
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) abzugehen. 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 Zweck 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 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 Positivstaatern 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/*Keßler*, 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, 922} 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 NSZ-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.; *Dürner*, 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) (1).

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-vorteilsmotivierte 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. Konsequenterweise 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 Vorteilmotivation 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 Richtlinienvorschlags), 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 Richtlinienvorschlags. 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 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 regelmäÖig auch Beschuldigte in entsprechenden Strafverfahren sein werden.¹¹⁰²

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

Diese Auffassungen beruhen allerdings auf einer überschießenden 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 Röckföhrungsverfahren 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 Röckföhrungsverfahrens erfasst wird, ergibt sich daraus, dass auch insoweit eine Verzögerung der Röckföhrung 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 Röckföhrung sogar fördern, weil die Beschaffung eines Passes regelmäÖig Voraussetzung der Röckföhrung sei, wird verkannt, dass die Rechtsprechung des EuGH vor allem die Verzögerung im Blick hat, die aus einer freiheitsentziehenden Sanktionierung des VerstoÖes 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 Röckkehrverfahrens die Nichterfüllung der Röckkehrverpflichtung (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 *Hohoff*, 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 *Hohoff*, 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.

verzichten.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 kuptierten 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. Zustimmend 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[zurück]weisen oder zurück[zurück]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 völkergewohnheitsrechtlich 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.; 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. 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/1P/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 verfehlt 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 an, 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 Nrn. 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 Ausweis-papiere 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 Schutzerlangung *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; *Pintasko*, *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.