaltensweisen, die keine hinreichende Rechtsgutsbeeinträchtigung bewirken können, entgegensteht.¹⁸⁴⁷ Der Zurechnungsausschluss bei Sozialadäquanz dient in dieser Perspektive also dazu, notwendig weit gefasste Tatbestandsbeschreibungen im Lichte konkurrierender normativer Festlegungen durch entsprechende Auslegung einzuhegen.¹⁸⁴⁸

In diesem Sinne verstanden als Filter für Verhaltensweisen, die im Lichte *normativer Wertungen* als „sozial üblich“ und erlaubt zu gelten haben und deshalb nicht zur Unrechtsbegründung taugen, kann die Kategorie der „Sozialadäquanz“ als Fallgrup-

1843 Ähnlich *Roxin*, FS Klug, Bd. II, 1983, 303, 313; *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 149.

1844 Zur Gefahr eines „empirisch-faktischen Verständnis[ses]“, das der „wirklichen Tragweite der Sozialadäquanz nicht gerecht“ würde *Rönnow*, JuS 2011, 311, 312, der deshalb betont, dass „für Sozialadäquanz nicht schon die bloße Üblichkeit (*faktische Komponente*) genügt, sondern immer auch deren *rechtliche Billigung* zu überprüfen ist (Herv. im Original).“

1845 Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 38.

1846 *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 40.

1847 Zuzugeben ist allerdings, dass dieser enge normative Bezug in der Literatur nicht immer gewahrt wird, vgl. zu den disparaten Anknüpfungspunkten die Darstellung bei *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 32 ff.

1848 In diese Richtung auch *Dölling*, FS Otto, 2007, 219, 222 ff.; *Otto*, FS Amelung, 2009, 225, 230. In der Sache nicht weit entfernt von der hier vertretenen Position, aber auf das „erlaubte Risiko“ abstellend *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 38 f. Für ein straftheoretisch orientiertes Verständnis der Sozialadäquanz als „Zweckerfüllung“ *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 218 ff. Auch *Ruppert* geht letztlich davon aus, dass die Sozialadäquanz dann lediglich „die in der Norm sowie im Strafgesetz angelegte Wertentscheidung des Gesetzgebers“ umsetze (S. 221). Wenn auch von anderem Ausgangspunkt gelangt daher auch *Ruppert* zu dem Ergebnis: „Dementsprechend basiert die Sozialadäquanz auf einer rechtlichen Bewertung [...]“ (S. 222). Der Unterschied zur hier vertretenen Position besteht allerdings darin, dass *Ruppert* die rechtliche Bewertung primär *innerhalb* des Strafrechts sucht und verortet, während hier für einen Rekurs insbesondere auf Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht plädiert wird. Übereinstimmung besteht zwischen den Konzepten aber insoweit, als auch *Ruppert* auf den *ultima ratio*-Gedanken rekurriert (S. 224).

pe fehlender Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr durchaus herangezogen werden, um sinnvoll zwischen strafbaren und nicht strafbaren Beihilfehandlungen abzugrenzen.¹⁸⁴⁹ Der Vorteil der Vokabel „Sozialadäquanz“ liegt – trotz ihrer wechselvollen und „schillernden“¹⁸⁵⁰ Geschichte – dabei vor allem darin, dass sie präziser als der nach dem hier skizzierten Verständnis als Oberbegriff zu verstehende Terminus „erlaubtes Risiko“ auf die (normativ fundierte) soziale Üblichkeit des in Frage stehenden Verhaltens rekurriert und damit die Alltäglichkeit des tatbestandlich *prima facie* erfassten Verhaltens verdeutlicht.¹⁸⁵¹ Gerade in Kontexten, in denen nicht der Angriff auf Individualrechtsgüter, sondern ein Verstoß gegen verwaltungsrechtliche Regelungen, die dem Schutz kollektiver Rechtsgüter dienen, im Raume steht, schärft das Kriterium der Sozialadäquanz den Blick dafür, dass die entsprechenden Tatbestände oftmals auch und gerade Verhaltensweisen erfassen, die berufstypisch oder sozial üblich sind und ihr strafrechtliches Unrechtsgepräge erst im Lichte des Verwaltungsrechtsverstoßes erhalten.¹⁸⁵² Gerade *deshalb* ist im Rahmen der Abgrenzung zwischen straflosen und strafbaren Unterstützungshandlungen in besonderem Maße darauf zu achten, ob eine Kriminalisierung mit den Wertungen des höherrangigen Rechts zu vereinbaren ist und insbesondere keinen unverhältnismäßigen Eingriff in Grundrechte begründet. Die Sozialadäquanz dient hier letztlich als strafrechtsdogmatisches Scharnier zur Berücksichtigung der Wertungen des Verfassungs-, Unions- und Völkerrechts; methodisch geschieht dies durch eine verfassungs-, unions- oder völkerrechtskonforme Auslegung des § 27 StGB.¹⁸⁵³

Dies gilt auch und insbesondere im Migrationsstrafrecht. Indem der Gesetzgeber die unerlaubte Einreise und den unerlaubten Aufenthalt unter Strafe gestellt hat, hat er nämlich zwar die *grundsätzliche* Wertung dahingehend vorgenommen, dass Unterstützungshandlungen gegenüber unerlaubt einreisenden oder aufhältigen Ausländern trotz ihrer sozialen Üblichkeit eine deliktische Beihilfehandlung begründen. Zugleich gilt aber auch hier, dass die abschließende Beurteilung, ob ein Verhal-

1849 In diese Richtung auch Otto, FS Amelung, 2009, 225, 230: „Der Schwerpunkt der Argumentation der sozialen Adäquanz liegt nicht mehr auf der sozialüblichen, alltäglichen, neutralen Handlung, sondern auf der deshalb sozialadäquaten Gefahr, weil diese Gefahr nach rechtlichen Kriterien (Herv. im Orig.) als irrelevant für das geschützte Rechtsgut eingestuft werden kann.“ Für den Kontext „bankentypischen“ Verhaltens bei der Beihilfe zur Steuerhinterziehung siehe den Ansatz von Hassemer, wistra 1995, 41, 45; Hassemer, wistra 1995, 81 ff. Für eine „am geschützten Rechtsgut orientierte, einschränkende Interpretation“ statt einer „undifferenzierten Berufung auf die soziale Adäquanz“ Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 41. Gegen einen Rückgriff auf normative Wertungen im Rahmen der Sozialadäquanz dagegen dezidiert Exner, Sozialadäquanz im Strafrecht, 2011, 112.

1850 Roxin, FS Klug, Bd. II, 1983, 303; Ruppert, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 23.

1851 In diese Richtung auch Otto, FS Amelung, 2009, 225, 229 f.; für eine graduelle Abstufung der Begriffsverwendung abhängig vom Stand der Verrechtlichung Knauer, ZStW 2014, 844, 857 f.

1852 Zu diesem Gedanken bereits oben E. II. 3.

1853 Im Ausgangspunkt ähnlich Dölling, FS Otto, 2007, 219, 225 f.; Otto, FS Amelung, 2009, 225, 230 f.; die Relevanz der Wertungen des Grundgesetzes betont auch Otto, FS Lencker, 1998, 193, 212 ff., allerdings begrenzt auf Berufsträger im Blick auf Art. 12 GG; Knauer, ZStW 2014, 844, 862 f. Kritisch gegenüber einem Rückgriff auf das Verfassungsrecht Greco, in: Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2012, 13, 33; Greco, wistra 2015, 1, 4.

ten trotz seiner Sozialadäquanz eine rechtlich missbilligte Gefahr begründet und deshalb als strafbare Beihilfe zu bewerten ist, nur unter Berücksichtigungen höher-rangiger normativer Wertungen erfolgen kann. Richtigerweise ist daher zu fragen, ob das gegenständliche Verhalten im Lichte der normativen Wertungen des Verfassungs-, Unions- und Völkerrechts als erlaubt zu gelten hat und daher keine strafbare Beihilfehandlung bilden kann.

Dabei bedarf es einer angemessenen Kriterienbildung, die einer von kaum kalkulierbaren Faktoren abhängigen tatgerichtlichen Einzelfallwürdigung vorbeugt.¹⁸⁵⁴ Es kann hier also nicht um eine beliebige Ausweitung des Bereichs des „sozial üblichen“ Verhaltens zur Erreichung rechtspolitisch gewünschter Ergebnisse gehen, sondern einzig um die Auslegung des Strafrechts im Lichte übergeordneter normativer Wertungen. Um dies kenntlich zu machen, wird im Folgenden von *normativer Sozialadäquanz* gesprochen.¹⁸⁵⁵ Diese Begriffsbildung trägt den Spezifika des Migrationsstrafrechts Rechnung: Die Einbeziehung normativer Wertungen des Verfassungs-, Unions-, und Völkerrechts bewirkt nämlich, dass ein in anderen Kontexten sozial übliches, gesellschaftlich erwünschtes Verhalten nicht deshalb als strafbare Beihilfe zu gelten hat, weil der Gesetzgeber bei der Schaffung der einschlägigen migrationsstrafrechtlichen Tatbestände die entsprechenden Wertungen tatbestandlich nicht hinreichend abgebildet hat. Das Kriterium normativer Sozialadäquanz filtert bereits auf Ebene des Tatbestandes eben jene Verhaltensweisen aus, deren Kriminalisierung unverhältnismäßig wäre. Sie sind nicht im Einzelfall gerechtfertigt, sondern allgemein erlaubt.¹⁸⁵⁶

Für den vorliegenden Kontext der Einreise- und Aufenthaltsdelikte folgt daraus zunächst, dass im Blick auf das zuvor dargestellte Unions- und Völkerrecht die nicht-vorteilsbezogene Unterstützung von Flüchtlingen bei der Einreise in das Bundesge-

1854 Wegen der Gefahr, „dass Entscheidungen nach dem bloßen Rechtsgefühl getroffen oder dass gar allgemein verbreitete Missbräuche für tatbestandslos erklärt werden“, gegen die Berufung auf soziale Adäquanz *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 41.

1855 Die Begriffsbildung erfolgt in loser Anlehnung an *Hassemer*, wistra 1995, 41, 45, und seinen Begriff von der „professionellen Adäquanz“. *Hassemer* weist zutreffend darauf hin, dass die „Lehre von der sozialen Adäquanz ihre Ergebnisse auf dem richtigen Feld erntet, nämlich im Bereich sozialer Alltäglichkeit und Normativität [...]“; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 42, konzedieren immerhin, „dass die Lehre von der sozialen Adäquanz [...] das richtige Ziel verfolgt, nicht dem speziellen Unrechtstyp entsprechende Verhaltensweisen aus dem Tatbestand zu eliminieren [...]“.

1856 Vgl. *Dölling*, FS Otto, 2007, 219, 220; vgl. auch *Otto*, FS Amelung, 2009, 225, 231. Dieser materiell-rechtliche Ansatz ist insbesondere Konzepten überlegen, die eine Lösung über die Opportunitätsregelungen der §§ 153 ff. StPO suchen (etwa *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 202 ff.; *MK-StGB/Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 48). Ein solch prozessualer Lösungsversuch ist nicht geeignet, eine kohärente Rechtsanwendung sicherzustellen. Es kann nicht dem Ermessen der örtlichen Staatsanwaltschaft überlassen bleiben, ob humanitär motivierte Unterstützungshandlungen letztlich zu einer strafrechtlichen Anklage – mit all ihren Belastungen – führen oder nicht. Denn schon die damit verbundene Unsicherheit ist geeignet, hilfsbereite Personen aus Furcht vor Strafverfolgung von einer Hilfeleistung abzuhalten. Dies liefe den Wertungen höherrangigen Rechts zuwider.

biet nicht als strafbare Beihilfe zur unerlaubten Einreise qualifiziert werden kann.¹⁸⁵⁷ Die Einreise und der Aufenthalt eines Flüchtlings stellen kein Unrecht dar, sodass auch die schlichte Hilfeleistung zu einer solchen kein Unrecht verwirklicht, sofern nicht die Hilfeleistung eigenes Unrecht konstituiert, etwa im Rahmen gefährlicher Schleuserpraktiken. Selbst wenn daher Art. 31 Abs. 1 GFK mit der herrschenden Meinung aus dogmatischen oder kriminalpolitischen Erwägungen¹⁸⁵⁸ lediglich als Strafaufhebungsgrund eingeordnet wird, müssen die unions- und völkerrechtlichen Wertungen im Rahmen des § 27 StGB berücksichtigt werden. Nach diesen stellen die Einreise und der temporäre Aufenthalt von Flüchtlingen kein unerlaubtes Verhalten dar, sondern steht Flüchtlingen bei Herstellung des Territorialkontakts ein temporäres Einreise- und Aufenthaltsrecht zu. Art. 31 Abs. 1 GFK ist Ausfluss dieser grundsätzlichen Wertung, unabhängig von der strafrechtsdogmatischen Verortung innerhalb des Straftatabaus.

Die hier vertretene Position steht auch mit der Auffassung der herrschenden Meinung zum Strafgrund der Teilnahme im Einklang: Wird mit der sogenannten „akzessorietätsorientierten Verursachungstheorie“ angenommen, dass der Strafgrund der Teilnahme letztlich „in der Verursachung fremden Unrechts durch Mitwirken an der Normverletzung des Täters“ liegt,¹⁸⁵⁹ ist es konsequent, wenn die unions- und völkerrechtlichen Wertungen, die einer Einordnung der Einreise und des (temporären) Aufenthalts von Flüchtlingen als Unrecht entgegenstehen, dahingehend übersetzt werden, dass auch keine Mitwirkung an einer Normverletzung durch den „Gehilfen“ vorliegt und deshalb die Einreiseunterstützung zugunsten von Flüchtlingen keinen strafrechtlichen Unrechtsvorwurf begründen darf.¹⁸⁶⁰

Demgegenüber sind Unterstützungshandlungen, die gegen (das Versprechen der) Gewährung eines Vorteils geleistet werden, unter normativen Gesichtspunkten nicht als sozialadäquat einzuordnen. Dagegen sprechen – trotz des Befundes, dass Flüchtlinge seit jeher auf die Inanspruchnahme professioneller Schleuser angewiesen waren – die Wertungen des Schleuserprotokolls der Palermo-Konvention und die unionsrechtliche Pönalisierungspflicht nach Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG, die durch § 96 Abs. 1 AufenthG erfüllt wird.¹⁸⁶¹

Aus dem Übermaßverbot, das sich jedenfalls an Art. 2 Abs. 1 GG anknüpfen lässt, im Bereich religiös motivierter Unterstützungshandlungen aber auch durch Art. 4

1857 Dazu schon oben C. V.

1858 Dazu oben C. IV. 2. b).

1859 MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, Vor § 26 Rn. 10 f., 16 f. m.w.N.; siehe ferner und statt vieler jeweils m.w.N. Otto, FS Lencker, 1998, 193, 194 f.; Lackner/Kühl/Heger/Pohlreich, StGB, 31. Aufl. 2025, Vor § 25 Rn. 8; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, Vor § 25 ff. Rn. 14 f.

1860 Im Ergebnis übereinstimmend, aber auf den fehlenden deliktischen Sinnbezug abstellend *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 292 f.

1861 Oben C. III. 2. a) und IV. 3.

Abs. 1, 2 GG verstärkt wird,¹⁸⁶² folgt zudem, dass auch schlichte *mitmenschliche Solidarität* gegenüber Personen ohne gültige Einreise- und Aufenthaltspapiere keine strafbare Beihilfe darstellen kann. Hierzu gehören sämtliche Unterstützungsleistungen, die eine menschenwürdige Existenz sicherstellen sollen.¹⁸⁶³ Insoweit durchbricht das Konzept der normativen Sozialadäquanz zwar die akzessorietätsorientierte Unrechtsbestimmung; dies ist allerdings im Blick auf die Gesetzesfassung, die zu einer unverhältnismäßigen tatbestandlichen Erfassung humanitärer Unterstützungshandlungen führt, geboten. Insoweit findet das Strafrecht seine Grenze im Verfassungsrecht.¹⁸⁶⁴ Im Folgenden werden diese Grundsätze auf die besonders relevanten Fallgruppen angewandt.

b) Fallgruppen

aa) Unterstützungshandlungen bei der Einreise

(1) Flüchtlinge

Wie bereits ausgeführt, ist die Unterstützung von Flüchtlingen aus humanitären Gründen schon mangels Vorliegens einer rechtswidrigen Tat nicht strafbar, aber auch auf Grundlage der Gegenauffassung normativ sozialadäquat und daher schon objektiv keine strafbare Beihilfe. Die Versorgung von Flüchtlingen, die ihnen die Fortsetzung der Flucht in Richtung Bundesrepublik erleichtert oder mangels eigener Ressourcen erst ermöglicht, die kostenfreie Mitnahme von Flüchtlingen in privaten Kraftfahrzeugen oder der Kauf von Zug- oder Bustickets für Flüchtlinge stellt im Blick auf das internationale Flüchtlingsschutzrecht, aber auch im Blick auf Art. 2 Abs. 1 und 4 Abs. 1 und 2 GG kein rechtlich missbilligtes Verhalten dar.

Je nach Situation kann es zudem im Blick auf § 323c StGB oder gar zur Vermeidung einer Strafbarkeit wegen Unterlassens (§ 13 StGB) geboten sein, Flüchtlinge bei ihrer

1862 Vgl. *Grefen*, Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik, 2001, 268.

1863 So auch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26; *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 154 ff., die auf Grundlage des Kriteriums des deliktischen Sinnbezugs zu diesem Ergebnis gelangt; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 24; ähnlich argumentiert allgemein *Ransiek*, wistra 1997, 41, 45. Für einen Abschluss von Leistungen, die der Befriedigung existenzieller Lebensbedürfnisse dienen, aus dem Bereich strafbarer Beihilfe im Blick auf die Menschenwürdegarantie, das Rechtsstaatsprinzip und das Recht auf Leben auch *Hartmann*, ZStW 2004, 585, 603; siehe ferner für den Kontext der Strafvereitelung und Konstellationen der Unterkunftsheberbergung und anderer humanitärer Handlungen *Otto*, FS Amelung, 2009, 225, 243; demgegenüber kritisch bezüglich der Verallgemeinerungsfähigkeit *Amelung*, FS Grünwald, 9, II f. Im Einzelnen unten b) zu den Fallgruppen.

1864 Ähnlich im Ansatz *Hartmann*, ZStW 2004, 585, 603 f. Allerdings dürfte *Hartmann* mit dem von ihm herangezogenen Kriterium der Setzung weiterer Risiken im Fall des unerlaubten Aufenthalts möglicherweise zu einem abweichenden Ergebnis gelangen, weil hier die Existenzsicherung gerade die Tatverwirklichung ermöglicht.

Einreise in die Bundesrepublik zu unterstützen. Zu denken ist insbesondere an Fälle der Seenot, bei denen der Kapitän eines rettungstauglichen Schiffes rechtlich zur Rettung und zum Transport in einen sicheren Hafen verpflichtet ist.¹⁸⁶⁵ Wissen die an der Seenotrettung beteiligten Personen, dass sie die Flüchtlinge bei einer beabsichtigten Einreise in die Bundesrepublik durch Rettung und Transport unterstützen, handelten sie im Ausgangspunkt tatbestandsmäßig. Allerdings ist im Blick auf die Wertungen des Seevölkerrechts und die Strafbewehrung der Hilfeverweigerung davon auszugehen, dass es sich um ein sozialadäquates, rechtlich gewünschtes und sogar gebotenes Verhalten handelt, das nicht erst gemäß § 34 StGB gerechtfertigt ist.¹⁸⁶⁶

(2) Andere Personen

Vergleichbare Wertungen für Personen, die ohne Schutzsuchende zu sein, insbesondere zum Zwecke der Erwerbstätigkeit unerlaubt in die Bundesrepublik einreisen, existieren nicht. Hier gilt im Gegenteil der zuvor dargestellte Grundsatz, dass aus der Staatssouveränität das Recht jedes Staates folgt, selbst über Zugang zu und Aufenthalt in seinem Staatsgebiet zu bestimmen. Dementsprechend stellt die gezielte Beihilfe zur Einreise in diesem Fall grundsätzlich auch kein normativ sozialadäquates Verhalten dar. Auch das Kriterium des deliktischen Sinnbezugs kann in Fällen, in denen Migranten nicht nur lokal versorgt, sondern für die Weiterreise ausgestattet oder bei dieser unterstützt werden, nicht zum Entfallen des objektiven Tatbestandes führen. Weiß der Unterstützer um die aufenthaltsrechtliche Situation des einreisewilligen Ausländers, liegt in diesen Fällen daher grundsätzlich eine strafbare Beihilfe zur unerlaubten Einreise gemäß §§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, 27 Abs. 1 StGB vor.

Etwas anderes gilt allerdings, wenn es nicht um eine *gezielte* Einreiseförderung geht, sondern durch die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung oder medizinische Versorgung auf der Einreiserroute den Betroffenen lediglich eine Erleichterung in der Not verschafft wird. Diese Handlungen erschöpfen sich in Akten mitmenschlicher Solidarität. Anders als in den Fällen des unerlaubten Aufenthalts wird hier bereits der deliktische Sinnbezug in Frage zu stellen sein, da zwar die Fortsetzung der Migration in die Bundesrepublik objektiv erleichtert wird, jedoch die Unterstützungshandlungen zum einen grundsätzlich legale Handlungen, die auch außerhalb des Einreisekontextes für den Leistungsempfänger sinnvoll sind, darstellen und zum anderen regelmäßig nicht zielgerichtet im Blick auf die angestrebte Einreise erbracht

¹⁸⁶⁵ *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 91 ff.

¹⁸⁶⁶ Jedenfalls aber greift § 34 StGB in diesen Fällen ein, vgl. *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 91 ff. Für eine Lösung über eine „Sperrwirkung“ des § 96 AufenthG *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 106 f., die eine Rechtfertigung vor allem der Hafeneinfahrt *de lege lata* nur in eng begrenzten Fällen annimmt, S. 255 ff.

werden, sondern zur Abwendung von Härten auf der Migrationsroute.¹⁸⁶⁷ Zudem kommen auch hier die verfassungsrechtlichen Wertungen zum Tragen.

bb) Die Unterstützung Papierloser

Besonders schwierige Abgrenzungsfragen stellen sich bei der Unterstützung von Personen, die sich ohne gültige Papiere im Bundesgebiet aufhalten. Sofern der Unterstützer seine Unterstützungshandlungen in Kenntnis des Aufenthaltsstatus erbringt, lässt sich ein deliktischer Sinnbezug aufgrund der Ausgestaltung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG als Dauerdelikt, das durch Unterlassen begangen wird, nicht verneinen, da jede Handlung, welche die Aufrechterhaltung des „unerlaubten Zustandes“ fördert oder erleichtert, diesen Sinnbezug aufweist.¹⁸⁶⁸ Darin besteht der wesentliche Unterschied zwischen der Unterstützung einer unerlaubten Einreise, die sich auf einen konkreten Vorgang bezieht, und der Förderung eines unerlaubten Aufenthalts.

(1) Gewährung von Unterkunft und Verpflegung

(a) Altruistisch motivierte Hilfeleistung

Die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung ist in zahlreichen Konstellationen vorstellbar. Neben der Aufnahme von papierlosen Personen aus altruistischer Motivation heraus ist insbesondere naheliegend, dass Menschen aufgrund freundschaftlicher oder partnerschaftlicher Verbundenheit papierlose Personen in ihre Wohnung aufnehmen und sie verpflegen. Auch in diesen Konstellationen stellt sich die Frage nach einer Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt gemäß §§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, 27 Abs. 1 StGB. Dabei ist der in der Rechtsprechung zunächst vertretenen Auffassung, bei fest zum Verbleib im Bundesgebiet entschlossenen Ausländern führe die Unterstützungshandlung schon deshalb nicht zu einer Beihilfe-strafbarkeit, weil die Unterstützungshandlung für die Tatbegehung nicht ursächlich sei,¹⁸⁶⁹ zu widersprechen. Zum einen wird nach der gefestigten Rechtsprechung gerade keine Kausalität der Beihilfehandlung verlangt. Dementsprechend kann auch schon die Erleichterung des fortgesetzten Aufenthalts genügen, um eine Beihilfe-

1867 Noch weitergehend *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 292 f., der sogar die Beförderung in Richtung des Bundesgebiets aus dem Bereich strafbarer Beihilfe ausklammert.

1868 Vgl. schon oben E. II. 5. a) bb).

1869 BGH NJW 1990, 2207, 2208; BayObLG NStZ 1999, 627 f.; BayObLG, Beschl. v. 25.6.2001 – 4 St RR 77/01, BeckRS 2002, 212; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.8.2001 – 2a Ss 149/01 – 46/01 II, BeckRS 2001, 30202310; KG NStZ 2006, 530, 531; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.1.2009 – 2 Ss 53/08, BeckRS 2009, 8572; in diese Richtung geht auch die Argumentation bei GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn.17. Auch Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn.71, meint, der Haupttäter müsse seinen weiteren Aufenthalt von der Hilfeleistung abhängig machen.

strafbarkeit zu begründen.¹⁸⁷⁰ Zum anderen gelangten selbst die Literaturstimmen, welche die Kausalität der Beihilfehandlung voraussetzen, nicht zum Ausschluss einer Beihilfe strafbarkeit mangels Kausalität. Denn sie nehmen eine solche Beihilfe-kausalität bereits an, wenn die Hilfeleistung die Art und Weise der Haupttatverwirklichung beeinflusst hat; maßgeblich ist danach stets die Förderung des tatbestandlichen Erfolgs in seiner konkreten Gestalt.¹⁸⁷¹ Für die hier maßgeblichen Fälle folgt daraus, dass ohne die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung Betroffene zwar möglicherweise dennoch im Bundesgebiet verblieben, sodass der Taterfolg des unerlaubten Aufenthalts unabhängig von der Hilfeleistung einträte. Allerdings erfolgte ein solch unerlaubter Aufenthalt unter gänzlich anderen Voraussetzungen. Insbesondere liegt es auf der Hand, dass ohne Unterkunft und Verpflegung eine dauerhafte Vermeidung des Kontakts mit staatlichen Hoheitsträgern erheblich erschwert wäre. Dementsprechend muss eine entsprechende Hilfeleistung als für den unerlaubten Aufenthalt in seiner *konkreten* Ausgestaltung kausal qualifiziert werden.¹⁸⁷² Mindestens läge ein Fall psychischer Beihilfe vor, weil der Betroffene in seinem Entschluss, im Bundesgebiet zu verbleiben, weiter gestärkt würde.¹⁸⁷³

Auch wenn daher der Ansatz, die Kausalität abzulehnen, nicht trägt, handelt es sich *nicht* um Fälle strafbarer Beihilfe. Vielmehr liegt ein normativ sozialadäquates, grundrechtlich jedenfalls nach Art. 2 Abs. 1 GG geschütztes Verhalten vor, dessen Kriminalisierung mit dem Übermaßverbot unvereinbar wäre.¹⁸⁷⁴ Die Aufnahme von oftmals mittellosen, von Obdachlosigkeit bedrohten und aufgrund ihres Aufenthaltsstatus prekarierten Menschen entspricht dem Gebot mitmenschlicher Solidarität.

1870 BGH NStZ 2010, 171, 172; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2005, 184, 186; OLG Hamm, Beschl. v. 1.6.2010 – 3 RVs 310/09, BeckRS 2010, 16651; ohne Begründung OLG Köln NStZ-RR 2003, 184, 185. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 48; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26; König, NJW 2002, 1623, 1624; Lenk, JZ 2022, 623, 624. Kritisch gegenüber einem Kausalitätskriterium auch Schmorl, Die Grenzen der Beihilfe strafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 142 f. Jüngst hat der BGH in einer ansatzweise vergleichbaren Konstellation (Verbleib beim sogenannten „Islamischen Staat“) nochmals klargestellt, dass eine Beihilfe (in Form der zur Täterschaft vertypen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung) auch dann nicht ausscheide, wenn der Täter zur Tatbegehung „ohnehin fest entschlossen war“, siehe BGH NJW 2025, 1140, 1143. Auf das „Ausmaß der fördernden Wirkung“ komme es nämlich im Grundsatz nicht an.

1871 Dazu m.w.N. TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 3; MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 35 f.; siehe auch Otto, FS Lencker, 1998, 193, 195 f.: „ermöglicht, erleichtert, beschleunigt oder intensiviert“.

1872 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 189 f.

1873 Vgl. MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 43; differenzierend Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 71.

1874 Überzeugend daher LG Landshut NStZ-RR 2009, 61; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 73; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 24. Ebenfalls auf den Gedanken der Sozialadäquanz im Kontext des Kirchenasyls rekurrierend Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 191. Anders dagegen OLG Hamm, Beschl. v. 1.6.2010 – 3 RVs 310/09, BeckRS 2010, 16651; ohne nähere Ausführungen auch BGH NStZ 2010, 171, 172.

Es geht in diesen Fällen regelmäßig nicht in erster Linie darum, den unerlaubten Aufenthalt zu ermöglichen, sondern diesen menschenwürdig zu gestalten. Kommen sozial-familiäre Bindungen hinzu, entspricht es dem in der Bundesrepublik Deutschland sozial üblichen Verhalten, das in seinem Kernbereich auch durch Art. 6 GG geschützt wird, eine Wohngemeinschaft miteinander einzugehen. Auf den Aufenthaltsstatus kann es dabei nicht ankommen.¹⁸⁷⁵

Die insbesondere vom Oberlandesgericht Hamm vertretene Gegenposition, wonach humanitären Gründen im Rahmen des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens abschließend Rechnung getragen würde, sodass eine Strafflosigkeit entsprechender Hilfeleistungen nur ausnahmsweise in Betracht komme,¹⁸⁷⁶ überzeugt nicht. Sie vermengt die aufenthaltsrechtliche Frage nach dem Bestehen von Abschiebehindernissen, die nicht die Ausgestaltung des Aufenthalts im Bundesgebiet betreffen, sondern die Frage, ob eine Aufenthaltsbeendigung überhaupt möglich ist, mit der Frage nach der strafrechtlichen Relevanz mitmenschlich solidarischen Verhaltens. Die Durchsetzung der Ausreisepflicht obliegt jedoch allein dem Staat. Die Bürger sind für diese weder unmittelbar noch mittelbar verantwortlich. Die Kriminalisierung der Gewährung von Unterkunft und Verpflegung gegenüber Papierlosen bewirkte in der Konsequenz aber ein strafbewehrtes Verbot mitmenschlicher Solidarität; geboten wäre gar die aktive Verweigerung von Unterstützung, die in anderen Zusammenhängen – etwa bei der Unterbringung von (deutschen) Obdachlosen – als ehrenwertes karitatives Verhalten gewürdigt wird. Eine derartige Verbotsnorm stellte einen unverhältnismäßigen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und in die Glaubens(ausübungs)- und Gewissensfreiheit nach Art. 4 GG dar; sofern familiäre Bindungen bestehen, wäre auch Art. 6 GG betroffen.

§ 96 Abs. 1 AufenthG steht der hier vertretenen Auffassung mit seinen Wertungen nicht entgegen, da nach einer Gesetzesänderung 2007, die gerade Tätigkeiten aus karitativen und humanitären Gründen aus dem Tatbestand ausschließen sollte,¹⁸⁷⁷ die Hilfeleistung zum unerlaubten Aufenthalt (§ 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) nur noch dann dem Tatbestand unterfällt, wenn der Täter sich einen Vermögensvorteil versprechen lässt oder einen solchen erhält. Die Grenze der normativen Sozialadäquanz wird erst dort überschritten, wo die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung in ein *aktives* Verstecken übergeht, etwa gegenüber mit aufenthaltsbeendenden Maßnahmen betrauten Polizeibeamten.¹⁸⁷⁸ Ein bloß latentes Risiko, bei Entdeckung

1875 LG Landshut NStZ-RR 2009, 61. In diese Richtung bereits BGH NJW 1990, 2207, 2208.

1876 OLG Hamm, Beschl. v. 1.6.2010 – 3 RVs 310/09, BeckRS 2010, 16651.

1877 Vgl. oben A. II. 6. a).

1878 *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 24. Ähnlich für den Kontext der Strafvereitelung *Otto*, FS Amelung, 2009, 225, 243 f. Eger GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 38, der nur Handlungen „im Rahmen wirklicher Notbehebung“ als straffrei ansehen will.

abgeschoben zu werden, ist hierfür allerdings nicht ausreichend, da dieses für papierlose Menschen zu jedem Zeitpunkt besteht.

(b) Andere Fälle

Nicht unter dem Gesichtspunkt der normativen Sozialadäquanz aus dem Bereich strafbaren Verhaltens auszuschneiden sind demgegenüber die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung zum Zwecke der Ausbeutung der Arbeitskraft oder aus anderen rechtlich missbilligten Gründen. Im Einzelfall können gerade Motivbündel Schwierigkeiten bereiten. So stellt die Überlassung von Wohnraum zu marktüblichen Konditionen zunächst ein normativ sozialadäquates Verhalten dar.¹⁸⁷⁹ Ein Kontrahierungsverbot führte nämlich dazu, dass papierlose Personen letztlich in die Obdachlosigkeit gezwungen würden. Dies ist mit den zuvor dargestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen unvereinbar. Wenn die Überlassung aber vor dem Hintergrund erfolgt, dass der Überlassende oder in seinem Lager stehende Personen von Dienstleistungen des betroffenen Ausländers profitieren wollen, auf die sie andernfalls keinen Anspruch hätten und die nicht adäquat vergütet werden, muss die Sozialadäquanz des Verhaltens verneint werden.

(c) Sonderfall: Die Strafbarkeit der Gewährung von Kirchenasyl

Eine besondere Konstellation bildet die Gewährung von Kirchenasyl. Damit ist die Aufnahme von (abgelehnten) Asylbewerbern in Räumlichkeiten der Kirchengemeinde gemeint, wodurch erreicht werden soll, dass sie trotz vollziehbarer Ausreisepflicht nicht abgeschoben werden, sondern nach erneuter Prüfung ihres Falles oder im Rahmen einer Härtefallregelung doch noch im Bundesgebiet verbleiben dürfen. Kirchengemeinden gewähren Kirchenasyl vor allem besonders vulnerablen Schutzsuchenden und folgen dabei einer langen Tradition kirchlicher Asylgewährung.¹⁸⁸⁰ Zunächst greifen hier die zuvor skizzierten Grundsätze, wonach die bloße Zurverfügungstellung von Unterkunft und Verpflegung keine Strafbarkeit begründet. Die Fälle des Kirchenasyls sind allerdings oftmals so gelagert, dass aufgrund einer konkret bevorstehenden Abschiebung Personen in das Kirchenasyl aufgenommen werden, um die Abschiebung zu verhindern.¹⁸⁸¹ Sie erhalten Zuflucht, Unterkunft und Verpflegung in Räumlichkeiten der Kirche. Hinsichtlich der strafrechtlichen Bewertung muss dementsprechend differenziert werden:

1879 Anders – ohne nähere Auseinandersetzung – LG Münster NStZ-RR 2004, 378; ebenfalls gegen die Annahme einer „straffreien Alltagshandlung“ *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 201.

1880 Vgl. *Botta*, ZAR 2017, 430, 435; *Buchholz*, StraFo 2018, 506; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 213 f.; *Grefen*, Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik, 2001, 52 ff.

1881 Deshalb konsequent gegen die Annahme sozialadäquaten Verhaltens *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 221.

Bereits mangels tatbestandsmäßiger Haupttat scheidet eine Strafbarkeit wegen Beihilfe in den Fällen aus, in denen die zuständige Behörde die Gewährung von Kirchenasyl anerkennt oder jedenfalls tatsächlich duldet. Zwar kann in der Untätigkeit der Behörde nicht der Erlass eines Verwaltungsakts in Form der Ermessensduldung oder einer sogenannten faktischen Duldung gesehen werden, schon weil die Duldung gemäß § 77 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG zwingend in Schriftform zu erteilen ist und daher für eine stillschweigende Erteilung kein Raum bleibt.¹⁸⁸² Allerdings hat die Behörde in diesen Fällen Kenntnis vom Aufenthalt des Betroffenen und könnte, da sie weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht an einer Vollstreckung aufenthaltsbeendender Maßnahmen gehindert ist,¹⁸⁸³ auch aus dem Kirchenasyl heraus eine Abschiebung vornehmen. Verzichtet sie erkennbar darauf und bleibt sie untätig, besteht ein Anspruch auf Duldung gemäß § 60a Abs. 2 AufenthG.¹⁸⁸⁴ Insoweit gelten die zuvor herausgearbeiteten Grundsätze, wonach es die Konzeption des Aufenthaltsgesetzes gebietet, einen ausreisepflichtigen Ausländer entweder unverzüglich abzuschieben oder ihn zu dulden. Für ein Statusvakuum ist kein Raum, da es ansonsten den Ausländerbehörden überlassen wäre, die Strafbarkeit des Ausländers zu vermeiden oder durch Untätigkeit herbeizuführen.¹⁸⁸⁵ In der Anerkennung oder jedenfalls tatsächlichen Duldung des unerlaubten Aufenthalts eines Ausländers liegt daher ein aus der Selbstbindung der Ausländerbehörde resultierendes vorübergehendes rechtliches Abschiebehindernis begründet.¹⁸⁸⁶ Dies wiederum

1882 OLG München NJW 2018, 3041, 3042; Kluth, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 77 AufenthG Rn. 9.7. Anders Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 213.

1883 OLG München NJW 2018, 3041, 3043; BayObLG NStZ 2022, 486, 487 f.; Botta, ZAR 2017, 430, 439 f.

1884 AG Landau a. d. Isar, Beschl. v. 20.5.2020 – 6 Cs 504 Js 30099/19, BeckRS 2020, 20977, Rn. 6; so auch Mosbacher, NStZ 2022, 491, der allerdings den Duldungsanspruch nicht auf § 60a AufenthG stützt; wohl auch Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 212, wobei unklar bleibt, ob nicht schon eine faktische Duldung angenommen wird. Anders dagegen Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 188; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 96; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 218 f.; Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 204; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 54; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 223, aber zugleich anders auf S. 312 („faktische Aussetzung“); Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 78.

1885 BVerfG NStZ 2003, 488; so grundsätzlich auch BayObLG NStZ 2022, 486, 488; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 213, 215; Mosbacher, NStZ 2022, 491. Siehe dazu schon oben D. I. 3. und E. II. 1. b) bb) (3).

1886 In diese Richtung BayObLG NStZ 2022, 486, 488, dessen Ausführungen zum Dublin-Verfahren sich insoweit übertragen lassen, auch wenn der Senat für Fälle außerhalb des Dossierverfahrens gerade *keinen* Duldungsanspruch annehmen möchte; auch Lenk, JZ 2022, 623, 627, geht von einer Selbstbindung der Verwaltung in Fällen des Dossier-Verfahrens aus, stützt dies aber auf Verwaltungsvorschriften der Innenministerien der Länder zum Umgang mit Kirchenasyl in Dossier-Fällen. Dagegen Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 188, die darauf verweist, dass die Behörde nicht untätig bleibe, „weil sie den ungenehmigten Aufenthalt billigt, sondern vor allem, weil sie einen Polizeieinsatz innerhalb der Kirche aus Gründen der Konvention scheut oder politisch für untunlich hält.“ Ähnlich argumentieren Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 204 ff. und Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 223. Diese Argumentation verschleiern jedoch, dass es in einer rechtlichen Perspektive nicht darauf ankommen kann, weshalb die Behörde bei Kenntnis des Aufenthaltsortes des Betroffenen auf eine Vollstreckung verzichtet, sondern nur auf den tatsächlichen

bewirkt, dass sich der betroffene Ausländer in Fällen, in denen die Behörde Kenntnis von der Gewährung des Kirchenasyls hat und gleichwohl keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ergreift, aufgrund des bestehenden Duldungsanspruchs nicht nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG strafbar macht und sich dementsprechend auch ihn unterstützende kirchliche Entscheidungsträger nicht wegen Beihilfe strafbar machen können.¹⁸⁸⁷

Für die inzwischen dominierenden¹⁸⁸⁸ sogenannten Dublin-Fälle, bei denen nach der VO (EU) 604/2013 ein anderer EU-Mitgliedstaat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig wäre und ein Asylbewerber deshalb noch vor einer inhaltlichen Prüfung seines – gemäß § 29 Abs. 1 AsylG unzulässigen – Asylantrags gemäß § 34a Abs. 1 Satz 1 AsylG in diesen Staat abgeschoben werden soll, entspricht die vorübergehende Duldung des Kirchenasyls der ständigen Praxis der nach § 71 Abs. 1 Satz 1 AufenthG grundsätzlich für die Abschiebung zuständigen Ausländerbehörden in Koordination mit dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge.¹⁸⁸⁹ So sieht eine Vereinbarung zwischen den christlichen Kirchen und dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge vom 24. Februar 2015 für diese Fälle ein spezifisches Verfahren (Dossierverfahren) bei der Gewährung von Kirchenasyl vor. Danach sind bestimmte Verfahrensschritte einzuhalten, wie insbesondere die Erstellung und Übermittlung eines Härtefalldossiers, die Information des Bundesamts über den Eintritt in das Kirchenasyl und die Benennung einer Ansprechperson. Im Gegenzug prüft das Bundesamt den im Härtefalldossier beschriebenen Einzelfall und entscheidet über die Ausübung des sogenannten Selbsteintrittsrechts nach Art. 17 Abs. 1 VO (EU) 604/2013, das es Staaten im Rahmen ihres Ermessens gestattet, Asylverfahren auch dann durchzuführen, wenn sie nach der Dublin-III-Verordnung nicht zuständig wären.¹⁸⁹⁰ Das Vorgehen nach dieser Vereinbarung bewirkt, dass der betroffene Ausländer für die Dauer des Dossierverfahrens einen Duldungsanspruch im Sinne des § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG aufgrund eines rechtlichen Abschiebehindernisses hat, weil die zuständigen Ausländerbehörden im Blick auf die Vereinbarung bis zum Abschluss des Verfahrens auf eine Vollstreckung der Ausreisepflicht verzichten.¹⁸⁹¹ Der Duldungsanspruch entsteht dabei mit Eintritt in das Dossierverfahren, das

Umstand des Vollstreckungsverzichts; ähnlich *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 218 f.; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 215.

1887 Vor Entscheidung des BVerfG zum Duldungsanspruch anders LG Osnabrück NStZ 2002, 604 ff. Kritisch im Blick auf den „Willen des Gesetzgebers“ *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 222.

1888 Für das Jahr 2022 wurden von der Ökumenischen Bundesarbeitsgemeinschaft Asyl in der Kirche 1119 Kirchenasyle dokumentiert, von denen 1098 auf Dublin-Fälle entfielen, vgl. Ökumenische Bundesarbeitsgemeinschaft Asyl in der Kirche, Jahresbericht 2022, 3, abrufbar unter: <<https://kirchenasyl.de/taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht-2022/>>.

1889 Dazu OLG München NJW 2018, 3041; BayObLG NStZ 2022, 486, 488; *Lenk*, JZ 2022, 623, 626 f.

1890 Vgl. das Merkblatt zur Vereinbarung, abrufbar unter: <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/AsylFluechtlingsschutz/merkblatt-kirchenasyl.pdf?__blob=publicationFile&v=5>; dazu BayObLG NStZ 2022, 486.

1891 BayObLG NStZ 2022, 486, 488; *Buchholz*, StraFo 2018, 506, 507.

spätestens mit der Meldung des Eintritts in das Kirchenasyl, die am gleichen Tag per E-Mail an das Bundesamt zu erfolgen hat,¹⁸⁹² beginnt.¹⁸⁹³ Dies wiederum führt dazu, dass eine Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG entfällt, bis eine abschließende Entscheidung des Bundesamts ergangen und das Kirchenasylverfahren damit beendet ist, weil damit auch der Duldungsanspruch erlischt, wenn nicht die Ausländerbehörde durch ihr Verhalten ein Fortbestehen bewirkt. Dementsprechend kann für die Dauer der Verfahrensdurchführung auch keine Strafbarkeit kirchlicher Entscheidungsträger wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt eintreten.¹⁸⁹⁴ Diese vor allem in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertretene Position entspricht letztlich den zuvor dargelegten Grundsätzen über die tatsächliche Duldung des unerlaubten Aufenthalts und den daraus resultierenden Duldungsanspruch. Der Vereinbarung zwischen dem Bundesamt und den Kirchen kommt somit keine über die Etablierung einer Verwaltungspraxis hinausgehende rechtliche Bedeutung zu. Sie ist lediglich eine verfahrenstechnisch formalisierte Ausformung der zuvor erörterten Fallgruppe der tatsächlichen Duldung. Vor diesem Hintergrund überzeugt es nicht, wenn die Rechtsprechung bislang zwischen diesen Fällen differenziert und nur für den Fall der Durchführung des Dossierverfahrens einen Duldungsanspruch annimmt.¹⁸⁹⁵

Wenn nach einer negativen Entscheidung des Bundesamtes das Kirchenasyl fortgeführt wird, stellt sich die Frage, ob nunmehr eine strafbare Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt durch die kirchlichen Entscheidungsträger erfolgt. Insoweit gilt zunächst der bereits zuvor erläuterte Grundsatz, dass bei Kenntnis der Behörde vom Aufenthalt des ausreisepflichtigen Ausländers im Kirchenasyl und gleichzeitiger Untätigkeit eben dieser Behörde von einem Duldungsanspruch auszugehen ist, der so lange fortbesteht, bis die Behörde den Aufenthalt durch Vollzug der Abschiebung beendet.¹⁸⁹⁶

Aber auch wer der in der Rechtsprechung angedeuteten Gegenposition folgt und einen Duldungsanspruch außerhalb des Dossierverfahrens verneint, gelangt in den Fällen erfolglos durchlaufener Dossierverfahren zu einer Straflosigkeit der Fortsetzung des Kirchenasyls. Zwar entfele mit der das Kirchenasylverfahren beendenden

1892 Vgl. das Merkblatt zur Vereinbarung, abrufbar unter: <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/AsylFluechtlingsschutz/merkblatt-kirchenasyl.pdf?__blob=publicationFile&v=5>.

1893 BayObLG NStZ 2022, 486, 488. Für den Zeitraum vom Eintritt bis zum Absenden der E-Mail kommt nach der hier und auch vom BayObLG vertretenen Auffassung keine Beihilfestrafbarkeit in Betracht, weil die nur kurzfristige „Unterstützung“, die hier zudem erkennbar auf die Einleitung des Dossierverfahrens und damit die Herbeiführung eines Duldungsanspruchs gerichtet ist, keine Erleichterung der Haupttat, namentlich des unerlaubten Aufenthalts, darstellt, da sie keine tatsächliche Förderungseignung aufweist. Siehe auch BGH NStZ 2010, 171, 172.

1894 BayObLG NStZ 2022, 486, 488.

1895 Jedenfalls andeutend OLG München NJW 2018, 3041, 3043; BayObLG NStZ 2022, 486, 487 f.; ausdrücklich AG Kitzingen, Urt. v. 26.4.2021 – 1 Cs 882 Js 16548/20, BeckRS 2021, 8708, Rn. 11; wie hier dagegen *Mosbacher*, NStZ 2022, 491.

1896 So auch *Mosbacher*, NStZ 2022, 491.

Entscheidung des Bundesamts die Duldung spätestens mit Ablauf einer durch die Ausländerbehörde gesetzten Frist zum Verlassen des Kirchenasyls, sodass § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG grundsätzlich anwendbar wäre und zu einer Strafbarkeit des im Kirchenasyl verbleibenden Ausländers führte.¹⁸⁹⁷ Es stellte sich dann aber die Frage, wie die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung in den kirchlichen Räumlichkeiten in rechtlicher Hinsicht zu qualifizieren ist. Insbesondere die Zurverfügungstellung von Nahrungsmitteln und Getränken stellt eine regelmäßig wiederholte aktive Tätigkeit dar und könnte daher als Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt durch aktives Tun bewertet werden, sofern sie nicht als sozialadäquates Verhalten aus dem Tatbestand ausgeschieden wird.¹⁸⁹⁸ Diese Handlungen ermöglichen dem Betroffenen nämlich den Verbleib im Kirchenasyl und damit im Bundesgebiet. Gleichwohl liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit – nach der vor allem durch die Rechtsprechung geprägten herrschenden Meinung ist die Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen daran zu messen¹⁸⁹⁹ – bei der Fortsetzung einer einmal begonnenen Gewährung von Unterkunft und Verpflegung nicht auf einem aktiven Tun, sondern einem Unterlassen der Beendigung des Kirchenasyls.¹⁹⁰⁰ Der einmal in das Kirchenasyl aufgenommene Asylbewerber befindet sich aufgrund der ursprünglichen Gewährung von Kirchenasyl nämlich bereits in den Räumlichkeiten der Kirche und muss nicht erneut eingelassen werden. Der Schwerpunkt der Gewährung von Kirchenasyl besteht wiederum nicht in der Verpflegung des Asylbewerbers, sondern in dessen Aufnahme und Beherbergung unter dem Dach der – oftmals tatsächlich¹⁹⁰¹, nicht aber rechtlich – besonders geschützten Kirchengemeinde. Deshalb ist der Gesamtkomplex der fortgesetzten Gewährung von Kirchenasyl im Schwerpunkt als Unterlassen einzuordnen.¹⁹⁰² Dies gilt auch, wenn die Grundsätze der psychischen Beihilfe herangezogen werden, wonach auch eine bloße Bestärkung des Haupttäters in seinem Tatentschluss zu einer Strafbarkeit wegen Beihilfe führen kann. Die Bestärkung des Tatentschlusses in diesem Sinne setzt mehr voraus als Passivität und darf insbesondere nicht zu einer Umgehung der Anforderungen des § 13 StGB führen.¹⁹⁰³ Dementsprechend müsste in den Fällen der

1897 BayObLG NStZ 2022, 486, 488 f. Gemäß § 60a Abs. 5 Satz 3 AufenthG bedarf es dabei keiner erneuten Abschiebungsandrohung und Fristsetzung, sodass die Strafbarkeit unmittelbar mit Wegfall des Duldungsanspruchs eintritt.

1898 In diese Richtung auch AG Landau a. d. Isar, Beschl. v. 20.5.2020 – 6 Cs 504 Js 30099/19, BeckRS 2020, 20977, Rn. 6; *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 191.

1899 St. Rspr. BGH NJW 1954, 766, 768; 1995, 204, 206; NStZ 1999, 607; 2003, 657; NJW 2015, 96, 100; NStZ-RR 2019, 74; zustimmend *Rengier*, Strafrecht AT, 17. Aufl. 2025, § 48 Rn. 10; kritisch MK-StGB/*Freund/Rostalski*, 5. Aufl. 2024, § 13 Rn. 5 ff.; NK-StGB/*Gaede*, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 7.

1900 BayObLG NStZ 2022, 486, 487, 489; zustimmend *Lenk*, JZ 2022, 623, 627.

1901 BVerwG NVwZ 2021, 875, 877 („bewusster Verzicht“); BayObLG NStZ 2022, 486, 489, geht davon aus, dass die Behörden „regelmäßig auch nach negativer Einzelfallentscheidung des BAMF den Kirchenraum respektieren und weder durchsuchen noch den Geflüchteten festnehmen.“

1902 BayObLG NStZ 2022, 486, 489 f.

1903 BGH NStZ-RR 2019, 271; BayObLG NStZ 2022, 486, 489.

Fortsetzung von Beherbergung und Verpflegung ein weiteres Bestärkungsmoment hinzutreten, um eine psychische Beihilfe durch aktives Tun zu begründen. Fehlt es an einem solchen, folgt für die vorliegende Fallkonstellation, dass eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt nur dann in Betracht kommen kann, wenn den kirchlichen Entscheidungsträgern eine Garantenstellung gegenüber dem staatlichen Anspruch auf Durchsetzung aufenthaltsbeendender Maßnahmen zukäme. Eine dahingehende Garantenpflicht ergibt sich jedoch weder aus dem Gesetz noch lässt sich eine solche unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz herleiten. Diese setzte nämlich ein pflichtwidriges Vorverhalten des Garanten voraus, das die Gefahr des Eintritts des tatbestandlichen Erfolgs verursacht.¹⁹⁰⁴ Die Gewährung von Kirchenasyl unter Einhaltung des mit dem Bundesamt vereinbarten Verfahrens ist jedoch nicht pflichtwidrig – sie verletzt keine Sorgfaltspflicht, die dem Schutz des betroffenen Rechtsguts dient –, sondern aufgrund des Duldungsanspruchs des betroffenen Ausländers tatbestandslos und damit (straf-)rechtlich nicht missbilligt.¹⁹⁰⁵ Auch eine tatsächliche Übernahme der Garantenpflicht kommt nicht in Betracht – eine entsprechende Pflichtenübernahme lässt sich insbesondere nicht aus der Vereinbarung über das Dossierverfahren entnehmen.¹⁹⁰⁶ Schließlich führt auch die Verantwortung kirchlicher Entscheidungsträger für die kirchlichen Räumlichkeiten nicht zu einer Garantenpflicht im Blick auf die Verhinderung der Straftatbegehung in diesen Räumlichkeiten. Zum einen ist bereits in Frage zu stellen, ob das im gesamten Bundesgebiet verwirklichte Dauerdelikt des unerlaubten Aufenthalts durch Unterlassen der Ausreise überhaupt einen hinreichend engen Bezug zu den kirchlichen Räumlichkeiten aufweist, da die Verantwortlichen allenfalls die Beherbergung, nicht aber die Straftatbegehung, die auch außerhalb der Kirchenräume stattfände, beeinflussen können. Zum anderen trifft den Inhaber des Hausrechts keine allgemeine Straftatverhinderungspflicht.¹⁹⁰⁷ Dementsprechend müsste eine Strafbarkeit bei bloßer Fortführung des Kirchenasyls auch dann ausscheiden, wenn ein Duldungsanspruch des betroffenen Ausländers verneint wird.

Eine andere Situation ergibt sich freilich, wenn die an der Gewährung von Kirchenasyl beteiligten Personen – neben den Pfarrern und Pastoren sind dies regelmäßig auch die Kirchengemeinderäte, die über die Gewährung von Kirchenasyl entscheiden¹⁹⁰⁸ – mehr tun als offenes Kirchenasyl zu gewähren, insbesondere wenn sie

1904 BGH NStZ 1998, 83, 84; NJW 2009, 3173, 3174; 2014, 711; 2017, 2052, 2054; vgl. TK-StGB/Bosch, 31. Aufl. 2025, § 13 Rn. 35.

1905 BayObLG, Urt. v. 25.2.2022 – 201 StRR 95/21, BeckRS 2022, 3262, Rn. 30 ff., insoweit und im Weiteren in NStZ 2022, 486 nicht abgedruckt; vgl. auch Lenk, JZ 2022, 623, 627.

1906 BayObLG, Urt. v. 25.2.2022 – 201 StRR 95/21, BeckRS 2022, 3262, Rn. 34.

1907 BGH NStZ 1999, 451; NStZ-RR 2003, 153; 2009, 184; BayObLG, Urt. v. 25.2.2022 – 201 StRR 95/21, BeckRS 2022, 3262 Rn. 35; TK-StGB/Bosch, 31. Aufl. 2025, § 13 Rn. 54.

1908 Vgl. Buchholz, StraFo 2018, 506, 507; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 223 f. Hier stellen sich die allgemeinen Fragen der Beteiligung an Gremienentscheidungen, wobei allerdings

einen Asylbewerber aktiv verstecken oder seine Abschiebung be- oder verhindern. Diese Fälle führen weder zu einem Duldungsanspruch noch stellen sie ein normativ sozialadäquates Verhalten dar, das zu einer Tatbestandslosigkeit führte.¹⁹⁰⁹ Die Strafbarkeit der Handelnden hängt daher davon ab, ob sie sich auf Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe berufen können.

Eine Rechtfertigung in „Ausübung des verfassungskräftig garantierten Selbstbestimmungsrechts der Kirchen“, wie *Grefen* sie vorschlägt, kommt nicht in Betracht, wo über die schlichte Gewährung offenen Kirchenasyls hinausgegangen wird.¹⁹¹⁰ Als Rechtfertigungsgrund könnte demgegenüber § 34 StGB eingreifen. Insoweit stellt sich allerdings die Frage, ob nicht dem Asylverfahren, dessen Ausgang gerichtlich überprüfbar ist, Vorrang einzuräumen ist, sodass es an einer „nicht anders abwendbaren“ Gefahr fehlte.¹⁹¹¹ Während dies für den betroffenen Flüchtling angenommen werden muss, stellt sich die Situation für die handelnden Kirchenvertreter anders dar: Betroffen ist hier ihre Glaubens- und Glaubensausübungsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG, die ein nach § 34 Satz 1 StGB notstandsfähiges Rechtsgut darstellt. Dieser kann im Asylverfahren aber keine Rechnung getragen werden, da derartige Belange Dritter nicht zum Prüfprogramm gehören. Eine Rechtfertigung scheitert mithin nicht schon an der Erforderlichkeit der Notstandshandlung.¹⁹¹² Die Frage ist aber, ob die Glaubens- und Glaubensausübungsfreiheit als geschütztes Rechtsgut im Rahmen der Interessenabwägung nach § 34 Satz 1 StGB das Interesse der Allgemeinheit an der Beachtung und Durchsetzung bestands- und rechtskräftiger Entscheidungen im Asylverfahren wesentlich überwiegt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 4 Abs. 1, 2 GG zwar nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen einheitlichen und weiten Schutzbereich aufweist und nur durch verfassungsimmanente Schranken begrenzt wird.¹⁹¹³ Im säkularen und demokratischen Rechtsstaat kann dem Einzelnen ein streng an seinen Glaubensüberzeugungen aus-

in der Praxis ein Beschluss zur Gewährung von verdecktem Kirchenasyl oder gar zu aktivem Widerstand nur in Ausnahmefällen vorkommen wird.

1909 Ähnlich *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 191. Gegen eine Differenzierung zwischen einem offenen und einem verdeckten Kirchenasyl, allerdings unter Ausblendung des zuvor dargelegten Duldungsanspruchs bei offenem Kirchenasyl und unterlassener Vollstreckung, *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 220.

1910 Vgl. *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 92. EL 2020, Art. 4 Rn. 98; *Grefen*, Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik, 2001, 225 f.; kritisch zur Ableitung aus dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht *Botta*, ZAR 2017, 430, 436 ff.; *Larsen*, ZAR 2017, 121, 122.

1911 Zum Vorrang staatlicher Verfahren und obrigkeitlicher Hilfe vgl. NK-StGB/Neumann, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 58; TK-StGB/Perron, 31. Aufl. 2025, § 34 Rn. 20; grundlegend *Slognat*, Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat, 2025; im Zusammenhang mit Klimaaktivismus *Rönnau*, JuS 2023, 112, 114. Kritisch gegenüber dem Vorrang staatlicher Hilfe *Pelz*, NSTZ 1995, 305, 309.

1912 Vgl. *Böse*, ZStW 2001, 40, 50 f.

1913 St. Rspr. BVerfG NJW 1969, 31; 1972, 327, 329; 1977, 1279; 1991, 2623, 2624; 2003, 3111, 3112 („umfassend zu verstehendes einheitliches Grundrecht“); NVwZ 2017, 549, 551 f. m.w.N.; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 92. EL 2020, Art. 4 Rn. 85.

gerichtetes Leben aber nur insoweit beschränkungsfrei gewährleistet werden, wie Grundrechte Dritter oder Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang nicht unverhältnismäßig zurücktreten müssen.¹⁹¹⁴

Handlungen im Zusammenhang mit der Gewährung von Kirchenasyl unterfallen grundsätzlich Art. 4 Abs. 1, 2 GG.¹⁹¹⁵ Der Glaubens- und Glaubensausübungsfreiheit ist aber das Interesse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit und der Durchsetzung bestands- und rechtskräftiger Verwaltungsentscheidungen im Asylverfahren als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) gegenüberzustellen.¹⁹¹⁶ Dies sind Güter von Verfassungsrang und daher grundsätzlich zur Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 4 Abs. 1, 2 GG geeignet. Zwar ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass durch die Grundrechtsausübung keine Individualinteressen Dritter beeinträchtigt werden und die Grundrechtsbindung staatlicher Gewalt für eine stärkere Gewichtung der Glaubensfreiheit sprechen kann. Zugleich muss aber in die Abwägung einbezogen werden, dass dem Asylbewerber ausreichende Rechtsschutzmechanismen im Rahmen des Asylverfahrens zur Verfügung stehen und mit § 23a AufenthG auch eine Regelung geschaffen wurde, welche in Härtefällen eingreift und eine Mediation der konfligierenden Interessen in einem rechtsförmigen Verfahren ermöglicht.¹⁹¹⁷ Zwar wird im Rahmen dieses Verfahrens der Glaubens- und Glaubensausübungsfreiheit Dritter keine Rechnung getragen, allerdings werden insbesondere Abschiebungsverbote aufgrund drohender Gefahren grundsätzlich abschließend geprüft. Dies mit Verweis auf den *gleichwohl* bestehenden inneren Konflikt des Handelnden aus der Abwägung zu eliminieren, ließe vollständig außer Acht, dass in einem demokratischen Rechtsstaat die Durchsetzung rechtmäßiger Verfahrensergebnisse unverzichtbar ist, weil andernfalls der rechtsstaatliche Grundsatz der Rechtssicherheit erodierte.¹⁹¹⁸ Die Zuerkennung eines rechtfertigenden Notstandes in Fällen, in denen eine rechtskräftige Verwaltungsentscheidung im Raume steht, stellt insbesondere pluralistische Gesellschaften vor die Herausforderung, die Verbindlichkeit rechtsförmig zustande gekommener Entscheidungen, gegen die Rechtsmittel nicht mehr eröffnet sind, im Einzelfall vor dem Hintergrund der Glaubens- und Gewissensfreiheit des Einzelnen im Forum des Strafverfahrens neu aushandeln

1914 BVerfG NJW 2003, 3111, 3112; NVwZ 2017, 549, 552; Böse, ZStW 2001, 40, 54.

1915 Vgl. nur Larsen, ZAR 2017, 121, 122 f.; Grefen, Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik, 2001, 267 f.

1916 Überzeugend Botta, ZAR 2017, 430, 439; Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 214. Ähnlich, unter Abstellen auf die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung, Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 92. EL 2020, Art. 4 Rn. 98; Enkert, ZAR 2021, 373, 375 f.; Larsen, ZAR 2017, 121, 123. Auf die unmittelbar nach § 95 AufenthG geschützten Rechtsgüter abstellend und einen Verfassungsrang daher verneinend Böse, ZStW 2001, 40, 56.

1917 Vgl. Botta, ZAR 2017, 430, 439.

1918 Vgl. insoweit überzeugend Botta, ZAR 2017, 430, 439; siehe ferner Buchholz, StraFo 2018, 506, 509; Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 92. EL 2020, Art. 4 Rn. 39 f.; sehr scharf und ohne Differenzierung von Münch, NJW 1995, 565, 566.

zu müssen.¹⁹¹⁹ Vor diesem Hintergrund ist dem Interesse an Rechtssicherheit und Rechtsdurchsetzung der Allgemeinheit im Ergebnis der Vorrang einzuräumen. Sofern teilweise argumentiert wird, dem Staat bleibe die Möglichkeit der Durchsetzung im Wege des Verwaltungszwangs,¹⁹²⁰ ist dies grundsätzlich zutreffend, führt aber gerade im Blick auf die hier erfolgte differenzierte Bewertung des Kirchenasyls nicht weiter. Für eine Rechtfertigung nach § 34 StGB kommen nach den vorausgegangenen Ausführungen nämlich von vornherein nur noch Konstellationen in Betracht, in denen der Asylbewerber dem staatlichen Zugriff aktiv entzogen wird, sei es durch Verbergen und Verstecken oder aktiven Widerstand gegen den Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen.

Aus diesem Grund scheiden auch eine Rechtfertigung oder Entschuldigung unmittelbar nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG aus.¹⁹²¹ Es ist gerade Verantwortung des Gesetzgebers, anhand abstrakter Maßstäbe und im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben einen Interessenausgleich zu suchen.¹⁹²² Außerhalb der gesetzlich normierten Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe kann ein unmittelbarer Rückgriff auf Grundrechte zur Rechtfertigung oder Entschuldigung – mit Ausnahme des insoweit speziellen Art. 16a Abs. 1 GG – nur in absoluten Ausnahmefällen anerkannt werden.¹⁹²³ Da § 35 StGB mangels Betroffenheit eines der dort abschließend aufgeführten Rechtsgüter nicht einschlägig ist und eine analoge Anwendung im Blick auf die bewusst restriktive Fassung nicht in Betracht kommt,¹⁹²⁴ bleibt für die vorliegend erörterten Fälle des „überobligatorischen“ Kirchenasyls nur die Möglichkeit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG im Rahmen der Strafzumessung angemessen zu berücksichtigen.¹⁹²⁵

1919 Weitergehend dagegen AG Kitzingen, Urt. v. 26.4.2021 – 1 Cs 882 Js 16548/20, BeckRS 2021, 8708, Rn. 44 ff.

1920 Vgl. Böse, ZStW 2001, 40, 60 f.

1921 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 226. Zur Diskussion um Art. 4 Abs. 1, 2 GG als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund m.w.N. Böse, ZStW 2001, 40 ff. Eine Übertragung von BVerfG NJW 1972, 327 ff. (Unterlassen der Einwirkung auf die Ehefrau, eine Krankenhausbehandlung und lebensrettende Bluttransfusionen anzunehmen), auf die hier noch relevanten Fälle des Kirchenasyls, die sich eben nicht auf die Gewährung von Obdach, Verpflegung und Fürsorge beschränken, spricht bereits, dass die Beteiligten hier aktiv die staatliche Durchsetzung bestands- und rechtskräftiger Entscheidungen zu verhindern suchen. Es geht also nicht um ein Unterlassen der Beendigung des Kirchenasyls oder andere in erster Linie karitative Verhaltensweisen. Damit liegt schon im Ausgangspunkt keine Vergleichbarkeit der Sachverhalte vor. Anders Buchholz, StraFo 2018, 506, 511.

1922 Vgl. in diesem Sinne Böse, ZStW 2001, 40, 42 f.; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 226.

1923 Vgl. Böse, ZStW 2001, 40, 67; NK-StGB/Paeffgen/Zabel, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32–35 Rn. 297 m.w.N. zum Streitstand; TK-StGB/Sternberg-Lieben, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 187 f. Zutreffend ist daher der Hinweis in BVerfG NJW 1972, 327, 329 f., dass der Glaubensfreiheit „bei der Auslegung und Anwendung“ des Strafrechts entsprechendes Rechnung zu tragen ist.

1924 Vgl. Böse, ZStW 2001, 40, 66; Buchholz, StraFo 2018, 506, 510; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 227 ff.; anders Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 218 f.

1925 BVerfG NJW 1968, 979, 981 („Wohllollensgebot“). In diesem Sinne auch BayObLG, Urt. v. 25.2.2022 – 201 StRR 95/21, BeckRS 2022, 3262, Rn. 43 ff., insoweit in NSTZ 2022, 486 nicht abgedruckt; OLG

Dies kann in einer strafprozessualen Perspektive eine Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO nahelegen.¹⁹²⁶

Die Gesamtschau der hier vertretenen Positionen führt zum Ergebnis, dass die meisten Fälle der Gewährung von Kirchenasyl aufgrund einer tatsächlichen Duldung der beteiligten Entscheidungsträger und dem daraus resultierenden Duldungsanspruch schon tatbestandlich keine Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt darstellen. In den übrigen Fällen – insbesondere bei der Gewährung verdeckten Kirchenasyls – bleibt es freilich bei einer Strafbarkeit nach §§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, 27 Abs. 1 StGB. Dieses Ergebnis ist angesichts der humanitär-karitativen Motivation der Beteiligten, denen es nicht in erster Linie um die Missachtung der staatlichen Rechtsordnung geht, sondern um den Schutz vulnerabler Personen, nicht gänzlich befriedigend. Dieser Situation kann aber nur der Gesetzgeber abhelfen.¹⁹²⁷

(2) Medizinische Akutversorgung

Die Gewährung medizinischer Akutversorgung ist im Blick auf die dadurch bewirkte Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums nicht nur normativ sozialadäquat, sondern im Blick auf eine drohende Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gemäß § 323c Abs. 1 StGB sogar rechtlich geboten. Eine Strafbarkeit scheidet daher nach den zuvor herausgearbeiteten Grundsätzen schon mangels Vorliegens des objektiven Tatbestands der Beihilfe aus – und zwar auch dann, wenn die Hilfeleistung im Rahmen speziell an papierlose Personen gerichteter Angebote erfolgt.¹⁹²⁸ Hinzu kommt, dass bei hinreichend akuter Behandlungsbedürftigkeit auch eine Rechtfertigung gemäß § 34 StGB aufgrund der bestehenden Notstandslage für die Gesundheit des Betroffenen eingreift.¹⁹²⁹

(3) Beschäftigung

Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung einer Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt, wenn eine papierlose Person in *Kenntnis* des Aufenthaltsstatus entgeltlich beschäftigt wird.¹⁹³⁰ Durch die Gewährung einer Einkommensquelle

Hamm, Beschl. v. 22.10.1992 – 2 Ss 977/92, BeckRS 2015, 4458; TK-StGB/*Sternberg-Lieben*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 187.

1926 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 231; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26.

1927 Für einen Vorschlag unten F. III.

1928 So auch unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 293. Anders offenbar *Lehmann*, ZAR 2008, 24, 25 f., der jedoch die Sozialadäquanz des Verhaltens nur oberflächlich berücksichtigt.

1929 Dazu *Lehmann*, ZAR 2008, 24, 26.

1930 Eingehend zur Teilnahme eines Arbeitgebers an der Haupttat des Ausländers *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 141 ff.

wird die Aufrechterhaltung des unerlaubten Aufenthalts objektiv gefördert;¹⁹³¹ auch insoweit ändert der feste Entschluss des Ausländers, im Bundesgebiet zu verbleiben, nichts an der Tauglichkeit der Beihilfehandlung.¹⁹³² Gegen die Annahme eines normativ sozialadäquaten Verhaltens sprechen im Fall der Beschäftigung papierloser Personen zusätzliche einfachgesetzliche Wertungen, wie die Strafvorschriften der §§ 10 bis 11 SchwarzArbG und die Bußgeldvorschriften des § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III sowie des § 98 Abs. 2a Nr. 1 AufenthG, welche die Beschäftigung oder Beauftragung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel unter Strafe stellen beziehungsweise mit Bußgeld bewehren.¹⁹³³ Damit wird das in § 4a Abs. 5 Satz 1 AufenthG statuierte Verbot, Ausländer ohne Aufenthaltstitel zu beschäftigen oder mit Dienst- oder Werkleistungen zu beauftragen, umfassend sanktionsbewehrt. Die deutsche Rechtsordnung bringt dadurch zum Ausdruck, dass entsprechendes Verhalten mit ihr nicht in Einklang zu bringen ist. Dies entspricht dem Ziel, den Arbeitsmarktzugang für Ausländer an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen¹⁹³⁴ und illegale Beschäftigung zu unterbinden, welches die gesetzgeberische Tätigkeit im Bereich des Migrationsverwaltungsrechts seit langem determiniert.¹⁹³⁵ Zugleich ist aber zu berücksichtigen, dass die Beschäftigung von papierlosen Personen für die Betroffenen notwendig ist, um ihren Lebensunterhalt überhaupt bestreiten zu können, ohne auf Almosen angewiesen zu sein, da ihnen der Zugang zu Sozialleistungen zwar nicht rechtlich, aber faktisch – aufgrund der Angst vor Entdeckung ihres unerlaubten Aufenthalts – verwehrt bleibt. Insoweit könnte die Beschäftigung eines Papierlosen aus humanitären Gründen unter denselben Voraussetzungen straffrei bleiben wie andere Fälle humanitärer Unterstützung.¹⁹³⁶ Gegen eine derartige Ausdehnung des Kriteriums der normativen Sozialadäquanz spricht allerdings, dass die illegale Beschäftigung hinsichtlich ihrer sozialschädlichen Auswirkungen weit über die bloße Unterstützung eines Betroffenen bei der Aufrechterhaltung des papierlosen Aufenthalts hinausgeht. Die bei Beschäftigung papierloser Personen regelmäßig vorenthaltenen Sozialabga-

1931 OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2005, 184, 186; BayObLG, Beschl. v. 20.12.2004 – 4 St RR 184/04, BeckRS 2005, 2420; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 22.6.1992 – 1 Ss 234/91, BeckRS 2014, 258; LG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 23.1.2008 – 7 Ns 630 Js 23306/06 – AK 165/07, Rn. 23 ff. (juris); König, NJW 2002, 1623 1624; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 107: „maßgeblich gefördert“, Rn. 148 f.; differenzierend dagegen GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 14 f. m.w.N.; zurückhaltend OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 4.3.2003 – 1 Ss 42/02, BeckRS 2003, 17941.

1932 Siehe dazu oben E. II. 5. b) bb) (1) (a); anders offenbar GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 35.

1933 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 201; König, NJW 2002, 1623, 1625.

1934 Vgl. auch § 1 Abs. 1 Satz 2 AufenthG („unter Berücksichtigung der [...] arbeitsmarktpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland“).

1935 Vgl. dazu oben A. III.; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 105.

1936 In diesem Sinne Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 211; im Ansatz lässt auch Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 107, den Gedanken humanitärer Unterstützung gelten, weist aber zutreffend darauf hin, dass eine solche im Falle der Beschäftigung eher fernliegend sei.

ben, die fehlende Absicherung des papierlosen Arbeit- oder Auftragnehmers und die Vernichtung oder Nichtschaffung sozialversicherungspflichtiger Arbeitsplätze sprechen sämtlich gegen die Einschränkung der Strafbarkeit.¹⁹³⁷ Wer einen Papierlosen humanitär motiviert finanziell unterstützen möchte, muss dies daher im Rahmen von Geldspenden oder anderen Zuwendungen tun, die, wenn sie sich im Rahmen dessen halten, was zur Bestreitung eines menschenwürdigen Lebens notwendig ist, ihrerseits normativ sozialadäquat sind. Insoweit besteht auch ein Unterschied zur Vermietung von Wohnraum, dessen Überlassung nicht zugleich Allgemeininteressen (über das Interesse an der Ausreise des ausreisepflichtigen Ausländers hinaus) berührt. Der „humanitären“ Motivation des nicht ausbeuterisch agierenden Arbeit- oder Auftraggebers kann und muss aber im Rahmen der Strafzumessung Rechnung getragen werden.

Gegen eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt spricht es auch nicht, dass § 404 Abs. 3 Nr. 3 SGB III und § 98 Abs. 2a Nr. 1 AufenthG als Bußgeldtatbestände ausgestaltet sind,¹⁹³⁸ weil diese Vorschriften keine privilegierende Regelung zu Gunsten entsprechender Arbeitgeber oder Auftraggeber darstellen.¹⁹³⁹ Dies folgt schon daraus, dass sie jeweils auch fahrlässiges Verhalten und zudem bereits die Beschäftigung eines Ausländers ohne Aufenthaltstitel (§ 4a Abs. 5 Satz 1 AufenthG) – also auch geduldeter Personen ohne Erlaubnis nach § 4a Abs. 4 AufenthG – umfassen, ohne dass zugleich die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vorliegen müssen. Zudem liegt ihnen ein von § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG abweichender, auf den Schutz des Arbeitsmarktes abzielender Schutzzweck zugrunde.¹⁹⁴⁰ Dementsprechend bilden die Bußgeldvorschriften keine privilegierenden *leges speciales*, die gegenüber §§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, 27 Abs. 1 StGB Sperrwirkung entfalten könnten.

Zu berücksichtigen ist, dass bei Vorliegen eines Schleusermerkmals auch eine Strafbarkeit von Arbeitgebern nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 2 oder Abs. 1a AufenthG in Betracht kommt, sodass die Beschäftigung von papierlosen Personen ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko birgt.¹⁹⁴¹ Dabei führt auch die Beschäftigung eines Positivstaaters, der durch Aufnahme der Erwerbstätigkeit aufenthaltstitel-

1937 Im Ausgangspunkt ähnlich *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 201.

1938 Zu dieser Überlegung im Kontext der Strafbarkeit des Ausländers *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 156.

1939 So auch *König*, NJW 2002, 1623, 1625.

1940 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 157.

1941 Vgl. dazu auch Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 44; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 4, 15 f.; zur Frage des Vermögensvorteils bei Ersparnis von Steuern und Sozialabgaben unten E. V. I. b) aa) (1) (c) (i). Zurückhaltend dagegen GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 35 f.

und vollziehbar ausreisepflichtig wird, zu einer Strafbarkeit wegen Beihilfe, wenn dem Arbeitgeber die aufenthaltsrechtliche Situation bekannt ist.¹⁹⁴²

c) Zwischenergebnis

Die strafrechtliche Beurteilung der Unterstützung von unerlaubt einreisenden oder vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländern wirft zahlreiche Rechtsfragen auf. Die vorangegangenen Ausführungen haben verdeutlicht, dass bei gründlicher Prüfung des Vorliegens einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat zahlreiche Fälle vermeintlicher Beihilfe bereits tatbestandlos sind. Im Übrigen muss das Kriterium der normativen Sozialadäquanz insbesondere bei humanitär beziehungsweise altruistisch motivierter Unterstützung im Blick behalten werden. Bei konsequenter Anwendung der zuvor herausgearbeiteten Grundsätze lassen sich die meisten Fallgruppen adäquat und unter Berücksichtigung des Übermaßverbots lösen.

III. Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen

Die zweite Deliktgruppe des Migrationsstrafrechts betrifft nach der in Teil B. der Untersuchung getroffenen Einteilung Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen. Derartige Vorschriften finden sich sowohl im Aufenthaltsgesetz (§ 95 Abs. 1 Nr. 4 bis 7 AufenthG) als auch im Asylgesetz (§ 85 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AsylG). Gemeinsam ist diesen Vorschriften, dass sie die Missachtung einer im Gesetz oder in einer Verfügung statuierten Handlungs- oder Duldungspflicht oder eines Verbots mit Strafe bewehren. Das Spektrum der Handlungs- und Duldungspflichten sowie Verbote ist dabei breit gefächert und reicht von solchen, die der Abwehr erheblicher Gefahren für die innere Sicherheit dienen,¹⁹⁴³ bis zu Verstößen gegen räumliche Beschränkungen (also die sogenannte Residenzpflicht) durch Asylbewerber.¹⁹⁴⁴

1. Die Strafvorschriften im Einzelnen

Die relevanten Strafvorschriften verteilen sich auf das Aufenthaltsgesetz und das Asylgesetz. Diese weisen in ihrer Struktur Parallelen auf. Gleichwohl werden sie jeweils separat erörtert, um den jeweiligen Regelungszusammenhang zu verdeutlichen.

1942 BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. 11; vgl. *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 150.

1943 Siehe § 95 Abs. 1 Nr. 6a bis 6c AufenthG.

1944 Siehe § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG.

a) Die Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes

aa) § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG stellt die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 oder § 47 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 AufenthG unter Strafe und enthält damit im Grunde zwei unterschiedliche Tatbestände. Gemäß § 11 Abs. 1 FreizügG/EU findet der Tatbestand, soweit § 46 Abs. 2 AufenthG in Bezug genommen wird,¹⁹⁴⁵ auch auf freizügigkeitsberechtigten EU-Ausländer und ihre Familienangehörigen Anwendung.

(1) Ausreiseuntersagung

§ 95 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 AufenthG erfasst die Zuwiderhandlung gegen ein Ausreiseverbot. Voraussetzung einer Strafbarkeit ist zunächst das Bestehen eines wirksamen und vollziehbaren Ausreiseverbots nach § 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 AufenthG, von dem der Betroffene auch Kenntnis haben muss. Verwaltungsrechtliche Mängel der Verfügung, die ihre Wirksamkeit nicht berühren, lassen die Strafbarkeit nach den in Teil D. entwickelten Grundsätzen zur Verwaltungsakzessorietät unberührt.¹⁹⁴⁶

§ 46 Abs. 2 Satz 1 AufenthG erlaubt es der Ausländerbehörde, einem Ausländer die Ausreise in entsprechender Anwendung des § 10 Abs. 1 und 2 PassG zu untersagen. § 46 Abs. 2 Satz 2 AufenthG betrifft Ausreiseverbote, die angeordnet werden, wenn der Ausländer in einen anderen Staat einreisen will, ohne im Besitz der dafür erforderlichen Dokumente und Erlaubnisse zu sein. Da der Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG eine Zuwiderhandlung gegen eine Anordnung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 AufenthG voraussetzt und diese Vorschrift wiederum die Untersagung der *Ausreise* zum Gegenstand hat, setzt die Verwirklichung des Tatbestandes eine *vollendete* Ausreise unter Missachtung des Verbots voraus. Bis zum Überschreiten

¹⁹⁴⁵ § 11 Abs. 1 FreizügG/EU erklärt § 46 Abs. 2 AufenthG und § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG für entsprechend anwendbar. Eine entsprechende Anordnung fehlt bezüglich § 47 AufenthG. Diese wäre mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 18 Abs. 1 AEUV) auch nicht zu vereinbaren, da sich EU-Ausländer insoweit auf den gesamten Grundrechtekatalog berufen können. Soweit dieser Deutschengrundrechte enthält, wird teilweise eine unmittelbare Anwendbarkeit durch unionsrechtskonforme Auslegung, teilweise eine mittelbare Anwendung unter Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG unter Rückgriff auf die jeweiligen Schrankenbestimmungen der Deutschengrundrechte befürwortet. Denkbar wäre auch, unter Rückgriff auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts die Beschränkung der entsprechenden Verfassungsbestimmungen „auf Deutsche“ nicht anzuwenden. Jedenfalls aber gelten die Gewährleistungen auch für Unionsbürger, sodass die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) ebenso wie bei Deutschen einer Kriminalisierung entgegensteht. Zum Ganzen BVerfG NJW 2016, 1436 f.; Dreier, DÖV 2024, 413, 421; Meyer, JA 2023, 655, 657.

¹⁹⁴⁶ Oben D. I. 1.

der Staatsgrenze liegt dagegen nur ein strafloser (§ 95 Abs. 3 AufenthG erstreckt sich nicht auf § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG) Versuch vor.¹⁹⁴⁷

Die vom Oberlandesgericht München vertretene Auffassung, wonach der Straftatbestand ein Tätigkeitsdelikt darstelle und bereits dann vollendet sei, wenn der Ausländer alles für die Ausreise Erforderliche getan hat, sodass der Grenzübertritt unmittelbar bevorstehe,¹⁹⁴⁸ ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht in Einklang zu bringen. Die Zuwiderhandlung gegen ein Ausreiseverbot ist nur in Form der Vornahme der durch die Verfügung untersagten Handlung – namentlich der Ausreise – denkbar. Die Ausreise ist allerdings, wie die Einreise, keine Dauertätigkeit, sondern meint das punktuelle Überschreiten der Staatsgrenze.¹⁹⁴⁹ Dies verdeutlicht § 13 Abs. 1 AufenthG, der die Einreise- und Ausreise nur an den zugelassenen Grenzübergangsstellen zulässt, wobei § 13 Abs. 2 AufenthG lediglich für die Einreise weitere Konkretisierungen sowie die Fiktion der Nichteinreise vorsieht. Handlungen im Vorfeld der Überschreitung der Staatsgrenze stellen daher vorbereitende Tätigkeiten dar, ohne dass in ihnen bereits eine „Zuwiderhandlung“ gegen das Ausreiseverbot gesehen werden könnte. Dies überzeugte nur, wenn das nach § 46 Abs. 2 AufenthG erlassene Verbot auch Vorbereitungen zur Ausreise erfasste, was der Vorschrift jedoch nicht zu entnehmen ist.

Aus dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG („zuwider handelt“) lässt sich entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts München für die Deliktscharakterisierung nichts gewinnen. Diese Formulierung ist der Verwaltungsakzessorietät des Straftatbestandes geschuldet, der den *Verstoß* – die aktive *Zuwiderhandlung* – gegen das in der Verfügung enthaltene Verbot unter Strafe stellt. § 95 Abs. 1 AufenthG bedient sich zur Konturierung des tatbestandsmäßigen Verhaltens dabei entweder der Formulierung „entgegen [...] nicht [...]“, auf die zurückgegriffen wird, wenn das Gesetz eine Handlungs- oder Duldungspflicht statuiert, der nicht nachgekommen wird, oder der Formulierung „einer [...] zuwiderhandelt“, mit der Verstöße gegen entweder im Gesetz oder in Einzelverfügungen statuierte Verbote tatbestandlich umschrieben werden. Daraus zu folgern, der Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG spreche für die Einordnung als Tätigkeitsdelikt, blendete die Gesetzessystematik aus. Auch die weitere Argumentation des Oberlandesgerichts München, die § 95 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 46 Abs. 2 AufenthG mit § 24 Abs. 1 PassG kontrastiert und nur in letzterem aufgrund der dort enthaltenen Bezugnahme auf die Ausreise „über eine Auslandsgrenze“ ein Erfolgsdelikt erkennt, übersieht, dass die abweichende Tatbestandsfassung in § 24 Abs. 1 PassG der unterschiedlichen gesetzlichen Systemat-

1947 Siehe BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 87; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 61; Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 122.

1948 OLG München NStZ 2015, 406, 407.

1949 Zum Begriff der Einreise oben E. II. 1. a) cc).

tik von Aufenthalts- und Passgesetz sowie dem Umstand geschuldet ist, dass das Passgesetz keine dem § 46 Abs. 2 AufenthG entsprechende Ermächtigungsgrundlage zur Verhängung eines umfassenden Ausreiseverbots enthält. Vielmehr sieht das Passgesetz lediglich die Versagung oder Entziehung des Passes oder eine Beschränkung seines Geltungsbereichs sowie die grenzpolizeiliche Untersagung der Ausreise vor,¹⁹⁵⁰ während § 24 Abs. 1 PassG unter Strafe stellt, wenn ein Deutscher dennoch über eine Auslandsgrenze ausreist. Schon dieser divergierende Regelungskontext stünde einer analogen Ausgestaltung von § 24 PassG und § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG entgegen, weshalb sich aus der abweichenden Tatbestandsfassung nichts für den Deliktsscharakter des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG ableiten lässt.

(2) Untersagung politischer Betätigung

§ 47 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AufenthG regeln die Beschränkung oder die Untersagung politischer Betätigung durch Verwaltungsakt. Die Gesetzesformulierung („Die politische Betätigung eines Ausländers kann beschränkt oder untersagt werden, soweit sie [...]“) bringt dabei zum Ausdruck, dass ein Totalverbot schon aufgrund des grundrechtlichen Schutzes der politischen Betätigung auch von Ausländern mindestens nach Art. 2 Abs. 1 GG¹⁹⁵¹ nicht zulässig wäre.¹⁹⁵² In der Verbotsverfügung muss daher – und im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG auch konkret – angegeben werden, „welche politische Betätigung (Zielsetzung, Mittel, Erscheinungsform) in welcher Weise beschränkt oder untersagt wird.“¹⁹⁵³ Tatbestandsmäßig im Sinne des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG ist dann die Aufnahme einer entsprechenden Betätigung entgegen einer vollziehbaren Verfügung, wobei das Merkmal „Betätigung“ für einen Dauerdeliktsscharakter des Tatbestandes spricht. Die Tatbestandsverwirklichung hält daher so lange an, wie die konkret untersagte politische Betätigung ausgeübt wird; vollendet ist sie mit der Aufnahme eben dieser.

bb) § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG erfasst den Verstoß gegen die in § 49 Abs. 2 AufenthG statuierte Pflicht von Ausländern, gegenüber den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden auf Verlangen die erforderlichen Angaben zu ihrem Alter, ihrer Identität und Staatsangehörigkeit zu machen, wobei sowohl die vollständige Verweigerung einer Angabe als auch unrichtige oder unvollständige Angaben unter

1950 Vgl. §§ 7, 8 und 10 PassG.

1951 Vgl. *Samel*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 47 AufenthG Rn. 2.

1952 47.0.2 AVV AufenthG; Schiedermaier/Wollenschläger, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 129. Siehe bereits oben C. I. 2. f).

1953 47.0.2 AVV AufenthG; vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 120, 122; Schiedermaier/Wollenschläger, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 132.

Strafe stehen. Erforderlich ist dabei zunächst, dass die zuständige¹⁹⁵⁴ Behörde (§ 71 AufenthG) vom Betroffenen eine Angabe zu seinem Alter, seiner Identität oder zu seiner Staatsangehörigkeit verlangt.¹⁹⁵⁵ Da § 49 Abs. 2 AufenthG nur Angaben „gegenüber den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden“ erfasst und in § 85 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 AsylG spezielle Regelungen für Falschangaben im Asylverfahren vorgesehen sind, ist § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG auf Angaben eines Asylbewerbers im Asylverfahren nicht anwendbar.¹⁹⁵⁶ Gegenüber § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ist § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG formell subsidiär.

Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht in der vollständigen Verweigerung einer solchen Angabe, in wahrheitswidrigen Angaben zu Alter, Identität oder Staatsangehörigkeit oder in unvollständigen Angaben. Eine Verwirklichung des Tatbestandes ist also sowohl durch aktives Tun (Falschangaben) als auch durch Unterlassen (Verweigerung von Angaben oder unvollständige Angaben) möglich.¹⁹⁵⁷

Bei fortgesetzter Verweigerung einer Mitwirkung nach einer rechtskräftigen Verurteilung darf eine erneute Strafverfolgung nur aufgrund eines neuen Tatentschlusses erfolgen; dem Strafurteil kommt Zäsurwirkung nur insoweit zu, als es den Zeitpunkt markiert, ab dem überhaupt von einem qualitativ neuen Tatentschluss ausgegangen werden kann. Dieser ist Voraussetzung dafür, dass eine neuerliche Verurteilung ohne Verstoß gegen das Schuldprinzip erfolgen kann; andernfalls könnte der Staat bei Unterlassungsdelikten mit Dauercharakter durch bloße strafjustizielle Intervention selbst die Voraussetzungen für eine erneute Verurteilung schaffen.¹⁹⁵⁸

Hinsichtlich der Unvollständigkeit der Angaben kommen vor allem die Nichtangabe einzelner Informationen zur Identität des Betroffenen in Betracht. Hierzu zählen nach 49.2.4 AVV AufenthG Name, Vornamen, Geburtsname, Geburtsdatum, Geburtsort und Wohnort. Dass insbesondere Geburts- und Wohnort zur Identifizierung notwendig sein können, erschließt sich vor dem Hintergrund, dass insbesonde-

1954 Erforderlich ist insoweit, dass die Behörde im Einzelfall im Rahmen ihrer Zuständigkeit ausländerbehördlich tätig wird, vgl. 49.2.1 f. AVV AufenthG.

1955 Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 89; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 96; *Kolber*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 49 AufenthG Rn. 4. Unterbleibt eine nach § 82 Abs. 3 Satz 1 AufenthG gebotene Belehrung über die Pflichten nach § 49 Abs. 2 AufenthG wird ein Verbotsirrtum des Betroffenen nahe liegen, vgl. Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 146.

1956 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 67, der von einer Sperrwirkung ausgeht; zur alten Rechtslage, bei der mangels Strafbarkeit falscher oder unvollständiger Angaben im Asylverfahren Strafflosigkeit anzunehmen war, auch KG NSZ-RR 2010, 218, 219.

1957 Vgl. GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 141: „überwiegend ein Unterlassen“.

1958 BVerfG, Beschl. v. 23.9.2014 – 2 BvR 2545/12, BeckRS 2014, 57454, Rn. 11 ff. Dazu auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.10.2012 – 2 RVs 140/12, BeckRS 2012, 210657, Rn. 4, das jedoch meint, die Verwaltungspraxis, betroffene Ausländer in regelmäßigen Abständen erneut zur Mitwirkung aufzufordern, sei nicht zu beanstanden, weshalb bei jeder neuerlichen Verweigerung der Mitwirkung auch eine Tatbestandsverwirklichung angenommen werden könne.

re bei Namensgleichheit die bloße Angabe von Vor- und Nachnamen sowie – möglicherweise nicht tagesgenau bekanntem – Geburtsdatum¹⁹⁵⁹ nicht ausreicht, um den Betroffenen eindeutig zu identifizieren. Daneben kann aber auch das Verschweigen einer weiteren Staatsangehörigkeit eine unvollständige Angabe darstellen.¹⁹⁶⁰ Dabei muss die Behörde dem Betroffenen die geforderten Angaben präzise benennen, darf sich also nicht auf die Oberbegriffe (Alter, Identität, Staatsangehörigkeit) beschränken, weil dann der Umfang der (strafbewehrten) Pflicht zur Angabe nicht hinreichend bestimmt wäre. Verlangt die Behörde über die von den Oberbegriffen gedeckten Angaben hinausgehende weitere Angaben, ist deren Verweigerung oder unvollständige oder unrichtige Mitteilung nicht strafbewehrt. So ist insbesondere die Angabe des Familienstandes, einer möglichen Elternschaft oder weiterer persönlicher Daten nicht vom Begriff „Identität“ umfasst.¹⁹⁶¹ Dies ergibt sich auch aus einem Vergleich mit § 4 Abs. 1 PassG, in welchem als Angaben über die Person, die in den Pass einzutragen sind, Personenstandsangaben nicht enthalten sind.¹⁹⁶²

Von § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG nicht erfasst ist die gleichfalls in § 49 Abs. 2 AufenthG statuierte Pflicht eines Ausländers, „die von der Vertretung des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder vermutlich besitzt, geforderten und mit dem deutschen Recht in Einklang stehenden Erklärungen im Rahmen der Beschaffung von Heimreisedokumenten abzugeben“. Nach dem Wortlaut bezieht sich § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG nämlich nur auf „Angaben“ nach § 49 Abs. 2 AufenthG und nicht auf „Erklärungen“. Da § 49 Abs. 2 AufenthG insoweit klar zwischen „Angaben“ zu Alter, Identität und Staatsangehörigkeit gegenüber deutschen Behörden und „Erklärungen“ gegenüber ausländischen Vertretungen differenziert, verstieße eine Erstreckung des Tatbestandes gegen das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG.¹⁹⁶³

Teilweise wird vertreten, dass eine Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG im Blick auf die nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG geschützte Selbstbelastungs-

1959 Etwa, weil in bestimmten Kulturkreisen exakte Geburtsdaten keine besondere Bedeutung haben, dazu exemplarisch der Sachverhalt in BGH NJW 2019, 933.

1960 Nach 49.2.4 AVV AufenthG erstreckt sich die Pflicht zur Angabe der Staatsangehörigkeit auf sämtliche gegenwärtige Staatsangehörigkeiten, sofern die Angabe sämtlicher Staatsangehörigkeiten ausdrücklich verlangt wird.

1961 Für die Eheschließung siehe OLG Hamm NSZ-RR 2008, 154, 155; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 89; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 67; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 141; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 140. Anders *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 30.

1962 Zum demgegenüber abweichenden Schutzzweck des § 111 Abs. 1 OWiG, der Angaben zum Personenstand umfasst, vgl. OLG Hamm NSZ-RR 2008, 154, 155.

1963 OLG Celle, Urt. v. 14.2.2007 – 21 Ss 84/06, BeckRS 2007, 3736; OLG Koblenz, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 Ss 126/08, BeckRS 2010, 1265; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 66; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 99; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 136; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 136.

und Aussagefreiheit¹⁹⁶⁴ in verfassungskonformer „Auslegung“; die in Wahrheit eine verfassungskonforme Tatbestandsreduktion darstellt,¹⁹⁶⁵ ausscheiden soll, wenn sich der Betroffene durch die Angaben selbst einer Straftat bezichtigte.¹⁹⁶⁶ Eine solche Selbstbezichtigung kann dadurch erfolgen, dass der Betroffene durch entsprechende Angaben daran mitwirkt, sich zu identifizieren und damit eine mögliche Tatbeteiligung zu offenbaren. Angaben über die eigene Staatsangehörigkeit können für Einreise- und Aufenthaltsdelikte bedeutsam sein.¹⁹⁶⁷ Vorstellbar ist es aber auch, dass durch wahrheitsgemäße Angaben zu Alter, Identität und Staatsangehörigkeit aufgedeckt wird, dass der Betroffene zu einem früheren Zeitpunkt zur Erlangung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht hat,¹⁹⁶⁸ unerlaubt eingereist ist, sich unerlaubt aufhält oder im Rahmen eines Asylverfahrens unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht oder benutzt und sich dadurch strafbar gemacht hat.¹⁹⁶⁹

Der aus der Strafdrohung des § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG resultierende Zwang, durch (nunmehr) richtige und vollständige Angaben potenziell *mittelbar* zu offenbaren, dass zu einem früheren Zeitpunkt unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht worden sind oder dass eine unerlaubte Einreise oder ein unerlaubter Aufenthalt vorgelegen haben, stellt einen Eingriff in die Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit dar.¹⁹⁷⁰ Diese schützt den Einzelnen davor, sich selbst einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu bezichtigen, damit zum Mittel gegen sich selbst zu werden und an der eigenen strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung mitwirken zu müssen.¹⁹⁷¹ Sie greift nicht nur im Rahmen eines gegen die Person geführten Strafverfahrens, sondern grundsätzlich gegenüber sämtlichen staatlich sanktionierten Mitwirkungs- und Auskunftspflichten.¹⁹⁷² Dem Schutzbereich unterfallen dabei nicht nur der direkte Zwang zur Selbstbezichtigung, sondern auch indirekt wirkender Druck, etwa durch Verwertung des Schweigens eines Beschuldigten zu dessen Lasten.¹⁹⁷³ Deshalb ist auch der tatsächliche oder rechtliche Zwang zu Angaben, die nur mittelbar

1964 BVerfG NJW 1975, 103; NJW 1981, 1087 f.; 1981, 1431 f.; 2013, 1058, 1061; JZ 2016, 1113, 1114; dazu m.w.N. auch *Epik*, ZStW 2019, 131, 133 ff.

1965 Das LG Berlin, Urt. v. 17.2.2015 – (572) 252 Js 3536–13 (139/14), BeckRS 2015, 15201, spricht insoweit sowohl von einer verfassungskonform einschränkenden Auslegung als auch einer verfassungskonformen Reduzierung der Tatbestände.

1966 LG Berlin, Urt. v. 17.2.2015 – (572) 252 Js 3536–13 (139/14), BeckRS 2015, 15201.

1967 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 138.

1968 Siehe § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, dazu unten E. IV. 1. a); für eine solche Konstellation vgl. OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, wobei der Senat einen Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit verneint.

1969 Siehe § 85 Abs. 2 AsylG, dazu unten E. IV. 2. Zur Problematik auch GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 158.

1970 So wohl auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 139. Anders OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, Rn. 24 ff.

1971 BVerfG NJW 1975, 103; 1981, 1431; vgl. *Epik*, ZStW 2019, 131, 133 f. m.w.N.

1972 BVerfG NJW 1981, 1087 f.; 1981, 1431 f.

1973 BVerfG JZ 2016, 1113, 1115 f.

dazu beitragen, den Betroffenen einer Straftat zu überführen, von der Selbstbelastungsfreiheit umfasst.¹⁹⁷⁴ Die Selbstbelastungsfreiheit wird allerdings nicht absolut geschützt. Außerhalb des unmittelbar zur Menschenwürde gehörenden Kerngehalts der Selbstbelastungsfreiheit, welchen das Bundesverfassungsgericht durch unmittelbar wirkenden Zwang zur Selbstbelastung im Strafverfahren berührt sieht,¹⁹⁷⁵ ist die Selbstbelastungsfreiheit einer Abwägung zugänglich.¹⁹⁷⁶ Dabei sind die jeweils betroffenen Interessen an den Angaben des Betroffenen seinen schutzwürdigen Interessen gegenüberzustellen. Da der Gesetzgeber im Blick auf § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG keine Regelung zur Auflösung der Interessenkollision getroffen hat,¹⁹⁷⁷ muss ihr im Rahmen der Rechtsanwendung Rechnung getragen werden. Zu bedenken ist dabei allerdings, dass eine verfassungskonforme Reduktion eines Straftatbestandes schon im Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3 GG) und das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts (Art. 100 Abs. 1 GG) nicht vorschnell erfolgen darf, wenn die aufgeworfene Konfliktlage in einer Weise aufgelöst werden kann, welche dem gesetzgeberischen Willen in größerem Umfang Rechnung trägt.¹⁹⁷⁸ Nur wenn sich der Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit auch unter Berücksichtigung möglicher Kompensationsmechanismen als unverhältnismäßig darstellt, ist § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG verfassungskonform zu reduzieren.

Im Rahmen der Abwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich der Gesetzgeber zur Strafbewehrung unterlassener, unrichtiger oder unvollständiger Angaben nach § 49 Abs. 2 AufenthG entschlossen hat, um die Mitwirkung des Betroffenen zu sichern und die für die Überprüfung, Feststellung und Sicherung der Identität erforderlichen Informationen zu erhalten. Auf Grundlage des herrschenden mehrstufigen Schutzgutkonzepts ist ein Interesse des Staates, im Rahmen des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens die Identität eines Ausländers festzustellen, legitimer Anknüpfungspunkt einer Strafbewehrung. Neben der Gewährleistung innerer Sicherheit ist die Identitätskenntnis auch zur Durchsetzung einer möglicherweise bestehenden oder eintretenden Ausreisepflicht erforderlich.¹⁹⁷⁹ Zugleich ist zu berücksichtigen, dass der nach § 49 Abs. 2 AufenthG Auskunftspflichtete nicht dazu gezwungen wird, sich unmittelbar einer konkreten Straftat zu bezichtigen; die Selbstbelastung erfolgt vielmehr mittelbar. Auch ist der Betroffene nicht in derselben Lage wie ein Beschul-

1974 BVerfG NJW 2013, 1058, 1067 zur Verständigung im Strafverfahren.

1975 BVerfG NJW 1981, 1431, 1432; JZ 2016, 1113, 1115.

1976 BVerfG NJW 1981, 1431, 1432; vgl. *Epik*, ZStW 2019, 131, 138 m.w.N.

1977 Derartige Regelungen finden sich etwa in § 39 Abs. 1 Satz 2 WaffG, § 393 Abs. 1 Satz 2 AO und inzwischen auch in § 73b Abs. 5a AufenthG.

1978 Zu den Grenzen der verfassungskonformen Auslegung, die die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahren und das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen dürfe, siehe BVerfGE 110, 226, 267; allgemein, ohne Strafrechtsbezug, auch BVerfG NVwZ 2015, 510, 515; ähnlich schon BVerfG NVwZ 2007, 1396, 1397. In diese Richtung hinsichtlich der Auslegung des § 242 StGB in Fällen des sogenannten „Containers“ auch BVerfG NJW 2020, 2953, 2955.

1979 BT-Drs. 15/420, S. 98.

digter im Strafverfahren, der durch einen Zwang zur Selbstbelastung *unmittelbar* an seiner eigenen Verurteilung mitwirken müsste; eine solche Wirkung lässt sich, im Gegenteil, durch die Annahme eines strafprozessualen Verwertungsverbots hinsichtlich der Angaben im aufenthaltsrechtlichen Verfahren sicher ausschließen.¹⁹⁸⁰

Vor diesem Hintergrund erscheint es vorzugswürdig, der durch die Strafbewehrung eintretenden Zwangslage dadurch Rechnung zu tragen, dass die Angaben im Verwaltungsverfahren einem Verwertungsverbot in einem möglichen Strafprozess unterworfen werden, die Strafbewehrung des § 49 Abs. 2 AufenthG aber nicht entfällt.¹⁹⁸¹ Dieser Mechanismus ist seit der Gemeinschuldner-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch in anderen Bereichen, in denen die Rechtsordnung dem Normadressaten zum Schutz von Interessen Dritter ein selbstbelastendes Verhalten abverlangt, anerkannt.¹⁹⁸² Zwar besteht ein wesentlicher Unterschied zur Gemeinschuldner-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darin, dass § 49 Abs. 2 AufenthG nicht die Interessen privater Dritter schützt, sondern ein staatliches Interesse. Allerdings wird angesichts des Gemeininteresses an der Kenntnis der Identität eines im Inland aufhaltigen Ausländers auch in diesen Fällen die Abwägung der betroffenen Interessen zugunsten des staatlichen Interesses aufgelöst und den Interessen des Betroffenen strafverfahrensrechtlich Rechnung getragen werden müssen.

Das Landgericht Berlin hat demgegenüber ein prozessuales Verwertungsverbot nicht für ausreichend gehalten, da Fallgestaltungen denkbar seien, „in denen der Inhalt der Angaben des Ausländers auch ohne deren Verwertung in der Hauptverhandlung aufzuklären wäre[n], etwa wenn sich das Gericht die Überzeugung verschaffen kann, der Ausländer müsse in einer bestimmten Weise Angaben gemacht haben, da die Behörde angesichts der üblichen Praxis sonst eine getroffene aufenthaltsrechtliche Entscheidung nicht getroffen haben würde. Mit diesen Erwägungen könnte das Gericht zu einer Verurteilung gelangen, ohne die Angaben als solche zu verwerten, und ein (bloßes) Verwertungsverbot würde leerlaufen.“¹⁹⁸³ Diesem Einwand lässt sich allerdings begegnen, indem das Verwertungsverbot sowohl auf die Angaben selbst als auch den Umstand, dass derartige Angaben überhaupt gemacht wurden, erstreckt wird.

1980 Dazu grundlegend BVerfG NJW 1981, 1431, 1433.

1981 Wie hier GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 159 m.w.N.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 138. Nach GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 140, soll mangels gesetzlicher Normierung eines Verwertungsverbots auch eine Tatbestandslosigkeit mangels Zumutbarkeit der Tätigkeit entsprechender Angaben in Betracht kommen, da es sich bei § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG überwiegend um ein echtes Unterlassungsdelikt handle. Überzeugender dürfte es sein, ein verfassungsrechtlich abgeleitetes Verwertungsverbot anzunehmen, das insoweit auch einer Abwägung nicht zugänglich ist, im Gegenzug aber die Zumutbarkeit entsprechender Angaben zu bejahen. *De lege ferenda* sollte der Gesetzgeber freilich klarstellend tätig werden.

1982 Grundlegend BVerfG NJW 1981, 1431 ff.; vgl. dazu auch MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 67; ferner GK-AufenthG/*Bernhöft*, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 116.

1983 LG Berlin, Urt. v. 17.2.2015 – (572) 252 Js 3536–13 (139/14), BeckRS 2015, 15201.

Ebenfalls nicht überzeugend ist die diametral gegenläufige Position des Oberlandesgerichts Celle, das bereits eine Betroffenheit der Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit verneint.¹⁹⁸⁴ In einem Fall, in dem ein Ausländer wiederholt falsche Angaben bei der Beantragung der Verlängerung seiner Duldung gemacht hatte, bis er schließlich anlässlich eines erneuten Verlängerungsantrags seiner Pflicht nach § 49 Abs. 2 AufenthG nachgekommen war und seine richtige Identität offenbart hatte, hat das Oberlandesgericht wegen der Falschangaben eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG angenommen. Dabei hat es jedoch nicht nur die vorangegangenen unrichtigen Angaben zulasten des Angeklagten verwertet, sondern – insoweit mit der Selbstbelastungsfreiheit unvereinbar – auch bezüglich der *zutreffenden* letzten Angabe kein Beweisverwertungsverbot angenommen. Der Senat argumentiert, dass der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit allenfalls ein Schweigen beziehungsweise Passivität des Auskunftspflichtigen schütze, nicht aber zur Begehung neuen Unrechts berechtiige.¹⁹⁸⁵ Selbst wenn dieser Auffassung uneingeschränkt zuzustimmen wäre, trüge die Argumentation allenfalls die Begründung einer Strafbarkeit wegen der früheren unrichtigen Angaben. Auf diese bezieht sich der Senat in seinen Ausführungen auch zunächst. Sodann greift das Oberlandesgericht aber auf eben diese Argumentation zurück, um seine ablehnende Haltung gegenüber einem Beweisverwertungsverbot bezüglich der zuletzt getätigten zutreffenden Angaben zu begründen.¹⁹⁸⁶ Damit verkennt der Senat schon im Ausgangspunkt, dass es nicht darum geht, die aktiven Falschangaben straffrei zu stellen, sondern die zutreffende Angabe, mit der der Betroffene sich überhaupt erst dem Strafverfahren wegen der vorangegangenen unrichtigen Angaben ausgesetzt hat, einem Beweisverwertungsverbot zu unterwerfen. Da § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG auch das Nicht-Machen einer Angabe unter Strafe stellt, bewirkt § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG eine *strafbewehrte* Auskunftspflicht und zwingt den Betroffenen, zwischen der Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG oder einer potenziellen Selbstbelastung im Blick auf vorangegangene Taten nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG zu wählen. Wie der Senat zu der Einschätzung gelangt, der verfassungsrechtliche Gehalt der Selbstbelastungsfreiheit werde in dieser Situation nicht berührt, erschließt sich nicht.¹⁹⁸⁷

cc) § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG betrifft das Nicht-Dulden einer in § 49 Abs. 10 AufenthG genannten Maßnahme. § 49 Abs. 10 AufenthG bezieht sich seinerseits auf Maßnahmen nach § 49 Abs. 1 und Abs. 3 bis 9 AufenthG. Dabei handelt es sich um Maß-

1984 OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, Rn. 24 ff.

1985 OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, Rn. 25.

1986 OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, Rn. 29.

1987 Wohl auch deshalb zusätzlich auf die möglicherweise freiwillige Offenbarung abstellend OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, Rn. 29.

nahmen zur Feststellung der Identität, des Alters und der Staatsangehörigkeit eines Ausländers. Für Asylbewerber greift ab dem Zeitpunkt des Nachsuchens um Asyl durch Asylantragstellung und bis zum Abschluss des Asylverfahrens § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG nicht ein, weil die § 49 AufenthG entsprechende Regelung des § 16 AsylG in § 85 Abs. 1 AsylG nicht strafbewehrt ist. Die Vorschriften des Asylgesetzes stellen für die Dauer des Asylverfahrens grundsätzlich abschließende Vorschriften dar, sodass das Asylgesetz insoweit Sperrwirkung im Blick auf das Aufenthaltsgesetz entfaltet. Andernfalls würden die Wertungen des § 85 AsylG umgangen.¹⁹⁸⁸

Eine Strafbarkeit setzt zunächst voraus, dass dem Betroffenen gegenüber durch die zuständige¹⁹⁸⁹ Behörde eine entsprechende Maßnahme auf Grundlage des § 49 AufenthG wirksam angeordnet worden ist.¹⁹⁹⁰ Erkennungsdienstliche Maßnahmen auf Grundlage anderer landes- oder bundesgesetzlicher Regelungen sind von der Strafbewehrung nicht erfasst; insbesondere im Blick auf die variablen Funktionen der Landes- und Bundespolizei ist daher stets zu prüfen, auf welcher Grundlage eine entsprechende Maßnahme angeordnet worden ist.¹⁹⁹¹ Aus der Verfügung muss sich ergeben, welche Maßnahme der Betroffene konkret zu dulden hat, da für ihn ansonsten nicht erkennbar ist, welches Verhalten strafbewehrt ist.

1988 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 154; im Ergebnis auch MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 70; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 106, der jedoch meint, die Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen nach § 49 Abs. 5 Nr. 4 AufenthG gegenüber einem Asylsuchenden aus einem sicheren Drittstaat (§ 26a AsylG) sei nach § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG strafbewehrt. Da der Asylantrag nach § 13 Abs. 2 Satz 1 AsylG aber auch den Antrag auf Gewährung internationalen Schutzes beinhaltet, der durch § 26a AsylG ebenso wenig wie durch Art. 16a Abs. 2 GG ausgeschlossen wird, überzeugt diese Position nicht. Es verbleibt daher bei der Sperrwirkung des AsylG gegenüber § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG. Erst nach Ablehnung eines entsprechenden Antrags als unzulässig (§ 29 AsylG) und damit nach Abschluss des Asylverfahrens kommt ein Rückgriff auf § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG in Betracht. Die Regelung des § 15 Abs. 5 AsylG, wonach die Mitwirkungspflichten durch Rücknahme des Asylantrags nicht beendet werden, wird teilweise so interpretiert, dass das AsylG auch nach Antragsrücknahme insoweit § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG sperre (GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 155; siehe auch GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 177). Allerdings ist mit Beendigung des Asylverfahrens durch Rücknahme des Asylantrags das AufenthG grundsätzlich anwendbar. Die der besonderen Stellung des Asylantragstellers geschuldete Privilegierung durch die Annahme einer Sperrwirkung des AsylG bedarf es daher nicht mehr; § 15 Abs. 5 AsylG ist nicht darauf gerichtet, die Anwendbarkeit aufenthaltsrechtlicher Mitwirkungspflichten zu sperren, sondern soll die fortgesetzte Kooperation mit dem auch nach Rücknahme des Asylantrags zu bestimmten Entscheidungen (etwa über das Vorliegen von Abschiebehindernissen) berufenen Bundesamt sicherstellen, vgl. mit Kritik gegenüber dem Umfang der Fortgeltung Bergmann, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 15 AsylG Rn. 14; Houben, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 15 AsylG Rn. 19.

1989 Vgl. § 71 Abs. 4 AufenthG.

1990 Übereinstimmend Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 138; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 156; zu § 92 Abs. 1 Nr. 5 AuslG a.F. Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 125 f. Auf die Kenntnis von der Absicht der Behörde, die erkennungsdienstliche Maßnahme vorzunehmen, abstellend Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 34.

1991 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 149 ff.; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 168 ff.

Der Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG („entgegen [...] nicht duldet“) spricht des Weiteren dafür, dass tatbestandlich eine aktive Widerstandshandlung gefordert wird, sodass bloße Untätigkeit den Tatbestand nicht erfüllt.¹⁹⁹² So muss der Betroffene weder elektronische Speicher- oder Verarbeitungsmedien oder Dokumente im Sinne des § 49 Abs. 1 AufenthG übergeben noch aktiv an Messungen oder ärztlichen Untersuchungen im Sinne des § 49 Abs. 6 AufenthG mitwirken. Auch eine bloße Nichtwahrnehmung eines Termins genügt nicht.¹⁹⁹³ Selbst ein Untertauchen im Vorfeld einer Maßnahme ist angesichts des Wortlauts, der auf das Nicht-Dulden der konkret bevorstehenden Maßnahme abstellt und nicht auf ein Sich-Entziehen, nicht ausreichend.¹⁹⁹⁴ Wird eine Maßnahme aber zwangsweise durchgesetzt (§ 82 Abs. 4 Satz 2 AufenthG), darf sich der Betroffene dagegen nicht widersetzen. Aktiver Widerstand ist als Nicht-Dulden strafbar.¹⁹⁹⁵ Für die Strafbarkeit kommt es nicht darauf an, ob der Widerstand erfolgreich war, da der Tatbestand bereits an das Nicht-Dulden der Maßnahme anknüpft; insoweit handelt es sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt.¹⁹⁹⁶

Auf die Rechtmäßigkeit der Verfügung kommt es nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich nicht an;¹⁹⁹⁷ sie muss aber vollziehbar sein, wobei bei Anordnung durch die Bundes- oder Landespolizei § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO zu beachten und im Einzelfall zu prüfen ist, ob es sich um eine unaufschiebbare Anordnung gehandelt hat.¹⁹⁹⁸ Allerdings weist die Struktur des Tatbestandes eine deutliche Parallele zu § 113 Abs. 1 StGB (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte) auf, bei

1992 Vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 136; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 186; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 90; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 101; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 158, 167, 169. Anders *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 34, die ein Fernbleiben von einem Termin ausreichen lassen.

1993 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 21; *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 134 f.; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 189; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 101; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 69; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 168.

1994 Vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 135; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 90; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 171, der aber eine Flucht aus der konkreten Maßnahmensituation als tatbestandsmäßig ansieht; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 153; anders *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 21.

1995 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 169.

1996 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 187; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 34; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 159. Anders dagegen Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 101, der bei erfolglosem Widerstand einen straflosen Versuch annimmt.

1997 Anders *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 34.

1998 So auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 165; stets von einer unaufschiebbaren Anordnung ausgehend dagegen *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 129; „meist“ soll es

dem § 113 Abs. 3 StGB eine Strafbarkeit ausschließt, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig gewesen ist. Wenn der unmittelbare Vollzug einer aufenthaltsrechtlichen Maßnahme droht und der Betroffene aktiv gegen diesen Vollzug Widerstand leistet, wird, soweit ein Vollstreckungsbeamter im Sinne des § 113 Abs. 1 StGB mit der Durchsetzung betraut ist, oftmals § 113 Abs. 1 StGB Tateinheitlich verwirklicht sein.¹⁹⁹⁹ Aufgrund der Vergleichbarkeit der Drucksituation, welcher sich der Betroffene in diesen Fällen ausgesetzt sieht, und mangels spezieller Regelung in § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG liegt es nahe, § 113 Abs. 3 und 4 StGB analog heranzuziehen und das Nicht-Dulden rechtswidriger Diensthandlungen auch nicht über § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG mit Strafe zu bedrohen.²⁰⁰⁰ Dies steht im Einklang mit dem in Teil D. entwickelten differenzierten und am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten Modell. Kommt es nicht zu einem sofortigen Vollzug, bleibt es aufgrund der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten bei einer streng verwaltungsakzessorischen Betrachtung.²⁰⁰¹

In besonderem Maße problematisch ist, dass dem Tatbestand auch die Weigerung unterfällt, eine nach § 49 Abs. 6 AufenthG zugelassene Messung und ähnliche Maßnahmen, einschließlich körperlicher Eingriffe durch einen Arzt, zur Feststellung des Alters bei Ausländern ab Vollendung des sechsten Lebensjahres zu dulden. Zwar darf kein Nachteil für die Gesundheit des Ausländers zu befürchten sein, jedoch kommen in der Praxis auch Röntgenuntersuchungen zum Einsatz,²⁰⁰² die eine – wenn auch geringfügige²⁰⁰³ – Strahlenbelastung aufweisen, einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bewirken²⁰⁰⁴ und deshalb einwilligungsbedürftig sind.²⁰⁰⁵ Diese Untersuchungen zur Altersfeststellung sind zudem methodisch umstritten.²⁰⁰⁶ Durch die Strafbewehrung der Verweigerung einer entsprechenden Untersuchung wird jedoch ein faktischer Zwang zur Duldung der Untersuchung ausgeübt. Zwar

sich um eine solche nach Auffassung von Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 102, handeln.

1999 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 74.

2000 Vgl. Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 141; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 196; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 175; gleichfalls für einen Rückgriff auf § 113 Abs. 3 StGB Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 203. Ablehnend MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 71.

2001 Ähnlich wie hier GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 175.

2002 So schon die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/5065, S. 179; vgl. Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 49 AufenthG Rn. 23.

2003 Zum für das Lebenszeitrisiko sehr geringen Strahlenrisiko vgl. Meier/Schmeling/Loose/Vieth, Rechtsmedizin 2015, 30 ff., die allerdings Kumulationseffekte nicht berücksichtigen.

2004 Dazu Neundorf, ZAR 2018, 238, 242 m.w.N., die unter Bezugnahme auf BGH NJW 1998, 833, 835 f. zugleich darauf hinweist, dass die „einmalige, kurzzeitige oder nur gelegentlich wiederholte ordnungsgemäße Anwendung von Röntgenstrahlen“ in der Regel nicht als Körperverletzung zu beurteilen sei. Ob dies bei medizinisch nicht indizierten Röntgenaufnahmen bei jungen Menschen überzeugt, erscheint jedoch fraglich.

2005 Für in Obhut genommene Personen regelt dies explizit § 42f Abs. 2 Satz 3 SGB VIII.

2006 Vgl. Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 49 AufenthG Rn. 23; Neundorf, ZAR 2018, 238, 245 m.w.N.

entspricht § 49 Abs. 6 AufenthG hinsichtlich der Untersuchungsbefugnisse § 81a Abs. 1 StPO, die allerdings mit Ausnahme der Blutprobenentnahme bei Verkehrsdelikten (§ 81a Abs. 2 Satz 2 StPO) einem Richtervorbehalt unterliegen (§ 81a Abs. 2 Satz 1 StPO).²⁰⁰⁷ Der Unterschied besteht darin, dass die Strafprozessordnung keine Duldungspflicht des Beschuldigten statuiert und die Nicht-Duldung auch nicht mit *Strafe* bewehrt. Im Blick auf den damit erstrebten Zweck, das Alter eines Ausländers festzustellen, um Maßnahmen nach dem Aufenthaltsgesetz ergreifen zu können, sowie den damit verbundenen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) von potenziell minderjährigen Personen scheint jedenfalls die Verhältnismäßigkeit der Strafdrohung zweifelhaft.

dd) § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG betrifft Verstöße gegen die nach § 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG bestehende Pflicht von Ausländern, gegen die eine Ausweisungsverfügung auf Grund eines Ausweisungsinteresses nach § 54 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 AufenthG oder eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG besteht – also Personen, deren Aufenthalt aufgrund einer von ihnen ausgehenden Gefahr für die innere Sicherheit²⁰⁰⁸ beendet werden soll –, sich mindestens einmal wöchentlich bei der für ihren Aufenthaltsort zuständigen polizeilichen Dienststelle zu melden.²⁰⁰⁹ Der Tatbestand verlangt demnach zunächst, dass die Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG vorliegen, der Ausländer also auf Grund eines entsprechenden Ausweisungsinteresses ausgewiesen worden oder gegen ihn eine Abschiebungsanordnung ergangen ist. Diese Ausweisungsverfügung oder Abschiebungsanordnung muss wirksam, aber nicht rechtmäßig sein.²⁰¹⁰ Auf die Vollziehbarkeit der Ausweisungsverfügung – die Abschiebungsanordnung ist nach § 58a Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 AufenthG stets sofort vollziehbar – kommt es nach dem Wortlaut des § 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht an.²⁰¹¹ Die Strafbewehrung greift daher schon mit Bekanntgabe einer Ausweisungsverfügung oder Abschiebungsanordnung ein, da ab diesem Zeitpunkt die *gesetzlich* statuierte Meldepflicht nach § 56 Abs. 1 Satz 1

2007 Zu dieser Parallele BT-Drs. 16/5065, S. 179.

2008 OVG Lüneburg NVwZ-RR 2017, 1036, Rn. 7; *Bergmann/Lehrian/Putzar-Sattler*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 1.

2009 Vgl. zur fehlenden Verweisung in § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG zwischen 1. August 2015 und 31. Dezember 2016 NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 113; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 80.

2010 Dies folgt bereits aus den in Teil D. I. 1. dargestellten Grundsätzen; vgl. auch *Bergmann/Lehrian/Putzar-Sattler*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 2.

2011 Vgl. *Bauer*, in: *Bergmann/Dienelt* (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 11; *Bergmann/Lehrian/Putzar-Sattler*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 2; NK-AuslR/*Cziersky-Reis*, 3. Aufl. 2023, § 56 AufenthG Rn. 5; *Fleuß*, in: *Kluth/Heusch* (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 56 AufenthG Rn. 13. Anders offenbar *Hohoff*, in: *Kluth/Heusch* (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 57.

AufenthG besteht.²⁰¹² Da durch § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG nicht unmittelbar an die Ausweisungsverfügung oder die Abschiebungsanordnung angeknüpft wird, sondern vielmehr an die gesetzliche Meldepflicht, liegt darin keine Durchbrechung des Grundsatzes, dass nur vollziehbare Verwaltungsakte strafbewehrt sein dürfen.²⁰¹³

Tathandlung ist das Unterlassen der Meldung oder die nicht rechtzeitige Meldung, wobei im Gegensatz zur früheren Rechtslage²⁰¹⁴ bereits der Erstverstoß unter Strafe steht. Belässt es die Ausländerbehörde bei der gesetzlichen Meldepflicht, macht sich der Betroffene daher strafbar, wenn er sich innerhalb einer Woche (Montag, 00:00 Uhr, bis Sonntag, 24:00 Uhr) nicht bei der zuständigen polizeilichen Dienststelle meldet.²⁰¹⁵ § 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG („mindestens einmal wöchentlich“ und „soweit die Ausländerbehörde nichts anderes bestimmt“) und § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG („nicht rechtzeitig“) lassen freilich erkennen, dass die Behörde auch eine von der gesetzlichen Meldepflicht abweichende Regelung treffen kann. Der Verstoß gegen eine solche gesondert festgesetzte Meldepflicht ist aber nur strafbewehrt, wenn die Anordnung vollziehbar²⁰¹⁶ und hinsichtlich der Modalitäten der Meldepflicht hinreichend klar ist. Andernfalls wäre nicht hinreichend bestimmt, welcher Verhaltensverstoß mit Strafe bedroht ist.²⁰¹⁷ Zu berücksichtigen ist dabei, dass nach § 56 Abs. 5 Satz 2 AufenthG Anordnungen nach § 56 Abs. 1 bis 4 AufenthG stets sofort vollziehbar sind, sodass nur im Falle der Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch das Verwaltungsgericht (§ 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO) die Vollziehbarkeit entfällt.

ee) § 95 Abs. 1 Nr. 6b AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 6b AufenthG stellt die Zuwiderhandlung gegen eine – nach § 56 Abs. 5 Satz 2 AufenthG aber stets sofort – vollziehbare Anordnung nach § 56 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG unter Strafe und entspricht damit strukturell § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG. Eine Parallele besteht zudem zu § 145a StGB, der Verstöße gegen Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht (§ 68b StGB) mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht. Ein gewichtiger Unterschied besteht freilich darin, dass § 95 Abs. 1 Nr. 6b AufenthG nicht an eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung anknüpft und die Verpflichtungsverfügungen durch eine Behörde und nicht, wie bei § 68b StGB, durch ein Gericht erfolgen.

2012 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 201; NK-AuslR/Cziersky-Reis, 3. Aufl. 2023, § 56 AufenthG Rn. 6; Fleuß, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 56 AufenthG Rn. 13.

2013 Dazu oben D. I. 1.

2014 Vgl. § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG in der bis zum 26. Februar 2024 geltenden Fassung.

2015 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 202; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 182.

2016 Vgl. NK-Ausländerrecht/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 118.

2017 Eine „verständliche Aufklärung über die Mitwirkungspflichten“ verlangend Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 156.

Die in Bezug genommenen Anordnungen betreffen zum einen die im Ermessen der Behörde stehende Anordnung einer Meldepflicht nach § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG. Nach dieser Vorschrift kann eine Meldepflicht für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer angeordnet werden, bei denen ein Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 AufenthG besteht (§ 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG) oder die aufgrund eines anderen Ausweisungsinteresses vollziehbar ausreisepflichtig sind, bei denen aber die Anordnung der Meldepflicht zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erforderlich ist (§ 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AufenthG). Anders als bei der kraft Gesetzes eintretenden Meldepflicht setzt § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG voraus, dass die Ausreisepflicht vollziehbar und nicht nur wirksam ist.²⁰¹⁸

§ 56 Abs. 3 AufenthG erlaubt es der Behörde, den Betroffenen zu verpflichten, in einem anderen Wohnort oder in bestimmten Unterkünften auch außerhalb des Bezirks der Ausländerbehörde zu wohnen (sogenannte Wohnsitzauflage). Voraussetzung dieses recht intensiven Eingriffs in das auch für Ausländer nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 1 GG gewährte Freizügigkeitsrecht²⁰¹⁹ ist, dass die Wohnsitzauflage geboten erscheint, um „die Fortführung von Bestrebungen, die zur Ausweisung geführt haben, zu erschweren oder zu unterbinden und die Einhaltung vereinsrechtlicher oder sonstiger gesetzlicher Auflagen und Verpflichtungen besser überwachen zu können“ (§ 56 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG) oder „die wiederholte Begehung erheblicher Straftaten, die zu einer Ausweisung nach § 54 Absatz 1 Nummer 1 geführt haben, zu unterbinden“ (§ 56 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG).²⁰²⁰

§ 56 Abs. 4 AufenthG erlaubt es schließlich, einen Ausländer zu verpflichten, „zu bestimmten Personen oder Personen einer bestimmten Gruppe keinen Kontakt aufzunehmen, mit ihnen nicht zu verkehren, sie nicht zu beschäftigen, auszubilden oder zu beherbergen und bestimmte Kommunikationsmittel oder Dienste nicht zu nutzen, soweit ihm Kommunikationsmittel verbleiben und die Beschränkungen notwendig sind, um eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter abzuwehren.“ Diese grundrechtseingriffsintensive²⁰²¹ Maßnahme muss dazu dienen, die Fortführung von Bestrebungen, die zur Ausweisung nach § 54 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 AufenthG, zu einer Anordnung nach § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG oder zu einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG geführt haben, zu erschweren oder zu unterbinden (§ 56 Abs. 4 Satz 1 AufenthG). Derartige Kontakt- und Kommunikationsmittelverbote sind zudem zulässig, um die wiederholte Begehung erheblicher Straftaten, die zu einer Ausweisung nach § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG geführt haben, zu unterbinden, soweit die Verbote notwendig sind, um

2018 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 206; NK-AuslR/Cziersky-Reis, 3. Aufl. 2023, § 56 AufenthG Rn. 7.

2019 Dazu D. I. 1. c) aa).

2020 Vgl. näher Bauer, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 19.

2021 Vgl. dazu NK-AuslR/Cziersky-Reis, 3. Aufl. 2023, § 56 AufenthG Rn. 18.

eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter abzuwenden (§ 56 Abs. 4 Satz 2 AufenthG).

Der Tatbestand setzt zunächst voraus, dass eine auf § 56 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG gestützte wirksame und vollziehbare, nicht aber notwendigerweise rechtmäßige,²⁰²² Verfügung vorliegt. Dabei ist – insoweit parallel zu § 68b StGB – zu verlangen, dass die Behörde „das verbotene oder verlangte Verhalten genau [...] bestimm[t].“²⁰²³ Ist die Verfügung nicht hinreichend präzise gefasst, kann sie nicht Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 6b AufenthG sein, weil es andernfalls an einer mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbaren Bestimmtheit der Strafbarkeit fehlte. Für die nach § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG angeordnete Meldepflicht gelten dabei die Ausführungen zu § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG. Hinsichtlich § 56 Abs. 3 AufenthG muss die Verfügung klar zum Ausdruck bringen, an welchem Wohnort oder in welcher Unterkunft genau der Betroffene wohnen muss. Im Blick auf § 56 Abs. 4 AufenthG ist zu verlangen, dass die Personen, zu denen ein Kontaktverbot besteht, identifizierbar benannt werden. Sofern § 56 Abs. 4 Satz 1 AufenthG auf „Personen einer bestimmten Gruppe“ Bezug nimmt, muss diese Gruppe hinreichend stabil konstituiert sein und darf keinen bloß losen Verbund darstellen, bei dem ständige Wechsel dazu führen, dass der von der Verfügung umfasste Personenkreis nicht mehr hinreichend bestimmbar ist. Auch die Kommunikationsmittel oder Dienste, welche der Betroffene nicht benutzen darf, müssen genau bezeichnet sein. Die Tathandlung besteht in einer Zuwiderhandlung gegen eine entsprechend gestaltete Verfügung.

ff) § 95 Abs. 1 Nr. 6c AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 6c AufenthG stellt die Zuwiderhandlung gegen räumliche Beschränkungen nach § 56 Abs. 2 AufenthG unter Strafe. § 56 Abs. 2 AufenthG ordnet an, dass der Aufenthalt von Ausländern, die nach § 56 Abs. 1 AufenthG einer Meldepflicht unterliegen, auf den Bezirk der Ausländerbehörde beschränkt ist. Dies bedeutet, dass der Betroffene den Bezirk der Ausländerbehörde nicht verlassen darf. Der Tatbestand setzt demnach zunächst voraus, dass die gesetzlichen Voraussetzungen einer Aufenthaltsbeschränkung nach § 56 Abs. 2 AufenthG vorliegen, also eine Meldepflicht im Sinne des § 56 Abs. 1 AufenthG besteht. Dies kann, weil § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG die Anordnung einer Meldepflicht in das Ermessen der Behörde stellt, im Einzelfall davon abhängen, ob eine wirksame, die Meldepflicht begründende Verfügung vorliegt. Es dürfen zudem keine abweichenden Festlegungen durch die Ausländerbehörde getroffen worden sein (§ 56 Abs. 2 Halbsatz 2 AufenthG).

²⁰²² Dazu oben D. I. 1.

²⁰²³ § 68b Abs. 1 Satz 2 StGB; vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 210 f.

Die Tathandlung besteht in einer „Zu widerhandlung“ gegen die Aufenthaltsbeschränkung. Eine solche setzt voraus, dass der Betroffene den Bezirk der Ausländerbehörde physisch verlässt, ohne eine Erlaubnis nach § 12 Abs. 5 Satz 1 AufenthG zu haben oder nach § 12 Abs. 5 Satz 3 AufenthG zur Wahrnehmung von Terminen bei Behörden oder Gerichten, bei denen sein persönliches Erscheinen erforderlich ist, zum Verlassen des Bezirks der Ausländerbehörde berechtigt zu sein.²⁰²⁴ Ob ein persönliches Erscheinen erforderlich ist, hängt vom konkret betroffenen Termin ab; neben verfahrensrechtlichen Erscheinungspflichten kann es auch im Interesse des betroffenen Ausländers objektiv geboten sein, einen Termin persönlich wahrzunehmen.²⁰²⁵ Der Tatbestand lässt keinerlei zeitliche Einschränkung im Blick auf die Dauer der Zu widerhandlung erkennen, sodass – unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 56 Abs. 2 AufenthG, potenziell für die innere Sicherheit gefährliche ausreisepflichtige Ausländer überwachen zu können²⁰²⁶ – auch ein nur kurzzeitiges Verlassen ausreicht.²⁰²⁷ Allerdings muss der Ausländer diesbezüglich mit Vorsatz handeln und daher insbesondere wissen, dass er den Bezirk seiner Ausländerbehörde verlässt. Die Bezirke der Ausländerbehörden umfassen regelmäßig einen Landkreis oder das Gebiet einer kreisfreien Stadt.²⁰²⁸ Aus dem Tatbestand ausscheiden wird daher insbesondere in ländlichen Gebieten ein kurzzeitiges und unbewusstes Überschreiten der Landkreisgrenze, insbesondere an Stellen, an denen keine entsprechende Beschilderung vorhanden ist.

Im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG bereitet Schwierigkeiten, dass sich § 56 Abs. 2 AufenthG nicht entnehmen lässt, auf den Bezirk *welcher* Ausländerbehörde der Aufenthalt beschränkt ist.²⁰²⁹ Der Zusammenhang zu § 56 Abs. 1 AufenthG legt nahe, dass es sich um die Ausländerbehörde handelt, die für die die Meldepflicht auslösende Entscheidung zuständig ist. Dies wäre entweder die Ausländerbehörde, welche die aufenthaltsbeendende Verfügung erlassen hat (§ 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG), oder die Ausländerbehörde, welche die Meldepflicht angeordnet hat (§ 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG).²⁰³⁰ Dann aber ergäbe sich aus der jeweiligen Verfügung zugleich der für die räumliche Beschränkung relevante Bezirk der Ausländerbehörde. Allerdings sind in zahlreichen Bundesländern für Ausweisungen einzelne Ausländerbehörden

2024 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 185 f.

2025 Vgl. dazu GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 186, Zur Behandlung eines Irrtums über das Bestehen einer Erlaubnis als Tatbestandsirrtum vgl. oben E. II. 3.

2026 Vgl. Bergmann/Lehrian/Putzar-Sattler, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 1.

2027 Vgl. Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 162.

2028 Vgl. etwa § 1 Verordnung über die Zuständigkeiten im Ausländerwesen des Landes Nordrhein-Westfalen; §§ 1, 2 Satz 2 Verordnung über die Zuständigkeiten im Ausländerrecht des Landes Brandenburg.

2029 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 216; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 183 f.

2030 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 216.

zentral zuständig²⁰³¹ und ist nach § 58a Abs. 1 Satz 1 AufenthG für Abschiebungsanordnungen die oberste Landesbehörde zuständig. Diese Zuständigkeitsbestimmung hilft deshalb nicht weiter. Gemeint ist daher wohl am ehesten die Ausländerbehörde, in deren Bezirk der Betroffene zum Zeitpunkt der die räumliche Beschränkung auslösenden Entscheidung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.²⁰³² Dies sollte der Gesetzgeber jedoch ausdrücklich in § 56 Abs. 2 AufenthG aufnehmen, um derzeit bestehende Friktionen mit Art. 103 Abs. 2 GG zu vermeiden.

gg) § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG betrifft die *wiederholte* Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung nach § 61 Abs. 1 oder Abs. 1c AufenthG, wobei sowohl der Erstverstoß als auch der wiederholte Verstoß zu einem Zeitpunkt stattgefunden haben müssen, in dem die Strafbewehrung griff.²⁰³³ § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG beschränkt den Aufenthalt eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers räumlich auf das Gebiet des Landes.²⁰³⁴ Unter bestimmten, in § 61 Abs. 1 Satz 2 und 3 AufenthG genannten Voraussetzungen kann von dieser räumlichen Beschränkung abgewichen werden, insbesondere bei Ausübung einer Beschäftigung, zum Zwecke des Schulbesuchs, der Aus- und Weiterbildung oder eines Studiums sowie zur Aufrechterhaltung der Familieneinheit. Zu beachten ist, dass die räumliche Beschränkung erlischt, wenn sich „der Ausländer seit drei Monaten ununterbrochen erlaubt, geduldet oder gestattet im Bundesgebiet aufhält“ (§ 61 Abs. 1b AufenthG). Damit sind insbesondere langjährig im Status der Duldung lebende Menschen im Regelfall von der räumlichen Beschränkung befreit. Allerdings sieht § 61 Abs. 1c Satz 1 AufenthG vor, dass eine räumliche Beschränkung unabhängig von § 61 Abs. 1 bis 1b AufenthG angeordnet werden kann, wenn der Ausländer – ohne jede Mindestschwelle – wegen einer Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist, wobei nur Tatbestände außer Acht bleiben, die nur von Ausländern verwirklicht werden können (§ 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 1 AufenthG), wenn Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen – also ein entsprechender Anfangsverdacht vorliegt –, dass der Ausländer gegen Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes verstoßen hat (§ 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 2 AufenthG), oder wenn konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung gegen den Ausländer

2031 Vgl. § 15a Abs. 1 Nr. 1 Verordnung über die Zuständigkeiten im Ausländerwesen des Landes Nordrhein-Westfalen.

2032 So auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 183.

2033 Vgl. im Blick auf das Rückwirkungsverbot OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.1.2009 – 1 Ss 90/08, BeckRS 2009, 4552; OLG Hamm, Beschl. v. 21.1.2009 – 3 Ss 476/08, BeckRS 2009, 9525; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 65; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 82; anders noch OLG Hamm, Urt. v. 31.1.2007 – 1 Ss 500/06, BeckRS 2007, 65493.

2034 Insofern ist der Tatbestand auf Asylbewerber nicht anwendbar und gerät deshalb nicht in Konflikt mit dem Unionsrecht, vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.10.2013 – (1) 53 Ss 97/13 (57/13), BeckRS 2013, 205749, Rn. 27 f.

bevorstehen (§ 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 3 AufenthG). § 61 Abs. 1c Satz 2 AufenthG lässt eine weitergehende räumliche Beschränkung auf den Bezirk der Ausländerbehörde zu, wenn „der Ausländer die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe durch vorsätzlich falsche Angaben oder durch eigene Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit selbst herbeiführt oder zumutbare Anforderungen an die Mitwirkung bei der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht erfüllt.“

Der Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG setzt damit voraus, dass entweder eine qua Gesetz gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG geltende, behördlich nicht nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG modifizierte, oder eine nach § 61 Abs. 1c AufenthG wirksam und vollziehbar angeordnete räumliche Beschränkung besteht, wobei es auch hier nicht auf die Rechtmäßigkeit der Anordnung ankommt.²⁰³⁵ § 12 Abs. 5 AufenthG findet auch auf Fälle des § 61 AufenthG Anwendung, sodass das Vorliegen einer Verlassenserlaubnis den Tatbestand ausschließt.²⁰³⁶ Die Tathandlung besteht in der *wiederholten* Zuwiderhandlung gegen eine solche räumliche Beschränkung.²⁰³⁷ Voraussetzung ist also, dass der Ausländer *mindestens* einmal zuvor vorsätzlich²⁰³⁸ gegen dieselbe²⁰³⁹ räumliche Beschränkung verstoßen haben muss, was durch das Tatgericht festzustellen ist.²⁰⁴⁰ Bereits das kurzfristige Verlassen des zugewiesenen Aufenthaltsbereichs erfüllt dabei den Tatbestand.²⁰⁴¹ Nicht angeknüpft werden darf nach dem Rechtsgedanken des § 51 Abs. 1 BZRG an Erstverstöße, die bei einer Ahndung und hypothetisch bestehender Eintragungspflicht bereits Tilgungsreife erlangt hätten.²⁰⁴²

Dabei stellt sich die Frage, ob der erstmalige Verstoß zuvor überhaupt als Ordnungswidrigkeit nach § 98 Abs. 3 Nr. 2b beziehungsweise Nr. 5b AufenthG geahndet worden oder der Ausländer zumindest durch die Behörde an die räumliche Beschrän-

2035 BayObLG, Urt. v. 23.3.2023 – 206 StRR 11/23, BeckRS 2023, 7973, Rn. 11; vgl. NK-AuslR/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 134.

2036 Vgl. NK-AuslR/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 140 f.; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 198 f.; vgl. bereits oben E. III. 1. a) ff).

2037 Die zu § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG a.F. vertretene und überzeugende Beschränkung (dazu BGH NJW 2009, 3254 ff.) des Tatbestandes auf gesetzlich angeordnete räumliche Beschränkungen nach § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG a.F. ist aufgrund der systematischen Trennung in zwei Absätze und der Bezugnahme des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG n.F. auf beide Absätze (Abs. 1 und Abs. 1c) obsolet.

2038 BGH NJW 2011, 3174; OLG Brandenburg NSTZ 2008, 531; OLG Bremen, Beschl. v. 29.9.2008 – Ss 23/08, BeckRS 2008, 22349.

2039 OLG Brandenburg, Beschl. v. 24.10.2007 – 1 Ss 79/07, BeckRS 2008, 4869, Rn. 8; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.1.2009 – 1 Ss 90/08, BeckRS 2009, 4552; BayObLG, Urt. v. 23.3.2023 – 206 StRR 11/23, BeckRS 2023, 7973, Rn. 14; AG Cuxhaven, Urt. v. 21.1.2014 – 7 Cs 153 Js 12084/13, BeckRS 2014, 16298; vgl. Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 115.

2040 Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 39. Sehr großzügig hinsichtlich der Anforderungen an die tatgerichtlichen Feststellungen BayObLG, Urt. v. 23.3.2023 – 206 StRR 11/23, BeckRS 2023, 7973, Rn. 14.

2041 OLG Rostock, Urt. v. 22.5.2009 – 1 Ss 82–09 I 31/09, BeckRS 2009, 19116; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 100.

2042 OLG Hamm NSTZ 2015, 528 f.

kung und die Konsequenzen eines wiederholten Verstoßes erinnert worden sein muss.²⁰⁴³ Jedenfalls für letzteres spricht, dass nur ein solcher behördlicher Kommunikationsvorgang eine hinreichende Warnfunktion entfalten kann.²⁰⁴⁴ Eine solche Warnung ist erforderlich, um begründen zu können, dass der Ausländer durch die Missachtung der räumlichen Beschränkung trotz behördlicher Ermahnung strafwürdiges „Unrecht“ verwirklicht hat.²⁰⁴⁵ Zwar kommt ein gesetzgeberischer Wille, die Strafbarkeit des wiederholten Verstoßes an zusätzliche Anforderungen, insbesondere eine staatliche Reaktion auf den Erstverstoß, zu knüpfen, weder im Gesetzestext noch in der Gesetzesbegründung eindeutig zum Ausdruck.²⁰⁴⁶ Der Gesetzgeber war aber offenkundig der Auffassung, dass der Erstverstoß allein noch kein strafwürdiges Unrecht begründen kann.²⁰⁴⁷ Weshalb die bloß wiederholte Missachtung einer räumlichen Beschränkung ohne zwischenzeitliche Ermahnung an deren Geltung eine Unrechtssteigerung dergestalt bewirken soll, dass sie nicht mehr als Ordnungswidrigkeit geahndet werden könnte, sondern mit Kriminalstrafe sanktioniert und der Betroffene mit einem sozialetischen Unwerturteil belegt werden müsste, erschließt sich freilich nicht. Wenn der schlichte Verstoß kein strafwürdiges Unrecht begründet, kann der schlicht wiederholte Verstoß gleichfalls nicht genügen, um

-
- 2043 Dagegen BGH NJW 2011, 3174 f.; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 102; jedenfalls gegen das Erfordernis einer rechtskräftigen Verurteilung OLG Karlsruhe NStZ 1988, 560 f.; weder eine Ahndung durch Bußgeldbescheid noch durch gerichtliche Entscheidung voraussetzend OLG Celle NStZ 1984, 324; OLG Hamm, Urt. v. 31.1.2007 – 1 Ss 500/06, BeckRS 2007, 65493; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 82; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 39; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 114; *Hoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 65; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 188.
- 2044 Für eine solch einschränkende Auslegung *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 93 ff.; zu § 85 Nr. 2 AsylVfG a.F. vgl. *Winands*, Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 22 ff.; einer solchen im Kontext des § 34 Abs. 1 Nr. 3 AsylVfG a.F. zuneigend OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.11.2001 – 3 Ss 251/01, BeckRS 2007, 8398; das OLG Karlsruhe (NStZ 1988, 560, 561) hat zwar das Erfordernis einer rechtskräftigen Verurteilung verworfen, aber ausgeführt, dass eine „Warnwirkung [...] auch andere Reaktionen auf die erste Tat zur Folge haben [können].“; ähnlich auch OLG Celle NStZ 1984, 324.
- 2045 Vgl. *Winands*, Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 27, zu § 85 Nr. 2 AsylVfG a.F. Mit einer derartigen Unrechtssteigerung bei einem wiederholten Verstoß gegen die räumliche Beschränkung hatte seinerzeit der Rechtsausschuss des Bundestages hinsichtlich der parallelen Vorschrift im AsylVfG argumentiert, als er die im Regierungsentwurf vorgesehene Strafbarkeit des Erstverstoßes abgelehnt und eine Beschränkung des Straftatbestandes auf wiederholte Verstöße empfohlen hatte, wie sie schließlich durch den Gesetzgeber beschlossen worden ist, dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 6. Mai 1982, BT-Drs. 9/1630, S. 27 f.; siehe auch BGH NJW 2011, 3174.
- 2046 BGH NJW 2011, 3174 f.
- 2047 Dies ergibt sich aus der beabsichtigten Gleichstellung ausreisepflichtiger Ausländer mit Asylbewerbern durch das Zuwanderungsgesetz (oben A. II. 5.). Dementsprechend sind die gesetzgeberischen Erwägungen (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 6. Mai 1982, BT-Drs. 9/1630, S. 27 f.) zu § 85 Nr. 2 AsylVfG a.F. auf § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG übertragbar.

einen *qualitativen* Unrechtssprung²⁰⁴⁸ zu begründen.²⁰⁴⁹ Mit der Argumentation des Gesetzgebers müsste daher auch ein solcher allein als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

Sofern der Bundesgerichtshof für die Begründung seiner gegenteiligen Auffassung auf Straftatbestände rekurriert, die an beharrlich wiederholte Zuwiderhandlungen gegen bestimmte Verbote anknüpfen – wie etwa § 11 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG, § 27 Abs. 2 Nr. 2 JuSchG, § 148 Nr. 1 GewO –, ist ihm zwar darin zuzustimmen, dass es systematisch fernliegend erscheint, für eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG eine vorangegangene Ahndung des Erstverstößes zu verlangen, wenn schon die Tatbestände, die das zusätzliche subjektive Merkmal der Beharrlichkeit aufweisen,²⁰⁵⁰ eine solche nach der herrschenden Meinung nicht voraussetzen.²⁰⁵¹ Allerdings wird dieses systematische Argument dadurch geschwächt, dass der Gesetzgeber selbst davon ausgegangen ist, dass der schlichte (erstmalige) Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung kein strafwürdiges Unrecht konstituiert. Gerade weil der Gesetzgeber auf ein zusätzliches subjektives Merkmal wie die Beharrlichkeit des Rechtsverstoßes verzichtet hat, bedarf es einer einschränkenden Auslegung des Tatbestandes, um die Kriminalisierung bloßen Verwaltungsunrechts auszuschließen. Der Verzicht auf einschränkende subjektive Merkmale streitet also nicht gegen, sondern gerade für eine Einschränkung auf Ebene des objektiven Tatbestandes.

Dies zeigt folgende – gleichfalls systematisch orientierte – Kontrollüberlegung: Der Tatbestand der Nachstellung setzt in seiner neuen Fassung kein beharrliches Verhalten mehr voraus, sondern knüpft an die wiederholte Begehung einer der in § 238 Abs. 1 StGB genannten Handlungen an. Das Merkmal „wiederholt“ im Rahmen des § 238 Abs. 1 StGB ist erforderlich, weil die Tathandlungen des § 238 Abs. 1 StGB teilweise sozialadäquate Alltagshandlungen (Aufsuchen der räumlichen Nähe, Kontaktaufnahmeversuche) erfasst, die erst bei einer kumulativen Betrachtung die Schwelle überschreiten, die es rechtfertigt, sie zum Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit wegen Nachstellung zu machen.²⁰⁵² Anders als beim wiederholten Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung, der keine Einwirkung auf Individualinteressen bewirkt, führt die wiederholte Begehung einer Tathandlung nach § 238 Abs. 1 StGB aber durch die Kumulation entsprechenden Verhaltens potenziell zu einer Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Tatopfers. Erst die Kumulation der Tathandlungen weist die tatbestandsspezifische Eignung auf, die Lebensgestaltung zu beeinträchtigen. Demgegenüber knüpft § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG nicht an eine

2048 Zur qualitativen Differenzierung zwischen Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht oben Einleitung II. 1.

2049 Vgl. zu § 85 Nr. 2 AsylG a.F. Winands, Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 22.

2050 Zur Auslegung der Beharrlichkeit im Rahmen des § 238 Abs. 1 StGB vgl. BGH NStZ 2010, 277 ff.

2051 BGH NJW 2011, 3174, 3175; so schon OLG Celle NStZ 1984, 324, zu § 34 Abs. 1 Nr. 3 AsylVfG.

2052 Vgl. noch zur alten Tatbestandsfassung und dem darin enthaltenen Merkmal „beharrlich“, dem freilich gleichfalls einschränkende Funktion zukam, BGH NStZ 2010, 277, 278.

Kumulation der Verstöße, die zusammen betrachtet das geschützte „Rechtsgut“ erst gefährden, an. Die Intensität der Einwirkung bleibt vielmehr unverändert. Das Merkmal der „Wiederholung“ bewirkt für sich betrachtet daher keine qualitative Unrechtssteigerung und kann den Sprung vom Ordnungswidrigkeitenrecht ins Strafrecht nicht legitimieren.

Die hier befürwortete einschränkende Auslegung des Tatbestandes erscheint auch verfassungsrechtlich geboten.²⁰⁵³ Es ist bereits dargelegt worden, dass der Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung im Falle des § 61 Abs. 1, Abs. 1c AufenthG kein strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut beeinträchtigt, da durch die räumliche Beschränkung primär dem behördlichen Interesse an der Erreichbarkeit und Verfügbarkeit des Ausländers Rechnung getragen wird.²⁰⁵⁴ Auf die mögliche Gefährlichkeit eines Ausländers stellt selbst § 61 Abs. 1c Satz 1 AufenthG ersichtlich nicht ab, weil bereits *jede* strafrechtliche Verurteilung und der bloße Anfangsverdacht *jedes* Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz genügt, um eine räumliche Beschränkung des Aufenthalts zu rechtfertigen. Besonders deutlich wird das Ziel, lediglich die Erreichbarkeit und Verfügbarkeit des Ausländers sicherzustellen, durch § 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 3 AufenthG zum Ausdruck gebracht, der auf das Bestehen konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung rekurriert. Hinzu kommt, dass § 61 Abs. 1c Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG ersichtlich der *Disziplinierung* des ausreisepflichtigen Ausländers dient. Mit der Strafbewehrung von Verstößen gegen derlei disziplinierende Maßnahmen geht freilich eine im Blick auf das Menschenbild des Grundgesetzes, das von der autonomen Selbstbestimmung des Einzelnen ausgeht,²⁰⁵⁵ bedenkliche Entmündigung der Betroffenen einher, der gewichtige Gründe des Allgemeinwohls nicht gegenüberstehen. Denn räumliche Beschränkungen werden hier anders als in

2053 Das BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1111, hat in seiner Entscheidung zur Strafbarkeit des Verstoßes gegen räumliche Beschränkungen nach § 34 Abs. 1 Nr. 3 lit. a AsylVfG a.F. seine Aussage zur Verfassungsgemäßheit der Vorschrift zumindest auf Fälle beschränkt, in denen es zu einer vorangegangenen Ahndung gekommen war: „Hiernach verstieß auch die Regelung des § 34 I Nr. 3 lit. a AsylVfG a.F. nicht gegen Art. 2 I GG i.V. mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, soweit dadurch die – nach vorangegangener Ahndung – wiederholte Zuwiderhandlung gegen eine Aufenthaltsbeschränkung nach § 20 I 1 AsylVfG a.F. mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht ist.“; dazu auch *Winands*, Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 22. Gegen eine Unverhältnismäßigkeit des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG aber dezidiert BGH NJW 2011, 3174, 3175 f., unter Berufung auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Die Entscheidung des BVerfG liest der BGH so, dass sich das BVerfG ausdrücklich nur auf eine Prüfung der Konstellation beschränkt habe, in denen eine vorangegangene Ahndung stattgefunden habe, weshalb aus der Entscheidung keine Rückschlüsse für die Unverhältnismäßigkeit der Regelung des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG gezogen werden könnten (BGH a.a.O.). Darin ist dem BGH zuzustimmen. Das BVerfG hat selbst klargestellt, dass es sich nur zu der Konstellation verhalten habe, in denen eine Ahndung erfolgt sei, darüber hinaus aber keine Festlegung getroffen habe, siehe BVerfG, Beschl. v. 22.1.1999 – 2 BvR 716/98, BeckRS 1999, 15464. Es bleibt jedoch der Befund, dass das BVerfG der Strafvorschrift jedenfalls keinen verfassungsgerichtlichen Freibrief erteilt hat.

2054 Zur Kontrollfunktion der räumlichen Beschränkung 61.1.1 AVV; *Dollinger*, in: *Bergmann/Dienelt* (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 61 AufenthG Rn. 4 f.; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 61 AufenthG Rn. 1; vgl. auch oben B. II. 3. b).

2055 BVerfG NJW 2003, 3111, 3113; 2011, 1931, 1938; 2015, 1359, 1364; 2020, 905, 914; vgl. *Alexy*, JZ 2024, 841 ff.

den Fällen des § 56 Abs. 2 AufenthG gerade nicht zum Schutz der Allgemeinheit erlassen – weder eine Rückfallgefahr noch eine sonst dargelegte Gefährlichkeit sind Voraussetzung –, sondern letztlich vor allem, um auf ein (mutmaßlich) deviantes Verhalten des Betroffenen zu reagieren. Dies zeigt sich besonders deutlich an § 61 Abs. 1c Satz 2 AufenthG, der eine räumliche Beschränkung auf den Bezirk der Ausländerbehörde für Ausländer vorsieht, die sich einer Kooperation mit den Ausländerbehörden verweigern, indem sie falsche Angaben machen, über ihre Identität oder Staatsangehörigkeit täuschen oder an der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht mitwirken.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Kriminalisierung des Verstößes gegen eine räumliche Beschränkung angesichts des damit verbundenen Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 GG unverhältnismäßig im engeren Sinne.²⁰⁵⁶ Der Staat kann bereits auf Bagatelverfehlungen (zu denken ist etwa an eine Verurteilung wegen Erschleichens von Leistungen gemäß § 265a StGB bei Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel ohne Fahrschein) mit einer räumlichen Beschränkung reagieren, deren Missachtung er zusätzlich mit Kriminalstrafe bewehrt. Zwar ist zu berücksichtigen, dass diese Konsequenzen nur *ausreisepflichtige* Ausländer treffen. Allerdings sind davon auch die Personen betroffen, die dauerhaft im „Status“ der Duldung leben.²⁰⁵⁷ Dass das Verlassen eines Bundeslandes oder des Bezirks einer Ausländerbehörde durch einen gerade nicht als Gefährder eingestuft Ausländer ein *sozialschädliches* Verhalten darstellt, das ein sozialetisches Unwerturteil verlangt, erscheint vor diesem Hintergrund zweifelhaft.²⁰⁵⁸

2056 Zweifel an der Verhältnismäßigkeit hegen auch BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 5, aber im Widerspruch dazu Rn. 103, in der sogar für eine Abschaffung des Tatbestandsmerkmals der „wiederholten“ Zuwiderhandlung plädiert wird; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 128. Eine Verletzung des Schuldprinzips sieht *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 94; dazu 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, 30 f.; auch eine Übertragung der Ausführungen von *Schuchmann*, Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 186, zu § 184f StGB stützt dieses Ergebnis. Dagegen hegt das OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.10.2013 – (1) 53 Ss 97/13 (57/13), BeckRS 2013, 205749, Rn. 21, keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Strafvorschrift.

2057 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 82.

2058 Das BVerfG hat dagegen § 34 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) AsylVfG a.F. als verhältnismäßig bewertet und gemeint, der Gesetzgeber habe sich damit innerhalb des ihm insoweit eingeräumten Gestaltungsspielraums bewegt, siehe BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1110 f. Eine erneute Richtervorlage, in welcher das AG Kirchhain die Entscheidung des BVerfG mit deutlichen Worten als „unverständlich“ kritisiert hatte, hat es als unzulässig verworfen, da die verfassungsrechtlichen Fragen bereits geklärt seien und das AG keine Veränderung der rechtlichen oder tatsächlichen Ausgangslage dargelegt habe, siehe BVerfG, Beschl. v. 26.1.1999 – 2 BvL 2/98, BeckRS 1999, 30044047. Richtervorlagen zu § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG hat das BVerfG gleichfalls als unzulässig verworfen, weil die vorlegenden Gerichte ihre Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift nicht dargelegt, sondern im Wesentlichen die Anwendung der Vorschrift im Einzelfall für bedenklich gehalten hätten, siehe BVerfG, Beschl. v. 16.3.2006 – 2 BvL 2/06, BeckRS 2006, 22725; BVerfG, Beschl. v. 5.12.2007 – 2 BvL 5/07, BeckRS 2008, 30827. Für eine Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift auch OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.10.2013 – (1) 53 Ss 97/13 (57/13), BeckRS 2013, 205749, Rn. 21.

Dementsprechend muss mindestens gefordert werden, dass der erstmalige Verstoß gegen die räumliche Beschränkung und die Konsequenzen wiederholter Verstöße dem Betroffenen deutlich vor Augen geführt worden sind. Dann ließe sich immerhin argumentieren, der erneute Verstoß begründe ein erhöhtes Handlungsunrecht, weil der Betroffene die ihn treffende verwaltungsrechtliche Pflicht *bewusst* missachtet und damit zum Ausdruck gebracht hat, sich nicht an die aufenthaltsrechtlichen Rahmenbedingungen gebunden zu sehen. In der Sache bleibt freilich auch dies eine Bestrafung verwaltungsrechtlichen Ungehorsams.²⁰⁵⁹

§ 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG begegnet in seiner ersten Variante²⁰⁶⁰ aber auch im Blick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) Bedenken. So beschränkt § 61 Abs. 1 AufenthG den Aufenthalt eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers auf das Gebiet *des Landes*. Unklar bleibt dabei zunächst, welches Land damit in Bezug genommen wird.²⁰⁶¹ Die Vorschrift ist ersichtlich auf Fallgestaltungen ausgerichtet, in denen der Betroffene einen gewöhnlichen Aufenthaltsort im Bundesgebiet hat, sodass sich die räumliche Beschränkung auf das Bundesland des gewöhnlichen Aufenthalts zum Zeitpunkt der vollziehbaren Ausreisepflicht beziehen wird. Insoweit ist der Regelungskontext des § 61 AufenthG zu berücksichtigen, der in einem engen Zusammenhang mit den Duldungsvorschriften steht. Hauptadressaten der räumlichen Beschränkung sind dementsprechend geduldete Ausländer, sodass die Bestimmung des Landes, auf welches die räumliche Beschränkung bezogen ist, unter Bezugnahme auf die Duldungsbescheinigung ohne Schwierigkeiten möglich sein wird.²⁰⁶² Allerdings können aufgrund des weiten Anwendungsbereichs der Vorschrift (vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer) auch Personen ohne festen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort von der räumlichen Beschränkung betroffen sein, beispielsweise Personen, die ihr Schengen-Visum oder die Höchstaufenthaltsdauer nach Art. 21 SDÜ überziehen, ohne an einem bestimmten Ort dauerhaft aufhältig zu sein. Da es in diesen Fällen *keines* Verwaltungsaktes bedarf, um die vollziehbare Ausreisepflicht zu begründen,²⁰⁶³ bleibt für den Betroffenen unklar, auf welches Land sein Aufenthalt beschränkt ist.²⁰⁶⁴ Etwas anderes gilt nur, wenn der Ausländer im Besitz einer Duldung ist, aus der sich wiederum die räumliche Beschränkung auch in einer für ihn ersichtlichen Weise (deklaratorisch) ergeben wird. Ist der

2059 Dass Verwaltungsungehorsam für sich genommen einen Strafvorwurf nicht rechtfertigt, legt *Schuchmann*, Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 186, überzeugend dar.

2060 In den Fällen des § 61 Abs. 1c AufenthG ergibt sich der Geltungsbereich der räumlichen Beschränkung aus dem die räumliche Beschränkung anordnenden Bescheid.

2061 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 225.

2062 In diese Richtung *Kluth/Heusch*, in: *Kluth/Heusch* (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 61 AufenthG Rn. 12; auch *Gordzielik/Huber/Amir-Haeri/Naghipour*, in: *Huber/Mantel* (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 61 AufenthG Rn. 7, sprechen von dem Land, dem die „drittstaatsangehörige Person zugewiesen wurde“; ebenso *Schiedermair/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafßner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 181.

2063 Vgl. oben E. II. 1. b) bb) (1).

2064 Zum Ganzen GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 225.

Betroffene nicht im Besitz einer Duldung, ist mangels eines hinreichend bestimmten Bezugspunktes der Strafvorschrift der Tatbestand nicht erfüllt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass in diesen Fällen (mangels Duldung und Duldungsanspruchs) regelmäßig auch ein unerlaubter Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vorliegen wird.

hh) § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG

Mit einer erhöhten Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG in Anlehnung an § 87 Abs. 1 Nr. 2 BKAG²⁰⁶⁵ denjenigen, der einer vollstreckbaren gerichtlichen Anordnung nach § 56a Abs. 1 AufenthG zuwiderhandelt und dadurch die kontinuierliche Feststellung seines Aufenthaltsortes durch eine in § 56a Abs. 3 AufenthG genannte zuständige Stelle verhindert. § 56a Abs. 1 AufenthG erlaubt es, einen Ausländer, der einer räumlichen Beschränkung nach § 56 Abs. 2, 3 AufenthG oder einem Kontaktverbot nach § 56 Abs. 4 AufenthG unterliegt, auf richterliche Anordnung hin zu verpflichten, die für eine elektronische Überwachung seines Aufenthaltsortes erforderlichen technischen Mittel ständig in betriebsbereitem Zustand am Körper bei sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen. Voraussetzung der Strafbarkeit ist zunächst das Bestehen einer wirksamen und vollstreckbaren Anordnung nach § 56a Abs. 1 AufenthG, wobei es auch insoweit auf ihre Rechtmäßigkeit nicht ankommt.²⁰⁶⁶ Während sich ein Ausländer in Haft befindet, ruht die Verpflichtung gemäß § 56a Abs. 10 i.V.m. § 56 Abs. 5 Satz 1 AufenthG. Zuständig für die Anordnung ist gemäß § 56 Abs. 9 Satz 1 AufenthG das Amtsgericht, in dessen Bezirk die zuständige Ausländerbehörde ihren Sitz hat. Das gerichtliche Verfahren bestimmt sich nach dem *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, sodass sich auch die Vollstreckbarkeit der Anordnung nach diesem Gesetz richtet. Dabei gilt, dass Beschlüsse mit Wirksamkeit vollstreckbar sind, wobei die Wirksamkeit mit Rechtskraft eintritt.²⁰⁶⁷ Die Anordnung kann aber für sofort vollziehbar erklärt werden.²⁰⁶⁸

Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht in einer Zuwiderhandlung gegen die Anordnung. Dementsprechend kann sowohl ein Unterlassen, nämlich des Beisichführens der zur elektronischen Überwachung erforderlichen technischen Mittel in betriebsbereitem Zustand, als auch ein aktives Tun, nämlich die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der entsprechenden Mittel, Tathandlung sein. Sofern ein Unterlassen im Raume steht, muss das normgemäße Verhalten zumutbar sein, wobei dies nur in Notfällen ausscheiden dürfte.

2065 BT-Drs. 18/11546, S. 22.

2066 Vgl. dazu oben D. I. 1.

2067 § 86 Abs. 2 i.V.m. § 422 Abs. 1 FamFG.

2068 § 422 Abs. 2 FamFG.

Der Tatbestand setzt zusätzlich voraus, dass die Zuwiderhandlung dazu geführt hat, dass die für die Aufenthaltsüberwachung zuständige Stelle an einer kontinuierlichen Feststellung des Aufenthaltsorts gehindert gewesen ist. § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG ist deshalb ein Erfolgsdelikt und nur dann verwirklicht, wenn das Täterverhalten tatsächlich zu einer Feststellungsverhinderung geführt hat. Untaugliche Versuche der Manipulation müssen daher aus dem Tatbestand ausscheiden.²⁰⁶⁹ Aber auch dann, wenn die Zuwiderhandlung nicht die Feststellung des Aufenthaltsortes verhindert hat, etwa weil der Betroffene zwar den Transponder nicht am Körper getragen, sich aber in dessen unmittelbarer Nähe aufgehalten hat, muss nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG eine Strafbarkeit ausscheiden.²⁰⁷⁰

§ 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG ist gemäß § 95 Abs. 7 AufenthG ein absolutes Antragsdelikt, wodurch eine Einschränkung der Strafvorschrift auf „bedeutsame Zuwiderhandlungen“ erreicht werden soll.²⁰⁷¹ Antragsberechtigt sind nach § 95 Abs. 7 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1a i.V.m. § 56a Abs. 3 AufenthG die für die Aufenthaltsüberwachung zuständigen Behörden, also grundsätzlich die Ausländerbehörde, wobei durch Rechtsverordnung eine andere Stelle als zuständige Stelle bestimmt werden kann (§ 56a Abs. 3 AufenthG). Mit dem Antragserfordernis trägt der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass es sich bei den Betroffenen zwar um Personen handelt, von denen eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik ausgeht,²⁰⁷² dass aber die elektronische Aufenthaltsüberwachung zugleich einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff konstituiert.

b) Die Strafvorschriften des Asylgesetzes

Die Strafvorschriften des Asylgesetzes gelten nur für Asylantragsteller ab dem Zeitpunkt der Aufenthaltsgestattung – also ab dem Moment, in dem der Betroffene um Asyl nachgesucht (§ 55 Abs. 1 Satz 1 AsylG) oder einen Asylantrag gestellt hat (§ 55 Abs. 1 Satz 3 AsylG) – bis zum bestands- oder rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens.²⁰⁷³ Für Zweitantragsteller folgt die Anwendbarkeit in den Fällen des § 85 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 AsylG aus der dort enthaltenen Verweisung auf § 71a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 AsylG.

2069 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 102.

2070 Ein anderes Beispiel nennt MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 102, nach dem das Nichttragen des Überwachungsmittels während des Aufenthalts in der Ausländerbehörde nicht tatbestandsmäßig sein soll, weil die Behörde den Aufenthaltsort kenne. Vgl. allgemein Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 140, 143.

2071 BT-Drs. 18/11546, S. 22.

2072 BT-Drs. 18/11546, S. 19.

2073 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 3, 5 f. Auf den formalen Asylantrag stellt dagegen *Marx*, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 21, ab.

aa) § 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG

§ 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG stellt es unter Strafe, wenn sich ein Ausländer, der aus einer Aufnahmeeinrichtung entlassen und innerhalb eines Bundeslandes verteilt wird, entgegen § 50 Abs. 6 AsylG nicht unverzüglich zu der in einer an ihn gerichteten Zuweisungsverfügung angegebenen Stelle begibt. § 50 AsylG regelt die sogenannte landesinterne Verteilung von Personen, die nicht mehr verpflichtet sind, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Diese werden innerhalb des jeweiligen Bundeslandes auf die unterschiedlichen Bezirke der Ausländerbehörden verteilt (§ 50 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 AsylG). Die Vorschrift dient der Entlastung der Aufnahmeeinrichtungen von Personen, deren Asylantrag erfolgreich war oder deren Asylantrag gewisse Erfolgsaussichten hat, um Kapazitäten für neu ankommende Asylbewerber zu schaffen.²⁰⁷⁴

Tatbestandsmäßig ist das Unterlassen des unverzüglichen Sich-Begebens zu der im Zuweisungsbescheid nach § 50 Abs. 6 AsylG angegebenen Stelle. Voraussetzung der Strafbarkeit ist daher zunächst ein wirksamer Zuweisungsbescheid.²⁰⁷⁵ Da ein Widerspruch nach § 11 AsylG ausgeschlossen ist und die Klage gegen einen Zuweisungsbescheid nach § 75 Abs. 1 AsylG keine aufschiebende Wirkung hat, ist ein Zuweisungsbescheid mit Bekanntgabe vollziehbar und somit auch ab diesem Zeitpunkt strafbewehrt. § 50 Abs. 5 Satz 1 AsylG bestimmt allerdings, dass der Zuweisungsbescheid dem Adressaten selbst zuzustellen ist, sodass die Wirksamkeit erst mit dieser Zustellung eintritt.²⁰⁷⁶ Aus dem Zuweisungsbescheid muss sich die aufzusuchende Stelle unmissverständlich ergeben.²⁰⁷⁷

Die Tathandlung besteht darin, dass es der Betroffene unterlässt, sich unverzüglich zu der aus dem Zuweisungsbescheid ersichtlichen Stelle zu begeben. Unverzüglich meint dabei – dem allgemeinen Begriffsverständnis entsprechend – ein Agieren ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB).²⁰⁷⁸ Nicht erforderlich ist deshalb, dass der Betroffene sich sofort auf den Weg macht. Ihm muss vielmehr ausreichend Zeit eingeräumt werden, seine Reise zu planen, ausstehende behördliche und private Angelegenheiten, welche keinen Aufschub dulden, noch vor Ort zu klären und die Reise durchzuführen. Wie viel Zeit dafür genau erforderlich ist, ist einzelfallabhän-

2074 Vgl. *Heusch*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 50 AsylG Rn. 2. Damit werden auch anerkannte Asylbewerber von der Strafvorschrift erfasst, allerdings nur bis zur Bestandskraft des Bescheids GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 16.

2075 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 126.

2076 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 17.

2077 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 18; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 26; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 163.

2078 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 19; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 26; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 165.

gig. Jedenfalls aber werden dem Betroffenen mindestens einige Tage zuzugestehen sein.²⁰⁷⁹ Da es sich nach der Tatbestandsfassung um ein echtes Unterlassungsdelikt handelt, ist Voraussetzung der Strafbarkeit die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens.²⁰⁸⁰ Dementsprechend führen Gründe, welche die Befolgung der Pflicht nach § 50 Abs. 6 AsylG unzumutbar erscheinen lassen, zum Ausschluss der Strafbarkeit. Dies können insbesondere Reiseunfähigkeit infolge von Krankheit oder die (bevorstehende) Geburt eines Kindes sein.²⁰⁸¹ Einen Orientierungspunkt bieten in Fällen von Schwangerschaft und Geburt die Schutzfristen nach § 3 MuSchG.

Es ist kaum möglich, aus der Tatbestandsbeschreibung ein strafwürdiges „Unrecht“ zu destillieren.²⁰⁸² Letztlich stellt sich § 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG als Mittel zur Durchsetzung einer zügigen Befolgung einer Zuweisungsentscheidung dar, ohne dass der Verstoß eines Einzelnen tatsächlich in besonderer Weise sozialschädliche Auswirkungen haben könnte. Die durch § 50 AsylG bezweckte Entlastung der Erstaufnahmeeinrichtungen wird nicht durch die Kriminalisierung der Nichtbefolgung einer Zuweisungsentscheidung erreicht, sondern faktisch durch die Beendigung der Beherbergung. Die Strafvorschrift zielt daher letztlich auf den schlichten Schutz behördlicher Organisations- und Arbeitsabläufe, indem die *Compliance* der Betroffenen durch Strafbewehrung motiviert wird. Es steht daher in Frage, ob sich die Strafvorschrift mit dem *ultima-ratio*-Grundsatz verträgt, der über das Verbotensein eines Verhaltens hinaus verlangt, dass das Verhalten in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich ist.²⁰⁸³

bb) § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG

§ 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG stellt die wiederholte Zuwiderhandlung gegen eine Aufenthaltsbeschränkung nach § 56 AsylG oder § 59b Abs. 1 AsylG unter Strafe. § 56 Abs. 1 AsylG sieht eine grundsätzliche räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung auf den Bezirk der Ausländerbehörde vor, in dem die für die Aufnahme des Ausländers zuständige Aufnahmeeinrichtung liegt. Ist der Ausländer verpflichtet, in dem Bezirk einer anderen Ausländerbehörde Aufenthalt zu nehmen, ist die Aufenthalts-

2079 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 26. Enger dagegen GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 21.

2080 Dazu bereits oben E. II. 1. b) bb) (4).

2081 In diesen Fällen wird zudem auch keine schuldhaft verzögerte Vorliegen, vgl. Marx, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 6; Schielermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 166.

2082 Allgemein anders GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 39 ff.; Schielermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J Vor §§ 84–86 AsylG Rn. 12: „§§ 84, 84a und 85 AsylG sind Strafvorschriften [...], die als ultima ratio Verhaltensweisen, die durch einen hohen Unrechts- und Schuldgehalt sowie Verwerflichkeitsgrad geprägt sind, mit Strafe bewehren.“

2083 BVerfG NJW 1993, 1751, 1754; NVwZ 1997, 1109, 1111; LK-StGB/Weigend, 13. Aufl. 2020, Einl. Rn. 1. Selbst der dem Gesetzgeber eingeräumte Beurteilungsspielraum, auf den etwa GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 41 f., verweist, ist insoweit nicht grenzenlos.

gestattung räumlich auf deren Bezirk beschränkt (§ 56 Abs. 2 AsylG). Von dieser räumlichen Beschränkung kann der Betroffene durch eine Erlaubnis befreit werden (§ 57 Abs. 1, 2 AsylG), wobei die Wahrnehmung von Terminen bei Behörden und Gerichten, bei denen das persönliche Erscheinen des Betroffenen erforderlich ist, ohne gesonderte Genehmigung erlaubt ist (§ 57 Abs. 3 AsylG). Eine räumliche Beschränkung nach § 56 AsylG erlischt gemäß § 59a Abs. 1 AsylG, wenn sich der Ausländer seit drei Monaten ununterbrochen erlaubt, geduldet oder gestattet im Bundesgebiet aufhält, wobei dies nicht gilt, solange die Verpflichtung in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, fortbesteht.

Darüber hinaus bestimmt § 59a Abs. 2 AsylG, dass räumliche Beschränkungen „auch nach Erlöschen der Aufenthaltsgestattung in Kraft [bleiben] bis sie aufgehoben werden, längstens aber bis zu dem in Absatz 1 bestimmten Zeitpunkt.“ Da § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG unter anderem auf die Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung nach § 56 AsylG rekurriert und § 59a Abs. 2 AsylG die Fortgeltung der räumlichen Beschränkung auch bei Erlöschen der Aufenthaltsgestattung anordnet, stellt sich die Frage, ob auch die Zuwiderhandlung gegen derart fortbestehende räumliche Beschränkungen nach § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG strafbewehrt ist. Gesetzes-systematisch ist diese Frage zu bejahen. Zwar nimmt § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG nur § 56 AsylG in Bezug, welcher die räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung im Grundsatz regelt. Allerdings lässt sich ohne Rückgriff auf die §§ 57 bis 59a AsylG nicht bestimmen, ob eine räumliche Beschränkung noch gilt oder im konkreten Fall nicht eine Ausnahme oder eine Erlaubnis eingreift. Daher wird auch die fortbestehende räumliche Beschränkung im Sinne des § 59a Abs. 2 AsylG vom Tatbestand des § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG umfasst.²⁰⁸⁴

§ 59b AsylG erlaubt es der zuständigen Ausländerbehörde, unabhängig von § 59a Abs. 1 AsylG eine räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung anzuordnen, wenn der Ausländer wegen einer Straftat, mit Ausnahme solcher Straftaten, deren Tatbestand nur von Ausländern verwirklicht werden kann, rechtskräftig verurteilt worden ist (§ 59b Abs. 1 Nr. 1 AsylG), wenn Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass der Ausländer gegen Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes verstoßen hat (§ 59b Abs. 1 Nr. 2 AsylG), wenn konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung gegen den Ausländer bevorstehen (§ 59b Abs. 1 Nr. 3 AsylG) oder wenn von dem Ausländer eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter ausgeht (§ 59b Abs. 1 Nr. 4 AsylG). Auch in diesen Fällen kann

²⁰⁸⁴ Im Ergebnis übereinstimmend LG Ulm, Beschl. v. 3.9.2008 – 2 Qs 2024/08, BeckRS 2008, 22405, allerdings zu § 56 AsylVfG a.F., bei dem die Regelung zur Fortgeltung in Abs. 3 enthalten war; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 34. Anders Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 170. Zur früheren Rechtslage ging das OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.6.1998 – 1 Ws 107–98, BeckRS 1998, 22056, davon aus, dass mit Erlöschen der Aufenthaltsgestattung eine Strafbarkeit nicht mehr in Betracht komme.

im Einzelfall eine Verlassenserlaubnis nach § 58 Abs. 1 oder 2 AsylG erteilt werden, wobei die Wahrnehmung von Terminen bei Behörden und Gerichten, bei denen das persönliche Erscheinen des Betroffenen erforderlich ist, ohne gesonderte Genehmigung erlaubt ist (§ 58 Abs. 3 AsylG). Zudem regelt § 58 Abs. 4 AsylG eine gesetzliche Verlassenserlaubnis bei erfolgreicher, aber noch nicht rechtskräftiger Verpflichtungsklage auf Anerkennung als Asylberechtigter, Zuerkennung internationalen Schutzes oder Feststellung von Abschiebungsverboten. Auch kann eine räumliche Beschränkung im Einzelfall auf das gesamte Gebiet eines Kreises (§ 58 Abs. 5 AsylG) oder allgemein durch Rechtsverordnung einer Landesregierung auf ein die Bezirke mehrerer Ausländerbehörden umfassendes Gebiet, das Gebiet eines Landes oder bei Einvernehmen zwischen den Landesregierungen sogar auf das Gebiet mehrerer Länder (§ 58 Abs. 6 AsylG) ausgedehnt werden.

Der Tatbestand des § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG setzt dementsprechend voraus, dass entweder eine gesetzlich vorgesehene räumliche Beschränkung nach § 56 AsylG besteht, von welcher der Betroffene nicht durch Erlaubnis befreit ist,²⁰⁸⁵ oder eine räumliche Beschränkung nach § 59b Abs. 1 AsylG im Einzelfall durch wirksame Verfügung angeordnet worden ist und im konkreten Fall keine behördliche oder gesetzliche Erlaubnis nach § 58 AsylG eingreift.²⁰⁸⁶ Da auch in diesen Fällen eine Klage keine aufschiebende Wirkung hat, ist die Anordnung der räumlichen Beschränkung mit Bekanntgabe vollziehbar.

Tathandlung ist die *wiederholte* Zuwiderhandlung gegen eine²⁰⁸⁷ entsprechende räumliche Beschränkung durch körperliches Verlassen des Aufenthaltsbereichs, wobei hier im Wesentlichen die Ausführungen zu § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG gelten.²⁰⁸⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung muss der wiederholten Zuwiderhandlung eine

2085 In diesen Fällen entfällt der Tatbestand, vgl. Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 174.

2086 Zu § 58 Abs. 4 AsylVfG a.F. siehe BVerfG, Beschl. v. 19.7.2002 – 2 BvR 18/02 (juris).

2087 Daraus wird teilweise gefolgert, dass nicht gegen *dieselbe* räumliche Beschränkung wiederholt verstoßen werden muss, sondern auch zwei verschiedene Verstöße gegen jeweils unterschiedliche räumliche Beschränkungen den Tatbestand erfüllen, vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 38. Dagegen spricht aber, dass der Wortlaut, der die Zuwiderhandlung gegen „eine“ räumliche Beschränkung nach einer der in Bezug genommenen Vorschriften voraussetzt, nahelegt, dass mehrere Verstöße gegen eine konkrete Aufenthaltsbeschränkung erfolgen müssen. Damit lässt sich auch die gesetzgeberische Entscheidung, nur wiederholte Verstöße zu sanktionieren, besser in Einklang bringen, da die hier ohnehin fragwürdige Unrechtssteigerung erst recht nicht dadurch eintreten kann, dass jeweils einmalig gegen unterschiedliche räumliche Beschränkungen verstoßen wird, die oftmals auch zeitlich weit auseinander liegen können, vgl. im hiesigen Sinne OLG Stuttgart NVwZ-Beil. 2000, 23, 24; OLG Köln, Beschl. v. 16.7.2002 – Ss 289/02 – 137 –, BeckRS 2002, 13016, Rn. 6; zu § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG OLG Brandenburg, Beschl. v. 24.10.2007 – 1 Ss 79/07, BeckRS 2008, 4869, Rn. 8; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.1.2009 – 1 Ss 90/08, BeckRS 2009, 4552; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 182.

2088 Oben E. III. 1. a) gg).

staatliche Reaktion mit Warnfunktion vorausgegangen sein.²⁰⁸⁹ Bezweifeln lässt sich dies nur für die Fälle des § 59b Abs. 1 Nr. 4 AsylG, wenn von dem Ausländer eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter ausgeht. Allerdings hätte es insoweit nahe gelegen, wenn der Gesetzgeber eine Parallele zu § 95 Abs. 1 Nr. 6c AufenthG gezogen und an den Erstverstoß angeknüpft hätte.

Eine Gesamtschau von § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG mit §§ 56 bis 59b AsylG verdeutlicht ferner, dass nach der gesetzlichen Systematik bereits das bloß kurzzeitige Verlassen des räumlichen Aufenthaltsbereichs strafbewehrt ist, sodass es keiner Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts bedarf.²⁰⁹⁰ Andernfalls wären die detaillierten Ausnahmeregelungen entbehrlich, die teilweise an punktuelle Ereignisse, etwa die Wahrnehmung einzelner Termine (§§ 57 Abs. 3, 58 Abs. 3 AsylG), anknüpfen.²⁰⁹¹ Nach der herrschenden Meinung macht sich nach § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG zudem strafbar, wer eine Erlaubnis zum Verlassen des Bereichs der räumlichen Beschränkung besitzt, aber nach Ablauf dieser Erlaubnis nicht rechtzeitig zurückkehrt.²⁰⁹² Der Wortlaut lässt dies ohne Weiteres zu, da eine Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung sowohl durch Fortbewegen ohne Erlaubnis als auch durch Überschreiten einer Erlaubnis, welche nur während ihrer Geltungsdauer die räumliche Beschränkung suspendiert, begangen werden kann. Lebt die räumliche Beschränkung wieder auf und befindet sich der Betroffene zu diesem Zeitpunkt außerhalb des räumlichen Aufenthaltsbereichs, handelt er der Aufenthaltsbeschränkung zuwider und erfüllt grundsätzlich den Tatbestand. Strukturell handelt es sich freilich um ein Unterlassen der rechtzeitigen Rückkehr. Insoweit muss berücksichtigt werden, ob das normgemäße Verhalten (die Rückkehr) zumutbar gewesen ist. Umstände, die es dem Betroffenen unzumutbar machen, rechtzeitig zurückzukehren, stehen einer tatbestandsmäßigen Zuwiderhandlung entgegen.²⁰⁹³

2089 Vgl. wie hier *Kretschmer*, *Ausländerstrafrecht*, 2012, § 7 Rn. 70; *Marx*, *AsylG*, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 12 f.; *Winands*, *Analyse der Verwaltungsstraftatbestände des Ausländer- und Asylrechts* § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 *AuslG* und § 85 Nr. 2 *AsylVfG*, 1998, 22 ff., die auch darauf hinweist, dass Asylbewerber sich oftmals einem sie überfordernden Verwaltungsapparat gegenübersehen und (Erst-)Verstöße gegen räumliche Beschränkungen daher regelmäßig ohne Unrechtsbewusstsein stattfinden werden (S. 28). Dagegen *MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 *AsylG* Rn. 37; *Schiedermaier/Wollenschläger*, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 *AsylG* Rn. 183 m.w.N. Vgl. ferner die Nachweise zu § 95 Abs. 1 Nr. 7 *AufenthG* oben E. III. 1. a) gg).

2090 Vgl. *Marx*, *AsylG*, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 9 m.w.N.; *Schiedermaier/Wollenschläger*, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 *AsylG* Rn. 173.

2091 Vgl. *MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 *AsylG* Rn. 30; auf Grundlage der früheren Rechtslage schon *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 62. Angesichts der Ausnahmetatbestände und der Möglichkeit der Erlaubniseinholung hält das BVerfG auch die Strafbarkeit des kurzzeitigen Verlassens des räumlichen Aufenthaltsbereichs für verfassungsgemäß, vgl. BVerfG NVwZ 1983, 603, 604.

2092 OLG Celle, Urt. v. 4.4.1984 – 1 Ss 125/84, BeckRS 1984, 31162204; *GK-AsylG/Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 31; *Marx*, *AsylG*, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 11; *Schiedermaier/Wollenschläger*, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 *AsylG* Rn. 181.

2093 Vgl. ähnlich unter Rückgriff auf § 13 StGB *MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 *AsylG* Rn. 29; *Schiedermaier/Wollenschläger*, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018,

Das Bundesverfassungsgericht hat den Tatbestand in seiner früheren Fassung für verfassungskonform erklärt.²⁰⁹⁴ Die Gemeinwohlbelange der gleichmäßigen Verteilung der mit der Aufnahme von Asylbewerbern verbundenen Aufgaben und die Sicherstellung der jederzeitigen Erreichbarkeit von Asylbewerbern zum Zwecke der beschleunigten Durchführung des Asylverfahrens rechtfertigten nicht nur die räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung, sondern auch die Strafbewehrung wiederholter Verstöße, die an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen sei.²⁰⁹⁵

Die vom Bundesverfassungsgericht herangezogenen Gemeinwohlbelange sind allerdings schon im Ausgangspunkt nicht geeignet, zu begründen, weshalb auch das bloß kurzfristige Verlassen des räumlichen Geltungsbereichs der Aufenthaltsgestattung ohne Genehmigung verboten und strafbar sein sollte. Dies trägt weder zu einer gleichmäßigen Verteilung von Asylbewerbern bei, noch hindert eine kurzfristige Abwesenheit bei fortbestehendem gewöhnlichem Aufenthalt (und ladungsfähiger Anschrift) die Erreichbarkeit des Asylbewerbers beziehungsweise trägt dieser das Risiko für Fristversäumnisse, wenn er es unterlässt, seine Briefpost durchzusehen oder durchsehen zu lassen.²⁰⁹⁶ Auch das zusätzlich vom Bundesverfassungsgericht herangezogene Argument, die Vorschrift diene der Vermeidung einer „ordnungsrechtlich unerwünschte[n] Konzentration von Asylbewerbern etwa in bestimmten großstädtischen Zentren“, trägt allenfalls die verwaltungsrechtliche Regelung der räumlichen Beschränkung – wobei auch insoweit nicht zu erkennen ist, welcher legitime ordnungsrechtliche Belang einem kurzfristigen Zusammentreffen von Asylbewerbern in großstädtischen Zentren entgegenstehen sollte –, nicht aber die Strafbewehrung auch nur kurzfristiger Verstöße, da diese allenfalls unter Berücksichtigung von dem Einzelnen nicht zuzurechnenden Kumulationseffekten zu einer substantziellen Beeinträchtigung entsprechender Belange führen könnten und im Übrigen kein in besonderer Weise sozialschädliches Verhalten konstituieren.

Bei genauerer Betrachtung verfolgt § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG neben der Verfahrensökonomisierung dagegen vor allem den Zweck, die Zahl der Asylanträge zu reduzieren,

2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 181. Dagegen sieht *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 111, 173 f., in der Erlaubnis lediglich einen Rechtfertigungsgrund und würde daher wohl zur Annahme einer Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun gelangen. Allerdings spricht gegen diese Auffassung, dass die Befreiung von der räumlichen Beschränkung bereits das von § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG in Bezug genomme Verbot (temporär) aufhebt und nicht den Verstoß gegen das Verbot rechtfertigt.

2094 BVerfG NVwZ 1989, 951 f.; 1997, 1109, 1111.

2095 BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1111.

2096 Deshalb überzeugt die Erwägung des BVerfG, eine alternative Ausgestaltung etwa unter Vorsehen einer Meldepflicht bei kürzeren Abwesenheiten, sei nicht praktikabel, da die Meldungen über den Aufenthalt des Asylbewerbers „mit erheblichem Verwaltungsaufwand [...] jeweils an das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, die Ausländerbehörde und das zuständige Gericht weitergegeben werden“ (BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1111) müssten, nicht. Umgekehrt stellt sich die Frage, ob nicht ein System, das für jedes Verlassen des räumlichen Geltungsbereichs eine Genehmigung voraussetzt und damit zahlreiche Prüfungsgänge initiiert, mit erheblichem Verwaltungsaufwand verbunden ist.

indem die „Möglichkeit, den Aufenthalt im Bundesgebiet frei wählen und hier unbeschränkt reisen zu können“, beschränkt und dadurch der „sprunghaft erhöhten Zahl von nicht begründeten Asylanträgen“ begegnet wird, „gerade auch im Interesse derjenigen [...], deren Asylberechtigung im Anerkennungsverfahren unanfechtbar ausgesprochen werde“.²⁰⁹⁷ Die „Verhinderung derartiger ‚Nebenzwecke‘“ soll die „eigentliche und alleinige Aufgabe des Asylverfahrens – die Feststellung der Asylberechtigung – in den Vordergrund stellen“.²⁰⁹⁸ Diese vom Bundesverfassungsgericht in den 1980er Jahren definierten Zwecke der räumlichen Beschränkung wurden zwar in späteren Entscheidungen nicht mehr aufgegriffen; sie bilden jedoch auch im Lichte der Normgenese den Hintergrund für die gesetzgeberische Pönalisierungsentscheidung: Die Kriminalisierung wiederholter Verstöße gegen räumliche Beschränkungen steht in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit den gesetzgeberischen Maßnahmen zur Bekämpfung „irregulärer“ Migration zu Beginn der 1980er Jahre.²⁰⁹⁹ Losgelöst davon, dass eine temporäre räumliche Beschränkung diesen Zweck – also die Begrenzung „irregulärer“ Migration – kaum wird fördern können,²¹⁰⁰ besteht kein hinreichender Konnex zwischen dem gesetzgeberischen Ziel der Migrationsbegrenzung und -steuerung und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des einzelnen Asylbewerbers, der es rechtfertigte, das Individuum strafrechtlich für das übergeordnete Ziel in Anspruch zu nehmen.²¹⁰¹ Das Strafrecht wird hier vielmehr vollständig von der Funktion des Rechtsgüterschutzes entkoppelt und zu strafrechtsexternen Zwecken instrumentalisiert.

Auch wenn § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG im Blick auf die grundsätzliche Befristung der räumlichen Beschränkung nach § 59a Abs. 1 AsylG auf drei Monate ununterbrochenen erlaubten, geduldeten oder gestatteten Aufenthalts in vielen Fällen nur noch einen deutlich eingeschränkten zeitlichen Anwendungsbereich hat, was im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist, steht nach den vorangegangenen Ausführungen in Zweifel, ob die Strafvorschrift einen verhältnismäßigen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG darstellt, jedenfalls sofern auch nur kurzfristige Verstöße im Wiederholungsfalle erfasst werden. Spätestens im Blick auf die Erforderlichkeit der Verbotsnorm stellt sich nämlich die Frage, ob nicht bereits eine Wohnsitzauflage bezogen auf die jeweilige Aufnahmeeinrichtung ausreicht, um die vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke, sofern sie für legitim gehalten werden, zu erreichen. Jedenfalls für die gleichmäßige Verteilung der Asylbewerber und verfahrensökonomische Erwägungen bedarf es einer räumlichen Beschränkung nicht; sofern ursprünglich die Verringerung der Attraktivität der Bundesrepublik Deutschland als Migrationsziel

2097 BVerfG NVwZ 1989, 951, 952; zuvor schon BVerfG NVwZ 1983, 603, 604.

2098 BVerfG NVwZ 1983, 603, 604.

2099 Dazu oben A. II. 3. c) cc).

2100 Vgl. Marx, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 3.

2101 Dazu bereits oben B. II. 2. b).

im Raum stand, dürfte die Erfahrung der vergangenen Jahrzehnte belegt haben, dass räumliche Beschränkungen keinerlei abschreckende oder sonst migrationsbegrenzende Wirkung entfalten. Der Gesetzgeber sollte seine Kriminalisierungsentscheidung daher überdenken.²¹⁰²

cc) § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG

§ 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG bedroht denjenigen mit Strafe, der einer vollziehbaren Anordnung nach § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylG nicht rechtzeitig nachkommt. § 60 Abs. 1 Satz 1 AsylG stellt eine Ermächtigungsgrundlage zur Verpflichtung eines im Asylverfahren befindlichen Ausländers dar, in einer bestimmten Gemeinde, in einer bestimmten Wohnung oder Unterkunft zu wohnen (Nr. 1), in eine bestimmte Gemeinde, Wohnung oder Unterkunft umzuziehen (Nr. 2) oder in dem Bezirk einer anderen Ausländerbehörde desselben Landes seinen gewöhnlichen Aufenthalt und Wohnung oder Unterkunft zu nehmen (Nr. 3). § 60 AsylG dient in Verbindung mit § 10a Abs. 1 Satz 1 AsylbLG unter anderem der gerechten Verteilung von Sozialkosten, indem Sozialleistungen nur an dem durch die Wohnsitzauflage bestimmten Wohnort erbracht werden.²¹⁰³ Voraussetzung ist, dass der Betroffene nicht oder nicht mehr verpflichtet ist, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Zudem darf sein Lebensunterhalt nicht gesichert sein.²¹⁰⁴

Eine Strafbarkeit nach § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG setzt dabei voraus, dass die Wohnsitzauflage wirksam und vollziehbar angeordnet worden ist. Insoweit gilt auch hier, dass mangels aufschiebender Wirkung einer Klage (§ 75 Abs. 1 AsylG) die Vollziehbarkeit mit Bekanntgabe eintritt.²¹⁰⁵ Auf die Rechtmäßigkeit der Wohnsitzauflage kommt es dagegen nicht an; wenn die Behörde also fälschlicherweise vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylG ausgeht, wird dem Betroffenen

2102 Ebenfalls frühzeitig auf zwischenzeitlich geschaffene asylrechtliche Reaktionsmöglichkeiten verweisend Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 64. Friktionen mit dem Unionsrecht sieht zudem Marx, *AsylG*, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 7. Allerdings dürfte die in Bezug genommene RL 2013/33/EU einer strafrechtlichen Sanktionierung von nach Art. 7 Abs. 1, 2 der RL zulässigen räumlichen Beschränkungen nicht entgegenstehen, da die Strafbewehrung weder gegen eine Bestimmung der RL verstößt noch ihre effektive Umsetzung beeinträchtigt. Dass die Richtlinie zulässige Sanktionen abschließend regelt, ist weder aus dem Richtlinien-text noch aus deren Regelungszusammenhang abzuleiten, vgl. zur Vorgänger-richtlinie auch OLG Hamm, *Beschl. v. 28.2.2008 – 3 Ss 429/07*, abrufbar unter: <<https://www.asyl.net/r/sdb/M13188>>.

2103 Kluth/Heusch, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), *BeckOK-Ausländerrecht*, 46. Edn. 2024, § 60 AsylG Rn. 2.

2104 Der Lebensunterhalt gilt nach § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylG i.V.m. § 2 Abs. 3 AufenthG als gesichert, wenn der Betroffene ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann, wobei Kindergeld, Kinderzuschlag, Erziehungsgeld, Elterngeld, BaFöG-Leistungen, öffentliche Mittel, die auf Beitragszahlungen beruhen oder die gewährt werden, um den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen, sowie Leistungen nach dem Unterhaltsvorschuss-gesetz außer Acht bleiben.

2105 Vgl. Marx, *AsylG*, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 16; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 42; Schiedermaier/Wollenschläger, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 189.

zugemutet, gegen die Auflage zu klagen und gerichtlichen Eilrechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO in Anspruch zu nehmen.²¹⁰⁶

Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht in einem Unterlassen: § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG soll nach dem klaren Wortlaut Fälle erfassen, in denen der Betroffene einer Wohnsitzauflage nach § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylG „nicht rechtzeitig nachkommt“, ihr also keine Folge leistet. Zwar erfasst § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylG sowohl Fälle, in denen eine Person bereits in der Gemeinde, Wohnung oder Unterkunft wohnt, auf welche sich die angeordnete Wohnsitzauflage bezieht, als auch Fälle, in denen die Wohnsitzauflage einen Umzug erforderlich macht, sodass ein Verstoß gegen die Wohnsitzauflage auch durch aktives Tun (nämlich durch Aufgabe des verpflichtend zugewiesenen Wohnsitzes) verwirklicht werden kann. Der Straftatbestand des § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG indiziert aber durch den Wortlaut „nicht rechtzeitig nachkommt“, dass von ihm nur Fälle des Unterlassens erfasst sind. In der Konstellation der aktiven Aufgabe eines Wohnsitzes nach Anordnung der Wohnsitzauflage könnte nämlich das Tatbestandsmerkmal „nicht rechtzeitig“ keine sinnvolle Funktion erfüllen. Auch das Merkmal „nachkommt“ spricht angesichts der damit implizierten Notwendigkeit eines Tätigwerdens zur Erfüllung der Wohnsitzauflage dafür, dass der Tatbestand sich auf das Unterlassen eben dieser Tätigkeit bezieht.²¹⁰⁷

Die Frage, ob der Betroffene der Auflage „nicht rechtzeitig“ nachgekommen ist, beurteilt sich nach der im Bescheid gesetzten Frist.²¹⁰⁸ Ist keine Frist gesetzt, scheidet eine Strafbarkeit nach § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG aus, weil dann die strafbewehrte Handlungspflicht nicht hinreichend bestimmt ist.²¹⁰⁹ Eine Auslegung des Merkmals „nicht rechtzeitig“ als gleichbedeutend mit „unverzüglich“ (§ 121 BGB) kommt nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber in § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG gerade nicht auf das Merkmal „unverzüglich“ zurückgegriffen hat, obschon dieses, wie § 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG verdeutlicht, in anderen Strafvorschriften desselben Gesetzes zur Anwendung gelangt. Wortlaut und Gesetzssystematik sprechen daher gegen eine derart extensive Auslegung.²¹¹⁰

Wie bei § 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG steht die Vereinbarkeit der Strafvorschrift mit dem *ultima-ratio*-Grundsatz in Zweifel, da auch hier in erster Linie die Organisations- und Arbeitsabläufe der Verwaltungsbehörden unterstützt werden, ohne dass erkenn-

2106 Siehe oben D. I. 1.

2107 So auch LG Lüneburg, StV 1995, 535 f.; GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 144. EL Dezember 2023, § 85 Rn. 39; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 40.

2108 Ebenfalls an die „vollstreckungsrechtliche Frist“, die sich aus dem Bescheid ergibt, anknüpfend Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 112.

2109 Ebenfalls kritisch aus verfassungsrechtlicher Perspektive MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 40 f.

2110 Ebenfalls kritisch gegenüber einer Orientierung am Merkmal der Unverzüglichkeit MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 41. Anders aber Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 209. EL 2016, § 85 AsylG Rn. 10.

bar wäre, dass das strafbewehrte Verhalten in besonderer Weise sozialschädliche Auswirkungen haben könnte. Aufgrund der in § 10a Abs. 1 Satz 1 AsylbLG festgelegten örtlichen Zuständigkeit der Behörde, für deren Bereich eine Wohnsitzauflage besteht, ist nämlich nicht zu befürchten, dass Asylbewerber unter Verstoß gegen die Wohnsitzauflage des § 60 Abs. 2 AsylG an einem anderen Ort unberechtigt Sozialleistungen beziehen. Die Strafbewehrung zielt daher im Kern nicht auf die Sicherstellung einer gleichmäßigen Lastenverteilung. Vor diesem Hintergrund bleibt als Kriminalisierungsgrund nicht viel mehr als die Verstärkung der Verbindlichkeit einer Wohnsitzauflage gegenüber dem Betroffenen.

dd) § 85 Abs. 1 Nr. 4 AsylG

§ 85 Abs. 1 Nr. 4 AsylG stellt die Ausübung einer Erwerbstätigkeit unter Verstoß gegen das in § 61 Abs. 1 Satz 1 AsylG enthaltene Verbot unter Strafe. § 61 Abs. 1 Satz 1 AsylG verbietet Ausländern im Asylverfahren für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, die Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Voraussetzung der Strafbarkeit ist daher zunächst, dass zum Zeitpunkt der Tatbegehung die Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, überhaupt bestand. Dies bestimmt sich nach §§ 47 bis 49 AsylG. Das Bestehen der Verpflichtung ist Tatbestandsmerkmal und muss daher vom Tatgericht aufgeklärt werden.²¹¹¹ Zudem darf der Betroffene keine Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 61 Abs. 1 Satz 2 und 3 AsylG besitzen. Eine solche lässt den Tatbestand entfallen. Nach der hier vertretenen differenzierenden Auffassung führt aber nicht schon ein Genehmigungsanspruch zum Ausschluss des Tatbestandes.²¹¹² Tathandlung ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Damit ist § 85 Abs. 1 Nr. 4 AsylG als Dauerdelikt ausgestaltet, dessen Tatbestand mit der Aufnahme der Erwerbstätigkeit vollendet und mit ihrer Aufgabe beendet ist. Auch eine nur kurzfristige Erwerbstätigkeit unterfällt dem Tatbestand,²¹¹³ was im Blick auf das Übermaßverbot kritisch erscheint. Ein Arbeit- oder Auftraggeber, der in Kenntnis des bestehenden Verbots eine Erwerbstätigkeit ermöglicht, macht sich wegen Beihilfe zu § 85 Abs. 1 Nr. 4 AsylG strafbar.²¹¹⁴

Es liegt auf der Hand, dass die Strafbewehrung des Arbeitsverbots nicht nur aufgrund des damit verbundenen Eingriffs in die für Ausländer nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit kritisch zu betrachten ist. Mag diese noch aufgrund der zeitlichen Befristung des Arbeitsverbots und des damit verfolgten Ziels, eine Arbeitsmarktintegration von Personen ohne Bleibeperspektive zu verhindern, ver-

2111 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 144. EL Dezember 2023, § 85 Rn. 41; im Ergebnis übereinstimmend auch MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 43.

2112 Differenzierend MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 43a.

2113 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 144. EL Dezember 2023, § 85 Rn. 42; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 44.

2114 Insoweit gelten die Ausführungen oben unter E. II. 5. entsprechend.

fassungsrechtlich gerechtfertigt sein,²¹¹⁵ trägt die Kriminalisierung der Erwerbstätigkeit von Asylbewerbern letztlich dazu bei, vielfach bediente Narrative des vom Sozialstaat abhängigen und arbeitsunwilligen Asylbewerbers zu perpetuieren. Da die Pflicht zum Aufenthalt in einer Aufnahmeeinrichtung über 18 Monate hinaus andauern kann (§ 47 Abs. 1 Satz 3 AsylG) und zahlreiche Personengruppen – etwa Staatsangehörige sicherer Herkunftsstaaten nach § 61 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AsylG – von der Möglichkeit, eine Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AsylG zu erhalten, ausgeschlossen sind, werden auch langfristig im Bundesgebiet lebende Personen rechtlich und faktisch gezwungen, Sozialleistungen zu beziehen. Sind sie erst einmal durch den mittel- bis langfristigen Bezug derartiger Leistungen und den damit einhergehenden fehlenden Anschluss an den Integrationsmotor des Arbeitsmarktes desintegriert, gestaltet sich die Aufnahme einer späteren – dann erlaubten und vielfach eingeforderten – Erwerbstätigkeit schwierig.²¹¹⁶ Auf diese Weise trägt der Gesetzgeber dazu bei, die Bedingungen für migrationsskeptische Haltungen in der Bevölkerung zu schaffen. Auch im Blick auf kriminologische Erkenntnisse scheint das Verbot der Erwerbstätigkeit jedenfalls bedenkenswert: die durch das Verbot verursachte Prekarisierung der Betroffenen ist – ohne dass dies in einem kausalen Zusammenhang mit der „Ausländereigenschaft“ stünde – ein Faktor, der sich potenziell negativ auf die Delinquenzbelastung der betroffenen Gruppe auswirken kann.²¹¹⁷

ee) § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG

Der mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz erst 2024 eingefügte § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG entspricht in seiner Struktur § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG und stellt unter Strafe, wenn der Betroffene entgegen § 15 Abs. 2 Nr. 1 AsylG wider besseres Wissen eine erforderliche Angabe zu seinem Alter, seiner Identität oder seiner Staatsangehörigkeit nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht.²¹¹⁸ Der Tatbestand ist gegenüber § 85 Abs. 2 AsylG, der Falschangaben im Asylverfahren betrifft,²¹¹⁹ formell subsidiär, sodass die in der Literatur teilweise befürchtete Friktion mit Art. 103 Abs. 2 GG im

2115 Vgl. *Langenfeld*, NVwZ 2019, 677, 682.

2116 Vgl. *Adema/Alipour*, ifo Schnelldienst 3/2025: Steigert Migration die Kriminalität? Ein datenbasierter Blick, 2025, 9; *Fasani/Frattini/Minale*, Journal of the European Economic Association 2021, 2803 ff., gelangen in ihrer Auswertung zu einer um 15 % verringerten Beschäftigungswahrscheinlichkeit bis zu zehn Jahre nach der Ankunft und weisen in Bezug auf Deutschland auch darauf hin, dass eine nicht belegte abschreckende Wirkung in keinem Verhältnis zu den Folgekosten der versäumten Arbeitsmarktintegration stehe (S. 2834 f.); *Marbach/Hainmüller/Hangartner*, The long-term impact of employment bans on the economic integration of refugees, 2018.

2117 Vgl. *Adema/Alipour*, ifo Schnelldienst 3/2025: Steigert Migration die Kriminalität? Ein datenbasierter Blick, 2025, 9; *Glaubitz/Bliesener*, NK 2019, 142, 144, 159; *Singelstein/Kunz*, Kriminologie, 8. Aufl. 2021, § 23 Rn. 68 f.

2118 BT-Drs. 20/9463, S. 61: „orientiert sich an § 95 Abs. 1 Nummer 5 des Aufenthaltsgesetzes“.

2119 Dazu unten E. IV. 2.

Blick auf eine trennscharfe Abgrenzung der Straftatbestände nicht besteht,²¹²⁰ zumal § 85 Abs. 2 AsylG zusätzliche subjektive Anforderungen stellt.²¹²¹

§ 15 Abs. 2 Nr. 1 AsylG verlangt als Ausformung der allgemeinen Mitwirkungspflicht im Asylverfahren, dass der Betroffene den mit der Ausführung des Asylgesetzes betrauten Behörden die erforderlichen Angaben wahrheitsgemäß nach bestem Wissen und Gewissen mündlich und nach Aufforderung auch schriftlich macht. Der Tatbestand des § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG knüpft an diese breit gefasste und hinsichtlich der erforderlichen Angaben unbestimmte Pflicht an und konkretisiert sie dahingehend, dass nur unterlassene, unrichtige oder unvollständige Angaben zu Alter, Identität oder Staatsangehörigkeit strafbewehrt sind. Im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG ist diese Konkretisierung zwingend. Voraussetzung der Strafbarkeit ist daher, dass der Betroffene von einer zuständigen Behörde zu Angaben über sein Alter, seine Identität oder seine Staatsangehörigkeit aufgefordert worden ist,²¹²² dass diese Angabe erforderlich gewesen ist, dass er die Angabe nicht, nicht richtig oder nicht vollständig gemacht hat und schließlich, dass dies auch *wider besseres Wissen* erfolgt ist.

Zuständige Behörden im Sinne des § 15 Abs. 2 Nr. 1 AsylG sind neben dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (§ 5 AsylG) auch alle anderen mit der Ausführung des Asylgesetzes betrauten Behörden, also insbesondere Grenzbehörden (§ 18 AsylG), Ausländerbehörden (§ 19 Abs. 1 AsylG), die Bundespolizei und die Polizeien der Länder (§ 19 Abs. 1 AsylG), Aufnahmeeinrichtungen (§ 20 AsylG) und Gesundheitsbehörden (§ 62 AsylG).²¹²³ Allerdings spricht die Schutzrichtung des Tatbestandes, die Feststellung von Alter, Identität und Staatsangehörigkeit eines Asylbewerbers sicherzustellen, für eine Beschränkung des Tatbestandes auf diejenigen Behörden, die eine entsprechende Identitätsprüfung überhaupt vornehmen, also insbesondere das Bundesamt, die Grenzbehörden, Ausländerbehörden und Polizei-behörden.²¹²⁴

Die Voraussetzung, dass der Betroffene von der Behörde zu Angaben über sein Alter, seine Identität oder seine Staatsangehörigkeit aufgefordert worden sein muss, folgt daraus, dass für den Betroffenen erkennbar sein muss, dass von ihm bestimmte Angaben gefordert werden. Dafür spricht, dass der Gesetzgeber das Merkmal „eine erforderliche Angabe“ zusätzlich in § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG aufgenommen hat,

2120 So aber *Lehrian*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 85 AsylG Rn. 9.

2121 Dazu unten E. IV. 2.

2122 Nach Auffassung von GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 43, soll dagegen auch eine „initiativ durch den Schutzsuchenden“ erfolgende Angabe, etwa im Rahmen seines Asylvorbringens, erfasst sein.

2123 Vgl. *Kluth*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 7 AsylG Rn. 8; siehe auch GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 70.

2124 Die Gesetzesbegründung bezieht sich sogar nur auf das Bundesamt, vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 61. Ebenfalls für eine einschränkende Auslegung GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 72.

obschon sich bereits aus § 15 Abs. 2 Nr. 1 AsylG ergibt, dass die Mitwirkungspflicht sich nur auf „erforderliche“ Angaben bezieht. Eine Angabe ist dabei nur erforderlich, wenn sie im Blick auf den Gesetzeszweck des Asylgesetzes notwendig ist. Dies wird hinsichtlich Alter, Identität und Staatsangehörigkeit jedoch stets der Fall sein, weil diese Angaben für die Durchführung des Asylverfahrens ersichtlich von herausgehobener Bedeutung sind.

Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht im Unterlassen jeglicher Angabe oder in einer unrichtigen oder unvollständigen Angabe. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG verwiesen werden.²¹²⁵ Ebenfalls übertragbar sind die dortigen Erwägungen zur auch in den Fällen des § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG betroffenen Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit. Dabei zeigt sich, weshalb die hier vertretene Auffassung, dass der Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit durch die Annahme eines umfassenden Verwertungsverbots für Angaben im Asylverfahren Rechnung zu tragen ist, auf Grundlage der herrschenden Meinung, die das staatliche Interesse an der Identitätskenntnis als mittelbaren Schutzzweck anerkennt und die Strafbewehrung zur Durchsetzung dieses Interesses für erforderlich erachtet, gegenüber einem Tatbestandsausschluss vorzugswürdig ist: § 3 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AsylG enthält für den Fall, dass der Asylbewerber bestimmte schwere Straftaten begangen hat, insbesondere Völkerrechtsverbrechen, Gründe für den Ausschluss vom Flüchtlingsschutz. Die Bundesrepublik hat ein Interesse daran, dieser Personengruppe – im Einklang mit Art. 1 Buchst. F. GFK – keinen Schutz zu gewähren. Das Interesse des Staates, die Identität eines Asylbewerbers zu kennen, geht daher über Belange der inneren Sicherheit, wie sie für § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG maßgeblich sind, hinaus. Die Auffassung, die zu einem Tatbestandsausschluss bei Gefahr einer Selbstbelastung gelangt, kann diesem Interesse nicht hinreichend Rechnung tragen. Da der Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit in den Fällen des § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG, wie auch bei § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG, ein mittelbarer ist, also nicht zur Offenbarung konkreter Taten nötigt, sondern die Mitwirkung an der Identifikation einfordert, welche wiederum in Verbindung mit anderen Erkenntnissen den Schluss auf die Straftatbegehung durch den Betroffenen zulässt, genügt die Annahme eines Verwertungsverbots im Strafverfahren unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen auch den Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung.

Schließlich müssen die Angaben wider besseres Wissen unterlassen oder unrichtig oder unvollständig gemacht worden sein. Zur Auslegung dieses Merkmals kann auf die zu §§ 145d, 164 und 187 StGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Erforderlich ist, dass der Betroffene Kenntnis von den geforderten Angaben hat, also selbst sein Alter, seine Staatsangehörigkeit und Identitätsangaben kennt, und

2125 Oben E. III. 1. a) bb).

dennoch eine entsprechende Angabe unterlässt oder bewusst (*dolus directus* 2. Grades) unrichtige oder unvollständige Angaben macht.²¹²⁶

ff) § 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG

§ 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG, der gleichfalls mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz eingefügt wurde, stellt unter Strafe, wenn ein Ausländer im Asylverfahren entgegen § 15 Abs. 2 Nrn. 4 bis 6 AsylG einen Pass, Passersatz, erforderliche Urkunden, sonstige Unterlagen oder Datenträger nicht vorlegt, aushändigt oder überlässt. Die Strafvorschrift ist mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG nicht in Einklang zu bringen, soweit sie sich auf erforderliche Urkunden, sonstige Unterlagen oder Datenträger nach § 15 Abs. 2 Nrn. 5 und 6 AsylG bezieht. Denn selbst unter Berücksichtigung von § 15 Abs. 3 AsylG, der bestimmt, was erforderliche Urkunden und sonstige Unterlagen im Sinne des § 15 Abs. 2 Nr. 5 AsylG „insbesondere“ sind, bleibt unklar, welche Unterlagen von der strafbewehrten Vorlage-, Aushändigungs- und Überlassungspflicht erfasst sind. So sind nach § 15 Abs. 3 Nr. 5 AsylG auch „alle sonstigen Urkunden und Unterlagen, auf die der Ausländer sich beruft oder die für die zu treffenden asyl- und ausländerrechtlichen Entscheidungen und Maßnahmen einschließlich der Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sind“, von der Pflicht umfasst. Angesichts der Vielzahl potenziell „zu treffende[r] asyl- und ausländerrechtliche[r] Entscheidungen und Maßnahmen“ können damit letztlich alle Urkunden und Unterlagen im Besitz des Betroffenen bedeutsam sein. Auch die Bezugnahme auf Datenträger in § 15 Abs. 1 Nr. 6 AsylG ist nicht hinreichend klar, da sie „alle Datenträger, die für die Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit von Bedeutung sein können“, erfassen – und damit potenziell jeden Datenträger, der persönliche Informationen des Betroffenen enthält.

Im Übrigen gilt, dass der Tatbestand an ein Unterlassen anknüpft. Tatbestandsmäßig ist daher das Unterlassen der Vorlage, Aushändigung oder Übergabe der in § 15 Abs. 2 Nrn. 4 bis 6 AsylG genannten Dokumente und Datenträger trotz Bestehens der allgemeinen Mitwirkungspflicht, die jedenfalls vom Vorbringen des Asylgesuchs bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens gilt.²¹²⁷ Die Strafbarkeit setzt dabei – teils ausdrücklich (§ 15 Abs. 2 Nrn. 5 und 6 AsylG), teils im Blick auf das

2126 BT-Drs. 20/10090, S. 21. Siehe MK-StGB/*Regge/Pegel*, 5. Aufl. 2025, § 187 Rn. 10; TK-StGB/*Eisele/Schittenhelm*, 31. Aufl. 2025, § 187 Rn. 5, jeweils zu § 187 StGB; NK-StGB/*Kretschmer*, 6. Aufl. 2023, § 145d Rn. 25, zu § 145d StGB; MK-StGB/*Zopf*, 5. Aufl. 2025, § 164 Rn. 41, zu § 164 StGB.

2127 Vgl. *Houben*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 15 AsylG Rn. 17 ff. Zur Unverhältnismäßigkeit der in § 15 Abs. 5 AsylG angeordneten Fortdauer der Mitwirkungspflichten auch bei Rücknahme des Asylantrags siehe *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 14. Aufl. 2022, § 15 AsylG Rn. 14, in der 15. Aufl. 2025 abgeschwächt. Sofern teilweise vertreten wird, dass die Mitwirkungspflichten auch über den rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens hinaus gelten müssten, ist dies im Blick auf das Verhältnis von AufenthG und AsylG sowie eine richtlinienkonforme

Erfordernis der Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens (§ 15 Abs. 2 Nr. 4 AsylG) – voraus, dass der Betroffene überhaupt in Besitz der entsprechenden Dokumente beziehungsweise Datenträger ist. Für die Pflicht zur Vorlage, Aushändigung und Überlassung des Passes oder Passersatzes (§ 15 Abs. 2 Nr. 4 AsylG) folgt dies zusätzlich aus systematischen Erwägungen. So regelt § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylG ausdrücklich, dass der Ausländer im Falle des Nichtbesitzes eines gültigen Passes oder Passersatzes an der Beschaffung eines Identitätspapiers mitzuwirken hat. Ein Verstoß gegen diese Pflicht ist in § 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG aber gerade nicht strafbewehrt. Daraus ist zu folgern, dass § 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG nur das Unterlassen der Vorlage, Aushändigung und Überlassung eines im Besitz des Betroffenen befindlichen Passes oder Passersatzes umfasst, nicht aber das Unterlassen der Beschaffung eines entsprechenden Dokuments und dessen *anschließende* Vorlage, Aushändigung und Überlassung.

Die vor Inkrafttreten des Rückführungsverbesserungsgesetzes ergangene Rechtsprechung, wonach es keinen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit begründen sollte, wenn ein im Rahmen des Asylverfahrens vorgelegter Pass als Beweismittel in einem gegen den Asylbewerber geführten Verfahren wegen falscher Angaben bei der Visumsbeschaffung nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verwertet wurde,²¹²⁸ lässt sich angesichts der Strafbewehrung der Passvorlagepflicht in § 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG nicht mehr halten. Durch die Vorlage eines Passes, in dem sich ein erschlichesenes Visum findet, liefert der Betroffene nämlich selbst die Grundlage für seine Verurteilung; die Strafbewehrung der Vorlagepflicht führt wiederum dazu, dass dem Betroffenen nur die Wahl bleibt, sich selbst zu belasten oder sich strafbar zu machen. Insofern gelten die Ausführungen zu § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG entsprechend, auch wenn die Passvorlagepflicht keine Pflicht zu *Angaben* enthält und damit nicht den einer Abwägung unzugänglichen Kernbereich der Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit berührt.²¹²⁹ Daraus folgt lediglich, dass der Eingriff einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zugänglich ist. In die erforderliche Abwägung ist dabei einzustellen, dass die Strafbewehrung eine qualitative Intensivierung des Eingriffs in die Selbstbelastungsfreiheit bewirkt und damit deutlich über nicht sanktionsbewehrte Dokumentations- und Vorlagepflichten hinausgeht.²¹³⁰

2. Subjektiver Tatbestand und Weiteres

Sämtliche Tatbestände setzen ein vorsätzliches Verhalten voraus. Der Vorsatz muss dabei, sofern die Strafvorschrift an in einer Verfügung enthaltene Ver- oder Gebote

Auslegung der Vorschriften nicht überzeugend, vgl. *Houben*, a.a.O., Rn. 18d ff.; siehe auch GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 81.

2128 BayObLG NStZ 2020, 684, 685.

2129 BVerfG, Beschl. v. 27.4.2010 – 2 BvL 13/07, BeckRS 2010, 50089, Rn. 41.

2130 Vgl. oben E. III. 1. a) bb).

anknüpft, die *Kenntnis* von Existenz und Inhalt eben dieser Verfügung umfassen. Andernfalls fehlt es nach § 16 Abs. 1 StGB am Tatvorsatz.²¹³¹ Im Übrigen gelten die Ausführungen zu den Einreise- und Aufenthaltsdelikten hinsichtlich der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum entsprechend.²¹³² Eine Rechtfertigung und Entschuldigung kommt nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht. Allerdings ist zu beachten, dass der Gesetzgeber Konfliktlagen durch die Vorschriften des Aufenthalts- und Asylgesetzes bereits aufgelöst beziehungsweise zugunsten einer Interessenlage geregelt hat. Dementsprechend bleibt nur ein sehr begrenzter Raum für eine Rechtfertigung oder Entschuldigung unter Notstandsgesichtspunkten.

IV. Falschangaben im Verwaltungsverfahren

Die dritte Deliktgruppe umfasst Straftatbestände, welche Falschangaben im Verwaltungsverfahren unter Strafe stellen: § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, § 85 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 AsylG, § 9 Abs. 1 FreizügG/EU sowie § 42 StAG.

1. Das Aufenthaltsgesetz

§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bedroht denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe, der unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden. Ebenfalls bestraft wird, wer eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. Der Tatbestand differenziert somit zwischen unrichtigen und unvollständigen Angaben im Verwaltungsverfahren (dazu a)) und dem Gebrauchen einer durch entsprechende Angaben beschafften Urkunde (dazu b)). Der Tatbestand ist gemäß § 11 Abs. 1 FreizügG/EU auf freizügigkeitsberechtigte EU-Ausländer und ihre Familienangehörigen

2131 Vgl. NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 63; TK-StGB/*Schuster*, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 102; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 130, zu § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG; in diesen Fällen übereinstimmend *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 177; vgl. ferner *Schieder-mair/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 198. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH zu verwaltungsaktsakzessorischen Straftatbeständen, vgl. BGH NSTZ 2020, 682 m.w.N. Eine Belehrungspflicht über die Strafbewehrung bestimmter Pflichten wird allerdings abgelehnt, siehe OLG München, Beschl. v. 30.6.2009 – 4St RR 7/09, BeckRS 2009, 19428.

2132 Vgl. oben E. II. 3. Für § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG geht GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 202, davon aus, dass bei gesetzlich geltenden räumlichen Beschränkungen „die Kenntnis von der Beschränkung für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes nicht notwendig“ sei; ebenso GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 97; *Marx*, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 20; *Schieder-mair/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 198, für § 85 Nr. 2 AsylG a.F. Dies ist aber aus den unter E. II. 3. dargelegten Gründen nicht überzeugend. Der Tatbestand setzt objektiv das Bestehen einer räumlichen Beschränkung voraus; auf diesen Umstand muss sich der Vorsatz beziehen.

entsprechend anwendbar. Allerdings wird er im Anwendungsbereich des § 9 Abs. 1 FreizügG/EU von diesem verdrängt.²¹³³ Gegenstände, auf die sich eine Tat nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bezieht, insbesondere also Urkunden, die Aufenthaltstitel oder Duldungen enthalten, können nach § 95 Abs. 4 AufenthG eingezogen werden.²¹³⁴

a) Unrichtige oder unvollständige Angaben machen oder benutzen

Der Tatbestand setzt in der ersten Variante zunächst voraus, dass der Täter unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden. Unrichtige oder unvollständige Angaben zur Erlangung einer Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG fallen nicht unter § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG,²¹³⁵ da dem Wortlaut nach nur Aufenthaltstitel und Duldung vom Tatbestand erfasst werden und die Aufenthaltsgestattung gerade kein Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Abs. 1 AufenthG ist.²¹³⁶ Aus demselben Grund fallen die Daueraufenthaltsgestattung, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltstitel-GB oder ein Aufenthaltstiteldokument für Grenzgänger-GB nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU nicht unter den Tatbestand, sondern werden von § 9 Abs. 1 FreizügG/EU speziell erfasst.²¹³⁷

Die Angaben müssen, soweit sie der Beschaffung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung dienen, in einem Verwaltungsverfahren nach dem Aufenthaltsgesetz und gegenüber einer für die Entscheidung nach § 71 AufenthG zuständigen Behörde erfolgen, da sie andernfalls nicht mit der notwendigen Zielsetzung getätigt werden.²¹³⁸ Sofern es um die Abwendung des Erlöschens oder der nachträglichen Beschränkung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung geht, muss es sich zumindest um Angaben im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens nach dem Aufenthaltsgesetz, das für den Betroffenen erkennbar zu einer entsprechenden Entscheidung führen kann, handeln. Damit fallen Angaben in sonstigen Verwaltungsverfahren, im Rahmen

2133 Dazu unten E. IV. 3.

2134 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 128.

2135 BGH NJW 1997, 333; vgl. *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 234; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 110.

2136 BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 10; KG, Urt. v. 15.12.2008 – (4) 1 Ss 284/08 (222/08), BeckRS 2008, 142782, Rn. 4; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 149. Siehe dazu oben C. I. 2. a) bb).

2137 OLG Bamberg, Urt. v. 19.2.2014 – 3 Ss 6/14, BeckRS 2014, 4738; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 149; zu § 9 Abs. 1 FreizügG/EU unten E. IV. 3.

2138 KG NStZ 2024, 52, 53; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 19.2.2016 – Ss 9/16 (8/16), Rn. 16 (juris); vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 105. Zu § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG noch OLG Jena, Beschl. v. 8.6.2005 – 1 Ss 84/05, BeckRS 2005, 153376. Diese Entscheidung ist allerdings durch die Erweiterung des Tatbestandes auf Angaben zur Abwendung eines Erlöschens oder einer nachträglichen Beschränkung nicht mehr vollständig auf die heutige Rechtslage übertragbar.

allgemeiner polizeilicher Kontrollen oder im Rahmen von Strafverfahren aus dem Anwendungsbereich des Tatbestandes.²¹³⁹

Angaben sind dabei nur solche Informationen, die im Rahmen der jeweils zu treffenden Verwaltungsentscheidung in rechtlicher Hinsicht von Bedeutung sind, weil sie formelle oder materielle Voraussetzungen betreffen.²¹⁴⁰ Nach Auffassung der Rechtsprechung müssen die Angaben zwar „nur allgemein für das Verfahren von Bedeutung sein und grundsätzlich zur Verschaffung eines unrechtmäßigen Aufenthaltstitels führen können.“²¹⁴¹ Diese vage Formulierung muss allerdings im Zusammenhang der Entscheidungsgründe gelesen werden, in denen der Bundesgerichtshof darauf abhebt, dass im konkreten Fall sämtliche Angaben „die Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis“ betroffen hätten.²¹⁴² Auch der Bundesgerichtshof dürfte daher Angaben, die weder in formeller noch in materieller Hinsicht bedeutsam sind, nicht dem Tatbestand zuordnen.

Diese Einschränkung ist im Blick auf Art.103 Abs.2 GG geboten, da andernfalls insbesondere nicht mehr abgrenzbar wäre, wann Angaben *unvollständig* sind. Die erforderlichen Angaben ergeben sich nach der hier vertretenen Auffassung aus den Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes (§§ 5 ff. AufenthG i.V.m. §§ 16 ff. AufenthG), aber aufgrund der partiellen unionsrechtlichen Überlagerung auch aus den Vorschriften des Unionsrechts, insbesondere der VO (EG) 810/2009. Nach deren Art. 11 muss das in Anhang I der Verordnung befindliche Antragsformular bei Beantragung eines Schengen-Visums (§ 6 Abs.1 Nr. 2 AufenthG) vorgelegt werden. Aus diesem wiederum ergeben sich die für den Visumsantrag erforderlichen Angaben.

Sofern Angaben zur Erlangung einer Duldung von § 95 Abs.2 Nr.2 AufenthG erfasst sind, ergeben sich diese zwar nicht in gleicher Weise konkret aus dem Gesetz. Insoweit stehen einer Abschiebung neben den Abschiebungsverboten (§ 60 AufenthG) sämtliche tatsächlichen oder rechtlichen Abschiebehindernisse entgegen (§ 60a Abs. 2 AufenthG). Allerdings ist durch die tatbestandlich vorausgesetzte Finalität der Angaben hinreichend umrissen, dass nur solche Angaben von der Strafdrohung umfasst sind, die ein entsprechendes Abschiebehindernis konstituieren. Unter Strafe gestellt wird dann die unzutreffende Angabe von Personendaten, die zur Iden-

2139 Zu Angaben gegenüber einem Notar KG NStZ 2024, 52, 53; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 105.

2140 Überzeugend AG Tiergarten, Beschl. v. 30.3.2021 – 245 Ds 154/20, Rn. 4 (juris). In diese Richtung auch GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 282; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 151; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 146; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 247; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 235 ff. Anders MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 106.

2141 BGH NJW 2016, 419, 420; siehe auch BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 11; OLG Stuttgart, Urt. v. 10.8.2009 – 1 Ss 1161/09, BeckRS 2009, 24242; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 19.2.2016 – Ss 9/16 (8/16), Rn. 15 (juris).

2142 BGH NJW 2016, 419, 420.

tifizierung notwendig sind, sowie Umständen, die ein solches Abschiebehindernis darstellen, oder das Auslassen von Informationen, die bei ihrer Mitteilung zum Entfallen eines Abschiebehindernisses führen würden.²¹⁴³

Soweit der Tatbestand auch Angaben zur Abwendung des Erlöschens oder der nachträglichen Beschränkung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung erfasst, ergibt sich das behördliche Prüfungsprogramm gleichfalls aus dem Gesetz. So regelt § 51 Abs. 1 AufenthG, in welchen Fällen der Aufenthaltstitel erlischt. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass Angaben im Sinne des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG solche sind, die im Rahmen des zum Erlöschen führenden Verwaltungsverfahrens (insbesondere: Rücknahme, Widerruf, Ausweisung) getätigt werden und die nach den einschlägigen Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes für die Subsumtion von Bedeutung sind. Hier können insbesondere Äußerungen im Rahmen der Anhörung zum Rücknahme-, Widerrufs- oder Ausweisungsverfahren inkriminiert sein, wenn der Betroffene versucht, die Rücknahme-, Widerrufs- oder Ausweisungsgründe durch unwahre oder unvollständige Angaben zu entkräften. Hinsichtlich der Duldung sind die Erlöschensgründe in § 60a Abs. 5 AufenthG geregelt, wobei neben der tatsächlichen Ausreise vor allem ein Widerruf der Duldung zum Erlöschen führt, der zu erfolgen hat, wenn die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe entfallen. Daraus folgt, dass vor allem unrichtige Angaben über das Fortbestehen von Duldungsgründen strafbewehrt sind.

Unrichtig sind Angaben, die objektiv nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen, unvollständig sind solche, die für sich genommen richtig sind, aber durch Auslassung den Eindruck der Vollständigkeit erwecken.²¹⁴⁴ Die Angaben müssen *gemacht* oder *benutzt* werden.²¹⁴⁵ Machen meint dabei die selbstständige Äußerung der Angabe gegenüber der zuständigen Behörde, welche der Behörde auch zugehen muss;²¹⁴⁶ benutzt wird eine Angabe, wenn die Angabe eines Dritten der Behörde *vorgelegt* oder ihr gegenüber *geäußert* wird, etwa durch Vorlage eines falschen Attests über die Reiseuntauglichkeit eines ausreisepflichtigen Ausländers, dem deshalb eine Duldung gewährt wird. Kein Benutzen liegt dagegen vor, wenn ein zuständiger Sachbearbeiter innerhalb der Behörde, der Kenntnis von der Unrichtigkeit oder der Unvollständigkeit der Angabe hat, auf Grundlage einer solchen Angabe eine Sachentscheidung trifft.²¹⁴⁷ Dies ergibt sich bei einer schutzzweckorientierten Auslegung des Merkmals „Benutzen“: § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG soll das Verwaltungsverfahren vor einer Manipulation durch unrichtige oder unvollständige Angaben schützen,

2143 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.5.2012 – 3 RVs 62/12, BeckRS 2012, 13768.

2144 Vgl. MK-StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 43; ähnlich MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 106; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 237.

2145 Gegen die Strafbarkeit des Unterlassens BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 147.

2146 BGH NJW 2016, 419, 422; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 106.

2147 BGH NJW 2016, 419, 422.

indem unrichtige oder unvollständige Angaben gegenüber der Behörde abstrakt und unabhängig von einem Taterfolg unter Strafe gestellt werden. Dadurch soll das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung geschützt werden.²¹⁴⁸ Die Entscheidung eines Behördenmitarbeiters auf bewusst unrichtiger oder unvollständiger Tatsachengrundlage stellt jedoch keine externe Beeinflussung der Behördenentscheidung durch „Benutzen“ unrichtiger oder unvollständiger Angaben dar, auf die sich § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bezieht.²¹⁴⁹

Strafbar ist nur ein vorsätzliches Verhalten, wobei der Tatvorsatz die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben umfassen muss. Insbesondere eine vorsätzlich unvollständige Angabe wird nur dann anzunehmen sein, wenn der Betroffene erkannt hat, welchen Umfang die Angabe hätte haben müssen, um vollständig zu sein. § 95 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 AufenthG setzt darüber hinaus in subjektiver Hinsicht voraus, dass die Angaben gemacht oder benutzt werden, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich zunächst, dass die unrichtigen oder unvollständigen Angaben nicht zum Erfolg geführt haben müssen. Der Tatbestand ist bereits mit dem Machen oder Benutzen entsprechender Angaben objektiv verwirklicht und vollendet. Die Strafbarkeit tritt daher auch dann ein, wenn auch ohne die unrichtige oder unvollständige Angabe ein Anspruch auf die begehrte Verwaltungsentscheidung bestünde. Es handelt sich insoweit um ein abstraktes Gefährdungsdeldikt; Erfolgskausalität ist nicht erforderlich.²¹⁵⁰

Hinsichtlich des gewünschten Ziels muss jedoch *dolus directus* 1. Grades, also Absicht, vorliegen, was sich aus der Formulierung „um [...] zu“ ergibt.²¹⁵¹ Im Übrigen muss der Täter mit Eventualvorsatz handeln. Die Beendigung der Tat ist mit Abschluss des zur Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Duldung durchgeführten Verfahrens anzunehmen; auf die Geltungsdauer des Aufenthaltstitels oder der Dul-

2148 BGH NJW 2016, 419, 422.

2149 BGH NJW 2016, 419, 422.

2150 BGH NJW 2016, 419, 420 f.; BayObLG, Beschl. v. 15.9.2003 – 4 St RR 112/03, BeckRS 2003, 9558; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.5.2012 – 3 RVs 62/12, BeckRS 2012, 13768; OLG Karlsruhe NSZ-RR 1998, 378; OLG Koblenz NSZ-RR 2010, 259, 260; OLG Stuttgart, Urt. v. 10.8.2009 – 1 Ss 1161/09, BeckRS 2009, 24242; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 19.2.2016 – Ss 9/16 (8/16), Rn. 15 (juris); *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 91, 143; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 144, 148; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 106; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 149 f.; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 234.

2151 BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 12; anders aber BayObLG, Beschl. v. 22.1.2020 – 205 StRR 1735/19, BeckRS 2020, 63237, Rn. 7; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 159; vage GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 291 („weitere subjektive Merkmale“).

dung kommt es nicht an, weil der Tatbestand die Erteilung gar nicht voraussetzt und der Rechtsgutsangriff mit Abschluss des Verfahrens vollständig abgeschlossen ist.²¹⁵²

Täter des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG kann dabei nicht nur der (künftige) Inhaber des Aufenthaltstitels oder der Duldung sein, sondern jede Person, die mit der erforderlichen Absicht handelt. § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ist dem Wortlaut nach („um für sich oder einen anderen“) kein Sonderdelikt.²¹⁵³ Dafür, dass der Gesetzgeber den Täterkreis auf Personen, die dem Aufenthaltsgesetz unterfallen, hätte beschränken wollen, ergeben sich keine Anhaltspunkte.²¹⁵⁴ Dies wäre mit dem Schutzzweck des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, das Verwaltungsverfahren vor einer Manipulation durch unrichtige oder unvollständige Angaben bereits *abstrakt* zu schützen und damit das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung sicherzustellen,²¹⁵⁵ nicht in Einklang zu bringen. Deutsche wie ausländische Unterstützer des künftigen Begünstigten sind daher nicht nur Gehilfen, sondern Täter des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG.²¹⁵⁶

Auf Asylbewerber, die letztlich auch die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Zuerkennung eines Schutzstatus erstreben, ist § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG nicht anwendbar.²¹⁵⁷ Insoweit stellt § 85 Abs. 2 AsylG eine spezielle und abschließende Regelung dar. Dies folgt schon daraus, dass bis zum Inkrafttreten des Rückführungsverbesserungsgesetzes unrichtige oder unvollständige Angaben im Asylverfahren nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht strafbewehrt waren²¹⁵⁸ und der Gesetzgeber mit § 85 Abs. 2 AsylG nunmehr eine spezielle Regelung geschaffen hat. Deshalb kommt es auch nicht in Betracht, auf andere Personen, die zu Gunsten von Asylbewerbern im Asylverfahren handeln, § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG anzuwenden. Der Gesetzgeber hat den Täterkreis für unrichtige oder unvollständige Angaben im Asylverfahren in § 85 Abs. 2 AsylG abschließend bestimmt und es im Übrigen bei der schon zuvor geltenden Vorschrift des § 84 AsylG als abschließende Regelung

2152 BGH NJW 2013, 2839, 2840 f.; *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), AufenthG/AsylG, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 236; anders offenbar OLG Celle NStZ 2015, 603, 604, m. krit. Anm. *Mosbacher*.

2153 BGH NStZ-RR 2014, 60; BGH, Beschl. v. 23.2.2005 – 1 StR 501/04, BeckRS 2005, 3106; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 144. Zu § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG schon OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 376, 377. Siehe oben E. I. 1.

2154 Übereinstimmend MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 104.

2155 BGH NJW 2016, 419, 422.

2156 Ebenso *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 98 f. Zu den damit verbundenen Wertungswidersprüchen zu § 96 Abs. 1 AufenthG vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 47; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 258 ff., und konkret zur Scheinehe unten E. IV. 1. c) aa).

2157 BayObLG NStZ 2020, 684, 685; BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 11; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.10.2019 – (1) 53 Ss 107/19 (69/19), BeckRS 2019, 28322, Rn. 12 f. Anders GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 291.

2158 Zu diesem Argument nach der alten Rechtslage BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 13; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.10.2019 – (1) 53 Ss 107/19 (69/19), BeckRS 2019, 28322, Rn. 12 f.; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 234 f.; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 105.

über eine täterschaftliche Beteiligung an entsprechenden Angaben durch einen Asylbewerber belassen.²¹⁵⁹ Hinzu kommt, dass es an einer funktionalen Verknüpfung zwischen Angaben im Asylverfahren und dem Aufenthaltstitelverfahren fehlt; die Angaben im Asylverfahren werden allenfalls mittelbar für die Erteilung eines Aufenthaltstitels relevant.²¹⁶⁰

Ist eine Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG gegeben, kann zugleich idealkonkurrierend eine Strafbarkeit wegen unerlaubter Einreise und/oder unerlaubten Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nrn. 2, 3 i.V.m. Abs. 6 AufenthG vorliegen, wenn nämlich die unrichtige oder unvollständige Angabe zur Erteilung eines (für die strafrechtliche Bewertung der Einreise oder des Aufenthalts unbeachtlichen) Aufenthaltstitels geführt hat.²¹⁶¹

b) Gebrauchen zur Täuschung im Rechtsverkehr

Die zweite Variante des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG setzt voraus, dass eine durch unrichtige oder unvollständige Angaben beschaffte Urkunde (also das in den Pass eingeklebte Visum, der als eigenständiges Dokument mit elektronischem Speicher- und Verarbeitungsmedium ausgestellte Aufenthaltstitel (§ 78 Abs. 1 AufenthG) oder die Duldungsbescheinigung (§ 60a Abs. 4 AufenthG)) wissentlich – also in Kenntnis der Umstände, die zur Ausstellung der Urkunde geführt haben²¹⁶² – zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht wird.²¹⁶³ Täter des § 95 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 AufenthG kann auch eine Person sein, die am Beschaffen der Urkunde nicht beteiligt war, jedoch Kenntnis davon hat, dass diese durch unrichtige oder unvollständige Angaben erlangt wurde.²¹⁶⁴ Ein Gebrauchen setzt voraus, dass die entsprechende Urkunde vorgelegt oder vorgezeigt wird, was grundsätzlich sowohl und insbesondere gegenüber Amtsträgern als auch gegenüber Privaten möglich ist. Eine Täuschung „im Rechtsverkehr“ setzt in Anlehnung an die zu § 267 StGB vertretene Auslegung voraus, dass derjenige, welcher durch Vorlage der Urkunde getäuscht wird, zu einem rechtlich erheblichen Verhalten veranlasst werden soll, das auch in einem Unterlassen bestehen kann.²¹⁶⁵ Deshalb genügt für die Tatbestandsverwirklichung nicht schon die Vorlage

2159 BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 13; vgl. *Cantzer*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 234; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 105; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 387. Im Ergebnis übereinstimmend, aber auf den Wortlaut der Vorschrift rekurrierend Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 145.

2160 BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 12.

2161 Zu dieser Konstellation unten E. VI.

2162 Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 157; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 257.

2163 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 292.

2164 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 108.

2165 Vgl. TK-StGB/*Schuster*, 31. Aufl. 2025, § 267 Rn. 87b m.w.N.

eines gültigen Passes mit durch unrichtige Angaben erschlichenem Aufenthaltstitel bei einer allgemeinen Verkehrskontrolle, wenn der Polizeibeamte ausschließlich die *Identität* des Betroffenen überprüfen möchte, oder die Verwendung eines entsprechenden Aufenthaltstitels oder einer Duldung im privaten Rechtsverkehr, wenn das Gegenüber *kein rechtliches Interesse* am Aufenthaltsstatus des Betroffenen hat.²¹⁶⁶ In der Praxis stellt den bedeutsamsten Fall des § 95 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 AufenthG die Vorlage eines unlauter beschafften Visums bei einer grenzpolizeilichen Kontrolle dar, da insoweit das Passierenlassen ein rechtlich erhebliches Verhalten darstellt, das gerade aufgrund der Täuschung über die Lauterkeit des Zustandekommens des Aufenthaltstitels erfolgt.

Trifft § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG in diesen Fällen mit § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 i.V.m. Abs. 6 AufenthG zusammen, liegt Idealkonkurrenz vor, weil die tatbestandlichen Ausführungshandlungen insoweit zusammenfallen und die Tatbestände unterschiedlichen Schutzzwecken dienen sollen.²¹⁶⁷

c) Besondere Fallkonstellationen

Zwei besonders relevante Fallkonstellationen, in denen eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG in Betracht kommt, sind Angaben unter Bezugnahme auf eine nur zum Schein geschlossene Ehe oder eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung.

aa) Scheinehe

Eine nur zum Schein geschlossene Ehe dient regelmäßig dazu, dem Ehegatten die Einreise in das und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen, etwa im Wege des Familiennachzugs, ohne dass die Herstellung einer ehelichen Lebensgemeinschaft im Sinne des § 1353 Abs. 1 BGB intendiert ist.²¹⁶⁸ Dem Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG soll sie nach der herrschenden Meinung nicht unterfallen, da dieser nur Ehen schütze, die auf die Führung einer ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet gerichtet seien.²¹⁶⁹ Die Scheineheschließung ist allerdings für sich

2166 In dieser Richtung auch Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 156; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 257.

2167 Zum Zusammentreffen von Einreise- und Urkundendelikten BGH, Beschl. v. 7.5.2004 – 2 StR 24/04, BeckRS 2004, 5416; anders dagegen *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 258; *Schott*, ZAR 2012, 276, 278.

2168 Näher zum Begriff *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 139 f.

2169 BVerfG NJW 1988, 626, 627; NVwZ-Beil. 2003, 73; BVerwG NVwZ 2010, 1367, 1368; vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 141; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 112.

genommen nicht strafbar.²¹⁷⁰ Sobald die Eheschließung aber mit der Intention, einen Aufenthaltstitel für sich oder einen anderen zu erlangen, der zuständigen Behörde mitgeteilt wird, kommt eine Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG in Betracht. Die Angabe gegenüber der Behörde, zwischen dem Ausländer und dem Ehegatten sei eine Ehe geschlossen worden, ist in den Fällen der Scheinehe nämlich als unrichtig im Sinne des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG zu qualifizieren.²¹⁷¹ Zwar ist auch eine zum Schein geschlossene Ehe grundsätzlich wirksam, wie sich im Umkehrschluss aus § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB ergibt, der nur eine Aufhebung einer solchen Ehe durch richterliche Entscheidung zulässt und damit die grundsätzliche Wirksamkeit der Ehe zum Ausdruck bringt. Allerdings folgt aus einer Gesamtschau von § 1310 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach die Ehe dadurch geschlossen wird, dass die Eheschließenden vor dem Standesbeamten erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, sowie § 1310 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BGB, der den Standesbeamten zwingt, seine Mitwirkung an der Eheschließung zu verweigern, wenn die Ehe nach § 1314 Abs. 2 BGB offenkundig aufhebbar wäre, dass die Eheschließung stets die konkludente Erklärung enthält, sich einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft zu verpflichten (§ 1353 Abs. 1 BGB). Dies ergibt sich gleichfalls aus § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB, nach dem eine Ehe aufhebbar ist, wenn beide Ehegatten sich bei der Eheschließung darüber einig waren, keine Verpflichtung nach § 1353 Abs. 1 BGB begründen zu wollen. Mit der Erklärung gegenüber dem Standesbeamten, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, wird also zugleich die Erklärung abgegeben, eine eheliche Lebensgemeinschaft eingehen zu wollen. Die Mitteilung einer standesamtlichen Eheschließung im aufenthaltsrechtlichen Verfahren enthält daher stets die Angabe, eine solche eheliche Lebensgemeinschaft zu beabsichtigen beziehungsweise bereits zu praktizieren.²¹⁷² Dies wird durch § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG bestätigt, der einen Familiennachzug ausschließt, wenn feststeht, dass die Ehe ausschließlich zu dem Zweck geschlossen wurde, dem Nachziehenden die Einreise in das und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen. Das Vorliegen einer ehelichen Lebensgemeinschaft ist mithin Teil

2170 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 144. Insoweit missverständlich OLG Düsseldorf NJW 2000, 1280.

2171 BGH NStZ-RR 2014, 60; BayObLG NStZ 1983, 175; OLG Frankfurt a.M. NStZ 1993, 394; vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 67; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 141 ff.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 249. Etwas anderes gilt dagegen bei bereits bestehenden Ehen, wenn der Wille zur Fortführung „auf Lebenszeit“ nicht feststeht, siehe BayObLG NStZ-RR 2001, 219, 220. Denn insofern besteht kein Zweifel am Bestehen einer Ehe im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG.

2172 BVerwG NVwZ 2010, 1367, 1368; BayObLG NStZ 1983, 175; vgl. übereinstimmend, aber mit stärker auf §§ 27 ff. AufenthG abstellender Begründung *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 142; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 112; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 249. Dagegen *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 153.

des aufenthaltsrechtlichen Prüfprogramms und daher konkludent erklärter Teil der Angabe gegenüber der zuständigen Behörde.²¹⁷³

Erfolgen die Angaben durch den Ausländer, der einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung begehrt, selbst, stellt die vorausgegangene Mitwirkung des Scheinehepartners an der Eheschließung (also einer Handlung im Vorbereitungsstadium) eine strafbare Beihilfe zu § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG dar, weil sie die entsprechenden Angaben überhaupt erst ermöglicht.²¹⁷⁴ Erforderlich ist freilich, dass der Scheinehepartner insoweit von dem Scheincharakter der Eheschließung und der beabsichtigten Angabe gegenüber der Behörde wusste und dementsprechend vorsätzlich gehandelt hat.²¹⁷⁵ Eine Beihilfe zu § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG kommt ferner für denjenigen in Betracht, der durch Mitwirkung an der Eheschließung in Kenntnis des geplanten Vorgehens den Weg für die unrichtige Angabe ebnet. Zu denken ist hier insbesondere an Standesbeamte, die eine Trauung in Kenntnis der Umstände und entgegen des in § 1310 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BGB enthaltenen Verbots durchführen.²¹⁷⁶

Macht dagegen der Scheinehepartner selbst Angaben gegenüber der Behörde, um einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung für den ausländischen Scheinehepartner zu erlangen, kommt eine täterschaftliche Beteiligung in Betracht, auch wenn es sich um einen Deutschen handelt, weil § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG gerade keinen Sonderdeliktscharakter aufweist.²¹⁷⁷ Auch insoweit ist aber vorsätzliches Handeln, auch im Blick auf den Scheincharakter der Ehe, erforderlich.²¹⁷⁸

Zu bedenken ist, dass bei Vorliegen eines Schleusermerkmals die täterschaftliche Falschangabe des Scheinehepartners auch eine Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG begründen kann.²¹⁷⁹ Dies bewirkt zwar einen Wertungswiderspruch, da die täterschaftliche Verwirklichung des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG konkurrenzrechtlich eine Straflosigkeit der mit ihr einhergehenden Beihilfe zugunsten der Tat des Ausländers, der durch seine unrichtigen Angaben § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verwirklicht, bewirken müsste,²¹⁸⁰ über § 96

2173 In diesem Sinne auch KG NStZ 2024, 52, 54; ebenso bereits *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 200.

2174 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 145.

2175 KG, Beschl. v. 17.1.2007 – (2/5) 1 Ss 448/06 (73/06), BeckRS 2007, 8291; vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 145 f.; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 116.

2176 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 147 ff.; eine Strafbarkeit von Standesbeamten wegen Beihilfe nimmt auch *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 201 f., an.

2177 BGH NStZ-RR 2014, 60, 61; vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 145; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 112; Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 249. Anders *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 191 ff. Vgl. schon oben E. I. 1.

2178 KG, Beschl. v. 17.1.2007 – (2/5) 1 Ss 448/06 (73/06), BeckRS 2007, 8291.

2179 BGH NStZ-RR 2014, 60 f.

2180 Dies folgt aus den allgemeinen Grundsätzen zum Zusammentreffen mehrerer Beteiligungsformen in Bezug auf eine Tat, vgl. TK-StGB/*Weißer*, 31. Aufl. 2025, Vor § 25 Rn. 45 m.w.N.; GK-AufenthG/*Mos-*

Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG jedoch genau diese eigentlich nicht eigenständig strafbare Beihilfehandlung sogar unter erhöhte Strafdrohung gestellt wird.²¹⁸¹ Dies ist ein Resultat der limitiert-akzessorischen Ausgestaltung des „Schleusertatbestandes“, an welcher der Gesetzgeber bewusst festgehalten hat.²¹⁸² Eine Auflösung dahingehend, dass eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG auszuschneiden hätte,²¹⁸³ lässt sich gleichwohl nicht überzeugend begründen. Dies setzte voraus, dass § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG als Privilegierungstatbestand mit Sperrwirkung gegenüber § 96 AufenthG zu verstehen wäre, was sich mit der Gesetzessystematik, die gerade an die Schleusermerkmale als konstitutive unrechtserhöhende Bestandteile des Tatbestandes anknüpft, nicht vereinbaren lässt. Auch ein dahingehender gesetzgeberischer Wille ist nicht erkennbar. Angesichts des deutlich höheren Strafrahmens liegt es vielmehr nahe, dass sich § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG in diesen Fällen die Wertung entnehmen lässt, dass die verdrängende Wirkung der täterschaftlichen Verwirklichung des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG gegenüber einer (zusätzlichen) Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 27 Abs. 1 StGB durch § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG aufgehoben wird. § 96 AufenthG stellt mit seiner Vertypung der Teilnahmehandlung zu einem eigenständigen Tatbestand eine Sonderkonstellation dar, wobei der gesetzgeberische Wille, die unter Verwirklichung eines Schleusermerkmals begangene Teilnahmehandlung als täterschaftliche Verwirklichung erhöhten Unrechts zu erfassen, gegenüber dem allgemeinen Grundsatz, dass die täterschaftliche Beteiligung nicht zugleich eine strafbare Beihilfe zur Tat eines Nebentäters begründet, Vorrang beansprucht.²¹⁸⁴ Der Wortlaut des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG steht dieser Lösung nicht entgegen, weil in der täterschaftlichen Falschangabe zugunsten des ausländischen Scheinehepartners gerade eine von § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG erfasste Hilfeleistung zugunsten eines seinerseits § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verwirklichenden Ausländers liegt und diese nur aus konkurrenzrechtlichen Gründen nicht nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 27 Abs. 1 StGB bestraft wird. Der Wortlaut des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG deutet gleichfalls keine Sperrwirkung gegenüber § 96 Abs. 1 AufenthG an. Die Problematik des Zusammentreffens von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG und § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ist nicht auf Fälle der

bacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 259. Anders offenbar *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 146.

2181 Zu diesem Zusammenhang vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 293 ff.; siehe bereits GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 260.

2182 Dazu näher unten E. V. I. b).

2183 So GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 295, und zuvor schon GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 260, jeweils unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 4.12.2007 – 5 StR 324/07, BeckRS 2008, 696, Rn. 30. Dieser Verweis hilft in den hier gegenständlichen Fällen allerdings nicht weiter, da der BGH insoweit auf den Fall der gegenseitigen Unterstützung unerlaubt einreisender Personen und damit einen anders gelagerten Fall rekurriert, dazu unten E. V. I. b) aa) (3).

2184 So im Ergebnis auch BGH NStZ-RR 2014, 60 f.

Scheinehe beschränkt; denkbar ist sie in sämtlichen Fällen, in denen ein anderer zugunsten des Antragstellers Erklärungen gegenüber der Behörde abgibt.²¹⁸⁵

Neben der Strafbarkeit von Falschangaben im Verwaltungsverfahren ist aber auch eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts und einer Beihilfe zu diesem in den Blick zu nehmen. § 95 Abs. 6 AufenthG bewirkt in diesen Fällen nämlich, dass sich derjenige, der sich aufgrund einer Scheinehe einen Aufenthaltstitel erschleicht, wegen der unrichtigen Angaben im Verwaltungsverfahren nicht auf seinen Aufenthaltstitel berufen kann und sich daher nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 6 AufenthG strafbar macht. Der an der Scheineheschließung beteiligte Ehepartner macht sich wiederum wegen Beihilfe zu eben dieser Tat strafbar, weil durch die Bereitschaft, an der Täuschung der Behörden mitzuwirken, der Ausländer in seinem Tatentschluss, sich mit einem entsprechenden Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufzuhalten, bestärkt wird. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die bereits dargestellten Voraussetzungen für eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 6 AufenthG im Einzelfall vorliegen müssen. Dies kann insbesondere im Blick auf die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht Schwierigkeiten aufwerfen.²¹⁸⁶ Zwischen § 95 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 6 AufenthG und § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG besteht aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtung – § 95 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 6 AufenthG betrifft im Kern den Aufenthalt im Bundesgebiet, während § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG als abstraktes Gefährdungsdelikt das Vertrauen in die Richtigkeit von verwaltungsrechtlichen Entscheidungen schützt²¹⁸⁷ – Idealkonkurrenz.²¹⁸⁸

bb) Missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft

Eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft liegt nach § 1597a Abs. 1 BGB vor, wenn die Vaterschaft gezielt gerade zu dem Zweck anerkannt wird, die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes, des Anerkennenden oder der Mutter zu schaffen, oder um die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes durch den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes nach § 4 Abs. 1 oder Abs. 3 Satz 1 StAG zu schaffen. § 1597a Abs. 2 BGB nennt Indizien für das Vorliegen einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung, unter anderem das Bestehen einer vollziehbaren Ausreisepflicht des Anerkennenden oder der Mutter oder des Kindes. Eine Anerkennung kann aber nach § 1597a Abs. 5 BGB nicht missbräuchlich sein, wenn der Anerkennende der leibliche Vater des anzuerkennenden Kindes ist. § 85a Abs. 2 AufenthG enthält für das aufenthaltsrechtliche Verfahren

2185 Zu Beispielen vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 296; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 249 f.

2186 Dazu oben E. II. 1. c).

2187 BGH NJW 2016, 419, 422.

2188 So auch MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 118.

Vermutungstatbestände für das Vorliegen einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung.

Liegt eine derart missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung vor, stellt sich die Frage, ob ihre Geltendmachung zur Erlangung eines Aufenthaltstitels analog zu den Fällen der Scheinehe zu einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG sowie § 95 Abs. 1 Nrn. 2, 3 i.V.m. Abs. 6 AufenthG (i.V.m. § 27 Abs. 1 StGB) führt. Dies setzt voraus, dass die Angabe der Vaterschaft als „unrichtig“ im Sinne des § 95 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 6 AufenthG zu gelten hat. Rechtlich führt die Anerkennung der Vaterschaft unabhängig vom Wahrheitsgehalt der Anerkennungserklärung zur von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Vaterschaft des Anerkennenden,²¹⁸⁹ sofern diese bereits beurkundet, das Verfahren also nicht nach § 1597a BGB ausgesetzt worden ist. Dies folgt aus § 1598 Abs. 1 Satz 2 BGB, der die Unwirksamkeit einer Anerkennung *nur* für den Fall annimmt, dass eine Beurkundung trotz Aussetzung der Beurkundung durch die zunächst befassende Stelle erfolgt ist.²¹⁹⁰

Ist die Anerkennung wirksam, handelt es sich bei der Angabe gegenüber der Behörde, der Betroffene sei Vater des anerkannten Kindes, im Ausgangspunkt nicht um eine unrichtige Angabe.²¹⁹¹ Allerdings wird auch bei Scheinehen die zutreffende Angabe, zwischen den Ehegatten sei eine Ehe geschlossen worden, als unrichtig qualifiziert. Dementsprechend wird teilweise vertreten, dass auch die missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung bei ihrer Geltendmachung gegenüber der Behörde die unrichtige Angabe enthalte, der Anerkennende sei der biologische Vater des Kindes oder wolle sozialer Vater des Kindes sein. Auf die Wirksamkeit der Anerkennung komme es für die Beurteilung der Richtigkeit nicht an, wenn von vornherein nicht intendiert sei, eine familiäre Lebensgemeinschaft zu begründen.²¹⁹² Diese Position verkennt aber, dass die Situation der Scheinehe mit der Scheinvaterschaft schon im rechtlichen Ausgangspunkt nicht vergleichbar ist. Denn anders als bei der Ehe kann

2189 BVerfG NJW 2014, 1364, 1372; KG NStZ 2024, 52, 53; AG Leipzig, Beschl. v. 1.5.2019 – 225 Ds 803 Js 66977/17, Rn. 9 (juris); *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 27 AufenthG Rn. 82.

2190 So auch KG NStZ 2024, 52, 53. Zum abschließenden Charakter der Unwirksamkeitsgründe vgl. *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 27 AufenthG Rn. 83.

2191 KG NStZ 2024, 52, 53 f.; OLG Hamm NJW 2008, 1240, 1241; OLG Oldenburg, Urt. v. 19.10.2009 – 1 Ss 133/09, BeckRS 2009, 28652; AG Leipzig, Beschl. v. 1.5.2019 – 225 Ds 803 Js 66977/17, Rn. 9 ff. (juris); AG Nienburg NStZ 2006, 531; ebenso im Ausgangspunkt *Schott*, *Einschleusen von Ausländern*, 2. Aufl. 2011, 240; *Schiedermair/Wollenschläger*, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 251.

2192 LG Hildesheim NStZ 2006, 360; LG Verden NStZ-RR 2006, 246; LG Düsseldorf NJW 2008, 388, 389; ohne Berücksichtigung der zwischenzeitlich erfolgten Rechts- und Rechtsprechungsentwicklung ebenso LG Oldenburg, Beschl. v. 11.9.2017 – 1 Qs 314/17, BeckRS 2017, 150518, das entgegen § 4 Abs. 1 Satz 2 StAG davon ausgeht, die „blutmäßige Abstammung von dem anerkennenden Vater“ sei für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit „an erster Stelle“ erforderlich; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 113; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 58; *Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 154.

in die Erklärung der Vaterschaftsanerkennung kein weitergehender konkludenter Erklärungsinhalt hineingelesen werden. Sie erschöpft sich in der Erklärung, rechtlich vollwertiger Vater des Kindes zu sein. Werden die Erfordernisse nach § 1594 Abs. 2 bis 4 sowie der §§ 1595 bis 1597 BGB eingehalten, liegt also insbesondere eine öffentliche Beurkundung vor, besteht keine Vaterschaft eines anderen Mannes und haben die Mutter sowie gegebenenfalls das Kind zugestimmt, ist die Anerkennung der Vaterschaft wirksam – und zwar, wie aus § 1598 Abs. 1 Satz 2 BGB folgt, auch dann, wenn eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft vorliegt, aber die Beurkundung nicht nach § 1597a Abs. 3 BGB ausgesetzt gewesen ist. Das früher in § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB a.F. vorgesehene Anfechtungsrecht der zuständigen Behörde wurde vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt.²¹⁹³ Damit sind die Konstellationen der Scheinehe und der Scheinvaterschaft hinsichtlich des Erklärungsgehalts der Angabe gegenüber der Behörde nicht ohne Weiteres vergleichbar, weil sich aus dem Gesetz kein über die Vaterschaftsanerkennung hinausgehender konkludenter Erklärungsinhalt ergibt.²¹⁹⁴

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG. Diese Vorschrift sieht vor, dass ein Familiennachzug nicht zugelassen wird, wenn feststeht, dass die Ehe oder das Verwandtschaftsverhältnis ausschließlich zu dem Zweck geschlossen oder begründet wurde, dem Nachziehenden die Einreise in das und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen. Insoweit ist bereits fraglich, ob die Vorschrift die missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft überhaupt erfasst.²¹⁹⁵ Jedenfalls für Konstellationen, in denen die Vaterschaftsanerkennung erfolgt, um der Mutter des anerkannten Kindes den Familiennachzug zu ermöglichen, folgt schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, dass § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG diese Fallgestaltung nicht umfasst, weil dieser nahelegt, dass die Person, zu der das Verwandtschaftsverhältnis begründet wird, und die nachziehende Person identisch sein müssen.²¹⁹⁶ Allenfalls wenn die Vaterschaftsanerkennung dem Anerkannten oder Anerkennenden den Aufenthalt ermöglichen soll, wäre § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG einschlägig.²¹⁹⁷ Dagegen spricht jedoch, dass § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG den Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b) RL 2003/86/EG umsetzt und sich die Richtlinie insoweit nur

2193 BVerfG NJW 2014, 1364.

2194 So auch KG NSTz 2024, 52, 54 f.; OLG Hamm NJW 2008, 1240, 1241; AG Leipzig, Beschl. v. 1.5.2019 – 225 Ds 803 Js 66977/17, Rn. 11 f. (juris). Deshalb verlangt das OLG Celle für eine Strafbarkeit, dass die (unzutreffende) Behauptung, auch der biologische Vater zu sein, erfolgt, siehe OLG Celle, Urt. v. 24.8.2006 – 22 Ss 87/06, BeckRS 2006, 141974, Rn. 26 ff.; ähnlich OLG Oldenburg, Urt. v. 19.10.2009 – 1 Ss 133/09, BeckRS 2009, 28652. Dagegen wiederum AG Lüneburg, Urt. v. 14.7.2010 – 13 Cs 137/10, BeckRS 2011, 834.

2195 BVerwG ZAR 2021, 30, 31; Dienelt, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 27 AufenthG Rn. 82.

2196 BVerwG ZAR 2021, 30, 31 f.; KG NSTz 2024, 52, 54.

2197 BVerwG ZAR 2021, 30, 32.

auf Ehe, Lebenspartnerschaft und Adoption bezieht.²¹⁹⁸ Unabhängig davon stellt § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG dem Wortlaut nach auf ein „Feststehen“ der Scheinehe oder Scheinvaterschaft ab und regelt einen Versagungsgrund für den Familiennachzug – für diesen ist die Behörde darlegungspflichtig.²¹⁹⁹ Über den Erklärungsgehalt einer Angabe über die Vaterschaft gegenüber der Behörde besagt die Vorschrift daher nichts. Im Ergebnis ist die Mitteilung einer Vaterschaftsanerkennung, auch wenn es sich um eine „Scheinvaterschaft“ handelt, nicht nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG strafbar.

2. Das Asylgesetz

Der mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz neu eingefügte § 85 Abs. 2 AsylG bedroht in kaum zu übersehender, in der Gesetzesbegründung aber nur implizit zum Ausdruck kommender,²²⁰⁰ Anlehnung an § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe, der im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um die Anerkennung als Asylberechtigter, die Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylG oder die Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Abs. 5 oder Abs. 7 AufenthG zu erreichen (Nr. 1) oder den Widerruf oder die Rücknahme der Anerkennung als Asylberechtigter, der Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylG oder der Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Abs. 5 oder Abs. 7 Satz 1 AufenthG abzuwenden (Nr. 2). Hinsichtlich der Auslegung der mit § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG übereinstimmenden Merkmale kann auf die Ausführungen entsprechend verwiesen werden.²²⁰¹

Anders als § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG handelt es sich bei § 85 Abs. 2 AsylG allerdings um ein Sonderdelikt, das nur durch Asylbewerber im Asylverfahren verwirklicht werden kann. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der voraussetzt, dass der Täter „im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um die Anerkennung als Asylberechtigter [...] zu erreichen.“ Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass nur derjenige, der *seine eigene* Anerkennung erstrebt, nach § 85 Abs. 2 AsylG strafbar ist. Personen, die zu entsprechenden Angaben anstiften oder die Person dabei unterstützen, etwa auch durch falschen anwaltlichen Tatsachenvortrag, machen sich wegen Anstiftung beziehungsweise Beihilfe strafbar, wobei zu berücksichtigen ist, dass damit zugleich

2198 BVerwG ZAR 2021, 30, 32; anders VGH Mannheim, Beschl. v. 4.11.2014 – 11 S 1886/14, BeckRS 2014, 58738.

2199 Vgl. Dienelt, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 27 AufenthG Rn. 84.

2200 BT-Drs. 20/9463, S. 61.

2201 Für eine Parallelführung auch Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), *BeckOK-Ausländerrecht*, 46. Edn. 2024, § 85 AsylG Rn. 36 f.

eine Strafbarkeit wegen Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung einhergehen wird.²²⁰²

Nach dem klaren Wortlaut erfasst § 85 Abs. 2 AsylG zudem nur Angaben im Asylverfahren *vor dem Bundesamt* sowie im gerichtlichen Verfahren. Dementsprechend werden Angaben im Vorfeld des eigentlichen Asylverfahrens, insbesondere gegenüber der Grenzpolizei bei der Einreise (§§ 13 Abs. 3 Satz 1, 18, 18a AsylG) oder bei der örtlichen Ausländerbehörde oder der Polizei (§§ 13 Abs. 3 Satz 2 AsylG), nicht vom Tatbestand erfasst.²²⁰³ Vollendet ist die Tat bei mündlichen Angaben mit Abschluss der Erklärung im Verfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren, bei schriftlichen Erklärungen mit Zugang bei der Behörde oder bei Gericht.²²⁰⁴

a) § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG

§ 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG muss im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG eng ausgelegt werden. Erfasst werden nur Angaben, die für die Anerkennung als Asylbewerber oder als international Schutzberechtigter sowie für die Entscheidung über das Bestehen eines Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG in rechtlicher Hinsicht relevant, also für die Subsumtion unter die Voraussetzungen des Art. 16a GG oder der §§ 3 bis 4 AsylG sowie des § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG maßgeblich sein können.²²⁰⁵ Dabei ist allerdings zu beachten, dass § 25 Abs. 1 Satz 1 AsylG bestimmt, dass der Asylbewerber die Tatsachen, die seine Furcht vor Verfolgung oder die Gefahr eines ihm drohenden ernsthaften Schadens begründen, selbst vortragen und die erforderlichen Angaben machen muss. Zu den erforderlichen Angaben gehören dabei nach § 25 Abs. 1 Satz 2 AsylG auch solche über Wohnsitze, Reisewege, Aufenthalte in anderen Staaten und darüber, ob bereits in anderen Staaten oder im Bundesgebiet ein Verfahren mit dem Ziel der Anerkennung als ausländischer Flüchtling, der Zuerkennung internationalen Schutzes oder ein Asylverfahren eingeleitet oder durchgeführt worden ist. Nach § 25 Abs. 2 AsylG hat der Betroffene ferner alle sonstigen Tatsachen und Umstände anzugeben, die einer Abschiebung oder einer Abschiebung in einen bestimmten Staat entgegenstehen. Damit erstreckt sich die strafbewehrte Pflicht zur richtigen und vollständigen Angabe auf ein nahezu unübersehbares Feld an Umstän-

2202 Vgl. dazu und den damit verbundenen Widersprüchen unten E. V. 2.

2203 Zu § 84 Abs. 1 AsylG vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 33; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 66. EL 2009, § 84 AsylG Rn. 15; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 31 f.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 55, 57.

2204 Vgl. MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 80. Für eine Vollendung mit dem förmlichen Abschluss der Anhörung GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 89.

2205 Ähnlich zu § 84 AsylG GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 20 f.; tendenziell enger aber zu § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 86; *Marx*, AsylG, II. Aufl. 2022, § 84 Rn. 4.

den.²²⁰⁶ Für die Entscheidung über das Bestehen des Asylrechts oder die Zuerkennung internationalen Schutzes sind das gesamte Verfolgungsgeschehen, die daran beteiligten Akteure, inländische Fluchalternativen, die Fluchroute und mögliche Aufenthalte in anderen Staaten von Bedeutung. Jede dieser Angaben kann insoweit für die abschließende Entscheidung bedeutsam sein. Für den Normadressaten ist daher nicht hinreichend klar erkennbar, welches Verhalten von ihm gefordert wird. Könnte im Blick auf die Variante der „unrichtigen“ Angaben noch eingewendet werden, dass dann eben ein vollständig wahrer Tatsachenvortrag erforderlich ist, führt die Strafbarkeit auch nur „unvollständiger“ Angaben dazu, dass der Bereich des strafbaren vom straffreien Verhalten kaum mehr abzugrenzen ist.

Es bestehen daher ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG. Mit der Kriminalisierung unrichtiger oder unvollständiger Angaben im Asylverfahren ist der Gesetzgeber von seiner langjährigen Position abgerückt, Asylbewerber nicht wegen Falschangaben im Asylverfahren zu bestrafen.²²⁰⁷ Diese war im Blick auf die notstandsähnliche Situation, in der sie sich während der Anhörung befinden, sachgerecht. Für die Betroffenen hängt von der Anhörung vor dem Bundesamt die gesamte weitere Lebensführung ab. Sie stehen unter besonderem Druck, ihren Vortrag so zu gestalten, dass ihnen ihre Schutzbedürftigkeit geglaubt wird. Es ist daher aus der individuellen Situation heraus betrachtet nachvollziehbar, dass sie Tatsachen, welche geeignet sind, diese Schutzbedürftigkeit aus Sicht der Antragsteller in Zweifel zu ziehen, beschönigen oder weglassen. § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG lässt keinen Raum dafür, dieser individuellen Spannungslage Rechnung zu tragen, weil nach dem Wortlaut die Angaben des Asylbewerbers für die Entscheidung nicht einmal kausal geworden sein müssen. Selbst wenn daher ein Schutzanspruch auch unabhängig von der unrichtigen oder unvollständigen Angabe besteht, wäre der Betroffene wegen der unrichtigen oder unvollständigen Angabe zu bestrafen, wenn er subjektiv davon ausgegangen ist, dass diese für die erstrebte Entscheidung bedeutsam war. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut der Vorschrift als auch aus der Gesetzesbegründung, welche § 85 Abs. 2 AsylG als ein abstraktes Gefährdungsdelikt einordnet.²²⁰⁸ Diese Überlegungen ziehen zusätzlich zur Unbestimmtheit der Regelung auch ihre Verhältnismäßigkeit in Frage.²²⁰⁹

Hinzu kommt, dass § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG, insoweit anders als § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG und § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG, eine strafbewehrte Pflicht zur *unmittelbaren* Selbstbelastung statuiert. Der Betroffene muss unter Umständen nämlich die Begehung einer konkreten Straftat einräumen. Dies gilt für sämtliche Fälle, in denen

2206 Ebenfalls kritisch GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL 2025, § 85 Rn. 87.

2207 Zu dieser oben A. II. 3. c) dd).

2208 BT-Drs. 20/9463, S. 61.

2209 Der Gesetzgeber verweist auf seine Befugnis, das berechtigte Informationsbedürfnis des Staates mit den Interessen des Betroffenen abzuwägen, BT-Drs. 20/9463, S. 61.

die Straftatbegehung zum Ausschluss der Flüchtlingseigenschaft führt (§ 3 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 AsylG) und deshalb zu den Angaben gehört, deren unrichtige oder unvollständige Mitteilung nach § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG strafbewehrt ist. Zwar kann auch in diesen Fällen ein unmittelbarer Zwang zur Selbstbezichtigung *im Strafverfahren*, der eine Verletzung des Menschenwürdekerns der Selbstbelastungsfreiheit bewirkte, durch Annahme eines umfassenden Verwertungsverbots ausgeschlossen werden.²²¹⁰ Gleichwohl erscheint zweifelhaft, dass in diesem Fall die Annahme eines Verwertungsverbots genügt, um den Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit als verhältnismäßig zu bewerten. Zwar kann im Blick darauf, dass der asylgewährende Staat auf die Mitwirkung des Antragstellers im Asylverfahren notwendig angewiesen ist, um eine materiell richtige Asylentscheidung treffen zu können, ein gewichtiges Allgemeininteresse an wahrheitsgemäßen Angaben des Asylbewerbers angenommen werden, sodass eine begrenzte Analogie zur Situation des Gemeinschuldners, dem eine besondere Pflichtenstellung gegenüber seinen Gläubigern zukommt,²²¹¹ überzeugend hergeleitet werden kann. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht insoweit klar zwischen staatlichen oder öffentlichen Informationsbedürfnissen und den Interessen geschädigter Dritter differenziert hat.²²¹² Es muss zudem aber auch bedacht werden, dass § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG den Betroffenen unter Strafandrohung – also nicht nur unter Bedrohung mit Zwangsmitteln und insoweit auch nicht mit dem Sachverhalt des Gemeinschuldner-Beschlusses vergleichbar²²¹³ – zwingt, sich unmittelbar selbst einer konkreten Straftat gegenüber einer öffentlichen Stelle zu bezichtigen, wodurch er wiederum seinen Schutzanspruch im Asylverfahren verliert. Vor diesem Hintergrund erscheint der tiefgreifende Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit allein durch die Annahme eines Verwertungsverbots im Strafverfahren nicht kompensierbar. Denn ein solches schafft keine Abhilfe hinsichtlich der persönlichkeitsrechtsbezogenen Dimension der Selbstbelastungsfreiheit, die dem Einzelnen das Recht auf Selbstdarstellung einräumt und ihn auch davor schützt, ehrherabsetzende Tatsachen über sich selbst preisgeben zu müssen.²²¹⁴ Während in den zuvor erörterten Fällen mittelbarer Selbstbelastung durch Offenbarung der eigenen Identität das Recht auf Selbstdarstellung in deutlich geringerem Ausmaß betroffen ist, führt der Zwang zur aktiven und unmittelbaren Offenbarung einer eigenen Straftatbegehung zu einer qualitativen Steigerung der Eingriffsintensität. Bei der Abwägung der betroffenen Interessen ist zudem zu bedenken, dass der Staat aufgrund der strafbewehrten Pflicht zu Angaben über die

2210 Dazu oben E. III. 1. a) bb). Für ein solches GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 60.

2211 BVerfG NJW 1981, 1431, 1432.

2212 BVerfG NJW 1981, 1431, 1432 f.

2213 Zutreffend DAV, Stellungnahme Nr. 75/2023 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, 30, abrufbar unter: <<https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-75-23-rueckfuehrungsverbesserungsgesetz>>.

2214 BVerfG NJW 1997, 2307, 2308; siehe auch *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 39. EL 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 187.

Identität (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG) hinreichende Möglichkeiten hat, Gründen für den Ausschluss der Schutzberechtigung selbst nachzugehen, ohne auf die Selbstbezüglichung des Betroffenen angewiesen zu sein. Der Zwang zur Selbstbelastung – auch außerhalb des Strafverfahrens – ist daher selbst unter Berücksichtigung des staatlichen Informationsinteresses unverhältnismäßig. Im Ergebnis scheint § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG daher auch vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich bedenklich.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass der Asylbewerber sich *freiwillig* in das Asylverfahren begeben hat und die ihn im Rahmen dieses Verfahrens treffenden Pflichten daher auf sich nehmen muss. Diese Argumentation wäre angesichts der existenziellen Notlage von Asylbewerbern, die mit ihrem Asylantrag Schutz „vor Verfolgung wegen [ihrer] Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AsylG) beziehungsweise subsidiären Schutz vor einem ihnen drohenden ernsthaften Schaden, insbesondere aufgrund der drohenden Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, durch Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung oder durch eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines bewaffneten Konflikts (§ 4 Abs. 1 AsylG), beanspruchen, nicht überzeugend.²²¹⁵ Dies käme einer Bagatellisierung des Asylverfahrens als Verfahren im Rahmen der Leistungsverwaltung gleich und ließe zudem außer Acht, dass die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft deklaratorischen Charakter hat.²²¹⁶ Vor diesem Hintergrund war die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der dieser noch zu § 8 Abs. 2 AsylVfG a.F. vertreten hatte, dass Angaben eines Asylbewerbers im Asylverfahren im Rahmen eines Strafverfahrens wegen unerlaubter Einreise verwertet werden dürften, da die Pflicht des Asylbewerbers, Angaben über die Modalitäten seiner Einreise zu machen, nicht mit Sanktion bewehrt gewesen sei, sodass kein mit der Gemeinschuldner-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vergleichbarer Sachverhalt vorliege,²²¹⁷ schon auf Grundlage des alten Rechts im Blick auf die darin zum Ausdruck kommende Negierung des Interessenkonflikts des Betroffenen nicht überzeugend.²²¹⁸ Durch die

2215 Zurecht weist auch GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL 2025, § 85 Rn. 56, darauf hin, dass solche „Konfliktlagen [...] nicht mit dem Argument entkräftet werden [können], den Schutzsuchenden stehe es frei, ihre Schutzgesuche nicht weiter zu verfolgen, um dem zu entkommen. Auf einen (möglichen) verfassungs-, unions- oder konventionsrechtlichen Schutzanspruch oder gar das Refoulementverbot nach § 33 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention zu verzichten, kann nicht verlangt werden. Ein solches Ansinnen wäre unhaltbar, da es die flüchtlingsrechtlichen Garantien entwerten würde.“

2216 Dazu oben C. IV. 2. a).

2217 BGH NJW 1990, 1426, 1427; ebenso GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 111; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 123.

2218 Gleichfalls für ein Beweisverwertungsverbot schon auf Grundlage der früheren Rechtslage Aurnhamer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 72 f.; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 7 Rn. 30; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 46.

Kriminalisierung unrichtiger oder unvollständiger Angaben im Asylverfahren ist diese Rechtsprechung inzwischen aber auch in dieser Perspektive überholt.

Bis zu einer etwaigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts werden die Staatsanwaltschaften und die Strafgerichte den verfassungsrechtlichen Bedenken durch entsprechende Auslegung und Anwendung des Tatbestandes Rechnung tragen müssen. Dabei wird insbesondere dem subjektiven Tatbestand Gewicht beigemessen werden müssen. So ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob eine Angabe vorsätzlich unrichtig oder *unvollständig* getätigt wurde. Dies setzt voraus, dass der Betroffene zum Zeitpunkt der Anhörung oder des gerichtlichen Vortrags die relevanten Geschehnisse geistig vollständig präsent hatte; gerade nach einer traumatischen Flucht oder bei einem langen Zeitabstand kann dies im Einzelfall ausscheiden. Auch bloße Nachlässigkeit bei der Anstrengung der Erinnerung führt nicht zu vorsätzlich unvollständigen Angaben. Insgesamt dürfte die Strafvorschrift daher eine überschaubare Praxisrelevanz gewinnen.

b) § 85 Abs. 2 Nr. 2 AsylG

Unter dem Gesichtspunkt der Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit zweifelhaft erscheint auch die Verfassungsmäßigkeit des § 85 Abs. 2 Nr. 2 AsylG. Dieser stellt das Machen oder Benutzen unrichtiger oder *unvollständiger* Angaben, um den Widerruf oder die Rücknahme der Anerkennung als Asylberechtigter, der Zuerkennung internationalen Schutzes oder der Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Abs. 5 oder 7 Satz 1 AufenthG abzuwenden, unter Strafe. Da nach § 73 Abs. 4 AsylG die Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung des internationalen Schutzes zurückzunehmen ist, wenn sie auf Grund unrichtiger Angaben oder infolge Verschweigens wesentlicher Tatsachen erteilt worden ist, und § 73 Abs. 5 AsylG die Rücknahme der Feststellung eines Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG bei Fehlerhaftigkeit der Feststellung vorsieht, gehört im Widerrufs- und Rücknahmeverfahren auch die Mitteilung, entscheidungserhebliche unrichtige oder unvollständige Angaben im Anerkennungsverfahren gemacht zu haben, zu den vom Betroffenen zu offenbarenden Umständen.²²¹⁹ Wird im Rahmen einer Anhörung diese Angabe unterlassen, macht sich der Betroffene nach § 85 Abs. 2 Nr. 2 AsylG strafbar. Damit *zwingt* § 85 Abs. 2 Nr. 2 AsylG denjenigen, der im Anerkennungsverfahren unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht hat, dazu, diese Straftat nach § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG offenzulegen, wenn er eine Strafbarkeit nach § 85 Abs. 2 Nr. 2 AsylG vermeiden will. Darin liegt ein unmittelbarer Eingriff in die nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geschützte Selbstbelastungsfreiheit.

2219 BT-Drs. 20/9463, S. 61.

Zwar sieht § 73b Abs. 5a Satz 1 AsylG ein gesetzliches Verwertungsverbot für entsprechende Informationen vor, um der Selbstbelastungsfreiheit Rechnung zu tragen.²²²⁰ Das Verwertungsverbot greift ein, wenn der Betroffene dem Bundesamt mitteilt, im Asylverfahren unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht oder benutzt zu haben. In einem Strafverfahren gegen den Betroffenen oder gegen einen seiner Angehörigen im Sinne des § 52 Abs. 1 StPO darf die Information über die Offenbarung des Betroffenen gegenüber dem Bundesamt nicht ohne dessen Zustimmung verwertet werden. Umfasst sind vom Verwertungsverbot angesichts des Wortlauts („diese Information“) sowohl der Umstand der Offenlegung selbst als auch die offengelegten unrichtigen oder unvollständigen Angaben.²²²¹ Allerdings stellt sich auch insoweit die Frage, ob dem unmittelbaren und direkten Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit durch die Pflicht zur Offenbarung einer konkreten Straftat allein durch ein noch dazu disponibles Verwertungsverbot verfassungsrechtlich hinreichend Rechnung getragen werden kann. Im Blick auf die vorangegangenen Ausführungen erscheint dies zweifelhaft.²²²²

c) Zwischenergebnis

Mit der Einführung des § 85 Abs. 2 AsylG hat der Gesetzgeber zwei Straftatbestände geschaffen, deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz in Zweifel gezogen werden muss. Insbesondere der unmittelbare Zwang zur Selbstbelastung sowie die mangelnde Gesetzesbestimmtheit bereiten insoweit Schwierigkeiten. § 85 Abs. 2 AsylG sollte daher – auch weil seine praktische Anwendung überschaubar bleiben wird – ersatzlos gestrichen werden.

3. Das Freizügigkeitsgesetz/EU

§ 9 FreizügG/EU bedroht mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe denjenigen, der unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB zu beschaffen, oder der eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. Die Tatbestandsstruktur entspricht § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG,²²²³ sodass im Wesentlichen auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann.²²²⁴ Als vom

2220 BT-Drs. 20/9463, S. 60.

2221 *Fleuß*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 73b AsylG Rn. 40c.

2222 Vgl. auch DAV, Stellungnahme Nr. 75/2023 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, 29 ff., abrufbar unter: <<https://anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-75-23-rueckfuehrungsv-erbaesserungsgesetz>>.

2223 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 6.

2224 Für eine Parallelführung auch BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 3.

Tatbestand umfasste Angaben sind dabei die für die Entscheidung über die Erteilung einer Aufenthaltskarte, einer Daueraufenthaltskarte, einer Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, eines Aufenthaltsdokuments-GB oder eines Aufenthaltsdokuments für Grenzgänger-GB bedeutsamen Angaben zu qualifizieren.²²²⁵ Diese ergeben sich aus §§ 3, 4a, 16 Abs. 1 FreizügG/EU sowie, für britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen, teilweise aus den Regelungen des Austrittsabkommens zwischen dem Vereinigten Königreich und der Europäischen Union.²²²⁶ Neben dem allgemeinen Tatvorsatz ist angesichts des Wortlauts Absicht (*dolus directus* I. Grades) bezüglich der erstrebten Urkunde erforderlich.²²²⁷

4. Das Staatsangehörigkeitsgesetz

§ 42 StAG bedroht denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe, der unrichtige oder unvollständige Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung zu erschleichen. Nachgebildet ist die Vorschrift § 98 des Bundesvertriebenengesetzes.²²²⁸ Während bei § 98 Bundesvertriebenengesetz nach dem Wortlaut bereits *jede* unrichtige oder unvollständige Angabe genügt, setzt § 42 StAG voraus, dass es sich um eine *wesentliche* Voraussetzung der Einbürgerung handelt. Diese Einschränkung spricht schon im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG dafür, nur solche Angaben als vom Tatbestand umfasst anzusehen, die für den jeweils einschlägigen Einbürgerungstatbestand des Staatsangehörigkeitsgesetzes erforderlich sind.²²²⁹ Insbesondere ist hinsichtlich der Angaben zur Straffreiheit § 12a StAG zu beachten, der bestimmte Verurteilungen für unbeachtlich erklärt, sodass unrichtige oder unvollständige Angaben zu solchen Verurteilungen nicht zu den wesentlichen Angaben zählen.²²³⁰ Aus

2225 Ähnlich BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 5. Wohl weitergehend MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 6.

2226 Vgl. § 5 Abs. 1, 5 FreizügG/EU sowie § 16 Abs. 2 und 3 FreizügG/EU.

2227 Anders BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 7.

2228 BGH NJW 2017, 899, 900; OLG Nürnberg, Urt. v. 20.6.2016 – 1 OLG 8 Ss 65/16, BeckRS 2016, 20646, Rn. 14.

2229 Das OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 4.11.2016 – 1 Ss 163/15, BeckRS 2016, 127958, Rn. 13 ff., nimmt vor diesem Hintergrund an, nur die Vorlage falscher Sprachzertifikate, die zum nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 StAG a.F. erforderlichen Nachweis von Sprachkenntnissen geeignet seien, erfülle den Tatbestand. Könne ein entsprechendes Zertifikat diese Funktion schon nicht erfüllen, scheide eine Strafbarkeit durch Vorlage bei der Einbürgerungsbehörde aus.

2230 Überzeugend BGH NJW 2017, 899 ff.; in diese Richtung auch Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 42 StAG Rn. 117o, 117p f., der nur entscheidungserhebliche Angaben als vom Tatbestand erfasst ansieht. Anders KG, Urt. v. 12.8.2011 – (4) 1 Ss 268/11 (170/11), BeckRS 2011, 26229; KG, Urt. v. 2.12.2015 – (5) 161 Ss 231–15 (46/15), BeckRS 2016, 00532, Rn. 10 ff.; OLG Nürnberg, Urt. v. 20.6.2016 – 1 OLG 8 Ss 65/16, BeckRS 2016, 20646, Rn. 10. Das KG und das OLG Nürnberg verkennen jedoch, dass aus dem Deliktscharakter als abstraktes Gefährdungsdelikt nicht folgen kann, dass von vornherein irrelevante Angaben tatbestandlich einbezogen werden; abstrakten Gefährdungsdelikten muss gerade die Gefährdung des geschützten Rechtsguts inhärent sein. Bei Vorstrafen, die für die Einbürgerungsentscheidung von vornherein ohne Belang sind, ist dies ersichtlich nicht der Fall.

der Orientierung an § 98 Bundesvertriebenengesetz, der trotz des weiter gefassten Wortlauts dahingehend ausgelegt wird, dass unrichtige oder unvollständige Angaben nur bei Entscheidungserheblichkeit als tatbestandsrelevant angesehen werden, wird in der Rechtsprechung zudem abgeleitet, dass eine Strafbarkeit nach § 42 StAG ausscheiden müsse, wenn die Falschangaben nicht entscheidungserheblich seien.²²³¹ Insofern wird gerade abweichend von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG nicht jede für das Verfahren relevante Falschangabe erfasst.²²³² Zudem wird angenommen, dass angesichts des Wortlauts („erschleichen“) ein bei hypothetisch zutreffenden Angaben bestehender Einbürgerungsanspruch der Strafbarkeit entgegenstehe, da ein solcher Anspruch ein Erschleichen ausschließe.²²³³

V. Schleusungsdelikte

In der Kategorie Schleusungsdelikte werden der Straftatbestand des Einschleusens von Ausländern, einschließlich der Qualifikationstatbestände (§§ 96, 97 AufenthG), sowie der Tatbestand der Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung mit seinen Qualifikationstatbeständen (§§ 84, 84a AsylG) zusammengefasst.

1. Das Einschleusen von Ausländern (§§ 96, 97 AufenthG)

Sowohl in der kriminal- und migrationspolitischen Diskussion als auch in der Anwendungspraxis liegt der Fokus auf dem sogenannten „Schleusertatbestand“ des § 96 AufenthG, was auch durch die regen Reformaktivitäten des Gesetzgebers in den letzten Jahrzehnten belegt wird.²²³⁴ Zuletzt hat der Gesetzgeber mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz erhebliche Veränderungen des Tatbestandes vorgenommen, die weitreichende Implikationen für die strafrechtsdogmatische Bewertung haben und insbesondere die Ausklammerung humanitärer Hilfe aus dem Anwendungsbereich der Strafvorschrift erschweren.

a) Überblick

§ 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG erfasst als täterschaftliches Verhalten die Anstiftung oder Hilfeleistung zu bestimmten „Handlungen“, die in § 95 AufenthG oder § 9 FreizügG/EU mit Strafe bedroht werden, wenn zugleich ein sogenanntes Schleusermerkmal vorliegt:

Strafbar macht sich danach zunächst, wer einen Ausländer zu einer unerlaubten aufenthaltstitellosen Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) oder einer Einreise unter

2231 BGH NJW 2017, 899, 900 m.w.N.

2232 BGH NJW 2017, 899, 900.

2233 OLG Nürnberg, Urt. v. 20.6.2016 – 1 OLG 8 Ss 65/16, BeckRS 2016, 20646, Rn. 19 ff.

2234 Dazu oben A. III.

Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot (§ 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG) anstiftet oder ihm dabei Hilfe leistet, sofern er dafür entweder einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt oder aber wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelt (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) und b) AufenthG).

Die Anstiftung und Hilfeleistung zu einer unerlaubten passlosen Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG), einem pass- oder aufenthaltstitellosten Aufenthalt (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG), zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch den Inhaber eines Schengen-Visums (§ 95 Abs. 1a AufenthG), zum Aufenthalt unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot (§ 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AufenthG) oder zu unrichtigen oder unvollständigen Angaben zur Erlangung oder Sicherung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung sowie zum Gebrauchen einer entsprechenden Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG) ist tatbestandsmäßig, wenn der Täter dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG). Unter denselben Voraussetzungen steht die Anstiftung oder Hilfeleistung zu unrichtigen oder unvollständigen Angaben zur Erlangung einer Aufenthaltskarte, einer Daueraufenthaltskarte, einer Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, eines Aufenthaltsdokuments-GB oder eines Aufenthaltsdokuments für Grenzgänger-GB oder zum Gebrauchen einer entsprechenden Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr unter Strafe (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG).

§ 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG bewirkt damit, dass „schlichte“ Teilnahmehandlungen bei Vorliegen eines Schleusermerkmals, also dem Handeln zur Erlangung eines (Vermögens-)Vorteils, wiederholtem Handeln oder Handeln zugunsten mehrerer Ausländer, nicht mehr als Teilnahme am Unrecht eines anderen, sondern als täterschaftliche Unrechtsverwirklichung zu qualifizieren sind, die ihrerseits teilnahmefähig ist.²²³⁵

Angesichts der Tatbestandsfassung sind Rechtsprechung und Literatur lange Zeit davon ausgegangen, es handele sich um eine typisierte Teilnahme, weshalb im Grundsatz auf die Teilnahmedogmatik zurückzugreifen und § 96 Abs. 1 AufenthG a.F. als *limitiert akzessorisch* zur eigentlichen Haupttat zu verstehen sei, wobei aber die Teilnahme mit höherer Strafe bedroht werde als die eigentliche Haupttat.²²³⁶ Dies war im Blick auf Wortlaut und Systematik des Gesetzes überzeugend. Für das gesetzgeberische Ziel, insbesondere „organisierte Schleuserkriminalität“ konsequent verfolgen zu können, barg diese dogmatische Konstruktion jedoch durchaus Herausforderungen. Eine Strafbarkeit des Schleusers hatte nämlich immer dann auszuscheiden, wenn der „Haupttäter“ objektiv tatbestandslos, ohne Vorsatz oder

2235 BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 3 StR III/24, BeckRS 2025, 3577, Rn. 44 m.w.N.

2236 Dazu sogleich näher E. V. 1. b) aa) (1).

gerechtfertigt handelte. Die Beantragung von Asyl an der Grenze, die Handlungsunfähigkeit oder das Handeln ohne Tatvorsatz – relevant insbesondere bei Schleusung von (Klein-)Kindern – oder eine Rechtfertigung, die nach der hier vertretenen Auffassung auch aus Art. 31 Abs. 1 GFK folgen kann, führten zum Entfallen der Strafbarkeit auch beim Schleuser.²²³⁷

Vor allem um Strafbarkeitslücken bei der Schleusung von vorsatzlos handelnden Kindern, Bewusstlosen und Handlungsunfähigen zu schließen,²²³⁸ hat der Gesetzgeber mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG eingefügt. Dieser lautet „Ebenso wird bestraft, wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche rechtswidrige Tat im Sinne des Satzes 1 Nummer 1 oder Nummer 2 begangen hat.“ Damit erkennt der Gesetzgeber die Auslegung von § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG als limitiert akzessorisch implizit an, um sie jedoch zugleich partiell zu durchbrechen, mit der Konsequenz, dass es nach der geltenden Gesetzeslage nur noch auf das objektive Vorliegen einer unerlaubten Einreise oder eines unerlaubten Aufenthalts ankommt. Diese Lösung scheint zunächst schlüssig und im Blick auf das gesetzgeberische Ziel konsequent. Sie führt aber zu Friktionen, die im Folgenden aufgezeigt werden sollen.²²³⁹

§ 96 Abs. 2 AufenthG enthält Qualifikationstatbestände,²²⁴⁰ welche angesichts der Mindeststrafdrohung von einem Jahr Freiheitsstrafe (§ 12 Abs. 1 StGB) Verbrechenscharakter aufweisen, was zur Anwendbarkeit des § 30 StGB führt.²²⁴¹ § 96 Abs. 3 AufenthG wiederum ordnet die Strafbarkeit des Versuchs für Taten nach § 96 Abs. 1 AufenthG konstitutiv, bezüglich § 96 Abs. 2 AufenthG lediglich deklaratorisch (§ 23 Abs. 1 StGB) an.

§ 96 Abs. 4 AufenthG erweitert den Anwendungsbereich des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) und Nr. 2, Satz 2, Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 sowie Nrn. 5 und 6, Satz 2 AufenthG sowie bei Einreisen auf dem Landweg auch des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates, sofern die Unterstützung zugunsten von Ausländern erfolgt, die nicht die Staatsangehörigkeit eines EU- oder EWR-Mitgliedstaates haben. Dadurch wird der Bereich strafbarer Handlungen erheblich

2237 Im Einzelnen sogleich unten E. V. I. b) aa).

2238 BT-Drs. 20/9463, S. 52 f.; vgl. dazu zur alten Rechtslage BGH NJW 2018, 3658, 3659 f.; BayObLG, Beschl. v. 19.10.1999 – 4 St RR 205/99, BeckRS 1999, 31370483; Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 157; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 3; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 123. EL 2022, § 96 AufenthG Rn. 12b; Heinrich, ZAR 2003, 166, 173; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 5; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 108 f.

2239 Dazu unten E. V. I. b) aa) (2).

2240 BGH NStZ-RR 2012, 124.

2241 Damit ist eine erhebliche Ausweitung und Vorverlagerung der Strafbarkeit verbunden, vgl. BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 3.

erweitert und zugleich die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf reine Auslands Sachverhalte ausgedehnt.

§ 97 Abs. 1 AufenthG enthält die Erfolgsqualifikation des Einschleusens mit Todesfolge; § 97 Abs. 2 AufenthG stellt eine weitergehende Qualifikation des § 96 Abs. 1 und 4 AufenthG dar, welche die gewerbsmäßige Bandenschleusung erfasst. Im Folgenden werden die einzelnen Regelungen im Detail erörtert. Hinsichtlich der in Bezug genommenen Handlungen nach § 95 AufenthG und § 9 FreizügG/EU kann dabei auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

b) Detailbetrachtung

aa) Der Grundtatbestand: § 96 Abs. 1 AufenthG

Der Grundtatbestand des Einschleusens von Ausländern regelt in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG im Wesentlichen den „Schleusertatbestand“, wie er schon nach der Rechtslage vor dem Rückführungsverbesserungsgesetz galt, allerdings ergänzt um § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG, der die Anstiftung oder Hilfeleistung zu einer Handlung nach § 9 Abs. 1 FreizügG/EU erfasst. § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG bewirkt demgegenüber eine Auflösung der nach Satz 1 geltenden limitierten Akzessorietät des Einschleusens zu der jeweils in Bezug genommenen Haupttat.

(1) § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG

(a) Vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat

§ 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG setzt zunächst voraus, dass eine der in § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG in Bezug genommenen „Handlungen“ nach § 95 AufenthG oder § 9 Abs. 1 FreizügG/EU begangen worden ist. Schon zum früheren § 96 Abs. 1 AufenthG, der im Wortlaut ähnlich gefasst war wie der nunmehr geltende § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, wurde von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur vertreten, dass das Einschleusen von Ausländern eine tatbestandlich typisierte Teilnahme an der vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des Ausländers ist und daher der Grundsatz limitierter Akzessorietät Anwendung findet.²²⁴² Dies

2242 St. Rspr., siehe nur BGH NStZ 2013, 483; 2015, 399, 400; 2017, 478; NJW 2018, 3658, 3659; BGH, Beschl. v. 23.9.2021 – 1 StR 173/21, BeckRS 2021, 32624, Rn. 9; BGH NStZ 2024, 47, 48; BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 8; aus der Literatur statt vieler *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 76 ff.; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 274; *Geisler*, ZRP 2001, 171, 173; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 2 f.; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 17 f.; *Heinrich*, FS Werle, 2022, 755, 757; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 178, 185; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 1; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 289; *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 152 ff., 168; Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember

hatte zur Folge, dass eine Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern immer dann auszuscheiden hatte, wenn der Ausländer den objektiven oder subjektiven Tatbestand nicht verwirklicht hatte, einschließlich Fällen, in denen er einem Tatbestandsirrtum unterlegen war, oder gerechtfertigt gewesen war.²²⁴³ In Betracht kam nur ein Versuch nach § 96 Abs. 3 AufenthG.²²⁴⁴ Aus Sicht der Praxis und im Blick auf die gesetzgeberische Intention, gefährliche Schleusungspraktiken zu unterbinden, führte die limitiert-akzessorische Ausgestaltung des § 96 Abs. 1 AufenthG a.F., die sich in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG n.F. fortsetzt, mitunter zu unbefriedigenden Ergebnissen.²²⁴⁵ Auch bestehen im Blick auf den deutlich erhöhten Strafraum gegenüber der in Bezug genommenen „Haupttat“ nach § 95 AufenthG Friktionen mit dem allgemeinen Grundsatz, nach dem die Teilnahme keinen höheren Unrechtsgehalt verkörpert als die täterschaftliche Begehung.²²⁴⁶

Gleichwohl war und ist die Annahme limitierter Akzessorität im Blick auf die eindeutige gesetzgeberische Orientierung an §§ 26 und 27 StGB hinsichtlich Terminologie und Regelungstechnik schon im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG geboten. Die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, in Kenntnis der limitiert-akzessorischen Ausgestaltung der Teilnahmevorschriften eine Typisierung von Anstiftungs- und Beihilfehandlungen nach dem Muster eben dieser Vorschriften vorzunehmen und damit gerade keine eigenständige und von der Haupttatbegehung unabhängige Strafvorschrift zu schaffen, kann bei der Auslegung des § 96 Abs. 1 AufenthG a.F. und des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG n.F. nicht unberücksichtigt bleiben.²²⁴⁷ Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass die Vorschrift erst mit dem Ausländergesetz 1990 ihren an §§ 26, 27 StGB orientierten Wortlaut erhalten hatte,²²⁴⁸ während zuvor im Gleichlauf zum Tatbestand der Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung (heute: § 84 AsylG) ein „Verleiten“ oder „Unterstützen“ vorausgesetzt war, was eine limitierte Akzessorität nicht zwingend vorgab.²²⁴⁹

2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 9 ff.; dazu schon *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 85. Anders aber *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 135 ff.

2243 BGH NJW 2018, 3658, 3659 f.; *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 157 f.; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 79; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 7 f.; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 3.

2244 BGH NSTZ 2024, 47, 48; BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 8 m.w.N.

2245 Dazu schon BGH NJW 2018, 3658, 3660; die „Strafbarkeitslücke“ erkannten auch schon *Geisler*, ZRP 2001, 171, 173; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 79 ff., die diese allerdings nicht für „bedrohlich“ hielt; vgl. ferner *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 106 ff.; unter Bezugnahme auf die Straflosigkeit bestimmter Schleusungshandlungen nach der alten Rechtslage begründete der Gesetzgeber die partielle Aufgabe der Akzessorität mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz, siehe BT-Drs. 20/9463, S. 52 f.

2246 Vgl. *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 140.

2247 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 77; *Geisler*, ZRP 2001, 171, 173.

2248 Siehe oben A. II. 4. a).

2249 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 84 f.; *Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 30.

An diesem Ergebnis vermag auch die Verwendung des Begriffs „Handlung“ statt der in §§ 26 und 27 StGB etablierten Terminologie, die an die „Tat“ eines anderen anknüpft, nichts zu ändern.²²⁵⁰ Daraus lässt sich nämlich nicht schließen, dass der Gesetzgeber lediglich auf die tatbestandliche Handlungsbeschreibung abstellen wollte und nicht auf die vorsätzliche und rechtswidrige Tat.²²⁵¹ Zum einen beziehen sich §§ 26 und 27 StGB mit dem Begriff der Tat gleichfalls nur auf das im jeweiligen Tatbestand beschriebene Verhalten und bedarf es deshalb der Präzisierung „vorsätzlich und rechtswidrig“, um zum Ausdruck zu bringen, dass die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes nicht genügt, aber umgekehrt auch keine schuldhaft Tatbegehung erforderlich ist. Zum anderen ist die abweichende Terminologie mit dem verwaltungsakzessorischen Charakter der Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes zu erklären. So verweisen zahlreiche Tatbestände ihrerseits auf weitere Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes, sodass sich die tatbestandliche Handlungsbeschreibung erst aus einer Zusammenschau von Strafvorschrift und blankettausfüllender Verwaltungsrechtsnorm ergibt. Demgegenüber finden sich im Strafgesetzbuch noch immer überwiegend solche Strafvorschriften, in denen die „Tat“ vollständig umschrieben wird.

Die Position der herrschenden Meinung hat sich der Gesetzgeber mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz und der Einfügung des § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG zu eigen gemacht.²²⁵² Durch die ausdrückliche Aufnahme des Satzes 2, nach dem „ebenso“ bestraft wird, „wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche und rechtswidrige Tat im Sinne des Satzes 1 Nummer 1 oder Nummer 2 begangen hat“, hat der Gesetzgeber eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass Satz 1 der Strafvorschrift eine eben solch vorsätzliche und rechtswidrige Tat voraussetzt. Dass damit strafrechtsdogmatische Inkonsistenzen und Brüche verbunden sind, resultiert daraus, dass der Gesetzgeber die qualifizierte Anstiftung und Beihilfe als Schleusungsunrecht²²⁵³ mit einem deutlich erhöhten Strafraum bedrohen wollte, sich aber in der tatbestandlichen Fassung nicht von der Haupttat-Teilnahme-Struktur und damit dem Akzessorietätsprinzip hat lösen können oder wollen.²²⁵⁴

Demnach ist Voraussetzung einer Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG zunächst, dass eine der in Nrn. 1 bis 3 in Bezug genommenen Haupttaten vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht worden ist. Insoweit kann hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen, der Anforderungen an den subjektiven Tatbestand,

2250 Vgl. aber *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 136 f.; ebenfalls in diese Richtung *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 156; *Mitsch*, NStZ 2022, 241.

2251 Ebenso *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 78.

2252 Ausdrücklich BT-Drs. 20/9463, S. 52.

2253 Vgl. zur „Multiplikator-Wirkung“ professionell agierender Schleuser und zur Tatherrschaft *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 164 ff., unter Bezugnahme auf *Böse*, ZStW 2004, 680, 696 ff.

2254 Vgl. dazu auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 157 ff.

möglicher Irrtumsfragen sowie Rechtfertigungsgründe auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden.²²⁵⁵ Hervorzuheben ist, dass die Rückführungsrichtlinie nicht zu einem Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit führt,²²⁵⁶ sodass die Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG vom Vorrang des Rückführungsverfahrens unberührt bleibt, wenn nicht im Einzelfall eine dem Rückführungsverfahren unterliegende Person Täter des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist.²²⁵⁷ Vor allem im Blick auf den wichtigsten Anwendungsfall der Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) ist dabei zu berücksichtigen, dass es insbesondere dann, wenn es an der Unerlaubtheit der Einreise fehlt, etwa weil die „Geschleusten“ an der Grenze um Asyl nachsuchen und erst im Anschluss einreisen, nicht zu einer Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG kommt.²²⁵⁸ Sofern dies dem Tatplan entspricht, scheidet auch ein nach § 96 Abs. 3 AufenthG strafbewehrter Versuch aus, da sich der Tatentschluss dann bereits nicht auf die Förderung einer *unerlaubten* Einreise richtet.²²⁵⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung scheidet eine Strafbarkeit ferner dann aus, wenn die unerlaubte Einreise nach § 95 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 GFK gerechtfertigt ist.²²⁶⁰

Ob der Verweis des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG auf § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG und der Verweis in § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG auf § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG auch die Gleichstellungsklausel des § 95 Abs. 6 AufenthG umfasst, mit der Folge, dass eine Strafbarkeit wegen Einschleusens auch dann in Betracht kommt, wenn zwar ein wirksamer Aufenthaltstitel vorliegt, dieser aber im Sinne des § 95 Abs. 6 AufenthG unlauter erlangt worden ist, ist umstritten.²²⁶¹ Der Wortlaut des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG spricht gegen eine solche Einbeziehung. § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG verweist präzise auf einzelne Nummern und Buchstaben des § 95 AufenthG, ohne dabei § 95 Abs. 6 AufenthG einzubeziehen. Mit der Einführung des § 95 Abs. 6 AufenthG hat der Gesetzgeber auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs reagiert, der eine Strafbarkeit wegen unerlaubter Einreise oder unerlaubten Aufenthalts abgelehnt hatte, wenn der Betroffene einen *wirksamen* Aufenthaltstitel besaß, auch wenn dieser unlauter erlangt worden war. Der Gesetzgeber hat damit den in der Rechtsprechung zu § 95 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG vertretenen Grundsatz

2255 Oben E. II. 3.-4.

2256 Dazu oben C. III. 3. a) bb).

2257 Zu dieser Konstellation unten E. V. 1. b) aa) (3).

2258 BGH, Beschl. v. 1.8.2012 – 4 StR 226/12, BeckRS 2012, 17665.

2259 Zur Frage des Fehlens einer unerlaubten Einreise in derartigen Fällen vgl. BGH NStZ 2022, 239, 241; OLG Bamberg NStZ 2015, 404, 405 f.; im Ausgangspunkt auch BGH NStZ-RR 2015, 184, 186.

2260 Vgl. dazu oben C. IV. 2. b).

2261 Für eine Einbeziehung des § 95 Abs. 6 AufenthG BGH NJW 2012, 2210, 2211, allerdings ohne Auseinandersetzung mit der Position des Bundesgerichtshofs zur Einbeziehung von § 95 Abs. 3 AufenthG; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 16; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 33; dagegen Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 241; Kretschmer, ZAR 2019, 263, 267; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J, § 96 AufenthG Rn. 16.

der strengen Verwaltungsakzessorietät partiell durchbrochen, zugleich aber darauf verzichtet, die Verweisungen in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG auf diese Ausnahmenvorschrift zu erstrecken. Dass es dem Gesetzgeber bei der Gesetzesänderung auch darauf angekommen sein dürfte, die Schleusung mit unlauter erlangten Aufenthaltstiteln zu erfassen, liegt zwar nahe.²²⁶² Ein solcher gesetzgeberischer Wille hat sich aber nicht im Gesetzeswortlaut niedergeschlagen, obschon zugleich § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG auf § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verweist, welcher unrichtige oder unvollständige Angaben im Verwaltungsverfahren unter Strafe stellt.

Sofern teilweise argumentiert wird, der Gesetzgeber habe auch nicht auf § 95 Abs. 3 AufenthG verwiesen, gleichwohl bestehe aber Einigkeit, dass der Versuch der unerlaubten Einreise taugliche Anknüpfungstat für § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG sei,²²⁶³ sodass dies auch für § 95 Abs. 6 AufenthG zu gelten habe, beruht dies auf einer wenig überzeugenden Auslegung des Tatbestandes. Die Strafbarkeit der Anstiftung oder Hilfeleistung zur versuchten unerlaubten Einreise (aber auch zum Versuch der anderen in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG in Bezug genommenen Handlungen, für die § 95 Abs. 3 AufenthG eine Versuchsstrafbarkeit gerade nicht vorsieht) ergibt sich nämlich nicht aus einer Bezugnahme auf § 95 Abs. 3 AufenthG, sondern erst aus § 96 Abs. 3 AufenthG, der den Versuch der Tat unter Strafe stellt.²²⁶⁴ Es liegt in diesen Fällen daher auch keine vollendete Tat nach § 96 Abs. 1 AufenthG vor, wovon konsequenterweise auszugehen wäre, wenn mit der Gegenauffassung bereits die versuchte unerlaubte Einreise gemäß § 95 Abs. 3 AufenthG taugliche Bezugstat des § 96 Abs. 1 AufenthG wäre. Dies stünde aber im Widerspruch zu allgemeinen strafrechtsdogmatischen Grundsätzen, nach denen die Teilnahme am strafbaren Versuch als Anstiftung oder Beihilfe zum Versuch mit der Möglichkeit der Strafmilderung nach § 23 Abs. 2 StGB einhergeht.²²⁶⁵ Vor diesem Hintergrund sind Fälle der Anstiftung oder Beihilfe zu einer nur versuchten unerlaubten Einreise lediglich als *Versuch* des Einschleusens nach § 96 Abs. 3 AufenthG strafbar.²²⁶⁶ Dies wiederum setzt in der Variante des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG voraus, dass bereits

2262 BGH NJW 2012, 2210, 2211: „unterliegt keinem Zweifel“.

2263 So MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 16; ebenfalls von einer Erstreckung des § 96 Abs. 1 AufenthG auf § 95 Abs. 3 AufenthG scheint Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 331, auszugehen.

2264 Zutreffend schon zu § 92a AuslG BGH NJW 2002, 3642, 3643; zu § 96 AufenthG auch BGH NJW 2012, 2821, 2822; NSTZ 2015, 399, 400 f.; vgl. auch Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 141; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 24; Mitsch, NSTZ 2022, 241; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 64.

2265 Im Falle der Beihilfe zum Versuch ist sogar eine doppelte Strafmilderung möglich, vgl. MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 129 m.w.N. § 96 Abs. 1 AufenthG soll ersichtlich keine Strafmilderung für den Gehilfen bewirken. Damit ist freilich nicht der Ausschluss einer Strafmilderung wegen Versuchs verbunden, welche es ermöglicht, die mangelnde Tatvollendung auf Rechtsfolgende angemessen zu berücksichtigen. Zur Unverhältnismäßigkeit der ansonsten bewirkten Strafbarkeit des Versuchs eines dann als Eignungsdelikt konstruierten § 96 Abs. 1 AufenthG Mitsch, NSTZ 2022, 241.

2266 BGH NJW 2012, 2821, 2822; NSTZ 2024, 47, 48. Dazu auch unten E. V. I. b) cc).

eine vollendete Bezugstat festgestellt werden kann, sodass zwar der *Versuch* der Wiederholung, nicht aber die *Wiederholung* des Versuchs tatbestandsmäßig ist.²²⁶⁷

Nach alledem bedürfte es einer gesetzgeberischen Tatbestandsanpassung, um Fälle des § 95 Abs. 6 AufenthG separat zu erfassen. Die daraus resultierende Strafbarkeitslücke wird partiell durch § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG geschlossen, der auf § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG Bezug nimmt, weil die Einreise mit einem unter Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Angaben erlangten Aufenthaltstitel ein Gebrauchen zur Täuschung im Rechtsverkehr darstellt, wenn ein solcher Aufenthaltstitel im Rahmen einer grenzpolizeilichen Kontrolle vorgelegt wird.

Der Wortlaut des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist nicht auf Ausländer begrenzt („wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet“), sodass auch die Haupttat eines Deutschen – wie etwa in den Fällen des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG vorstellbar – tauglicher Anknüpfungspunkt ist.²²⁶⁸ Der Deliktsscharakter des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG kann im Lichte der limitierten Akzessorietät des Tatbestandes daher nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Bezugstat bestimmt werden.²²⁶⁹

(b) Anstiften oder Hilfe leisten

§ 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG setzt des Weiteren voraus, dass der Täter „einen anderen“ anstiftet oder ihm Hilfe leistet. Aufgrund der Orientierung des Gesetzgebers an §§ 26 und 27 StGB können Anstiftung und Hilfeleistung analog zu diesen Vorschriften ausgelegt werden.²²⁷⁰ Während die Anstiftung das Bestimmen eines anderen zur Begehung einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Tat und damit das Hervorrufen des Tatentschlusses voraussetzt, liegt eine Hilfeleistung vor, wenn der Täter die Tat eines anderen fördert oder erleichtert.²²⁷¹ Im Folgenden soll der Fokus auf die Hilfeleistung gelegt werden, weil die meisten Schleusungshandlungen auf eine Unterstützung bei der unerlaubten Einreise hinauslaufen, während die Anstiftung aufgrund des vielfach bereits gefassten Entschlusses zur Begehung der unerlaubten

2267 Dazu auch unten E. V. I. b) aa) (i) (c) (iii).

2268 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 6.

2269 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 91 f.; Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 133; anders offenbar Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 146 ff.

2270 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 127; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 13; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 288; Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 170 ff.

2271 TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 2 und § 27 Rn. 2 ff.; vgl. auch Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 127 f.

Einreise oder zur Fortsetzung des unerlaubten Aufenthalts, der den Geschleuten zum *omnimodo facturus* macht,²²⁷² von untergeordneter Bedeutung ist.²²⁷³

Zunächst gilt, dass der Anwendungsbereich des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG denkbar weit ist. Anschaulich lässt sich dies anhand des Hilfeleistens zu einer unerlaubten Einreise nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG darstellen. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs, die im Schrifttum geteilt wird, „fällt [...] jede Handlung unter den Tatbestand des § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, die den unerlaubten Grenzübertritt eines Ausländers in irgendeiner Weise objektiv fördert [...]. Dabei muss die Hilfeleistung nicht unmittelbar zum Grenzübertritt geleistet werden. Schon eine Unterstützung im Vorfeld der Einreise (z.B. Beschaffung und Weiterleitung von Informationen zum Grenzübertritt, Organisation von Reisemöglichkeiten, Beschaffung von gefälschten Reisedokumenten, Anwerbung von Transithelfern) ist ausreichend, wenn sie den Grenzübertritt ermöglicht oder erleichtert [...]“.²²⁷⁴ Da in Übereinstimmung mit der allgemeinen Beihilfedogmatik auch eine sogenannte Kettenbeihilfe – also eine Beihilfe zur Beihilfe, die Beihilfe zur Haupttat ist – möglich ist,²²⁷⁵ macht sich als Täter des § 96 Abs. 1 AufenthG auch strafbar, wer bei Vorliegen eines Schleusermerkmals durch seine Unterstützungshandlung lediglich die Hilfeleistung eines anderen unterstützt.²²⁷⁶ § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG stellt daher jede Unterstützungshandlung unter Strafe, welche eine der in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG genannten Handlungen ermöglicht oder erleichtert, wobei der Tatbestand keine weitergehende Einschränkung hinsichtlich des Merkmals Hilfeleisten erkennen lässt. Daher unterfallen § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG sämtliche Transportleistungen, aber auch der Erwerb von Zug-, Bus- oder Flugtickets, die Unterstützung mit Bargeld zur Finanzierung der Einreise, die Gewährung von Unterkunft zur Erholung vor einer Fortsetzung der Reise, die Versorgung mit Proviant, Wegekarten oder Navigationsgeräten oder auch nur die Weitergabe von Informationen über geeignete Grenzübertrittsstellen.²²⁷⁷

2272 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 16; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 14; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 6; Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 170 f.

2273 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 17; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 14. Etwas anderes mag in Fällen gelten, in denen Schleuser die Geschleuten zu Falschangaben im Verwaltungsverfahren veranlassen.

2274 BGH NJW 2012, 2821; siehe ferner BGH NJW 2005, 2095, 2099 m.w.N.; GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 17; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 32; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 20.

2275 Dazu m.w.N. TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 36; NK-StGB/Schild/Kretschmer, 6. Aufl. 2023, § 27 Rn. 8.

2276 BGH NStZ 1999, 409, 410; NJW 2012, 2821, 2822; BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 32; OLG Zweibrücken, Urt. v. 24.3.1995 – 1 Ss 22/95, BeckRS 1995, 02232, Rn. 13; vgl. Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 32. Kritisch Epik, JR 2025, 534, 537 ff.

2277 Weitere Beispiele bei GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 17; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 15; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 295 ff.; vgl. auch

Auch die Tätigkeit als „Hawaladar“, also als Einzahl-, Verwahr- und Auszahlstelle für den Transfer von Geld, im Rahmen des sogenannten „Hawala-Bankings“ begründet in Fällen, in denen der „Hawaladar“ das Geld Schleusungswilliger zunächst treuhänderisch verwahrt und im Erfolgsfalle an Schleuser weiterleitet, bei entsprechender Tatsachenkenntnis eine tatbestandsmäßige Unterstützungshandlung.²²⁷⁸

Die Hilfeleistung kann dabei auch weit im Vorfeld der eigentlichen Haupttat, etwa der unerlaubten Einreise, stattfinden, beispielsweise im Heimatland des Haupttäters, solange sie auf die Begehung einer Bezugstat nach § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG gerichtet ist. § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG greift daher auch in Fällen, in denen die Schleusung an der EU-Außengrenze stattfindet, das eigentliche Ziel des Haupttäters aber das Erreichen des Bundesgebiets ist, zu dem ihm der Schleuser durch die Unterstützung bei der Überwindung der EU-Außengrenze vorsätzlich Hilfe leistet.²²⁷⁹ Diese Grundsätze lassen sich auch auf die übrigen Tatbestandsvarianten des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG übertragen. Die weite Vorverlagerung täterschaftlicher Begehung ist Resultat der Typisierung von Anstiftung und Beihilfe als Tathandlungen des Einschleusens. Der besondere Deliktsscharakter des § 96 Abs. 1 AufenthG als vertypete Teilnahme bewirkt nämlich, dass Tatherrschaft lediglich bezüglich des Teilnehmerbeitrags, nicht aber bezüglich der Haupttat erforderlich ist, sodass auch weit vom eigentlichen Schleusungsgeschehen entrückte Unterstützer Täter des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG sein können.²²⁸⁰ Damit geht einher, dass das Kriterium der Tatherrschaft insoweit keine zurechnungsbegrenzende Funktion entfalten kann, weil jeder, der einen von ihm beherrschten Unterstützungsbeitrag erbringt und zugleich ein Schleusermerkmal (dazu sogleich c)) aufweist, zum Täter des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG wird, ohne dass es auf die Kontrolle des Haupttatgeschehens (z.B. im Rahmen der Einreisefituation) ankommt. Die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme wird hinsichtlich § 96 Abs. 1 AufenthG daher nur dort bedeutsam, wo ein den Schleuser unterstützender Beteiligter kein Schleusermerkmal verwirklicht und *deshalb* nicht als Täter des Einschleusens in Betracht kommt.²²⁸¹

Hinsichtlich Fällen der sogenannten Durchschleusung, bei denen also die Einreise in das und der Aufenthalt im Bundesgebiet lediglich dazu dient, ein anderes Schleu-

Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 171 f.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 22. Nicht ausreichend ist aber eine bloße Anwesenheit bei der Schleusung BayObLG, Beschl. v. 3.2.2000 – 4St RR 8/00, BeckRS 2000, 31370475.

2278 BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 3 StR III/24, BeckRS 2025, 3577, Rn. 47.

2279 BGH, Urt. v. 15.3.2021 – 5 StR 627/19, BeckRS 2021, 6675, Rn. 25 f.; vgl. auch Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 41.

2280 Missverständnis insoweit BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 36, wenn der BGH ausführt, auf die Tatherrschaft komme es nicht an. Zutreffend ist daran, dass die Tatherrschaft bereits vorliegt, wenn der Täter den Geschehensablauf bezüglich seiner Teilnahmehandlung in den Händen hält und dies von seinem Vorsatz umfasst ist.

2281 Vgl. dazu bereits *Epik*, JR 2025, 534, 536. Siehe näher unten E. V. 1. b) aa) (3).

sungsziel zu erreichen, hat die Rechtsprechung ein Hilfeleisten zur unerlaubten Einreise beziehungsweise zum unerlaubten Aufenthalt im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG angenommen, wenn die Schleusungshandlung jedenfalls auch auf die vorübergehende Einreise in das und den vorübergehenden Aufenthalt im Bundesgebiet gerichtet war.²²⁸² Zugleich hat sie aber klargestellt, dass in der bloßen Unterstützung der *Ausreise* keine Beihilfe zur Fortsetzung eines unerlaubten Aufenthalts liege; sofern nicht mit der Ausreise zugleich die Einreise in einen anderen EU- oder Schengen-Staat gefördert wird (§ 96 Abs. 4 AufenthG), bleibt die Beihilfe zur Ausreise im Blick auf § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG daher straffrei.²²⁸³ Entscheidend für die strafrechtliche Bewertung des Durchschleusens muss schon im Blick auf den Gesetzeswortlaut sein, ob sich die Tathandlung in der Förderung der Ausreise erschöpft oder ob nicht zugleich mindestens auch der vorübergehende Aufenthalt gefördert worden ist; die Unterstützung im Stadium der Vorbereitungen zur Ausreise werden regelmäßig nicht auf die Förderung des fortgesetzten Aufenthalts – auf den auch das Verhalten des Ausländers nicht abzielt²²⁸⁴ – gerichtet sein, sondern gerade die Beendigung des rechtswidrigen Dauerzustands des unerlaubten Aufenthalts bezwecken. Deshalb fehlt es schon an einem Hilfeleisten, jedenfalls aber an einem Vorsatz zur Förderung der Haupttat.²²⁸⁵

Vor dem Hintergrund der Reichweite des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG stellt sich die Frage, ob das zu § 27 StGB entwickelte Konzept normativer Sozialadäquanz auch im Rahmen des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG Anwendung findet. Dabei ist zunächst zu beachten, dass der Tatbestand nur dann verwirklicht ist, wenn ein Schleusermerkmal vorliegt, wobei die Anforderungen je nach Bezugstat unterschiedlich ausgestaltet sind (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG): Nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG kommt sowohl der Erhalt oder das Sichversprechenlassen eines Vorteils (lit. a)) als auch das wiederholte Handeln oder das Handeln zugunsten mehrerer Ausländer (lit. b)) in Betracht. Nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG genügt nur der Erhalt oder das Sichversprechenlassen eines *Vermögensvorteils*. Da ein Handeln

2282 Zu weitgehend BGH NJW 1999, 2827 f.; vgl. dazu die zurecht kritische Anmerkung von Kleczewski, StV 2000, 364 ff.; siehe ferner *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 128 ff. Der BGH hat seine Rechtsprechung später präzisiert, vgl. die Nachweise sogleich.

2283 BGH NSTZ-RR 2002, 23; NJW 2002, 3642, 3643; BGH, Beschl. v. 4.5.2016 – 3 StR 358/15, BeckRS 2016, 12555, Rn. 31, 37; zur Strafbarkeit des Ausschleusens im Lichte des § 96 Abs. 4 AufenthG (§ 92a Abs. 4 AuslG a.F.) BGH NSTZ 2001, 157 f.; vgl. auch *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 159 f.; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 314 f.

2284 Vor diesem Hintergrund soll nach Kleczewski, StV 2000, 364, 365, schon keine taugliche Haupttat mehr vorliegen, wenn der Ausländer Ausreisebemühungen entfaltet. Dann sei das Dauerdelikt beendet und kein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Beihilfe mehr. Allerdings wird die Beendigung des Dauerdelikts nicht von *Ausreisebemühungen* oder der Intention einer Ausreise abhängig gemacht werden können, sondern muss objektiv an das Verlassen des Bundesgebiets angeknüpft werden. Ansonsten käme es zu einem Auseinanderfallen des verwaltungsrechtlich unerlaubten und des strafrechtlich unerlaubten Aufenthalts.

2285 In diese Richtung BGH NSTZ-RR 2001, 23.

zum eigenen (Vermögens-)Vorteil grundsätzlich nicht als normativ sozialadäquat zu qualifizieren ist,²²⁸⁶ bleibt als Anwendungsfall vor allem § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG. Dabei geht es um Fälle der Beihilfe zu einer unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet. Hierbei können wiederum Einreisen unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot aus dem Tatbestand ausgeschieden werden, da diese Personen einem individuellen Einreiseverbot unterliegen, das unter den Voraussetzungen des § 11 AufenthG angeordnet worden ist. Die gesetzliche Wertung, dass eine Person aus bestimmten Gründen für eine bestimmte Zeit nicht mehr in das Bundesgebiet einreisen dürfen soll, führt dazu, dass Unterstützungshandlungen mit deliktischem Sinnbezug nicht als sozialadäquat anzusehen sind. Insbesondere gebietet weder Art. 16a Abs. 1 GG noch die Genfer Flüchtlingskonvention eine abweichende Beurteilung, weil bei Flüchtlingen, die einem Einreise- und Aufenthaltsverbot unterliegen, im Regelfall bereits eine Prüfung ihrer Schutzberechtigung erfolgt ist und die Einreise entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot bewirkt, dass ein möglicher Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt wird.²²⁸⁷

Damit verbleiben Fälle einer schlicht unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet, bei denen der Täter wiederholt oder zugunsten mehrerer Ausländer handelt. Wie zuvor dargelegt, ist dabei zwischen Flüchtlingen und anderen Ausländern zu differenzieren. Die *gezielte* Unterstützung letzterer bei einer unerlaubten Einreise ist unter den zuvor herausgearbeiteten Prämissen weder nach den Wertungen des Verfassungs- noch des Unions- und Völkerrechts als normativ sozialadäquat zu qualifizieren.²²⁸⁸ Insoweit gilt *de lege lata* das Primat staatlicher Souveränität gegenüber Migrationsbestrebungen Nicht-Staatsangehöriger. Anders verhält es sich im Blick auf Flüchtlinge. Hier kommen die bereits oben erläuterten Wertungen der Genfer Flüchtlingskonvention und des Unionsrechts zur Geltung. Wenn nicht mit der hier vertretenen Auffassung bereits die Rechtfertigung der Haupttat angenommen und eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG schon aus diesem Grund verneint wird, müssen humanitär motivierte Unterstützungshandlungen im Blick auf die völker- und unionsrechtlichen Wertungen sowie das Übermaßverbot aus dem Tatbestand ausgeschieden werden.²²⁸⁹

2286 Zur angemessenen Vergütung von Dienstleistungen unten E. V. I. b) aa) (1) (c) (i).

2287 § 30 Abs. 1 Nr. 9 AsylG.

2288 Siehe dazu oben E. II. 5. b) aa) (2). Etwas anderes gilt im Lichte des Kinsa-Urteils nur für minderjährige Familienangehörige, vgl. dazu oben C. III. 2. a) aa).

2289 Dazu bereits oben E. II. 5. b) aa) (1). Im Ergebnis auch Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 38; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 24. In überschießender Interpretation des Kinsa-Urteils auch BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 18a. Dagegen im Kontext des Schleusertatbestandes Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 162 f., der allerdings die verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Dimensionen nicht berücksichtigt.

Daran ändert nichts, dass die Strafbarkeit nach § 96 Abs.1 Satz 1 Nr.1 lit. b) AufenthG an die wiederholte Tatbegehung oder an das Handeln zugunsten mehrerer Ausländer anknüpft. Die humanitäre Unterstützung von Flüchtlingen wird nicht deshalb mit den Wertungen des Verfassungs-, Unions- und Völkerrechts unvereinbar, weil sie zu verschiedenen Gelegenheiten erfolgt oder weil mehr als einer Person Hilfe zu Teil wird. Dies hätte die bedenkliche Konsequenz, dass etwa die Mitnahme einer Flüchtlingsfamilie nach § 96 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG zu bestrafen wäre, während die Mitnahme nur eines Familienmitglieds unter Bezugnahme auf die hier vertretene Lösung zu § 95 Abs.1 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 27 StGB straffrei bliebe.

Die Ausklammerung normativ sozialadäquater humanitärer Hilfe ist im Bereich des § 96 Abs.1 Satz 1 Nr.1 lit. b) AufenthG – im Gegenteil – in noch stärkerem Maße geboten als hinsichtlich der einfachen Beihilfe zur unerlaubten Einreise, weil § 96 Abs.1 Satz 1 AufenthG einen Strafraum von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vorsieht und damit einen erheblichen Sanktionssprung gegenüber der Strafbarkeit wegen einfacher Beihilfe zur unerlaubten Einreise bewirkt, wenn die Hilfeleistung wiederholt oder zugunsten mehrerer Flüchtlinge erfolgt. Damit würden vor allem solche Personen erfasst, deren humanitäre Motivation sie dazu veranlasst, über einen längeren Zeitraum in der Flüchtlingshilfe aktiv zu sein. Die erhöhte Strafdrohung des § 96 Abs.1 Satz 1 AufenthG, die eine Geldstrafe nur in minder schweren Fällen zulässt, ist dabei in besonderem Maße geeignet, hilfsbereite Personen von der Unterstützung abzuhalten. Die Mindestregelstrafdrohung von sechs Monaten Freiheitsstrafe hat nämlich zur Folge, dass eine Verurteilung grundsätzlich in das Führungszeugnis aufzunehmen²²⁹⁰ und für Ausländer eine Einbürgerung in der Zukunft ausgeschlossen ist.²²⁹¹ Für Ausländer folgt aus der bloßen Verwirklichung des Tatbestandes des § 96 AufenthG zudem ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse (§ 54 Abs.2 Nr. 3 AufenthG). Im Falle einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ist sogar ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse gegeben (§ 54 Abs.1 Nr. 1c AufenthG). Beamten droht in diesem Fall der Verlust der Beamtenrechte.²²⁹² Diese Konsequenzen einer strafrechtlichen Verurteilung sind bei der Frage, ob die Strafbarkeit humanitär motivierter Hilfeleistung für Flüchtlinge einen verhältnismäßigen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs.1 GG darstellen kann, zusätzlich zu berücksichtigen und führen dazu, dass das hinsichtlich § 95 Abs.1 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 27

2290 Vgl. § 32 Abs.2 Nr.5 BZRG: Unberücksichtigt bleiben nur Verurteilungen, durch die auf Geldstrafe von nicht mehr als neunzig Tagessätzen oder Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Monaten erkannt worden ist.

2291 Vgl. § 12a Abs.1 Nr.2 und 3 StAG, wonach nur Verurteilungen zu Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen und Verurteilungen zu Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten, die zur Bewährung ausgesetzt und nach Ablauf der Bewährungszeit erlassen worden sind, bei der Einbürgerung außer Betracht bleiben.

2292 § 41 Abs.1 Nr.1 BBG; § 24 Abs.1 Nr.1 BeamtStG.

StGB herausgearbeitete Ergebnis trotz der gesetzgeberischen Entscheidung, wiederholte Hilfeleistungen oder solche zugunsten mehrerer Ausländer explizit unter Strafe zu stellen, auch auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG übertragen werden muss. Das Übermaßverbot steht der Strafbarkeit humanitär motivierter Hilfeleistung zugunsten von Flüchtlingen daher entgegen. Es überzeugt deshalb nicht, wenn der Bundesgerichtshof die Frage einer humanitären Tatmotivation in den Fällen der nicht-vorteilsmotivierten Tatbegehungsvariante allein als Problem der Strafzumessung beziehungsweise der Strafaussetzung zur Bewährung begreift.²²⁹³

Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen. Dieser hat zwar mit der weiten Tatbestandsfassung nicht selbst dafür Sorge getragen, humanitär motiviertes Handeln sicher aus dem Tatbestand auszuschließen. Die Gesetzesbegründung lässt auch nicht zweifelsfrei erkennen, weshalb sich der Gesetzgeber bei der Neufassung des „Schleusertatbestandes“ im Ausländergesetz 1990 für eine Ausweitung der Strafbarkeit auch auf Fälle wiederholten Handelns oder des Handelns zugunsten von seinerzeit mindestens fünf Ausländern entschieden hat. Überwiegend wird die Ausweitung aber mit einem Bestreben nach Beweiserleichterung begründet, teilweise wird darauf abgestellt, es sei dem Gesetzgeber darum gegangen, die besondere Gefährlichkeit der Schleusung zu erfassen.²²⁹⁴ Jedenfalls aber kann es dem Gesetzgeber nicht darauf angekommen sein, gezielt humanitäre Hilfe, der eine besondere Gefährlichkeit schon der Zielrichtung und Intention nach nicht innewohnt, zu kriminalisieren.

Die Ausklammerung humanitärer Hilfe für Flüchtlinge aus dem Tatbestand bewirkte auch keine unions- oder völkerrechtswidrigen Konsequenzen. Das Unionsrecht fordert nämlich gerade keine Kriminalisierung humanitär motivierter Handlungen und auch dem Schleuserprotokoll der Palermo-Konvention ist aufgrund seiner Zielsetzung, organisierte Schleuserkriminalität zu bekämpfen, keine Pönalisierungspflicht bezüglich humanitärer Hilfe zu entnehmen.²²⁹⁵

(c) Schleusermerkmal

Eine Strafbarkeit gemäß § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG kommt nur in Betracht, wenn zugleich eines der dort aufgeführten Schleusermerkmale verwirklicht ist. Wie dargelegt, kommen als Schleusermerkmale je nach Tatbestandsvariante des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG entweder der Erhalt oder das Sichversprechenlassen eines Vermögensvorteils (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG), eines Vorteils (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG) oder aber das wiederholte Handeln beziehungsweise das

2293 BGH NJW 2015, 2276, 2277.

2294 Vgl. dazu oben A. II. 4. a).

2295 Dazu bereits oben C. V.

Handeln zugunsten von mehreren Ausländern (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG) in Betracht.

(i) Vermögensvorteil

Ein Vermögensvorteil im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG ist – insofern übereinstimmend mit der Begriffsbestimmung des Strafgesetzbuchs²²⁹⁶ – immer dann gegeben, wenn sich die Vermögenslage des Täters günstiger gestaltet.²²⁹⁷ Dies kann sowohl durch Vermögensmehrung als auch durch Befreiung von einer Verbindlichkeit oder die Abwehr von Ansprüchen erfolgen.²²⁹⁸ Die lediglich kostendeckende Begleichung der Schleusungskosten stellt dagegen keinen Vermögensvorteil dar.²²⁹⁹ Auch die Erbringung von Dienstleistungen oder die Vermietung von Unterkünften zum marktüblichen Entgelt begründen bei saldierender Betrachtung keinen Vermögensvorteil.²³⁰⁰ Anders ist dies bei disproportionalen Gegenleistungen.²³⁰¹

Nach dem Wortlaut des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG muss der Täter den Vorteil selbst erhalten beziehungsweise sich versprechen lassen; eine Drittbereicherung genügt insoweit nicht.²³⁰² Deshalb begründet es auch keinen Vermögensvorteil, wenn

2296 Vgl. etwa zu § 263 Abs. 1 StGB MK-StGB/Hefendehl, 5. Aufl. 2025, § 263 Rn. 1286; zur Parallelführung GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 42.

2297 St. Rspr. BGH NStZ 2018, 477; BGH, Urt. v. 10.8.2022 – 6 StR 519/21, BeckRS 2022, 22752, Rn. 23; BGH NStZ 2024, 745. Zu Provisionen im Rahmen des sog. „Hawala-Bankings“ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 3 StR III/24, BeckRS 2025, 3577, Rn. 44.

2298 Vgl. MK-StGB/Hefendehl, 5. Aufl. 2025, § 263 Rn. 1286; zur Abwehr von Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen vgl. BGH NJW 1997, 750.

2299 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 130; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 276; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 25; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 332.

2300 Die hier vertretene Position entspricht der Auslegung des Vermögensvorteils beim Betrug, der als Spiegelbild des Vermögensschadens betrachtet wird, für dessen Bewertung auf eine entsprechende saldierende Betrachtung abzustellen ist, vgl. zum Ganzen MK-StGB/Hefendehl, 5. Aufl. 2025, § 263 Rn. 816 ff. i.V.m. Rn. 1285; vgl. wie hier GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 27; siehe auch NK-Ausländerrecht/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 96 AufenthG Rn. 49; zu § 84 AsylG auch Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 75; anders wohl BGH NJW 1990, 2207, 2208. Der BGH ließ hier die Würdigung des Tatgerichts, der Täter habe durch die Mieteinnahmen einen Vermögensvorteil erlangt, unbeanstandet. Nähere Informationen zur Höhe und Angemessenheit dieses Mietzins finden sich jedoch nicht. Diese Auslegung hätte jedoch zur Folge, dass normativ sozialadäquate Verhaltensweisen tatbestandlich erfasst würden (dazu oben E. II. 5. a) bb) und b)). Zu vermeiden wäre dies dann nur, indem auch in diesem Sinne vorteilsmotivierte Unterstützungshandlungen noch als normativ sozialadäquat angesehen würden. Das Kriterium wäre dann die Angemessenheit der Vergütung.

2301 Weiter offenbar *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 19 („lukrative Taxifahrt, die sonst nicht stattgefunden hätte“); *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 169, der bei einer üblichen Entlohnung für eine berufliche Tätigkeit aber den finalen Zusammenhang zwischen der Schleusungshandlung und dem Vermögensvorteil verneinen will; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 301 ff., der primär den Vorsatz bei Massengeschäften des täglichen Lebens verneint.

2302 BGH NStZ 2018, 477; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 25.

einer Person, die keine Mittel zur Begleichung der Schleuserkosten hat, im Gegenzug für ihre Mitwirkung an Schleusungshandlungen einer Schleuserorganisation zugesagt wird, dass ihre Angehörigen durch diese Schleuserorganisation kostenlos geschleust würden. Denn es besteht keine rechtliche Verpflichtung zur Begleichung der Schleuserkosten von Angehörigen, sodass die Befreiung der Angehörigen von ihren Verbindlichkeiten gegenüber der Schleuserorganisation im Gegenzug für die Unterstützungsleistungen keinen eigenen Vermögensvorteil für die an Schleusungshandlungen mitwirkende Person begründet.²³⁰³ Möglich bleibt in diesen Fällen allerdings eine Beihilfe zum Einschleusen von Ausländern nach § 96 Abs.1 Satz 1 AufenthG i.V.m. § 27 StGB.

Aus dem Wortlaut der Vorschrift („dafür“) ergibt sich schließlich auch, dass der Täter den Vermögensvorteil gerade *für* die Schleusungshandlung erhalten muss, also eine kausale und finale Verknüpfung zwischen Schleusungshandlung und (versprochenem) Vermögensvorteil bestehen muss.²³⁰⁴ Eine erst nachträglich erfolgende Vermögenszuwendung als Dank für die Unterstützung begründet das Schleusermerkmal demnach nicht; dies schon deshalb, weil der Unterstützer in derartigen Fällen zum Zeitpunkt der Unterstützungshandlung keinen Vorsatz im Blick auf die Gewährung eines Vermögensvorteils aufgewiesen haben wird.²³⁰⁵

Schwierigkeiten bereitet freilich die Frage, wie eng der Bezug zwischen Schleusungshandlung und Vermögensvorteil sein muss. Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs geht in einem weitreichenden Beschluss aus dem Jahr 2024 davon aus, dass der Vermögensvorteil weder unmittelbar aus der Schleusung folgen, noch der Täter den Vermögensvorteil von der geschleusten Person erhalten oder versprochen bekommen müsse.²³⁰⁶ Das Gesetz setze lediglich voraus, dass der Vermögensvorteil *für* die Schleusung gewährt oder versprochen werde – und umgekehrt sich die Schleusung als Mittel zur Erlangung des Vermögensvorteils darstelle.²³⁰⁷ Deshalb könnten auch mittelbare Vermögensvorteile, wie die Nichtabführung von Sozialabgaben und die Nichtanmeldung von Lohnsteuer für die Arbeitstätigkeit einer eingeschleusten Person im Inland, das Schleusermerkmal erfüllen, weil die Schleusung letztlich notwen-

2303 BGH NStZ 2018, 477; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 25; dagegen Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 48, 51.

2304 BGH NJW 1989, 1435, 1436; 2000, 1732, 1735; BGH, Urt. v. 17.8.2022 – 2 StR 231/21, BeckRS 2022, 28806, Rn. 26; BGH NStZ 2024, 745 f.; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 20; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 130 f.; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 169; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 277; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 53; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 333.

2305 Vgl. auch *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 277.

2306 BGH NStZ 2024, 745, 746; so im Ausgangspunkt schon BGH NJW 1989, 1435, 1436. Offengelassen dagegen von BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. 11.

2307 BGH NStZ 2024, 745, 746.

diges Mittel zur Gewinnerzielung im Wege der Nichtabführung von Sozialabgaben beziehungsweise Nichtanmeldung von Lohnsteuer sei.²³⁰⁸

Überzeugend ist dabei lediglich der Ausgangspunkt, wonach der Vermögensvorteil nicht zwingend durch die geschleuste Person versprochen oder gewährt werden muss, sondern auch der Erhalt eines Vermögensvorteils von Dritten oder das Versprechen eines solchen durch Dritte in Betracht kommt.²³⁰⁹ Indem der Bundesgerichtshof nunmehr aber auch die Ersparnis durch Nichtabführung von Abgaben oder Steuern durch den Schleuser selbst unter den Tatbestand subsumiert, erweitert er den Anwendungsbereich der Strafvorschrift ganz erheblich und über den Gesetzeswortlaut hinaus. Der vollständige Tatbestand des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG lautet nämlich: „Wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet, eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nummer 1 oder Nummer 2, Absatz 1a oder Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe b oder Nummer 2 zu begehen[,] und dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt [...]“ § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ist analog strukturiert. Schon die Alternativen „erhält“ oder „sich versprechen lässt“ verdeutlichen, dass der Vermögensvorteil nach dem Tatbestand entweder durch die geschleuste Person oder durch Dritte dem Schleuser gewährt oder diesem versprochen werden muss. Denn „erhalten“ kann niemand von sich selbst. Dies folgt schon aus der gewöhnlichen Wortbedeutung, nach der „erhalten“ meint, dass jemand „mit etwas bedacht“ oder „versehen“ wird, etwas „empfängt“ oder „bekommt“ oder jemandem etwas „zuteilwird“.²³¹⁰ Erhalten darf daher nicht mit „erlangen“ gleichgesetzt werden, wie es der Bundesgerichtshof freilich an verschiedenen Stellen im Beschluss tut.²³¹¹ Hinzu kommt, dass nach dem klaren Wortlaut der Schleuser den Vermögensvorteil *für* und nicht *durch* die Schleusung erhalten muss. Dies spricht dagegen, die Ersparnis von Sozialabgaben und Steuern, die auf einem separaten deliktischen Handeln, nämlich der Veruntreuung von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) und Steuerhinterziehung (§ 370 AO) *durch den Schleuser* selbst beruht, als Vermögensvorteil im Sinne der Vorschrift anzusehen. Denn darin liegt eher ein „sich verschaffen“ *durch* die neue Straftat nach § 266a StGB oder § 370 AO als ein „erhalten“ oder „sich versprechen lassen“ *für* die Schleusung.²³¹²

2308 BGH NSTZ 2024, 745, 746 f.; so auch schon *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 159; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 226 f.; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 53.

2309 So schon BGH NJW 1989, 1435, 1436; siehe auch BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. II; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 25; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 28.

2310 Vgl. [www.duden.de](https://www.duden.de/rechtschreibung/erhalten), Eintrag „erhalten“, abrufbar unter: <<https://www.duden.de/rechtschreibung/erhalten>>.

2311 BGH NSTZ 2024, 745, 746 und 747; zurecht kritisch *Mitsch*, NSTZ 2024, 748, 749; ebenfalls kritisch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 12a.

2312 Vgl. wie hier *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 12a; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 24; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 163; *Mitsch*, NSTZ

Gegen die Position des Bundesgerichtshofs spricht darüber hinaus, dass § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG andernfalls in *jedem Fall* der Beschäftigung papierloser Arbeitnehmer verwirklicht wäre, weil schon aufgrund ihrer Papierlosigkeit eine Anmeldung bei der Sozialversicherung nicht möglich ist und entsprechende Abgaben daher schon rein tatsächlich nicht abgeführt werden können.²³¹³ Dies wird der gesetzlichen Differenzierung zwischen der schlichten Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt einerseits und der Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern andererseits nicht gerecht und steht auch in einem Widerspruch zu den Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung, die eine Strafbarkeit von Arbeitgebern bei Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel nur vorsehen, wenn die in §§ 10 bis 11 SchwarzArbG genannten qualifizierenden Voraussetzungen erfüllt sind, also eine Beschäftigung zu ungünstigen Arbeitsbedingungen erfolgt, dabei Opfer von Menschenhandel ausgenutzt werden, gleichzeitig mehr als fünf Ausländer beschäftigt werden, das Verhalten beharrlich wiederholt wird oder eine Person unter 18 Jahren beschäftigt wird.

Soweit der Bundesgerichtshof argumentiert, dass die Einbeziehung ersparter Sozialabgaben und Steuern eine konsequente Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechungslinie sei, wonach ein kausaler und finaler Zusammenhang auch bestehe, wenn sich ein Schleuser aus der Prostitutionstätigkeit einer zum Zwecke der Prostitution eingeschleusten Person habe entlohnen lassen,²³¹⁴ überzeugt dies nicht. In diesen Fällen liegt nämlich ein klassisches transaktionales Verhältnis vor, bei dem der Schleuser *für* die Schleusung im Anschluss eine Entlohnung unmittelbar von der geschleusten Person erhält, die freilich noch erwirtschaftet werden muss.²³¹⁵ Insoweit wird oftmals bereits ein Vermögensvorteil im Vorfeld der Schleusung „versprochen“ worden sein, aber selbst wenn dies nicht der Fall ist, „erhält“ der Schleuser den Vermögensvorteil eben nicht durch die Begehung einer eigenen separaten Straftat, sondern von einem anderen.

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs ergibt sich aus dem Unionsrecht nichts anderes. Zwar fordert Art. 1 Abs. 1 lit. a) RL 2002/90/EG eine Pönalisierung der Hilfeleistung zum unerlaubten Aufenthalt „zu Gewinnzwecken“; zugleich steht aber auch Art. 1 Abs. 1 lit. a) RL 2002/90/EG einer Auslegung nicht entgegen, die mittelbare Gewinne aus dem Bereich des § 96 AufenthG ausklammert, zumal eine

2024, 748; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 30. Ebenfalls kritisch BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 26.

2313 Dass in der Beschäftigung von Personen, die sich unerlaubt im Bundesgebiet aufhalten, ein Hilfeleisten im Sinne des Tatbestands vorliegt, ist bereits höchstrichterlich entschieden worden. BGH NStZ 2005, 407; BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. 11; BayObLG, Beschl. v. 20.12.2004 – 4 St RR 184/04, BeckRS 2005, 2420. Siehe auch Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 149 f.

2314 BGH NStZ 2024, 745, 746.

2315 Vgl. etwa die Fallgestaltungen in BGH NJW 2000, 1732; BGH, Urt. v. 17.8.2022 – 2 StR 231/21, BeckRS 2022, 28806.

Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 27 StGB verbliebe und Art. 1 RB 2002/946/JI keine Mindesthöchststrafe vorgibt, wenn keine qualifizierenden Voraussetzungen erfüllt sind.

Vor diesem Hintergrund sprechen die besseren Argumente dafür, dass der „Vermögensvorteil“ im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder 3 AufenthG stets ein kausal und final durch einen anderen dem Schleuser gewährter oder versprochener Vermögensvorteil sein muss. Dies schließt es nicht aus, an die Zurverfügungstellung der eigenen Arbeitskraft durch Geschleuste anzuknüpfen, wenn diese einen Lohn erhalten, der unterhalb des für diese Tätigkeiten eigentlich geschuldeten Lohnes liegt. Die durch eine neue deliktische Handlung ersparten Abgaben und Steuern fallen jedoch nicht darunter.²³¹⁶

(ii) Vorteil

§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG lässt in Fällen der Anstiftung oder Hilfeleistung zu einer unerlaubten Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG bereits ausreichen, dass der Schleuser einen *Vorteil* erhält oder sich versprechen lässt. Diese Tatbestandsfassung geht auf das *Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union* vom 19. August 2007²³¹⁷ zurück, mit dem der Gesetzgeber bezüglich der Anstiftung oder Beihilfe zur unerlaubten Einreise auf das Erfordernis eines Vermögensvorteils verzichtet und die Erlangung jedes Vorteils hat ausreichen lassen. Damit sollte ein Gleichlauf zu den Bestechungsdelikten der §§ 331 ff. StGB hergestellt werden. Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft insbesondere die Duldung sexueller Handlungen oder den Geschlechtsverkehr als Gegenleistung.²³¹⁸ Die Gesetzesbegründung legt eine Orientierung an §§ 331 ff. StGB auch bei der Auslegung nahe.²³¹⁹ Ein Vorteil im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG besteht daher in jeder materiellen oder immateriellen Gegenleistung, die den Täter wirtschaftlich, rechtlich oder auch nur persönlich objektiv besser stellt.²³²⁰ Daher wären auch Vorteile wie gewichtige Ehrungen oder Ehrenämter vom Wortlaut der Vorschrift erfasst, solange sie nicht nur das persönliche Geltungsbedürfnis und den Ehrgeiz befriedigen.²³²¹ Dies führte allerdings gerade im Blick auf die vom Gesetzgeber nicht intendierte potenzielle

²³¹⁶ Übereinstimmend GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 42, 45.

²³¹⁷ Dazu näher oben A. II. 6. a).

²³¹⁸ BT-Drs. 16/5065, S. 199.

²³¹⁹ Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 19; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 331. Kritisch gegenüber dieser Parallelisierung Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 179 ff.

²³²⁰ Vgl. zu § 331 StGB MK-StGB/Korte, 4. Aufl. 2022, § 331 Rn. 82; zu § 96 AufenthG MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 18.

²³²¹ Vgl. zu § 331 StGB MK-StGB/Korte, 4. Aufl. 2022, § 331 Rn. 92; zu § 96 AufenthG MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 18.

Erfassung humanitärer Fluchthelfer zu weit, weshalb immaterielle Vorteile in Übereinstimmung mit der Gesetzesbegründung auf Gegenleistungen beschränkt bleiben sollten, die Surrogatscharakter gegenüber materiellen Entlohnungen aufweisen.²³²² Nicht ausreichen können ferner allein intrinsische Vorteile, wie Freude und Glück über eine gelungene Schleusung.²³²³ Der Vorteil muss vielmehr vom Geschleusten oder einer dritten Person für die Schleusung gewährt oder versprochen werden. Dies folgt schon aus der zuvor zum Vermögensvorteil vertretenen engen Auslegung der Merkmale „dafür erhält“ und „dafür versprechen lässt“. Auch hinsichtlich des „Vorteils“ gilt zudem, dass eine saldierende Betrachtung erforderlich ist; eine bloß kostendeckende „Entlohnung“ kann keinen Vorteil begründen.²³²⁴

(iii) Wiederholt oder zugunsten mehrerer Ausländer

Nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG ist in Fällen der Anstiftung oder Hilfeleistung zu einer unerlaubten Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG eine Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern auch dann anzunehmen, wenn die Anstiftung oder Hilfeleistung *wiederholt* oder zugunsten von *mehreren* Ausländern erfolgt.

Ein wiederholtes Handeln setzt die mindestens zweimalige Anstiftung oder Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise voraus.²³²⁵ Weil § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG dabei an die Wiederholung der Anstiftung oder Hilfeleistung, nicht aber an die Verwirklichung des Tatbestandes des § 96 Abs. 1 AufenthG anknüpft, ist ein wiederholtes Handeln auch anzunehmen, wenn die erste Anstiftung oder Hilfeleistung nicht nach § 96 Abs. 1 AufenthG, sondern als Anstiftung oder Beihilfe zur unerlaubten Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG i.V.m. § 26 oder § 27 StGB strafbar gewesen ist.²³²⁶ Einer vorangegangenen Ahndung der ersten Anstiftung oder Beihilfe bedarf es nicht, sie muss aber im Strafverfahren wegen Einschleusens prozessordnungsgemäß festgestellt werden.²³²⁷ Die wiederholte Begehung einer bereits beim Erstverstoß strafbaren Anstiftung oder Beihilfe dient dem Gesetzgeber nämlich als Indiz für eine nicht-humanitäre Tatmotivation. Insofern liegt der Fall

2322 Noch enger *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 183.

2323 Vgl. zu § 331 StGB MK-StGB/*Korte*, 4. Aufl. 2022, § 331 Rn. 89, 92 m.w.N.; NK-StGB/*Kuhlen/Zimmermann*, 6. Aufl. 2023, § 331 Rn. 27.

2324 Vgl. *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 277.

2325 Vgl. *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 170; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 33.

2326 BGH NJW 1999, 2829; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 22; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 278; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 342; kritisch gegenüber dieser gesetzgeberischen Entscheidung *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 200 f., die allerdings die Entstehungsgeschichte der Norm insoweit nicht hinreichend berücksichtigt.

2327 BGH NJW 1999, 2829; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 19; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 33.

hier anders als beim wiederholten Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung, die für sich genommen kein strafbares Unrecht begründet.²³²⁸

Wie eng der zeitliche Zusammenhang zwischen Erst- und Wiederholungstat sein muss, ist umstritten, wobei teilweise an die Tilgungsreife nach §§ 46, 51 Abs. 1 BZRG angeknüpft wird,²³²⁹ teilweise aber eine Einschränkung auch gänzlich abgelehnt wird.²³³⁰ Soll die Tatwiederholung eine Professionalisierung reflektieren, sprechen die besseren Argumente freilich für eine zeitliche Eingrenzung, wobei § 51 Abs. 1 BZRG bestimmt, dass bei eingetretener Tilgungsreife „die Tat und die Verurteilung der betroffenen Person im Rechtsverkehr nicht mehr vorgehalten und nicht zu ihrem Nachteil verwertet werden“ dürfen, und damit einen geeigneten normativen Anknüpfungspunkt bietet.²³³¹ Ist tatsächlich keine Bestrafung erfolgt, müsste eine hypothetische Betrachtung erfolgen. Angesichts der Funktion des Tatbestandsmerkmals ließe sich auch das Abstellen auf einen engeren zeitlichen Zusammenhang begründen, da nach § 46 Abs. 1 Nr. 1 BZRG die Tilgungsfrist mindestens fünf Jahre beträgt (Nr. 1), vielfach aber auch zehn (Nr. 2) oder fünfzehn Jahre (Nr. 4) betragen kann und Zeitabstände dieser Länge kaum geeignet sind, eine Professionalisierung zu indizieren.²³³² In Betracht käme etwa ein Abstellen auf die für § 95 Abs. 1 AufenthG geltende Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB).²³³³ Doch auch dieser Zeitabstand scheint wenig geeignet, professionelle Schleusungen von vereinzelt bleibenden, nicht verknüpften (humanitären) Unterstützungshandlungen abzugrenzen. Deshalb sollte der weit gefasste Wortlaut („wiederholt“) teleologisch durch Rückgriff auf eine Gesamtwürdigung der Umstände eingeschränkt werden, wobei die Tilgungsreife die äußere zeitliche Grenze bildet.²³³⁴ Eine solche Gesamtwürdigung – zumal zur täterbegünstigenden Eingrenzung des Tatbestandes – ist dem Strafrecht nicht fremd.²³³⁵ Indizieren die Gesamtumstände daher, dass keine Verknüpfung der einzelnen Taten im Sinne einer Professionalisierung besteht, spricht dies gegen die Annahme des Schleusermerkmals – der Wortlaut wird insoweit teleologisch reduziert.

2328 Dazu oben E. III. 1. a) gg). Dies übersieht *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 206 f.

2329 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 23; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 132 f.; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 278; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 19; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 35; wohl auch *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 343 f. Für § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG a.F. auf hypothetische Tilgungsreife abstellend OLG Hamm NStZ 2015, 528 f.

2330 Vgl. *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 171.

2331 So auch *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 278.

2332 Vgl. dazu kritisch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 202 f.

2333 *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 203, will danach differenzieren, ob eine strafrechtliche Ahndung erfolgt ist (dann Tilgungsfristen nach BZRG) oder nicht (dann Verjährungsfrist).

2334 Zu § 84 AsylG vgl. Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafßner*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 79: „äußerste Grenze für die Vorwerfbarkeit“.

2335 Zu denken ist etwa an die Auslegung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe oder an die Kriterien zur Bestimmung eines minder schweren Falles im Rahmen der Strafzumessung.

Auf diese Weise lassen sich auch Fälle ausscheiden, bei denen sich die Wiederholung der Schleusungshandlung auf dieselbe geschleuste Person bezieht, etwa nach einer Abschiebung. Insbesondere in Fällen, in denen ein familiäres oder sonstiges Näheverhältnis besteht, indiziert die Wiederholung der Schleusungshandlung zugunsten derselben Person keine Professionalisierung und sollte daher – im Einklang mit dem Unions- und Völkerrecht – auch nicht unter § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG subsumiert werden. Die Wiederholung der Unterstützungshandlung zugunsten derselben Person bei wiederholten Ersteinreiseversuchen, also in Fällen, in denen die Einreise nicht gelungen und die unerlaubte Einreise daher nicht vollendet worden ist, ist bereits nach dem Wortlaut des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG nicht vom Tatbestand erfasst, da die versuchte unerlaubte Einreise (§ 95 Abs. 3 AufenthG) nach dem Wortlaut keine taugliche Anknüpfungstat bildet²³³⁶ und daher ein wiederholtes Handeln nicht anzunehmen ist.

Das Handeln zugunsten von *mehreren* Ausländern ist bereits dann anzunehmen, wenn zugunsten von mindestens zwei Personen gehandelt wird, also mindestens zwei Personen angestiftet werden oder ihnen Hilfe geleistet wird.²³³⁷ Dieses vom Wortlaut gedeckte Auslegungsergebnis folgt aus der Gesetzeshistorie.²³³⁸ So hatte der Gesetzgeber zunächst das Handeln zugunsten von mehr als fünf Ausländern unter Strafe gestellt, später erwogen, das Handeln zugunsten von mindestens drei Ausländern ausreichen zu lassen, und schließlich den Begriff „mehrere“ in den Tatbestand aufgenommen. Hätte es der Gesetzgeber bei einer höheren Mindestzahl belassen wollen, hätte es näher gelegen, diese in den Tatbestand aufzunehmen. Teilweise wurde zur alten Gesetzesfassung vertreten, es reiche für die Annahme des Handelns zugunsten „mehrerer Ausländer“, dass einer von ihnen handlungsfähig gewesen sei und den Tatbestand der unerlaubten Einreise vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht habe.²³³⁹ Gegen diese Position sprach schon nach der früheren Rechtslage die limitiert-akzessorische Ausgestaltung des § 96 Abs. 1 AufenthG a.F., für die sich der Gesetzgeber bewusst entschieden hat. Denn aus ihr konnte geschlussfolgert werden, dass der Gesetzgeber die Beteiligung an wiederholtem und kumuliertem Unrecht unter die erhöhte Strafandrohung des § 96 Abs. 1 AufenthG a.F. gestellt hatte. Bei Fehlen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat liegt in der Unterstützung durch den Schleuser aber keine Förderung vorsätzlich und rechtswidrig verwirk-

2336 Siehe dazu oben E. V. 1. b) aa) (1) (a); wie hier auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 199.

2337 BGH NSTZ 2004, 45; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 19; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 334 f. Dagegen meint *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 215 f., der Begriff sei unklar und verstoße möglicherweise gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Das ist offenkundig nicht der Fall, da die Bedeutung durch Auslegung ohne Weiteres ermittelt werden kann; dies zeigt schon ein Vergleich mit § 25 Abs. 2 StGB, nach dem Mittäterschaft die Begehung der Straftat durch „mehrere“ gemeinschaftlich voraussetzt, worauf *Trinh* auch selbst verweist.

2338 Zu dieser vgl. A. II. 3. c) cc), 4. e) und 6. a).

2339 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 81; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 19.

lichten Unrechts. Dementsprechend ist für die Annahme des Handelns zugunsten „mehrerer“ Ausländer Voraussetzung, dass mindestens zwei Ausländer bei ihren vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttaten unterstützt worden sind.²³⁴⁰ Nach der Neufassung des § 96 Abs. 1 AufenthG folgt dieses Ergebnis aus einem Umkehrschluss aus § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, welcher das Handeln zugunsten eines nicht vorsätzlich handelnden Ausländers unter dieselbe Strafdrohung stellt und damit letztlich verdeutlicht, dass § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG nur das Handeln zugunsten mehrerer *handlungsfähiger* Ausländer erfasst.

Das Merkmal ist in besonderer Weise geeignet, auch nicht professionell agierende – humanitäre – Unterstützer zu erfassen, etwa wenn sie einer Familie mit mehreren Familienmitgliedern helfen. Selbst die Unterstützung der eigenen Familienangehörigen unterfällt diesem Schleusermerkmal, bei gleichzeitig fehlendem Angehörigenprivileg nach Vorbild des § 84 Abs. 5 AsylG. So unterliefe die dem *Kinsa*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs²³⁴¹ zugrunde liegende Konstellation einer Frau, die ihre Tochter und ihre Nichte qua Mitnahme bei der eigenen unerlaubten Einreise wiederum bei deren unerlaubter Einreise unterstützt hatte, tatbestandlich § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) Var. 2 AufenthG (gegebenenfalls i.V.m. § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG),²³⁴² sofern nicht im Lichte von Art. 6 Abs. 1 bis 3 GG davon ausgegangen wird, dass die Unterstützung enger Familienangehöriger *notwendiger* Teil der eigenen unerlaubten Einreise und daher nach den Grundsätzen der notwendigen Teilnahme nicht tatbestandsmäßig ist.²³⁴³ Eine solch enge Auslegung des Schleusermerkmals ist angesichts der Gesetzeshistorie kaum möglich, weshalb diese Fälle unter Rückgriff auf das Kriterium normativer Sozialadäquanz ausgeschieden werden müssen. Dies ist wiederum unionsrechtlich geboten, da der Europäische Gerichtshof in seinem *Kinsa*-Urteil klar formuliert hat, dass eine Strafbewehrung entsprechender Unterstützungs-handlungen zugunsten von Familienangehörigen mit den Unionsgrundrechten nicht in Einklang zu bringen und daher unionsrechtswidrig wäre.²³⁴⁴

2340 So im Ergebnis auch BGH NJW 2018, 3658, 3660; schon auf Grundlage des § 92a Abs. 1 Nr. 2 AuslG a.F. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 158 f., gegen eine dort zitierte, unveröffentlichte Entscheidung des OLG Dresden; ferner *Ullrich*, Reformüberlegungen zum deutschen Schleusungsstrafrecht. Ein Rechtsvergleich zum U.S.-amerikanischen Recht, 2021, 103 ff.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 31.

2341 Vgl. dazu oben C. III. 2. a) aa).

2342 So auch die Stellungnahme des Bundesrates zum Rückführungsverbesserungsgesetz, BT-Drs. 20/9642, S. 9.

2343 Zur Reichweite der notwendigen Teilnahme im Kontext des § 96 AufenthG siehe unten E. V. 1. b) aa) (3).

2344 Dazu näher oben C. III. 2. a) aa).

(d) Subjektiver Tatbestand

Im subjektiven Tatbestand setzt § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG voraus, dass der Täter sowohl hinsichtlich der vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG vorsätzlich handelt als auch hinsichtlich der eigenen Anstiftung oder Hilfeleistung sowie im Blick auf das Schleusermerkmal.²³⁴⁵ Dabei ist vorsätzliches Handeln bereits dann gegeben, wenn der Täter erkennt, dass seine Hilfeleistung zur Förderung der Bezugstat geeignet ist.²³⁴⁶

(2) § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG

Der mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz eingefügte § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG durchbricht die limitierte Akzessorietät des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG partiell, nämlich im Blick auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG. Dabei ist die Formulierung missglückt, weil aus dem Gesetzeswortlaut („Ebenso wird bestraft, wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche rechtswidrige Tat im Sinne des Satzes 1 Nummer 1 oder Nummer 2 begangen hat.“) ohne Kenntnis der Gesetzgebungshistorie und des Regelungskontextes nicht ohne Weiteres destilliert werden kann, dass lediglich Vorsatz und Rechtswidrigkeit bezüglich der – ansonsten weiterhin erforderlichen – „Haupttat“ nicht vorliegen müssen, sehr wohl aber ein objektiv tatbestandsmäßiges Verhalten sowie die weiteren Voraussetzungen des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG.²³⁴⁷ Bezüglich § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG bleibt es bei der limitierten Akzessorietät.

Dementsprechend genügt für eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, dass die geschleuste Person den objektiven Tatbestand der von § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG in Bezug genommenen Tatbestände verwirklicht hat. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber erreichen, dass insbesondere das Einschleusen handlungsunfähiger Personen dem Tatbestand des § 96 Abs. 1 AufenthG unterfällt.²³⁴⁸ Teilweise wurde die zuvor bestehende Strafbarkeitslücke in der Literatur auch als völkerrechtswidrig kritisiert, weil das Schleuserprotokoll der Palermo-Konvention nicht an vorsätzliche und rechtswidrige Haupttaten anknüpfe, sondern lediglich eine unerlaubte Einreise verlange.²³⁴⁹

2345 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 8; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 26.

2346 BGH NStZ 2007, 289, 290.

2347 Zurecht kritisch im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 96 AufenthG Rn. 16; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 9.

2348 BT-Drs. 20/9463, S. 52 f.

2349 Vgl. Pintaske, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht, 2014, 311.

Dass der Gesetzgeber sein Ziel erreicht hat, wird teilweise in Frage gestellt, weil § 96 Abs.1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG nach wie vor an eine „Handlung“ des angestifteten oder unterstützten Ausländers anknüpfen – und zwar eine Handlung „nach“ § 95 Abs.1 Nr. 3 oder Abs.2 Nr.1 lit. a) AufenthG (§ 96 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG) oder aber eine Handlung „nach“ § 95 Abs.1 Nr. 1 oder Nr. 2, Abs. 1a oder Abs. 2 Nr. 1 lit. b) oder Nr. 2 AufenthG (§ 96 Abs.1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG). Es stellt sich daher die Frage, ob Handlungsunfähige überhaupt eine Handlung in diesem Sinne begehen können.²³⁵⁰ Tatsächlich dürfte dies zu verneinen sein, da trotz des migrationsverwaltungsrechtlichen Kontextes nicht unter Umgehung des Gesetzeswortlauts darauf abgestellt werden kann, dass lediglich eine unerlaubte Einreise oder ein unerlaubter Aufenthalt im migrationsverwaltungsrechtlichen Sinn vorliegen muss. Vielmehr verlangen die von § 96 Abs.1 Satz 1 AufenthG in Bezug genommenen *Straftatbestände* jeweils eine Handlung im *strafrechtlichen* Sinne, die durch Handlungsunfähige aber gerade nicht vorgenommen werden kann. Kleinkinder und Bewusstlose begehen daher keine taugliche „Anknüpfungshandlung“ im Sinne des § 96 Abs.1 Satz 1 Nrn. 1 oder 2 i.V.m. Satz 2 AufenthG.²³⁵¹ Lediglich Anknüpfungstaten vorsatzlos handelnder, aber handlungsfähiger Personen können folglich taugliche Bezugstaten des § 96 Abs.1 Satz 2 AufenthG sein. Insbesondere das Einschleusen von Kleinkindern bleibt daher tatbestandslos, während an die Handlungen *vorsatzlos* handelnder, aber handlungsfähiger älterer Kinder angeknüpft werden kann.

Die Konsequenzen des § 96 Abs.1 Satz 2 AufenthG gehen freilich weit über die Einbeziehung der Schleusung vorsatzlos handelnder Personen hinaus. Dadurch, dass auch gerechtfertigtes Handeln tauglicher Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit nach § 96 Abs.1 Satz 2 AufenthG ist, kann die Straflosigkeit der Unterstützung von Flüchtlingen nicht mehr unter Rückgriff auf Art. 31 Abs.1 GFK begründet werden. Aber auch Fälle, in denen Ausländer im Einzelfall nach § 34 StGB oder Art. 16a Abs.1 GG gerechtfertigt sein können, etwa weil ihnen eine unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr droht, wenn sie nicht in das Bundesgebiet einreisen, führen nicht zu einer Straflosigkeit des Schleusers. Dies wird zwar seltene Einzelfälle betreffen, vor allem solche, in denen die Einreise auf dem Luftweg unmittelbar aus einem Verfolgerstaat stattfindet. In diesen Fällen muss aber sorgfältig geprüft werden, ob nicht eine Rechtfertigung des Schleusers selbst nach § 34 StGB in Betracht kommen kann, nämlich unter dem Gesichtspunkt der Notstandshilfe. Vor diesem Hintergrund rückt aber auch das Konzept normativer Sozialadäquanz noch einmal stärker in den Mittelpunkt. Wenn bereits die objektiv unerlaubte Einreise tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit nach § 96 Abs.1 Satz 2 AufenthG ist,

2350 Ebenfalls kritisch *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 18; wohl auch *Kretschmer*, ZAR 2024, 414, 415.

2351 So offenbar auch GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. II; Hailbronner-Ausländer-recht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 34.

müssen zur Vermeidung einer unverhältnismäßigen Kriminalisierung der humanitären Unterstützung von Flüchtlingen über § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. Satz 2 AufenthG normativ sozialadäquate Hilfeleistungen im Rahmen des Tatbestandes des § 96 Abs. 1 AufenthG ausgeschieden werden. Die strukturell fortbestehende Nähe des § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG zur Beihilfe eröffnet die Möglichkeit einer entsprechend einschränkenden Auslegung.

Der Gesetzgeber ist mit der Auflösung der limitierten Akzessorietät allerdings auch in anderer Hinsicht deutlich über sein eigentliches Ziel hinausgegangen. Da § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG insgesamt verweist und dieser wiederum auf § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG Bezug nimmt, stellen nach der geltenden Gesetzesfassung auch unvorsätzliche Falschangaben im aufenthaltsrechtlichen Verfahren taugliche Bezugshandlungen des § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG dar. Auch ein Gebrauchen entsprechender Urkunden in Unkenntnis ihrer Beschaffungsumstände ist tauglicher Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit. Insgesamt verändert § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG daher den Charakter der Strafvorschrift hin zu einer tatbestandlichen Ausformung mittelbarer Täterschaft mit erhöhtem Strafraumen. Der Rechtsgutsangriff erfolgt in diesen Fällen durch den Schleuser, vermittelt über den unmittelbar handelnden Ausländer; es findet keine Teilnahme an fremdem Unrecht statt, sondern die Unrechtsverursachung selbst ist Anknüpfungspunkt des Schuldvorwurfs. Dann aber ist die Einschränkung des Verweises in Satz 2 auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG inkonsistent, weil der von § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG in Bezug genommene § 9 Abs. 1 FreizügG/EU letztlich die Parallelvorschrift zu § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bildet. Eine Reform des § 96 AufenthG, die die derzeit bestehenden Inkonsistenzen auflöst, sollte vom Gesetzgeber angegangen werden. Die derzeitige Regelung ist mit ihrer limitiert-akzessorischen Variante, die durch eine deutlich weiterreichende mittelbar-täterschaftliche Variante „ergänzt“ wird, in sich nicht schlüssig.²³⁵²

(3) Beteiligung

(a) Ausgangspunkt: Ausgreifender Täterbegriff

Täter des § 96 Abs. 1 AufenthG kann jedermann sein, also auch ein deutscher Staatsangehöriger, ein freizügigkeitsberechtigter EU- oder EWR-Ausländer oder ein Drittstaatsangehöriger. Dies folgt schon aus dem Gesetzeswortlaut, der gerade *keine* Beschränkung des Tatbestandes auf Ausländer enthält; zudem liefe eine Beschränkung des Täterkreises auf Ausländer der gesetzgeberischen Zielsetzung zuwider, gerade die Anstiftung und Hilfeleistung zugunsten von Ausländern bei Verwirklichung

2352 Für einen Regelungsvorschlag unten F. III.

eines Schleusermerkmals einer erhöhten Strafdrohung zu unterwerfen und damit die „irreguläre“ Migration zu begrenzen.²³⁵³

Da es sich bei § 96 AufenthG um eine verselbstständigte Form der Teilnahme an den Bezugstaten nach § 95 AufenthG und § 9 Abs. 1 FreizügG/EU und damit um einen eigenständigen Tatbestand handelt, richten sich Täterschaft und Teilnahme vordergründig nach den allgemeinen Regeln. Die oben erwähnte Besonderheit, dass Täterschaft bereits durch *jede* Teilnahmehandlung begründet wird, die unter Verwirklichung eines Schleusermerkmals erfolgt, hat jedoch zur Folge, dass sich die Täterschaft begründende Tathandlung bereits in der Teilnahmehandlung – einschließlich solcher in der „Kette“ – im Sinne der §§ 26, 27 StGB erschöpft. Daher können auch untergeordnete Tatbeiträge zu einer täterschaftlichen Haftung wegen Einschleusens führen, während für eine mittäterschaftliche Zurechnung kaum Raum bleibt, da selbst bei einem arbeitsteiligen Vorgehen mehrerer Schleuser, die für sich betrachtet nur ihre eigenen Geschleusten anstiften oder ihnen Hilfe leisten, bereits das Zusammenwirken im Rahmen eines gemeinsamen Tatplans mindestens als psychische Beihilfe gegenüber den jeweils anderen Schleusern und damit nach den Grundsätzen der Kettenbeihilfe als täterschaftliches Einschleusen anzusehen sein wird.²³⁵⁴ Die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme wird im Blick auf § 96 Abs. 1 AufenthG also überhaupt nur dort bedeutsam, wo ein den Schleuser unterstützender Beteiligter *kein Schleusermerkmal* verwirklicht und *deshalb* nicht als Täter des Einschleusens in Betracht kommt.

Die Tatbestandsfassung des § 96 AufenthG bewirkt daher eine empfindliche Ausweitung der täterschaftlichen Zurechnung – unabhängig von den einschränkenden Voraussetzungen insbesondere des § 25 Abs. 2 StGB –, die erhebliche Friktionen verursacht.²³⁵⁵

So hat der Gesetzgeber in § 96 AufenthG letztlich ein parallel zu § 25 StGB verlaufendes Modell täterschaftlicher Zurechnung etabliert, für das es im allgemeinen Strafrecht kein Vorbild gibt und das die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme einebnet.²³⁵⁶ Da die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnah-

2353 Dazu oben A. II. 3. c) cc).

2354 Demgegenüber auf § 25 Abs. 2 StGB rekurrend BGH NStZ 2019, 287 f. In diesem Fall ging es um die Zuführung von Schleusungswilligen durch verschiedene Schleuser zu einer größeren Schleuserorganisation, welche die Überfahrten organisierte. Diese Entscheidung bezeichnet der 5. Strafsenat (BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 36) zurecht als „missverständlich“, da in der „Zuführung“ bereits eine Unterstützung des Vorgehens der Schleuserorganisation liegt und damit nach den Grundsätzen der Kettenbeihilfe eine täterschaftliche Beteiligung an den jeweiligen Schleusungsvorgängen nach § 96 Abs. 1 AufenthG in Betracht kommt. Ebenfalls auf Mittäterschaft abstellend, allerdings bezüglich § 92a AuslG a.F., BayObLG, Beschl. v. 3.2.2000 – 4St RR 8/00, BeckRS 2000, 31370475.

2355 Die folgenden Ausführungen basieren auf *Epik*, JR 2025, 534, 537 ff.

2356 So wird hinsichtlich § 257 StGB die Übertragung der Grundsätze von Kettenanstiftung und -beihilfe ganz überwiegend abgelehnt, vgl. m.w.N. NK-StGB/*Altenhain*, 6. Aufl. 2023, § 257 Rn. 30. Gleiches gilt

me sowie die damit verbundene differenzierte Zuschreibung von Verantwortlichkeit eng mit dem Schuldprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verwoben sind²³⁵⁷ und diese eine Proportionalität zwischen Verantwortlichkeit und Strafe voraussetzen,²³⁵⁸ darf die verfassungsrechtliche Dimension der Zurechnungsdogmatik bei der Bewertung der gesetzgeberischen Lösung nicht aus dem Blick geraten. Die Zuordnung zu den Kategorien von Täterschaft oder Teilnahme ist nämlich nicht nur für das Strafmaß von Bedeutung. Sie enthält auch eine Abstufung der Verantwortlichkeit und determiniert damit das sozialetische Unwerturteil, das im Schuldpruch zum Ausdruck kommt. In strafrechtsdogmatischer Perspektive ist zudem in den Blick zu nehmen, dass nur derjenige, der täterschaftlich beteiligt ist, sich die Verwirklichung von Qualifikations- und Erfolgsqualifikationsmerkmalen unmittelbar zurechnen lassen muss. Wird nun Täterschaft durch eigentliche Teilnahmehandlungen begründet – und zwar auch solche in der „Kette“ –, wird dieser Grundsatz durchbrochen. Zwar ist zu berücksichtigen, dass § 96 Abs. 1 AufenthG das schlichte Vorliegen einer Teilnahmehandlung nicht ausreichen lässt, sondern zusätzlich die Verwirklichung eines Schleusermerkmals voraussetzt. Den Schleusermerkmalen (Handeln gegen Versprechen oder Erhalten eines Vorteils oder aber wiederholtes Handeln oder Handeln zugunsten mehrerer Ausländer) mag diese das Unrecht der Tat steigernde Qualität zukommen – etwa, weil sie als Indizien eines professionellen Vorgehens gewertet werden.²³⁵⁹ Die zunehmende Annäherung des Einschleusens von Ausländern an den Bereich der schweren Kriminalität, die durch die empfindliche Anhebung der Strafraumen (sechs Monate bis zehn Jahre Freiheitsstrafe bei § 96 Abs. 1 AufenthG n.F.) im Zuge des Rückführungsverbesserungsgesetzes erfolgt ist, nährt jedoch vor allem im Blick auf die nicht-vorteilsmotivierte Tatbegehungsvariante (wiederholt oder zugunsten mehrerer) Zweifel daran, dass Tatbestand und Rechtsfolge – jedenfalls bei der praktizierten extensiven Auslegung des Tatbestandes – noch in einem angemessenen Verhältnis stehen. Insoweit ist zusätzlich zu beachten, dass trotz der gesetzgeberischen Beteuerungen, professionell agierende, rücksichtslos handelnde und die geschleusten Personen gefährdende Schleuser erfassen zu wollen, der Tatbestand eine solche Fokussierung nicht erkennen lässt.

Vor diesem Hintergrund muss erwogen werden, ob die – in der strafrechtsdogmatischen Binnenperspektive schlüssige – Einordnung des § 96 Abs. 1 AufenthG als

im Blick auf die Absatzhilfe im Rahmen des § 259 StGB, vgl. BGH NJW 1976, 1900, 1901; NStZ 1999, 351, 352; MK-StGB/Maier, 5. Aufl. 2025, § 259 Rn. 124 m.w.N.

2357 Zutreffend weist *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 25 Rn. 3, darauf hin, dass die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme „dem rechtsstaatlichen Erfordernis [entspricht], daß die Strafbarkeit an die Tatbestandserfüllung anknüpfen und sich auf diese beziehen muss“; und zeigt auf, dass eine Einebnung dieser Differenzierung zu einer „untragbaren Ausdehnung der Strafbarkeit“ führt.

2358 BVerfGE 25, 269, 286; 45, 187, 259 f.; 86, 288, 313; 105, 135, 153; 120, 224, 241; BVerfG NZV 2023, 118, 126; vgl. *Eisele*, Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht, 2004, 135; TK-StGB/Kinzig, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 38 ff. Rn. 40.

2359 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 102 f.

vertypete Teilnahme und die damit verbundene Übertragung der zu Anstiftung und Beihilfe entwickelten Zurechnungsdogmatik nicht den Raum für unverhältnismäßige, schuldendisproportionale Subsumtionsergebnisse liefert, denen durch eine stärkere Begrenzung des Tatbestandes begegnet werden muss. Ein Ansatz bestünde darin, das Kriterium der Tatherrschaft zu stärken und Unterstützungshandlungen „in der Kette“ für eine täterschaftliche Tatbegehung nur noch dann ausreichen zu lassen, wenn sie zugleich Tatherrschaft über den Schleusungsvorgang, also die Schleusungshandlung des tatnächsten Schleusers, begründen. Damit wäre eine gewisse Rückanbindung an § 25 StGB gewährleistet. Dass dadurch eine unangemessene Privilegierung organisierter Schleuser einherginge, steht nicht zu befürchten. Fehlt es an einer entsprechenden Tatherrschaft, ist die Qualifikation als Teilnehmer des Schleusungs-unrechts angemessen und ausreichend.

(b) Zurechnung von Schleusermerkmalen

Ist eine Teilnahme an § 96 AufenthG nach den zuvor herausgearbeiteten Grundsätzen somit auf Fälle beschränkt, in denen der Teilnehmer selbst das Schleusermerkmal nicht verwirklicht, rückt die Frage in den Vordergrund, wann ein Schleusermerkmal überhaupt verwirklicht wird und ob Schleusermerkmale möglicherweise ihrerseits zugerechnet werden können.

Bezüglich des wiederholten Handelns gilt, dass eine täterschaftliche Beteiligung nur anzunehmen ist, wenn der Täter selbst wiederholt gehandelt hat.²³⁶⁰ Das Handeln zugunsten mehrerer Ausländer kann dagegen bereits angenommen werden, wenn mehrere Täter auf Grundlage eines gemeinsamen Tatplans zusammenwirken, jeder für sich betrachtet jedoch nur einen Ausländer unterstützt. Dieses Szenario dürfte freilich eher theoretischer Natur sein, da bei einer Schleusung, der ein gemeinsamer Tatplan zugrunde liegt, vielfach auch den weiteren geschleusten Personen im Sinne des § 96 Abs. 1 AufenthG Hilfe geleistet werden wird, mit der zuvor skizzierten Konsequenz, dass auch bezüglich der jeweils anderen geschleusten Personen eine tatbestandliche Unterstützungshandlung (und sei es durch psychische Beihilfe zugunsten des „zuständigen“ Schleusers) vorliegt. Dementsprechend wird es vielfach auch für die Begründung des Schleusermerkmals auf die Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB nicht ankommen; im Grundsatz ist sie aber möglich.²³⁶¹

2360 Vgl. in diesem Sinne *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 141, der das Merkmal als besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB qualifiziert (S. 170); für ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 36; *Schiedermaier/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 28.

2361 Vgl. zu einem entsprechenden Fall, in dem die Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB verzichtbar war, BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 31, 36. Kritisch *Epik*, JR 2025, 534, 537 ff.

Hinsichtlich des Erhalts oder Sichversprechenlassens eines (Vermögens-)Vorteils ist schließlich umstritten, ob es sich um ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 StGB handelt.²³⁶² Gegen die Annahme eines besonderen persönlichen Merkmals spricht, dass durch das Schleusermerkmal nicht in erster Linie die Persönlichkeit des Täters gekennzeichnet werden soll, sondern vielmehr Handlungen, die sich nicht in der punktuellen Unterstützung strafbewehrter migrationsverwaltungsrechtlicher Verstöße erschöpfen, unter eine erhöhte Strafandrohung gestellt werden sollen. Das Schleusermerkmal dient daher in allen Varianten des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG dazu, die qualitative Unrechtssteigerung der Schleusung gegenüber der schlichten Anstiftung oder Beihilfe zu § 95 AufenthG oder § 9 Abs. 1 FreizügG/EU herauszustellen. Dabei soll die Erlangung eines (Vermögens-)Vorteils aber nicht in erster Linie das erhöhte Handlungsunrecht kennzeichnen, das durch ein Handeln in Vorteilserzielungsabsicht verwirklicht wird, sondern das Phänomen der Professionalisierung von Schleusern tatbestandlich erfassen, um eine Abgrenzung auch gegenüber der humanitär motivierten Hilfeleistung zu ermöglichen.²³⁶³ Dies folgt insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, die gerade das „Schlepperunwesen“, das von der sozial-liberalen Koalition als wesentliche Ursache für einen steigenden Migrationsdruck identifiziert worden war, adressieren sollte.²³⁶⁴ Für diese Auslegung spricht auch die Ausgestaltung als objektives Tatbestandsmerkmal. Angeknüpft wird gerade nicht in erster Linie an die Vorteilsmotivation, sondern an die tatsächliche Erlangung eines Vorteils oder des Versprechens, einen solchen Vorteil zu gewähren, als Indiz einer professionellen Schleusung. Deshalb ist auch der in der Literatur herangezogene Vergleich mit Tatbeständen, die an ein gewerbsmäßiges Handeln anknüpfen,²³⁶⁵ nicht überzeugend.²³⁶⁶ Dementsprechend kann das tatbezogene Merkmal des Erhaltens oder Sichversprechenlassens eines

2362 Bejahend LG Bremen, Beschl. v. 4.11.2020 – 2 Kls 1/20 (juris); GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 21; Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 167 ff.; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 45; Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 96 AufenthG Rn. 12; Kleczewski, StV 1999, 257, 258 f.; verneinend BayObLG NJW 1999, 1794; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 32; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 164.

2363 Demgegenüber führt Kleczewski, StV 1999, 257, 258, an, auf Grundlage dieser Argumentation müsse der Tatbestand teleologisch auf Fälle reduziert werden, in denen ein „bis zum Ausbeuterischen überzogene[s] Profitmachen“ nachweisbar sei. Daran ist zutreffend, dass die vom Gesetzgeber als Indizien für eine professionelle Schleusung angelegten Kriterien nicht zu einer trennscharfen Abgrenzung professioneller Schleusungen von insbesondere humanitär motivierten Hilfeleistungen taugen. Allerdings ist dies ein Problem der Tatbestandfassung, das es zu kritisieren gilt. Im Kontext der Qualifikation des (Vermögens-)Vorteils als besonderes persönliches Merkmal ist demgegenüber auf die gesetzgeberische Konzeption abzustellen.

2364 Vgl. oben A. II. 3. c) cc).

2365 Vgl. etwa MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 45; Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 96 AufenthG Rn. 12.

2366 Ähnlich wie hier, aber angesichts der vermeintlichen Erfassung humanitärer Helfer *de lege ferenda* für eine Annäherung an die Gewerbsmäßigkeit plädierend Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 193 ff.

(Vermögens-)Vorteils über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden, sofern die – hier dann ausnahmsweise relevanten – Voraussetzungen der Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB vorliegen.²³⁶⁷

(c) Teilnahme, insbesondere durch Geschleuste

Möglich bleibt neben einer täterschaftlichen Verwirklichung auch eine Anstiftung oder Beihilfe zu § 96 Abs. 1 AufenthG. Diese beschränkt sich aber auf Personen, die selbst kein Schleusermerkmal erfüllen und denen es deshalb an der Täterqualifikation fehlt. Insofern bildet das Einschleusen nach § 96 Abs. 1 AufenthG eine taugliche Haupttat.²³⁶⁸

Dabei tritt das Problem auf, dass begrifflich auch die geschleuste Person selbst als Teilnehmer an der eigenen Schleusung in Betracht kommt. Denkbar ist beispielsweise eine Anstiftung durch Inanspruchnahme der Schleuserdienste oder eine Beihilfe durch Mitwirkung als „Gegenstand“ der Schleusung. Während die Anstiftung des Gehilfen durch den Haupttäter normalerweise im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter die versuchte oder vollendete Haupttat zurücktritt und im Übrigen nur nach § 30 StGB strafbar ist, führt die Ausgestaltung des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG als limitiert-akzessorischer Tatbestand mit höherer Strafdrohung als die durch den Geschleusten verwirklichte Haupttat dazu, dass der Geschleuste als Anstifter oder Gehilfe des Schleusers mit einer erheblich höheren Strafdrohung konfrontiert ist. Dies widerspräche der systematischen Gesamtkonzeption der §§ 95 bis 97 AufenthG, wonach der nicht durch Schleusermerkmale qualifizierte Rechtsgutsangriff nach § 95 AufenthG beurteilt werden soll, während §§ 96 und 97 AufenthG in erster Linie die Tatbegehung durch professionelle Schleuser einer erhöhten Strafdrohung unterwerfen und nicht-vorteilsmotivierte Hilfeleistungen nur bei einer gewissen Erheblichkeit (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG: wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern) erfassen, wobei auch insoweit argumentiert wird, dass es sich primär um eine Beweiserleichterung handle, um die Strafverfolgung konspirativ agierender Schleuser zu ermöglichen.²³⁶⁹

Deshalb ist allgemein anerkannt, dass es sich bei § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG um einen Fall der sogenannten „notwendigen Teilnahme“ handelt, bei der die Verwirklichung des Bezugsdelikts als taugliche Teilnahmehandlung ausgeschieden

2367 Im Ergebnis wie hier BayObLG NJW 1999, 1794; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 32.

2368 Von den „allgemeinen Grundsätzen“, die MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 45, oder NK-Ausländerrecht/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 96 AufenthG Rn. 10, in Bezug nehmen, bleibt allerdings nur wenig übrig, wenn der enge Anwendungsbereich der §§ 26, 27 StGB berücksichtigt wird.

2369 Dazu oben A. II. 4. a).

wird.²³⁷⁰ Der Rechtsgutsangriff des Geschleuten wird daher grundsätzlich nicht von § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, sondern ausschließlich durch den Tatbestand des Bezugsdelikts erfasst.²³⁷¹ Dieses Ergebnis folgt aus einer systematischen und teleologischen *Auslegung* des Tatbestandes und ist – unabhängig von der Anerkennung der notwendigen Teilnahme als eigenständiger dogmatischer Kategorie oder der Zuordnung des § 96 AufenthG zu den sogenannten Konvergenz-, Begegnungs- oder Zentripetaldelikten²³⁷² – nicht nur gesetzssystematisch und teleologisch konsistent, sondern entspricht auch den Wertungen des Unions- und Völkerrechts, wonach die Kriminalisierung von Schleusungshandlungen nicht zu einer Kriminalisierung von Migranten führen soll.²³⁷³ Eine Strafbarkeit Geschleuster wegen Teilnahme an ihrer eigenen Schleusung scheidet mithin grundsätzlich aus, und zwar auch in Fällen, in denen sie sich selbst an die Schleuser gewandt und damit diese zu ihrer Schleusung „angestiftet“ haben. Dies lässt sich zusätzlich damit begründen, dass jedenfalls professionell agierende Schleuser vielfach ohnehin zur Begehung entsprechender Taten bereit und entschlossen sein werden und die Tatkonkretisierung auch nur durch sie erfolgen kann, sodass Zweifel daran bestehen, dass Geschleuste in diesen Fällen den Tatentschluss überhaupt faktisch hervorrufen könnten. Die Frage, ob eine strafbare Anstiftung zum Einschleusen vorliegt, kann angesichts des „Dienstleistungscharakters“ professioneller Schleusungen²³⁷⁴ nicht davon abhängen, ob zuerst der Schleuser den Geschleuten oder umgekehrt der Geschleuste den Schleuser kommunikativ adressiert hat.²³⁷⁵

2370 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 159 f.; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 100; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 183; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 96 AufenthG Rn. 8 f. Dazu allgemein Fischer-StGB/*Fischer*, 73. Aufl. 2026, Vor § 25 Rn. 7; *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung. Untersuchungen zur Lehre von der „notwendigen Teilnahme“, 1992, passim; MK-StGB/*Scheinfeld*, 5. Aufl. 2024, Vor § 26 Rn. 31 ff.; *Sowada*, Die „notwendige Teilnahme“ als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, 1992, passim; *Zhao*, Die notwendige Teilnahme, 2022, passim.

2371 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 160; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 96 AufenthG Rn. 8.

2372 Dazu *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 101 f.; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 182 Fn. 612; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4; zu § 36 AsylVfG a.F. (heute: § 84 AsylG) *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung. Untersuchungen zur Lehre von der „notwendigen Teilnahme“, 1992, 235. Zweifelhafte erscheint freilich, dass eine dieser drei Kategorien auf die spezielle Konstellation des § 96 AufenthG, der eben nicht nur „Anlockungssituationen“ erfasst, vollständig passt. Überzeugend ist es vielmehr, das Ergebnis der Straflosigkeit der notwendigen Teilnahme aus einer Auslegung des § 96 AufenthG und seiner systematischen Stellung abzuleiten, vgl. allgemein zur Auslegung der entsprechenden Tatbestände *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung. Untersuchungen zur Lehre von der „notwendigen Teilnahme“, 1992, zusf. 121 f.; MK-StGB/*Scheinfeld*, 5. Aufl. 2024, Vor § 26 Rn. 31; TK-StGB/*Weißer*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 25 ff. Rn. 39. Kritisch zum Mehrwert der Unterscheidung *Zhao*, Die notwendige Teilnahme, 2022, 14 ff. (zu den Konvergenz- und Begegnungsdelikten) sowie S. 37 ff. (zu den Zentrifugal- und Zentripetaldelikten).

2373 Dazu oben C. V.

2374 Zu den Praktiken professioneller Schleuser vgl. *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 75 f.

2375 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 162; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 104; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 189;

Wenn allerdings die geschleuste Person *mehr* tut als für die Begehung des Bezugsdelikts unbedingt erforderlich wäre, entfällt der Grund für die Privilegierung und kommt eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zu § 96 Abs. 1 AufenthG oder – im Falle des Vorliegens eines Schleusermerkmals, das bei Förderung einer Schleusungstat zugunsten von mehreren Ausländern auch bei altruistischer Motivlage und auch bei der Unterstützung der eigenen Familienangehörigen vorliegen kann – sogar wegen täterschaftlichen Einschleusens gemäß § 96 Abs. 1 AufenthG in Betracht.²³⁷⁶ Im Ausgangspunkt ist dies konsequent, da der Gesetzgeber im Einklang mit dem Unions- und Völkerrecht die geschleusten Personen nur insoweit aus dem Anwendungsbe- reich des Schleusungstatbestandes heraushalten wollte, als sie selbst als „Objekt“ der Schleusung erscheinen.²³⁷⁷ Damit rückt die Frage in den Mittelpunkt, welches Verhalten den Rahmen des bloß passiven „Geschleustwerdens“ verlässt und daher zu einer Strafbarkeit des Geschleusten als Täter oder Teilnehmer an der Schleusung führt.

Der Bundesgerichtshof zieht die Grenzen in Fällen, in denen Geschleuste mit ihren Schleusern kooperieren und dadurch anderen Ausländern Hilfe im Sinne des § 96 Abs. 1 AufenthG leisten, sehr eng. So soll sich nach Auffassung des 3. Strafsenats wegen Beihilfe zum Einschleusen von Ausländern – oder, wie der Senat in einem *obiter dictum* bemerkt, nach den Grundsätzen der Kettenbeihilfe sogar wegen täterschaftlicher Beteiligung daran – strafbar machen, wer dem Schleuser zusagt, als männlicher Ansprechpartner für allein reisende Frauen und ihre Kinder zur Verfügung zu stehen, wenn dies aus kulturellen Gründen erforderlich sei und die Zusage den Schleusern die Suche nach anderen Ansprechpartnern erspare. Da diese Zusage über das hinausgehe, was zur Erfüllung des Tatbestandes der eigenen unerlaubten Einreise notwendig sei, stelle sie sich als Beihilfe zum Einschleusen von Ausländern dar.²³⁷⁸ Diese Position des Bundesgerichtshofs führt dazu, dass letztlich jeder, der über seine passive Rolle als Geschleuster hinausgehende Aktivitäten entfaltet, wegen Einschleusens oder einer Beihilfe dazu bestraft werden kann. Konsequenterweise müsste daher auch ein Geschleuster, der ein Boot über das Mittelmeer oder ein Fahrzeug über die Balkanroute steuert und seinen Schleusern dadurch erspart, eine andere Person für diese Aufgabe zu rekrutieren, von § 96 AufenthG (i.V.m.

MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 346 f.

2376 BGH NSTZ-RR 2020, 184 ff.; Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 185; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 100 f.

2377 Vgl. Art. 5 des Zusatzprotokolls zur Palermo-Konvention: „Migrants shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol.“

2378 BGH NSTZ-RR 2020, 184 ff.

§ 27 StGB) erfasst werden.²³⁷⁹ Auch Übersetzungsdienste zwischen Schleuser und anderen Geschleusten müssten zu einer entsprechenden Strafbarkeit führen.²³⁸⁰ Dies hätte erhebliche Auswirkungen, weil insbesondere Flüchtlinge dann nicht mehr über § 95 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 GFK Straffreiheit erlangen könnten, sondern wegen Einschleusens oder Beihilfe dazu aus einem deutlich erhöhten Strafrahmen zu bestrafen wären.

Die Position des Bundesgerichtshofs lässt sich allerdings weder mit dem Strafgrund des § 96 AufenthG noch mit den unions- und völkerrechtlichen Vorgaben vereinbaren. Vor allem verkennt sie die tatsächlichen Umstände einer Schleusungssituation: Die Annahme, die Kooperation mit den eigenen Schleusern führe im Blick auf die dadurch bewirkte Hilfeleistung zugunsten weiterer Geschleuster zur Strafbarkeit des Geschleusten, lässt sich nur halten, wenn die Umstände einer solchen Schleusung ausgeblendet werden. Diese erfolgt regelmäßig nicht, wie schon der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde liegende Sachverhalt verdeutlicht, in Form einer regulär organisierten quasi-touristischen Reise oder unter Nutzung von regelmäßig verkehrenden öffentlichen Verkehrsmitteln, sodass es den einzelnen Geschleusten möglich wäre, sich ausschließlich um sich selbst zu kümmern. Vielmehr werden die Geschleusten in den maßgeblichen Fällen²³⁸¹ oftmals unter höchst gefährlichen Bedingungen – etwa in seeuntüchtigen Booten über das Mittelmeer oder auf Ladeflächen von Kraftfahrzeugen – geschleust. Im Vorfeld einer solchen Schleusung sind die Geschleusten – mindestens zur Erreichung ihres nächsten Etappenziels – von ihren Schleusern abhängig und werden ihren Anweisungen daher nicht ohne das Risiko, von der weiteren Schleusung ausgeschlossen zu werden, widersprechen können. Die Möglichkeit eines „Rücktritts“ unter Rückerstattung der teils hohen Schleuserlöhne im Sinne einer Rückabwicklung Zug-um-Zug ist realitätsfern. Insofern ist es schon in tatsächlicher Hinsicht fernliegend, anzunehmen, dass ein Schleusungswilliger die Anfrage seiner Schleuser, ob er bestimmte Aufgaben im Rahmen einer Schleusung übernehmen wird, ablehnen könnte, ohne Gefahr zu laufen, seine Reise (oftmals: Flucht) nicht fortsetzen zu können. Diesem Umstand trägt der Bundesgerichtshof nicht hinreichend Rechnung, wenn er den Bereich

2379 Zur Strafverfolgung sogenannter „Scafisti“ – Migranten, die von ihren Schleusern als Steuerleute oder Navigatoren eingesetzt werden – als Schleuser in Italien vgl. *Patanè/Bolhuis/van Wijk/Kreienziek*, *Refugee Survey Quarterly* 2020, 123 ff.

2380 So offenbar BGH, Urt. v. 30.10.1990 – 1 StR 500/90, BeckRS 1990, 31085216: „Die Strafkammer hat die Übersetzerfähigkeit des Angeklagten, mit der er dafür sorgte, daß sich die türkischen Staatsangehörigen schlafend stellten, nicht rauchten und die Kinder beruhigten (UA S. 6), zutreffend als Beihilfe zur versuchten Unterstützung von Ausländern bei der unerlaubten Einreise gewertet (§ 47a AuslG, § 27 StGB).“ Zu den weitreichenden Konsequenzen vgl. auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 173, deren Beispiel des mit der Taschenlampe vorangehenden Geschleusten allerdings nach deutschem Strafrecht nicht als Beihilfe zu qualifizieren wäre, weil das Ausleuchten des Weges auch für den die Taschenlampe Haltenden erforderlich ist, um seine unerlaubte Einreise verwirklichen zu können.

2381 Vgl. die Sachverhalte in BGH NStZ-RR 2020, 184 und BGH, Urt. v. 30.10.1990 – 1 StR 500/90, BeckRS 1990, 31085216.

dessen, was zur eigenen unerlaubten Einreise „notwendig“ ist, so eng fasst, dass jede die Schleusung erleichternde Kooperation mit den Schleusern als taugliche Beihilfehandlung definiert wird.

Ein derart enges Verständnis des „Notwendigen“ wird weder durch den Gesetzeswortlaut indiziert noch entspricht es dem gesetzgeberischen Willen. § 96 AufenthG bezieht sich seiner gesamten Systematik nach nicht auf die geschleusten Personen, sondern auf die Schleuser und soll primär professionell agierende Personen einer erhöhten Strafandrohung unterwerfen.²³⁸² Auch die Gesetzeshistorie belegt, dass es dem Gesetzgeber darum gegangen ist, professionell agierende Schleuser zu erfassen, um „irreguläre“ Migration einzudämmen.²³⁸³ Dies steht im Einklang mit dem Zusatzprotokoll zur Palermo-Konvention sowie den unionsrechtlichen Vorgaben zur Kriminalisierung der Beihilfe zu unerlaubter Einreise und unerlaubtem Aufenthalt.²³⁸⁴ So stellt Art. 5 des *Zusatzprotokolls gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität* ausdrücklich klar, dass Migranten nicht nach diesem Protokoll strafrechtlich dafür verfolgt werden können, dass sie Gegenstand einer Schleusungshandlung geworden sind.²³⁸⁵ Auch Erwägungsgrund (7) des Richtlinienvorschlags zur Festlegung von Mindestvorschriften zur Verhinderung und Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt in der Union, durch den das *Facilitators Package* ersetzt werden soll, stellt nunmehr klar, dass Drittstaatsangehörige sich nicht deshalb strafbar machen sollen, weil ihnen Beihilfe zur unerlaubten Einreise geleistet worden ist.²³⁸⁶

Vor diesem Hintergrund ist es überzeugend, den Bereich dessen, was als „notwendig“ für die eigene unerlaubte Einreise anzusehen ist, weiter zu fassen und sämtliche (nicht durch andere Strafvorschriften erfasste) Handlungen darunter zu subsumieren, die von einem Ausländer vorgenommen werden, um seine Reise durch- oder fortführen zu können, auch wenn er dadurch koinzidierend die unerlaubte Einreise anderer Personen (mit-)fördert oder die Tätigkeit seines Schleusers erleichtert. Allein der Umstand, dass durch eine etwaige Kooperation mit dem Schleuser dessen Geschäft erleichtert wird, rechtfertigt es nicht, die auch im Gesetz durch die klar abgestuften Strafrahmen deutlich zum Ausdruck kommende Differenzierung zwischen Geschleusten und Schleusern einzuebennen. Eine solche Betrachtung blendet aus, welchen tatsächlichen Vorgang der Gesetzgeber mit § 96 AufenthG typisiert hat.²³⁸⁷

2382 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 102 f.

2383 Dazu A. II. 3. c) cc).

2384 Dazu oben C. III. 2. a) und IV. 3.

2385 Vgl. dazu oben C. IV. 3.

2386 Erwägungsgrund (7) lautet insoweit: „Third-country nationals should not become criminally liable for having been the subject to such criminal offences.“

2387 Ebenfalls einen eher großzügigen Notwendigkeitsmaßstab anlegend MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4.

Ebenfalls ausscheiden muss eine Strafbarkeit, wenn Geschleuste sich gegenseitig unterstützen, ohne dabei mit Schleusern zu kooperieren.²³⁸⁸ So ist es insbesondere bei gemeinsam erfolgender unerlaubter Einreise mehrerer Personen nicht fernliegend – und normativ sozialadäquat –, wenn sich die Geschleusten gegenseitig Hilfe leisten, etwa beim Transport von Gepäck, dem Tragen kleiner Kinder, dem Stützen geschwächter oder älterer Menschen. Auch eine solche Unterstützung insbesondere von Stärkeren gegenüber Schwächeren geht über das hinaus, was für die eigene unerlaubte Einreise unbedingt erforderlich wäre. Daher müssten unerlaubt einreisende Personen, die zugleich mehr als eine andere Person unterstützen, nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG wegen Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise zugunsten mehrerer Ausländer bestraft werden.²³⁸⁹ Auch dies wird der gesetzgeberischen Differenzierung nicht gerecht und wäre überdies unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten problematisch. Jedenfalls müssten derartige Unterstützungshandlungen im Blick auf das Kriterium normativer Sozialadäquanz aus dem Tatbestand ausgeschieden werden. Andernfalls müsste als Schleuser schon bestraft werden, wer bei einer gemeinsamen unerlaubten Einreise das Fahrzeug steuert, das Boot navigiert oder die Reiseroute recherchiert hat. In diesem Zusammenhang ist auch das *Kinsa*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu berücksichtigen, das es jedenfalls ausschließt, die Unterstützung der eigenen Familienangehörigen bei der gemeinsam erfolgenden unerlaubten Einreise als Schleusungshandlung zu bewerten.²³⁹⁰ In der Praxis führt dies freilich zur schwierigen Situation, dass Schleuser, die eine Gruppe unerlaubt einreisender Personen bei der Einreise begleiten und dabei selbst unerlaubt einreisen, nur schwer von anderen unerlaubt einreisenden Ausländern zu unterscheiden sein werden. Dieses Beweisproblem muss aber hingenommen werden, da andernfalls eine unverhältnismäßige tatbestandliche Erfassung von sich gegenseitig unterstützenden, arbeitsteilig agierenden Migranten einträte. Vor diesem Hintergrund muss stets im Einzelfall untersucht werden, ob sich bei einer Gesamtbetrachtung der Umstände die durch den unerlaubt einreisenden Ausländer gewährte Hilfe gegenüber anderen unerlaubt einreisenden Personen tatsächlich als gegenseitige Unterstützung darstellt oder ob nicht aus den Gesamtumständen geschlussfolgert werden muss, dass der eigentliche Zweck der Hilfeleistung die Erbringung von Schleusungsleistungen ist,

2388 Überzeugend daher der Hinweis in BGH, Urt. v. 4.12.2007 – 5 StR 324/07, BeckRS 2008, 696, Rn. 30, insoweit in NStZ 2008, 276 nicht abgedruckt.

2389 Zutreffend kritisch gegenüber einer solch weitgehenden Strafbarkeit *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 104 f.; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 183 f.

2390 Zu diesem Urteil schon oben C. III. 2. a) aa). Deshalb ist die von *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 8, befürchtete Strafbarkeit von Eltern für das „Einschleusen“ ihrer minderjährigen Kinder im Ergebnis unbegründet.

die mit der eigenen unerlaubten Einreise nur zeitlich zusammenfallen, ohne ihr im vorgenannten Sinne zu dienen.²³⁹¹

(d) Zwischenergebnis

Die breitflächige Erfassung von eigentlichen Teilnahmehandlungen als täterschaftliches Verhalten wirft verschiedene Probleme auf. Zum einen gerät § 96 AufenthG in verfassungsrechtlich turbulentes Fahrwasser, indem die Zurechnung von Taterfolgen unter Verzicht auf die zurechnungsbegrenzenden Voraussetzungen des § 25 StGB ermöglicht wird. Hier bedarf es einer Rückbesinnung auf das Kriterium der Tatherrschaft, um insbesondere die Begründung täterschaftlicher Verantwortlichkeit durch Unterstützungshandlungen „in der Kette“ einzuhegen. Zum anderen geraten aufgrund der dogmatischen Konstruktion des § 96 AufenthG auch geschleuste Personen in die Gefahr, wegen einer Beteiligung an ihrer eigenen Schleusung beziehungsweise derer von mit ihnen gemeinsam geschleusten Personen mit deutlich höheren Strafdrohungen konfrontiert zu werden. Dies ist durch eine systematische und teleologische – einschränkende – Auslegung des § 96 AufenthG zu vermeiden. Insoweit sprechen sowohl die Gesetzessystematik, der gesetzgeberische Wille als auch das Unions- und Völkerrecht eine eindeutige Sprache: Migrant selbst soll der Schleusungstatbestand im Regelfall nicht fokussieren.

bb) Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 AufenthG

§ 96 Abs. 2 AufenthG enthält sieben Qualifikationstatbestände, die als Verbrechensstatbestände mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht werden. Nach § 96 Abs. 2 Satz 1 AufenthG unterfällt der höheren Strafdrohung, wer gewerbsmäßig handelt (Nr. 1), als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Schleusungstaten verbunden hat, handelt (Nr. 2), eine Schusswaffe bei sich führt, wenn die Bezugstat eine unerlaubte Einreise ist (Nr. 3), eine andere Waffe bei sich führt, um diese bei der Tat zu verwenden, wenn die Bezugstat eine unerlaubte Einreise ist (Nr. 4), den Geschleusten einer das Leben gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt (Nr. 5) oder versucht, sich im 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 (Nr. 6). Nach § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG wird gleichfalls mit Freiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr bestraft, wer in den Fällen des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG (Anstiftung oder Beihilfe zur unerlaubten Einreise) zu-

2391 Ebenfalls für eine Gesamtbetrachtung *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 187.

gunsten eines minderjährigen ledigen Ausländers handelt, der ohne Begleitung einer personensorgeberechtigten Person oder einer dritten Person, die die Fürsorge oder Obhut für ihn übernommen hat, in das Bundesgebiet einreist, auch wenn dieser keine vorsätzliche rechtswidrige Tat begangen hat. Vielfach kann bei der Auslegung dieser Qualifikationstatbestände auf etablierte Begriffsdefinitionen zurückgegriffen werden, wie sie zu §§ 224, 243, 244 und 250 StGB entwickelt worden sind.

(1) Gewerbsmäßiges Handeln

In Übereinstimmung mit der allgemein anerkannten Definition zu den Vermögensdelikten des Strafgesetzbuches ist ein gewerbsmäßiges Handeln anzunehmen, wenn der Täter sich durch die wiederholte Begehung von Schleusungstaten eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und nicht unerheblicher Dauer verschaffen will, ohne dass es sich dabei um die alleinige oder Haupteinnahmequelle handeln muss.²³⁹² Gewerbsmäßiges Handeln setzt Eigennützigkeit voraus, sodass das Handeln zugunsten Dritter nur dann tatbestandlich erfasst wird, wenn sich der Täter vorstellt, dass er von Dritten entsprechende Vorteile gewährt bekommen wird.²³⁹³ Da die Gewerbsmäßigkeit ein subjektiv zu bestimmendes Merkmal darstellt, kann sie bereits bei der ersten Tatbegehung vorliegen, sofern es sich nach der Vorstellung des Täters um die erste in einer Reihe weiterer Tatbegehungen handeln soll.²³⁹⁴ Gewerbsmäßigkeit stellt zudem ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB dar.²³⁹⁵

(2) Bandentaten

Eine Bande im Sinne des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG setzt – übereinstimmend mit §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB – den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus; dieser Zusammenschluss muss auf gewisse Dauer und die

²³⁹² BGH, Beschl. v. 12.12.2017 – 3 StR 303/17, BeckRS 2017, 141240, Rn. 7; BGH NStZ 1998, 305, 306; GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 56; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 31; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 27; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 16; siehe auch *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 134; allg. Lackner/Kühl/Heger/Heger, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vor § 52 Rn. 20; zu § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB BGH NStZ 2008, 282; NStZ-RR 2015, 341, 343; zu § 243 StGB TK-StGB/Bosch, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 31 m.w.N.; MK-StGB/Schmitz, 5. Aufl. 2025, § 243 Rn. 40.

²³⁹³ BGH, Beschl. v. 12.12.2017 – 3 StR 303/17, BeckRS 2017, 141240, Rn. 7. Zu § 263 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB BGH NStZ 2008, 282, 283; BGH, Beschl. v. 26.2.2014 – 4 StR 584/13, BeckRS 2014, 6840, Rn. 12; BGH NStZ-RR 2015, 341, 343; vgl. zu § 243 StGB TK-StGB/Bosch, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 31; MK-StGB/Schmitz, 5. Aufl. 2025, § 243 Rn. 40.

²³⁹⁴ Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 134; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 28; TK-StGB/Bosch, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 31.

²³⁹⁵ Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 57; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 134; zu § 243 StGB MK-StGB/Schmitz, 5. Aufl. 2025, § 243 Rn. 40.

mehrfache Begehung von selbstständigen, im Einzelnen noch unbestimmten Schleusungstaten („zur fortgesetzten Begehung solcher Taten“) angelegt sein.²³⁹⁶ § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG verlangt allerdings, insoweit anders als §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB, nicht, dass der Täter bei der konkreten Schleusungshandlung unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds handelt. Die Tat ist daher auch dann als Bandentat zu qualifizieren, wenn ein einzelnes Mitglied einer Schleuserbande eine Schleusungshandlung im Rahmen der bandenmäßigen Verbindung vornimmt, wobei sich das Handeln im Rahmen der Bandenabrede halten muss.²³⁹⁷ Dabei müssen sich die Bandenmitglieder nicht notwendig gegenseitig kennen, allerdings jeweils in dem Bewusstsein handeln, Teil eines größeren Zusammenschlusses zu sein.²³⁹⁸ Das Handeln als Mitglied einer Bande muss vom mindestens bedingten Vorsatz des Täters umfasst sein.²³⁹⁹ Die Bandenmitgliedschaft ist ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB.²⁴⁰⁰

(3) Beisichführen von Schusswaffen

Der Qualifikationstatbestand des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ist nur auf Einschleusungshandlungen anwendbar, die auf eine unerlaubte Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG bezogen sind.²⁴⁰¹ Eine Schusswaffe im Sinne des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ist jeder Gegenstand, bei dem ein Geschoss durch einen Lauf getrieben werden kann.²⁴⁰² Hinsichtlich Gaspistolen oder Gasrevolvern gilt dies jedoch nur, wenn die Gase mit der Bewegungsrichtung nach vorn austreten; bei Schreckschusswaffen muss der Explosionsdruck nach vorne austreten.²⁴⁰³ Die Schusswaffe muss zur Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes funktionsfähig und einsatzgeeignet sein, wobei es ausreicht, wenn sie jederzeit durch

2396 Zum Begriff der Bande grundlegend BGH NStZ 2001, 421; zum Schleusertatbestand BGH, Beschl. v. 26.6.2001 – 4 StR 490/00, BeckRS 2001, 30188671; BGH NJW 2016, 419, 421; vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 58; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 17; ferner MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 29.

2397 BGH NJW 2016, 419, 421; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 59; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 32; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 29; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 17; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 40.

2398 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 30.

2399 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 30.

2400 Allgemein BGH NJW 2000, 3364, 3366; NStZ 2007, 101; BGH, Beschl. v. 20.2.2013 – 3 StR 24/13, BeckRS 2013, 7322, Rn. 4; BGH, Beschl. v. 15.10.2015 – 2 StR 445/14, BeckRS 2016, 1611, Rn. 8; vgl. zu § 96 Abs. 2 AufenthG GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 60; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 134.

2401 GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 61.

2402 Vgl. zur Orientierung 1.1 Anlage 1 zu § 1 Abs. 4 WaffG; zu § 30a BtMG MK-StGB/*Oğlakçıoğlu*, 4. Aufl. 2022, § 30a BtMG Rn. 129, 131. Für eine Auslegung wie bei § 30a BtMG BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 36.

2403 Vgl. *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 18; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 31; MK-StGB/*Oğlakçıoğlu*, 4. Aufl. 2022, § 30a BtMG Rn. 132 f. Aus der Rechtsprechung BGH NJW 2000, 1050.

Ladung mit Munition einsatzbereit gemacht werden kann.²⁴⁰⁴ Ein Beisichführen setzt – in Übereinstimmung mit §§ 244 Abs. 1 Nr. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) und b) StGB sowie § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG („mit sich führt“) – voraus, dass der Täter während der Tatbegehung (also zwischen Versuchsbeginn und Vollendung beziehungsweise Beendigung) die Schusswaffe bewusst gebrauchsbereit bei sich hat und jederzeit auf sie zugreifen kann.²⁴⁰⁵ Zu diesem Zweck muss die Schusswaffe weder am Körper getragen noch sofort „griffbereit“ sein; es genügt, wenn auf sie ohne nennenswerten Zeitaufwand zurückgegriffen werden kann.²⁴⁰⁶ Da es sich um ein objektives Qualifikationsmerkmal handelt, das der besonderen Gefährlichkeit der Tatbegehung unter Rückgriffsmöglichkeit auf eine Schusswaffe Rechnung tragen soll, kann das Beisichführen einer Schusswaffe auch über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.²⁴⁰⁷

(4) Beisichführen in Verwendungsabsicht von anderen Waffen

Das Beisichführen einer anderen Waffe in Verwendungsabsicht setzt zunächst voraus, dass der Täter eine Waffe, die keine Schusswaffe ist, bei sich führt. Unzweifelhaft vom Begriff der Waffe im Sinne des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG umfasst sind Waffen im technischen Sinne (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 WaffG).²⁴⁰⁸ Darüber hinaus umfasst der „strafrechtliche Waffenbegriff“ auch solche Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit und ihrem Zustand bei *bestimmungsgemäßer* Verwendung geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen.²⁴⁰⁹ Demgegenüber führt es zu weit, auch Gegenstände unter den Begriff der Waffe zu fassen, die erst aufgrund der konkreten Art ihrer (beabsichtigten) Verwendung eine Leibes- oder Lebensgefahr herbeiführen können.²⁴¹⁰ Dagegen spricht insbesondere, dass das Gesetz spätestens seit dem 6. Strafrechtsreformgesetz²⁴¹¹ immer dann, wenn Gegenstände erfasst werden sollen, die erst aufgrund der Art ihrer Verwendung gefährlich werden, auf den Begriff des gefährlichen Werkzeugs zurückgreift.²⁴¹² Dementsprechend hat der Gesetzgeber auch bei Vorschriften, die zuvor nur das Beisichführen von Waffen in Verwendungsabsicht erfassten, wie etwa § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB i.d.F. vom 1. Januar 1999, im Blick auf die vom Bundesverfassungsgericht angemahnte Berücksich-

2404 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 31; insoweit zur „Verwendung“ abgrenzend BGH NJW 2000, 1050.

2405 BGH NStZ 2004, 111, 112.

2406 BGH NStZ 2004, 111, 112; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 31. Zu § 30a BtMG BGH NStZ 2004, 111, 112.

2407 BGH NJW 2003, 1541 ff. (§ 30a BtMG); MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 32.

2408 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 62.

2409 BGH NJW 2003, 1677, 1678.

2410 Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 37. So aber MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 33.

2411 BGBl. 1998 I, S. 164.

2412 BVerfG NJW 2008, 3627, 3629.

tigung der Wortlautgrenze²⁴¹³ eine Ergänzung um andere gefährliche Werkzeuge vorgenommen.²⁴¹⁴ Gleiches gilt für § 121 Abs. 3 Nr. 2 StGB und § 125a Nr. 2 StGB, welche zwar als Regelbeispiele, aber im Übrigen wortgleich zu § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG ausgestaltet sind.²⁴¹⁵ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts musste dem Gesetzgeber auch klar vor Augen stehen, als er § 96 Abs. 2 AufenthG, zuletzt mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz 2024, reformiert hat. Wenn er gleichwohl an der Formulierung „andere Waffe“ festgehalten und diese nicht um „andere gefährliche Werkzeuge“ ergänzt hat, obschon dies in den übrigen einschlägigen Fällen geschehen ist, kann eine extensive Auslegung des Begriffs „Waffe“ nicht überzeugen.

Für das Beisichführen gilt, wie bei § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG, dass der Täter während der Tatbegehung die Waffe bewusst gebrauchsbereit bei sich haben und jederzeit auf sie zugreifen können muss.²⁴¹⁶ Der Qualifikationstatbestand ist dabei nur auf Einschleusungshandlungen anwendbar, die auf eine unerlaubte Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG bezogen sind. In subjektiver Hinsicht muss neben dem allgemeinen Tatvorsatz insbesondere die Absicht (im Sinne eines *dolus directus* I. Grades) zur Verwendung der Waffe bei der Schleusungstat vorliegen.²⁴¹⁷ Dabei genügt es, wenn die Waffe als Drohmittel zum Einsatz kommen soll; gegen wen die Waffe verwendet werden soll, ist dagegen ohne Belang, sodass auch der beabsichtigte Einsatz gegenüber Geschleusten den Tatbestand erfüllt.²⁴¹⁸

(5) Lebensgefährliche, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung

§ 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG erfasst Schleusungen, die den Geschleusten einer das Leben gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzen. Der Qualifikationstatbestand regelt damit die Fälle, welche in der politischen und medialen Debatte um die Gefährlichkeit professioneller Schleusungen regelmäßig in den Mittelpunkt gerückt werden. Er bezweckt primär den Schutz der Geschleusten.²⁴¹⁹ Da nach dem Konzept der herrschenden Meinung § 96 AufenthG zugleich Allgemeininteressen schützt (Kontroll- und Steuerungsfunktion ausländerrechtlicher Genehmigungsver-

²⁴¹³ BVerfG NJW 2008, 3627.

²⁴¹⁴ BT-Drs. 17/4143, S. 7.

²⁴¹⁵ Schon die Gesetzesbegründung zum 44. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (BGBl. 2011 I, S. 2130) enthielt den Hinweis, dass die Erwägungen des BVerfG auch auf § 121 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB a.F. und § 125a Satz 2 Nr. 2 StGB a.F. zuträfen, siehe BT-Drs. 17/4143, S. 1, weshalb auch diese Strafvorschriften durch das Gesetz entsprechend ergänzt wurden.

²⁴¹⁶ BGH NStZ 2004, 111, 112.

²⁴¹⁷ Vgl. Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 19.

²⁴¹⁸ Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 34.

²⁴¹⁹ Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 35. Dazu auch oben B. II. 3. d) aa) (2).

fahren),²⁴²⁰ kommt eine rechtfertigende Einwilligung durch die Geschleusten unabhängig von deren Sittenwidrigkeit²⁴²¹ nicht in Betracht.²⁴²²

Ein Geschleuster wird einer das Leben gefährdenden Behandlung ausgesetzt, wenn er im Rahmen der Schleusung in eine Situation gerät, die konkret geeignet ist, sein Leben zu gefährden, ohne dass es zu einer tatsächlichen Lebensgefahr gekommen sein muss.²⁴²³ Das Merkmal entspricht insoweit § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, sodass zur Auslegung auf die zu dieser Vorschrift entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann.²⁴²⁴ Im Rahmen des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG wird dabei insbesondere auf die Reisemodalitäten abzustellen sein, wobei etwa Seepassagen auf seeuntüchtigen oder überfüllten Booten,²⁴²⁵ der Transport in luftdicht verschlossenen Containern oder ohne jede Sicherung mit entsprechend hoher Geschwindigkeit, die schwimmende Durchquerung gefährlicher Gewässer oder andere aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles objektiv gefährliche Situationen dem Tatbestand unterfallen.²⁴²⁶

Das Merkmal der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ist der menschenrechtlichen Terminologie entnommen.²⁴²⁷ Dementsprechend kann zu seiner Auslegung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 3 EMRK zurückgegriffen werden, welcher das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung enthält.²⁴²⁸ Als unmenschlich hat der Gerichtshof eine Behandlung angesehen, wenn sie absichtlich zugefügt wurde, über Stunden ohne Unterbrechung dauerte und entweder körperliche Verletzungen oder intensives physisches oder psychisches Leid verursacht hat; als erniedrigend gelten Behandlungen, die beim Opfer Gefühle von Furcht, Angst und Unterlegenheit verursachen und deshalb geeignet sind, es zu erniedrigen oder herabzusetzen und seinen körperlichen und geistigen Widerstand zu brechen, wobei der Europäische Gerichtshof für

2420 Dazu oben B. II. 2.

2421 BGH NJW 2018, 3658, 3659; auf die Sittenwidrigkeit der Einwilligung stellt auch GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 47 f., ab.

2422 BGH NStZ-RR 2020, 184, 185; NStZ 2020, 677, 678 f.; vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 69; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 35; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 20b; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 53.

2423 BGH NStZ 2020, 677, 678; siehe auch BGH, Beschl. v. 4.10.2019 – 1 StR 282/19, BeckRS 2019, 25903, Rn. 2; BGH, Beschl. v. 8.3.2022 – 1 StR 483/21, BeckRS 2022, 9231, Rn. 8; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 35.

2424 BGH NStZ 2020, 677, 678; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 65; zum Begriff in § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB vgl. TK-STGB/*Sternberg-Lieben*, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 26.

2425 BGH NStZ-RR 2020, 184, 185.

2426 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 65; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 38 f.; zu den Anforderungen an die Urteilsfeststellungen vgl. BGH, Beschl. v. 8.3.2022 – 1 StR 483/21, BeckRS 2022, 9231, Rn. 8 f.

2427 Vgl. Art. 3 EMRK; Art. 16 Abs. 1 UN-Anti-Folterkonvention; Art. 5 AEMR; vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 135.

2428 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 67.

Menschenrechte ein Mindestmaß an Schwere verlangt.²⁴²⁹ Auch der Bundesgerichtshof und die Literatur orientieren sich erkennbar an diesen Leitlinien und stellen auf die Herabwürdigung oder Demütigung der Geschleusten durch Hervorrufen von Gefühlen der Angst, Ohnmacht und Minderwertigkeit ab.²⁴³⁰ Eine derartige Herabwürdigung oder Demütigung kann dabei sowohl durch die Unterbringungs- und Transportbedingungen als auch durch den Umgang der Schleuser mit den Geschleusten erfolgen, etwa wenn diese wie „Vieh“ behandelt oder sonst entmenslicht werden.²⁴³¹ Bei der Auslegung ist freilich zu beachten, dass das Merkmal unmenschliche oder erniedrigende Behandlung im Kontext des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG sich nicht auf staatliche Hoheitsträger oder staatliche Schutzpflichten bezieht, sondern das Verhalten der Schleuser gegenüber den Geschleusten in den Blick nimmt. Dabei wird der Schleusungskontext bei der Bewertung der Behandlung nicht ausgeblendet werden können. Es muss daher im Einzelfall untersucht werden, ob die Behandlung über das hinausging, was für die Schleusung unbedingt notwendig gewesen ist.²⁴³²

Der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung wird ein Geschleuster ausgesetzt, wenn er im Rahmen der Schleusung in die konkrete Gefahr einer schweren Körperverletzung (§ 226 StGB) oder vergleichbar schwerwiegender Gesundheitsschäden gerät.²⁴³³ Eine konkrete Gefahr ist anzunehmen, wenn der (Nicht-)Eintritt des Schadens nach objektiver ex-post-Betrachtung nur noch vom Zufall abhing.²⁴³⁴ Insoweit kann sich die Auslegung an den parallelen Vorschriften der §§ 225 Abs. 3 Nr. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) und 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB orientieren.²⁴³⁵ Es handelt sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt.²⁴³⁶

Nicht erforderlich ist für die Tatbestandsverwirklichung, dass die Behandlung durch den Schleuser eigenhändig erfolgt. Es genügt vielmehr, wenn er die jeweilige Bezugstat des § 96 Abs. 1 AufenthG fördert und dabei billigend in Kauf nimmt, dass der Geschleuste während der Schleusung, also zwischen dem Zeitpunkt des unmittelbaren Ansatzens zur Anstiftung oder Beihilfe und der Vollendung der Tat durch Vollendung der Haupttat (insbesondere der unerlaubten Einreise), einer das Leben

2429 Zusammenfassend EGMR NVwZ 2009, 1547, 1548 m.w.N.

2430 BGH NJW 2018, 3658, 3659; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 37.

2431 BGH NJW 2018, 3658, 3659; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 37.

2432 Vgl. auch *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 135; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 37.

2433 BGH NSTz 2020, 677, 678; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 135; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 38; zu § 250 StGB MK-StGB/Sander, 5. Aufl. 2025, § 250 Rn. 48.

2434 BGH NSTz 2020, 677, 678; vgl. BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 41.

2435 BGH NSTz 2020, 677, 678; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 38.

2436 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 38.

gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung ausgesetzt sein wird.²⁴³⁷

Alle drei Varianten des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG setzen vorsätzliches Handeln voraus, wobei Eventualvorsatz ausreicht. Das Vorsatzerfordernis ist dort von besonderer Bedeutung, wo humanitäre Unterstützung – sofern sie nicht mit der in dieser Untersuchung vertretenen Position tatbestandlich ausgeschieden wird – in gefährlichen Situationen geleistet wird, weil nicht auszuschließen ist, dass entsprechende Gesundheitsschäden eintreten. In derartigen Situationen werden humanitäre Helfer jedoch nicht die Gefährdung billigend in Kauf nehmen, sondern richtet sich ihr Handeln gerade auf eine Gefahrreducierung.

(6) Straßenverkehrsgefährdende Polizeiflucht

Mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz wurde § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 AufenthG als neuer Qualifikationstatbestand eingeführt. Die Änderung erfolgte vor dem Hintergrund eines vom Gesetzgeber konstatierten „zunehmend rücksichtsloser[en] und brutaler[en]“ Agierens der Schleuser gegenüber den geschleusten Personen und den kontrollierenden Polizeibeamten.²⁴³⁸ Dabei würden „[d]urch den verkehrswidrigen und rücksichtslosen Einsatz von Fahrzeugen [...] auch sogar unbeteiligte Dritte gefährdet.“²⁴³⁹ So sei zu beobachten, dass „Schleuser mit ihren Transportfahrzeugen in sehr vielen Fällen in Kontrollstellen oder während des Anhaltevorgangs“ polizeiliche Kontrollen durchbrechen würden und dadurch die eingesetzten Polizeibeamten „häufig in einer zum Teil lebensgefährlichen Art und Weise“ gefährdeten.²⁴⁴⁰ Die sich anschließende Flucht sei „geprägt von nichtangepassten/weit überhöhten Geschwindigkeiten und einem auch sonst in jeder Hinsicht nicht angepassten Verkehrsverhalten, wie beispielsweise das Missachten von Verkehrszeichenanlagen oder sonstigen Vorfahrtsregelungen bzw. Verkehrsregeln.“²⁴⁴¹ Durch dieses Fluchtverhalten würden unbeteiligte Verkehrsteilnehmer gefährdet und teilweise in schwere Unfälle verwickelt, wobei die Fahrer in vielen Fällen nach einem Unfall flüchteten und verletzte geschleuste Personen ohne weitere Hilfeleistung zurückließen.²⁴⁴²

Um diesem Phänomen der straßenverkehrsgefährdenden Polizeiflucht Rechnung zu tragen, wurde der Qualifikationstatbestand geschaffen, der seiner Grundstruktur nach als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist und deutliche Parallelen zu

2437 BGH, Urt. v. 15.3.2021 – 5 StR 627/19, BeckRS 2021, 6675, Rn. 22.

2438 BT-Drs. 20/10090, S. 18.

2439 BT-Drs. 20/10090, S. 18.

2440 BT-Drs. 20/10090, S. 19.

2441 BT-Drs. 20/10090, S. 19.

2442 BT-Drs. 20/10090, S. 19.

§§ 315c Abs. 1 Nr. 2 und 315d Abs. 2 StGB aufweist.²⁴⁴³ Soweit Schleuser mit wenigstens bedingtem Tötungsvorsatz oder Körperverletzungsvorsatz auf Polizeibeamte oder Dritte zufahren, um eine Kontrolle zu durchbrechen, war eine Strafbarkeit bereits nach der früheren Rechtslage unzweifelhaft anzunehmen, etwa wegen versuchten Mordes (§§ 211, 22, 23 Abs. 1 StGB im Blick auf die Mordmerkmale der Ermöglichungs- oder Verdeckungsabsicht) oder versuchter gefährlicher Körperverletzung (§§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 5, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB). Auch der darin liegende Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte war bereits nach § 113 Abs. 1, 2 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 StGB strafbar. Der Einsatz eines Kraftfahrzeugs zur Durchbrechung einer Polizeiabspernung konnte zudem nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB als gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr bestraft werden.²⁴⁴⁴ Auch eine anschließende Flucht im Straßenverkehr konnte bei entsprechender Ausgestaltung, insbesondere wenn es dem Täter darauf ankam, als notwendiges Zwischenziel einer Polizeiflucht die höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, durch § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB angemessen erfasst werden.²⁴⁴⁵ Vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, dass der Gesetzgeber sich entschieden hat, die verkehrsfährdende Polizeiflucht durch einen Schleuser separat als Qualifikationstatbestand auszugestalten und damit – im Vergleich zu § 315d Abs. 2 StGB – einer deutlich erhöhten Strafdrohung zu unterwerfen als Polizeifluchten in anderen Fällen. Erklären lässt sich dies nur mit der in der Beschlussempfehlung des Innenausschusses hervorgehobenen Typik dieser Verhaltensweisen, welche in einer engen Verknüpfung zwischen der Schleusungshandlung und der Straßenverkehrsgefährdung in Fluchtfällen zum Ausdruck komme. Zudem scheinen Einzelfälle, in denen insbesondere die Voraussetzungen der §§ 315b bis 315d StGB nicht verwirklicht worden waren, Anlass für die gesetzgeberische Intervention gewesen zu sein.²⁴⁴⁶

Tatbestandlich setzt § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 AufenthG zunächst voraus, dass der Schleusungstäter im Sinne des § 96 Abs. 1 AufenthG versucht, sich im Straßenverkehr einer polizeilichen Kontrolle zu entziehen, wobei er grob verkehrswidrig und rücksichtslos handeln muss. Hinzutreten muss die konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert. Der Versuch, sich einer polizeilichen Kontrolle zu entziehen, ist als objektives Tatbestandsmerkmal ausgestaltet und erfüllt, wenn der Täter unmittelbar dazu ansetzt, sich einer *polizeilichen* Kontrolle zu entziehen, wobei eine vollendete Entziehung

2443 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 70; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 43; Stephan, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 34.

2444 Siehe BGH, Beschl. v. 28.1.2025 – 4 StR 397/24, BeckRS 2025, 4372, Rn. 12 f., wobei der BGH aber das Erfordernis der „Pervertierung“ des Verkehrsvorgangs betont.

2445 Siehe dazu BGH NSTZ-RR 2026, 25 f. Zu sog. Polizeifluchtfällen im Kontext des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB siehe BGH NJW 2021, 1173, 1175.

2446 Beispielhaft BGH, Beschl. v. 28.1.2025 – 4 StR 397/24, BeckRS 2025, 4372.

den Tatbestand gleichfalls erfüllt.²⁴⁴⁷ Als polizeiliche Kontrolle dürften sowohl grenzpolizeiliche Kontrollen der Bundespolizei als auch verkehrspolizeiliche Kontrollen der Landespolizeien zu bewerten sein, weil es nach der Gesetzesbegründung gerade darum geht, gefährliche Fluchtfahrten zu erfassen, und der Wortlaut eine Beschränkung auf grenzpolizeiliche Kontrollen nicht erkennen lässt, zumal der Qualifikationstatbestand auf den gesamten § 96 Abs. 1 AufenthG bezogen ist und also auch die Hilfeleistung zum unerlaubten Aufenthalt im Anschluss an die Einreise umfasst. Der Wortlaut „sich entziehen“ bezieht sich sowohl auf die aktive Vermeidung einer Polizeikontrolle (im Sinne eines sich von etwas Fernhaltens) als auch das Verlassen einer bereits begonnenen Kontrolle (im Sinne eines Entkommens).²⁴⁴⁸ In der Praxis werden im Lichte der weiteren Tatbestandsmerkmale Fälle der Kontrollvermeidung seltener vorkommen, weil sie eher nicht mit einer grob verkehrswidrigen oder rücksichtslosen Verhaltensweise einhergehen dürften. Zur Auslegung dieser Merkmale kann auf die zu §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 und 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden, in denen die Begriffe wort- und kontextgleich Verwendung finden. Grob verkehrswidrig ist ein Verhalten, das einen objektiv besonders schwerwiegenden Verkehrsverstoß darstellt; rücksichtslos handelt, wer sich aus eigensüchtigen Motiven über seine Pflichten als Verkehrsteilnehmer hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit schon keine Bedenken gegen sein Verhalten aufkommen lässt.²⁴⁴⁹ Die Einordnung des Merkmals „rücksichtslos“ ist dabei umstritten; teils wird darin ein von § 29 StGB umfasstes „besonderes Schuldmerkmal“²⁴⁵⁰ gesehen, teils ein dem Unrechtstatbestand zuzuordnendes Merkmal, das die gesteigerte subjektive Vorwerfbarkeit des Täterverhaltens zum Ausdruck bringen soll und das § 28 Abs. 2 StGB unterfällt.²⁴⁵¹

Als Folge des Entziehungsversuchs („und dadurch“) muss es zu einer konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert kommen. Erforderlich ist insoweit das Vorliegen eines Zurechnungszusammenhangs, sodass der Gefahreintritt in unmittelbarem zeitlichen und örtlichen Zusammenhang mit dem grob verkehrswidrigen und rücksichtslosen Entziehungsversuch stehen muss.²⁴⁵² Eine konkrete Gefahr ist anzunehmen, wenn sich

2447 BT-Drs. 20/10090, S. 19; GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 71; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 43.

2448 Vgl. duden.de, Eintrag „entziehen“, abrufbar unter: <<https://www.duden.de/rechtschreibung/entziehen>>.

2449 BGH NStZ 2021, 615; KG NStZ-RR 2008, 257; vgl. MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 78, 82; TK-StGB/Hecker, 31. Aufl. 2025, § 315c Rn. 27 f.; spezifisch zu § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 AufenthG siehe GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 71.

2450 BGH NJW 1962, 2165, 2166; BeckOK-StGB/Kudlich, 67. Edn. 2025, § 315c Rn. 41.3, § 29 Rn. 4.

2451 Vgl. TK-StGB/Hecker, 31. Aufl. 2025, § 315c Rn. 28; MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 83.

2452 Vgl. Stephan, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 34; zu § 315c StGB TK-StGB/Hecker, 31. Aufl. 2025, § 315c Rn. 34 ff.; MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 103.

der Nichteintritt des Schadens aus der objektiven ex-post-Perspektive als glücklicher Zufall darstellt.²⁴⁵³ Die Gesetzesbegründung geht nicht näher auf die Auslegung des Merkmals „eines anderen Menschen“ ein, sodass offen bleibt, ob auch geschleuste Personen als Mitfahrer vom Tatbestand geschützt werden. Dafür spricht, dass nach der gesamten Konzeption des § 96 Abs. 2 AufenthG auch der Schutz der geschleusten Personen mitbezweckt wird. Zwar sind Geschleuste zugleich notwendige Teilnehmer der Tat,²⁴⁵⁴ der Wortlaut lässt es mit dem Begriff des „anderen Menschen“ aber zu, lediglich den Schleuser selbst als untaugliches Tatopfer zu qualifizieren, jedenfalls solange die Geschleusten nicht ihrerseits Täter oder (nicht nur notwendige) Teilnehmer der Schleusungstat sind.²⁴⁵⁵ Fremde Sachen sind analog zu §§ 315c Abs. 1 Nr. 2, 315d Abs. 2 StGB alle Sachen, die nicht im Alleineigentum des Täters stehen oder herrenlos sind.²⁴⁵⁶ Davon ausgenommen ist allerdings das Schleuserfahrzeug, das als notwendiges Tatmittel nicht als fremde Sache im Sinne des Tatbestandes zu qualifizieren ist, unabhängig von den Eigentumsverhältnissen.²⁴⁵⁷ Gefährdet werden muss eine fremde Sache von bedeutendem Wert, wobei sowohl die Sache selbst von bedeutendem Wert sein muss als auch der ihr drohende Schaden einen bedeutenden Wert erreichen muss.²⁴⁵⁸ Die Wertgrenze wird dabei zwischen mindestens 750 Euro (Bundesgerichtshof²⁴⁵⁹) und mindestens 1.300 Euro (obergerichtliche Rechtsprechung²⁴⁶⁰ und Literatur) verortet.²⁴⁶¹ Bei der Wertbestimmung kommt es auf den Verkehrswert der Sache an, wobei eine tatbestandliche Gefahr eines drohenden Schaden voraussetzt, dessen Höhe sich anhand der potenziellen Wertminderung anhand des Marktwertes der Sache bestimmt.²⁴⁶²

Der Täter muss zudem vorsätzlich handeln, also mindestens bedingten Vorsatz hinsichtlich der versuchten grob verkehrswidrigen und rücksichtslosen Entziehung aus einer polizeilichen Kontrolle sowie hinsichtlich der konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem

2453 Sog. „Beinahe-Unfall“, siehe nur BGH NStZ 2012, 701 m.w.N.; 2019, 346, 347; BGH, Beschl. v. 8.II.2023 – 4 StR 460/22, BeckRS 2023, 37923, Rn. 13; BeckOK-StGB/Kudlich, 67. Edn. 2025, § 315c Rn. 58 ff.

2454 Zum Ausschluss von Tätern und Teilnehmern im Rahmen des § 315c StGB vgl. BGH NStZ 1999, 350, 351; 2012, 701 f.; 2013, 167; MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 93.

2455 Insoweit unklar Stephan, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 34.

2456 Vgl. BeckOK-StGB/Kudlich, 67. Edn. 2025, § 315c Rn. 65; MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 97.

2457 BGH NJW 1977, 1109 f.; NStZ 1999, 350, 351; 2012, 701; 2013, 167.

2458 BGH NStZ 2011, 215; 2019, 346, 347; NStZ-RR 2021, 187, 188; vgl. MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 94.

2459 BGH NStZ 2011, 215 f.; NStZ-RR 2019, 125; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 20d.

2460 OLG Dresden NJW 2005, 2633; OLG Jena, Beschl. v. 17.9.2008 – 1 Ss 167/08, BeckRS 2009, 44.

2461 Vgl. MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 96 m.w.N.

2462 BGH NStZ 2011, 215, 216; 2019, 346, 347; NStZ-RR 2021, 187, 188; vgl. MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 95.

Wert aufweisen. Bei Zusammentreffen mit Straßenverkehrsdelikten wird aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen Tateinheit anzunehmen sein.²⁴⁶³

(7) Minderjährigenschleusung

§ 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG stellt die Anstiftung oder Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise minderjähriger lediger unbegleiteter Ausländer unter erhöhte Strafdrohung, und zwar unabhängig davon, ob der Minderjährige vorsätzlich oder rechtswidrig hinsichtlich der Bezugstat des § 96 Abs. 1 AufenthG gehandelt hat. Die in § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG enthaltene Akzessorietätsdurchbrechung wäre im Blick auf § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG nicht erforderlich gewesen. Tatbestandliche Voraussetzung des ursprünglich auf den Schutz besonders vulnerabler Personen gerichteten Qualifikationstatbestandes²⁴⁶⁴ ist, dass die unerlaubt einreisende Person minderjährig ist, also das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ledig ist, also keine wirksame Ehe geschlossen hat – wobei insbesondere Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB zu beachten ist –, und ohne Begleitung einer personensorgeberechtigten Person oder einer dritten Person, die die Fürsorge oder Obhut für sie übernommen hat, in die Bundesrepublik einreist. Der Täter muss zudem vorsätzlich handeln, also insbesondere auch jedenfalls bedingten Vorsatz darauf haben, dass die geschleuste Person minderjährig, ledig und unbegleitet ist.²⁴⁶⁵ Als dritte Person, die die Fürsorge oder Obhut übernommen hat, kommen nach der gesetzlichen Konzeption, die auf den Schutz vulnerabler Minderjähriger gerade auch vor professionellen Schleusern gerichtet ist, die Schleuser oder in ihrem Lager stehende Personen nicht in Betracht. Dies folgt schon aus dem Wortlaut, der von einer dritten Person spricht, die nach der Tatbestandsfassung, die den Schleuser und den Geschleusten als beteiligte Personen definiert, eine Person sein muss, welche nicht selbst am konkreten Schleusungsverhältnis teilnimmt.²⁴⁶⁶ Möglich ist es aber, dass aus einer Gruppe geschleuster Personen eine Person ernsthaft die Fürsorge oder Obhut für die minderjährige Person übernommen hat, wobei eine nicht nur gelegentliche Übernahme der Verantwortung für das körperliche und psychische Wohl des Minderjährigen vorausgesetzt wird.²⁴⁶⁷

Da § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG seit Inkrafttreten des Rückführungsverbesserungsgesetzes nicht mehr nur die Anstiftung oder Hilfeleistung gegen Vorteil (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG), sondern auch das wiederholte Handeln oder das Handeln zugunsten mehrerer Ausländer (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG) qualifiziert, unterfällt auch die ohne Vorteilserlangung erfolgende Unterstützung

2463 BGH NSiZ-RR 2026, 25, 26.

2464 BT-Drs. 19/2438, S. 26; kritisch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 20f.

2465 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 41.

2466 BT-Drs. 19/2438, S. 26; GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 73.

2467 BT-Drs. 19/2438, S. 26.

minderjähriger, lediger und unbegleiteter Ausländer dem Verbrechenstatbestand des § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG, wenn der „Täter“ wiederholt oder zugunsten von mindestens zwei Ausländern, von denen nur einer minderjährig zu sein braucht („in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 zugunsten eines minderjährigen ledigen Ausländers handelt“), handelt. Der Gesetzgeber ist dabei von einer Vergleichbarkeit des Unrechtsgehalts ausgegangen und wollte den Schutz von Minderjährigen vor „Schleusungskriminalität“ verbessern.²⁴⁶⁸ Tatsächlich kann es auch in Fällen, in denen die Gewährung oder das Versprechen eines Vorteils nicht nachgewiesen werden kann, zu einer erhöhten Gefährdung unbegleiteter Minderjähriger kommen. Zugleich kann es zahlreiche Fälle geben, in denen – gerade bei einer genuin humanitär motivierten Unterstützung – die Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise das *Risiko* für die betroffenen Minderjährigen senkt, etwa wenn unbegleitete Minderjährige nicht ihrem Schicksal auf der Migrationsroute überlassen, sondern gepflegt, versorgt und transportiert werden. In diesen Fällen muss, insbesondere wenn sie nicht mit der hier vertretenen Auffassung als normativ sozialadäquate Handlungen ohnehin aus dem Tatbestand ausgeschieden werden, eine teleologische Reduktion des Tatbestandes erwogen werden, um zu verhindern, dass risikoreduzierendes Verhalten mit der in § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG vorgesehenen Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht wird.²⁴⁶⁹ Dies ließe sich mit dem Übermaßverbot nicht in Einklang bringen. Der gesetzgeberische Wille steht einer einschränkenden Auslegung nicht entgegen, da es dem Gesetzgeber ersichtlich nicht darum ging, humanitäre Hilfe als Verbrechen zu erfassen, sondern der besonderen Gefahrenlage für vulnerable Minderjährige umfassend Rechnung zu tragen.²⁴⁷⁰

cc) Versuchsstrafbarkeit nach § 96 Abs. 3 AufenthG

Die Strafbarkeit des Versuchs nach § 96 Abs. 3 AufenthG bewirkt, dass sich auch strafbar macht, wer zu einer der in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG in Bezug genommenen, in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten²⁴⁷¹ Handlungen anstiftet oder Hilfe leistet, auch wenn die Haupttat letztlich nicht verwirklicht wird, sei es, weil sie nicht über das Versuchsstadium hinauskommt (Anstiftung oder Hilfeleistung zum Versuch) oder weil schon gar nicht unmittelbar zu ihr angesetzt wird, oder aber die Anstiftung oder Hilfeleistung für die Tatbe-

2468 BT-Drs. 20/10090, S. 19.

2469 Bei minder schweren Fällen sieht § 96 Abs. 2 Satz 3 AufenthG immer noch eine Mindeststrafe von sechs Monaten vor.

2470 Dies ergibt sich aus einer Zusammenschau der jeweiligen Gesetzesmaterialien, BT-Drs. 19/2438, S. 26, und BT-Drs. 20/10090, S. 19.

2471 BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 66; BGH, Beschl. v. 23.2.2021 – 1 StR 497/20, BeckRS 2021, 16059, Rn. 9.

gehung keine Rolle spielt (Versuch der Anstiftung oder Hilfeleistung).²⁴⁷² Unter diesem Gesichtspunkt umfasst § 96 Abs. 3 AufenthG aber auch den Fall, dass zur Schleusungshandlung unmittelbar angesetzt, diese aber nicht vollendet wird, etwa weil der Schleuser noch vor Erbringung seiner Unterstützungshandlung verhaftet wird.²⁴⁷³ § 96 Abs. 3 AufenthG bezieht sich seinem Wortlaut nach auf § 96 Abs. 1 und 2 AufenthG, wobei dies bezüglich Absatz 2 aufgrund des Verbrechenscharakters der Vorschrift rein deklaratorischen Charakter hat.

Die Regelung erweitert in der zweiten Variante des Versuchs der Anstiftung oder Hilfeleistung die Strafbarkeit ganz erheblich und geht dabei noch über die verwandte Regelung²⁴⁷⁴ des § 30 Abs. 1 StGB hinaus, der nur auf Verbrechen Anwendung findet und die versuchte Beihilfe zum Verbrechen nicht umfasst.²⁴⁷⁵ § 96 Abs. 3 AufenthG bewirkt nämlich, dass eine Strafbarkeit immer schon dann besteht, wenn unmittelbar zu Schleusungshandlungen angesetzt wird und der Tatentschluss sowohl die Anstiftung oder Hilfeleistung bei Vorliegen eines Schleusermerkmals als auch die Vornahme einer der in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG in Bezug genommenen Handlungen durch die angestiftete oder unterstützte Person umfasst.²⁴⁷⁶ Ob der Beitrag des Täters sich in einem Schleusererfolg oder einem Versuch realisiert, ist dagegen ohne Bedeutung.²⁴⁷⁷ Damit setzt § 96 Abs. 3 AufenthG hinsichtlich der Strafbarkeit weit im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung an, da es für die Strafbarkeit nicht einmal darauf ankommt, dass die Haupttat in das Versuchsstadium eingetreten ist. Die Regelung fügt sich dabei in eine kriminalpolitische Entwicklung ein, die durch eine stete Vorverlagerung der Strafbarkeit in bestimmten Deliktsbereichen gekennzeichnet ist.²⁴⁷⁸ Immerhin ist eine Tendenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erkennbar, auf dem Wege einer „wertenden Konkretisierung“ eine gewisse Rückkopplung zum Stadium der Haupttatvorbereitung herbeizuführen und dadurch Fälle, in denen das Verhalten des Schleusungstäters

2472 BGH NJW 2012, 2821, 2822; NStZ 2015, 399, 400 f.; 2024, 47, 48; BGH, Beschl. v. 3.9.2015 – 3 StR 236/15, BeckRS 2015, 125409, Rn. 2; BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 8 f.; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 46; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 22 f.

2473 Zu einem solchen Fall BGH NStZ 2024, 47 ff.

2474 Vgl. dazu BGH NJW 2012, 2821, 2822; NStZ 2015, 399, 401; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 3.

2475 Die vom NS-Gesetzgeber zunächst mit der *Strafrechtsangleichungsverordnung* 1943 (RGBl. 1943, S. 339) eingeführte Strafbarkeit der versuchten Beihilfe wurde mit dem *Dritten Strafrechtsänderungsgesetz* 1953 (BGBl. 1953, S. 735) wieder abgeschafft, vgl. zur historischen Entwicklung MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 30 Rn. 6 f.

2476 BGH, Beschl. v. 23.2.2021 – 1 StR 497/20, BeckRS 2021, 16059, Rn. 9; siehe auch schon BGH, Beschl. v. 3.9.2015 – 3 StR 236/15, BeckRS 2015, 125409, Rn. 2 f.

2477 BGH, Beschl. v. 3.9.2015 – 3 StR 236/15, BeckRS 2015, 125409, Rn. 2 f.; BGH NStZ 2024, 47, 48; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 46.

2478 Kritisch dazu Epik, GA 2024, 181 ff.

noch weit vom „anvisierten Unterstützungserfolg“ entfernt ist, aus dem Bereich des strafbaren Versuchs auszuschneiden.²⁴⁷⁹

dd) Die EU-Schleusung (§ 96 Abs. 4 AufenthG)

§ 96 Abs. 4 AufenthG erweitert die Anwendbarkeit des § 96 Abs. 1 bis 3 AufenthG partiell auf sogenannte EU-Schleusungen, das heißt auf die Anstiftung oder Hilfeleistung zur Einreise in einen und zum Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Schengen-Staat. § 96 Abs. 4 AufenthG ist dabei unabhängig von den strafenwendungsrechtlichen Vorschriften der §§ 3 ff. StGB, insbesondere also losgelöst von Tatort und Staatsangehörigkeit des Täters, auf sämtliche Handlungen anwendbar, die die Anstiftung oder Hilfeleistung zu einer unerlaubten Einreise in den EU- oder Schengen-Raum oder zu einem unerlaubten Aufenthalt in diesem zum Ziel haben.²⁴⁸⁰ Damit trägt das Aufenthaltsgesetz der aus dem Unionsrecht folgenden Pönalisierungspflicht im Blick auf die Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise und zum unerlaubten Aufenthalt in das Hoheitsgebiet eines EU-Mitgliedstaates Rechnung.²⁴⁸¹

Voraussetzung einer Strafbarkeit nach § 96 Abs. 4 AufenthG ist zunächst, dass eine Zuwiderhandlung gegen Rechtsvorschriften eines EU- oder Schengen-Staates über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das jeweilige Hoheitsgebiet vorliegt. Diese muss nach § 96 Abs. 4 Nr. 1 AufenthG den in § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 oder Abs. 2 Nr. 1 AufenthG bezeichneten Handlungen entsprechen, also eine unerlaubte Einreise oder einen unerlaubten Aufenthalt in seiner schlichten oder aufgrund des Verstoßes gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot qualifizierten Form darstellen. Allerdings muss kein Verstoß gegen Strafvorschriften vorliegen; es genügt, dass eine verwaltungsrechtlich unerlaubte Einreise oder ein unerlaubter Aufenthalt vorliegt, was bei Fehlen eines nach dem Unionsrecht erforderlichen Vi-

2479 BGH NJW 2012, 2821, 2822; BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 66; BGH, Beschl. v. 23.2.2021 – 1 StR 497/20, BeckRS 2021, 16059, Rn. 9 ff.; GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 75; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 22.

2480 BGH NStZ-RR 2020, 184; BGH, Beschl. v. 14.8.2019 – 5 StR 228/19, BeckRS 2019, 21921, Rn. 9 f.; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 43; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 23a; Stephan, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 14. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 33.

2481 Dazu näher oben C. III. 2. a). § 96 Abs. 4 AufenthG scheint jedoch darüber hinauszugehen, da durch den Verweis auf den gesamten § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG auch auf Taten nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verwiesen und damit die Anstiftung oder Hilfeleistung im Blick auf unrichtige oder unvollständige Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels einbezogen wird. Allerdings führt die Beschränkung des § 96 Abs. 4 AufenthG auf Handlungen, die „den in § 95 Absatz 1 Nummer 2 oder Nummer 3 oder Absatz 2 Nummer 1 bezeichneten Handlungen entsprechen“ (§ 96 Abs. 4 Nr. 1 AufenthG) letztlich dazu, dass der Verweis auf § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ins Leere geht.

sums stets der Fall ist.²⁴⁸² Zudem muss der Täter einen Ausländer unterstützen, der nicht die Staatsangehörigkeit eines EU- oder Schengen-Staates besitzt, mithin also Drittstaatsangehöriger oder staatenlos ist (§ 96 Abs. 4 Nr. 2 AufenthG). Hinzukommen müssen zusätzlich die Voraussetzungen der Norm, deren Anwendungsbereich durch § 96 Abs. 4 AufenthG erweitert wird, nämlich § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a), Nr. 2, Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 bis 3, 5 oder 6, Abs. 2 Satz 2 oder Abs. 3 AufenthG. Bei Einreise auf dem Landweg kann auch an § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG angeknüpft werden. Dadurch ist sichergestellt, dass auch in den Fällen der EU-Schleusung ein Schleusermerkmal erforderlich ist. Je nach Bezugspunkt muss auch in den Fällen der EU-Schleusung ein Handeln gegen Erhalt oder Versprechen eines Vorteils beziehungsweise Vermögensvorteils oder ein wiederholtes Handeln oder ein Handeln zugunsten mehrerer Drittstaatsangehöriger vorliegen. Bei der Auslegung der jeweiligen Schleusermerkmale besteht keine Besonderheit.

Durch das Rückführungsverbesserungsgesetz ist der Anwendungsbereich des § 96 Abs. 4 AufenthG deutlich erweitert worden.²⁴⁸³ Während zuvor die nicht-vorteils-motivierte Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG nicht von § 96 Abs. 4 AufenthG erfasst wurde, sodass stets nur eigennütziges Handeln gegen (Vermögens-)Vorteil eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 4 AufenthG begründen konnte, sollte das Rückführungsverbesserungsgesetz den Verweis des § 96 Abs. 4 AufenthG ursprünglich sogar uneingeschränkt auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG ausdehnen.²⁴⁸⁴ Da mit einer solchen Ausweitung die Gefahr einer vom Gesetzgeber nicht intendierten Kriminalisierung der zivilen Seenotrettung im Mittelmeer verbunden gewesen wäre,²⁴⁸⁵ schlug der Innenausschuss nach intensiver Beratung vor, den Verweis auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG auf Einreisen auf dem Landweg zu begrenzen.²⁴⁸⁶ Dieser Vorschlag wurde vom Bundestag gebilligt und letztlich Gesetz. Die Neufassung des § 96 Abs. 4 AufenthG ist trotz des Bemühens des Gesetzgebers, das Risiko der Kriminalisierung ziviler Seenotrettung zu minimieren,²⁴⁸⁷ im Ergebnis missglückt. So ist nicht zu erklären, weshalb die Anstiftung oder Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise in einen EU- oder Schengen-Staat ohne Vorteilsmotivation auf dem *Landweg* strafbares Unrecht konstituieren soll, während Schleusungen auf dem Luft- oder Seeweg unter diesem Gesichtspunkt straffrei bleiben. Insbesondere leuchtet nicht ein, weshalb humanitäre Hilfe auf dem

2482 BGH NStZ 2015, 399, 401; NStZ-RR 2020, 184, 185; BGH, Urt. v. 15.3.2021 – 5 StR 627/19, BeckRS 2021, 6675, Rn. 19; BGH, Beschl. v. 6.10.2021 – 6 StR 371/21, BeckRS 2021, 32706; BGH, Beschl. v. 6.10.2021 – 6 StR 372/21, BeckRS 2021, 32698; BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 3 StR 111/24, BeckRS 2025, 3577, Rn. 45. Dazu, dass der Verstoß gegen eine migrationsverwaltungsrechtliche Vorschrift genügt, bereits BGH NStZ 2001, 157, 158; 2002, 33, 34.

2483 Dazu oben A. II. 6. i).

2484 Zur Gesetzesgenese eingehend *Epik/Schatz*, NK 2024, 83 ff.

2485 Dazu eingehend *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 86 ff.

2486 BT-Drs. 20/10090, S. 20.

2487 Zu einem potenziell verbleibenden Restrisiko vgl. *Epik/Schatz*, KriPoZ 2024, 44, 48 f.

Mittelmeer hinsichtlich der Tatbestandsmäßigkeit grundsätzlich anders zu beurteilen sein sollte als humanitäre Hilfe an Land.²⁴⁸⁸ Es hätte deshalb nahe gelegen, die (vom Gesetzgeber offenbar für notwendig gehaltene) Ausweitung des § 96 Abs. 4 AufenthG auf Fälle des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG nicht im Blick auf den Einreiseweg einzuschränken, sondern durch einen Tatbestandsausschluss für Fälle humanitärer Hilfe einzuhegen, wie dies in Art. 1 Abs. 2 RL 2002/90/EG vorgesehen ist. Damit wäre dem Anliegen in einer strafrechtsdogmatisch konsistenten Form Rechnung getragen worden.²⁴⁸⁹

Im Blick auf den eindeutigen gesetzgeberischen Willen, den Verweis des § 96 Abs. 4 AufenthG auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG auf Einreisen *auf dem Landweg* zu beschränken, ist es erforderlich, dass der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung zur Auslegung des § 96 Abs. 4 AufenthG künftig anpasst. So ist der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung bislang davon ausgegangen, dass der ausdrückliche Verweis des § 96 Abs. 4 AufenthG auf die Qualifikationstatbestände des – in der geltenden Fassung – § 96 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1, 2, 3, 5 und 6 sowie Satz 2 AufenthG bewirke, dass § 96 Abs. 4 AufenthG auch dann anwendbar sei, wenn eine nicht-vorteilsmotivierte Anstiftung oder Hilfeleistung nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG durch einen der in Bezug genommenen Qualifikationstatbestände nach § 96 Abs. 2 AufenthG erfasst werde.²⁴⁹⁰ Daraus folgte bislang, dass die nach § 96 Abs. 4 AufenthG a.F. ursprünglich *tatbestandslose* nicht-vorteilsmotivierte Hilfeleistung zur Einreise in den EU- oder Schengen-Raum in dem Moment tatbestandsmäßig wurde, in dem sie einschlägig qualifiziert war. Für diese Position sprach *prima facie*, dass der Gesetzgeber die Qualifikationstatbestände ausdrücklich einzeln und nicht *in toto* in § 96 Abs. 4 AufenthG aufgenommen hatte. Hieraus konnte geschlussfolgert werden, dass der Gesetzgeber den Unrechtsgehalt in diesen Fällen als so schwerwiegend bewertet hat, dass es auf die Tätermotivation nicht ankommen sollte. Diesem Begründungsansatz, für den sich in den Gesetzesmaterialien kein eindeutiger Anhaltspunkt fand, ließen sich freilich schon auf Grundlage des § 96 Abs. 4 AufenthG a.F. zwei Argumente entgegenhalten: Zum einen ist der Verweis auf die Qualifikationstatbestände zwingend, wenn der Gesetzgeber deren erhöhten Strafraumen im Anwendungsbereich des § 96 Abs. 4 AufenthG zur Anwendung bringen will, worum es ihm mit dem Verweis primär gegangen sein dürfte.²⁴⁹¹ Zum

2488 Vgl. *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 100.

2489 Dazu bereits *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 98, 100.

2490 Noch zur alten Rechtslage BGH, Urt. v. 15.3.2021 – 5 StR 627/19, BeckRS 2021, 6675, Rn. 24: „[...] vielmehr erfasst § 96 Abs. 4 AufenthG auch uneigennützige Einreiseschleusungen, wenn sie unter den qualifizierenden Voraussetzungen des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 oder 5 AufenthG begangen werden [...]“; BGH NStZ 2024, 47, 50; BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 13. So bereits implizit BGH NStZ-RR 2020, 184, 185.

2491 Vgl. die Begründung für die Ausweitung des Verweises in § 96 Abs. 4 AufenthG auf § 96 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 5 AufenthG durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union v. 19.8.2007 (BGBl. I, S. 1970), BT-Drs. 16/5065, S. 200: „Um der Strafbemessung

anderen widerspricht es der Gesetzessystematik, den *explizit* beschränkten Verweis auf den Grundtatbestand durch einen Rückgriff auf den Qualifikationstatbestand auszuweiten.²⁴⁹² Das zweite Argument ist durch die gesetzgeberische Klarstellung und explizite Begrenzung des Verweises auf Einreisen auf dem Landweg noch einmal unterstrichen worden.

Wollte der Bundesgerichtshof dagegen an seiner bisherigen Position festhalten, hätte dies zur Folge, dass über § 96 Abs. 2 AufenthG Fälle humanitärer Hilfe, die der Gesetzgeber gerade ausklammern wollte, doch wieder § 96 Abs. 4 AufenthG unterfielen. So ließe sich etwa der Zusammenschluss mehrerer Personen zu einer Gruppe ziviler Seenotretter (zu erinnern ist an die zahlreichen Nichtregierungsorganisationen, welche im Mittelmeer die eigentlich den EU-Staaten obliegende humanitäre Aufgabe der Rettung in Seenot befindlicher Migranten übernommen haben), die sich auf die wiederholte Rettung von oftmals mehreren Ausländern und deren anschließenden Transport in den Hafen eines EU-Staates verständigt haben, als Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung altruistisch motivierter Hilfeleistungen zur unerlaubten – weil visumslosen – Einreise in das Hoheitsgebiet eines EU-Staates verbunden hat, qualifizieren. Ebenso ist im Blick zu behalten, dass die Rettung und der Transport lediger unbegleiteter Minderjähriger nach § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG (nach der Neufassung durch das Rückführungsverbesserungsgesetz) auch den Tatbestand des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG qualifizieren kann. Käme es mit dem Bundesgerichtshof dann nicht mehr darauf an, dass § 96 Abs. 4 AufenthG nur eingeschränkt auf den Grundtatbestand des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG verweist, wäre das wertungsmäßig kaum zu begründende Ergebnis, dass ausgerechnet die Rettung unbegleiteter Minderjähriger aus Seenot § 96 Abs. 4 AufenthG tatbestandlich unterfiele, beziehungsweise, dass über § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG jedes koordinierte und organisierte Vorgehen von Nichtregierungsorganisationen²⁴⁹³ mit einem Strafbarkeitsrisiko behaftet bliebe.²⁴⁹⁴ Zu prüfen wäre in diesen Fällen dann eine Rechtfertigung über § 34 StGB, bei der die Wertungen des Seevölkerrechts von entscheidender Bedeutung wären.²⁴⁹⁵

In diesem Zusammenhang ist auch der Verweis in § 96 Abs. 5 AufenthG und § 97 Abs. 4 AufenthG auf die Dritteinziehungsvorschrift des § 74a Nr. 1 StGB zu berücksichtigen. Diese ermöglicht es, Gegenstände auch dann einzuziehen, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen, mindestens leichtfertig dazu beigezogen hat, dass sie als Tatmittel verwendet worden sind. Dies

im Sinne des Rahmenbeschlusses zu genügen, ist der für Inlandstaten geltende Absatz 2 Nr. 1, 2 und 5 auch auf Auslandstaten zu beziehen.“

2492 Dieser Absatz beruht auf den Ausführungen in *Epik/Schatz*, KriPoZ 2024, 44, 45 f.

2493 Diese Gefahr ließe sich immerhin noch durch eine enge Auslegung des Bandenbegriffs vermeiden.

2494 Dazu kritisch bereits *Epik/Schatz*, KriPoZ 2024, 44, 48 f.

2495 Vgl. *Epik/Schatz*, KriPoZ 2024, 44, 47 f., eingehend zur Rechtslage nach dem deutschen und internationalen öffentlichen Recht vgl. *Schatz/Epik*, AVR 2024, 445 ff.

stellt insbesondere für Organisationen, die Eigentümer beispielsweise von Rettungsschiffen oder anderen Transportfahrzeugen sind, wie etwa Seenotrettungsorganisationen, ein erhebliches wirtschaftliches Risiko dar. Gerade weil auch humanitäre Unterstützungshandlungen nicht rechtssicher aus dem Anwendungsbereich des § 96 AufenthG ausgenommen sind, kann der Verweis auf § 74a StGB potenziell bewirken, dass den betreffenden Organisationen ihre Arbeitsmittel entzogen werden, wenn sich ihre Mitglieder wegen eines Schleusungsdelikts verantworten müssen.

ee) Qualifikationstatbestände des § 97 AufenthG

§ 97 AufenthG enthält in § 97 Abs. 1 AufenthG zunächst eine Erfolgsqualifikation (Einschleusen mit Todesfolge) und in § 97 Abs. 2 AufenthG einen zusätzlichen Qualifikationstatbestand (gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen).

(1) Einschleusen mit Todesfolge

§ 97 Abs. 1 Satz 1 AufenthG bedroht mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren denjenigen, der in den Fällen des § 96 Abs. 1 AufenthG, auch in Verbindung mit § 96 Abs. 4 AufenthG, den Tod eines anderen Menschen verursacht. Die frühere Tatbestandsfassung, die nur bei Verursachung des Todes des Geschleuten eingriff,²⁴⁹⁶ ist durch das Rückführungsverbesserungsgesetz erweitert worden.²⁴⁹⁷ Es handelt sich um eine Erfolgsqualifikation im Sinne des § 18 StGB, da § 97 Abs. 1 Satz 1 AufenthG an den Eintritt der Todesfolge eine schwerere Strafe knüpft.²⁴⁹⁸ Dementsprechend genügt es für eine Strafbarkeit nach § 97 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, wenn der Täter hinsichtlich der Todesfolge fahrlässig handelt.²⁴⁹⁹ Erforderlich ist allerdings, dass ein tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang zwischen der Schleusungstat und dem Eintritt des Todes eines anderen Menschen besteht. Zu verlangen ist dabei, dass die „den Tod des Opfers herbeiführende Handlung derart eng mit dem Tatgeschehen verbunden ist, dass sich in der Todesfolge die der Tat eigentümliche besondere Gefährlichkeit des Grunddelikts verwirklicht“²⁵⁰⁰.²⁵⁰¹ Der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang muss insbesondere in Fällen nicht-vorteilsmotivierter Hilfeleis-

2496 Zu dieser MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 97 AufenthG Rn. 4 ff.

2497 BT-Drs. 20/10090, S. 20.

2498 BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 7 m.w.N.

2499 BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 27; BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 7.

2500 GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 97 Rn. 4.

2501 BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 29; ebenso GK-AufenthG/*Bernhöft*, 149. EL März 2025, § 97 Rn. 9; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 97 AufenthG Rn. 2 f.; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 97 AufenthG Rn. 5; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 330. Lediglich einen Kausalzusammenhang fordernd MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 97 AufenthG Rn. 4. Offengelassen von *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 97 AufenthG Rn. 3.

tung sorgfältig untersucht werden: Geht von der Unterstützungshandlung als solche keine gesteigerte Gefährlichkeit für Leib und Leben des Geschleuten aus oder ist sie gar auf eine Verringerung entsprechender Risiken gerichtet, realisiert sich im Todeseintritt gerade nicht die besondere Gefährlichkeit des Grunddelikts.²⁵⁰²

Der Versuch der Erfolgsqualifikation²⁵⁰³ ist nach § 97 Abs. 1 AufenthG i.V.m. §§ 22, 23 Abs. 1 und 12 Abs. 1 StGB strafbar, sodass auch der Versuch des Einschleusens einen tauglichen Anknüpfungspunkt für § 97 Abs. 1 AufenthG bildet, etwa wenn während des Schleusungsvorgangs, aber noch in weiter Entfernung von der Grenze (der Bundesrepublik oder eines EU-Staates), ein anderer Mensch getötet wird, etwa bei dem Versuch, das Mittelmeer von der libyschen Küste aus zu überqueren.²⁵⁰⁴ Diese weite Vorverlagerung der Strafbarkeit lässt sich im Blick auf den Schutz *der Geschleuten* und anderer unbeteiligter Personen, welchen § 97 Abs. 1 AufenthG ersichtlich bezweckt,²⁵⁰⁵ legitimieren, da die besondere Gefährlichkeit des Einschleusens für Leib und Leben nicht aus ihrem *Erfolg*, sondern aus dem Schleusungsvorgang selbst resultiert.²⁵⁰⁶ Über § 30 StGB ist auch der Versuch der Beteiligung strafbar.²⁵⁰⁷

Zu berücksichtigen ist ferner, dass bei einer gemeinschaftlich durchgeführten Schleusung für eine Strafbarkeit wegen Einschleusens mit Todesfolge bereits ausreichend, dass jeder Beteiligte den Grundtatbestand des § 96 Abs. 1 AufenthG vorsätzlich verwirklicht hat und dabei für ihn objektiv und subjektiv vorhersehbar war, dass ein Mensch zu Tode kommen könnte, auch wenn sich die konkret den Tod herbeiführende Handlung als Exzesshandlung darstellt. Dies folgt aus dem Charakter des Tatbestandes als Erfolgsqualifikation (§ 18 StGB), der ein vorsätzliches – und damit vom Tatplan umfasstes – Verhalten lediglich für den Grundtatbestand voraussetzt und im Übrigen Fahrlässigkeit genügen lässt. Damit geht im Kontext gemeinschaftlich organisierter und durchgeführter Schleusungen zugleich ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko für jeden Beteiligten einher, das noch dazu dadurch erhöht wird, dass § 96 Abs. 1 AufenthG als vertyppte Teilnahmehandlung keine Tatherrschaft über den Einreisevorgang der Geschleuten voraussetzt, sondern lediglich Tatherrschaft über

2502 Dazu bereits oben B. II. 3. d) aa) (2).

2503 Dazu allgemein MK-StGB/*Hardtung*, 5. Aufl. 2024, § 18 Rn. 74 ff.

2504 Vgl. dazu *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 97 AufenthG Rn. 11a; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 149. EL März 2025, § 97 Rn. 15; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 331, der allerdings entgegen der hier vertretenen Auffassung zugleich annimmt, § 96 Abs. 1 AufenthG umfasse den Versuch der unerlaubten Einreise nach § 95 Abs. 3 AufenthG; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 97 Rn. 5; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 97 AufenthG Rn. 15.

2505 Vgl. oben B. II. 3. d) aa) (2).

2506 Vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 97 AufenthG Rn. 11a; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 330.

2507 Vgl. *Stephan*, in: *Bergmann/Dienelt* (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 97 AufenthG Rn. 2.

die eigene Unterstützungshandlung impliziert.²⁵⁰⁸ Eine Einwilligung der Geschleusten kommt auf Grundlage der herrschenden Meinung nicht in Betracht.²⁵⁰⁹

Ein anderer Mensch kann dabei nach dem durch das Rückführungsverbesserungsgesetz erweiterten Wortlaut und im Blick auf den gleichfalls erweiterten Schutzzweck des Tatbestandes neben einer geschleusten Person auch ein Dritter sein: Nach der Vorstellung des Gesetzgebers kommen insbesondere Polizisten oder gänzlich unbeteiligte Personen in Betracht, beispielsweise wenn sie in den Fällen des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 AufenthG in einen Verkehrsunfall verwickelt werden.²⁵¹⁰ Darüber hinaus ist aber auch an die Retter von in Not geratenen Geschleusten zu denken. Letzteres ist insbesondere in Fällen der Seenotrettung vorstellbar, wenn nämlich Seenotretter geschleusten Personen, die von einem see- oder manövrieruntauglichen Boot oder Schiff oder sogar aus dem Wasser gerettet werden müssen, zur Hilfe kommen und dabei selbst zu Tode kommen. Da Schleuser davon ausgehen müssen, dass Schiffskapitäne aufgrund der völkerrechtlich begründeten Rettungspflicht²⁵¹¹ den Geschleusten zur Hilfe kommen werden, wird durch ihre eigenverantwortliche Selbstgefährdung der Zurechnungszusammenhang nicht durchbrochen.²⁵¹²

Handelt der Täter bezüglich des Todes eines anderen Menschen wenigstens leichtfertig, ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.²⁵¹³ Ein solch leichtfertiges Handeln wird etwa in den Fällen anzunehmen sein, in denen der Schleuser weiß, dass er den Geschleusten auf eine lebensgefährliche Seepassage in seeuntauglichen oder manövrierunfähigen Booten schickt. Ebenso leichtfertig ist es, wenn Menschen in geschlossenen Behältnissen geschleust werden, in denen eine ausreichende Luftzufuhr nicht gewährleistet ist. Liegt sogar bedingt vorsätzliches Handeln vor, ist Idealkonkurrenz zu §§ 212, 211 StGB anzunehmen. Der Wortlaut des § 97 Abs. 1 Satz 2 AufenthG („wenigstens leichtfertig“) indiziert insoweit mittlerweile, dass auch ein mit bedingtem oder direktem Tötungsvorsatz handelnder Täter den Tatbestand der Erfolgsqualifikation erfüllt und daher kein Exklusivitätsverhältnis zu den vorsätzlichen Tötungsdelikten besteht.²⁵¹⁴

2508 BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 33 ff.; näher *Epik*, JR 2025, 534, 539 ff.; dazu bereits oben E. V. I. b) aa) (3).

2509 Dazu bereits oben E. V. I. b) bb) (5).

2510 BT-Drs. 20/10090, S. 20.

2511 Näher *Schatz/Epik*, AVR 2024, 445, 448 ff.

2512 Zu den sog. Retterfällen im Kontext des § 306c StGB vgl. MK-StGB/*Radtke*, 4. Aufl. 2022, § 306c Rn. 17 ff. m.w.N.

2513 § 97 Abs. 1 Satz 2 AufenthG.

2514 Überzeugend insoweit GK-AufenthG/*Bernhöft*, 149. EL März 2025, § 97 Rn. 14; BeckOK-StGB/*Das-tis*, 67. Edn. 2025, § 97 AufenthG Rn. 8; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 97 AufenthG Rn. 6; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 97 Rn. 6. Anders dagegen auf Grundlage der früheren Gesetzesfassung Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 123. EL 2022, § 97 AufenthG Rn. 2a.

(2) Gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen

§ 97 Abs. 2 AufenthG droht eine Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren für denjenigen an, der in den Fällen des § 96 Abs. 1 AufenthG, auch in Verbindung mit § 96 Abs. 4 AufenthG, als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt. Voraussetzung des weiteren Qualifikationstatbestandes ist also, dass die Qualifikationen des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 AufenthG in Bezug auf eine Tat nach § 96 Abs. 1 oder Abs. 4 AufenthG koinzidierend verwirklicht werden. Die Kombination aus Bandentat und gewerbsmäßiger Tatbegehung findet sich in vergleichbarer Form auch in § 244a StGB oder § 263 Abs. 5 StGB. Voraussetzung ist, dass sich der Vorsatz auf beide Qualifikationsmerkmale erstreckt. Zu den einzelnen Merkmalen gelten die zuvor herausgearbeiteten Grundsätze. Aufgrund des Verbrechenscharakters des § 97 Abs. 2 AufenthG ist der Versuch strafbar. Auch § 30 Abs. 2 StGB ist anwendbar, sodass bereits der *Vorgang der Bandenbildung* strafrechtlich erfasst werden kann.²⁵¹⁵ § 97 Abs. 2 AufenthG verdrängt die zugleich verwirklichten Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 AufenthG im Wege der Spezialität, nicht jedoch die übrigen Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 AufenthG.²⁵¹⁶

c) Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Migrationsstrafrechts allgemein und des „Schleusertatbestandes“ im Besonderen inzwischen an die Grenzen des strafgesetzgeberischen Gestaltungsspielraums stößt. Das Rückführungsverbesserungsgesetz hat durch die Ausweitung des § 96 Abs. 4 AufenthG auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG einen inhaltlich nicht gerechtfertigten und vom Gesetzgeber auch nicht näher begründeten Verlust an strafrechtsdogmatischer Konsistenz bewirkt. Die Gefahr der Kriminalisierung ziviler Seenotrettung mag dabei – jedenfalls soweit der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung anpasst – noch im letzten Moment abgewendet worden sein, jedoch bleiben Strafbarkeitsrisiken für Nichtregierungsorganisationen, die Migranten an Land unterstützen. Dadurch gerät § 96 AufenthG zunehmend in die Nähe einer unverhältnismäßigen Kriminalisierung humanitärer Hilfeleistung, die unions- und völkerrechtlich nicht geboten und sowohl verfassungs- wie auch unions- und völkerrechtlich unzulässig ist. Die Beseitigung der limitierten Akzessorietät durch § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, durch welche die Schleusung handlungsunfähiger Personen tatbestandlich fassbar gemacht werden sollte, schneidet zudem eine Lösung über

2515 BGH, Beschl. v. 5.11.2024 – 5 StR 525/24, BeckRS 2024, 32218; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 97 AufenthG Rn. 7.

2516 BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 23 f.; siehe ferner BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 31.

Art. 31 Abs. 1 GFK als Rechtfertigungsgrund für Fälle der Unterstützung von Flüchtlingen ab. Vor diesem Hintergrund ist nochmals auf die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung unter Berücksichtigung des Kriteriums normativer Sozialadäquanz hinzuweisen. Damit lässt sich eine begrenzte Korrektur der überschießenden – und vom Gesetzgeber jedenfalls offiziell nicht intendierten – Kriminalisierung humanitärer Unterstützungshandlungen erreichen.

2. Die Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung (§§ 84 und 84a AsylG)

Die Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nach § 84 Abs. 1 AsylG wurde wie der „Schleusertatbestand“ mit dem *Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung* 1981 eingeführt.²⁵¹⁷ Ursprünglich war auch die Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nur strafbar, wenn der Täter gegen Erhalt oder Versprechen eines Vermögensvorteils handelte;²⁵¹⁸ dieses Erfordernis hat der Gesetzgeber jedoch mit dem *Zweiten Gesetz zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes* 1987 beseitigt.²⁵¹⁹ Das Handeln gegen Vermögensvorteil und das wiederholte Handeln oder das Handeln zugunsten von mehr als fünf, also mindestens sechs,²⁵²⁰ Ausländern stellen lediglich Regelbeispiele eines besonders schweren Falles nach § 84 Abs. 2 AsylG dar.²⁵²¹

§ 84 Abs. 1 AsylG ist trotz der skizzierten Unterschiede im Ausgangspunkt noch immer analog zu § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG konstruiert. Auch hier wird ein primär als Teilnahme zu qualifizierendes Verhalten – das Verleiten zu oder Unterstützen bei unrichtigen oder unvollständigen Angaben im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren – zu einer täterschaftlichen „Verleitung“ heraufgestuft.²⁵²² Die Besonderheit des Tatbestandes bestand bis zum Rückführungsverbesserungsgesetz freilich darin, dass die Bezugshandlung, nämlich die unrichtige oder unvollständige Angabe im Asylverfahren durch den Asylantragsteller selbst keinen Straftatbestand erfüllte,²⁵²³ sodass es sich bei § 84 Abs. 1 AsylG um ein vertyptes Teilnahmedelikt ohne Bezugstat handelte.²⁵²⁴ Inzwischen existiert mit § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG ein Straftatbestand, der die Bezugshandlung des § 84 Abs. 1 AsylG unter Strafe

2517 Vgl. oben A. II. 3. c) cc).

2518 Dazu oben A. II. 3. c) cc).

2519 Dazu oben A. II. 3. c) ee).

2520 Vgl. Schiedermaier/Wollenschläger, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 80.

2521 Zur Auslegung kann auf die Ausführungen zu § 96 Abs. 1 AufenthG verwiesen werden, vgl. oben E. V. 1. b) aa) (l) (c).

2522 Wie bei § 85 Abs. 2 AsylG unterfallen Angaben gegenüber der Grenzpolizei oder der Ausländerbehörde dem Tatbestand nicht, vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 31 f.

2523 Kritisch gegenüber der unterlassenen Kriminalisierung der Asylbewerber selbst MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 2 f.

2524 Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 154, spricht von einem „unechten“ beziehungsweise „selbstständigen“ Teilnahmedelikt.

stellt und durch die Einbeziehung der Feststellung von Abschiebungshindernissen nach § 60 Abs. 5, 7 AufenthG sogar darüber hinausgeht. Damit stellt sich die Frage, ob § 84 Abs. 1 AsylG deshalb nunmehr – analog zu § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG – als limitiert-akzessorischer Tatbestand einzuordnen ist. Dagegen spricht freilich die Gesetzesgenese. Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber mit § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG eine limitierte Akzessorietät des § 84 Abs. 1 AsylG begründen wollte, zumal er zugleich § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG eingefügt und damit die limitierte Akzessorietät hinsichtlich § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG partiell beseitigt hat. §§ 84 und 84a AsylG müssen deshalb auch künftig losgelöst von § 85 Abs. 2 AsylG betrachtet werden. Mit dem Wortlaut, der gerade nicht auf ein Anstiften und Hilfeleisten, sondern auf das Verleiten und Unterstützen abstellt, ist dies ohne Weiteres vereinbar.²⁵²⁵ Das Verhalten des Asylantragstellers selbst ist ausschließlich nach § 85 Abs. 2 AsylG zu beurteilen; seine mögliche Beteiligung an §§ 84, 84a AsylG ist als notwendige Teilnahme zu qualifizieren und daher keine strafbare Teilnahme an der Verleitungstat.²⁵²⁶ Dies folgte früher aus der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung, Falschangaben von Asylantragstellern nicht mit Strafe zu bedrohen; inzwischen ergibt sich diese Konsequenz aus dem Charakter des § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG als speziellerem Tatbestand.

Allerdings scheint im Lichte der Einführung des § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG der Strafraum (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) des § 84 Abs. 1 AsylG, der demjenigen des § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG entspricht, inzwischen nicht mehr stimmig und führt zu einem systematischen Widerspruch: Da derjenige, der eine Beihilfe zu § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB leistet, *regelmäßig* auch § 84 Abs. 1 AsylG verwirklicht, wird durch § 84 Abs. 1 AsylG, der als spezielleres Gesetz mit höherer Strafdrohung die Beihilfe zu § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG wohl verdrängt, die in § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB eigentlich vorgesehene obligatorische Strafmilderung für den Gehilfen ausgeschlossen, ohne dass § 84 Abs. 1 AsylG ein gegenüber der schlichten Beihilfe unrechts- oder schuldsteigerndes Merkmal enthielte. Dies kollidiert mit der Grundannahme des Gesetzgebers, nach der schlichte Beihilfehandlungen einen gegenüber der Haupttat verringerten Unrechts- und Schuldgehalt aufweisen.²⁵²⁷ Der Gesetzgeber wird – sofern er an § 85 Abs. 2 AsylG festhält – daher erwägen müssen, ob er der neuen Gesetzessystematik nicht durch die Wiedereinführung der Schleusermerkmale in den Grundtatbestand des § 84 Abs. 1 AsylG Rechnung trägt.

2525 Vgl. Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 154; Cannawurf, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, 2007, 77 f.

2526 Zur notwendigen Teilnahme bereits oben E. V. I. b) aa) (3); im Ergebnis wie hier Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 66. Aktualisierung November 2009, § 84 AsylG Rn. 5 f.

2527 Zu diesem Aspekt schon im Lichte des § 84 AsylVfG a.F. nach Streichung der qualifizierenden Schleusermerkmale Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 155 f.

Tatbestandlich setzt § 84 Abs. 1 AsylG zunächst voraus, dass ein Ausländer im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren²⁵²⁸ unrichtige oder unvollständige Angaben macht, um seine Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung internationalen Schutzes (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylG) zu ermöglichen. Angaben, die gemacht werden, um die Feststellung von Abschiebungsverboten (§ 60 Abs. 5, 7 AufenthG) zu erreichen, bilden aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlauts keinen tauglichen Anknüpfungspunkt.²⁵²⁹ Ein vollendetes Delikt nach § 84 Abs. 1 AsylG setzt also das Machen der Angabe durch den Asylbewerber voraus.²⁵³⁰ Nach den vorangegangenen Ausführungen genügt dabei bereits eine objektiv unrichtige oder unvollständige Angabe, die mit der Intention der Schutzstatuserlangung erfolgt. Insoweit kann auch hinsichtlich des Umfangs der Auskunftspflicht auf die Ausführungen zu § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG verwiesen werden.²⁵³¹ Ebenso wie dort ist auch für § 84 Abs. 1 AsylG eine Erfolgskausalität in dem Sinne, dass die unrichtige oder unvollständige Angabe zur Gewährung eines Schutzstatus geführt haben muss, nicht erforderlich.²⁵³²

Zu der unrichtigen oder unvollständigen Angabe muss der Täter den Ausländer verleiten oder ihn bei einer solchen unterstützen. Insoweit gelten die Ausführungen zur Anstiftung und Hilfeleistung nach § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG zunächst entsprechend.²⁵³³ Der Begriff des Verleitens umfasst aber über den Begriff der „Anstiftung“ hinausgehend auch ein mittelbar-täterschaftliches Verhalten, wie etwa in Fällen, in denen beim betroffenen Ausländer ein Irrtum über den Umfang seiner Vortragspflicht hervorgerufen wird.²⁵³⁴ Ein Verleiten ist dagegen nicht mehr möglich, wenn der Asylbewerber bereits fest zu einer unrichtigen oder unvollständigen Angabe entschlossen ist; in Betracht kommt dann eine „psychische“ Unterstützung durch Bestärkung des Entschlusses.²⁵³⁵ Ein Unterstützen durch Unterlassen ist denkbar,

2528 Vgl. dazu oben E. IV. 2. a). Angaben im Vorfeld des Asylverfahrens oder gegenüber anderen Stellen genügen nicht.

2529 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 29.

2530 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 19; *Marx*, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 84 Rn. 5; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 40.

2531 Vgl. oben E. IV. 2. a).

2532 Vgl. *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 84 AsylG Rn. 2; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 7 Rn. 32; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 40.

2533 Nach MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 22, soll die Tathandlung in der „Beeinflussung des Willens eines Ausländers dahin, mit unrichtigen oder unvollständigen Angaben Asylantrag zu stellen bzw. die Zuerkennung internationalen Schutzes gem. §§ 3–4 AsylG zu begehren.“

2534 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 157; *Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner*, 66. Aktualisierung November 2009, § 84 AsylG Rn. 11; *Heinrich*, ZAR 2003, 166, 174; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 7 Rn. 31; *Marx*, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 84 Rn. 5; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 35; *Schiedermair/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßner*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 59.

2535 BVerfG NJOZ 2011, 781, 782 f.; vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 42; *Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner*, 66. Aktualisierung November 2009, § 84 AsylG Rn. 14; *Marx*, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 84 Rn. 5; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 34.

wenn dem Unterstützer eine Garantenstellung im Blick auf die Integrität des Verwaltungsverfahrens zukommt. Hinsichtlich von Dolmetschern im Verfahren vor dem Bundesamt kann eine Garantenstellung aus vertraglicher Übernahme je nach Ausgestaltung des Anstellungsvertrags eingreifen; im Übrigen liegt dies eher fern.²⁵³⁶

Das Verleiten oder Unterstützen kann bereits deutlich im Vorfeld der eigentlichen Angaben erfolgen, sodass auch eine noch im Heimatland erfolgende Einwirkung auf den Asylbewerber die Strafbarkeit nach § 84 Abs. 1 AsylG begründet. Das deutsche Strafrecht ist auf solche Taten nach § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB anwendbar, weil die unrichtige oder unvollständige Angabe des Asylbewerbers als tatbestandlicher Erfolg des § 84 Abs. 1 AsylG erscheint.²⁵³⁷ Ob daneben auf § 9 Abs. 2 StGB zurückgegriffen werden kann, der Fälle der Teilnahme regelt, scheint dagegen zweifelhaft, weil § 84 Abs. 1 AsylG gerade keine limitiert-akzessorische Teilnahmeregelung darstellt.²⁵³⁸

Straffrei bleibt nach § 84 Abs. 5 AsylG, wer die Tat zugunsten eines Angehörigen (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB) begeht.²⁵³⁹ Dieser persönliche Strafausschließungsgrund²⁵⁴⁰ soll sicherstellen, dass Verleitung und Unterstützung im engen Familienkreis nicht strafrechtlich verfolgt werden. Damit wird dem fehlenden Strafbedürfnis bei unveränderter Tatbestandsmäßigkeit Rechnung getragen.

Grundsätzlich genügt für die Tatbestandserfüllung ein Eventualvorsatz.²⁵⁴¹ § 84 Abs. 1 AsylG ist aufgrund seiner weiten Tatbestandsfassung allerdings geeignet, auch berufs- oder sozialadäquate Verhaltensweisen tatbestandlich zu erfassen. Dies gilt insbesondere für ehrenamtliche und professionelle Asylrechtsberatung sowie die anwaltliche Vertretung von Asylbewerbern im Verfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren.²⁵⁴² Die Verleitung zu oder Unterstützung bei unrichtigen oder unvollständigen Angaben ist zwar für sich betrachtet nicht sozialadäquat und kann daher zulässigerweise zum Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit gemacht werden. Insoweit ist das Interesse der Allgemeinheit an materiell richtigen Asylentscheidungen legitimer Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit.²⁵⁴³ Allerdings muss zugleich eine Beratung und Unterstützung von Asylbewerbern im Asylverfahren möglich bleiben, zumal angesichts der komplexen rechtlichen Fragestellungen, des einge-

2536 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 39.

2537 Vgl. Marx, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 84 Rn. 3; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 17; Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 62.

2538 Anders offenbar MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 17.

2539 Nach Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 124, soll insoweit das Recht des Heimatlandes für die familienrechtliche Beurteilung relevant sein.

2540 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 94.

2541 Vgl. Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 84 AsylG Rn. 8; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 48.

2542 BVerfG NJOZ 2011, 781, 782 f.; vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 12 ff.

2543 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 1.

schränkten gerichtlichen Rechtsschutzes und der teils verkürzten Rechtsmittelfristen (§ 74 AsylG). Auch ist die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit (Art. 12 GG) der Berufsträger, insbesondere von Rechtsanwälten, zu berücksichtigen.²⁵⁴⁴ Deshalb ist im Einklang mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Geldwäsche durch Annahme von Strafverteidigerhonoraren zu verlangen, dass ein Asylrechtsberater – ehrenamtlich oder professionell – sichere Kenntnis (dolus directus 2. Grades) von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Asylbewerbers hat, damit der Tatbestand des § 84 Abs. 1 AsylG erfüllt ist.²⁵⁴⁵

Der Versuch der Verleitung ist nach § 84 Abs. 4 AsylG strafbar. Wie bei § 96 AufenthG unterfallen diesem Tatbestand sowohl Konstellationen, in denen die Verleitung oder Unterstützung bereits erfolgt ist, jedoch die Bezugstat nicht vollendet wird, als auch solche, in denen schon die Verleitung oder Unterstützung nur versucht, aber nicht vollendet wird. Damit greift § 84 Abs. 4 AsylG wie schon § 96 Abs. 3 AufenthG weit in das Vorfeld aus.²⁵⁴⁶

§ 84 Abs. 3 AsylG enthält Qualifikationstatbestände (gewerbsmäßiges Handeln, Nr. 1, und Bandentaten, Nr. 2), zu deren Auslegung die Ausführungen zu § 96 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG entsprechend herangezogen werden können. Dies gilt auch für den Qualifikationstatbestand des § 84a Abs. 1 AsylG (gewerbs- und bandenmäßige Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung), der mit einer Mindeststrafe von einem Jahr als Verbrechenstatbestand ausgestaltet ist und voraussetzt, dass die Qualifikationsmerkmale des § 84 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 AsylG gleichzeitig verwirklicht werden; insoweit sind die Ausführungen zu § 97 Abs. 2 AufenthG übertragbar. Ein minder schwerer Fall mit einem Strafraum von sechs Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe ist in § 84a Abs. 2 AsylG vorgesehen. Auch im Blick auf § 84a AsylG

2544 BVerfG NJOZ 2011, 781, 782.

2545 Das BVerfG NJOZ 2011, 781, 782, weist bezüglich der Anordnung einer Durchsuchung darauf hin, dass „[d]en besonderen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen dem tatbestandlichen Handeln und einer zulässigen Rechtsberatung [...] jedenfalls bei dem schwerwiegenden Grundrechtseingriff einer Wohnungsdurchsuchung dadurch Rechnung zu tragen [ist], dass diese nur bei konkreten Hinweisen auf eine strafbare Handlung nach § 84 AsylVfG und nach sorgfältiger Prüfung der objektiven Umstände und des Vorsatzes vorgenommen wird.“ Zu § 261 StGB BVerfG NJW 2004, 1305, 1311 f.; vgl. auch GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 13; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 16; weitergehend dagegen Marx, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 84 Rn. 8 f.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 69 f. Diese Autoren stellen auf prozessual zulässiges Verhalten ab. Die Grenze zum strafbaren Verhalten soll nur überschreiten, wer seinen Mandanten zu unrichtigen oder unvollständigen Angaben verleitet oder wer nicht nur unrichtige oder unvollständige Angaben des Mandanten vorträgt, sondern darüber hinaus eigene Initiative entfaltet und wertende Ausführungen mit Bezug zu den unrichtigen oder unvollständigen Angaben macht. Es kann freilich kaum darauf ankommen, in welcher Form der Vortrag erfolgt. Noch weitergehend Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 7 Rn. 26 f., der nur das aktive Verleiten des Mandanten zu unrichtigen oder unvollständigen Angaben als strafbar ansieht und damit Fälle des Unterstützens für Rechtsanwälte – mit Ausnahme des Vortrags selbst erfundener Lügen – straffrei stellen will.

2546 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 73; vgl. auch schon Heinrich, ZAR 2003, 166, 174.

wird das Vorfeld der Tatbegehung über § 30 StGB weiträumig erfasst.²⁵⁴⁷ Gegenüber §§ 95 AufenthG, 27 StGB sowie §§ 96, 97 AufenthG gehen §§ 84, 84a AsylG als *leges speciales* vor.²⁵⁴⁸

VI. Konkurrenzen

Hinsichtlich der Konkurrenzen ist zwischen Konkurrenzen migrationsstrafrechtlicher Tatbestände zueinander und solchen mit Straftatbeständen des allgemeinen Strafrechts zu differenzieren. Zunächst ist festzuhalten, dass zwischen den Tatbeständen des Asylgesetzes und des Aufenthaltsgesetzes ein Spezialitätsverhältnis besteht, sodass die §§ 84 bis 85 AsylG die Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes verdrängen, solange der Kontext des Asylverfahrens besteht.²⁵⁴⁹ Für aufenthaltsrechtliche Verstöße vor Beginn und nach Abschluss des Asylverfahrens ist das Aufenthaltsgesetz freilich anwendbar. Dies folgt aus dem Umstand, dass zwar Asylbewerber grundsätzlich dem Aufenthaltsgesetz unterfallende Ausländer sind; jedoch enthält das Asylgesetz spezielle Regelungen hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten, wobei es zu Überschneidungsbereichen zwischen dem Aufenthaltsgesetz und dem Asylgesetz kommt. Da der Gesetzgeber jedoch in beiden Gesetzen eigenständige Strafvorschriften zur Bewehrung der entsprechenden verwaltungsrechtlichen Pflichten sowie unrichtiger und unvollständiger Angaben getroffen hat, muss dem spezielleren Gesetz – namentlich dem nur auf Ausländer, die nach § 1 Abs. 1 AsylG einen Schutzstatus begehren, anwendbaren Asylgesetz – Vorrang und damit konkurrenzrechtliche Sperrwirkung zukommen. Bis zum Inkrafttreten des Rückführungsverbesserungsgesetzes hatte diese Sperrwirkung durchaus hohe Praxisrelevanz, weil insbesondere Falschangaben im Asylverfahren durch den Asylantragsteller nicht unter Strafe gestellt waren, aber tatbestandlich durchaus von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG hätten erfasst werden können. Wäre ein Rückgriff auf das Aufenthaltsgesetz ohne Weiteres möglich gewesen, wäre die bewusste gesetzgeberische Entscheidung, auf eine Kriminalisierung zu verzichten,²⁵⁵⁰ ins Leere gelaufen.

Im Übrigen ist bereits punktuell dargelegt worden, dass die unterschiedlichen Gesetzesverletzungen aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen der einzelnen Tatbestände regelmäßig in Idealkonkurrenz stehen werden; relevant ist dies insbesondere im Bereich der unerlaubten Einreise und des sich anschließenden unerlaubten Aufenthalts.²⁵⁵¹ Gleiches gilt im Blick auf § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG und die

2547 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84a AsylG Rn. 3.

2548 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 1.

2549 Auf den rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens abstellend OLG Hamm, Beschl. v. 9.10.2007 – 4 Ss 378/07, BeckRS 2012, 2879.

2550 Dazu oben A. II. 3. c) cc).

2551 BGH NSTZ 2001, 101; BGH, Beschl. v. 27.7.2022 – 1 StR 106/22, BeckRS 2022, 27972, Rn. 9; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 205. Anders dagegen Cantzler, Das Schleusen von Ausländern

unerlaubte Einreise beziehungsweise den unerlaubten Aufenthalt. Sind die Voraussetzungen des § 96 AufenthG erfüllt, tritt eine zugleich verwirklichte Beihilfe zu § 95 AufenthG oder § 9 Abs. 1 FreizügG/EU im Wege der Spezialität dahinter zurück. Wird im Rahmen des § 96 AufenthG Beihilfe zu Einreise und Aufenthalt geleistet, liegt nur eine Schleusungstat vor.²⁵⁵² Dasselbe gilt im Blick auf das Verhältnis von § 84 Abs. 1 AsylG und §§ 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG i.V.m. § 27 StGB.

Sofern zugleich Straftatbestände des allgemeinen Strafrechts verwirklicht werden, was insbesondere im Blick auf Urkundendelikte (§§ 267 ff. StGB) auf der einen sowie §§ 95 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 6, 96 AufenthG, §§ 84, 85 Abs. 2 AsylG und die entsprechenden Qualifikationstatbestände auf der anderen Seite in Betracht kommt, ist je nach Tatsituation und Tatbestand zu differenzieren. In den Blick genommen werden müssen neben § 267 Abs. 1 StGB und § 271 StGB insbesondere §§ 275 bis 276a StGB und § 281 StGB. Die entsprechenden Tatbestände des Aufenthalts- und Asylgesetzes erfassen neben den ausländischen „Haupttätern“ vielfach auch Handlungen von Schleusern, die bei der Beschaffung falscher Pässe, Ausweise, Aufenthaltstitel und Duldungen unterstützen und damit zugleich § 276 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 und 4 i.V.m. § 276a oder § 281 Abs. 1 Var. 2 StGB verwirklichen. Sorgfältig zu prüfen ist allerdings im Einzelfall, ob das tatgegenständliche Dokument überhaupt taugliches Tatobjekt sein kann. So hat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Blick auf § 271 StGB eine Duldungsbescheinigung, welche den Vermerk enthielt, die Angaben zur Person beruhten auf den eigenen Angaben des Ausländers, zwar insgesamt als öffentliche Urkunde qualifiziert, zugleich aber entschieden, dass die Angaben zur Person vom öffentlichen Glauben im Sinne des § 271 StGB nicht umfasst seien.²⁵⁵³ Da das Gesetz selbst die Möglichkeit vorsieht, dass ein entsprechender Vermerk in den Aufenthaltstitel, die Duldungsbescheinigung, die Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung oder den Ankunftsnachweis aufgenommen wird (§§ 78 Abs. 1 Satz 4, 78a Abs. 4 Satz 2 Nr. 10 AufenthG; § 63 Abs. 5 Satz 2 AsylG i.V.m. § 78a Abs. 5 i.V.m. Abs. 4 AufenthG; § 63a Abs. 1 Satz 2 Nr. 18 AsylG), ist diese Auslegung überzeugend. Enthält die Urkunde nämlich einen solchen Vermerk, bringt die ausstellende Behörde damit im Einklang mit der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck, dass der Urkunde insoweit nicht die erhöhte Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde im Rechtsverkehr zukommen soll.

und seine Strafbarkeit, 2004, 155 mit Fn. 464, der die unerlaubte Einreise als Dauerdelikt konzipiert, neben der dem unerlaubten Aufenthalt keine eigenständige Bedeutung zukomme. Für eine Spezialität des § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG gegenüber § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.10.2012 – 2 RVs 140/12, BeckRS 2012, 210657, Rn. 6.

2552 BGH, Beschl. v. 27.7.2022 – 1 StR 106/22, BeckRS 2022, 27972, Rn. 9.

2553 BGH NStZ 2010, 171, 173; OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.7.2008 – 3 Ss 226/07, BeckRS 2008, 17729. Anders dagegen noch der 1. Strafsenat BGH NJW 1996, 2170 f., wobei die Entscheidung mit Blick auf §§ 78 Abs. 1 Satz 4, 78a Abs. 4 Satz 2 Nr. 10 AufenthG überholt sein dürfte.

Hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses ist zunächst zu berücksichtigen, dass § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG das Machen oder Benutzen unrichtiger oder unvollständiger Angaben zur Beschaffung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung oder zur Verhinderung ihres Erlöschens oder ihrer nachträglichen Beschränkung unter Strafe stellt. Derartige Angaben gegenüber einer zuständigen Stelle können zu ihrer falschen Beurkundung führen oder stellen jedenfalls einen Versuch zu einer solchen dar und verwirklichen daher den Tatbestand des § 271 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 4) StGB. Da § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist, während § 271 Abs. 1 StGB an die tatsächliche Beurkundung anknüpft, erfasst § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bereits typischerweise sämtliche Fälle, die unter § 271 Abs. 1 StGB zu subsumieren sind. Deshalb geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG § 271 StGB konsumiert.²⁵⁵⁴ Diese Auffassung ist allerdings zweifelhaft, da der Unrechtsgehalt der mittelbaren Falschbeurkundung nicht vollständig von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG erfasst wird, weil § 271 Abs. 1 StGB gerade darauf abstellt, dass nicht nur unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht oder benutzt wurden, sondern solche tatsächlich beurkundet worden sind und zum Entstehen einer öffentlichen Urkunde geführt haben. Dies kann eine Tenorierung, in der § 271 StGB nicht mehr in Erscheinung tritt, nicht hinreichend klar zum Ausdruck bringen.²⁵⁵⁵ Auch der Schutzzweck beider Vorschriften ist insoweit nicht gleichgerichtet, da § 271 StGB den Fokus auf das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Beweiskraft öffentlicher Urkunden legt, während § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die materielle Richtigkeit aufenthaltsrechtlicher Verwaltungsentscheidungen schützen soll. Zwar liegen diese Schutzzwecke nahe beieinander, unterscheiden sich aber auch insoweit durch das Element tatsächlicher Beurkundung.²⁵⁵⁶

Da § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG auch das Benutzen eines entsprechenden Aufenthaltstitels oder einer entsprechenden Duldungsbescheinigung zur Täuschung im Rechtsverkehr erfasst, kann der Tatbestand auch mit § 276 Abs. 1 StGB i.V.m. § 276a StGB zusammentreffen. Allerdings knüpft § 276 Abs. 1 StGB ersichtlich an die Vorbereitung einer entsprechenden Benutzung an und wird daher von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, der die tatsächliche Benutzung erfasst, konsumiert. Eigenständige Bedeutung hat § 276 Abs. 1 StGB dagegen dort, wo es nicht zum Gebrauch der Urkunde kommt. Treffen diese Delikte mit der unerlaubten Einreise oder einem unerlaubten Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 AufenthG i.V.m. § 95 Abs. 6 AufenthG zusammen, bleibt es bei einer idealkonkurrierenden Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 i.V.m. Abs. 6 und § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG.

2554 BGH NStZ 2010, 171, 173; bestätigt durch BGH, Beschl. v. 11.11.2009 – 1 StR 547/09, BeckRS 2009, 87274, Rn. 2.

2555 Mosbacher, NStZ 2010, 457, 458; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 359.

2556 Anders aber BGH NStZ 2010, 171, 173.

Demgegenüber liegt aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen zwischen der passlosen Einreise oder dem passlosen Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nrn. 1, 3 AufenthG und einem Missbrauch von Ausweispapieren nach § 281 Abs. 1 Satz 1 StGB Idealkonkurrenz vor. Die Urkundendelikte der §§ 273, 275 (i.V.m. 276a), 276 (i.V.m. 276a) und 281 StGB können auch als Unterstützungshandlung eines Schleusungsdelikts (§§ 96 Abs. 1 AufenthG, 84 Abs. 1 AsylG) in Erscheinung treten. In diesen Fällen ist aufgrund des unterschiedlichen Schutzzwecks – die Schleusungsdelikte bezwecken nach der Konzeption der herrschenden Meinung als vertypte Teilnahmehandlungen letztlich gleichfalls die Stabilisierung verwaltungsrechtlicher Ordnungssysteme²⁵⁵⁷ – ebenfalls Idealkonkurrenz anzunehmen.

Trifft insbesondere § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG mit Körperverletzungsdelikten (§§ 223 bis 226 StGB) zusammen, ist aufgrund der speziellen Schutzrichtung des § 96 AufenthG gleichfalls Idealkonkurrenz anzunehmen. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Schutzzweck des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG auf den Schutz von Individualrechtsgütern reduziert würde.²⁵⁵⁸ Aber auch dann läge Idealkonkurrenz vor, weil im Tenor andernfalls nicht zum Ausdruck käme, dass die tatsächlich eingetretene oder versuchte Gesundheitsschädigung Folge einer Schleusungshandlung ist und umgekehrt § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG das vollendete Körperverletzungsunrecht nicht zum Ausdruck bringt. Im Blick auf § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 AufenthG ist zu bedenken, dass dieser Tatbestand mit §§ 315b bis 315d StGB zusammentreffen kann. Insoweit ist allerdings aufgrund der unterschiedlichen Begehungsmöglichkeiten eine Begleittypik nicht anzunehmen, sodass gleichfalls Idealkonkurrenz besteht. § 97 Abs. 1 AufenthG steht wiederum in Idealkonkurrenz zu §§ 212, 211 StGB, um das Schleusungsunrecht adäquat zum Ausdruck zu bringen.²⁵⁵⁹

VII. Zusammenfassung

Die Betrachtung der Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts hat verdeutlicht, dass der Migrationsvorgang nicht nur verwaltungsrechtlich – beginnend mit der Visumsbeantragung im Heimatstaat über die Einreise und den Aufenthalt bis zur Einbürgerung – bis ins Detail reguliert ist, sondern zentrale verwaltungsrechtliche Ge- und Verbote strafbewehrt sind.

In einem umfassenden Sinne strafbewehrt sind dabei unerlaubte Einreise und unerlaubter Aufenthalt sowie die Teilnahme daran. Die Tatbestände erfassen zunächst einmal jeden, der formal unerlaubt einreist oder sich formal unerlaubt im Bundesgebiet aufhält, was wiederum streng verwaltungsakzessorisch zu bestimmen

²⁵⁵⁷ Dazu näher oben B. II. 2.

²⁵⁵⁸ Vgl. oben B. II. 3.

²⁵⁵⁹ Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 97 AufenthG Rn. 6.

ist. Ob diese Person Flüchtlingsschutz begehrt, ist für die Tatbestandsmäßigkeit ohne Belang. Nach der herrschenden Meinung sollen Einreise und Aufenthalt von Flüchtlingen sogar 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. Teilnehmer und damit auch sogenannte Schleuser im Sinne des § 96 AufenthG bleiben daher auf dem Boden der herrschenden Meinung auch dann strafbar, wenn sie eine Person unterstützt haben, der Asyl oder internationaler Schutz zu gewähren ist. Auch zahlreiche weitere Formen der (humanitären) Unterstützung papierloser Personen können nach der herrschenden Meinung als Beihilfe zur unerlaubten Einreise oder zum unerlaubten Aufenthalt oder als Einschleusen von Ausländern strafbar sein. Die umfassende 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 auszusortieren und damit die aus der Weite der Tatbestände resultierende übermäßige Pönalisierung einzuhegen.

Festzustellen ist ferner, dass Verwaltungsverstöße von Ausländern vielfach strafbares Unrecht konstituieren, während vergleichbare Verhaltensweisen für Deutsche allenfalls einen Bußgeldtatbestand verwirklichen.²⁵⁶⁰ Dabei wird insbesondere im Blick auf Asylbewerber die Lebensführung kleinteilig und unter Strafandrohung reguliert, etwa hinsichtlich ihres Wohn- und Aufenthaltsorts, durch 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.²⁵⁶¹

Ein Trend der letzten zwei Jahrzehnte ist die 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 Bedeu-

2560 Vgl. etwa § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG im Verhältnis zu § 111 OWiG.

2561 Zu diesem Phänomen *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, 309 ff.; vgl. auch *Epik*, GA 2024, 181, 191 ff.

tung beigemessen. Dabei gerät der Gesetzgeber jedoch zunehmend 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.

Insgesamt stößt der Gesetzgeber im Bereich des Migrationsstrafrechts daher zunehmend an die Grenzen seines Gestaltungsspielraums. Das Rückführungsverbesserungsgesetz mit seinen zahlreichen Strafverschärfungen, die teils strafrechtsdogmatisch inkonsistent, teils verfassungsrechtlich bedenklich sind, steht insoweit emblematisch für die Herausforderungen einer reaktiven Gesetzgebung, die versucht, das höchst komplexe Phänomen „Migration“ auch mit den Mitteln des Strafrechts zu regulieren. Empirische Belege für die Effektivität dieses Vorgehens fehlen bislang.

F. Ausblick

Nachdem in den vorangegangenen Teilen der Untersuchung die Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts sowie die verwaltungs-, verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen nachvollzogen und kritisch eingeordnet worden sind, soll abschließend eine kritische Würdigung des Gesamtkomplexes „Migrationsstrafrecht“ erfolgen. Eine solche kann an unterschiedlichen Punkten ansetzen. Einer davon betrifft bereits die grundlegende Frage, ob die Begrenzung und Steuerung von Migration, wie sie in Deutschland und Europa gegenwärtig betrieben wird, überhaupt zu legitimieren ist. Wäre sie zu verneinen, müsste konsequenterweise auch jede Kriminalisierung von Verstößen gegen entsprechende Regelungsregime als illegitim disqualifiziert werden. Auch wenn insoweit zu Recht Bedenken am *Status quo* formuliert werden und insbesondere die auffällige Dysbalance zwischen der Reise- und Bewegungsfreiheit von Staatsangehörigen des globalen Nordens und den erheblichen Restriktionen, denen rassifizierte nicht-weiße Menschen aus dem globalen Süden unterworfen sind, zutreffend kritisiert wird,²⁵⁶² ist *de lege lata* vom Grundsatz staatlicher Souveränität in Migrationsfragen auszugehen – der freilich im Bereich des Flüchtlingsschutzes durchbrochen wird.²⁵⁶³ Aus höherrangigem Recht lässt sich mit Ausnahme der in Teil C. dargestellten Grenzen (insbesondere im Blick auf das *Refoulement*-Verbot) aber nicht herleiten, dass die Staaten hinsichtlich ihrer Migrationsgesetzgebung weitergehenden Einschränkungen unterliegen.

Die Kritik am geltenden Migrationsstrafrecht soll daher nicht vom Standpunkt einer fundamentalen Infragestellung staatlicher Souveränität in Migrationsfragen formuliert werden, sondern fokussiert primär auf den Einsatz *des Strafrechts* als Mittel der Migrationskontrolle. Die an koloniale und rassifizierende Kategorien anknüpfende Exklusion nicht-weißer Personen aus dem globalen Norden unterstreicht allerdings, dass das Strafrecht hier nicht zum Schutz „neutraler“ verwaltungsrechtlicher Genehmigungsverfahren zum Einsatz kommt, sondern letztlich zur Perpetuierung der beschriebenen Dysbalance beiträgt. Selbst innerhalb dieses eingeschränkten Betrachtungsfeldes zeigt sich zudem, dass das gegenwärtig geltende Migrationsstrafrecht erhebliche Probleme aufwirft: Zum einen im Blick auf die partiell fehlende Legitimation der Strafvorschriften unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes (dazu bereits oben B. II.) sowie hinsichtlich verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Friktionen der ausgreifenden Kriminalisierung (dazu unten I.); zum anderen im Blick auf rechtstatsächliche Erkenntnisse (dazu unten II.). Vor diesem Hintergrund wird eine Umgestaltung des Migrationsstrafrechts unter weitgehendem Verzicht

2562 Vgl. nur *Achiume*, *Stanford Law Review* 2019, 1509 ff.; *de Vries/Spijkerboer*, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2021, 291 ff.; *Spijkerboer*, in: Stoyanova/Smet (Hrsg.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, 2022, 117, 118 ff.

2563 Vgl. dazu oben C. II. bis IV.

auf die Kriminalisierung von Einreise- und Aufenthaltsdelikten sowie Verwaltungsverstößen vorgeschlagen, die das Migrationsstrafrecht auf den Rechtsgüterschutz zurückführt, Friktionen mit höherrangigem Recht vermeidet, seine nachteiligen Folgen reduziert und zugleich insbesondere den unions- und völkerrechtlichen Pölnalisierungspflichten Rechnung trägt (dazu unten III.).

I. Friktionen mit dem Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht

Wie bereits in Teil B. dieser Untersuchung dargelegt wurde, hält das gestufte Schutzgutzkonzept der herrschenden Meinung einer strafrechtsimmanenten Kontrolle unter Rückgriff auf die Rechtsgutslehre nicht stand. Zahlreichen Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts liegt kein konkretes Individual- oder Kollektivrechtsgut zugrunde. Dies gilt insbesondere für die Einreise- und Aufenthaltsdelikte sowie Strafvorschriften, die an Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Ge- oder Verbote anknüpfen. Wenn mit der hier präferierten Position der Schutz eines konkreten Individual- oder Kollektivrechtsguts als Eingangsvoraussetzung für die Begründung eines *legitimen Zwecks* im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung definiert wird,²⁵⁶⁴ folgt daraus zugleich, dass sich die entsprechenden Strafvorschriften auch verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sehen. Dies bedeutet nicht, dass es dem Staat verwehrt wäre, in den Grenzen des Unions- und Völkerrechts Migration zu steuern, zu kontrollieren oder auch zu begrenzen. Zu diesem Zweck steht ihm das gesamte Arsenal des Migrationsverwaltungsrechts in den Grenzen des Verfassungs-, Unions- und Völkerrechts zur Verfügung, das von der Zurückweisung an der Grenze über die Zurückschiebung und die Ausweisung bis hin zur Abschiebung, einschließlich Ausreisegewahrsam und Abschiebehaft, reicht. Nicht rechtfertigen lässt sich aber das sozialetische Unwerturteil gegenüber dem Betroffenen, der migrationsverwaltungsrechtlichen Regelungen zuwidergehandelt haben mag, ohne dass er dadurch zugleich Individual- oder Kollektivinteressen in einer Weise gefährdet oder verletzt hätte, die ihm gegenüber einen entsprechenden Vorwurf begründete.²⁵⁶⁵ Das *subsidiäre* Strafrecht²⁵⁶⁶ muss deshalb bei der Konzeptualisierung der Migrationspolitik im Wesentlichen außen vor bleiben.

Demgegenüber geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass Strafnormen „von Verfassungen wegen keinen [...] strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit

2564 Dazu oben B. II. 1.

2565 Vgl. dazu oben B. II. 3. Mit *Frisch*, NStZ 2016, 16, 20, ließe sich aber auch die Frage stellen, ob die betreffenden Verhaltensweisen „den gravierenden sozialetischen Vorwurf oder Tadel, der in der Verhängung der Strafe gegenüber dem Täter liegt, wirklich verdienen.“ Nach den vorstehenden Ausführungen erscheint dies jedenfalls zweifelhaft. Zur ähnlich gelagerten Diskussion im Vereinigten Königreich vgl. *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417, 426.

2566 Vgl. *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 97 ff.

ihnen verfolgten Zwecke²⁵⁶⁷ unterlägen, also letztlich wie andere gesetzliche Regelungen auch hinsichtlich der Verfolgung eines legitimen Zwecks, ihrer Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu untersuchen seien.²⁵⁶⁸ Die für Strafvorschriften spezifische Verknüpfung von *Verhaltensnorm*, die ein bestimmtes Verhalten – losgelöst von der angedrohten Strafsanktion – ver- oder gebietet,²⁵⁶⁹ und *Sanktionsnorm*, die ihrerseits aus einer Primärsanktion (sozialethisches Unwerturteil) und einer Sekundärsanktion (Übelzufügung durch Geld- oder Freiheitsstrafe) besteht,²⁵⁷⁰ soll also keine erhöhten Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung entsprechender Vorschriften stellen, insbesondere nicht in Bezug auf den auf der Eingangsstufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu untersuchenden mit der Strafvorschrift verfolgten legitimen Zweck.²⁵⁷¹ Verhaltens- und Sanktionsnorm seien vielmehr für sich genommen an den jeweils einschlägigen Grundrechten zu messen, also voneinander getrennt zu betrachten.²⁵⁷² Die Verhaltensnorm sei, sofern kein spezielles Grundrecht einschlägig ist,²⁵⁷³ an der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zu messen, die primäre Sanktionsnorm am allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG und die sekundäre Sanktionsnorm bei Androhung von Freiheitsstrafen an Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, andernfalls an Art. 2 Abs. 1 GG.²⁵⁷⁴ Hinsichtlich der Verhaltensnorm sollen dabei zunächst die allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Überprüfung von Grundrechtseingriffen zur Anwendung kommen, ohne dass sich aus der Ausgestaltung als *Strafvorschrift* ein besonderes Prüfungsprogramm ergebe; mitunter wird sie dementsprechend als „strafrechtsneutral“ beschrieben.²⁵⁷⁵ Dem Gesetzgeber komme ein weiter Beurteilungsspielraum hinsichtlich des geschützten Interesses sowie der Geeignetheit und Erforderlichkeit eines entsprechenden Verbots zum Schutz eben dieses Interesses

2567 BVerfGE 120, 224, 241.

2568 BVerfGE 120, 224, 241.

2569 Vgl. *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 6.

2570 Vgl. *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 491 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 7.

2571 Kritisch gegenüber einer solch getrennten Betrachtung *Burghardt*, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 59, 74 ff.; *Kudlich*, ZStW 2015, 635, 648; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 46 ff.

2572 Exemplarisch BVerfGE 90, 145, 171 ff. Zur Unterscheidung zwischen Verhaltens-/Verbots- und Sanktionsnorm vgl. *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 79 ff. m.w.N. zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 490 ff.; *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, 363 f.; *Bäcker*, in: Kulick/Goldhammer (Hrsg.), Der Terrorist als Feind?, 2020, 147, 158; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 6, 55 ff. (zur Rechtsprechung des BVerfG), 77 ff.

2573 So etwa im Falle des § 217 StGB n.F., der vom Bundesverfassungsgericht wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Berufsfreiheit der Beschwerdeführer für nichtig erklärt worden ist, siehe BVerfGE 153, 182, 308.

2574 BVerfGE 90, 145, 171, allerdings ohne Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG bezüglich der primären Sanktionsnorm, vgl. aber insoweit Sondervotum *Grafhof*, S. 200. Vgl. näher *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 490 ff.; *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, 364; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 78, 89 ff., 115 ff.

2575 Siehe *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 494; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 8, 138.

zu.²⁵⁷⁶ Dies gelte insbesondere im Grenzbereich zwischen „kriminellern Unrecht und Ordnungsunrecht“, in dem zwischen den „Erscheinungsformen des Unrechts nur graduelle Unterschiede bestehen“, sodass es Sache des Gesetzgebers sei, „hier die Grenzlinie im einzelnen festzulegen“.²⁵⁷⁷

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs dürften die meisten Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts für sich betrachtet einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung standhalten.²⁵⁷⁸ Zum einen liegt es nahe, dass das Bundesverfassungsgericht die von der herrschenden Meinung als primären Schutzzweck identifizierte „Stabilisierung der verwaltungsrechtlichen Ordnungssysteme, insbesondere die Kontroll- und Steuerungsfunktion des ausländerrechtlichen Genehmigungsverfahrens“²⁵⁷⁹, als *legitimen Zweck* anerkennen und die mit §§ 95, 96 AufenthG, 84 bis 85 AsylG, 9 FreizügG/EU verbundenen Eingriffe in die – nur in bestimmten Fällen durch spezielle Grundrechte ergänzte – allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), unter Berücksichtigung der in Teil E. aufgezeigten Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung der entsprechenden Strafnormen, vielfach auch als geeignet, erforderlich und überwiegend auch angemessen bewerten würde, um diese Stabilisierung zu gewährleisten. In der Vergangenheit hat das Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung gestellte Strafvorschriften jedenfalls nicht beanstandet und Korrekturen nur bei der Auslegung angemahnt.²⁵⁸⁰ Zum anderen ist überwiegend auch die den Ausländer treffende Strafdrohung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr (§ 95 Abs. 1 und Abs. 1a AufenthG, § 85 Abs. 1 AsylG, § 9 Abs. 2 FreizügG/EU) oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (§ 95 Abs. 2 AufenthG, § 85 Abs. 2 AsylG, § 9 Abs. 1 FreizügG/EU) oder Geldstrafe durchaus moderat, sodass auch die Sanktionsnorm nicht als unverhältnismäßig erscheint.²⁵⁸¹ Damit bestätigt sich im Migrationsstrafrecht, was im Bereich des Kernstrafrechts seit längerem zu beobachten ist: das Verfassungsrecht – in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts – lässt dem Gesetzgeber jedenfalls

2576 Zum großzügigen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers BVerfGE 90, 145, 173; 124, 224, 240 f.; BGH NJW 2017, 2928, 2931; vgl. dazu Appel, Verfassung und Strafe, 1998, 204; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 138 ff., 173 ff., 180.

2577 BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1111. Siehe auch BVerfG NVwZ 1989, 951.

2578 Vgl. auch Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 89 ff.

2579 MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 1; vgl. ferner Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 77; Böse, ZStW 2004, 680, 692; Brocke, NStZ 2009, 546; Heinrich, ZAR 2003, 166, 171; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 3 Rn. 8; Lorenz, NStZ 2002, 640, 641; Trietz, Illegale Grenzübertritte und Schleuserkriminalität an der deutsch-polnischen Grenze – Eine juristische und kriminologische Analyse vor dem Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union, 2007, 194; kritisch Jeßberger, GS Weßlau, 2016, 507, 515; Werkmeister, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 187, 195.

2580 BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1111 zu § 34 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) und b) AsylVfG a.F.; schon zuvor BVerfG NVwZ 1989, 951; zum Ausschluss der Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts bei Bestehen eines Duldungsanspruchs vgl. oben D. I. 3. und E. II. 1. b) bb) (3).

2581 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 15. § 92a AuslG, der immerhin eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vorsah, hat das BVerfG für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten, vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.2.1999 – 2 BvR 153/99, BeckRS 1999, 160133.

dort, wo nicht in spezielle Grundrechte eingegriffen wird, einen weiten Beurteilungsspielraum.²⁵⁸² Das Strafrecht ist in dieser Perspektive nur eine weitere Möglichkeit staatlicher Verhaltenssteuerung. Dies ist auch eine Folge der Unterteilung in „strafrechtsneutrale“ Verhaltens- und strafrechtsspezifische Sanktionsnorm. Sie birgt die Gefahr, die gerade in der *Strafbewehrung* der Verhaltensnorm liegende Intensität des Grundrechtseingriffs zu verschleiern.²⁵⁸³ Denn auch im Blick auf die Sanktionsnorm wird aufgrund der besonderen Funktion des strafrechtlichen Unwerturteils, normbestätigend und -stabilisierend zu wirken, nur in Ausnahmefällen von ihrer Unverhältnismäßigkeit ausgegangen.²⁵⁸⁴ Ist also die Hürde der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Verhaltensnorm erst einmal genommen, folgen primäre und sekundäre Sanktionsnorm *im Regelfall* demselben „Schicksal“.²⁵⁸⁵ Vielfach bleibt dann kein Raum, um zu berücksichtigen, dass mit dem sozialetischen Unwerturteil des Straftadels nicht nur ein punktueller Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht verbunden ist, sondern dass strafrechtliche Verurteilungen und Sanktionierungen regelmäßig weit über die eigentliche Strafvollstreckung hinausreichende stigmatisierende und exkludierende Wirkungen haben.²⁵⁸⁶

Doch selbst auf dem Boden dieser tendenziell zurückhaltenden verfassungsgerichtlichen Position zeigt sich, dass das geltende Migrationsstrafrecht partiell mit dem Verfassungsrecht kollidiert. So ist in Teil E. bereits dargelegt worden, dass einzelne Tatbestände dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht hinreichend Rechnung tragen oder einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit bewirken. Zudem bedürfen zahlreiche Straftatbestände einer einschränkenden Auslegung zur Vermeidung unverhältnismäßiger Ergebnisse; dies gilt insbesondere im Bereich der Anstiftung und Beihilfe zur unerlaubten Einreise und zum unerlaubten Aufenthalt sowie im Blick auf das Einschleusen von Ausländern nach § 96 AufenthG, soweit diese normativ sozialadäquates Verhalten, insbesondere die humanitär motivierte Unterstützung von Flüchtlingen oder – sofern der unerlaubte Aufenthalt betroffen ist – papierlosen Personen, tatbestandlich erfassen.²⁵⁸⁷ Insofern

2582 Vgl. deshalb kritisch gegenüber dem Einhegungspotenzial des nicht um den Rechtsgutsgedanken ergänzten Verhältnismäßigkeitsprinzips *Heinrich*, FS Roxin II, 2011, 131, 140 ff.; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 87; *Scheinfeld*, FS Roxin II, 2011, 183, 184 f.

2583 Vgl. *Burghardt*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 59, 74 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, 224 ff.; *Kudlich*, ZStW 2015, 635, 648; ebenfalls kritisch *Schuchmann*, Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 33 ff. („der Eindruck weithin fehlender effektiver Grenzen für die Strafgesetzgebung“); *Schünemann*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, 133, 147; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 46 ff.

2584 Instruktiv BGH NJW 2017, 2928, 2931 f.; dazu *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 577 ff.; *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, 364 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 317, 366.

2585 Vgl. kritisch *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 88 ff.; vgl. auch *Schuchmann*, Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 39 ff.

2586 Vgl. pointiert *Köbel*, NK 2019, 249, 261 f.; zum Ganzen bereits *Epik*, GA 2024, 181, 194 ff.

2587 Vgl. dazu oben C. V. und zur Umsetzung E. II. 5. und E. V. 1. b) aa) (1) (b) und (2).

besteht durchaus gesetzgeberischer Handlungsbedarf: Soweit Straftatbestände dem Bestimmtheitsgebot nicht genügen, sind sie zu präzisieren oder aufzuheben. Gleiches gilt, wenn die Tatbestände einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit bewirken. Aber auch der unverhältnismäßigen Kriminalisierung humanitärer Unterstützung könnte der Gesetzgeber durch eine eindeutige und klar umrissene Regelung, mindestens in Form eines Tatbestandsausschlusses, begegnen. Dies ist zwar nicht zwingend, weil die Rechtsprechung in diesen Fällen auch unter Rückgriff auf das hier entwickelte Konzept der normativen Sozialadäquanz zu verfassungskonformen und sachgerechten Ergebnissen gelangen kann; allerdings ist eine gesetzliche Regelung aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit vorzugswürdig. Nur sie ist geeignet, sogenannten *chilling effects*, also dem Unterlassen eines *potenziell* zu strafrechtlicher Verfolgung führenden Verhaltens,²⁵⁸⁸ vorzubeugen, die insbesondere im Bereich der Flüchtlingshilfe erhebliche negative Folgen für schutzbedürftige Personen hätten.²⁵⁸⁹

Im Blick zu behalten ist ferner die Strafbewehrung von Zuwiderhandlungen gegen verwaltungsrechtliche Ge- oder Verbote, insbesondere Mitwirkungs- und Duldungspflichten, sofern diese Bagatelldarakter aufweisen. Auch das Bundesverfassungsgericht verlangt nämlich, dass der Gesetzgeber Strafnormen nicht beliebig einsetzt, sondern nur dort zur Anwendung bringt, wo er im Blick auf den *ultima-ratio*-Grundsatz ein in besonderer Weise *sozialschädliches* Verhalten unterbinden will.²⁵⁹⁰ Diesen Anforderungen werden Strafvorschriften nicht gerecht, die allein auf die Absicherung und Ökonomisierung des Verwaltungsverfahrens abzielen.²⁵⁹¹ Besonders deutlich erkennbar ist dies bei den Verstößen gegen Zuweisungsverfügungen oder Wohnsitzauflagen (§ 85 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 AsylG). Denn insoweit wird lediglich ein behördliches Organisationsinteresse – pointierter formuliert: die Erleichterung behördlicher Überwachungs- und Arbeitsabläufe – geschützt, während die mit den durch das strafbewehrte Verhalten missachteten Vorschriften verfolgten Zwecke nicht substantiell berührt werden.²⁵⁹² Auch wenn das Bundesverfassungsgericht insoweit einen großzügigen Maßstab anlegt und dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum einräumt, ist hervorzuheben, dass die Kriminalisierung schlichten Verwaltungsungehorsams unverhältnismäßig ist und daher vom Gesetzgeber

2588 Vgl. zu den Ursprüngen im US-amerikanischen Verfassungsrecht, Kritik und der Weiterentwicklung *Penney*, Minnesota Law Review 2022, 1451, 1454, 1465 ff. m.w.N.

2589 Im Kontext der Seenotrettung bereits *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 97 m.w.N.; zur Problematik vgl. auch *Zirulia*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), Controlling Immigration Through Criminal Law, 2021, 235, 253; *Zirulia*, Waiting for Kinsa, Verfassungsblog v. 10. Juni 2024, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/waiting-for-kinsa/>>.

2590 BVerfGE 120, 224, 239 f.; siehe bereits BVerfG NJW 1993, 1751, 1754; NVwZ 1997, 1109, 1111.

2591 Zum fehlenden Rechtsgutsbezug bereits oben B. II. 3. b). Ebenfalls kritisch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Vor Rn. 1.

2592 Vgl. dazu oben E. III. 1. b) aa) und cc).

zurückgenommen und bei künftigen Reformüberlegungen unterlassen werden sollte.²⁵⁹³

Das geltende Migrationsstrafrecht stößt jedoch nicht nur an verfassungsrechtliche Grenzen. Auch mit dem Unions- und dem Völkerrecht ergeben sich Friktionen. Bereits ausführlich dargelegt worden ist, dass sich aus dem Vorrang der Rückführungsrichtlinie eine deutliche Einschränkung der praktischen Durchführbarkeit von Strafverfahren wegen unerlaubter Einreise und unerlaubten Aufenthalts ergibt.²⁵⁹⁴ Hinzu kommt, dass die humanitäre Unterstützung von Flüchtlingen auch nach den Wertungen des Unions- und Völkerrechts nicht kriminalisiert werden darf. Wie bereits dargelegt wurde, intendieren weder die EU-Richtlinie zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt (RL 2002/90/EG) noch das Zusatzprotokoll zur Palermo-Konvention (Schleuser-Protokoll) eine Kriminalisierung der Migranten selbst noch ihrer genuin humanitär motivierten Unterstützer.²⁵⁹⁵ Eine solche stünde auch im Widerspruch zur Europäischen Grundrechte-Charta sowie den Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Genfer Flüchtlingskonvention. Die derzeitige deutsche Gesetzeslage reflektiert dies nur unzureichend und überlässt die Auflösung entsprechender Widersprüche der Rechtsprechung. Insbesondere wird in §§ 95 bis 97 AufenthG nicht hinreichend deutlich zwischen Fluchtmigration und anderweitig motivierter – und damit nicht nach der Genfer Flüchtlingskonvention privilegierter – Migration differenziert. Lediglich § 95 Abs. 5 AufenthG deutet an, dass insoweit eine unterschiedliche Beurteilung geboten ist. Auch die Straflosigkeit humanitärer Hilfe ergibt sich nur durch eine vergleichsweise voraussetzungsvolle Auslegung der Strafvorschriften. Dies schafft vermeidbare Unsicherheiten. Auch insoweit ist dem Gesetzgeber zu einer gesetzlichen Klarstellung zu raten. Vorbilder existieren auch innerhalb der Europäischen Union, insbesondere haben einige – wenn auch wenige – Staaten von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die humanitäre Unterstützung von Migranten straffrei zu stellen.²⁵⁹⁶

II. Das deutsche Migrationsstrafrecht und der „Crimmigration“-Diskurs

Bislang wurde das Migrationsstrafrecht vor allem von einem normativen Standpunkt aus beleuchtet. Der Einsatz des Strafrechts als Mittel der Migrationskontrolle wird seit einiger Zeit aber auch aus einer kriminologischen Perspektive kritisch diskutiert,

2593 In diese Richtung auch *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. II. In einer internationalen Perspektive vgl. auch *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 60 f.

2594 Dazu oben C. III. 3.

2595 Vgl. dazu zusammenfassend C. V.

2596 Vgl. *Zirulia*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235, 240 f.

wobei sich international der Begriff der „Crimmigration“ etabliert hat. Beschrieben wird damit die zunehmende Konvergenz von Migrations- und Kriminalitätskontrolle.²⁵⁹⁷ Problematisiert wird neben der Kriminalisierung des Migrationsvorgangs auch die umgekehrte Tendenz, das Migrationsrecht als Mittel der Kriminalitätskontrolle einzusetzen, vor allem durch Möglichkeiten der Ausweisung, Abschiebung und Überwachung ausreisepflichtiger Ausländer; daneben wird der Einsatz genuin strafrechtlicher Instrumente, wie etwa Abschiebehaft und Ausreisegewahrsam, im Bereich des Migrationsrechts kritisch erörtert.²⁵⁹⁸ Die beschriebene Konvergenz ist, wie sich aus der Darstellung der Entwicklungslinien in Teil A. dieser Untersuchung ergibt, jedenfalls für das deutsche Recht keine neuartige Entwicklung – Straf- und Ausweisungsrecht waren bereits im Reichsstrafgesetzbuch eng verwoben, die Abschiebung und die Abschiebehaft bereits in der Ausländerpolizeiverordnung 1938 vorgesehen und auch die Kriminalisierung von unerlaubter Einreise und unerlaubtem Aufenthalt wurde in dieser Zeit konturiert.²⁵⁹⁹ Deutschland kann daher gewissermaßen als „Vorreiter“ des Phänomens „Crimmigration“ bezeichnet werden. Gleichwohl ist zu konstatieren, dass diese Perspektive lange Zeit in der deutschen kriminologischen Forschung keine nähere Aufmerksamkeit erfahren hat und vielfach erst über die Rezeption anglo-amerikanischer Forschungsliteratur, welche darin ein vergleichsweise neues Phänomen zu sehen scheint,²⁶⁰⁰ allmählich Eingang in den deutschen Diskurs findet.²⁶⁰¹

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem „Crimmigration“-Diskurs ist im Rahmen dieser Untersuchung nicht möglich. Insbesondere eine detaillierte Befassung mit

2597 Grundlegend *Stumpf*, *American University Law Review* 2006, 367 ff.; ferner *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417 ff.; *Althoff/Graebisch*, *KrimJ* 2022, 3 f.; *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 55; *Graebisch*, *KrimOJ* 2019, 75, 76; *Phillips/Bowling/Parmer*, in: *Liebling/Maruna/McAra* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Criminology*, 7. Aufl. 2023, 329, 338; *van der Woude/van der Leun/Nijland*, *Law & Social Inquiry* 2014, 560, 562 f.; *van der Woude*, *KrimJ* 2022, 36, 39; *Stumpf*, in: *Franko Aas/Bosworth* (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 58, 61 f. Siehe auch EGMR, Urt. v. 22.11.2016 (*Elmi and Abubakar v. Malta*, Grand Chamber), Sondervotum *Albuquerque*, paras 2 ff.

2598 Vgl. *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 7, 55 f., 58 ff., 67 ff.; *Graebisch*, *KrimOJ* 2019, 75 ff.; *van der Woude*, *KrimJ* 2022, 36, 39; *Stumpf*, in: *Franko Aas/Bosworth* (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 58, 61.

2599 Siehe oben A. II. 2.

2600 Vgl. *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 7: „[i]n recent decades“; *Spena*, *Criminal Law and Philosophy* 2014, 635, 636 („recent years“); für die Niederlande vgl. *van der Woude/van der Leun/Nijland*, *Law & Social Inquiry* 2014, 560, 567 ff., die darlegen, dass insbesondere die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts erst 2011 eingeführt wurde. Demgegenüber weist *Stumpf*, *American University Law Review* 2006, 367, 384, zwar auf die Kriminalisierung der unerlaubten Einreise in die USA als „misdemeanor“ hin, sieht aber eine starke Vermehrung migrationsstrafrechtlicher Tatbestände in jüngeren Jahrzehnten („In recent decades, the number and types of immigration-related acts that carry criminal consequences have proliferated“).

2601 Zutreffend allerdings der Hinweis von *Graebisch*, *KrimOJ* 2019, 75, 78 f., auf Diskussionen in diesem Kontext, insbesondere zur Ausweisung als Konsequenz der Straftatbegehung, die freilich nicht unter dem Label „crimmigration“ geführt wurden.

der „Versicherheitlichung“²⁶⁰² des Migrationsrechts und dem Ineinandergreifen von Strafrecht und Ausweisungsrecht führte an dieser Stelle²⁶⁰³ zu weit.²⁶⁰⁴ Von Interesse sind dagegen die erheblichen gesellschaftlichen Folgewirkungen, die mit dem gesetzgeberischen Ansatz, Migration mit den Mitteln des Strafrechts kontrollieren, steuern und begrenzen zu wollen, einhergehen. Drei Aspekte, welche die Dringlichkeit einer Neujustierung des geltenden Migrationsstrafrechts unterstreichen, sind dabei hervorzuheben: Die Gefahr rassifizierender Kontroll- und Polizzierungspraktiken, das *Framing* von Fluchtmigration als „irreguläre“ Migration und die dem Migrationsstrafrecht zugrunde liegende Exklusionslogik.

Hervorzuheben ist zunächst die Gefahr rassifizierender Kontroll- und Polizzierungspraktiken.²⁶⁰⁵ Den Straftatbeständen der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG) ist nämlich gemein, dass sie gewissermaßen „intuitiv“ dazu veranlassen, migrantisch gelesene Personen zu verdächtigen.²⁶⁰⁶ Da die Tatbestände nur von Ausländern verwirklicht werden können, fokussiert sich die Verdachtsgewinnung und die sich anschließende Tatsachenermittlung von vornherein auf Personen, die dem „Profil“ des Ausländers entsprechen könnten. Dabei wird in der Praxis nicht selten an phänotypische und damit rassifizierende Kriterien angeknüpft, sodass faktisch ein „racial profiling“ stattfindet, das als solches im Gesetz angelegt ist.²⁶⁰⁷ Perpetuiert wird die Unterscheidung von Deutschen im Gegensatz zu Ausländern anhand äußerlicher körperlicher Merkmale. Dies ist angesichts der zunehmend diversen Migrationsgesellschaft der Bundesrepublik nicht nur

2602 Althoff/Graebisch, KrimJ 2022, 3, 9 f.; vgl. auch Aliverti, Theoretical Criminology 2012, 417, 421 ff.; Franko, The Crimmigrant Other, 2020, 35 f.; vgl. zu der Situation in den Niederlanden, die sich in den europäischen und globalen Trend einfügt, van der Woude/van der Leun/Nijland, Law & Social Inquiry 2014, 560 ff.

2603 Zur Berücksichtigung aufenthaltsrechtlicher Folgen bei der Strafzumessung siehe bereits Epik, StV 2017, 268 ff.; vgl. ferner Walburg, NK 2016, 378 ff.

2604 Das Wechselspiel zwischen Strafrecht und Ausweisungsrecht weist im Blick auf § 54 Abs. 1 Nr. 1c, Abs. 2 Nr. 3 AufenthG aber durchaus eine spezifisch migrationsstrafrechtliche Komponente auf, weil insoweit unmittelbar an §§ 96, 97 AufenthG angeknüpft wird. Zudem wird von einzelnen Verwaltungsgerichten vertreten, dass auch die Verurteilung wegen eines Begleitdelikts einer unerlaubten Einreise (insbesondere Urkundendelikte), welche nach herrschender Meinung nicht von Art. 31 Abs. 1 GFK erfasst werden, ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG begründen könnte (VG München, Urt. v. 27.3.2019 – 25 K 16.3931, BeckRS 2019, 7630, wobei die Ausweisungsverfügung unter der Bedingung stand, dass eine Anerkennung als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter unterbleibt).

2605 Vgl. Bowling/Westenra, in: Bosworth/Parmar/Vázquez (Hrsg.), Race, Criminal Justice, and Migration Control, 2018, 61, 67 ff.; Franko, The Crimmigrant Other, 2020, 64 f.; Melossi, Crime, punishment and migration, 2015, 57 f., der in der Kontrolle von Migration eine „background resource“ für die Polizei identifiziert, auf die diese zurückgreife, sofern es ihr als nützlich erscheine.

2606 Vgl. Graebisch, KrimOJ 2019, 75, 80 f.; in internationaler Perspektive auch Franko, The Crimmigrant Other, 2020, 64 f.

2607 Vgl. Althoff/Graebisch, KrimJ 2022, 3, 5; Graebisch, KrimOJ 2019, 75, 81. Zu entsprechenden Praktiken auf Grundlage des Tatbestandes „driving whilst unlawfully in the United Kingdom“ (Section 44 Immigration Act 2016) vgl. Bowling/Westenra, in: Bosworth/Parmar/Vázquez (Hrsg.), Race, Criminal Justice, and Migration Control, 2018, 61, 70.

tatsächlich schief, sondern aufgrund des damit verbundenen stereotypen Bildes des „Deutschen“ – und umgekehrt des „Ausländers“ – problematisch, insbesondere weil es durch staatliche Hoheitsträger normalisiert und damit gesellschaftlich anschlussfähig gemacht wird.²⁶⁰⁸ Vor allem das Dauerdelikt des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) ist dabei geeignet, eine disproportionale Polizierung migrantisch gelesener Personen zu befördern, da der Tatbestand letztlich an die bloße Präsenz des Betroffenen – also an sein „Da-Sein“ – und nicht an ein konkretes Verhalten anknüpft,²⁶⁰⁹ sodass selbst ohne konkreten Verdacht einer weiteren Straftatbegehung „verdachtsabhängige“ Kontrollen im Blick auf einen möglichen unerlaubten Aufenthalt gerechtfertigt werden können.²⁶¹⁰ Auf diese Weise steht der Polizei neben dem Polizei- und Ordnungsrecht, das hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlagen wiederum oftmals an die Tatbestände des Migrationsstrafrechts anknüpft, deren Verletzung eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit bewirkt, zugleich der Rückgriff auf die Ermächtigungsgrundlagen der Strafprozessordnung zur Verfügung. Für migrantisch gelesene Personen bedeutet dies freilich, dass sie disproportional von polizeilichen Kontrollen betroffen und einem latenten Verdacht ausgesetzt sind.²⁶¹¹

Die Kriminalisierung von Migrationsvorgängen, insbesondere der unerlaubten Einreise, bewirkt zudem, dass gerade auch Fluchtmigration entgegen der eindeutigen Wertung des Völkerrechts als „irregulär“, „illegal“ oder gar „kriminell“ gerahmt und etikettiert werden kann. Tatsächlich unterfällt zunächst auch ein Flüchtling, der ohne Pass oder Aufenthaltstitel in die Bundesrepublik einreist, dem Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 AufenthG.²⁶¹² Auf dem Boden der herrschenden Meinung soll er damit sogar ein grundsätzlich vorwerfbares Unrecht begehen; lediglich das Strafbedürfnis entfalle im Blick auf Art. 31 Abs. 1 GFK. Damit sendet das deutsche Migrationsstrafrecht das Signal, dass auch Flüchtlinge durch die pass- oder aufenthaltstitellose Einreise grundsätzlich *Unrecht* begehen.²⁶¹³ Dies wiederum bewirkt im gesellschaftspolitischen Diskurs, dass letztlich nur noch zwischen „regulärer“ Migration durch Personen, die entweder keines Aufenthaltstitels bedürfen oder einen solchen besitzen, und „irregulärer“ Migration, zu der auch die Einreise von Flüchtlingen – die von vornherein keinen Aufenthaltstitel erhalten, weil die Bundesrepublik Asylvisa nicht ausstellt – gehört, differenziert und Fluchtmigration damit als zu unterbindendes Übel dargestellt wird. Durch diese Narrativbildung können

2608 Vgl. *Belina/Keitzel*, KrimJ 2018, 18; ebenfalls kritisch *Graebisch*, KrimOJ 2019, 75, 81, 83.

2609 Dazu oben E. II. 1. b) bb) (4); *Graebisch*, KrimOJ 2019, 75, 80.

2610 Vgl. *Melossi*, Crime, punishment and migration, 2015, 57 f.

2611 Vgl. zur „Allgegenwärtigkeit der Grenze“ *Graebisch*, KrimOJ 2019, 75, 79 ff., 83: „Im Ergebnis führt die Verbindung zwischen Straftatbeständen im Migrationsrecht und polizeirechtlichen Eingriffsbefugnissen zu permanenter Kontrollierbarkeit potentiell krimmigrantischer Subjekte.“

2612 Dazu oben E. II. 1. a).

2613 Vgl. dazu oben C. IV. 2. b).

wiederum Empathie und Hilfsbereitschaft gegenüber Flüchtlingen als Unterstützung „irregulärer“ Migration diskreditiert werden und gelingt es, Asylrechtsverschärfungen zu begründen, ohne die tatsächliche Notsituation der betroffenen Flüchtlinge offen adressieren zu müssen.²⁶¹⁴ Ist der „irreguläre“ Migrant erst einmal Straftäter, darf der Staat ihn auch mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts verfolgen. Dass er erst durch die staatliche Kriminalisierungsentscheidung zu einem solchen Straftäter „gelabelt“ wird, bleibt dabei regelmäßig außer Acht.²⁶¹⁵

Besonders deutlich tritt diese Diskursverschiebung im Blick auf den Tatbestand des Einschleusens von Ausländern (§ 96 AufenthG) hervor. Im politischen Diskurs wie auch medial ist das Narrativ der international vernetzten, skrupellosen Schleuser und Schlepper, die aus reinem Profitstreben handeln und maßgeblich zu „irregulärer“ Migration beitragen, seit Jahrzehnten fest etabliert.²⁶¹⁶ Das allgemeine²⁶¹⁷ Framing der Schleusung als transnationale organisierte Kriminalität erleichtert es dem Gesetzgeber, sein zunehmend repressives Vorgehen gegen „irreguläre“ Migration als Kampf gegen organisierte Kriminalität – auch zum Schutz der Migranten²⁶¹⁸ – zu präsentieren und dadurch zu legitimieren.²⁶¹⁹ Dabei wird ausgeblendet, dass der Tatbestand deutlich weiter gefasst ist und sich gerade nicht ausschließlich darauf beschränkt, ausbeuterische, besonders gefährliche oder mit einer unwürdigen oder unmenschlichen Behandlung einhergehende Schleusungen zu erfassen.²⁶²⁰ Im Gegenteil sind insbesondere im Bereich der Anstiftung oder Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise durch § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG auch Fälle altruistischer, gar dezidiert humanitärer Unterstützung vom Tatbestand umfasst.²⁶²¹ Gleichwohl wurde § 96 AufenthG als Ganzes wiederholt verschärft und diese Verschärfung mit der besonderen Gefährlichkeit von Schleusungen sowie ihrem Beitrag zu „irregulärer Migration“ verbunden. Unberücksichtigt bleibt dabei, dass Flüchtlinge sowohl historisch als auch gegenwärtig oftmals nur mit Unterstützung in Sicherheit gelangen konnten und können. Welch problematische Folgen die pauschale Stilisierung von Fluchthelfern – seien es professionell organisierte und gegen Vorteil handelnde oder

2614 Im Zusammenhang mit der Versicherheitlichung auch *Althoff/Graebisch*, KrimJ 2022, 3, 10; *Bauman*, *Strangers at Our Door*, 2016, 35; *Trinh*, *Die Strafbarkeit der Fluchthilfe*, 2021, 83 ff.

2615 Genau darauf weisen freilich die *crimmigration scholars* vielfach hin, vgl. etwa *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417, 427; *Althoff/Graebisch*, KrimJ 2022, 3, 8; *Bowling/Westenra*, in: *Bosworth/Parmar/Vázquez* (Hrsg.), *Race, Criminal Justice, and Migration Control*, 2018, 61, 67; *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 9 f.

2616 Exemplarisch BT-Drs. 9/847, S. 12; BT-Drs. 20/10090, S. 18 ff.; vgl. *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 136 ff.; *Punzo/Scaglione*, *Beyond borders: exploring the impact of Italian migration control policies on Mediterranean smuggling dynamics and migrant journeys*, *Trends in Organized Crime* 2024.

2617 Differenzierend *Trinh*, *Die Strafbarkeit der Fluchthilfe*, 2021, 69 ff.

2618 Art. 2 Zusatzprotokoll.

2619 Vgl. *Gallagher*, in: *Boister/Currie* (Hrsg.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, 2014, 187, 188 f.; *Hathaway*, *Virginia Journal of International Law* 2008–09, 1, 26, 58.

2620 Dazu oben B. II. 3. d) aa).

2621 Dazu im Einzelnen oben E. V. 1. b) aa) (1) (c) (iii).

rein humanitär motivierte und ohne jeden Vorteil agierende – zu Schleusern haben kann, lässt sich seit geraumer Zeit in Italien beobachten, wo Nichtregierungsorganisationen, die sich im Rahmen der Seenotrettung engagieren, als „Schleuser“ oder „Schlepper“ diskreditiert werden, teils auf höchster politischer Ebene.²⁶²² Ähnliche Tendenzen lassen sich auch in Deutschland ausmachen, auch wenn entsprechende Äußerungen derzeit noch vor allem im rechtsextremen Spektrum zu verorten sind.²⁶²³ Die damit einhergehende, durch Strafbarkeitsrisiken verstärkte Gefahr eines *chilling effects* trifft vor allem schutzbedürftige und vulnerable Flüchtlinge, die auf zivilgesellschaftliche Unterstützung angewiesen sind.²⁶²⁴

Schließlich liegt dem Migrationsstrafrecht eine kaum zu verkennende Exklusionslogik zugrunde: Es soll „unerwünschte Fremde“ von vornherein abhalten – und wenn dies nicht gelingt, an einer Integration in die deutsche Gesellschaft hindern. Deutlich sichtbar wird dies anhand der Kriminalisierung papierloser Personen durch den Straftatbestand des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) in Verbindung mit der Strafbarkeit der Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 27 StGB). Sie bewirkt einen nahezu vollständigen Ausschluss der Betroffenen aus der Gesellschaft, indem sie vom regulären Arbeits- und Wirtschaftsleben ferngehalten werden, da ihre Beschäftigung auf legalem Wege nicht möglich ist.²⁶²⁵ Jeder Kontakt mit Behörden ist für papierlose Personen mit erheblichen Risiken belastet. Selbst Sozialleistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, einschließlich des Zugangs zu medizinischer Akutversorgung, können von ihnen faktisch nicht in Anspruch genommen werden, da die zuständigen Behörden nach § 87 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG einer Pflicht zur Meldung gegenüber der Ausländerbehörde unterliegen, wenn sie im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Aufgaben Kenntnis vom unerlaubten Aufenthalt eines Ausländers erlangen.²⁶²⁶ Von dieser Meldepflicht sind lediglich Schulen sowie Bildungs- und Erziehungseinrichtungen

2622 Vgl. Caprioglio/Heyer/Taylor, *Solidarity as 'organised crime': the criminalisation of facilitation in Italy*, *Border Criminologies* v. 14. Juni 2023, abrufbar unter: <<https://blogs.law.ox.ac.uk/border-criminologies-blog/blog-post/2023/06/solidarity-organised-crime-criminalisation-facilitation>>; Mentasti, *New Journal of European Criminal Law* 2022, 502, 507 ff.; Minetti, *New Journal of European Criminal Law* 2020, 335, 340 ff.; Zirulia, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235, 242 ff.; Zirulia/Martinico, in: Stoyanova/Smet (Hrsg.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, 2022, 259, 272 ff.

2623 Beispielhaft Antrag der AfD-Fraktion „Keine Unterstützung von Schlepperei, Schleusungen und Menschenhandel im Mittelmeer“ v. 17. Oktober 2023, BT-Drs. 20/8872.

2624 Im Jahr 2024 wurden mehr als 12.000 Personen durch zivile Schiffe aus Seenot im Mittelmeer gerettet, vgl. SOS Humanity, *Jahreschronik Seenotrettung im Mittelmeer 2024*, abrufbar unter <<https://sos-humanity.org/presse/jahreschronik-2024/>>.

2625 Dazu oben E. II. 5.

2626 Vgl. Kluth, ZAR 2013, 182 ff.; Kompatscher/Mayr, ZAR 2022, 401 ff.; Katholisches Forum Leben in der Illegalität, *Positionspapier: Forderung der Gewährleistung der Gesundheitsversorgung für Menschen in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität in Deutschland*, Februar 2017, S. 2, abrufbar unter: <https://www.dkk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/presse_alt/presse_2017/2017-050b-Positionspapier-Forum-Illegalitaet_Gesundheitsversorgung.pdf>.

ausgenommen (§ 87 Abs. 1 AufenthG). Da auch Personen, die in Kenntnis des Aufenthaltsstatus papierlose Personen unterstützen, auf Grundlage der herrschenden Meinung in unterschiedlichen Situationen in die Gefahr geraten können, sich wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt strafbar zu machen,²⁶²⁷ bewirkt die Kriminalisierung des unerlaubten Aufenthalts auch in dieser Perspektive eine Isolierung papierloser Personen. In dieser Situation sind die Betroffenen nicht nur in besonderem Maße vulnerabel; ihr Ausschluss aus dem wirtschaftlichen und sozialen Leben *kann* auch ein Umstand sein, der sie zu delinquentem Verhalten veranlasst.²⁶²⁸

Die Exklusionslogik hat daher nachteilige Wirkungen nicht nur für die Betroffenen, sondern die Gesellschaft insgesamt. Sie bereitet aber auch in einer straftheoretischen Perspektive Schwierigkeiten: Da eine Integration in die deutsche Gesellschaft für die Betroffenen weder *de jure* noch *de facto* angestrebt wird, lässt sich ihre Bestrafung nicht mit positiv-spezialpräventiven Erwägungen rechtfertigen.²⁶²⁹ Auch die Theorie der positiven Generalprävention lässt sich – jedenfalls in ihrer integrationspräventiven Ausformung – kaum mit der Exklusionslogik des Migrationsstrafrechts vereinbaren.²⁶³⁰ Was bleibt, sind negativ-spezial- und -generalpräventive Abschreckungskalküle, wobei entsprechende Effekte durch eine Bestrafung Einzelner für die Umsetzung ihrer Migrationsentscheidung kaum eintreten dürften; die migrations(straf)rechtliche Exklusion, nicht die strafrechtliche Verurteilung und Bestrafung, wird insoweit handlungsleitend sein.²⁶³¹

III. Regelungsvorschlag und Erläuterungen

Nach alledem ist festzustellen, dass eine Migrationspolitik, die den öffentlichkeitswirksamen, kostengünstigen und vergleichsweise schnellen Weg geht, auf das Strafrecht als Migrationskontrollinstrument zu setzen,²⁶³² erhebliche Nachteile mit sich

2627 Dazu oben E. II. 5.

2628 Vgl. zur Relevanz des Aufenthaltsstatus für die Kriminalitätsbelastung *Marie/Pinotti*, *Journal of Economic Perspectives* 2024, 181, 194 f.; für die Niederlande *Leerkes/Engbersen/van der Leun*, *Crime, Law & Social Change* 2012, 15, 32 f., wobei der unterschiedliche aufenthaltsrechtliche Regelungsrahmen zu berücksichtigen ist. Umgekehrt kann das langfristige Leben ohne gültige Aufenthaltspapiere gerade dazu veranlassen, sich in besonderem Maße unauffällig und rechtstreu zu verhalten. Eine aktuelle, auf die Lebenssituation in Deutschland bezogene wissenschaftliche Untersuchung fehlt jedoch. Aus den Hellfelddaten der Polizeiliche Kriminalstatistik wird jedoch auch für Deutschland ein Zusammenhang zwischen Aufenthaltsstatus und Kriminalitätsbelastung abgeleitet, vgl. *Neumann et al.*, Analyse der Entwicklung der Kriminalität von zugewanderten Personen in Schleswig-Holstein zwischen 2013 und 2019 – Eine Studienfortsetzung, KFN-Forschungsbericht Nr. 161, S. 102 ff.

2629 Zutreffend *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 198, vgl. auch *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417, 428; *Aliverti*, *Crimes of Mobility*, 2013, 137 f.; *Zedner*, in: Franko Aas/Bosworth (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 40, 48.

2630 Vgl. *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 198.

2631 Vgl. *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 198 f.; vgl. auch *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417, 429; *Aliverti*, *Crimes of Mobility*, 2013, 137 f.

2632 Vgl. dazu *Walburg*, NK 2016, 378, 387.

bringt. Sie gerät inzwischen zunehmend an verfassungs-, unions- und völkerrechtliche Grenzen. Auch in rechtstatsächlicher Perspektive birgt sie erhebliche Risiken. Hinzu kommt, dass die politischen Akteure auf diese Weise zwar Entschlossenheit und Handlungsfähigkeit demonstrieren können, in der Realität aber eine echte Steuerungs-, Kontroll- oder gar Begrenzungswirkung nicht zu erwarten ist. Migranten werden die Strafvorschriften regelmäßig nicht kennen, sich von ihnen aber auch nicht abschrecken lassen, vor allem, wenn sie vor Gefahren für Leib oder Leben fliehen oder vor derart prekären Verhältnissen, dass selbst ein (angesichts der Strafdrohungen unwahrscheinlicher) Freiheitsentzug in Deutschland keine Abschreckungswirkung entfaltet.²⁶³³ Selbst § 96 AufenthG wird mit seinen empfindlichen Strafdrohungen allenfalls humanitäre Helfer, denen im Blick auf die Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe auch im Falle altruistischen Handelns (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG) der Verlust ihrer bürgerlichen Existenz droht, davon abhalten, sich für Flüchtlinge zu engagieren. Dass sich die eigentlich ins Visier genommenen „professionellen Schleuser“ von der Möglichkeit, sich vor einem deutschen Gericht verantworten zu müssen, werden abhalten lassen, scheint dagegen eher fernliegend. Dies hat zur Folge, dass es sich in zentralen Bereichen um symbolisches Strafrecht handelt, das zur Lösung der eigentlichen Herausforderungen keinen substanziellen Beitrag zu leisten vermag, dafür aber hohe Folgekosten mit sich bringt. Wird die Symbolhaftigkeit entsprechender Maßnahmen erkannt, droht perspektivisch zudem ein Vertrauensverlust der Bevölkerung in die tatsächliche Handlungsfähigkeit der demokratischen Politiker im Bereich der Migrationspolitik.

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden ein Regelungsvorschlag unterbreitet, der die Ergebnisse dieser Untersuchung aufnimmt. Ziel des Vorschlags ist es, eine rechtsgutsorientierte, verhältnismäßige und mit dem Unions- und Völkerrecht vereinbare Neujustierung vorzunehmen. Er folgt daher drei wesentlichen Grundsätzen:

- Nur ein Verhalten, das ein anerkanntes Individual- oder Kollektivrechtsgut konkret oder abstrakt gefährdet, kann legitimerweise mit Strafe bedroht werden;
- Strafvorschriften müssen dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen, verhältnismäßig sein und dürfen weder dem Unionsrecht noch dem für die Bundesrepublik verbindlichen Völkerrecht widersprechen;
- Supra- und transnationale Pönalisierungspflichten müssen vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt werden.²⁶³⁴

2633 Zutreffend der Hinweis von *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 199: „[...] denn was die Migranten ja im Kern fürchten, ist nicht die Bestrafung, sondern Exklusion durch Zurückweisung.“

2634 Die Bundesregierung sollte jedoch darauf hinwirken, dass diese Pönalisierungspflichten so gefasst werden, dass keine unverhältnismäßigen, vom Rechtsgüterschutz losgelösten Strafvorschriften erlassen werden müssen.

Nach einer synoptischen Darstellung des Regelungsvorschlags wird dieser zusammenfassend erläutert.

1. Regelungsvorschlag – Synopse

Gegenwärtige Gesetzesfassung ²⁶³⁵	Regelungsvorschlag
§ 95 AufenthG (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. entgegen § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 48 Abs. 2 sich im Bundesgebiet aufhält, 2. ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Absatz 1 Satz 1 sich im Bundesgebiet aufhält, wenn a) er vollziehbar ausreisepflichtig ist, b) ihm eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist und c) dessen Abschiebung nicht ausgesetzt ist, 3. entgegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 in das Bundesgebiet einreist, 4. einer vollziehbaren Anordnung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 oder § 47 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 zuwiderhandelt, 5. entgegen § 49 Abs. 2 eine Angabe nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht, sofern die Tat nicht in Absatz 2 Nr. 2 mit Strafe bedroht ist, 6. entgegen § 49 Abs. 10 eine dort genannte Maßnahme nicht duldet, 6a. entgegen § 56 Absatz 1 Satz 1 eine Meldung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig macht, 6b. einer vollziehbaren Anordnung nach § 56 Absatz 1 Satz 2, Absatz 3 oder Absatz 4 zuwiderhandelt, 6c. einer räumlichen Beschränkung nach § 56 Absatz 2 zuwiderhandelt,	§ 95 AufenthG (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. einer vollziehbaren Anordnung nach § 46 Absatz 2 Satz 1 oder 2 oder § 47 Absatz 1 Satz 2 oder Absatz 2 zuwiderhandelt, 2. entgegen § 56 Absatz 1 Satz 1 eine Meldung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig macht, 3. einer vollziehbaren Anordnung nach § 56 Absatz 1 Satz 2, Absatz 3 oder Absatz 4 zuwiderhandelt, 4. einer räumlichen Beschränkung nach § 56 Absatz 2 zuwiderhandelt, 5. im Bundesgebiet einer überwiegend aus Ausländern bestehenden Vereinigung oder Gruppe angehört, deren Bestehen, Zielsetzung oder Tätigkeit vor den Behörden geheim gehalten wird, um ihr Verbot abzuwenden. (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. entgegen § 11 Absatz 1 a) in das Bundesgebiet einreist oder einzureisen versucht oder b) sich darin aufhält, sofern das Einreise- und Aufenthaltsverbot aufgrund einer Ausweisung oder aufgrund einer Abschiebungsanordnung nach § 58a erlassen wurde; 2. einer vollstreckbaren gerichtlichen Anordnung nach § 56a Absatz 1 zuwiderhandelt und dadurch die kontinuierliche Feststellung seines Aufenthaltsortes durch eine in § 56a Absatz 3 genannte zuständige Stelle verhindert oder

²⁶³⁵ Stand: 15. Dezember 2025.

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
7. wiederholt einer räumlichen Beschränkung nach § 61 Abs. 1 oder Absatz 1c zuwiderhandelt oder 8. im Bundesgebiet einer überwiegend aus Ausländern bestehenden Vereinigung oder Gruppe angehört, deren Bestehen, Zielsetzung oder Tätigkeit vor den Behörden geheim gehalten wird, um ihr Verbot abzuwenden. (1a) Ebenso wird bestraft, wer 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 Nummer 1 besitzt. (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. entgegen § 11 Absatz 1 oder in Zuwiderhandlung einer vollziehbaren Anordnung nach § 11 Absatz 6 Satz 1 oder Absatz 7 Satz 1 a) in das Bundesgebiet einreist oder b) sich darin aufhält, 1a. einer vollstreckbaren gerichtlichen Anordnung nach § 56a Absatz 1 zuwiderhandelt und dadurch die kontinuierliche Feststellung seines Aufenthaltsortes durch eine in § 56a Absatz 3 genannte zuständige Stelle verhindert oder 2. unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. (3) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 und der Absätze 1a und 2 Nr. 1 Buchstabe a ist der Versuch strafbar. (4) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 2 Nr. 2 bezieht, können eingezogen werden.	3. unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden, oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. <i>(3) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 2 Nummer 3 bezieht, können eingezogen werden.</i> <i>(4) In Fällen des Absatzes 2 Nummer 2 wird die Tat nur auf Antrag einer dort genannten zuständigen Stelle verfolgt.</i> (5) Artikel 31 Absatz 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge bleibt unberührt.

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
(5) Artikel 31 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge bleibt unberührt. (6) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 und 3 steht einem Handeln ohne erforderlichen Aufenthaltstitel ein Handeln auf Grund eines durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Aufenthaltstitels gleich. (7) In Fällen des Absatzes 2 Nummer 1a wird die Tat nur auf Antrag einer dort genannten zuständigen Stelle verfolgt.	
§ 96 AufenthG (1) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet, 1. eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a zu begehen und a) dafür einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt oder b) wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelt oder 2. eine Handlung nach § 95 Absatz 1 Nummer 1 oder Nummer 2, Absatz 1a oder Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe b oder Nummer 2 zu begehen und dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt oder 3. eine Handlung nach § 9 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU zu begehen und dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt. Ebenso wird bestraft, wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche rechtswidrige Tat im Sinne des Satzes 1 Nummer 1 oder Nummer 2 begangen hat. (2) Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 1. gewerbsmäßig handelt,	§ 96 AufenthG n.F. (1) ¹Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen Ausländer 1. in einer Weise, die geeignet ist, dessen Leib oder Leben zu gefährden, bei einer unerlaubten Einreise (§ 14 Absatz 1 Nummer 1, 2 oder 3) in das Bundesgebiet unterstützt, 2. gegen den Erhalt oder das Versprechen eines Vorteils dabei unterstützt, a) im Sinne des § 14 Absatz 1 Nummer 1 oder 2 unerlaubt in das Bundesgebiet einzureisen, b) sich im Bundesgebiet ohne erforderlichen Aufenthaltstitel (§ 4 Absatz 1 Satz 1) aufzuhalten, wenn er vollziehbar ausreisepflichtig ist, ihm eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist und seine Abschiebung weder ausgesetzt ist noch ein Anspruch auf Aussetzung der Abschiebung besteht, c) entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Absatz 1 in das Bundesgebiet einzureisen oder sich darin aufzuhalten, sofern das Einreise- und Aufenthaltsverbot aufgrund einer Ausweisung oder aufgrund einer Abschiebungsanordnung nach § 58a erlassen wurde, d) unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen oder zu benutzen, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden, oder eine

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt, 3. eine Schusswaffe bei sich führt, wenn sich die Tat auf eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a bezieht, 4. eine andere Waffe bei sich führt, um diese bei der Tat zu verwenden, wenn sich die Tat auf eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a bezieht, 5. den Geschleuten einer das Leben gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt oder 6. versucht, sich im 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. Ebenso wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 zugunsten eines minderjährigen ledigen Ausländers handelt, der ohne Begleitung einer personensorgeberechtigten Person oder einer dritten Person, die die Fürsorge oder Obhut für ihn übernommen hat, in das Bundesgebiet einreist, auch wenn dieser keine vorsätzliche rechtswidrige Tat begangen hat. In minder schweren Fällen des Satzes 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. (3) Der Versuch ist strafbar. (4) Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a und Nummer 2, Satz 2, Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 2, 3, 5 und 6, Satz 2 und Absatz 3 sowie bei Einreise auf dem Landweg auch Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b sind auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates anzuwenden, wenn 1. sie den in § 95 Absatz 1 Nummer 2 oder Nummer 3 oder Absatz 2 Nummer 1 bezeichneten Handlungen entsprechen und	<i>so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr zu gebrauchen, oder</i> <i>e) unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen oder zu benutzen, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB nach dem FreizügG/EU zu beschaffen, oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr zu gebrauchen.</i> <i>² Satz 1 Nummer 1 und Nummer 2 Buchstabe a) bis c) gelten auch für die Einreise in das und den Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates, sofern die Einreise oder der Aufenthalt gegen die den Vorschriften dieses Gesetzes entsprechenden Rechtsvorschriften des jeweiligen Staates verstoßen.</i> <i>(2) ¹ Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit Satz 2,</i> <i>1. gewerbsmäßig handelt,</i> <i>2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt,</i> <i>3. eine Schusswaffe bei sich führt,</i> <i>4. eine andere Waffe bei sich führt, um diese bei der Tat zu verwenden,</i> <i>5. den Ausländer einer das Leben gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt oder</i> <i>6. versucht, sich im 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.</i> <i>² Ebenso wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit Satz 2, einen minderjährigen Ausländer unterstützt, der ohne Begleitung einer personensorgeberechtigten Person oder einer dritten Person,</i>

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
2. der Täter einen Ausländer unterstützt, der nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzt. (5) § 74a des Strafgesetzbuchs ist anzuwenden.	<i>die die Fürsorge oder Obhut für ihn übernommen hat, in das Bundesgebiet oder das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates einreist, sofern der Täter die besondere Verletzlichkeit des Minderjährigen ausnutzt.</i> (3) Der Versuch ist strafbar. (4) § 74a des Strafgesetzbuchs ist anzuwenden.
§ 97 AufenthG (1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des § 96 Abs. 1, auch in Verbindung mit § 96 Abs. 4, den Tod eines anderen Menschen verursacht. Wird in den Fällen des § 96 Absatz 1, auch in Verbindung mit § 96 Absatz 4, der Tod eines anderen Menschen wenigstens leichtfertig verursacht, ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren. (2) Mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des § 96 Abs. 1, auch in Verbindung mit § 96 Abs. 4, als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt. (3) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 Satz 1 oder des Absatzes 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr. (4) § 74a des Strafgesetzbuches ist anzuwenden.	§ 97 AufenthG (1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren wird bestraft, <i>wer in den Fällen des § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit Satz 2, den Tod eines anderen Menschen verursacht. Wird in den Fällen des § 96 Absatz 1 Nummer 1</i> der Tod eines anderen Menschen wenigstens leichtfertig verursacht, ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren. (2) Mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren wird bestraft, <i>wer in den Fällen des § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit Satz 2, als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt.</i> (3) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 Satz 1 oder des Absatzes 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr. (4) § 74a des Strafgesetzbuches ist anzuwenden.
§ 84 AsylG (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen Ausländer verleitet oder dabei unterstützt, im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen, um seine Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 zu ermöglichen. (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter	§ 84 AsylG (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen Ausländer <i>wider besseres Wissen</i> verleitet oder dabei unterstützt, im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen, um seine Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 zu ermöglichen. (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
1. für eine in Absatz 1 bezeichnete Handlung einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt oder 2. wiederholt oder zugunsten von mehr als fünf Ausländern handelt. (3) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 1. gewerbsmäßig oder 2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt. (4) Der Versuch ist strafbar. (5) Wer die Tat nach Absatz 1 zugunsten eines Angehörigen im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 1 des Strafgesetzbuches begeht, ist straffrei.	1. für eine in Absatz 1 bezeichnete Handlung einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt oder 2. wiederholt oder zugunsten von mehr als fünf Ausländern handelt. (3) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 1. gewerbsmäßig oder 2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt. (4) Der Versuch ist strafbar. (5) Wer die Tat nach Absatz 1 zugunsten eines Angehörigen im Sinne des § 11 Absatz 1 Nummer 1 des Strafgesetzbuches begeht, ist straffrei.
§ 84a AsylG (1) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des § 84 Abs. 1 als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt. (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. (3) (weggefallen)	§ 84a AsylG (1) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des § 84 Absatz 1 als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt. (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. (3) (weggefallen)
§ 85 AsylG (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. entgegen § 50 Abs. 6, auch in Verbindung mit § 71a Abs. 2 Satz 1, sich nicht unverzüglich zu der angegebenen Stelle begibt, 2. wiederholt einer Aufenthaltsbeschränkung nach § 56 oder § 59b Absatz 1, jeweils auch in Verbindung mit § 71a Abs. 3, zuwiderhandelt, 3. einer vollziehbaren Anordnung nach § 60 Abs. 2 Satz 1, auch in Verbindung mit § 71a Abs. 3, nicht rechtzeitig nachkommt,	§ 85 AsylG (weggefallen)

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
4. entgegen § 61 Abs. 1, auch in Verbindung mit § 71a Abs. 3, eine Erwerbstätigkeit ausübt, 5. entgegen § 15 Absatz 2 Nummer 1 wider besseres Wissen eine erforderliche Angabe zu seinem Alter, seiner Identität oder seiner Staatsangehörigkeit nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht, soweit nicht die Tat in Absatz 2 mit Strafe bedroht ist oder 6. entgegen § 15 Absatz 2 Nummer 4 bis 6 einen Pass, Passersatz, erforderliche Urkunden, sonstige Unterlagen oder Datenträger nicht vorlegt, aushändigt oder überlässt. (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um 1. die Anerkennung als Asylberechtigter, die Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 oder die Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 oder Absatz 7 des Aufenthaltsgesetzes zu erreichen oder 2. den Widerruf oder die Rücknahme der Anerkennung als Asylberechtigter, der Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 oder der Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 oder Absatz 7 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes abzuwenden.	
§ 9 FreizügG/EU (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB zu beschaffen oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 7 Abs. 2 Satz 1 in das Bundesgebiet einreist oder sich darin aufhält.	§ 9 FreizügG/EU (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB zu beschaffen oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, <i>wer entgegen einer rechtmäßig nach § 7 Absatz 2 Satz 1 ange-</i>

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
(3) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 1 bezieht, können eingezogen werden.	<i>ordneten Einreise- und Aufenthaltsverbot</i> in das Bundesgebiet einreist oder sich darin aufhält. (3) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 1 bezieht, können eingezogen werden.
§ 42 StAG Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung zu erschleichen.	§ 42 StAG ¹ Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung zu erschleichen. ² <i>Angaben zu Umständen, die nach § 12a außer Betracht bleiben, sind nicht wesentlich im Sinne des Satzes 1.</i>

2. Erläuterungen zum Regelungsvorschlag

a) Zu § 95 AufenthG n.F.

Im Einklang mit den Ausführungen in Teil B. der Untersuchung zur mangelnden Legitimation von einfachen Einreise- und Aufenthaltsdelikten wird im Rahmen des Regelungsvorschlags konsequent auf entsprechende Tatbestände verzichtet, einschließlich § 95 Abs. 1a AufenthG g.F.²⁶³⁶ Konsequenterweise entfällt auch § 95 Abs. 6 AufenthG g.F., für den es künftig an einer Bezugsnorm fehlt. Der Staat kann seine Souveränitätsrechte vollumfänglich mit migrationsverwaltungsrechtlichen Mitteln durchsetzen, ohne auf das Strafrecht zurückgreifen zu müssen. Damit erledigen sich auch die erheblichen praktischen Herausforderungen bei der Rechtsanwendung, die sich im Blick auf die Rückführungsrichtlinie ergeben. Etwas anderes gilt im Blick auf das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit allerdings bezüglich der durch § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG n.F. erfassten Verstöße gegen Einreise- und Aufenthaltsverbote, soweit sie auf einer Ausweisung (§ 53 AufenthG) oder Abschiebungsanordnung (§ 58a AufenthG) beruhen. In diesen Fällen ist die gesetzgeberische Prognose, dass von dem Betroffenen eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu erwarten ist, schlüssig.²⁶³⁷ Die Verhinderung einer Gefahrenkonkretisierung im Bundesgebiet durch die Strafbewehrung des Einreise- und Aufenthaltsverbots setzt zwar im Vorfeld der Rechtsgutsgefährdung an, weist aber, ähnlich wie andere Vorfelddelikte, noch einen hinreichend konkreten Bezug zu dieser auf.

Die Tatbestände des § 95 Abs. 1 Nrn. 5, 6 und 7 AufenthG g.F. werden gleichfalls ersatzlos gestrichen. Sie zielen darauf ab, dasungsverfahren abzusichern, ohne

²⁶³⁶ Siehe oben B. II. 3. a).

²⁶³⁷ Oben B. II. 3. a).

dass dieses seinerseits unmittelbar auf den Schutz hinreichend konkreter Individual- oder Kollektivrechtsgüter gerichtet wäre.²⁶³⁸ Dagegen bleiben Straftatbestände, die sich auf den Schutz von anerkannten Individual- oder Kollektivrechtsgütern zurückführen lassen, unverändert erhalten. Dies gilt insbesondere für § 95 Abs. 1 Nr. 4 und 6a bis 6c sowie Nr. 8 AufenthG g.F. und § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG g.F. Sie werden in § 95 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 AufenthG n.F. (§ 95 Abs. 1 Nr. 4, 6a bis 6c und 8 AufenthG g.F.) beziehungsweise § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG n.F. (§ 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG g.F.) überführt.

Gleichfalls als § 95 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG n.F. erhalten bleibt der bisherige § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG g.F. (Erschleichen von Aufenthaltstiteln oder Duldungen). Der Tatbestand schützt die Integrität des Verwaltungsverfahrens einerseits und das Vertrauen in die inhaltliche Richtigkeit amtlicher Dokumente andererseits und damit bedeutende Gemeinschaftsgüter.²⁶³⁹

Die bisher in § 95 Abs. 3 AufenthG g.F. geregelte Versuchsstrafbarkeit kann entfallen, da die Bezugsnormen des § 95 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 1a AufenthG g.F. gestrichen werden. Die Strafbarkeit der versuchten Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot bleibt bestehen, wird aber durch Integration in die Tatbestandsbeschreibung des § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG n.F. sichergestellt. Die Einziehungsvorschrift des § 95 Abs. 4 AufenthG g.F. wird in § 95 Abs. 3 AufenthG n.F. überführt. Das Antragserfordernis des § 95 Abs. 6 AufenthG g.F. findet sich in § 95 Abs. 4 AufenthG n.F. wieder. § 95 Abs. 5 AufenthG g.F. bleibt unverändert erhalten. Zwar ist dessen Anwendungsbereich aufgrund der umfassenden Entkriminalisierung der Einreise- und Aufenthaltsdelikte deutlich reduziert. Nach der hier vertretenen Auffassung können jedoch auch bestimmte Begleitdelikte, namentlich Urkundendelikte und Taten nach § 95 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG n.F. (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG g.F.) durch Art. 31 Abs. 1 GFK gerechtfertigt sein.²⁶⁴⁰

Die weitgehende Entkriminalisierung der Einreise- und Aufenthaltsdelikte hat Auswirkungen auf den Bußgeldtatbestand des § 98 Abs. 1 AufenthG. Nach diesem handelt ordnungswidrig, wer eine in § 95 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AufenthG g.F. bezeichnete Handlung fahrlässig begeht. Die Entkriminalisierung bewirkt die Aufhebung des bislang bestehenden Stufenverhältnisses zwischen *vorsätzlich* begangener Straftat und *fahrlässig* begangener Ordnungswidrigkeit. Es bleibt dem Gesetzgeber überlassen, ob er eine Bußgeldbewehrung der vormaligen Einreise- und Aufenthaltsdelikte für erforderlich hält. Mit der Rückführungsrichtlinie wäre dies grundsätzlich vereinbar; auch verfassungsrechtlich dürften keine Bedenken bestehen. Im Blick auf Flüchtlinge stünden allerdings die unions- und völkerrechtli-

2638 Vgl. dazu oben B. II. 3. b).

2639 Oben B. II. 3. c).

2640 Vgl. oben C. IV. 2. c).

chen Wertungen auch einer Bußgeldbewehrung entgegen, wie sich auch aus § 98 Abs. 6 AufenthG ergibt. Sollte sich der Gesetzgeber für die Bußgeldbewehrung entscheiden, könnte die vorsätzliche und fahrlässige Begehung gleichermaßen tatbestandlich erfasst werden.

b) Zu § 96 AufenthG n.F.

Die Neugestaltung des § 96 AufenthG g.F. bewegt sich im Spannungsfeld zwischen einer möglichst weitgehenden Fokussierung auf den Schutz anerkannter Individual- und Kollektivrechtsgüter, insbesondere Leib und Leben geschleuster Personen, und den fortbestehenden Pönalisierungspflichten nach Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG sowie Art. 6 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zur Palermo-Konvention. Zugleich bedingt die weitgehende Entkriminalisierung von Einreise- und Aufenthaltsdelikten eine vollständige Umgestaltung des Tatbestandes weg von einer limitiert-akzessorischen, vertypen Teilnahme an fremdem Unrecht hin zu einem eigenständigen nicht-akzessorischen Unrechtstatbestand. Diesen Anforderungen wird mit dem Regelungsvorschlag Rechnung getragen.

In § 96 Abs. 1 AufenthG n.F. wird zunächst konsequent auf einen Verweis auf andere Straftatbestände verzichtet und damit im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht, dass der Tatbestand nicht-akzessorisch angelegt ist. Im Übrigen wird nur noch zwischen zwei Nummern unterschieden. Während § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG n.F. gefährliche Schleusungen, die Leib oder Leben der Geschleusten gefährden könnten, erfassen soll und dementsprechend als Eignungsdelikt ausgestaltet ist,²⁶⁴¹ wird mit § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG n.F. sichergestellt, dass „zu Gewinnzwecken“ erfolgende Schleusungen vom deutschen Strafrecht erfasst werden und damit den Pönalisierungspflichten des Unions- und Völkerrechts genügt wird.

§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG n.F. bildet künftig den Kern des Schleusungstatbestandes. Durch die Ausgestaltung als Eignungsdelikt wird ein enger Zusammenhang mit den geschützten Individualrechtsgütern der Geschleusten (Leib und Leben) hergestellt. Dies legitimiert den Tatbestand vollumfänglich, ohne ihn an Anforderungen zu knüpfen, die skrupellos handelnde Schleuser aufgrund der Beweisanforderungen unangemessen vor Strafverfolgung schützen. Die Eignung zur Leibes- oder Lebensgefährdung wird insbesondere bei Nutzung seeuntüchtiger Boote, mangelnder Ausstattung mit Rettungswesten, sogenannten Behältnisschleusungen oder bei unzureichender Versorgung mit Nahrung und Wasser anzunehmen sein. Demgegenüber fallen humanitär motivierte Unterstützungshandlungen *in gefährlichen Situationen* nicht unter den Tatbestand, da sie das Risiko minimieren sollen und im Übrigen normativ sozialadäquat sind.

²⁶⁴¹ In diese Richtung auch der Vorschlag von Zirulia, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), Controlling Immigration Through Criminal Law, 2021, 235, 259.

§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a) bis c) AufenthG n.F. knüpft in Übereinstimmung mit Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG nur noch an die Unterstützung bei der unerlaubten Einreise und beim unerlaubten Aufenthalt an, einschließlich Verstößen gegen Einreise- und Aufenthaltsverbote nach § 11 Abs. 1 AufenthG. Die Vorschrift weist zwar auch in der vorgeschlagenen Fassung keinen hinreichend konkreten Bezug zu den geschützten Rechtsgütern auf, weil sie das Handeln gegen Vorteil genügen lässt,²⁶⁴² ist aber aufgrund der Pönalisierungspflichten aus Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG und Art. 6 Abs. 1 des Zusatzprotokolls derzeit unverzichtbar. Durch das Erfordernis des Erhalts oder Versprechenlassens eines Vorteils wird der Tatbestand unionsrechtskonform eingeschränkt. Dass nicht mehr auf einen *Vermögensvorteil* abgestellt wird, ist auf den derzeit beratenen Richtlinienentwurf zur Reform des *Facilitators Packages* zurückzuführen, der die Pönalisierungspflicht auf materielle Vorteile ausdehnt und im Regelungsvorschlag antizipiert wird.²⁶⁴³

§ 96 Abs. 1 AufenthG n.F. wird auch Art. 1 Abs. 3 RB 2002/946/JI gerecht, der eine Mindesthöchststrafe von acht Jahren vorsieht, wenn die strafbare Handlung als Handlung einer kriminellen Vereinigung begangen wurde oder bei der Begehung das Leben der geschleusten Person gefährdet wurde. Der Strafraum reicht insoweit bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. Dass Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG im Falle der Unterstützung bei der unerlaubten Einreise auch nicht-vorteilsmotivierte Hilfeleistungen grundsätzlich erfasst, zwingt nicht dazu, § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG n.F. weiter zu fassen, da insoweit altruistisch motivierte, aber ungefährliche Schleusungen als „humanitäre Unterstützung“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 RL 2002/90/EG zu qualifizieren sind, wie dies der Gesetzgeber bereits zu einer früheren Fassung von § 96 AufenthG vertreten hatte.²⁶⁴⁴

§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. d) und e) AufenthG n.F. gehen nicht auf die RL 2002/90/EG zurück. Sie sollen der gesetzgeberischen Bewertung Rechnung tragen, dass die professionelle Unterstützung beim Erschleichen von Aufenthaltstiteln und Papieren nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU nicht als bloße Teilnahme an den entsprechenden Delikten zu bewerten ist, sondern als eigenständiger Tatbestand erfasst werden sollte. Dadurch wird sichergestellt, dass dem durch die wiederholte und arbeitsteilige Unterstützung beim Erschleichen von Aufenthaltstiteln, Duldungen und anderen Papieren intensivierten Rechtsgutsangriff durch die Eröffnung eines

2642 Teilweise wird auch darauf hingewiesen, dass das Kriterium des „Vorteils“ nicht einmal geeignet sei, altruistische und eigennützige Schleusungen sicher abzugrenzen, da oftmals Motivbündel vorliegen könnten oder der Ausfall von anderen Verdienstmöglichkeiten kompensiert werden müsse, vgl. *Zirulia*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235, 258; generell kritisch gegenüber dieser Differenzierung *Watson*, *Migration, Mobility, & Displacement* 2015, 39, 42 ff.

2643 Vgl. oben C. III. 2. a).

2644 BT-Drs. 16/5065, S. 199 f.

erhöhten Strafrahmens Rechnung getragen wird. Eine Erstreckung auf Verstöße gegen Rechtsvorschriften anderer EU-Mitgliedstaaten ist jedoch nicht geboten.

Im Gegensatz zur derzeitigen Vorschrift, welche die Schleusung in das Bundesgebiet und die EU-Schleusung in unterschiedlichen Absätzen (§ 96 Abs. 1 und 4 AufenthG g.F.) mit Abweichungen hinsichtlich der Anwendbarkeit der Qualifikationstatbestände regelt, verzichtet der Regelungsvorschlag auf diese Differenzierung und erweitert stattdessen § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 lit. a) bis c) AufenthG n.F. auch auf EU-Schleusungen. Dieser Gleichlauf ist angesichts des vergleichbaren Unrechtsgehalts – angeknüpft wird gerade nicht mehr an das staatliche Territorialinteresse, sondern primär an die Rechtsgutsgefährdung – gerechtfertigt.

Da § 96 Abs. 1 AufenthG n.F. nicht mehr limitiert-akzessorisch ausgestaltet ist und § 95 Abs. 1 AufenthG n.F. auch keine korrespondierenden „Haupttaten“ mehr definiert, bedarf es keiner mit § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG g.F. vergleichbaren Regelung.

Die Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 AufenthG g.F. werden im Wesentlichen beibehalten, allerdings auf Fälle gefährlicher Schleusungen im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (auch in Verbindung mit Satz 2) AufenthG n.F. beschränkt. Dadurch wird ein klarer Bezug zu den zu schützenden Rechtsgütern sichergestellt. § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a) bis c) AufenthG n.F. geht allein auf die Pönalisierungspflichten aus dem Unions- und Völkerrecht zurück. Da diesen mit dem Grundtatbestand vollumfänglich genügt ist, bedarf es keiner Vertiefung des Problems des mangelnden Rechtsgutsbezugs durch Erstreckung der Qualifikationstatbestände. Dies gilt in gleicher Weise für § 97 AufenthG n.F. § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG g.F. wird zudem um das Erfordernis der „Ausnutzung der Verletzlichkeit“ des Minderjährigen erweitert, um der gesetzgeberischen Intention, besonders vulnerable Minderjährige besser zu schützen, Rechnung zu tragen. Demgegenüber stellt die Unterstützung unbegleiteter Minderjähriger ohne Ausnutzung ihrer besonderen Vulnerabilität kein gegenüber § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG n.F. gesteigertes Unrecht dar. Die Fokussierung auf die Vulnerabilität bedingt auch den Verzicht auf das Merkmal „ledig“. Sofern der Minderjährige durch den Ehepartner begleitet wird, kann dieser die Fürsorge und Obhut übernommen haben. Reist der Minderjährige allein, führt das Bestehen einer Ehe nicht zu einer Verringerung der aus der Minderjährigkeit resultierenden Vulnerabilität. Durch die Aufnahme des zusätzlichen Tatbestandsmerkmals der Ausnutzung der Verletzlichkeit bedarf es der Korrekturmöglichkeit des minder schweren Falles nicht länger.

c) Zu § 97 AufenthG n.F.

§ 97 AufenthG bleibt unverändert bestehen, ist aber nur noch auf Taten nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG n.F. anwendbar. Dies rechtfertigt auch die hohen Straf-

rahmen. Zwar wäre eine Abstufung der Strafraumen der minder schweren Fälle zu erwägen, weil der Unrechtsgehalt der Absätze 1 und 2 deutlich divergiert. Allerdings ist angesichts der Strafraumensystematik des § 96 AufenthG eine Absenkung der Mindeststrafe unter ein Jahr nicht vorstellbar, da andernfalls eine geringere Mindeststrafe angedroht wäre als nach § 96 Abs. 2 AufenthG, der einen minder schweren Fall nicht vorsieht. Eine Erhöhung der Mindeststrafe des minder schweren Falles nach § 97 Abs. 1 AufenthG auf zwei Jahre Freiheitsstrafe ist ihrerseits ungeeignet, weil es Fälle geben kann, in denen die Gesamtwürdigung aller Umstände ergibt, dass eine nicht mehr bewährungsfähige Freiheitsstrafe über zwei Jahren unverhältnismäßig wäre.

d) Zu §§ 84, 84a AsylG n.F.

§ 84 AsylG kann – unter der Prämisse der Aufhebung des § 85 AsylG²⁶⁴⁵ – im Wesentlichen bestehen bleiben. Ergänzt wird aber das Erfordernis, dass der Täter „wider besseres Wissen“ handeln muss. Dadurch wird sichergestellt, dass nur bei sicherer Kenntnis von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben eine Strafbarkeit eintritt. Dadurch wird eine *lege artis* durchgeführte Rechtsberatung und rechtliche Vertretung ohne Risiko der Strafbarkeit ermöglicht. Die gesetzliche Klarstellung ist gerade im Bereich professioneller und ehrenamtlicher Asylrechtsberatung von Bedeutung. Dass dadurch in anderen Fällen substanzielle Strafbarkeitslücken entstehen könnten, ist nicht zu erwarten. § 84a AsylG bleibt unverändert bestehen.

e) Zu § 85 AsylG n.F.

§ 85 AsylG wird ersatzlos gestrichen. § 85 Abs. 1 AsylG sichert ausschließlich das Interesse an der Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Ge- oder Verbote, ohne dass diese ihrerseits unmittelbar auf den Schutz hinreichend konkreter Individual- oder Kollektivrechtsgüter gerichtet wären. Insoweit genügen verwaltungsrechtliche Durchsetzungsmechanismen. § 85 Abs. 2 AsylG ist im Blick auf die in Teil E. der Untersuchung herausgearbeiteten Zweifel hinsichtlich seiner Verfassungsmäßigkeit aufzuheben.

f) Zu § 9 FreizügG/EU n.F.

§ 9 Abs. 1 FreizügG/EU bleibt unverändert bestehen. § 9 Abs. 2 FreizügG/EU wird im Blick auf die Ausführungen in Teil E. dahingehend konkretisiert, dass nur ein recht-

2645 Sollte § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG dagegen bestehen bleiben, wäre § 84 AsylG insgesamt stärker § 96 AufenthG anzunähern und insbesondere der Grundtatbestand durch Schleusermerkmale zu qualifizieren, um den beschriebenen Wertungswiderspruch (E. V. 2.) zu vermeiden.

mäßiges Einreise- und Aufenthaltsverbot strafbewehrt ist. Dies ist im Blick auf den Vorrang des Unionsrechts konsequent und dient im Wesentlichen der Klarstellung.

g) Zu § 42 StAG n.F.

Hinzugefügt wird ein klarstellender Satz 2, der dem bislang durch Auslegung ermittelten Ergebnis entspricht und aus dem Tatbestand solche Angaben ausschließt, die im Rahmen der Einbürgerungsentscheidung außer Betracht bleiben. Im Übrigen bleibt die Strafvorschrift unverändert.

IV. Schlussbemerkungen

Die Ermöglichung, Steuerung und Kontrolle von Migration ist nicht nur rechtlich komplex. Sie wird auch politisch höchst kontrovers diskutiert. Die Rahmenbedingungen der Immigration in die Bundesrepublik Deutschland kann und darf der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der Belange des Flüchtlingsschutzes sowie unions- und völkerrechtlicher Vorgaben selbst festlegen. Dazu steht ihm das gesamte Arsenal des Migrationsverwaltungsrechts zur Verfügung, freilich eingehegt durch verfassungs- und unionsrechtliche Vorgaben, etwa im Bereich des Familiennachzugs oder der europäischen Freizügigkeit. Im Ausgangspunkt ist es dem Gesetzgeber auch nicht verwehrt, durch eine Strafbewehrung einzelner Ge- oder Verbote ihre Durchsetzung sicherzustellen. Dabei muss er aber sowohl höherrangiges Recht beachten als auch – nach der hier vertretenen Auffassung – zur Wahrung der Legitimität des gesetzten Strafrechts sicherstellen, dass nur Verhalten kriminalisiert wird, das hinreichend konkrete verfassungsrechtlich anzuerkennende Individual- oder Kollektivrechtsgüter gefährdet. Das Migrationsstrafrecht ist zwar als „Nebenstrafrecht“ nicht im Strafgesetzbuch geregelt. Es betrifft aber ausgerechnet besonders vulnerable Personengruppen. Deshalb ist es nicht angemessen, dem Gesetzgeber einen besonders großzügigen Gestaltungsspielraum zu gewähren. Die Strafbewehrung bloßen Verwaltungseingehorsams hat ebenso zu unterbleiben wie eine ausgreifende Kriminalisierung von Unterstützungshandlungen zugunsten von Migranten, wenn diese nicht zugleich auf den Schutz anerkannter Rechtsgüter zielt.

Bereits heute setzt der Gesetzgeber das Migrationsstrafrecht sowohl als *Signal* gegenüber der deutschen Bevölkerung ein, um Handlungsfähigkeit und Entschlossenheit im Bereich der Migrationspolitik zu artikulieren, als auch – in der Verknüpfung mit dem Migrationsverwaltungsrecht – zur Abschreckung nicht in erster Linie von Migranten, sondern vor allem ihrer Unterstützer.²⁶⁴⁶ Diese Tendenz besteht seit der Einführung des Einschleusens von Ausländern unter der Regierung von Bundeskanzler *Helmut Schmidt* 1981 und hat sich seither international etabliert. In der Zwischenzeit ist der Tatbestand vielfach ausgeweitet und in seinen Strafdrohungen erheblich nachgeschärft worden. Offiziell zielt die Strafvorschrift darauf ab, Migranten – einschließlich Flüchtlinge – vor „professionellen Schleusern“ zu „schützen“.²⁶⁴⁷ Ginge es um tatsächlichen Schutz, stünden dem Gesetzgeber freilich zahlreiche besser geeignete Möglichkeiten offen, wie etwa die Gewährung humanitärer Visa zur Beantragung von Asyl – unter Umständen auch erst nach einer Plausibilitäts-

2646 Zur RL 2002/90/EG vgl. in internationaler Perspektive *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417, 421; *Mitsilegas*, in: *Guia/van der Woude/van der Leun* (Hrsg.), *Social Control and Justice*, 2013, 87, 93; *Zirulia*, in: *Gatta/Mitsilegas/Zirulia* (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235.

2647 Vgl. zu diesem Narrativ bereits unter B. II. 3. d) aa).

prüfung – durch die deutschen Auslandsvertretungen. Legale Zugangswege wären nämlich das effektivste Mittel zur Bekämpfung professioneller Schleusungen.²⁶⁴⁸ In Kombination mit einer strengen Bewehrung der europäischen Außengrenzen im Rahmen des europäischen Migrationsmanagements stellt sich die Strafbewehrung des Einschleusens von Ausländern auch in Fällen, in denen keinerlei Gefahr für deren Leib oder Leben besteht und in denen sie auch finanziell nicht ausgebeutet werden, letztlich als Versuch dar, Migrationsrouten zu schließen oder jedenfalls im Sinne einer *ökonomischen* Betrachtung das Risiko empfindlicher Strafen für Schleuser zu erhöhen und sie damit von ihrer Tätigkeit abzuhalten.²⁶⁴⁹ Gelänge dies, bliebe auch dem Großteil der zwingend auf Schleusungsdienste angewiesenen Migranten, einschließlich Flüchtlingen, der Weg in die Europäische Union und damit die Bundesrepublik Deutschland dauerhaft versperrt.

Die Kosten zur Erreichung dieses Ziels sind freilich hoch. Das Strafrecht, eigentlich als Reaktionsmittel des Staates zur Bewältigung gravierender Rechtsfriedensstörungen in Fällen hinreichend schwerwiegender Rechtsgutsverletzungen konzipiert, wird überlastet und letztlich sachwidrig eingesetzt.²⁶⁵⁰ Die nachteiligen Folgen der Kriminalisierung von Migranten und ihren Unterstützern können angesichts des kaum zu erwartenden abschreckenden Effekts von Strafen auf professionell agierende Schleuser nicht durch nennenswerte Erfolge im Bereich der Migrationssteuerung und -kontrolle kompensiert werden. Stattdessen werden wertvolle staatliche Strafverfolgungsressourcen gebunden, um schlichte Einreise- und Aufenthaltsdelikte und schlichte Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Ge- und Verbote zu verfolgen. Auf mittel- und langfristige Sicht droht die normative Steuerungsfunktion des Strafrechts zu erodieren, da das Strafrecht die ihm aufgezwungenen migrationssteuernden Funktionen gar nicht erfüllen kann.

Die Funktionalisierung des Strafrechts zu Präventionszwecken ist kein Alleinstellungsmerkmal des Migrationsstrafrechts; deutlich erkennbar ist die Entwicklung hin zu einem „Kriminalpräventionsrecht“ auch im Kernstrafrecht.²⁶⁵¹ Ohne die mit dieser Entwicklung verbundenen Herausforderungen für das liberale Strafrecht und dessen straftheoretische und verfassungsrechtliche Legitimation im Rahmen dieser Untersuchung näher beleuchten zu können, lässt sich für das Migrationsstrafrecht festhalten, dass die Entkoppelung des Strafrechts vom strafwürdigen *Unrecht* im Sinne eines in schwerwiegender Weise sozialschädlichen Verhaltens besondere Schwierigkeiten bereitet. Denn während es bei dem für Vorverlagerungen und Entgrenzungen besonders anfälligen Terrorisiusstrafrecht immerhin um die Abwehr

2648 Vgl. Zirulia, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), Controlling Immigration Through Criminal Law, 2021, 235, 254; vgl. auch Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 86.

2649 Vgl. Mitsilegas, New Journal of European Criminal Law 2019, 68, 80 f.

2650 So auch die Grundthese von Spena, Criminal Law and Philosophy 2014, 635, 636.

2651 Vgl. grundlegend Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015; vgl. auch m.w.N. Epik, GA 2024, 181 ff.

von Gefahren für besonders schwerwiegende Rechtsgüter geht, ist dies im Bereich des Migrationsstrafrechts gerade nicht der Fall. Hier geht es im Kern nicht um Gefahrenprävention, sondern um den Versuch, ein seit jeher normales menschliches Verhalten – Migration – mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts zu steuern. Insoweit ist, wie bereits gezeigt wurde, der Schutz von Rechtsgütern weder bezweckt noch bezweckbar;²⁶⁵² weshalb sich die entsprechenden Strafnormen auch nicht legitimieren lassen.

Mit Ausnahme der unions- und völkerrechtlich vorgegebenen Strafbarkeit des Einschleusens von Ausländern in Fällen professioneller oder gefährlicher Schleusung ist der Gesetzgeber freilich nicht gezwungen, diesem Pfad weiter zu folgen. Der zuvor dargestellte Regelungsvorschlag gewährleistet vielmehr, dass tatsächlich rechtsgutsgefährdenden Verhaltensweisen auch mit den Mitteln des Strafrechts begegnet werden kann, ohne in die Gefahr der Kriminalisierung schlichter Verwaltungsverstöße oder der humanitären Unterstützung von Flüchtlingen und Papierlosen zu geraten. Zudem stellt der Regelungsvorschlag sicher, dass die deutsche Rechtslage künftig keine Schwierigkeiten mehr im Blick auf den Vorrang des Rückführungsverfahrens aufwirft. Eine erhebliche Entlastung bedeutet die Entschlackung des Straftatkatalogs zudem für die Staatsanwaltschaften, welche die große Masse an Verfahren im Wege der Opportunitätseinstellung zu erledigen haben; auch für die Amtsgerichte als Eingangsinstanzen für sämtliche Taten nach §§ 95 AufenthG, 85 AsylG resultierte aus dem Regelungsvorschlag eine deutliche Arbeitsentlastung. Wertvolle justizielle Ressourcen könnten anderweitig eingesetzt werden.

Trotz dieser möglichen Vorteile scheint angesichts der historischen Kontinuität des deutschen Migrationsstrafrechts – und eines internationalen Trends zur Kriminalisierung von Migration – eine Umsetzung des Regelungsvorschlags unwahrscheinlich. Jedenfalls im Blick auf die Entkriminalisierung humanitärer Hilfe bietet das geltende Recht freilich schon derzeit hinreichende Anknüpfungspunkte für eine entsprechende Auslegung. Diesen Weg sollte die Rechtsprechung künftig entschlossen beschreiten: Denn das Strafrecht dient auch im Bereich des Migrationsrechts dem Rechtsgüterschutz – nicht der Abwehr von Migranten.

²⁶⁵² Vgl. eingehend oben B. II.

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 Nr. 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.

Bibliographie

- Achiume, E. Tendayi*, Migration as Decolonization, *Stanford Law Review* 2019, 1509–1574.
- Adema, Joop/Alipour, Jean-Victor*, ifo Schnelldienst 3/2025: Steigert Migration die Kriminalität? Ein datenbasierter Blick, Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München, München 2025, abrufbar unter <<https://www.ifo.de/DocDL/sd-2025-digital-03-adema-alipour-migration-kriminalitaet.pdf>>.
- Alexopoulou, Maria*, Deutschland und die Migration. Geschichte einer Einwanderungsgesellschaft wider Willen, Reclam, Ditzingen 2020.
- Alexy, Hans*, Zum Menschenbild des Grundgesetzes, *JuristenZeitung* 2024, 841–848.
- Aliverti, Ana*, Making people criminal: The role of the criminal law in immigration enforcement, *Theoretical Criminology* 2012, 417–434.
- Dies.*, *Crimes of Mobility*. Criminal law and the regulation of immigration, Routledge, Milton Park/New York 2013.
- Dies.*, Strangers in our Midst: The Construction of Difference through Cultural Appeals in Criminal Justice Litigation, in: Bosworth, Mary/Parmar, Alpa/Vázquez, Yolanda (Hrsg.), *Race, Criminal Justice, and Migration Control: Enforcing the Boundaries of Belonging*, 2018, 127–141.
- Althoff, Martina*, Die soziale Konstruktion von Fremdenfeindlichkeit, Westdeutscher Verlag, Opladen/Wiesbaden 1998.
- Althoff, Martina/Graebisch, Christine*, Crimmigration: die Verschmelzung von Kriminalität und Migration, *Kriminologisches Journal* 2022, 3–15.
- Ambos, Kai*, Beihilfe durch Alltagshandlungen, *Juristische Arbeitsblätter* 2000, 721–725.
- Amelung, Knut*, Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestandes, in: Samson, Erich/Dencker, Friedrich/Frisch, Peter/Frister, Helmut/Reiß, Wolfram (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden 1999, 9–30.
- Andor, László/Watt, Andrew*, Die EU-Osterweiterung nach 20 Jahren: Kann die Konvergenz sozial und wirtschaftlich nachhaltig gestaltet werden?, *Wirtschaftsdienst* 2024, 377–382.
- Appel, Ivo*, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Straßens, Duncker & Humblot, Berlin 1998.
- Arnhold, Dieter*, Strafbarer Ungehorsam gegen rechtswidrige Verwaltungsakte, *JuristenZeitung* 1977, 789–790.
- Ders.*, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, Peter Lang, Frankfurt am Main/Berlin/Las Vegas 1978.
- Arzt, Gunther*, Menschenschmuggel als Bagatelldelikt, in: Dölling, Dieter/Erb, Volker (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel, C.F. Müller, Heidelberg* 2002, 389–398.
- Aurnhammer, Katharina*, Spezielles Ausländerstrafrecht. Die Straftatbestände des Ausländergesetzes und des Asylverfahrensgesetzes. Eine vergleichende Untersuchung, Nomos, Baden-Baden 1996.
- Bäcker, Matthias*, Kriminalpräventionsrecht. Eine rechtsetzungsorientierte Studie zum Polizeirecht, zum Strafrecht und zum Strafverfahrensrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Ders.*, Von der Gefahr zum „Gefährder“, in: Kulick, Andreas/Goldhammer, Michael (Hrsg.), *Der Terrorist als Feind?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2020, 147–166.
- Bade, Klaus J.*, Europa in Bewegung. Migration vom späten 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart, C.H. Beck, München 2000.

- Bade, Klaus J./Oltmer, Jochen*, Normalfall Migration, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2004.
- Dies.*, Great Britain, in: Bade, Klaus J./Emmer, Pieter/Lucassen, Leo/Oltmer, Jochen (Hrsg.), The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe. From the 17th Century to the Present, Cambridge University Press, Cambridge 2011, 65–82.
- Barker, Vanessa*, Nordic vagabonds: The Roma and the logic of benevolent violence in the Swedish welfare state, *European Journal of Criminology* 2017, 120–139.
- Barthe, Christoph/Gericke, Jan* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Aufl., C.H. Beck, München 2023, zitiert als: KK-StPO/Bearbeiter.
- Bartholomew, Robert E./Reumschüssel, Anja E.*, *American Intolerance*, Prometheus Books, Amherst 2018.
- Barwig, Klaus*, Ein halbes Jahrhundert Arbeitsmigration nach Deutschland – Ein halbes Jahrhundert Familiennachzug, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2014, 42–52.
- Bast, Jürgen*, *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- Bauman, Zygmunt*, *Strangers at Our Door*, Polity Press, Cambridge/Malden 2016.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ferdinand/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13. Aufl., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2021.
- Bechtel, Alexander*, Die neutrale Handlung – Problemfeld im Rahmen des Förderungsbeitrags iSd § 27 StGB, *Juristische Ausbildung* 2016, 865–871.
- Beckemper, Katharina*, Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge, *Juristische Arbeitsblätter* 2001, 163–169.
- Belina, Bernd/Keitzel, Svenja*, Racial Profiling, *Kriminologisches Journal* 2018, 18–24.
- Bergmann, Jan/Dienelt, Klaus* (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl., C.H. Beck, München 2025, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*.
- Berlinghoff, Marcel*, 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, abrufbar unter: <<https://www.fes.de/themenportal-geschichte-kultur-medien-netz/artikelseite/anwerbestopp>>.
- Bloemraad, Irene*, Understanding “Canadian Exceptionalism” in Immigration and Pluralism Policy, in: Bertelsmann Stiftung/Migration Policy Institute (Hrsg.), *Rethinking National Identity in the Age of Migration*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2012, 145–170.
- Bode, Katharina*, *Das neue Ausweisungsrecht*, Nomos, Baden-Baden 2020.
- Bode, Thomas*, Das Providerprivileg aus §§ 7, 10 TMG als gesetzliche Regelung der Beihilfe durch „neutrale“ Handlungen, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 2015, 937–990.
- Böse, Martin*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB), *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 2001, 40–75.
- Ders.*, Das Einschleusen von Ausländern: Teilnahme an Bagatelldelikt oder in hohem Maße sozialschädliches Verhalten?, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 2004, 680–702.
- Botta, Jonas*, Das Kirchenasyl als rechtsfreier Raum? Zum Rechtsschutzbedürfnis von Kirchenasylflüchtlingen, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2017, 434–440.
- Bowling, Ben/Westenra, Sophie*, Race, Immigration, and Policing, in: Bosworth, Mary/Par-mar, Alpa/Vázquez, Yolanda (Hrsg.), *Race, Criminal Justice, and Migration Control*, Oxford University Press, Oxford 2018, 61–77.

- Brand, Christian, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22. Februar 2020 – 3 StR 327/19, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 2287.
- Brand, Christian/Winter, Moritz, Grundrechte als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe, Juristische Schulung 2021, 113–117.
- Brauer, Jürgen, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, Duncker & Humblot, Berlin 1988.
- Brocke, Holger, Aktuelle Entwicklungen des Ausländerstrafrechts, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2009, 546–552.
- Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.), Dreier – Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2023, zitiert als Dreier-GG/Bearbeiter.
- Buchholz, Momme, Machen sich kirchliche Entscheidungsträger nach § 95 Abs.1 Nr.2 AufenthG, § 27 Abs.1 StGB strafbar, wenn sie Kirchenasyl gewähren?, Strafverteidiger Forum 2018, 506–512.
- Bülte, Jens, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2013, 65–72.
- Burghardt, Boris, Strafrechtliche Normentheorie goes Verfassungsrecht? Die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm im verfassungsrechtlichen Kontext, in: Schneider, Anne/Wagner, Markus (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, Nomos, Baden-Baden 2018, 59–78.
- Cancio Meliá, Manuel, Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmenschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1995, 179–191.
- Cannawurf, Sieglinde, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2007.
- Cantzler, Constantin, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, Shaker Verlag, Aachen 2004.
- Caprioglio, Carlo/Heyer, Karl/Traylor, Sara, Solidarity as 'organised crime': the criminalisation of facilitation in Italy, Border Criminologies v. 14. Juni 2023, abrufbar unter: <<https://blogs.law.ox.ac.uk/border-criminologies-blog/blog-post/2023/06/solidarity-organised-crime-criminalisation-facilitation>>.
- Carrasco-Granger, Sara/Bermejo-Cascado, Rut/Bazaga Fernández, Isabel, Scapegoating Human Smugglers: How Migrants' Accounts Challenge the EU's Dominant Narrative, Journal of Immigrant & Refugee Studies 2025, Vorabveröffentlichung abrufbar unter: <<https://doi.org/10.1080/15562948.2025.2495184>>.
- Castles, Stephen/de Haas, Hein/Miller, Mark J., The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World, 5. Aufl., Palgrave Macmillan, Basingstoke 2014.
- Chetail, Vincent, International Migration Law, Oxford University Press, Oxford 2019.
- Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 13. und 14. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin/Boston 2019, 2021 und 2022, zitiert als: LK-StGB/Bearbeiter.
- Cornelius, Kai, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, Mohr Siebeck, Tübingen 2016.
- Cremer, Hendrik, Die Asyldebatte in Deutschland: 20 Jahre nach dem „Asylkompromiss“, Deutsches Institut für Menschenrechte, Essay Nr. 14, Juni 2013.
- Dauvergne, Catherine, The Troublesome Intersections of Refugee Law and Criminal Law, in: Franko Aas, Katja/Bosworth, Mary (Hrsg.), The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion, Oxford University Press, Oxford 2013, 76–90.

- Decker, Andreas/Bader, Johann/Kothe, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Migrations- und Integrationsrecht, 24. Edn., C.H. Beck, München 2026, zitiert als: BeckOK-MigR/Bearbeiter.
- de Vries, Katrin/Spijkerboer, Thomas, Race and the regulation of international migration. The ongoing impact of colonialism in the case law of The European Court of Human Rights, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2021, 291–307.
- Dietmeier, Andreas, Blankettstrafrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, N.G. Elwert Verlag, Marburg 2002.
- Dietz, Andreas, Ausländer- und Asylrecht, 6. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2025.
- Dohse, Knuth/Groth, Klaus, Ausländerverdrängung: Zur Verschärfung des Ausländerrechts, *Kritische Justiz* 1983, 231–249.
- Dölling, Dieter, Soziale Adäquanz und soziale Systeme, in: Dannecker, Gerhard/Langer, Winrich/Ranft, Otfried/Schmitz, Roland/Brammsen, Joerg (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/München 2007, 219–226.
- Dörig, Harald, Einleitung, in: Dörig, Harald (Hrsg.), Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2020.
- Dreier, Horst, Grundrechtsexpansion, *Die Öffentliche Verwaltung* 2024, 413–425.
- Dunlop, Emma, Access to Courts for Asylum Seekers and Refugees: State Obligations under the 1951 Refugee Convention, Oxford University Press, Oxford 2024.
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, fortlaufend aktualisiert, C.H. Beck, München, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG.
- Eckstein, Karlfriedrich, „Es sind, einfach zu viele...“ Bemerkungen zur Ausländerpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 25/1982, 17–26.
- Eisele, Jörg, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- El-Ghazi, Mohamad, Strafbare Flüchtlingshilfe?, *Zeitschrift für Lebensrecht* 2020, 265–293.
- El-Ghazi, Mohamad/Fischer-Lescano, Andreas, Rechtfertigung bei Einreisedelikten – zugleich Besprechung von OLG Bamberg, Urt. v. 24.09.2014 – 3 Ss 59/13, *Strafverteidiger* 2015, 386–392.
- Elschenbroich, Donata, Eine Nation von Einwanderern. Ethnisches Bewußtsein und Integrationspolitik in den USA, Campus, Frankfurt/New York 1986.
- Enderle, Bettina, Blankettstrafgesetze. Verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstraftatbeständen, Peter Lang, Frankfurt am Main 2000.
- Endres de Oliveira, Pauline, Legaler Zugang zu internationalem Schutz – zur Gretchenfrage im Flüchtlingsrecht, *Kritische Justiz* 2016, 167–179.
- Dies., Safe Access to Asylum in Europe. Normative assessment of safe pathways to protection in the legal context of the European Union, Nomos, Baden-Baden 2024.
- Engländer, Armin, Personale Rechtsgutslehre und normativer Individualismus, in: Saliger, Frank (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, C.F. Müller, Heidelberg 2017, 547–559.
- Enkert, Andreas, Gewährung von Kirchenasyl – (K)Eine Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2021, 373–378.
- Epik, Aziz, Die Berücksichtigung aufenthaltsrechtlicher Folgen bei der Strafzumessung, *Strafverteidiger* 2017, 268–272.

- Ders., Die Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit des Beschuldigten nach deutschem und englischem Recht, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 2019, 131–160.
- Ders., Gefahrenabwehr durch Strafrecht – Is there glory in prevention?, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2024, 181–198.
- Ders., Zurechnungsdogmatik und Migrationsstrafrecht – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 19. Dezember 2024 – 5 StR 490/24, *Juristische Rundschau* 2025, 534–541.
- Epik, Aziz/Schatz, Valentin, Kollateralschäden nicht ausgeschlossen – Das „Rückführungsverbesserungsgesetz“, der „Schleusertatbestand“ und die zivile Seenotrettung, *Kriminalpolitische Zeitschrift* 2024, 44–50.
- Dies., Niemand hat die Absicht die Seenotrettung zu kriminalisieren... Einige Überlegungen zum „Rückführungsverbesserungsgesetz“ und seinen Folgen, *Neue Kriminalpolitik* 2024, 83–103.
- Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. und 5. Aufl., C.H. Beck, München 2021, 2022, 2024 und 2025, zitiert als: *MK-StGB/Bearbeiter*.
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, fortlaufend aktualisiert, C.H. Beck, München, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*.
- Ernst, Guido P., *Blankettgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen*, Springer, Wiesbaden 2018.
- European Criminal Justice Initiative, *A Manifesto on European Criminal Policy*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2009, 707–716.
- Exner, Thomas, *Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung*, Duncker & Humblot, Berlin 2011.
- Fasani, Francesco/Frattini, Tommaso/Minale, Luigi, Lift the Ban? Initial Employment Restrictions and Refugee Labour Market Outcomes, *Journal of the European Economic Association* 2021, 2803–2854.
- Faus, Rainer/Storks, Simon, *Das pragmatische Einwanderungsland. Was die Deutschen über Migration denken*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 2019.
- Fenner, Nicola, *Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts*, Nomos, Baden-Baden 2000.
- Fischer, Thomas (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, 73. Aufl., C.H. Beck, München 2026, zitiert als: *Fischer-StGB/Bearbeiter*.
- Fischer-Lescano, Andreas/Horst, Johan, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2011, 81–90.
- Foley, Neil, Who Belongs? Politics of Immigration, Nativism, and Illiberal Democracy in Postwar America, in: Hollifield, James F./Foley, Neil (Hrsg.), *Understanding Global Migration*, Stanford University Press, Stanford 2022, 233–268.
- Fontana, Sina, *Integrationsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
- Foroutan, Naika, Integration in der postmigrantischen Gesellschaft – Paradigmenwechsel, Bundeszentrale für politische Bildung v. 20. April 2015, abrufbar unter <<https://www.bpb.de/themen/migration-integration/kurzdossiers/205195/paradigmenwandel/>>.
- Franco Aas, Katja, The Ordered and the Bordered Society: Migration Control, Citizenship, and the Northern Penal State, in: Franco Aas, Katja/Bosworth, Mary (Hrsg.), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, Oxford 2013, 21–39.
- Franco, Katja, *The Crimmigrant Other*, Routledge, Abingdon/New York 2020.

- Franz, Fritz*, Zur Reform des Ausländer-Polizeirechts, Deutsches Verwaltungsblatt 1963, 797–803.
- Ders.*, Alternativentwurf '70 zum Ausländergesetz '65, Zeitschrift für Rechtspolitik 1970, 229–237.
- Fratzsch, Marcel/Zinn, Sabine*, Deutschland braucht eine nachhaltige und effektive Migrations- und Integrationspolitik, DIWaktuell Nr. 105 v. 6. Februar 2025, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung Berlin, Berlin 2025. abrufbar unter: <https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.935929.de/diw_aktuell_105.pdf>.
- Frey, Martin*, Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland – Ein statistischer Überblick, Aus Politik und Zeitgeschichte 25/1982, 3–16.
- Frisch, Wolfgang*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, C.F. Müller, Heidelberg 1988.
- Ders.*, Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolph, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Walter de Gruyter, Berlin/New York 2001, 213–237.
- Ders.*, Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe, in: Prittwitz, Cornelius/Baurmann, Michael/Günther, Klaus/Kuhlen, Lothar/Merkel, Reinhard/Nestler, Cornelius/Schulz, Lorenz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Nomos, Baden-Baden 2002, 539–557.
- Ders.*, Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2016, 16–25.
- Frister, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., C.H. Beck, München 2023.
- Fritz, Roland/Vormeier, Jürgen/Berlit, Uwe* (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Asylgesetz, fortlaufend aktualisiert, Luchterhand, München, zitiert als: GK-AsylG/*Bearbeiter*.
- Fritz, Roland/Vormeier, Jürgen/Berlit, Uwe* (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz, fortlaufend aktualisiert, Luchterhand, München, zitiert als: GK-AufenthG/*Bearbeiter*.
- Fritzsch, Falk/Haefeli, Fulvio*, Zurückweisungen von Asylbewerbern an den deutschen Binnengrenzen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2024, 468–473.
- Fuchs, Walter/Kremmel, Katrin/Kretschmann, Andrea/Pilgram, Arno*, Migration, Legalität und Kriminalität: Rechtssoziologische Wissensdefizite im Schatten administrativen Wissens, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 2016, 103–123.
- Gallagher, Anne*, Migrant Smuggling, in: Boister, Neil/Currie, Robert J. (Hrsg.), Routledge Handbook of Transnational Criminal Law, London/New York 2015, 187–209.
- Gammeltoft-Hansen, Thomas/Gammeltoft-Hansen, Hans*, The Right to Seek – Revisited. On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU, European Journal of Migration and Law 2008, 439–459.
- Gammeltoft-Hansen, Thomas/Hathaway, James C.*, Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence, Columbia Journal of Transnational Law 2015, 235–284.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 2010, 331–367.
- Ders.*, Verwaltungsstrafrecht als Forschungsgegenstand, Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft 2025, 263–275.
- Geisler, Claudius*, Bekämpfung der Schleuserkriminalität, Zeitschrift für Rechtspolitik 2001, 171–176.

- Glaubitz, Christoffer/Bliesener, Thomas, Flüchtlingskriminalität – Die Bedeutung des Aufenthaltsstatus für die kriminelle Auffälligkeit, *Neue Kriminalpolitik* 2019, 142–162.
- Glazer, Nathan, Foreword, in: Swain, Carol M. (Hrsg.), *Debating Immigration*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2018, xvii–xxv.
- Göbel-Zimmermann, Ralph/Eichhorn, Alexander/Beichel-Benedetti, Stephan, *Asyl- und Flüchtlingsrecht*, C.H. Beck, München 2018.
- Goeckenjan, Ingke, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zur rechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt, *Mohr Siebeck, Tübingen* 2017.
- Goodwin-Gill, Guy S./McAdam, Jane, *The Refugee in International Law*, 4. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2021.
- Gosewinkel, Dieter, Einbürgern und Ausschließen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2003.
- Graebisch, Christine, Krimmigration: Die Verwobenheit strafrechtlicher mit migrationsrechtlicher Kontrolle unter besonderer Berücksichtigung des Pre-Crime-Rechts für „Gefährder“, *Kriminologie – Das Online-Journal* 2019, 75–103.
- Dies., Crimmigration and Pre-Crime in German Law, *Kriminologisches Journal* 2022, 16–35.
- Graser, Alexander, Zugang zum Recht: Kein Thema für die deutsche (Sozial-) Rechtswissenschaft?, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* 2020, 13–30.
- Greco, Luís, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2008, 234–238.
- Ders., Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft, in: Brunhöber, Beatrice/Höffler, Katrin/Kaspar, Johannes/Reinbacher, Tobias/Vormbaum, Moritz (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung, Nomos, Baden-Baden* 2012, 13–36.
- Ders., Strafbarkeit der berufsbedingten bzw. neutralen Beihilfe erst bei hoher Wahrscheinlichkeit der Haupttat?, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* 2015, 1–7.
- Ders., Von den mala in se zur poena in se. Reflexionen auf Grundlage der „alten“ Diskussion über das sog. Verwaltungsstrafrecht, in: Kretschmer, Bernhard/Zabel, Benno (Hrsg.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, Nomos, Baden-Baden* 2018, 175–214.
- Grefen, Jochen, *Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik*, Duncker & Humblot, Berlin 2001.
- Groß, Thomas, Grund- und menschenrechtliche Grenzen der Migrationssteuerung, *Juristen-Zeitung* 2019, 327–334.
- Großmann, Sven, *Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft*, Nomos, Baden-Baden 2016.
- Gropp, Walter, *Deliktstypen mit Sonderbeteiligung. Untersuchungen zur Lehre von der „notwendigen Teilnahme“*, Mohr Siebeck, Tübingen 1992.
- Hahn, Lisa, *Strategische Prozessführung im Klagekollektiv. Über die Bedeutung kollektiver Mobilisierung für den Zugang zu Recht*, Nomos, Baden-Baden 2024.
- Hailbronner, Kay, *Ausländerrecht und Verfassung*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1983, 2105–2113.
- Ders. (Hrsg.), *Ausländerrecht*, fortlaufend aktualisiert, Rehm Verlag, Heidelberg, zitiert als: *Hailbronner-Ausländerrecht/Bearbeiter*.
- Hailbronner, Kay/Kau, Marcel/Gnatzy, Thomas/Weber, Ferdinand, *Staatsangehörigkeitsrecht*, 7. Aufl., C.H. Beck, München 2022.

- Hartmann, Arthur*, Sonderregeln für Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2004, 585–617.
- Hassemer, Winfried*, Professionelle Adäquanz – Teil 1, Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 1995, 41–46.
- Ders.*, Professionelle Adäquanz – Teil 2, Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 1995, 81–87.
- Hathaway, James C.*, The Human Rights Quagmire of ‘Human Trafficking’, Virginia Journal of International Law 2008–09, 1–59.
- Heber, Anita*, Stranger Danger: The Political Debate on Crimmigrants, Critical Criminology 2023, 859–878.
- Hefendehl, Roland*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 2002.
- Heger, Martin*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- Ders.*, Überlegungen zu einem Verwaltungsstrafrecht – exemplifiziert am deutschen Umweltstrafrecht, in: Hecker, Bernd/Weißer, Bettina/Brand, Christian (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 2018, 617–626.
- Heghmanns, Michael*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, Duncker & Humblot, Berlin 2000.
- Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 2025.
- Ders.*, Grundzüge und aktuelle Probleme des deutschen Ausländerstrafrechts, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2003, 166–176.
- Ders.*, Verwaltungsakzessorietät des Ausländerstrafrechts und Schleuserkriminalität, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2005, 309–317.
- Ders.*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Band 1, 449–465.
- Ders.*, Die Auswirkungen der Straffreistellung des Art. 31 der Genfer Flüchtlingskonvention auf die Schleuserstrafbarkeit, in: Jeßberger, Florian/Vormbaum, Moritz/Burghardt, Boris (Hrsg.), Strafrecht und Systemunrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen 2022, 755–766.
- Heinrich, Manfred*, Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Walter de Gruyter, Berlin/New York 2011, 131–154.
- Heintzen, Markus*, § 50 Ausländer als Grundrechtsträger, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, C.F. Müller, Heidelberg 2006, 1163–1201.
- Heinz, Wolfgang*, Wird Deutschland seit zwei Jahren unsicherer, insbesondere wegen der gestiegenen Ausländerkriminalität? Zu Schwierigkeiten, Tücken und Grenzen der Interpretation von Daten der Polizeilichen Kriminalstatistik am Beispiel der PKS 2023, Neue Kriminalpolitik 2024, 281–305.
- Helmrich, Christian*, Deutschland wird zum Einwanderungsland, in: Etzold, Raphaela/Löhnig, Martin/Schlemmer, Thomas (Hrsg.), Migration und Integration in Deutschland nach 1945, Walter de Gruyter, Berlin 2019, 68–78.

- Hilgendorf, Eric*, Strafrecht und Interkulturalität: Plädoyer für eine kulturelle Sensibilisierung der deutschen Strafrechtsdogmatik, *JuristenZeitung* 2009, 139–144.
- Hirsch, Hans Joachim*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1962, 78–135.
- Hoerder, Dirk*, *Geschichte der deutschen Migration*, C.H. Beck, München 2010.
- Ders.*, One Identity or Many? The Promise and Challenge of Multi-Canada, in: Ertler, Klaus-Dieter/Imbert, Patrick (Hrsg.), *Cultural Challenges of Migration in Canada*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2013, 145–162.
- Hofmann, Rainer M. (Hrsg.), *Nomos Kommentar Ausländerrecht*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2023, zitiert als: *NK-Ausländerrecht/Bearbeiter*.
- Hoppe, Michael*, Die neue Asylverfahrensordnung – ein erster Überblick, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2025, 59–65.
- Hörich, Carsten/Bergmann, Jan*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 19. September 2013, C-297/12 (Filev, Osmani), *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2014, 131–133.
- Dies.*, Das Ende der Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts?, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, 3339–3343.
- Dies.*, Vorschläge für ein europarechtskonformes Ausländerstrafrecht, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2014, 109–111.
- Hörnle, Tatjana*, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, *NJW-Beilage* 2014, 34–38.
- Howard, Marc Morjé/Goodman, Sara Wallace*, The Politics of Citizenship and Belonging in Europe, in: Swain, Carol M. (Hrsg.), *Debating Immigration*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2018, 329–346.
- Hruschka, Constantin (Hrsg.), *GFK. Genfer Flüchtlingskonvention*, Nomos, Baden-Baden 2022, zitiert als: *Hruschka-GFK/Bearbeiter*.
- Hruschka, Constantin/Nestler, Robert/Stübinger, Katharina*, Zur Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, *Verfassungsblog* v. 3. Juni 2025, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/reform-des-gemeinsamen-europaischen-asylsystems/>>.
- Huber, Bertold/Mantel, Johanna (Hrsg.), *Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz*, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2025, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), *Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz*.
- Huber, Bertold/Eichenhofer, Johannes/Endres de Oliveira, Pauline*, *Aufenthaltsrecht*, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2025.
- Huke, Nikolai*, Rechtsmobilisierung in prekären Lebenslagen: (Rechts-)Beratungsstellen als Voraussetzung rechtsstaatlicher Verhältnisse, *Kritische Justiz* 2024, 406–420.
- Isay, Ernst*, *Das deutsche Fremdenrecht. Ausländer und Polizei*, Verlag von Georg Stilke, Berlin 1923.
- Isensee, Josef*, 2. Mitbericht, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), *Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland. Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht*, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1974, 49–106.
- Jakobs, Günther*, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1977, 1–35.
- Jansen, Scarlett*, *Der Schutz des Wettbewerbs im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden 2021.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 18. Aufl., C.H. Beck, München 2024, zitiert als: *Jarass/Pieroth-GG/Bearbeiter*.

- Jenckel, Heinz*, Die preußische Ausländer-Polizeiverordnung vom 27. IV. 1932 (Pr. Ges.-Sammlung S. 179), Handelsdruckerei C. Trute, Quakenbrück 1933.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- Jeßberger, Florian*, Wider die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts in Deutschland, in: Herzog, Felix/Schlothauer, Reinhold/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte. Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, Duncker & Humblot, Berlin 2016, 507–517.
- Judith, Wiebke/Scheytt, Sophie*, Die größte Asylrechtsverschärfung seit 1993. Zur Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und ihrer Umsetzung in Deutschland, Asylmagazin 2024, 315–325.
- Jünemann, Matthias*, Rechtsmißbrauch im Umweltstrafrecht, Erich Schmidt Verlag, Berlin 1998.
- Kämmerer, Axel/Kotzur, Markus* (Hrsg.), von Münch/Kunig-Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., C.H. Beck, München 2025, zitiert als: von Münch/Kunig-GG/Bearbeiter.
- Kanein, Werner*, Ausländergesetz, C.H. Beck, München 1966.
- Kaspar, Johannes*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, Nomos, Baden-Baden 2014.
- Kindhäuser, Urs*, Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, in: Schünemann, Bernd/Suárez González, Carlos (Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 1994, 125–134.
- Ders.*, Zum Begriff der Beihilfe, in: Dannecker, Gerhard/Langer, Winfried/Ranft, Otfried/Schmitz, Roland/Brammsen, Joerg (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/München 2007, 355–371.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans-Ullrich/Saliger, Frank* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2023, zitiert als: NK-StGB/Bearbeiter.
- Kleczewski, Diethelm*, Anmerkung zu BayObLG, Beschl. v. 21.1.1999 – 1 St RR 265/98, Strafverteidiger 1999, 257–259.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH 3 StR 570/98, Strafverteidiger 2000, 364–366.
- Kluth, Winfried*, Soziale Menschenrechte illegal aufhältiger Personen und behördliche Meldepflichten im Aufenthaltsrecht – ein systembedingter Anachronismus?, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2013, 182–188.
- Ders.*, „Sein und Zeit“ im Spiegel des Migrationsrechts, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2023, 16–21.
- Ders.*, Zurückweisung von Drittstaatsangehörigen an der Grenze aus dem Blickwinkel der Rechtsprechung des EGMR und des Unionsrechts, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2023, 303–309.
- Ders.*, Die ausländerrechtliche Verfahrensduldung, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2024, 23–25.
- Kluth, Winfried/Heusch, Andreas* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Ausländerrecht, fortlaufend aktualisiert, C.H. Beck, München, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht.
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2024, zitiert als: MK-StPO/Bearbeiter.

- Knauer, Florian*, Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht – Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2014, 844–865.
- Köbel, Ralf*, Die dunkle Seite des Strafrechts. Eine kriminologische Erwiderung auf die Pönalisierungsbereitschaft in der strafrechtswissenschaftlichen Kriminalpolitik, *Neue Kriminalpolitik* 2019, 249–268.
- Kompatscher, Anna/Mayr, Annalena*, Kein Recht auf Gesundheitsversorgung für Menschen ohne Papiere? – Motive für die Abschaffung der Übermittlungspflicht aus § 87 AufenthG am Beispiel reproduktiver und sexueller Rechte, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2022, 401–406.
- König, Peter*, Kann einem omnimodo facturus Beihilfe geleistet werden?, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 1623–1625.
- Kösemen, Orkan/Wieland, Ulrike*, Willkommenskultur zwischen Stabilität und Aufbruch, Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2022, DOI: 10.11586/2022001.
- Krell, Paul*, Zur Legitimation von Kumulationsdelikten, in: Satzger, Helmut/von Maltitz, Nicolai (Hrsg.), *Klimastrafrecht*, Nomos, Baden-Baden 2024, 139–162.
- Kretschmer, Joachim*, *Ausländerstrafrecht*, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 2012.
- Ders.*, Die Straflosigkeit humanitären Handelns, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2013, 278–282.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 30. April 2013 – 3 StR 85/13, *Juristische Rundschau* 2014, 39–43.
- Ders.*, Schleuserkriminalität – §§ 96 und 97 AufenthG im Überblick anhand aktueller Rechtsprechung, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2019, 263–271.
- Ders.*, Rechtsprechungsübersicht zum Migrationsstrafrecht, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2021, 83–91.
- Krüger-Potratz, Marianne*, Normalfall Migration? Migrationsbewegungen aus und nach Deutschland, in: Bußmann, Claudia/Bertels, Ursula (Hrsg.), *Neue Nachbarn – die Welt in Bewegung*, Waxmann, Münster/New York 2018, 21–29.
- Kubiciel, Michael*, *Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft*, *JuristenZeitung* 2018, 171–179.
- Kubis, Alexander/Schneider, Lutz*, Zuwanderung und Arbeitsmarkt. Eine Analyse für Deutschland und die Bundesländer, Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2024, DOI: 10.11586/2024166.
- Kudlich, Hans*, Die Relevanz der Rechtsguttheorie im modernen Verfassungsstaat, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 2015, 635–653.
- Ders.*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, Duncker & Humblot, Berlin 2004.
- Kühl, Kristian*, Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht, in: Küper, Wilfried/Puppe, Ingeborg/Tenckhoff, Jörg (Hrsg.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1987, 815–861.
- Ders.*, Von der gerechten Strafe zum legitimen Bereich des Strafbaren, in: Bloy, René/Böse, Martin/Hillenkamp, Thomas/Momsen, Carsten/Rackow, Peter (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin 2010, 433–450.
- Kuhlen, Lothar*, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB), *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1986, 389–408.

- Ders.*, Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1993, 697–726.
- Kuhli, Milan*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, Mohr Siebeck, Tübingen 2018.
- Ders.*, Vorsatz und Rechtsverweisung. Zur Bedeutung der Normentheorie bei Blankettellemen-ten und rechtsverweisenden normativen Merkmalen, in: Schneider, Anne/Wagner, Markus (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, Nomos, Baden-Baden 2018, 119–146.
- Kühn, Boris/Schlicht, Julian*, Kommunale Unterbringung von Geflüchteten – Probleme und Lösungsansätze. Expertise, Mediendienst Integration v. Juli 2023, abrufbar unter: <https://mediendienst-integration.de/fileadmin/Dateien/MEDIENDIENST_Expertise_Unterbringung_Gefluechtete.pdf>.
- Kühn, Heinz*, Stand und Weiterentwicklung der Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland. Memorandum des Beauftragten der Bundesregierung, Az. B-96–300/79, Beauftragter der Bundesregierung für die Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen, Bonn 1979.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 31. Aufl., C.H. Beck, München 2025, zitiert als: Lackner/Kühl/Heger/Bearbeiter, Strafgesetzbuch.
- Lagodny, Otto*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Mohr Siebeck, Tübingen 1996.
- Lam, Jan*, Die Strafbarkeit des unrechtmäßigen Aufenthalts nach § 95 Abs.1 Nr.2 3. Alt. AufenthG. Zugleich Anmerkung zu BGH 1 StR 76/04 (StV 2005, S. 24), Strafverteidiger 2005, 464–466.
- Langenfeld, Christine*, Asyl und Migration unter dem Grundgesetz, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2019, 677–684.
- Larsen, Friedemann*, Kirchenasyl und Verfassungsstaat, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2017, 121–125.
- Leerkes, Arjen/Engbersen, Godfried/van der Leun, Joanne*, Crime among irregular immigrants and the influence of internal border control, *Crime, Law and Social Change* 2012, 15–38.
- Lehmann, Jens*, Ärztliche Hilfe für »Illegale«: eine Straftat nach dem Aufenthaltsgesetz?, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2008, 24–28.
- Lehmann, Max*, Die Ausweisung im System des deutschen Fremdenrechts, Karl Fiebelkorn, Gartz a.O. 1898.
- Lenk, Maximilian*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2020.
- Ders.*, Anmerkung. Strafrecht und Kirchenasyl, *JuristenZeitung* 2022, 623–628.
- Lentscher, Richard*, Das Fremdenrecht als gesetzgeberisches Problem, Buchdruckerei Wilhelm Stäudle, Oehringen 1928.
- Lorenz, Dieter*, Die Folgepflicht gegenüber rechtswidrigen Verwaltungsakten und die Strafbarkeit des Ungehorsams, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1971, 165–172.
- Lorenz, Jörn*, Die „Schreibtisch-Schleusung“ – eine Einführung in das Ausländerstrafrecht, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2002, 640–645.
- Lucassen, Jan/Lucassen, Leo*, Migration, Migration History, History. Old Paradigms and New Perspectives, in: Lucassen, Jan/Lucassen, Leo (Hrsg.), Migration, Migration History, History. Old Paradigms and New Perspectives, Peter Lang, Bern u.a. 1997, 9–38.
- Lunn, Kenneth*, Great Britain, in: Bade, Klaus/Emmer, Pieter/Lucassen, Leo/Oltmer, Jochen (Hrsg.), The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe. From the 17th Century to the Present, Cambridge University Press, Cambridge 2011, 16–26.

- Lynch, Timothy E.*, Refugees, Refoulement, and Freedom of Movement: Asylum Seekers' Right to Admission and Territorial Asylum, *Georgetown Immigration Law Journal* 2021, 73–139.
- Majer, Diemut*, Ausländer im Dickicht des Fremdenrechts, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1969, 125–128.
- Makepeace, Johannes*, Missbrauch des Strafrechts: Strafbarkeit aufgrund materiell rechtswidriger Verwaltungsakte?, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2020, 485–495.
- Marbach, Moritz/Hainmüller, Moritz/Hangartner, Dominik*, The long-term impact of employment bans on the economic integration of refugees, 4 *Science Advances* 9 (2018), eaap9519.
- Marie, Olivier/Pinotti, Paolo*, Immigration and Crime: An International Perspective, *Journal of Economic Perspectives* 2024, 181–200.
- Marx, Reinhard*, Kommentar zum Asylgesetz, 11. Aufl., Luchterhand Verlag, Hürth 2022.
- Mecheril, Paul*, Migrationsgesellschaft, in: Kriwak, Andreas/Pallaver, Günther (Hrsg.), *Medien und Minderheiten*, Innsbruck University Press, Innsbruck 2012, 15–35.
- Meier, Norberg/Schmeling, Andreas/Loose, Reinhard/Vieth, Volker*, Altersdiagnostik und Strahlenexposition, *Rechtsmedizin* 2015, 30–33.
- Meier-Braun, Karl-Heinz*, Einleitung: Deutschland Einwanderungsland, in: Meier-Braun, Karl-Heinz/Weber, Reinhold (Hrsg.), *Deutschland Einwanderungsland. Begriffe – Fakten – Kontroversen*, 2. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 2016, 15–27.
- Melossi, Dario*, *Crime, punishment and migration*, Sage, London 2015.
- Mentasti, Giulia*, The criminalisation of migration in Italy: Current tendencies in light of EU Law, *New Journal of European Criminal Law* 2022, 502–525.
- Meyer, Simon*, Die Grundrechtsberechtigung ausländischer Personen, *Juristische Arbeitsblätter* 2023, 655–660.
- Meyer-Arndt, Lüder*, Beihilfe durch neutrale Handlungen? *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* 1989, 281–287.
- Minetti, Marta*, The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy, *New Journal of European Criminal Law* 2020, 335–350.
- Mitsch, Wolfgang*, Anmerkung zu BGH 3 StR 213/21, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2022, 241–242.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH 1 StR 464/23, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2024, 748–750.
- Mitsilegas, Valsamis*, The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe: The Protective Function of European Union Law, in: Guia, Maria João/van der Woude, Maartje/van der Leun, Joanne (Hrsg.), *Social Control and Justice. Cimmigration in the Age of Fear*, Eleven International Publishing, Den Haag 2013, 87–113.
- Ders.*, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015.
- Ders.*, The normative foundations of the criminalization of human smuggling: Exploring the fault lines between European and international law, *New Journal of European Criminal Law* 2019, 68–85.
- Ders.*, The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union: Challenging the Preventive Paradigm, in: Gatta, Gian Luigi/Mitsilegas, Valsamis/Zirulia, Stefano (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney 2021, 25–45.
- Ders.*, Decriminalising the Facilitation of Unauthorised Entry in EU Law: Kinsa as a first step?, *European Journal of Migration and Law* 2025, 329–341.

- Moch, Leslie Page*, Great Britain, in: Bade, Klaus/Emmer, Pieter/Lucassen, Leo/Oltmer, Jochen (Hrsg.), *The Encyclopedia of Migration and Minorities in Europe. From the 17th Century to the Present*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, 52–62.
- Mohrbotter, Kurt*, Die Bindung des Strafrichters an das Handeln der Verwaltung, *Juristen-Zeitung* 1971, 213–217.
- Moreno-Lax, Violeta*, Solidarity Crimes, Legitimacy Limits, *Verfassungsblog* v. 17. April 2024, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/solidarity-crimes-legitimacy-limits/>>.
- Mosbacher, Andreas*, Anmerkung zu BVerfG NStZ 2003, 488, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2003, 489–491.
- Ders.*, Anmerkung: Erschleichen einer Duldungsbescheinigung und Hilfeleistung zum unerlaubten Aufenthalt, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2010, 457–458.
- Ders.*, Praxiskommentar zu BayObLG NStZ 2022, 486, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2022, 491–492.
- Ders.*, 5. Kapitel: Illegale Beschäftigung von Ausländern, in: Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas/Rönnau, Thomas (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 6. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 2024, 2177–2254.
- Nachtigall, Rhea*, Die Ausdifferenzierung der Duldung, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2020, 271–279.
- Nagler, Axel*, Entkriminalisierung für Fluchthelfer – ein Plädoyer, *Strafverteidiger* 2017, 273–278.
- Neubacher, Frank*, *Kriminologie*, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2020.
- Neumann, Merten/Lindhorst, Jan/Dreifigacker, Leonie/Knapp, Tim/Bliesener, Thomas*, Analyse der Entwicklung der Kriminalität von zugewanderten Personen in Schleswig-Holstein zwischen 2013 und 2019 – Eine Studienfortsetzung, *KFN-Forschungsbericht* Nr. 161, 2022.
- Neundorff, Kathleen*, Die Altersbestimmung bei unbegleiteten Minderjährigen – rechtliche Grundlagen und Debattenüberblick, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2018, 238–246.
- Niedermair, Harald*, Strafbare Beihilfe durch neutrale Handlungen? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1995, 507–544.
- Ng, Eddy S./Metz, Isabel*, Multiculturalism as a Strategy for National Competitiveness: The Case for Canada and Australia, *Journal of Business Ethics* 2015, 253–266.
- Odenthal, Hans-Jörg*, Strafbewehrter Verwaltungsakt und verwaltungsrechtliches Eilverfahren, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1991, 418–421.
- Oltmer, Jochen*, Flucht, Vertreibung und Asyl im 19. und 20. Jahrhundert, in: Bade, Klaus J. (Hrsg.), *Themenheft: Migration in der europäischen Geschichte seit dem späten Mittelalter*, IMIS-Beiträge, Heft 20/2002, Osnabrück 2002, 107–134.
- Ders.*, Gewaltmigration und Aufnahme von Schutzsuchenden im späten 20. und frühen 21. Jahrhundert, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 2016, 455–482.
- Ders.*, Migration, in: Meier-Braun, Karl-Heinz/Weber, Reinhold (Hrsg.), *Deutschland Einwanderungsland. Begriffe – Fakten – Kontroversen*, 2. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 2016, 31–34.
- Ders.*, Normalfall Migration – Die Geschichte der Gegenwart, in: Bußmann, Claudia/Bertels, Ursula (Hrsg.), *Neue Nachbarn – die Welt in Bewegung*, Waxmann, Münster/New York 2018, 13–20.
- Oswald, Ingrid*, *Migrationssoziologie*, UVK Verlagsgesellschaft, Konstanz 2007.

- Otto, Harro, „Vorgeleistete Strafvereitelung“ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, in: Eser, Albin/Schittenhelm, Ulrike/Schumann, Heribert (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 1998, 193–225.
- Ders., Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens, JuristenZeitung 2001, 436–444.
- Ders., Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip, in: Böse, Martin/Sternberg-Lieben, Detlev (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin 2009, 225–245.
- Papamoschou, Marsha/Bung, Jochen, § 265 StGB: Eine legislative Entgleisung, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), Irrwege der Strafgesetzgebung, Peter Lang, Frankfurt am Main 1999, 241–270.
- Papathanasiou, Konstantina, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, Duncker & Humblot, Berlin 2014.
- Patanè, Flavia/Bolhuis, Maarten P./van Wijk, Joris/Kreienziek, Helena, Asylum-Seekers Prosecuted for Human Smuggling: A Case Study of *Scafisti* in Italy, Refugee Survey Quarterly 2020, 123–152.
- Pelz, Christian, Notwehr- und Notstandsrechte und der Vorrang obrigkeitlicher Hilfe, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1995, 305–309.
- Penney, Jonathan W., Understanding Chilling Effects, Minnesota Law Review 2022, 1451–1530.
- Peristouridou, Christina, The Principle of Legality in European Criminal Law, Intersentia, Cambridge/Antwerpen/Portland 2017.
- Peschke, Ulrike, Integration am Beispiel der Hugenottinnen und Hugenotten in Erlangen, in: Bußmann, Claudia/Bertels, Ursula (Hrsg.), Neue Nachbarn – die Welt in Bewegung, Waxmann, Münster/New York 2018, 30–38.
- Phillips, Coretta/Bowling, Ben/Parmar, Alpa, Ethnicities, Racism, Crime, and Criminal Justice, in: Lieblich, Alison/Maruna, Shadd/McAra, Lesley (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminology, 7. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2023, 329–349.
- Pintaske, Patrick M., Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht. Eine Untersuchung der UN-Konvention gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität und ihrer Zusatzprotokolle, V&R unipress, Göttingen 2014.
- Pollet, Kris, Accessing Fair and Efficient Asylum Procedures in the EU, in: O’Sullivan, Maria/Stevens, Dallal (Hrsg.), States, the Law and Access to Refugee Protection: Fortresses and Fairness, Hart Publishing, Oxford/London/Portland 2017, 137–166.
- Potrykus, Gerhard, Ausländerpolizeiverordnung und Grundgesetz, JuristenZeitung 1953, 76–77.
- Prätor, Susann, Jugendgewalt in Deutschland – Warum Herkunft keine Rolle spielt und sich ein differenzierter Blick lohnt, Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 2025, 301–307.
- Pries, Ludger, Die Messung von Zugehörigkeiten in der Migrationsgesellschaft: Ausblenden oder Analysieren systematischer sozialer Ungleichheiten?, Rat für Migration: RfM Debatte 2022 v. 8.7.2022, abrufbar unter: <<https://rat-fuer-migration.de/2022/07/08/die-messung-von-zugehoerigkeiten-in-der-migrationsgesellschaft-ausblenden-oder-analysieren-systematischer-sozialer-ungleichheiten/>>.
- Pschorr, Simon, Verweisungslücken im Aufenthaltsgesetz. Zu den strafrechtlichen Folgen von Abschiebung, Zurückschiebung und Zurückweisung seit 2019, Informationsbrief Ausländerrecht 2025, 446–448.

- Punzo, Valentina/Scaglione, Attilio*, Beyond borders: exploring the impact of Italian migration control policies on Mediterranean smuggling dynamics and migrant journeys, *Trends in Organized Crime* 2024, DOI: 10.1007/s12117-024-09533-5.
- Rackow, Peter*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, Peter Lang, Frankfurt am Main u.a. 2007.
- Rengier, Rudolf*, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1989, 874–907.
- Ders.*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17. Aufl., C.H. Beck, München 2025.
- Renner, Günter*, *Ausländerrecht in Deutschland*, C.H. Beck, München 1998.
- Robbers, Gerhard*, Kirchliches Asylrecht?, *Archiv des öffentlichen Rechts* 1988, 30–51.
- Rönnau, Thomas*, *Grundwissen – Strafrecht: Sozialadäquanz*, Juristische Schulung 2011, 311–313.
- Ders.*, *Grundwissen – Strafrecht: Klimaaktivismus und ziviler Ungehorsam*, Juristische Schulung 2023, 112–115.
- Rönnau, Thomas/Wegner, Kilian*, *Grundwissen – Strafrecht: Beihilfe und „neutrales“ Verhalten*, Juristische Schulung 2019, 527–531.
- Ronzani, Marco*, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br. 1992.
- Rosina, Matilde*, *The Criminalisation of Irregular Migration in Europe. Globalisation, Deterrence, and Vicious Cycles*, Springer Nature Switzerland, Cham 2022.
- Roxin, Claus*, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, in: Kohlmann, Günther (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Band II, Dr. Peter Deubner Verlag, Köln 1983, 303–313.
- Ders.*, Was ist Beihilfe?, in: Kühne, Hans-Heiner (Hrsg.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden 1995, 501–517.
- Ders.*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 2, C.H. Beck, München 2003.
- Roxin, Claus/Greco, Luis*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 5. Aufl., C.H. Beck, München 2020.
- Rudolphi, Hans-Joachim*, Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der §§ 129 und 129a StGB, in: Frisch, Wolfgang/Schmid, Werner (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, 315–338.
- Ruppert, Felix*, *Die Sozialadäquanz im Strafrecht. Rechtsfigur oder Mythos?*, Duncker & Humblot, Berlin 2019.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limpberg, Bettina/Schubert, Claudia* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 10. Aufl., C.H. Beck, München 2025, zitiert als: MK-BGB/Bearbeiter.
- Satzger, Helmut*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 11. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2025.
- Schatz, Valentin/Epik, Aziz*, Zur völker- und verwaltungsrechtlichen Einordnung der zivilen Seenotrettung, *Archiv des Völkerrechts* 2024, 445–465.
- Scheinfeld, Jörg*, Normschutz als Strafrechtsgut? Normentheoretische Überlegungen zum legitimen Strafrecht, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Walter de Gruyter, Berlin/New York 2011, 183–197.

- Schellhoss, Hartmut, Sind die Ausländer generell krimineller?, *Neue Kriminalpolitik* 2019, 163–168.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, in: Zöller, Mark A./Hilger, Hans/Küper, Wilfried/Roxin, Claus (Hrsg.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Teilband 1, Duncker & Humblot, Berlin 2019, 215–246.
- Schiedermaier, Rudolf, *Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main/Berlin 1968.
- Schmalz, Dana, Weshalb man Asylsuchende nicht an der Grenze abweisen kann, *Verfassungsblog* v. 13. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/weshalb-man-asyl-suchende-nicht-an-der-grenze-abweisen-kann/>>.
- Dies., Menschenrechtliche Einlassgebote: die aktuelle Rechtsprechung des EGMR zu widerrechtlichen Zurückweisungen an der Grenze, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2021, 360–365.
- Schmorl, Anja, *Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Duncker & Humblot, Berlin 2022.
- Schneider, Hendrik, Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron im Strafrecht? – Zu den Grenzlinien der Beihilfe, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2004, 312–317.
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, Band VwGO, fortlaufend aktualisiert, C.H. Beck, München, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht/VwGO*.
- Schott, Tilmann, *Einschleusen von Ausländern*, 2. Aufl., Verlag für Polizeiwissenschaft, Frankfurt 2011.
- Ders., „Visa-Erschleichung“: Zur Reichweite des § 95 Absatz 6 des Aufenthaltsgesetzes, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2012, 276–281.
- Schott-Mehrings, Tilmann, Das Einschleusen Asylsuchender über Griechenland, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2014, 142–148.
- Schuchmann, Inga, *Das sozioethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild. Zum verfassungsrechtlichen Schuldprinzip und seinen Anforderungen an die Strafgesetzgebung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2024.
- Schüler, Erhard/Wirtz, Peter (Hrsg.), *Rechtsprechung zum Ausländerrecht*, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1971.
- Schünemann, Bernd, Über die objektive Zurechnung, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1999, 207–229.
- Ders., Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Nomos, Baden-Baden 2003, 133–154.
- Schwarz, Tobias, *Bedrohung, Gastrecht, Integrationspflicht. Differenzkonstruktionen im deutschen Ausweisungsdiskurs*, transcript, Bielefeld 2010.
- Seelmann, Kurt, *Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, 1257–1262.
- Singelstein, Tobias/Kunz, Karl-Ludwig, *Kriminologie*, 8. Aufl., Haupt Verlag, Bern 2021.
- Slognsat, Florian, *Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat. Der Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB*, Mohr Siebeck, Tübingen 2025.
- Sommer, Bertold, *Einwanderung und Verfassung*, in: Barwig, Klaus/Beichel-Benedetti, Stephan/Brinkman, Gisbert (Hrsg.), *Perspektivwechsel im Ausländerrecht?*, Nomos, Baden-Baden 2007, 61–75.

- Sowada, Christoph, Die „notwendige Teilnahme“ als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 1992.
- Spena, Alessandro, Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law, *Criminal Law and Philosophy* 2014, 635–657.
- Spijkerboer, Thomas, Coloniality and Recent European Migration Case Law, in: Stoyanova, Vladislava/Smet, Stijn (Hrsg.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2022, 117–138.
- Staudt, Toralf, Straf- und Gewalttaten von rechts: Was sagen die offiziellen Statistiken?, Bundeszentrale für politische Bildung, Thema: Rechtsextremismus v. 13.11.2018, abrufbar unter: <<https://www.bpb.de/themen/rechtsextremismus/dossier-rechtsextremismus/264178/straf-und-gewalttaten-von-rechts-was-sagen-die-offiziellen-statistiken/>>.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Aufl., C.H. Beck, München 2023, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *VwVfG*.
- Strieder, Bernd, Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG: Wie rechtskundig muss ein ausgewiesener Ausländer sein?, *Informationsbrief Ausländerrecht* 2010, 312–317.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 2017, 349–362.
- Stumpf, Juliet P., The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power, *American University Law Review* 2006, 367–419.
- Dies., The Process is the Punishment in Crimmigration Law, in: Franko Aas, Katja/Bosworth, Mary (Hrsg.), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, Oxford 2013, 58–75.
- Swoboda, Sabine, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 2010, 24–50.
- Talmon, Stefan, Das Flüchtlingsrecht steht einer Änderung der Asylpolitik nicht entgegen, *Verfassungsblog* v. 17. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/das-fluechtlingsrecht-steht-einer-aenderung-der-asylpolitik-nicht-entgegen/>>.
- Thränhardt, Dietrich, „Ausländer“ als Objekte deutscher Interessen und Ideologien, in: Gries, Hartmut M. (Hrsg.), *Der gläserne Fremde. Bilanz und Kritik der Gastarbeiterforschung und Ausländerpädagogik*, Leske+Budrich, Leverkusen 1984, 115–132.
- Ders., Der Nationalstaat als migrationspolitischer Akteur, in: Thränhardt, Dietrich/Hunger, Uwe (Hrsg.), *Migration im Spannungsfeld von Globalisierung und Nationalstaat*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden 2003, 8–31.
- Thym, Daniel, *Migrationsverwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- Ders., Vom „Fremdenrecht“ über „Denizenship“ zur „Bürgerschaft“. Gewandeltes Selbstverständnis im deutschen Migrationsrecht, *Der Staat* 2018, 77–117.
- Ders., „Zurückweisungen“ von Asylbewerbern nach der Dublin III-Verordnung, *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, 2353–2357.
- Ders., Sekundäremigration: Was bringt die GEAS-Reform?, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2025, 168–175.
- Tiedemann, Klaus, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1969.
- Ders., *Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht*, Juristische Schulung 1989, 689–698.

- Ders., Zum Stand der Irrtumslehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht, in: Schlüchter, Ellen (Hrsg.), *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag*, Verlag Schmid-Römhild, Lübeck 1995, 95–111.
- Tiedemann, Paul, Das konstitutionelle Asylrecht in Deutschland, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2009, 161–168.
- Trautmann, Sebastian, *Migration, Kriminalität und Strafrecht*, Lit Verlag, Münster 2002.
- Treibel, Annette, Migration, in: Baur, Nina/Korte, Hermann/Löw, Martina/Schroer, Markus (Hrsg.), *Handbuch Soziologie*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, 295–317.
- Dies., Migration in modernen Gesellschaften, 4. Aufl., Juventa Verlag, Weinheim/München 2008.
- Triadafilopoulos, Phil/Taylor, Zack, Canada. The Quintessential Migration State?, in: Hollifield, James F./Foley, Neil (Hrsg.), *Understanding Global Migration*, Stanford University Press, Stanford 2022, 269–293.
- Trietz, Katarzyna, *Illegale Grenzübertritte und Schleuserkriminalität an der deutsch-polnischen Grenze – Eine juristische und kriminologische Analyse vor dem Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2007.
- Trinh, Julia, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe. Eine Auseinandersetzung mit dem sog. Schleusertatbestand in § 96 AufenthG, *Nomos*, Baden-Baden 2021.
- Tübinger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 31. Aufl., C.H. Beck, München 2015, zitiert als: *TK-StGB/Bearbeiter*.
- Ulrich, Philip A., Reformüberlegungen zum deutschen Schleusungsstrafrecht. Ein Rechtsvergleich zum U.S.-amerikanischen Recht, Peter Lang, Berlin u.a. 2021.
- UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants*, United Nations Publication, New York 2018.
- Valerius, Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin 2011.
- van der Woude, Maartje, Getting to the Core of Crimmigration, *Kriminologisches Journal* 2022, 36–52.
- van der Woude, Maartje/van der Leun, Joanne/Nijland, Jo-Anne, Crimmigration in the Netherlands, *Law & Social Inquiry* 2014, 560–579.
- Vedder, Christoph, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 14. 7. 1977 – Rs 8/77, *Neue Juristische Wochenschrift* 1977, 2014.
- von Coelln, Christian/Mann, Thomas (Hrsg.), *Sachs – Grundgesetz*, 10. Aufl., C.H. Beck, München 2024, zitiert als: *Sachs-GG/Bearbeiter*.
- von Frisch, Hans, *Das Fremdenrecht. Die Staatsrechtliche Stellung der Fremden*, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1910.
- von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, fortlaufend aktualisiert, C.H. Beck, München, zitiert als: *BeckOK-StGB/Bearbeiter*.
- von Liszt, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin/Leipzig 1921.
- von Maydell, Max, *Flüchtlingsschutz im deutschen Strafrecht. Eine Untersuchung der Anwendung und Reichweite von Art. 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention*, Nomos, Baden-Baden 2025.
- von Münch, Ingo, „Kirchenasyl“: ehrenwert, aber kein Recht, *Neue Juristische Wochenschrift* 1995, 565–566.

- von Pollern, Hans-Ingo, Das Strafrecht für Ausländer, Asylbewerber und EG-Ausländer im Ausländergesetz, Asylverfahrensgesetz und EWG-Aufenthaltsgesetz, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 1987, 12–15.
- Walburg, Christian, „Crimmigration“: Die Ausweisung als Mittel der Migrations- und Kriminalitätskontrolle, Neue Kriminalpolitik 2016, 378–388.
- Waldhoff, Christian, Von der Rindfleischetikettierung zum Knorpelfleisch – Blankettgesetze zwischen Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht und Legistik, in: Bertheau, Camilla/Beulke, Werner/Jahn, Matthias/Müller-Jacobsen, Anke/Schmitt-Leonardy, Charlotte (Hrsg.), Strafrecht und Strafverteidigung in Geschichte, Praxis und Politik. Festschrift für Alexander Ignor zum 70. Geburtstag, C.F. Müller, Heidelberg 2023.
- Warda, Günter, Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB, Juristische Rundschau 1950, 546–551.
- Ders., Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1955.
- Waßmer, Martin, Abschnitt J. Ausländerstrafrecht, in: Wollenschläger, Ferdinand/Wollenschläger, Sibylle (Hrsg.), Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland, fortlaufend aktualisiert, Wolters Kluwer, Köln.
- Watson, Scott, The Criminalization of Human and Humanitarian Smuggling, Migration, Mobility, & Displacement 2015, 39–53.
- Weber, Ferdinand, Contested borders. Migrationsrechtsdenken und Grenzen, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2023, 102–112.
- Weigend, Thomas, Grenzen strafbarer Beihilfe, in: Eser, Albin (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, Nomos, Baden-Baden 1998, 197–212.
- Weißmann, Günter, Ausländergesetz. Kommentar, Walter de Gruyter, Berlin 1966.
- Weizsäcker, Esther, Grundrechte und freiwillige Migration. Die Bedeutung der Grundrechte im Grundgesetz für die Regelungen von Einreise und Aufenthalt zu Arbeits-, Ausbildungs- oder Besuchszwecken, Nomos, Baden-Baden 2007.
- Dies., Welche Bedeutung haben die Grundrechte für die Regelung von Migration?, in: Robertson-von Trotha, Caroline (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, Nomos, Baden-Baden 2009, 183–203.
- Welzel, Hans, Studien zum System des Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1939, 491–566.
- Ders., Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum, Monatsschrift für Deutsches Recht 1952, 584–590.
- Werdermann, David, Die Vereinbarkeit von Sonderrecht für Asylsuchende und Geduldete aus sicheren Herkunftsstaaten mit Art. 3 GG, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2018, 11–18.
- Werkmeister, Andreas, Migrationspolitik mit den Mitteln des Strafrechts? Grundfragen des „Crimmigration Law“ am Beispiel der Strafbarkeit der unerlaubten Einreise, in: Albrecht, Anna H./Geneuss, Julia/Giraud, Alix/Pohlreich, Erol (Hrsg.), Strafrecht und Politik, Nomos, Baden-Baden 2018, 187–208.
- Werle, Gerhard, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1989.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 54. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 2024.
- Westphal, Volker/Stoppa, Edgar, Straftaten im Zusammenhang mit der unerlaubten Einreise und dem unerlaubten Aufenthalt nach dem Ausländergesetz, Neue Juristische Wochenschrift 1999, 2137–2144.

- Wimmer, Klaus, Strafbarkeit des Handelns aufgrund einer erschlichenen behördlichen Genehmigung, *JuristenZeitung* 1993, 67–73.
- Winands, Petra, Analyse der Verwaltungsstraftatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG. Probleme der strafrechtlichen Legitimation, Peter Lang, Frankfurt am Main/Berlin/New York/Paris/Wien 1998.
- Wohlers, Wolfgang, Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – Zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2000, 169–174.
- Wolter, Jürgen/Hoyer, Andreas (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 2025, zitiert als: SK-StGB/Bearbeiter.
- Wolzendorff, Kurt, Die polizeiliche Landesverweisung im preussischen Staatsrecht, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1908, 409–423.
- Worbs, Susanne/Bund, Eva/Kohls, Martin/Babka von Gostomski, Christian, (Spät-)Aussiedler in Deutschland. Eine Analyse aktueller Daten und Forschungsergebnisse, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Forschungsbericht 20, Nürnberg 2013.
- Wray, Helena, The ‘Windrush Generation’ and Citizenship, *Global Citizenship Observatory* v. 2. Mai 2018, abrufbar unter: <<https://globalcit.eu/the-windrush-generation-and-citizenship/>>.
- Wüterich, Christoph, Die Bedeutung von Verwaltungsakten für die Strafbarkeit wegen Umweltvergehen (§§ 324 ff. StGB), *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1987, 106–109.
- Yıldız, Sakine, Deutschland ist (k)ein Einwanderungsland. Die Rückkehrförderungs politik der Bundesrepublik 1973 bis 1984, in: Etzold, Raphaela/Löhnig, Martin/Schlemmer, Thomas (Hrsg.), *Migration und Integration in Deutschland nach 1945*, Walter de Gruyter, Berlin/Boston 2019, 79–89.
- Zedner, Lucia, Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment, in: Franko Aas, Katja/Bosworth, Mary (Hrsg.), *The Borders of Punishment. Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, Oxford 2013, 40–57.
- Zhao, Xueshuang, Die notwendige Teilnahme. Zum Strafgrund der Beteiligung im Rahmen der Zuständigkeitslehre, Duncker & Humblot, Berlin 2022.
- Ziekow, Jan, Über Freizügigkeit und Aufenthalt. Paradigmatische Überlegungen zum grundrechtlichen Freiheitsschutz in historischer und verfassungsrechtlicher Perspektive, Mohr Siebeck, Tübingen 1997.
- Zieschang, Frank, Klausurrelevante Probleme des objektiven Tatbestands der Diebstahlsvorschrift, *Juristische Arbeitsblätter* 2024, 265–271.
- Zimmermann, Andreas/Machts, Felix/Dörschner, Jonas (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2011, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Zimmermann/Machts/Dörschner (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*.
- Zirulia, Stefano, Is that a Smuggler? The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders, in: Gatta, Gian Luigi/Mitsilegas, Valsamis/Zirulia, Stefano (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, Hart Publishing, Oxford 2021, 235–265.
- Ders., Waiting for Kinsa. The Criminalisation of Facilitating Irregular Immigration before the CJEU, *Verfassungsblog* v. 10. Juni 2024, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/waiting-for-kinsa/>>.

- Ders.*, The Legacy of Kinsa. Using Proportionality to Limit the Criminalisation of Solidarity, *Verfassungsblog* v. 26. Juni 2025, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/kinsa-judgment-proportionality/>>.
- Zirulia, Stefano/Martinico, Giuseppe*, Criminalising Migrants and Securitising Borders. The Italian “No Way” Model in the Age of Populism, in: Stoyanova, Vladislava/Smet, Stijn (Hrsg.), *Migrants’ Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2022, 259–279.
- Zuleeg, Manfred*, Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, *Die Öffentliche Verwaltung* 1973, 361–370.