
E. Die Strafbestimmungen im Einzelnen

Nachdem in den vorangegangenen Teilen zentrale Vorfragen des Migrationsstrafrechts erörtert worden sind, werden im Folgenden die Strafvorschriften einer vertieften Betrachtung unterzogen. Dabei sollen die in Teil B. herausgearbeiteten vier Deliktsgruppen im Zusammenhang dargestellt und besonders relevante – und oftmals umstrittene – Einzelfragen vertieft werden. Vorab wird jedoch der Anwendungsbereich der Strafvorschriften umrissen.

I. Anwendungsbereich

1. Sonderdeliktscharakter

Die Tatbestände des Migrationsstrafrechts sind überwiegend als Sonderdelikte ausgestaltet, können also nur von (bestimmten) Ausländern begangen werden. Zwar nimmt der Wortlaut der Strafvorschriften nicht explizit auf „den Ausländer“ als Täter Bezug.¹⁵⁰² Allerdings folgt der Sonderdeliktscharakter aus dem Umstand, dass die Pflichten, an deren Verletzung die Strafvorschriften anknüpfen, nahezu ausschließlich Ausländer treffen.¹⁵⁰³ Dies ergibt sich zum einen aus den die Pflichten normierenden Regelungen selbst, aber auch aus den Regelungen zum Anwendungsbereich der Gesetze.¹⁵⁰⁴ So bestimmt § 1 Abs. 1 Satz 4 AufenthG, dass das Gesetz die „Einreise, den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von *Ausländern* (Herv. d. Verf.)“ regelt. § 1 Abs. 2 AufenthG nimmt einzelne Ausländergruppen vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus.¹⁵⁰⁵ Das Asylgesetz gilt nach § 1 Abs. 1 AsylG „für Ausländer“, die Schutz vor politischer Verfolgung oder internationalen Schutz begehren. Das Freizügigkeitsgesetz/EU wiederum gilt für die in § 1 Abs. 1 FreizügG/EU aufgeführten Gruppen privilegierter Ausländer, vor allem Staatsangehörige anderer EU- oder EWR-Staaten sowie deren Familienangehörige und nahestehende Personen.

Die Beschränkung des Täterkreises auf Ausländer gilt aber dort nicht, wo das Gesetz an das Tätigwerden *für einen anderen* anknüpft (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, § 9 Abs. 1 FreizügG/EU), da insofern nicht ersichtlich ist, weshalb das Gesetz Deutsche, die für einen Ausländer handeln, gegenüber Ausländern im Blick auf die Verletzung des geschützten Rechtsguts privilegieren sollte.¹⁵⁰⁶ Auch die Schleusungsdelikte

1502 Insoweit zutreffend *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 94.

1503 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 4.

1504 Vgl. zu § 95 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 130.

1505 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 5.

1506 BGH, Beschl. v. 23.2.2005 – 1 StR 501/04, BeckRS 2005, 3106; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 376, 377; vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 212; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 96 ff.; BeckOK-

(§§ 96, 97 AufenthG, 84, 84a AsylG) können durch Deutsche oder dem jeweiligen Gesetz nicht unterfallende Ausländer verwirklicht werden. Gleiches gilt für die Teilnahme an der Tat eines Ausländers.¹⁵⁰⁷

2. Spezialfall Ausländergeheimbündelei

Für die nicht-verwaltungsakzessorische Ausländergeheimbündelei (§ 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG), die nach § 11 Abs. 1 FreizügG/EU auch auf freizügigkeitsberechtigte EU-Ausländer und ihre Familienangehörigen anzuwenden ist,¹⁵⁰⁸ ist umstritten, ob auch Deutsche als Täter in Betracht kommen. Die Entstehungsgeschichte¹⁵⁰⁹ scheint zunächst gegen eine Einbeziehung von Deutschen als Täter zu sprechen.¹⁵¹⁰ Der

StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 6; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 11; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 248; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 251 f.; anders dagegen Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 151, die allerdings verkennt, dass § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG (§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG a.F.) gerade auch die Integrität des Genehmigungsverfahrens schützen soll und deshalb auch Handlungen von Personen, die keine Pflicht zur Einholung eines Aufenthaltstitels trifft, zur Rechtsgutsverletzung geeignet sind; ebenfalls für einen Sonderdeliktsscharakter Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 191 ff.

1507 Vgl. BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 4; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 95 f.; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 1. Zu Fragen im Zusammenhang mit § 28 Abs. 1 StGB siehe sogleich unter 3.

1508 Dies ist im Blick auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 18 Abs. 1 AEUV) nicht unproblematisch, da sich EU-Ausländer insoweit auf den gesamten Grundrechtskatalog berufen können. Soweit dieser Deutschengrundrechte enthält, wird teilweise eine unmittelbare Anwendbarkeit durch unionsrechtskonforme Auslegung, teilweise eine mittelbare Anwendung unter Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG unter Anwendung der jeweiligen Schrankenbestimmungen der Deutschengrundrechte befürwortet. Denkbar wäre auch, im Lichte des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die Beschränkung der entsprechenden Verfassungsbestimmungen „auf Deutsche“ nicht anzuwenden. Jedenfalls aber gelten die Gewährleistungen auch für Unionsbürger, sodass die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) ebenso wie bei Deutschen einer Kriminalisierung entgegenstehen würde, vgl. BVerfG NJW 2016, 1436 f.; Dreier, DÖV 2024, 413, 421; Meyer, JA 2023, 655, 657. Da der Tatbestand der Geheimbündelei für Deutsche im Blick auf Art. 9 Abs. 1 GG als problematisch angesehen wurde (dazu oben A. II. 3. c) aa)), müssen diese Überlegungen auch für EU-Ausländer gelten, sodass EU-Ausländer im Ergebnis Deutschen gleichzustellen sind, vgl. BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 107; NK-Ausländerrecht/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 160.

1509 Vgl. oben A. II. 3. c) aa).

1510 Vgl. Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 151 f.; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 4; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 107; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 11; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 14; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 208, 210. Der Hinweis auf die Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, BT-Drs. 16/5065, S. 212, wonach der Gesetzgeber zwischen § 95 Abs. 1 Nr. 8 und Abs. 2 Nr. 2 AufenthG offensichtlich differenziert habe, ist freilich nur von geringer Durchschlagskraft, vgl. auch Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 194. So lautet die einschlägige Passage: „Die Tathandlung des § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG (Geheimbündelei) soll auch für Unionsbürger strafbar sein. Ein Grund für eine Privilegierung von Unionsbürgern gegenüber Drittstaatsangehörigen ist nicht ersichtlich.“ Zu § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG wird zusätzlich darauf verwiesen, dass die unter Strafe gestellte Handlung auch für Deutsche strafbar sei. Aus dieser Formulierung folgt freilich nicht zwingend, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, der Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG sei nur auf Ausländer anwendbar. Denn ohne Verweis auf § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG sperrte das FreizügG/EU das AufenthG wegen § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG, unabhängig davon, ob § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG als Allgemein- oder als Sonder-

Wortlaut lässt eine solche Beschränkung des Täterkreises freilich nicht erkennen, da er nur daran anknüpft, dass der Täter im Bundesgebiet einer „überwiegend aus Ausländern bestehenden Vereinigung oder Gruppe angehört“, nicht aber, dass er auch selbst Ausländer ist.¹⁵¹¹ Der Zweck der Vorschrift, potenzielle Gefahren, die von entsprechenden Ausländervereinigungen für die Bundesrepublik ausgehen könnten, zu unterbinden, spricht gleichfalls nicht für eine Beschränkung des Täterkreises, da auch Deutsche zur Gefährlichkeit entsprechender Vereinigungen beitragen können.¹⁵¹² Sofern teilweise Bedenken im Blick auf Art. 9 Abs. 1 GG erhoben werden,¹⁵¹³ stehen diese bei näherer Betrachtung einer Strafbarkeit auch von Deutschen nicht entgegen. Zunächst gewährleistet Art. 9 Abs. 1 GG „allen Deutschen“ das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Damit ist bereits fraglich, ob sich Deutsche, die sich *Ausländervereinen* anschließen, die als solche Art. 9 Abs. 1 GG nicht unterfallen, individuell auf Art. 9 Abs. 1 GG berufen können.¹⁵¹⁴ Darüber hinaus spricht auch die Schrankenbestimmung des Art. 9 Abs. 2 GG dafür, dass Deutsche sich durch eine Mitgliedschaft in einer Vereinigung im Sinne des § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG strafbar machen können. Denn nach Art. 9 Abs. 2 GG sind „Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, [...] verboten.“ Zwar ist zutreffend, dass die durch § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG in Bezug genommene Verbotsmöglichkeit nach § 14 Abs. 2 VereinsG in Teilbereichen über diese Schrankenbestimmung hinausgeht, etwa wenn auf „die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 VereinsG) Bezug genommen wird.¹⁵¹⁵ Verfassungsrechtlichen Bedenken lässt sich – sofern der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG überhaupt als eröffnet angesehen wird – freilich begegnen, indem der Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG in verfassungskonformer Auslegung auf die Mitgliedschaft in Vereinigungen oder Gruppen reduziert wird, die bereits nach Art. 9 Abs. 2 GG „verboten“ sind.

delikt gesehen wird. Damit wären Unionsbürger privilegiert, auch gegenüber Drittstaatsangehörigen. Die Interpretation der Gesetzesbegründung als Bestätigung für die Sonderdeliktsstellung des § 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG verliert an Überzeugungskraft auch deshalb, weil es dem Gesetzgeber freigestanden hätte, dies im Wortlaut selbst klar zum Ausdruck zu bringen.

1511 Vgl. Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßner, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 194.

1512 Dies erkennt auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 210, an, der jedoch aufgrund der Entstehungsgeschichte einen Sonderdeliktscharakter annimmt.

1513 Etwa Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 152; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 95; Heinrich, ZAR 2003, 166, 172; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 11.

1514 Dagegen etwa Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 81. EL 2017, Art. 9 Rn. 50; siehe auch BVerfG NVwZ 2000, 1281.

1515 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 95.

3. „Ausländereigenschaft“ als besonderes persönliches Merkmal?

Angesichts der Möglichkeit einer Teilnahme von Deutschen an der Begehung von Straftaten nach dem Aufenthaltsgesetz, Freizügigkeitsgesetz/EU und Asylgesetz durch Ausländer stellt sich die Frage, ob es sich bei der den Sonderdeliktsscharakter begründenden „Ausländereigenschaft“ des Haupttäters um ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB handelt, was zu einer Strafmilderung für deutsche Teilnehmer führte. Die Rechtsprechung verneint dies, da die Strafbarkeit nicht auf eine „besondere personale Pflichtenstellung zurückzuführen“ sei.¹⁵¹⁶ Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Zwar ist es gerade die „Ausländereigenschaft“, welche den Ausländer dem migrationsrechtlichen Regelungs- und Kontrollregime unterwirft. Ihm werden Pflichten (Passpflicht, Aufenthaltstitelpflicht, Residenzpflichten, Meldepflichten, Mitwirkungspflichten) auferlegt, welche an seine Staatsangehörigkeit beziehungsweise seinen Status als Asylbewerber anknüpfen. Die Strafbarkeit rekuriert bei den als Sonderdelikten ausgestalteten verwaltungsakzessorischen Tatbeständen wiederum auf Verstöße gegen eben diese Ausländern spezifisch auferlegten Pflichten. Dies könnte dafür sprechen, dass die „Ausländereigenschaft“ eine besondere persönliche Eigenschaft im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB und damit ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB ist.¹⁵¹⁷

Wird aber die in der Rechtsprechung anerkannte Unterscheidung zwischen täterbezogenen persönlichen Merkmalen, die als besondere persönliche Merkmale im Sinne des § 28 StGB einzustufen sind, und tatbezogenen persönlichen Merkmalen, welche nicht § 28 StGB unterfallen,¹⁵¹⁸ zugrunde gelegt, ist für die Beurteilung von entscheidender Bedeutung, ob das in Rede stehende Merkmal im Schwergewicht die Tat oder die Persönlichkeit des Täters kennzeichnet.¹⁵¹⁹ Letzteres ist vor allem dann der Fall, wenn das Merkmal eine besondere Pflichtenstellung höchstpersönlicher Art umschreibt.¹⁵²⁰ Dabei differenziert die Rechtsprechung zwischen vorstrafrechtlichen Sonderpflichten, die eher die Persönlichkeit kennzeichneten und für ein täterbezogenes Merkmal sprächen, und strafrechtlichen Geboten, die an Jedermann gerichtet seien und für ein tatbezogenes Merkmal stritten.¹⁵²¹ Migrationsverwaltungsrechtliche Pflichten treffen Ausländer aufgrund gesetzlicher Regelungen, die an die „Auslän-

1516 BGH NStZ 1999, 409, 410; ebenso *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 20; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 8; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 49; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 122.

1517 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 159.

1518 Dazu m.w.N. BGH NStZ 1995, 405; 2020, 493 f. Kritisch sowohl gegenüber der Rechtsprechung als auch der ihr teilweise folgenden Literatur LK-StGB/*Schünemann/Greco*, 13. Aufl. 2020, § 28 Rn. 28 ff.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 27 Rn. 28, 32.

1519 BGH NStZ 1995, 405; 2020, 493 f.

1520 BGH NStZ 1995, 493, 494.

1521 BGH NStZ 1995, 405; 2020, 493, 494.

dereigenschaft“ anknüpfen. Sie sind aber, wie schon die Differenzierung zwischen verschiedenen Ausländergruppen hinsichtlich des Pflichtenprogramms zeigt (EU- und EWR-Bürger, Assoziationsberechtigte, Positivstaater), nicht Ausfluss einer besonderen Pflichtenstellung, die Ausländer aufgrund ihres Ausländer-Seins gegenüber der Allgemeinheit besonders in Anspruch nimmt. Ausländer werden durch das auf Migrationssteuerung ausgerichtete (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AufenthG) verwaltungsrechtliche Pflichtenregime auch nicht in ihrer Persönlichkeit gekennzeichnet. Im Gegenteil: Zwar gilt das Regelungs- und Pflichtenregime nicht für Deutsche; für alle anderen Personen findet es aber – in abgestufter Form – Anwendung, weshalb die Strafvorschriften in einer globalen Perspektive eher als „strafrechtliches Jedermann-Gebot“¹⁵²² zu beschreiben sind, als dass sie an vorstrafrechtliche Sonderpflichten anknüpfen.

Dass diese Auffassung überzeugt, zeigt auch die folgende Kontrollüberlegung: Würde die „Ausländereigenschaft“ als besonderes persönliches Merkmal qualifiziert, wäre die Strafe für einen Teilnehmer mit deutscher Staatsangehörigkeit zu mildern – er wiese das besondere persönliche Merkmal, das durch die persönliche Pflichtenstellung des Ausländers charakterisiert würde, nicht auf. Das Unrecht der Teilnahme wäre in diesem Fall reduziert. Ein Teilnehmer mit ausländischer Staatsangehörigkeit wiese hingegen das besondere persönliche Merkmal der „Ausländereigenschaft“ auf und könnte sich somit nicht auf die Privilegierung des § 28 Abs. 1 StGB berufen. Dabei käme es nicht darauf an, ob der Teilnehmer seinerseits in gleicher Weise migrationsverwaltungsrechtlichen Pflichten unterliegt oder ob er diese erfüllt hat. Schon im Blick auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot müsste davon wiederum eine Ausnahme für EU-Ausländer gemacht werden, es sei denn, es wären Straftatbestände des Freizügigkeitsgesetzes/EU betroffen. Würde eine solche Differenzierung zugelassen, stellte sich zudem die Frage, ob nicht auch Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis anders behandelt werden müssten als Ausländer im Asylverfahren, weil letztere die im Asylgesetz enthaltenen Pflichten treffen, erstere aber nur dem Aufenthaltsgesetz unterliegen. Damit wären erhebliche Wertungswidersprüche verbunden. Diese Gegenüberstellung verdeutlicht daher, dass es sich bei der „Ausländereigenschaft“ um ein tatbezogenes persönliches Merkmal und nicht um ein täterbezogenes Merkmal handelt. Der ausländische Teilnehmer begeht im Verhältnis zum deutschen Teilnehmer kein gesteigertes „Unrecht“ aufgrund einer besonderen Pflichtenstellung.

Zum selben Ergebnis gelangt, wer mit *Roxin* unrechtsunabhängige Schuld-, Verantwortlichkeits- und Strafbarkeitsmerkmale sowie Merkmale, die qualifizierte Pflichtenstellungen zum Ausdruck bringen, als besondere persönliche Merkmale quali-

1522 *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 27 Rn. 61.

fiziert.¹⁵²³ Der Grund für die durch § 28 StGB bewirkte Akzessorietätslockerung bestehe in diesen Fällen darin, dass die Teilnahme eines Anstifters oder Gehilfen, der das Merkmal nicht aufweise, als weniger strafwürdig erscheine.¹⁵²⁴ Denn auch insoweit gilt, dass die „Ausländereigenschaft“ keine im Verhältnis zu Deutschen gesteigerte Pflichtenstellung gegenüber der deutschen Migrationsrechtsordnung begründet. Der Ausländer wird zwar durch von ihm nicht durch Teilhabe am demokratischen Willensbildungsprozess beeinflussbare strafbewehrte Ge- und Verbote in gesteigertem Umfang in Anspruch genommen, erlangt dadurch aber keine qualifizierte Pflichtenstellung gegenüber dem Schutzgut, die bewirkte, dass die Teilnahme eines Deutschen an einer entsprechenden Straftat als weniger strafwürdig erschiene.

4. Strafanwendungsrecht

Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts richtet sich grundsätzlich nach §§ 3 ff. StGB.¹⁵²⁵ Für die meisten Fälle wird von einer Inlandstat (§§ 3, 9 StGB) auszugehen sein, weil Einreise und Aufenthalt notwendigerweise Territorialkontakt voraussetzen und auch gegen die übrigen Strafvorschriften regelmäßig im Inland verstoßen werden wird. Für Teilnehmer liegt eine Inlandstat auch dann vor, wenn die Tat, an der sie sich beteiligen, im Inland begangen ist oder begangen werden sollte.¹⁵²⁶ Schwierigkeiten können insoweit Fälle von Falschangaben im Visumsverfahren bei deutschen Auslandsvertretungen durch Personen bereiten, die den Aufenthaltstitel selbst nicht zur Einreise oder zum Aufenthalt nutzen.¹⁵²⁷ In diesen Fällen fehlt es mangels inländischen Handlungs- oder Erfolgsorts an einer Inlandstat, sodass das deutsche Strafrecht nicht anwendbar ist und eine Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ausscheidet. Denn die deutschen Auslandsvertretungen befinden sich auf fremdem Staatsgebiet und unterfallen daher nicht dem Begriff des Inlands im Sinne von § 3 StGB.¹⁵²⁸

1523 Vgl. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 27 Rn. 51 ff.

1524 Vgl. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 27 Rn. 55.

1525 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 13.

1526 § 9 Abs. 2 Var. 1 StGB.

1527 Im Falle der im Anschluss an die Visumsbeschaffung folgenden Einreise liegt eine Inlandstat vor (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 6 AufenthG, im Falle des Gebrauchs auch § 95 Abs. 2 Nr. 2 Var. 3 AufenthG), vgl. BGH NJW 2012, 2210, 2211; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243, EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 19a.

1528 OLG Köln NSTZ 2000, 39 f.; BayObLG, Beschl. v. 17.5.2000 – 4St RR 55/00, BeckRS 2000, 5012, Rn. 13; vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 115; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 156; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 13, 107; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 149; *Lorenz*, NSTZ 2002, 640, 641; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 247 f. Offengelassen von BGH NJW 2000, 1732, 1736, da der Senat lediglich über die Strafbarkeit von Teilnehmern an entsprechenden Haupttaten zu befinden hatte, die im Inland agiert hatten, sodass sich die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 StGB ergab.

Hinsichtlich der sogenannten EU-Schleusung ist zu berücksichtigen, dass § 96 Abs. 4 AufenthG die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts schon nach seinem Wortlaut unabhängig von den §§ 3 ff. StGB und losgelöst von Tatort und Staatsangehörigkeit des Täters auf sämtliche Handlungen erstreckt, die die Anstiftung oder Beihilfe zu einer unerlaubten Einreise in das oder einem unerlaubten Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates zum Ziel haben.¹⁵²⁹ Insofern enthält § 96 Abs. 4 AufenthG eine unionsrechtlich bedingte¹⁵³⁰ Abweichung vom allgemeinen Strafanwendungsrecht.

II. Einreise- und Aufenthaltsdelikte

Die Einreise- und Aufenthaltsdelikte als erste und zentrale Deliktsgruppe des Migrationsstrafrechts lassen sich ihrerseits in zwei Gruppen unterteilen: Die schlicht unerlaubte Einreise und den schlicht unerlaubten Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG, die an das Fehlen eines Passes, eines Visums oder eines Aufenthaltstitels anknüpfen, einerseits und die qualifizierten Einreise- und Aufenthaltsdelikte, nämlich die unerlaubte Einreise und den unerlaubten Aufenthalt unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot, wie sie in § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG sowie § 9 Abs. 2 FreizügG/EU unter Strafe gestellt sind, andererseits.

1. Schlicht unerlaubte Einreise und unerlaubter Aufenthalt

Die Straftatbestände der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG stellen den Kern des modernen Migrationsstrafrechts dar und sind auch in der Praxis die relevantesten Delikte des gesamten Migrationsstrafrechts.¹⁵³¹ Auch zahlreiche Debatten um die Strafbarkeit von humanitärer Unterstützung, etwa durch Gewährung von Kirchenasyl, Unterkunft, Kleidung, Geldmitteln und medizinischer Versorgung, knüpfen an diese Tatbestände an. Während die unerlaubte Einreise ein aktives Tun voraussetzt, handelt es sich beim unerlaubten Aufenthalt nach überzeugender herrschender Meinung um ein echtes

1529 BGH NStZ-RR 2020, 184; siehe auch BGH, Beschl. v. 14.8.2019 – 5 StR 228/19, BeckRS 2019, 21921, Rn. 9 f.; vgl. Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 89; Stephan, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 40.

1530 Dazu oben C. III. 2. a).

1531 Die Polizeiliche Kriminalstatistik 2024, Grundtabelle – Fälle (V1.0), Zeile 940, Schlüssel 725000, weist 287.339 erfasste Fälle von Straftaten gegen das Aufenthaltsgesetz, das Asylgesetz und das Freizügigkeitsgesetz/EU auf. Davon entfallen allein 177.275 Fälle auf den unerlaubten Aufenthalt in seinen unterschiedlichen Ausprägungen (Schlüssel 725700) und 90.222 auf die unerlaubte Einreise in ihren verschiedenen Ausprägungen (Schlüssel 725100). Damit machen allein die Einreise- und Aufenthaltsdelikte 93,25 % aller polizeilich registrierten Fälle aus. Dies ist vor dem Hintergrund zu erklären, dass diese Delikte aufgrund der hohen polizeilichen Kontrolldichte gerade an Grenzübergangsstellen und an typischen Anlaufpunkten sowie der einfachen Feststellbarkeit von Verstößen gegen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen deutlich häufiger polizeilich erfasst werden als andere migrationsstrafrechtliche Verstöße.

Unterlassungsdelikt.¹⁵³² Der Unrechtsvorwurf knüpft daher nicht an den „Verbleib“, sondern an das Unterlassen zumutbarer Handlungen, von der Mitwirkung an der Passbeschaffung bis zum Verlassen des Bundesgebiets, an.

a) Unerlaubte Einreise

Nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG macht sich zunächst strafbar, wer „entgegen“¹⁵³³ § 14 Abs. 1 Nrn. 1 oder 2 AufenthG in das Bundesgebiet einreist. § 14 Abs. 1 AufenthG regelt, unter welchen Umständen die Einreise eines Ausländers in das Bundesgebiet unerlaubt ist. Nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ist dies zunächst der Fall, wenn der Ausländer einen erforderlichen Pass oder Passersatz nicht besitzt, wobei die Passpflicht in § 3 AufenthG geregelt ist. Nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist eine unerlaubte Einreise ferner dann anzunehmen, wenn der Ausländer einen erforderlichen Aufenthaltstitel nicht besitzt, was sich wiederum nach § 4 AufenthG richtet.¹⁵³⁴ § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG enthält damit zwei unterschiedliche Tatbestandsvarianten, die auseinanderzuhalten sind.

Diese Tatbestandsstruktur wirft Bedenken im Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG auf.¹⁵³⁵ § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG verweist zunächst auf § 14 Abs. 1 Nrn. 1 oder 2 AufenthG, der wiederum auf § 3 AufenthG (passlose Einreise) beziehungsweise § 4 AufenthG (aufenthaltstitellose Einreise) verweist. Diese wiederum regeln, wann ein Ausländer eines Passes beziehungsweise eines Aufenthaltstitels bedarf. Dies erfolgt jedoch nicht abschließend, sondern insbesondere im Falle von § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG unter Verweis auf das Recht der Europäischen Union, die Aufenthaltsverordnung und das Assoziierungsabkommen EWG/Türkei, nach denen Ausnahmen von der Aufenthaltstitelpflicht bestehen, ohne dass freilich näher spezifiziert wäre, welche Vorschriften insoweit im Einzelnen von Bedeutung sind. Der Rechtsanwender muss daher, um strafbares von straffreiem Verhalten abgrenzen

1532 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740 m.w.N.; BGH NStZ 2010, 171, 172; KG NStZ-RR 2002, 220, 221; OLG München NStZ 2013, 484; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 7; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 93; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 272; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 24; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 44; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 36; *Lam*, StV 2005, 464, 465; *Mosbacher*, NStZ 2003, 489, 490; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 52 f.; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 210. Im Einzelnen siehe unten E. II 1. b).

1533 Diese Formulierung ist missglückt, da § 14 Abs. 1 AufenthG gerade die Voraussetzungen der *unerlaubten* Einreise definiert, sodass der Ausländer nicht „entgegen“, sondern „im Sinne von“ § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 unerlaubt einreist, vgl. auch *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 54. Deshalb für die Verfassungswidrigkeit der Norm im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG plädierend *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 117.

1534 Dazu im Einzelnen oben C. I.

1535 Vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 15 f.; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 69; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 132: „Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz liegt diese gesetzliche Konstruktion im Grenzbereich des Bedenklichen.“

zu können, in Erfahrung bringen, welche Regelungen im konkreten Fall Anwendung finden und ob nach diesen möglicherweise eine Ausnahme von der Aufenthaltstitelpflicht besteht.

Die Frage, ob eine Strafvorschrift gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt und deshalb verfassungswidrig ist, bestimmt sich unter Berücksichtigung des Adressatenkreises und der jeweiligen Regelungsalternativen.¹⁵³⁶ Da die entsprechenden Strafvorschriften Ausländer adressieren, von denen die detaillierte Kenntnis des deutschen und europäischen Migrationsverwaltungsrechts nicht erwartet werden kann, erscheinen die Zweifel an der Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG jedenfalls nicht unbegründet. Zugleich darf nicht übersehen werden, dass die Alternative zu der in § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG enthaltenen Verweisung auf die Aufenthaltsverordnung, das Unionsrecht und das Assoziationsrecht eine Inkorporation der entsprechenden Bestimmungen mindestens in § 4 AufenthG wäre. Dies kann jedoch schon aus Gründen der Übersichtlichkeit nicht als vorzugswürdige Regelungsalternative eingeordnet werden. Hinzu kommt, dass die Verweisung auf das Unionsrecht dem Umstand Rechnung trägt, dass sich die entsprechenden Vorschriften im Zeitverlauf ändern können, wie sich nicht zuletzt im Zuge des Ukraine-Krieges gezeigt hat.¹⁵³⁷ Bei der vorzunehmenden Gesamtbewertung darf schließlich die Regulationsstruktur des § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG (aber auch des § 3 AufenthG) nicht übersehen werden. Denn diese statuieren im Grundsatz zunächst einmal die entsprechende Pflicht – Pass- oder Aufenthaltstitelpflicht – und damit das Grundprinzip, das für sämtliche Ausländer, die dem Aufenthaltsgesetz unterliegen, gilt: Sie benötigen für die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet grundsätzlich einen Pass und einen Aufenthaltstitel. Damit ist für die Normadressaten der Grundsatz ihrer Pass- und Aufenthaltstitelpflicht von vornherein klar aus dem Gesetz erkennbar. Ebenfalls eindeutig erkennbar ist für sie, dass es Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt und aus welchen Rechtsquellen diese sich ergeben können. Lediglich für diese *Ausnahmen* wird auf Verwaltungs-, Unions- und Assoziationsrecht verwiesen. Zwar ist auch die Kenntnis dieser Ausnahmen erforderlich, um den Bereich des strafbaren vom nicht-strafbaren Verhalten unterscheiden zu können. Allerdings ist es dem Normadressaten im Blick auf die Regulationsstruktur zuzumuten, im Angesicht des statuierten Grundsatzes die entsprechenden Rechtsvorschriften, die in ihrem konkreten Einzelfall einschlägig sind, in Erfahrung zu bringen. So ist einerseits zutreffend, dass Ausländer keine Spezialisten der Rechtsmaterie sein werden, sodass der Gesetzgeber gehalten ist, die entsprechenden Vorschriften in einer Weise zu fassen, die es den Normadressaten ermöglicht, diese mit angemessenem Ressourceneinsatz erfassen zu können. Andererseits darf in die Gesamtbewertung aber auch eingestellt werden, dass nach der Gesamtkonzeption des Migrationsverwaltungsrechts dem Zugang

1536 Dazu oben D. II. 2.

1537 Dazu oben C. I. 2. b) aa) und cc).

zum Bundesgebiet begehenden Ausländer grundsätzlich zugemutet wird, bestimmte Verwaltungsverfahren zu durchlaufen, sodass jedenfalls nicht von vornherein anzunehmen ist, eine Obliegenheit, sich über die für den Betroffenen geltenden möglichen Ausnahmetatbestände kundig zu machen, sei unzumutbar. Insoweit besteht trotz des deutlich anders strukturierten Adressatenkreises eine Parallele zu anderen verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen. Verbleibenden Unsicherheiten kann durch Anwendung der strafrechtlichen Irrtumsregelungen (§§ 16 Abs. 1, 17 StGB) Rechnung getragen werden.

aa) Verstoß gegen die Passpflicht

Ein Verstoß gegen die Passpflicht setzt zunächst voraus, dass überhaupt eine Passpflicht nach § 3 AufenthG besteht. Grundsätzlich besteht diese für jeden Ausländer, der dem Anwendungsbereich des Aufenthaltsgesetzes unterfällt, wenn sie nicht durch Rechtsverordnung oder im Einzelfall gemäß § 3 Abs. 2 AufenthG suspendiert ist. Zudem ist das Absehen von der Passpflicht nach § 5 Abs. 3 AufenthG i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG zu beachten.¹⁵³⁸ Die Einreise mit einem falschen oder einem fremden Pass ist dabei ebenso wie die Einreise ohne jeden Pass als unerlaubte Einreise zu qualifizieren; anders liegt der Fall freilich bei einem durch unrichtige oder unvollständige Angaben erlangten Pass.¹⁵³⁹ Dies ergibt sich bei einer verständigen Auslegung des § 3 Abs. 1 AufenthG („wenn *sie* einen anerkannten und gültigen Pass oder Passersatz *besitzen*“). Der falsche Pass genügt schon den Merkmalen „anerkannt“ und „gültig“ nicht. Hinsichtlich des fremden Passes kann diesen zwar auch „besitzen“, wer nicht Passinhaber ist. Jedoch zielt das Merkmal ersichtlich darauf ab, die Zugriffsmöglichkeit auf den Pass zu umschreiben und nicht den „Besitz“ irgendeines Passes. Der Regelungszusammenhang („wenn sie ... besitzen“) verdeutlicht, dass es darum geht, dass Ausländer die Möglichkeit haben müssen, auf *ihren* – also auf einen anerkannten und gültigen, auf sie selbst ausgestellten – Pass zuzugreifen.¹⁵⁴⁰

Für Asylsuchende gilt, dass ein Nachsuchen um Asyl *vor* der Einreise die Passpflicht entfallen lässt, weil die kraft Gesetzes eingreifende Aufenthaltsgestattung diese insoweit suspendiert.¹⁵⁴¹ Reisen Asylsuchende dagegen ohne Pass oder Passersatz zunächst in das Bundesgebiet ein und äußern ihr Asylbegehren erst im Inland, liegt eine tatbestandlich unerlaubte Einreise unter Verstoß gegen die Passpflicht vor; die nachträgliche Asylantragstellung lässt die einmal verwirklichte unerlaubte

1538 Zum Ganzen oben C. I. 2. a).

1539 Vgl. Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 78.

1540 Im Ergebnis übereinstimmend MK-StGB/*Gerike*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 52; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 31; vgl. auch *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 140 ff.

1541 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2008 – 5 Ss 122–80/08, BeckRS 2012, 8473. Siehe oben C. I. 2. a).

Einreise nicht entfallen.¹⁵⁴² In Betracht kommt allerdings nach der hier vertretenen Auffassung eine Rechtfertigung nach Art. 31 Abs. 1 GFK.¹⁵⁴³ Dass in der passlosen Einreise eines Asylsuchenden eine rechtswidrige unerlaubte Einreise liegen soll, stößt im Blick auf den internationalen Flüchtlingsschutz auf Bedenken. Regelmäßig wird Menschen auf der Flucht keine Gelegenheit bleiben, sich vor ihrer Ausreise aus dem Heimatstaat um einen Pass zu bemühen. In den Hauptherkunftsstaaten der Flüchtlinge ist, wie in vielen Staaten weltweit, der Besitz eines Passes keine Selbstverständlichkeit.¹⁵⁴⁴

Das Argument von *Gericke*, die Strafbarkeit auch von Flüchtlingen sei angemessen, „weil die Asylbewerber Rechtsschutz erlangen können, ohne die Grenzbehörden zu umgehen, indem sie unmittelbar bei der Einreise an der Grenze einen Asylantrag stellen [...]“,¹⁵⁴⁵ überzeugt nicht. Zum einen haben insbesondere geschleuste Flüchtlinge keine Möglichkeit, frei über die Nutzung von Grenzübergangsstellen zu entscheiden, sodass für diese Gruppe schon faktisch keine Möglichkeit besteht, unmittelbar bei der Einreise einen Asylantrag zu stellen. Zum anderen liegt dieser Auffassung die Vorstellung zugrunde, offizielle Grenzübergänge seien jederzeit mit Bundespolizisten besetzt. Tatsächlich sind im Schengen-Raum stationäre Grenzkontrollstellen an Binnengrenzen weitgehend abgeschafft. Selbst die „vorübergehenden Kontrollen an allen deutschen Außengrenzen“, welche im Sommer 2024 eingeführt und mehrfach verlängert wurden, sind ganz überwiegend nur stichprobenartige Kontrollen („gezielte, lageangepasste, örtlich und zeitlich flexible“ Kontrollen) im grenznahen Bereich, die zudem nicht lückenlos erfolgen.¹⁵⁴⁶ Vor diesem Hintergrund trifft *Gericke*s Auffassung nur noch auf Grenzkontrollen an Flughäfen zu – und dort auch nur, wenn die Einreise von außerhalb des Schengen-Raumes erfolgt.¹⁵⁴⁷

Da die Aufenthaltsgestattung für Asylbewerber die Passpflicht für die Dauer ihrer Geltung suspendiert, ist auch die kurzfristige Aus- und Wiedereinreise mit einer Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung nicht als unerlaubte Einreise unter Verstoß gegen die Passpflicht zu qualifizieren. Zwar berechtigt die Bescheinigung ausweislich § 64 Abs. 2 AsylG nicht zum Grenzübergang; die Passpflicht lebt jedoch für die Dauer der Gültigkeit der Aufenthaltsgestattung nicht wieder auf. Die Erlöschensgründe der Aufenthaltsgestattung sind in § 67 Abs. 1 AsylG geregelt, wobei das

1542 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 55.

1543 Siehe oben C. IV. 2.

1544 Vgl. UNODC, Global Study on Smuggling of Migrants, 2018, 38; *Franko*, The Crimmigrant Other, 2020, 27 f.

1545 MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 55.

1546 Vgl. *Kinkartz*, Deutschland: Wie funktionieren die neuen Grenzkontrollen?, Deutsche Welle v. 17. September 2024, abrufbar unter: <<https://www.dw.com/de/wie-funktionieren-die-neuen-grenzkontrollen-in-deutschland/a-70233925>>.

1547 Zum Begriff der Einreise sogleich unten E. II. 1. a) cc).

(freiwillige) Verlassen des Bundesgebietes nicht aufgeführt ist. Dementsprechend ist jedenfalls bei nur kurzfristiger Aus- und anschließender Wiedereinreise keine unerlaubte Einreise des Asylbewerbers anzunehmen.¹⁵⁴⁸ Dies ist auch in teleologischer Hinsicht überzeugend: Der registrierte Asylbewerber gefährdet durch seine passlose Wiedereinreise keine der durch § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG nach Auffassung der herrschenden Meinung geschützten Interessen, insbesondere das Interesse an der Feststellung der Identität und der raschen Durchsetzbarkeit von Rückführungsentscheidungen wird nach erstmaliger Registrierung nicht negativ tangiert.

Anders sind aber die Fälle zu beurteilen, in denen ein ausreisepflichtiger, aber geduldeter Ausländer mit einer als Ausweisersatz bezeichneten Duldung aus- und wiedereinreist. Denn die Passpflicht wird zwar (für den Aufenthalt im Bundesgebiet) nach § 3 Abs. 1 Satz 2 AufenthG auch durch den Besitz eines Ausweisersatzes nach § 48 Abs. 2 AufenthG erfüllt, zu dem auch die als Ausweisersatz bezeichnete Duldung gehört. Nach § 60a Abs. 5 Satz 1 AufenthG erlischt die Duldung jedoch mit der Ausreise des Ausländers, sodass zum Zeitpunkt der Wiedereinreise ein gültiger Ausweisersatz nicht mehr existiert.¹⁵⁴⁹

bb) Verstoß gegen die Aufenthaltstitelpflicht

Ein Verstoß gegen die Aufenthaltstitelpflicht setzt gleichfalls voraus, dass der Ausländer überhaupt eines Aufenthaltstitels bedarf. Wann dies der Fall ist, wurde bereits ausführlich dargelegt.¹⁵⁵⁰ Grundsätzlich ist an die „Erforderlichkeit“ eines Aufenthaltstitels ein objektiver Maßstab anzulegen.¹⁵⁵¹

Hinsichtlich der sogenannten Negativstaater ist zu beachten, dass nach der vom Bundesgerichtshof vertretenen und hier geteilten Auffassung aufgrund der Verwaltungsakzessorietät des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG auch *rechtswidrige* aber *wirksame* Aufenthaltstitel grundsätzlich Tatbestandswirkung entfalten, und zwar auch dann, wenn es sich um Aufenthaltstitel handelt, die von den Behörden eines anderen Schengen-Staates ausgestellt worden sind.¹⁵⁵² Durchbrochen wird dieser Grundsatz durch § 95 Abs. 6 AufenthG. Danach steht einem Handeln ohne erforderlichen Aufenthaltstitel ein Handeln auf Grund eines durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Aufenthaltstitels gleich. Die Erteilung des Aufenthaltstitels muss also kausal auf ein

1548 AG Aachen MDR 1995, 627, 628; daran anschließend BayObLG, Beschl. v. 15.5.1998 – 4 St RR 69/98, Rn. 24 (juris). Anders OLG Köln, Beschl. v. 19.4.1996 – Ss 105/96, BeckRS 1996, 121492, Rn. 1; LG Freiburg (Breisgau), Beschl. v. 28.9.2018 – 3 Qs 98/17, Rn. 7 (juris); vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 78; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 52.

1549 BayObLG NSTZ-RR 2005, 20; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 52.

1550 Vgl. oben C. I. 2.

1551 BGH NSTZ-RR 2021, 190, sowie oben D. I. 2.

1552 Dazu eingehend oben D. I. 2.

rechtsmissbräuchliches Verhalten des Ausländers oder eines Dritten – wobei dann Kenntnis des Aufenthaltstitelinhabers zu verlangen ist – zurückzuführen sein.¹⁵⁵³ Ist dies der Fall, findet § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG trotz Vorhandenseins eines verwaltungsrechtlich wirksamen¹⁵⁵⁴ Aufenthaltstitels Anwendung auf die Einreise des betreffenden Ausländers. § 95 Abs. 6 AufenthG ist also kein eigenständiger Tatbestand, sondern erweitert den Anwendungsbereich des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG.¹⁵⁵⁵ Da auch unrichtige oder unvollständige Angaben bewirken, dass der eigentlich wirksame Aufenthaltstitel keine Legalisierungswirkung entfalten kann, machen sich auch Personen strafbar, die bereits *bei Beantragung* des Aufenthaltstitels beabsichtigen, zu einem anderen als zu dem nach dem beantragten Aufenthaltstitel zulässigen Zweck oder für längere als nach dem beantragten Aufenthaltstitel zulässige Zeit in die Bundesrepublik einzureisen.¹⁵⁵⁶

Hinsichtlich der sogenannten Positivstaater gilt, dass sie für Kurzaufenthalte von bis zu 90 Tagen grundsätzlich¹⁵⁵⁷ keines Aufenthaltstitels bedürfen. Teilweise wird vertreten, dass die Befreiung von der Aufenthaltstitelpflicht dann entfalle, wenn der Ausländer noch vor seiner Einreise beabsichtige, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder über 90 Tage hinaus im Bundesgebiet zu verbleiben.¹⁵⁵⁸ Tatsächlich sieht Art. 6 Abs. 3 VO (EU) 2018/1806 vor, dass Mitgliedstaaten für Personen, die *während* ihres Aufenthalts einer Erwerbstätigkeit nachgehen, Ausnahmen von der Befreiung von der Visumpflicht vorsehen können. Eine solche Ausnahmeregelung ist in § 17 Abs. 1 AufenthV getroffen worden.¹⁵⁵⁹ Allerdings bezieht sich diese nach ihrem Wortlaut – und im Einklang mit Art. 6 Abs. 3 VO (EU) 2018/1806 („die *während* ihres Aufenthalts einer Erwerbstätigkeit *nachgehen*“) – nicht auf Fälle, in denen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit *geplant* oder *beabsichtigt* ist, sondern auf Personen, „sofern sie im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben“. Angeknüpft wird also an die

1553 Vgl. *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 141; *Hamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 19a.

1554 BGH NJW 2012, 2210, 2211; vgl. *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 141.

1555 BGH NJW 2012, 2210, 2211.

1556 BGH NJW 2012, 2210, 2211; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 53.

1557 Siehe aber die Konstellation des Fehlens eines biometrischen Passes BGH, Beschl. v. 22.4.2020 – 2 StR 329/19, BeckRS 2020, 12388.

1558 So MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 53; aus aufenthaltsrechtlicher Perspektive Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 50, unter Berufung auf einen Teil der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung; *Schott*, *Einschleusen von Ausländern*, 2. Aufl. 2011, 157 f.

1559 § 17 Abs. 1 AufenthV lautet: „Für die Einreise und den Kurzaufenthalt sind die Personen nach Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2018/1806 in der jeweils geltenden Fassung und die Inhaber eines von einem Schengen-Staat ausgestellten Aufenthaltstitels oder nationalen Visums für den längerfristigen Aufenthalt vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels nicht befreit, sofern sie im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben.“

bereits erfolgende Erwerbstätigkeit.¹⁵⁶⁰ Bis zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bleibt es daher bei der Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels, sodass eine unerlaubte Einreise nicht vorliegt.¹⁵⁶¹ Nehmen diese Personen während ihres Aufenthalts eine Erwerbstätigkeit auf, kommt eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts in Betracht, da sie in diesem Moment aufenthaltstitelpflichtig und, sofern sie keinen Aufenthaltstitel beantragt haben, zudem gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 AufenthG vollziehbar ausreisepflichtig werden.¹⁵⁶² Dementsprechend kommt es für die strafrechtliche Beurteilung nicht auf die Absicht, sondern auf das objektive Verhalten eines Positivstaaters an.¹⁵⁶³

Ähnlich wie bei der passlosen Einreise gilt auch für die aufenthaltstitellose Einreise, dass der Tatbestand von einem ausreisepflichtigen, aber geduldeten Ausländer erfüllt wird, wenn er aus dem Bundesgebiet aus- und wiedereinreist. Einen Aufenthaltstitel besitzt er nämlich nicht, da die Duldung gerade keinen solchen begründet. Zudem erlischt sie mit der Ausreise.¹⁵⁶⁴ Bei Flüchtlingen fehlt es an der Unerlaubtheit der Einreise, wenn sie vor der Einreise um Asyl nachgesucht haben und ihnen die Einreise gestattet wurde (§§ 18 Abs. 1, 18a Abs. 6 AsylG); im Übrigen ist an Art. 31 Abs. 1 GFK zu denken, der die unerlaubte Einreise rechtfertigt.¹⁵⁶⁵

cc) Einreise

(1) Begriff der Einreise

An zugelassenen Grenzübergangsstellen ist die Einreise nach § 13 Abs. 2 Satz 1 AufenthG erst erfolgt, wenn die Grenzübergangsstelle passiert ist. Andernfalls ist die Einreise nach § 13 Abs. 2 Satz 3 AufenthG mit Passieren der Grenze erfolgt. Einen Sonderfall stellt die sogenannte Fiktion der Nichteinreise nach § 13 Abs. 2 Satz 2 AufenthG dar. Danach soll eine Einreise nicht vorliegen, wenn „die mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs beauftragten Behörden

1560 BGH NStZ-RR 2021, 190; BGH, Urt. v. 17.8.2022 – 2 StR 231/21, BeckRS 2022, 28806, Rn. 10; BGH, Beschl. v. 12.12.2023 – 3 StR 278/23, BeckRS 2023, 41773; BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. 11; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 47; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 16a. Insofern missverständlich Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 156.

1561 Vgl. Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 6.

1562 BGH NStZ 2005, 407; 2017, 478; BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. 11; BayObLG, Beschl. v. 20.12.2004 – 4 StR 184/04, BeckRS 2005, 2420; OLG Oldenburg, Beschl. v. 15.12.2021 – 1 Ss 192/21, BeckRS 2021, 40476, Rn. 20; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 47.

1563 Vgl. Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 46. Anders LG Hof, Urt. v. 20.4.2017 – 5 KLS 354 Js 1442/16 (2), BeckRS 2017, 155561, Rn. 56 ff.

1564 BayObLG NStZ-RR 2005, 20; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 82; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 147 f.

1565 Vgl. dazu im Einzelnen oben C. I. 3., II. 1., IV. 2.

einen Ausländer vor der Entscheidung über die Zurückweisung [...] oder während der Vorbereitung, Sicherung oder Durchführung dieser Maßnahme die Grenzübergangsstelle zu einem bestimmten vorübergehenden Zweck passieren [lassen], [...] solange ihnen eine Kontrolle des Aufenthalts des Ausländers möglich bleibt.“ Der *tatsächlich* im Bundesgebiet befindliche Ausländer ist dann *rechtlich* nicht eingereist.¹⁵⁶⁶ Für die Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG folgt daraus, dass eine vollendete Tat nicht in Betracht kommt, weil die Einreise nicht vollendet worden ist. Wird dem Ausländer anschließend die Einreise etwa nach § 18 AsylG gestattet, liegt keine unerlaubte Einreise mehr vor.¹⁵⁶⁷

Bei Einreisen auf dem Landweg kommt es nach dieser Regelung für die Tatvollendung darauf an, ob entweder die Grenzübergangsstelle passiert oder die Grenze an einer anderen Stelle überquert worden ist.¹⁵⁶⁸ Ein Passieren der Grenzübergangsstelle ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erst dann anzunehmen, wenn die Grenzübergangsstelle räumlich verlassen wurde; bis zu diesem Zeitpunkt liegt nur ein Versuch der Einreise vor.¹⁵⁶⁹ Bei Zugreisen soll es nach der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz darauf ankommen, ob eine Kontrolle im Zug stattfindet oder nicht. Im ersten Fall soll die Einreise erst dann erfolgt sein, wenn sich der Zug auf deutschem Hoheitsgebiet befindet, die grenzpolizeiliche Kontrolle im Zug beendet wurde und die Kontrollbeamten den Zug verlassen haben; im zweiten Fall sei die Einreise mit Überfahren der Grenzlinie erfolgt.¹⁵⁷⁰ Diese Differenzierung scheint sachgerecht. Die kontrollierte Fahrt zwischen dem letzten Bahnhof vor der deutschen Grenze und dem ersten Bahnhof im Bundesgebiet ist mit dem Passieren einer Grenzübergangsstelle durchaus vergleichbar.

Erfolgt die Einreise auf dem Luftweg, gilt bei Einreise von außerhalb des Schengen-Raumes gleichfalls, dass die Grenzübergangsstelle passiert werden muss, sodass § 13 Abs. 2 Satz 1 AufenthG Anwendung findet.¹⁵⁷¹ Bei Einreisen von innerhalb des Schengen-Raumes bestehen dagegen grundsätzlich keine Grenzkontrollen mehr, da der Flughafen als Binnengrenze gilt (Art. 2 Nr. 1 lit. b) SGK), sodass hier entspre-

1566 Vgl. Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 13 AufenthG Rn. 15.

1567 BGH NSTZ 2022, 239, 241; OLG Bamberg NSTZ 2015, 404, 405 f.

1568 Eine Liste der Grenzübergangsstellen während angeordneter Grenzkontrollen an den Schengen-Binnengrenzen ist abrufbar unter: <<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/liste-grenzuebergangsstellen.html>>.

1569 BGH, Beschl. v. 1.8.2012 – 4 StR 226/12, BeckRS 2012, 17665; siehe auch BayObLG NSTZ 1996, 287; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 51; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, III; siehe auch Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 13 AufenthG Rn. 9.

1570 13.2.7 AVV AufenthG. So auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 103. Nach GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 116, soll bei fehlender Grenzkontrolle im Zug „spätestens mit dem Erreich des ersten Halts im Bundesgebiet“ von einer Vollendung auszugehen sein.

1571 Vgl. auch Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 13 AufenthG Rn. 10 f.

chend § 13 Abs. 2 Satz 3 AufenthG bereits dann eine Einreise anzunehmen ist, wenn der Ausländer den deutschen Flughafen betritt.¹⁵⁷²

Bei Einreisen auf dem Seeweg greift § 13 Abs. 2 AufenthG gleichfalls ein. Soll die Einreise an einer zugelassenen Grenzübergangsstelle in einem dafür vorgesehenen deutschen Hafen erfolgen, ist die Einreise erst mit Passieren der Grenzübergangsstelle erfolgt; soll die Grenzübergangsstelle dagegen umgangen werden, ist bereits die Einfahrt in das deutsche Küstenmeer als vollendete Einreise zu qualifizieren.¹⁵⁷³

(2) Vollendung und Beendigung

Mit der Einreise ist die unerlaubte Einreise zugleich voll- und beendet.¹⁵⁷⁴ Die unerlaubte Einreise ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet, bei dem es keines über die abgeschlossene Einreise hinausgehenden Zweckes bedarf, insbesondere keiner „gesicherten Einreiseposition“.¹⁵⁷⁵ Die Rechtswirkungen der Einreise treten bereits mit Abschluss des Einreisevorgangs ein, insbesondere kann der Ausländer ab diesem Zeitpunkt nicht mehr nach § 15 AufenthG zurückgewiesen, sondern allenfalls nach § 57 AufenthG zurückgeschoben werden, wobei die Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 1 bis 5 AufenthG greifen (§ 57 Abs. 3 AufenthG). Teilweise wird demgegenüber argumentiert, aus § 2 Abs. 2 Nr. 3 BPolG ergebe sich, dass die unerlaubte Einreise eine Beendigungsphase voraussetze, da die Bundespolizei nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 BPolG i.V.m. § 71 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG befugt sei, unerlaubt Eingereiste bis zu 30 Kilometer von der Grenze im Inland festzustellen und Betroffene zurückzuschieben. Daraus folge, dass schon das Gesetz eine Phase zwischen vollendeter unerlaubter Einreise und beendeter Einreise anerkenne, wobei die Beendigung erst mit einer „gewisse[n] Sicherung“ des mit der Einreise einsetzenden Aufenthalts eintrete. Dies sei der Fall, sobald nicht mehr mit Zurückschiebungen durch die Bundespolizei gerechnet werden müsse.¹⁵⁷⁶

1572 BGH NSTz 2022, 239, 240; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 81; Bodenkontakt verlangt GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 99; ebenso GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 122.

1573 So 13.2.6.2 AVV AufenthG; *Kolber*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 13 AufenthG Rn. 14. Anders GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 100 ff., der die Einreise jeweils erst mit Bodenkontakt als verwirklicht ansieht. Differenzierend GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 118 f.

1574 BGH, Beschl. v. 4.5.2016 – 3 StR 358/15, BeckRS 2016, 12555, Rn. 19; BayObLG NSTz-RR 1999, 314, 315; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 51; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 121; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 90; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 99.

1575 So aber *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 118 ff.

1576 Vgl. *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 119. Noch weiter geht *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 154, der die unerlaubte Einreise als Dauerdelikt ansieht, das erst mit Ausreise beendet werde.

Eine solche Streckung des Einreisevorgangs ist nicht überzeugend, weil § 2 Abs. 2 Nr. 3 BPolG i.V.m. § 71 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG lediglich die Zuständigkeit der Bundespolizei für Zurückschiebungen regelt, ohne dass nach Verlassen des grenznahen Bereichs eine Zurückschiebung ausgeschlossen wäre. Ab diesem Moment wechselt lediglich die Zuständigkeit auf die Ausländerbehörden sowie die Polizeien der Länder, wie sich aus § 71 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 AufenthG ergibt. Von einer „Sicherung“ des Aufenthalts kann dementsprechend auch nach Verlassen des grenznahen Bereichs keine Rede sein. Unabhängig davon, dass die Gegenposition schon mit Blick auf die gesetzliche Systematik nicht überzeugt, kommt hinzu, dass sie eine Ausdehnung der Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG zur Folge hätte. Denn während die Hilfeleistung zum unerlaubten Aufenthalt nur dann als Einschleusen von Ausländern mit einem deutlich erhöhten Strafraum bedroht wird, wenn der Täter dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt, genügt beim Hilfeleisten zur unerlaubten Einreise bereits das wiederholte Handeln oder das Handeln zugunsten von mehreren Ausländern. Wer also innerhalb Deutschlands Personen, die unerlaubt eingereist sind, im grenznahen Bereich altruistisch motivierte Hilfe leistet, wäre nach der Gegenauffassung – jedenfalls soweit eine sukzessive Hilfeleistung für möglich gehalten wird – als Schleuser zu bestrafen, wenn er dies wiederholt oder zugunsten von mindestens zwei Ausländern tut.¹⁵⁷⁷ Schon die gesetzgeberische Differenzierung zwischen Einreise und Aufenthalt, die im Rahmen des § 96 Abs. 1 AufenthG auf Drängen der Kirchen und karitativer Verbände gerade auch deshalb erfolgt ist, um altruistische Hilfeleistungen im Inland aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift auszuschließen,¹⁵⁷⁸ spricht gegen die Ausdehnung der Beendigungsphase.¹⁵⁷⁹

dd) Weiteres

Im subjektiven Tatbestand setzt § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG (auch in Verbindung mit Abs. 6) jeweils mindestens bedingten Vorsatz voraus.¹⁵⁸⁰ Der Versuch der unerlaubten Einreise ist nach § 95 Abs. 3 AufenthG strafbar. Die Abgrenzung von straflosen Vorbereitungshandlungen und strafbarem Versuch ist im Einzelfall vorzunehmen. Das unmittelbare Ansetzen zur Tat wird im Blick darauf, dass es dem Täter um die Einreise in das *Bundesgebiet* gehen muss, unter Rückgriff auf die übliche Abgrenzungsformel („im ungestörten Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden“¹⁵⁸¹) erst dann angenommen werden können, wenn die Einreise unmittelbar bevorsteht. Bei Einreisen auf dem Luftweg

1577 Zu den Merkmalen des § 96 Abs. 1 AufenthG im Einzelnen vgl. unten E. V.

1578 Vgl. oben A. II. 6. a).

1579 Wie hier *Kretschmer*, *Ausländerstrafrecht*, 2012, § 4 Rn. 121.

1580 Vgl. § 15 StGB.

1581 Lackner/Kühl/Heger/Heger, *StGB*, 31. Aufl. 2025, § 22 Rn. 4 m.w.N.

von außerhalb des Schengen-Raumes wird dies erst der Fall sein, wenn sich der Ausländer anschickt, den Transitbereich des Flughafens zu verlassen.¹⁵⁸² Innerhalb des Schengen-Raumes finden Grenzkontrollen auch an Flughäfen in der Regel nicht statt, sodass bereits mit dem Betreten des Flughafens eine vollendete Einreise vorliegt.¹⁵⁸³ Dementsprechend wäre der Versuchsbeginn hier spätestens mit Verlassen des Flugzeugs anzunehmen; das Boarding am Abflugort ist dagegen noch eine straflose Vorbereitungshandlung, da das Verlassen des Flugzeugs am Zielflughafen als wesentlicher Zwischenschritt zu sehen ist. Erfolgt die Einreise auf dem Landweg mit öffentlichen Verkehrsmitteln (Bus und Bahn), wird der Versuchsbeginn mit Abfahrt von der letzten Haltestelle beziehungsweise vom letzten Bahnhof vor Grenzquerung anzunehmen sein. In allen übrigen Fällen, insbesondere bei einer Einreise mit dem Kraftfahrzeug oder zu Fuß, wird auf das Erreichen des grenznahen Bereichs, das ein Überqueren der Grenze in unmittelbarem zeitlich-örtlichen Zusammenhang ermöglicht, abzustellen sein.¹⁵⁸⁴ Bei Einreisen auf dem Seeweg kann der Versuchsbeginn mit dem Beginn der Einfahrt in das deutsche Küstenmeer (12-Meilen-Zone) angenommen werden. Mit dem sich anschließenden unerlaubten Aufenthalt steht die unerlaubte Einreise in Idealkonkurrenz; gleiches gilt für Urkundendelikte, sofern die Einreise unter Vorlage entsprechender Urkunden erfolgt.¹⁵⁸⁵

b) Unerlaubter Aufenthalt

Nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG macht sich strafbar, wer sich entgegen § 3 Abs. 1 i.V.m. § 48 Abs. 2 AufenthG im Bundesgebiet aufhält. Unter Strafe steht damit der Aufenthalt im Bundesgebiet ohne gültigen Pass oder Passersatz. § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG bedroht dagegen denjenigen mit Strafe, der sich ohne erforderlichen Aufenthaltstitel (§ 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG) im Bundesgebiet aufhält. Erforderlich ist allerdings, dass die Person vollziehbar ausreisepflichtig ist, ihr eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist und ihre Abschiebung nicht ausgesetzt ist. Beide Varianten des unerlaubten Aufenthalts bedürfen näherer Betrachtung. Sie sind trotz der Komplexität der in Bezug genommenen Vorschriften mit dem Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar, weil sich die Anforderungen an den erlaubten Aufenthalt durch die präzise Bezugnahme auf die einschlägigen migrationsverwaltungsrechtlichen Vorschriften und das auch insoweit einschlägige

1582 Vgl. *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 23.

1583 Dazu oben E. II. 1. a) cc) (1).

1584 Da an den Binnengrenzen innerhalb des Schengen-Raumes grundsätzlich keine Grenzkontrollen mehr stattfinden und selbst während der temporär angeordneten Grenzkontrollen nur stichprobenartig kontrolliert wird (siehe oben E. II. 1. a) aa)), spielt es im Grundsatz keine Rolle, an welcher Stelle der Grenzübertritt erfolgen soll.

1585 Vgl. *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 25.

Regel-Ausnahme-Verhältnis bezüglich Pass- und Aufenthaltstitelpflicht eindeutig aus dem Gesetz selbst ergeben.¹⁵⁸⁶

aa) Verstoß gegen die Passpflicht

Im Blick auf einen Verstoß gegen die Passpflicht (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) gelten zunächst die Ausführungen zur passlosen unerlaubten Einreise entsprechend. Anders als die passlose unerlaubte Einreise ist der passlose unerlaubte Aufenthalt jedoch ein Dauerdelikt, das erst durch Ausreise, Pass-, Passersatz- oder Ausweisersatzbeschaffung oder aber eine rechtskräftige Verurteilung vollendet wird.¹⁵⁸⁷ Voraussetzung einer Strafbarkeit ist dabei zunächst das Bestehen einer Passpflicht nach § 3 AufenthG. Die Ausführungen zur Strafbarkeit von Flüchtlingen wegen passloser Einreise lassen sich dabei übertragen: Sofern bereits vor oder bei der Einreise um Asyl nachgesucht wird, suspendiert die Aufenthaltsgestattung die Pass- und Aufenthaltstitelpflicht für die Dauer des Asylverfahrens. Erfolgt eine Asylantragstellung erst nach der Einreise, greift nach der hier vertretenen Position¹⁵⁸⁸ auch für den zwischenzeitlich erfolgten passlosen Aufenthalt Art. 31 Abs. 1 GFK als Rechtfertigungsgrund ein, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.

Für die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts unter Verstoß gegen die Passpflicht ist allerdings zusätzlich § 3 Abs. 1 Satz 2 AufenthG zu beachten, der bestimmt, dass Ausländer für den Aufenthalt im Bundesgebiet die Passpflicht auch durch den Besitz eines Ausweisersatzes nach § 48 Abs. 2 AufenthG, also durch die Bescheinigung über einen Aufenthaltstitel oder die Aussetzung der Abschiebung, die als Ausweisersatz bezeichnet sein muss, erfüllen, sofern sie einen Pass oder Passersatz weder besitzen noch in zumutbarer Weise erlangen können. § 64 Abs. 1 AsylG stellt die Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung dabei dem Ausweisersatz gleich. Ab dem Zeitpunkt der Ausstellung dieser Bescheinigung (§ 63 Abs. 1 AsylG) bleibt daher auch straffrei, wer sich zuvor mangels unverzüglichen Asylbegehrens nicht auf Art. 31 Abs. 1 GFK berufen konnte.

1586 Vgl. zu den Anforderungen oben D. II. 2.; zum Regel-Ausnahme-Verhältnis oben E. II. 1. a).

1587 Vgl. OLG München, Beschl. v. 4.12.2015 – 13 Ss 478/15, BeckRS 2015, 133615, Rn. 6; BayObLG NStZ 2024, 299, 300; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 7; siehe auch GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 13. Eine erneute Verurteilung wegen des fortgesetzten passlosen Aufenthalts ist dann nur aufgrund eines neuerlichen Tatentschlusses zulässig, vgl. zu § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG BVerfG, Beschl. v. 23.9.2014 – 2 BvR 2545/12, BeckRS 2014, 57454, Rn. 11 ff.; zu § 235 StGB BVerfG, Beschl. v. 27.12.2006 – 2 BvR 1895/05, BeckRS 2006, 18575, Rn. 25 ff.; siehe zu § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG OLG München, Beschl. v. 4.12.2015 – 13 Ss 478/15, BeckRS 2015, 133615, Rn. 5 ff.; unter Betonung der abweichenden tatsächlichen Situation im Verhältnis zu BVerfG NStZ 2006, 447, auch OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 25.7.2008 – 1 Ss 407/07, BeckRS 2009, 8550; LG Landshut, Beschl. v. 19.12.2012 – 6 Qs 320/12, BeckRS 2013, 10377. Eine neuerliche Belehrung für ausreichend hält BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 34.

1588 Vgl. oben E. II. 1. a) aa).

Strafbar macht sich also nur ein Ausländer, welcher überhaupt der Passpflicht unterliegt, für den also weder eine Ausnahme von der Passpflicht noch eine Suspendierung eben dieser durch die Vorschriften des Asylgesetzes eingreift, und der weder einen Pass oder Passersatz noch einen Ausweisersatz nach § 48 Abs. 2 AufenthG besitzt. Der Besitz eines Ausweisersatzes genügt für die Erfüllung der Passpflicht nach der eindeutigen Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 48 Abs. 2 AufenthG zudem nur, wenn der Ausländer einen Pass oder Passersatz weder besitzt noch in zumutbarer Weise erlangen kann. Von der Strafvorschrift des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG sind vor diesem Hintergrund vor allem zwei Gruppen betroffen: Personen, die sich als Papierlose im Bundesgebiet aufhalten und ihren Aufenthalt vor den Behörden verbergen (dazu (1)), und Personen, deren Aufenthalt den Behörden zwar bekannt ist, die aber dennoch keinen Ausweisersatz besitzen, weil sie die zumutbare Pass- oder Passersatzbeschaffung verweigern (dazu (2)).

(1) Papierlose Personen

Ein Ausländer, der sich ohne gültigen Pass oder Passersatz und ohne Ausweisersatz im Bundesgebiet aufhält, ohne unverzüglich nach seiner Einreise um Asyl nachzusuchen, macht sich nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG strafbar. Gleiches gilt, wenn der zunächst gültige Pass oder Passersatz während des Aufenthalts seine Gültigkeit verliert und der Betroffene ihm zumutbare Bemühungen um eine Verlängerung nicht entfaltet.¹⁵⁸⁹ Stellt ein Ausländer, der sich bereits eine nicht unerhebliche Zeit unter Verstoß gegen die Passpflicht im Bundesgebiet aufgehalten hat, zu einem späteren Zeitpunkt einen Asylantrag, greift von diesem Zeitpunkt an zwar die Legalisierungswirkung der Aufenthaltsgestattung ein.¹⁵⁹⁰ Dadurch wird jedoch die Strafbarkeit des vorangegangenen passlosen unerlaubten Aufenthalts nicht nachträglich beseitigt.

Da bei Kenntnis der Behörden vom Aufenthalt eines Ausländers im Bundesgebiet dessen Aufenthalt entweder beendet wird oder aber ihm eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, sieht das Gesetz die „Papierlosigkeit“ von Personen eigentlich nicht vor. Ist eine Aufenthaltsbeendigung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich, hat der Ausländer qua Gesetz einen Duldungsanspruch (§ 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG). Die Bescheinigung über die Duldung ist nach § 48 Abs. 2 AufenthG Ausweisersatz, wenn sie mit den Angaben zur Person und einem Lichtbild versehen und als Ausweisersatz bezeichnet ist. Voraussetzung für die Erteilung einer entsprechenden Duldungsbescheinigung ist jedoch, dass die Behörde überhaupt Kenntnis vom Aufenthalt des betroffenen Ausländers im Bundesgebiet hat. Personen, die

1589 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 22; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 20; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 12.

1590 Dazu oben C. I. 2. a) aa).

ihren Aufenthalt vor den staatlichen Behörden vollständig geheim halten, haben daher keinen Anspruch auf eine entsprechende Bescheinigung.¹⁵⁹¹

(2) Fehlender Ausweisersatz oder Verweigerung zumutbarer Passbeschaffung

Doch auch in Fällen, in denen der zuständigen Behörde der Aufenthalt eines Ausländers bekannt ist, kommt eine Strafbarkeit wegen passlosen unerlaubten Aufenthalts in Betracht. Dies betrifft Ausländer, die keinen Pass oder Passersatz und auch keinen Ausweisersatz im Sinne des § 48 Abs. 2 AufenthG besitzen, weil die Erteilungsvoraussetzungen nicht vorliegen. Vielfach sind dies abgelehnte Asylbewerber, deren Passpflicht mit Beendigung des Asylverfahrens wieder auflebt.¹⁵⁹²

Zwar haben Ausländer, deren Aufenthalt nicht beendet werden kann, Anspruch auf eine Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG. Ihnen ist gemäß § 60a Abs. 4 AufenthG auch eine Bescheinigung über die Duldung auszustellen. Allerdings gilt diese Bescheinigung nur unter den qualifizierten Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 AufenthG als Ausweisersatz, insbesondere muss die Bezeichnung als „Ausweisersatz“ erfolgen. Eine derart qualifizierte Duldungsbescheinigung wird wiederum nur unter den Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 AufenthV (i.V.m. § 99 Abs. 1 Nr. 9 AufenthG) erteilt. Nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthV ist Voraussetzung für die Erteilung eines Ausweisersatzes unter anderem, dass der Ausländer einen anerkannten und gültigen Pass oder Passersatz nicht besitzt *und nicht in zumutbarer Weise erlangen kann*. Die Unzumutbarkeit der Passerlangung ist mithin Voraussetzung der Ausstellung eines Ausweisersatzes. Fehlt es an ihr, besteht kein Ausstellungsanspruch, der einer Strafbarkeit wegen passlosen Aufenthalts bereits entgegensteht.¹⁵⁹³ Für die Frage einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG kommt es in diesen Fällen daher jeweils entscheidend auf die Frage an, ob es dem Ausländer zumutbar war,

1591 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740, vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 21.

1592 BayObLG, Beschl. v. 30.8.2004 – 4St RR 84/04, BeckRS 2004, 8589; OLG München NStZ 2006, 529; BayObLG NStZ 2024, 299.

1593 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; BGH NStZ 2013, 484 f.; BayObLG NStZ-RR 2005, 21, 22; OLG Celle, Beschl. v. 25.7.2005 – 22 Ss 26/05, BeckRS 2005, 158427, Rn. 13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2008 – 5 Ss 122–80/08, BeckRS 2012, 8473; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 15; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 19.9.2006 – 1 Ss 167/06, BeckRS 2014, 474; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.8.2012 – 1 Ss 210/12, BeckRS 2012, 20563; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2012, 220; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2013 – 1 Ss 225/13, BeckRS 2015, 9792, Rn. 17; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 15; KG, Beschl. v. 23.4.2013 – (4) 161 Ss 92–13 (89/13), BeckRS 2013, 15050; KG, Beschl. v. 14.6.2013 – (2) 121 Ss 65–13 (15/13), BeckRS 2013, 15143; OLG Köln, Beschl. v. 4.3.2005 – 8 Ss 7/05, BeckRS 2005, 151222, Rn. 9; OLG Nürnberg, Urt. v. 16.1.2007 – 2 St Ss 242/06, BeckRS 2007, 2345; vgl. Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 21; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 6; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 213. Siehe zur Relevanz des Ausstellungsanspruchs bereits oben D. I. 3.

einen Pass oder Passersatz zu erlangen.¹⁵⁹⁴ Diese Voraussetzung folgt dabei sowohl aus § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthV als auch aus dem Charakter des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG als echtem Unterlassungs(dauer)delikt.¹⁵⁹⁵

Damit geht einher, dass der passlose Aufenthalt und der aufenthaltsstille Aufenthalt in strafrechtlicher Hinsicht abweichend zu beurteilen sein können: Während der Duldungsanspruch die Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG unmittelbar ausschließt,¹⁵⁹⁶ ist die Strafbarkeit wegen passlosen Aufenthalts auch dann möglich, wenn zwar Anspruch auf Erteilung einer einfachen, nicht aber einer qualifizierten Duldung in Form eines Ausweisersatzes besteht.¹⁵⁹⁷ Dies wird mit dem unterschiedlichen Schutzzweck der Strafvorschrift begründet, der gerade in der Sicherung der Feststellbarkeit von Identität, Staatsangehörigkeit und Rückkehrberechtigung liege.¹⁵⁹⁸ Wäre die Strafbarkeit wegen passlosen unerlaubten Aufenthalts davon abhängig, dass der Ausländer nicht geduldet ist beziehungsweise keinen Duldungsanspruch hat, wie dies § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG voraussetzt, bliebe für den passlosen unerlaubten Aufenthalt kein eigenständiger Anwendungsbereich.¹⁵⁹⁹ Der Gesetzgeber hat mit der Einfügung des § 60b Abs. 4 AufenthG (Duldung für Personen mit ungeklärter Identität) noch einmal klargestellt, dass unterschiedliche Formen der Duldungsbescheinigung existieren und daher nicht jede Duldungsbescheinigung als Ausweisersatz im Sinne des § 48 Abs. 2 AufenthG erteilt wird oder werden muss.¹⁶⁰⁰ Dies spricht im Ergebnis dafür, dass die Strafbarkeit wegen passlosen unerlaubten

1594 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; BGH NStZ 2013, 484; BayObLG, Beschl. v. 30.8.2004 – 4St RR 84/04, BeckRS 2004, 8589; BayObLG NStZ 2024, 299, 300; KG, Beschl. v. 23.4.2013 – (4) 161 Ss 92–13 (89/13), BeckRS 2013, 15050; KG, Beschl. v. 14.6.2013 – (2) 121 Ss 65–13 (15/13), BeckRS 2013, 15143; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 7 f., 15.

1595 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; BGH NStZ 2013, 484; BayObLG, Urt. v. 11.7.2022 – 203 StRR 159/22, BeckRS 2022, 45998, Rn. 8; BayObLG, Urt. v. 22.8.2022 – 204 StRR 203/22, BeckRS 2022, 54832, Rn. 26; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 7 f., 15; OLG München, Beschl. v. 8.6.2012 – 4 StRR 92/12, BeckRS 2012, 26015, Rn. 14; vgl. BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 19, 29; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 5; allgemein GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 117; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 8. Demgegenüber geht GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 8, 36, davon aus, der passlose unerlaubte Aufenthalt könne auch durch aktives Tun, nämlich durch Vernichtung eines vorhandenen Passes, verwirklicht werden. Dies ist aber mit der Tatbestandsfassung, die auf den Aufenthalt im Bundesgebiet „entgegen § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 48 Abs. 2“ abstellt, nicht in Einklang zu bringen. Der Schuldvorwurf knüpft nicht an die Passvernichtung, sondern den sich daran anschließenden Aufenthalt an. Mosbacher (Rn. 48) scheint dies anders zu sehen und meint, § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG erfasse nicht in erster Linie den Aufenthalt, sondern die Passlosigkeit. Dagegen spricht aber, dass die Passlosigkeit ohne Aufenthalt nicht tatbestandsmäßig ist, sodass der Aufenthalt für das tatbestandliche Unrecht konstitutiv ist.

1596 Dazu oben D. I. 3. und sogleich bb).

1597 BVerfG NVwZ 2006, 80 f.; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 19.9.2006 – 1 Ss 167/06, BeckRS 2014, 474; OLG Nürnberg, Urt. v. 16.1.2007 – 2 St Ss 242/06, BeckRS 2007, 2345; KG NStZ-RR 2013, 358; BayObLG NStZ 2024, 299, 300 f.; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 46; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 9.

1598 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; KG NStZ-RR 2013, 358; BayObLG NStZ 2024, 299, 300.

1599 BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; KG NStZ-RR 2013, 358.

1600 Schon zur früheren Rechtslage BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 15.

Aufenthalts auch dann bestehen kann, wenn eine Strafbarkeit wegen aufenthaltstitellosen unerlaubten Aufenthalts ausscheidet.

Ob eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG gegeben ist, kann folglich von einer mitunter komplexen Abwägung abhängig sein. Das Aufenthaltsgesetz konstatiert in § 48 Abs. 3 Satz 1 AufenthG zwar zunächst die Pflicht von Ausländern, die keinen gültigen Pass oder Passersatz besitzen, an der Beschaffung des Identitätspapiers mitzuwirken. § 49 Abs. 2 AufenthG verpflichtet Ausländer zudem dazu, die „von der Vertretung des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder vermutlich besitzt, geforderten und mit dem deutschen Recht in Einklang stehenden Erklärungen im Rahmen der Beschaffung von Heimreisedokumenten abzugeben“. § 82 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ergänzt diese Regelungen um die Pflicht, bei der zuständigen Behörde sowie den Vertretungen oder ermächtigten Bediensteten des Staates, dessen Staatsangehörigkeit der Betroffene vermutlich besitzt, persönlich zu erscheinen und die zur Klärung seiner Identität erforderlichen Angaben zu machen. § 60b Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 AufenthG statuiert für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer mit ungeklärter Identität zudem besondere Passbeschaffungspflichten. Das Gesetz geht also ersichtlich davon aus, dass eine aktive Mitwirkung an der Pass- oder Passersatzbeschaffung im Regelfall nicht nur zumutbar, sondern sogar gefordert ist. Der Betroffene muss daher grundsätzlich die entsprechenden Anträge bei den zuständigen Stellen seines Heimatlandes stellen und auch die erforderlichen Angaben machen. Vollständige Untätigkeit führt dementsprechend regelmäßig zur Strafbarkeit, wenn nicht ausnahmsweise gewichtige Gründe sie rechtfertigen.¹⁶⁰¹ Bei Täuschungen über die eigene Identität oder einer Verschleierung durch den Ausländer scheidet die Erteilung eines Ausweisersatzes gleichfalls aus (§ 60b Abs. 4 AufenthG), sodass auch in diesen Fällen eine Strafbarkeit wegen passlosen Aufenthalts eintritt.¹⁶⁰²

Zugleich ist aber die Wertung des § 73 Abs. 1 Nr. 1 AsylG zu beachten, nach der ein Asylberechtigter oder ein anerkannter Flüchtling mit dem Widerruf seiner Anerkennung als Asylberechtigter oder der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft rechnen muss, wenn er sich freiwillig erneut dem Schutz des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, unterstellt, was durch Beantragung eines entsprechenden Passes oder Passersatzes indiziert wird.¹⁶⁰³ Überwiegend wird daraus für anerkannte Asylberechtigte und Flüchtlinge gefolgert, dass ihnen die Mitwirkung an der

1601 BayObLG, Beschl. v. 30.8.2004 – 4 St RR 84/04, BeckRS 2004, 8589; KG, Beschl. v. 14.6.2013 – (2) 121 Ss 65–13 (15/13), BeckRS 2013, 15143; OLG München NStZ 2013, 484; BayObLG NStZ 2024, 299, 300; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 42; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 32; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 20.

1602 OLG München NStZ 2006, 529, 530; 2013, 484, 485; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2012, 220; KG NStZ-RR 2013, 358.

1603 BVerfG NVwZ 2018, 409, 412 m.w.N.; Fleuß, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 73 AsylG Rn. 17 f.

Passbeschaffung unzumutbar sei. Für subsidiär Schutzberechtigte gilt die Regelung dagegen nicht.¹⁶⁰⁴ Abgelehnte Asylbewerber können sich gleichfalls nicht auf einen möglichen Statusverlust berufen, da über ihr Asylbegehren bereits abschlägig entschieden worden ist. Haben sie einen Asylfolgeantrag gestellt und hat das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge entschieden, auf diesen Antrag hin ein neuerliches Asylverfahren durchzuführen, sind die Mitwirkungspflichten für die Dauer des neuerlichen Verfahrens suspendiert.¹⁶⁰⁵ Die Stellung eines Asylfolgeantrags allein genügt dagegen noch nicht, da andernfalls abgelehnte Asylbewerber durch die Stellung wiederholter Folgeanträge ihre Mitwirkungspflichten für signifikante Zeiträume suspendieren könnten.¹⁶⁰⁶

Im Übrigen ist die Frage der Zumutbarkeit im Einzelfall zu beurteilen und in besonderem Maße von der spezifischen Situation des Betroffenen und dem Verhalten des Heimatstaates abhängig. § 55 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 5 Abs. 2 AufenthV gibt dabei allerdings vor, welche Mitwirkungshandlungen als zumutbar gelten.¹⁶⁰⁷ In dem Katalog sind neben der rechtzeitigen Antragstellung (Nr. 1) und der Mitwirkung an der Ausstellung oder Verlängerung des Passes in dem Umfang, der auch durch das deutsche Passgesetz gefordert wird (Nr. 2), sowie der Duldung der Behandlung eines Antrags durch die Behörden des Herkunftsstaates bis zur Grenze der unzumutbaren Härte (Nr. 3) insbesondere die Erfüllung der Wehrpflicht, sofern deren Erfüllung nicht aus zwingenden Gründen unzumutbar ist, und anderer staatsbürgerlicher Pflichten (Nr. 4) sowie die Zahlung der vom Herkunftsstaat für behördliche Maßnahmen festgelegten Gebühren (Nr. 5) aufgeführt. Für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer findet sich eine entsprechende Regelung in § 60b Abs. 3 AufenthG.¹⁶⁰⁸

Problematisch ist dabei insbesondere, dass über §§ 95 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 Satz 2, 48 Abs. 2, 99 Abs. 1 Nr. 9 AufenthG i.V.m. §§ 55 Abs. 1 Satz 3, 5 Abs. 2 Nr. 4 AufenthV beziehungsweise § 60b Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 AufenthG letztlich das Nichtableisten des Wehrdienstes im Herkunftsstaat strafbewehrt wäre, sofern der Herkunftsstaat das Ableisten desselben zur Bedingung für die Ausstellung eines Passes oder Passersatzes macht.¹⁶⁰⁹ Diese mittelbare Strafbewehrung einer ausländischen Wehrpflicht wäre mit dem Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung aus Art. 4 Abs. 3 GG, das in

1604 Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 73 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 AsylG; vgl. auch NK-Ausländerrecht/Möller, 3. Aufl. 2023, § 48 AufenthG Rn. 17.

1605 VGH München, Beschl. v. 14.6.2021 – 19 CS 21.486, BeckRS 2021, 15855, Rn. 7.

1606 BayObLG NStZ 2024, 299, 300 f.; VGH München, Beschl. v. 14.6.2021 – 19 CS 21.486, BeckRS 2021, 15855, Rn. 7; anders NK-Ausländerrecht/Möller, 3. Aufl. 2023, § 48 AufenthG Rn. 18.

1607 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2013 – 1 Ss 225/13, BeckRS 2015, 9792, Rn. 18, OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 15.

1608 Zum Anforderungsprofil für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer BayObLG, Urt. v. 11.7.2022 – 203 StRR 159/22, BeckRS 2022, 45998, Rn. 7 ff.; BayObLG, Urt. v. 22.8.2022 – 204 StRR 203/22, BeckRS 2022, 54832, Rn. 26 ff.

1609 Vgl. Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 8; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 12, 16. Zutreffend als „sachfremde Erwägung“ des Hei-

seinem Schutzbereich nicht auf Deutsche beschränkt ist, unvereinbar,¹⁶¹⁰ wenn § 5 Abs. 2 Nr. 4 AufenthV und § 60b Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 AufenthG nicht dahingehend ausgelegt würden, dass die Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen stets als zwingender Grund der Unzumutbarkeit verstanden wird. Das von der Rechtsprechung teilweise angeführte – in seiner Absolutheit unzutreffende¹⁶¹¹ – Gegenargument, es gebe kein völkerrechtlich anerkanntes Menschenrecht auf Wehrdienstverweigerung,¹⁶¹² ist insofern nicht überzeugend, als dass sich § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG und dessen Auslegung primär am deutschen Verfassungsrecht messen lassen müssen.¹⁶¹³ Im Einzelfall ist daher zu prüfen, aus welchen Gründen ein Ausländer den Wehrdienst in seinem Heimatstaat verweigert. Neben der Verweigerung aus Gewissensgründen können dabei auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe eine Unzumutbarkeit der Wehrdienstableistung begründen, wobei die Wertungen des Wehrpflichtgesetzes zu berücksichtigen sind, insbesondere § 12 Abs. 4 WPflG.¹⁶¹⁴

Unzumutbar ist darüber hinaus auch eine Mitwirkung, durch welche der Betroffene Familienangehörige im Herkunftsstaat in Gefahr brächte,¹⁶¹⁵ durch die er zu Zahlungen über die allgemeinen Gebühren hinaus verpflichtet würde¹⁶¹⁶ oder durch die er sich selbst einer Straftat bezichtigten oder ein Schuldeingeständnis¹⁶¹⁷ abgeben muss-

matstaates ordnete dies auf Grundlage des AuslG das OLG Celle, Beschl. v. 25.7.2005 – 22 Ss 26/05, BeckRS 2005, 158427, Rn. 15, ein.

1610 AG Biedenkopf, Beschl. v. 29.5.2008 – 41 Ds – 4 Js 16319/07, BeckRS 2008, 17915; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 20; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 8.

1611 So kann nach der Rechtsprechung des EGMR, der seine frühere restriktive Auslegung explizit aufgegeben hat, aus Art. 9 Abs. 1 EMRK (Gewissensfreiheit) durchaus ein Recht auf Wehrdienstverweigerung folgen, wenn das Recht des jeweiligen Staates keinen Ersatzdienst vorsieht und die Nichtableistung unter Strafe stellt, vgl. EGMR, Urt. v. 7.7.2011 (*Bayatyan v. Armenia*, Grand Chamber), paras 98 ff.; EGMR NJOZ 2013, 523, 525; dazu auch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 8. Die UN-Menschenrechtskommission hat das Recht auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen gleichfalls aus Art. 18 AEMR und Art. 18 IPbPR abgeleitet, vgl. UNHRC Res. 1989/59 v. 8. März 1989, para. 1.

1612 OLG Celle NSTZ 2010, 173, 174, unter Aufgabe seiner früheren Rspr.; OLG München, Urt. v. 16.11.2010 – 4 St RR 157/10, BeckRS 2010, 28970, Rn. 10; ebenfalls für eine Zumutbarkeit OLG Stuttgart NSTZ-RR 2011, 28, 29; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 25.

1613 AG Biedenkopf, Beschl. v. 29.5.2008 – 41 Ds – 4 Js 16319/07, BeckRS 2008, 17915; vgl. *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 8; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 20. Auch GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 30, hält es für eine „sachfremde Erwägung“, wenn die Erteilung eines Passes durch den Herkunftsstaat von der Erfüllung der Wehrpflicht abhängig gemacht wird; ebenso Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 14.

1614 VG Münster, Beschl. v. 15.10.2020 – 3 L 747/20, BeckRS 2020, 27080, Rn. 20 ff.

1615 BayObLG, Urt. v. 12.7.2021 – 203 StRR 171/21, BeckRS 2021, 29955, Rn. 10; VGH München NVwZ-RR 2019, 484, 486.

1616 BayObLG, Urt. v. 12.7.2021 – 203 StRR 171/21, BeckRS 2021, 29955, Rn. 10; VGH München NVwZ-RR 2019, 484, 486 (Aufbausteuer).

1617 BVerwG NVwZ 2023, 439, 440 f. (Abgabe einer sog. „Reueerklärung“); BayObLG, Urt. v. 12.7.2021 – 203 StRR 171/21, BeckRS 2021, 29955, Rn. 10; BayObLG NSTZ 2024, 299, 300.

te.¹⁶¹⁸ Auch die Abgabe der Erklärung, zur freiwilligen Rückkehr in den Herkunftsstaat bereit zu sein, wird in der strafgerichtlichen Rechtsprechung als unzumutbar angesehen, wenn der Betroffene einen Aufenthalt in der Bundesrepublik anstrebt, da die Abgabe bewusst wahrheitswidriger Erklärungen gegenüber den Behörden des Herkunftsstaats mit Blick auf das nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen nicht verlangt werden dürfe.¹⁶¹⁹ Für einen vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer statuiert § 60b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 AufenthG allerdings die Pflicht, eine „Erklärung gegenüber den Behörden des Herkunftsstaates, aus dem Bundesgebiet freiwillig im Rahmen seiner rechtlichen Verpflichtung nach dem deutschen Recht auszureisen, abzugeben, sofern hiervon die Ausstellung des Reisedokumentes abhängig gemacht wird“. Dies vermag allerdings an der verfassungsrechtlichen Wertung, dass wahrheitswidrige Angaben nicht erzwungen werden können, nichts zu ändern.¹⁶²⁰ Bei subsidiär Schutzberechtigten ist auch die möglicherweise bei Auslandsreisen drohende Abschiebung in den Herkunftsstaat nach den Umständen des Einzelfalles geeignet, eine Unzumutbarkeit zu begründen.¹⁶²¹ Ein Pass oder Passersatz kann zudem nicht in zumutbarer Weise erlangt werden, wenn der Herkunftsstaat die Ausstellung eines Passes verweigert oder ein solcher nicht in angemessener Zeit erlangt werden kann.¹⁶²²

Demgegenüber ist nach der Rechtsprechung die in Folge der Passbeschaffung drohende Abschiebung eines ausreisepflichtigen Ausländers nicht geeignet, eine Unzu-

1618 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 20; NK-Ausländerrecht/Möller, 3. Aufl. 2023, § 48 AufenthG Rn. 22, 25.

1619 OLG Nürnberg, Urt. v. 16.1.2007 – 2 St Ss 242/06, BeckRS 2007, 2345; OLG München, Urt. v. 9.3.2010 – 4 St RR 102/09, BeckRS 2010, 8694, Rn. 16 ff.; ebenfalls in diese Richtung im Kontext von § 1a AsylbLG BSG NVwZ-RR 2014, 649, 652; im Kontext der Abschiebehaft auch KG, Beschl. v. 25.10.1999 – 25 W 8380/99, BeckRS 1999, 30078672; OLG Frankfurt a.M. NVwZ-Beil. 1999, 96; OLG Köln NVwZ-RR 2007, 133; vgl. NK-Ausländerrecht/Möller, 3. Aufl. 2023, § 48 AufenthG Rn. 21. Anders sieht dies das Bundesverwaltungsgericht im Kontext der Frage, ob ein Verschulden des Ausländers an seiner Verhinderung, auszureisen, besteht, siehe BVerwG NVwZ 2010, 918 f.; im Anschluss daran auch OVG Münster, Urt. v. 29.6.2010 – 18 A 1425/09, BeckRS 2011, 46706; schon zuvor OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.6.2007 – OVG 3 B 34.05, BeckRS 2008, 32296, Rn. 48 ff.; VGH München, Beschl. v. 3.8.2007 – 19 ZB 07.1163, BeckRS 2007, 30203. Dabei wird aus der Ausreisepflicht letztlich abgeleitet, der Ausländer müsse „rechtlich“ zur Ausreise „willens und bereit [...] sein“, weshalb die Abgabe einer dahingehenden Erklärung nicht unzumutbar sei. Damit wird die Ausreisewilligkeit letztlich aus der aufenthaltsrechtlichen Ausreisepflicht abgeleitet. Kritisch dazu NK-Ausländerrecht/Möller, 3. Aufl. 2023, § 48 AufenthG Rn. 21. Allerdings erkennt auch das BVerwG (a.a.O., S. 919) an, dass dem Strafrecht insofern andere rechtliche Wertungen zugrunde liegen: „Denn die deutsche Rechtsordnung nimmt es hin, wenn sich ein Ausländer – wie die Kläger – zur Abgabe einer ‚Freiwilligkeitserklärung‘ gegenüber einer ausländischen Stelle außer Stande sieht. Die Abgabe kann weder rechtlich erzwungen noch gegen den Willen des Ausländers durchgesetzt werden; an die verweigerter Abgabe können deshalb auch keine strafrechtlichen Sanktionen geknüpft werden.“

1620 Anders GK-AufenthG/Bernhöft, 144, EL August 2024, § 95 Rn. 43.

1621 VGH München NVwZ-RR 2019, 484, 486.

1622 BayObLG, Beschl. v. 30.8.2004 – 4St RR 84/04, BeckRS 2004, 8589; BayObLG NStZ 2024, 299, 300; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 7; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2013 – 1 Ss 225/13, BeckRS 2015, 9792, Rn. 18; KG NStZ-RR 2013, 358; KG, Beschl. v. 23.4.2013 – (4) 161 Ss 92–13 (89/13), BeckRS 2013, 15050; OLG München NStZ 2013, 484 f.

mutbarkeit zu begründen, weil die Passpflicht gerade auch dazu diene, die Durchsetzbarkeit von Rückführungsentscheidungen zu sichern, und die Aufenthaltsbeendigung nach erfolglosem Abschluss eines auf Aufenthaltsverfestigung gerichteten Verwaltungsverfahrens, dessen Ausgang gerichtlich überprüfbar sei, den Betroffenen nicht unverhältnismäßig in seinen Rechten einschränke.¹⁶²³ Diese Position führt zwar im Ergebnis dazu, dass ausreisepflichtige Ausländer, deren Abschiebung primär das Fehlen eines Passes oder Passersatzes entgegensteht, unter Strafdrohung dazu angehalten werden, die Voraussetzungen einer Aufenthaltsbeendigung selbst zu schaffen, auch wenn ihnen dadurch erhebliche persönliche Nachteile entstehen. Das Argument, der Bleibanspruch des Betroffenen sei zuvor in einem rechtsförmigen Verfahren geprüft worden, ist aber letztlich Ausfluss des allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatzes, dass es den Normadressaten grundsätzlich zumutbar ist, den Ausgang rechtsförmig durchgeführter (Verwaltungs-)Verfahren zu akzeptieren: Die Kehrseite der Gesetzesbindung von Exekutive und Judikative ist der Geltungsanspruch gesetzeskonform herbeigeführter Entscheidungen. Im Bereich des Aufenthaltsrechts gilt dies auch vor dem Hintergrund, dass nach Beschaffung eines Passes oder Passersatzes Abschiebehindernisse im Sinne des § 60 AufenthG durchaus noch geltend gemacht werden können. Deshalb ist in einer Abwägung zwischen dem Interesse des Betroffenen, seine Aufenthaltsbeendigung zu vermeiden, und dem Interesse des Staates, die Ausreisepflicht durchzusetzen, letzterer der Vorrang einzuräumen.

bb) Fehlender Aufenthaltstitel

§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG stellt den Aufenthalt ohne den nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG erforderlichen Aufenthaltstitel unter Strafe. Klärungsbedürftig ist im Einzelfall, ob eine Aufenthaltstitelpflicht bestand und ob diese verletzt wurde. Sofern der Betroffene im Besitz eines Aufenthaltstitels ist, kommt es lediglich auf dessen Wirksamkeit, nicht dagegen die Frage der Rechtmäßigkeit an.¹⁶²⁴ Liegen die materiellen Erteilungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel vor, fehlt es aber an einem formalen Verwaltungsakt, liegt zwar ein aufenthaltstitelloser Aufenthalt vor, allerdings ist, wie bereits ausgeführt worden ist, das Verlassen des Bundesgebiets unzumutbar.¹⁶²⁵

Die Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG setzt neben dem Fehlen eines Aufenthaltstitels zusätzlich voraus, dass der Betroffene voll-

1623 In diesem Sinne BVerfG NVwZ 2006, 80, 81; BayObLG, Beschl. v. 30.8.2004 – 4St RR 84/04, BeckRS 2004, 8589; BayObLG, Urt. v. 11.7.2022 – 203 StRR 159/22, BeckRS 2022, 45998, Rn. 11; BayObLG NStZ 2024, 299, 300; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648, Rn. 8; KG NStZ-RR 2013, 358, 359; OLG München, Beschl. v. 4.12.2015 – 13 Ss 478/15, BeckRS 2015, 133615, Rn. 12; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 22.

1624 Siehe ausführlich oben D. I. 2.

1625 Dazu bereits oben D. I. 3.

ziehbar ausreisepflichtig ist (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AufenthG), ihm eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) AufenthG), und dass seine Abschiebung nicht ausgesetzt ist (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) AufenthG).

(1) Vollziehbar ausreisepflichtig

Ein Ausländer ist nach § 50 Abs. 1 AufenthG zur Ausreise verpflichtet, wenn er einen erforderlichen Aufenthaltstitel nicht oder nicht mehr besitzt oder aber ein Aufenthaltsrecht nach dem Assoziierungsabkommen EWG/Türkei nicht oder nicht mehr besteht. Zu beachten sind dabei die in den Teilen C. und D. entwickelten Grundsätze, wonach wirksame, aber rechtswidrige Aufenthaltstitel stets Tatbestandswirkung entfalten und die Erforderlichkeit eines Aufenthaltstitels für Positivstaater nicht von dem erstrebten Aufenthaltszweck, sondern vom objektiven Verhalten abhängt.¹⁶²⁶

Wer schon ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel und damit unerlaubt (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) eingereist ist, ist von Beginn an ausreisepflichtig. Diese Ausreisepflicht ist nach § 58 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG auch vollziehbar. War die Einreise zwar nicht unerlaubt, hat der Ausländer aber im weiteren Verlauf die erstmalige Erteilung eines erforderlichen Aufenthaltstitels oder die Verlängerung eines Aufenthaltstitels nicht beantragt, ist die Ausreisepflicht gleichfalls vollziehbar (§ 58 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG). In beiden Varianten greift die Erlaubnis- beziehungsweise Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 3 oder 4 AufenthG mangels Antragstellung nicht ein. Die erste Variante betrifft insbesondere Fälle sogenannter Positivstaater, die für Kurzaufenthalte keines Aufenthaltstitels bedürfen,¹⁶²⁷ die dann jedoch länger im Bundesgebiet verbleiben und damit nach Überschreiten der 90-Tages-Frist für Kurzaufenthalte aufenthaltstitelpflichtig werden. Darüber hinaus ist sie auch auf Staatsangehörige bestimmter Staaten anwendbar, die nach § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 41 AufenthV einen Aufenthaltstitel erst innerhalb von 90 Tagen nach der Einreise beantragen müssen. Weitere Fälle betreffen den Wechsel des Aufenthaltszwecks – etwa durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit –, der die erstmalige Beantragung eines Aufenthaltstitels erforderlich macht, das erstmalige Entstehen der Aufenthaltstitelpflicht bei einem zuvor nicht dem Aufenthaltsgesetz unterliegenden Ausländer oder die Geburt eines Kindes, das nicht von Amts wegen einen Aufenthaltstitel erhält.¹⁶²⁸ Die zweite Variante der unterlassenen Beantragung einer Verlängerung betrifft grundsätzlich alle Ausländer, die einen befristeten Aufenthaltstitel, insbeson-

1626 Zusammenfassend auch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 16 ff.

1627 Vgl. oben C. I. 2. b) aa).

1628 Vgl. dazu im Einzelnen *Kluth*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 58 AufenthG Rn. 15 ff.; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 124 ff.

dere eine Aufenthaltserlaubnis, besitzen und deren Aufenthaltstitel mit Ablauf seiner Geltungsdauer nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG erlischt.

Ebenfalls vollziehbar ausreisepflichtig sind gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG Ausländer, bei denen trotz erfolgter Antragstellung die Erlaubnis- beziehungsweise Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 3 oder 4 AufenthG nicht eingreift. Dies ist etwa der Fall bei Personen ohne rechtmäßigen Voraufenthalt, da § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG auf den rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet abstellt. Aber auch Inhaber von Schengen-Visa – und zwar auch solcher, die durch andere Staaten erteilt worden sind¹⁶²⁹ – können sich nach dem klaren Wortlaut des § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG nicht auf die Fortgeltungsfiktion berufen.¹⁶³⁰ Bei verspäteter Antragstellung greift die Fortgeltungsfiktion nach dem eindeutigen Wortlaut („vor Ablauf“) gleichfalls nicht ein;¹⁶³¹ sofern die Behörde nach § 81 Abs. 4 Satz 3 AufenthG eine Fortgeltung zur Vermeidung einer unbilligen Härte anordnet, greift die Fiktionswirkung allerdings rückwirkend.

Eine vollziehbare Ausreisepflicht trifft auch denjenigen, der aufgrund einer Rückführungsentscheidung eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union gemäß Artikel 3 der Richtlinie 2001/40/EG des Rates vom 28. Mai 2001 über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen ausreisepflichtig wird, sofern diese Entscheidung von der zuständigen Behörde anerkannt wird.

Die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht ist im Übrigen davon abhängig, dass die Versagung eines beantragten Aufenthaltstitels oder ein aufenthaltsbeendender Verwaltungsakt vollziehbar sind (§ 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG). Dies setzt grundsätzlich voraus, dass der entsprechende Verwaltungsakt – etwa eine Rücknahme, ein Widerruf oder eine Ausweisung (§ 51 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 AufenthG) – unanfechtbar bestandskräftig geworden oder dass sein sofortiger Vollzug im Sinne des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet worden ist.¹⁶³² Die Abschiebungsanordnung ist gemäß § 58a Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 AufenthG sofort vollziehbar.

Die Aufenthaltsgestattung von Asylbewerbern, die ihren Aufenthalt während der Dauer des Asylverfahrens legalisiert, erlischt unter den Voraussetzungen des § 67 Abs. 1 AsylG. Mit dem Erlöschen der Aufenthaltsgestattung werden die Betroffenen gemäß § 50 Abs. 1 AufenthG unmittelbar ausreisepflichtig, wenn sie nicht einen an-

1629 BVerwG ZAR 2020, 294, 295 f.

1630 Sehr kritisch gegenüber dieser Regelung NK-Ausländerrecht/Hofmann, 3. Aufl. 2023, § 81 AufenthG Rn. 62 ff.

1631 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 26. Anders zur früheren Rechtslage OLG Nürnberg, Beschl. v. 30.1.2012 – 2 St OLG Ss 208/11, BeckRS 2012, 8040; unter Berufung auf das OLG Nürnberg offenbar auch zur geltenden Rechtslage anders BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 52.

1632 Vgl. oben D. I. 1.

derweitigen Aufenthaltstitel oder ein Aufenthaltsrecht besitzen.¹⁶³³ Die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht trifft dabei regelmäßig mit dem Erlöschen der Aufenthaltsgestattung zusammen. Dies hat folgenden Hintergrund: Asylverfahrensabschließende Entscheidungen des Bundesamtes sind aufgrund des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung einer Klage (§ 75 Abs. 1 AsylG) – mit Ausnahme der Ablehnung eines Asylantrags als einfach unbegründet – sofort vollziehbar im Sinne des § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO. Mit ihrer Bekanntgabe tritt daher auch ihre Vollziehbarkeit ein.¹⁶³⁴ § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG wiederum knüpft für die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht an die Vollziehbarkeit des die Ausreisepflicht begründenden Verwaltungsakts an. § 67 Abs. 1 Nrn. 3 bis 5a AsylG recurriert wiederum seinerseits auf die Bekanntgabe oder Vollziehbarkeit der Entscheidung des Bundesamtes und damit auf denselben Zeitpunkt wie § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG. In der Folge erlischt die Aufenthaltsgestattung also in dem Moment, in welchem die Vollziehbarkeit der Entscheidung des Bundesamtes ebenso wie die der Ausreisepflicht eintritt. Auch für die Fälle der Ablehnung eines Asylantrags als einfach unbegründet kommt es zu einem Gleichlauf zwischen Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht und Erlöschen der Aufenthaltsgestattung, weil § 67 Abs. 1 Nr. 6 AsylG insoweit ein Erlöschen erst zum Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit der Entscheidung vorsieht, die mit Ablauf der Klagefrist beziehungsweise der rechtskräftigen Klageabweisung eintritt und dem Zeitpunkt des § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG entspricht.¹⁶³⁵

Zu beachten ist allerdings, dass nach dem EU-Primärrecht – namentlich Art. 18, 19 Abs. 2 und 47 EUGrCh – zur Wahrung des *Refoulement*-Verbots und des effektiven Rechtsschutzes im Falle der Ablehnung von Asylanträgen als unbegründet ein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung zur Verfügung stehen muss.¹⁶³⁶ Dabei gilt, dass auch im Falle einer Ablehnung als offensichtlich unbegründet dem Betroffenen wenigstens die Möglichkeit eröffnet sein muss, ein Gericht für die Frage anzurufen, ob er bis zum Abschluss des Rechtsbehelfsverfahrens im Inland verweilen darf.¹⁶³⁷ Während dieser Dauer müssen die Rechtswirkungen der Rückkehrentscheidung suspendiert sein.¹⁶³⁸ Für Deutschland folgt daraus, dass vor Ablauf der Rechtsbehelfsfrist und im Falle seiner Einlegung bis zur Bescheidung weder eine Abschiebung erfolgen darf, noch die Ausreisefrist für die freiwillige Ausreise (§§ 36 Abs. 1, 38 Abs. 1 AsylG) zu laufen beginnt; der Betroffene hat – wenn nicht wie im Falle des § 67 Abs. 1 Nr. 6 AsylG die Aufenthaltsgestattung fort gilt – mindestens einen Duldungs-

1633 Vgl. NK-Ausländerrecht/Bender/Bethke/Dorn, 3. Aufl. 2023, § 67 AsylG Rn. 13; Neundorff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 67 AsylG Rn. 1.

1634 Vgl. NK-Ausländerrecht/Bender/Bethke/Dorn, 3. Aufl. 2023, § 67 AsylG Rn. 12.

1635 Vgl. zum Ganzen NK-Ausländerrecht/Bender/Bethke/Dorn, 3. Aufl. 2023, § 67 AsylG Rn. 13.

1636 EuGH NVwZ 2018, 1625, 1627 f.

1637 EuGH, Beschl. v. 5.7.2018 – C-269/18 PPU, BeckRS 2018, 15413, Rn. 50 ff.

1638 EuGH NVwZ 2018, 1625, 1628, Rn. 62; EuGH, Beschl. v. 5.7.2018 – C-269/18 PPU, BeckRS 2018, 15413, Rn. 51.

anspruch, der unmittelbar aus § 36 Abs. 3 Satz 8 AsylG hergeleitet wird.¹⁶³⁹ Für die strafrechtliche Bewertung folgt daraus, dass bis zum Ablauf der Rechtsbehelfsfrist beziehungsweise bis zur Unanfechtbarkeit der gerichtlichen Entscheidung eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht in Betracht kommt.

(2) Keine Ausreisefrist oder Ablauf einer gewährten Ausreisefrist

Neben der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht setzt § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) AufenthG voraus, dass entweder eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder eine solche abgelaufen ist. Damit ist zum einen die Frist zur freiwilligen Ausreise in Bezug genommen, welche gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 AufenthG mit der Androhung der Abschiebung festzusetzen ist. Die Frist beträgt zwischen sieben und 30 Tagen. Ausnahmsweise kann sie nach § 59 Abs. 1 Satz 2 AufenthG kürzer sein oder es kann von einer Fristsetzung abgesehen werden, wenn dies im Einzelfall zur Wahrung überwiegender öffentlicher Belange zwingend erforderlich ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der begründete Verdacht besteht, dass der Ausländer sich der Abschiebung entziehen will oder von ihm eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht. Nach § 59 Abs. 1 Satz 4 AufenthG kann die Frist unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls angemessen verlängert oder für einen längeren Zeitraum festgesetzt werden. Zum anderen sind Fristen zur freiwilligen Ausreise aber auch im Asylgesetz geregelt und betragen auch insoweit eine Woche oder 30 Tage.¹⁶⁴⁰

Zur früher geltenden Rechtslage wurde vertreten, dass der Fristlauf die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht hemme.¹⁶⁴¹ Dies ist nach dem klaren Wortlaut des § 58 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht mehr der Fall, sodass dem Erfordernis, dass keine Ausreisefrist gewährt wurde oder eine solche abgelaufen ist, eigenständige Bedeutung zukommt. Es stellt sicher, dass eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts erst eintritt, wenn eine dem Betroffenen gewährte Frist zur freiwilligen Ausreise abgelaufen ist. Andernfalls wäre das Aufenthaltsgesetz in sich widersprüchlich.¹⁶⁴² Für die Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG kommt es dabei allein auf die im Ermessen der Behörde stehende Fristbestimmung und ihren faktischen Ablauf an. Wird eine Ausreisefrist nicht gewährt oder ist die Frist abgelaufen, ist das Tatbestandsmerkmal erfüllt.

1639 BVerwG NVwZ 2021, 885 ff.; BVerwG, Urt. v. 20.2.2020 – 1 C 19.19, BeckRS 2020, 8209, wobei das BVerwG daran zweifelt, dass eine gesetzesunmittelbare Duldung, wie sie aus § 36 Abs. 3 Satz 8 AsylG folgen soll, ausreicht, um den unionsrechtlichen Vorgaben an die „Aussetzung aller Rechtswirkungen der Rückkehrentscheidung“ (Rn. 38 ff. der Entscheidung) zu genügen. Zusammenfassend zum Ganzen NK-Ausländerrecht/Bender/Bethke/Dorn, 3. Aufl. 2023, § 67 AsylG Rn. 20 ff.

1640 Vgl. §§ 36 Abs. 1, 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 AsylG.

1641 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 29; Mosbacher, in: Achenbach/Ronsiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 128.

1642 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 85.

(3) Keine Duldung

Die dritte, in der Praxis bedeutsamste Voraussetzung einer Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts ist nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) AufenthG, dass die Abschiebung des Betroffenen nicht ausgesetzt ist. Eine Duldung führt dementsprechend zum Entfallen des Tatbestandes.¹⁶⁴³ Der Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung bewirkt dabei nicht, dass der Ausländer sich „ohne Duldung“ im Bundesgebiet aufhält; schon nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) AufenthG kommt es nicht auf die Ausgestaltung der Duldung, sondern lediglich darauf an, dass die Abschiebung ausgesetzt ist. Die Aussetzung der Abschiebung gilt aber für das gesamte Bundesgebiet und nicht nur für das Teilgebiet, auf das die Duldung räumlich beschränkt ist.¹⁶⁴⁴

Nach der überzeugenden Rechtsprechung des BVerfG kommt es ferner nicht darauf an, ob der Ausländer zum Tatzeitpunkt tatsächlich in Besitz einer Duldung war, sondern im Blick auf das Übermaßverbot allein darauf, dass ein Anspruch auf Erteilung einer Duldung, und damit auf Aussetzung der Abschiebung nach § 60a Abs. 2 AufenthG, bestand.¹⁶⁴⁵ Vor diesem Hintergrund müssen Strafgerichte vor einer Verurteilung wegen aufenthaltstitellosen unerlaubten Aufenthalts die verwaltungsrechtliche Vorfrage, ob zum Tatzeitpunkt ein Duldungsanspruch bestand, eigenständig prüfen.¹⁶⁴⁶

Voraussetzung eines solchen Duldungsanspruchs ist, dass eine Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist. Aus tatsächlichen Gründen kann eine Abschiebung etwa mangels Rücknahmebereitschaft des Herkunftsstaates, im Blick auf fehlende logistische Möglichkeiten der Rückführung oder aufgrund von Reiseunfähigkeit unmöglich sein.¹⁶⁴⁷ In rechtlicher Hinsicht sind insbesondere die Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 1 bis 5 und Abs. 7 AufenthG zu beachten.¹⁶⁴⁸

1643 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 92; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 65; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 120.

1644 Schon zu § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG, der explizit auf das Fehlen einer Duldung abstellte, BVerfG NVwZ-Beil. 2001, 106, 107; BGH NStZ 1997, 444 f.; LG Zweibrücken NStZ 1996, 396; zum ähnlich gelagerten Fall der räumlich beschränkten „Aufenthaltsbefugnis“ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8.7.1997 – 3 Ss 149/96, BeckRS 1997, 06950; anders dagegen BayObLG, Urt. v. 31.1.1995 – 4St RR 208/94, BeckRS 1995, 7866; OLG Stuttgart, Beschl. v. 27.6.1996 – 2 Ss 84/96 (juris).

1645 BVerfG NStZ 2003, 488. Dazu im Einzelnen m.w.N. oben D. I. 3.

1646 BVerfG NStZ 2003, 488; BGH NStZ 2026, 117; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2009, 257, 258; OLG Schleswig NStZ 2005, 408; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 34; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 72; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 131.

1647 Vgl. NK-Ausländerrecht/*Bruns/Hocks*, 3. Aufl. 2023, § 60a Rn. 23 ff.

1648 Vgl. *Kluth/Breidenbach*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 60a AufenthG Rn. 12. Zu weiteren rechtlichen Abschiebehindernissen vgl. NK-Ausländerrecht/*Bruns/Hocks*, 3. Aufl. 2023, § 60a Rn. 32 ff.

Darüber hinaus besteht aber auch ein Duldungsanspruch¹⁶⁴⁹, wenn die Ausländerbehörde trotz Kenntnis des unerlaubten Aufenthalts des Ausländers und seines Aufenthaltsortes von einer Durchsetzung der Ausreisepflicht absieht.¹⁶⁵⁰ Ein ungeregelter Aufenthalt ist nach dem Aufenthaltsgesetz nicht vorgesehen und darf durch die Ausländerbehörden daher nicht durch Untätigkeit herbeigeführt werden; sie müssen einen ausreisepflichtigen Ausländer, der nicht freiwillig ausreist, daher entweder unverzüglich abschieben oder ihm eine Duldung erteilen.¹⁶⁵¹ Einen nur faktisch geduldeten unerlaubten Aufenthalt kennt das Aufenthaltsgesetz nicht. Besteht kein tatsächliches oder rechtliches Abschiebehindernis, fehlt es zwar eigentlich an den Voraussetzungen für die Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG. Allerdings bindet sich die Verwaltung durch ihre Untätigkeit im Ergebnis selbst und begründet daher für die Dauer ihrer Untätigkeit ein rechtliches Abschiebehindernis. Sofern demgegenüber argumentiert wird, die schlichte Untätigkeit der Ausländerbehörde könne nicht zu einem Duldungsanspruch führen,¹⁶⁵² wird verkannt, dass die an das Gesetz gebundene Behörde durch eben diese Untätigkeit einen gesetzlich nicht vorgesehenen Zustand des unregulierten Aufenthalts schafft beziehungsweise toleriert.¹⁶⁵³

In der Praxis konzentrieren sich die Fälle des unerlaubten Aufenthalts vor diesem Hintergrund auf Ausländer, die „untergetaucht“ sind, um sich einer Abschiebung zu entziehen. Denn für diese Personengruppe nimmt die Rechtsprechung an, dass mangels Kenntnis der Ausländerbehörde vom Aufenthaltsort des Betroffenen schon

1649 Eine „faktische“ Duldung ist demgegenüber nicht anzunehmen, da die Duldung ein verwaltungsvollstreckungsrechtlicher Verwaltungsakt ist und mangels dahingehender gesetzlicher Regelung nicht durch Untätigkeit der Behörde fingiert werden kann, dazu OLG München NJW 2018, 3041, 3042 m.w.N.

1650 OLG Hamburg, Beschl. v. 25.1.2012 – 3–1/12 (Rev) 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 3849: „Dass ein Ausländer, dessen Aufenthalt den Ausländerbehörden bekannt ist, nicht wegen illegalen Aufenthalts bestraft wird, entspricht nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 06.03.2003 [...] der ständigen Rechtsprechung der deutschen Gerichte [...]“. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2006, 246; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2013 – 1 Ss 225/13, BeckRS 2015, 9792, Rn. 14; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 11 ff.; so auch *Mosbacher*, NStZ 2022, 491.

1651 BVerfG NStZ 2003, 488; BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2003, 307; 2003, 308 f.; 2005, 184, 185; 2006, 246; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 11 ff.; OLG München NJW 2018, 3041, 3042; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 86; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 63; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 61; *Mosbacher*, NStZ 2022, 491; vgl. schon oben D. I. 3.

1652 So offenbar OLG München NJW 2018, 3041, 3043, das jedoch nicht erklären kann, weshalb ein Verfahren nach der rechtlich nicht verbindlichen Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge und den Kirchen einen Duldungsanspruch begründen soll, nicht aber die tatsächliche Duldung eines Kirchenasyls oder eines sonstigen Aufenthalts in Kenntnis des Aufenthaltsorts.

1653 Für einen aus der Haft entlassenen vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer, dem während der Haft hätte eine Duldung erteilt werden können, vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.11.2013 – 1 Ss 137/13, BeckRS 2014, 2849, Rn. 11 ff. Für eine ähnliche Konstellation OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2013 – 1 Ss 225/13, BeckRS 2015, 9792, Rn. 14.

kein Duldungsanspruch bestehe.¹⁶⁵⁴ Dieser Rechtsprechung ist freilich nur zum Teil zu folgen: Ist das Abschiebungshindernis *allein* durch das Untertauchen des Betroffenen zustande gekommen, ist es in der Tat nicht überzeugend, einen solch selbstverschuldeten „Duldungsanspruch“ anzuerkennen. Allein der Umstand der Unerreichbarkeit ist daher nicht im Sinne des § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG als tatsächlicher Grund für die Unmöglichkeit einer Abschiebung zu qualifizieren, auch wenn dies eine normative Korrektur des eigentlich rein tatsächlich zu bestimmenden Tatbestandsmerkmals des „tatsächlichen Grundes“ bedeutet.¹⁶⁵⁵ Demgegenüber muss in Fällen, in denen andere tatsächliche oder rechtliche Gründe eine Unmöglichkeit der Abschiebung bewirken, von einem fortbestehenden Duldungsanspruch ausgegangen werden. § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG kriminalisiert nämlich nicht den Ungehorsam gegenüber dem behördlichen Zugriffs- und Kontrollinteresse, sondern soll den unrechtmäßigen Verbleib im Bundesgebiet erfassen.¹⁶⁵⁶ Wenn ein Ausländer auch ohne ein Untertauchen nicht abgeschoben werden könnte, rechtfertigt allein sein Untertauchen es nicht, ihm den Unrechtsvorwurf des „unerlaubten Aufenthalts“ zu machen, solange die Behörde Kenntnis von den duldungsanspruchs begründenden Tatsachen erlangt hat.¹⁶⁵⁷ Da die Duldung nicht von einem Antrag des Ausländers abhängig ist, steht diese Position auch nicht in Widerspruch zu der hier vertretenen Auffassung zur Bedeutung materieller Genehmigungsfähigkeit.¹⁶⁵⁸ Letztlich ist in derartigen Konstellationen ein Rückgriff auf einen „hypothetischen“ Duldungsanspruch aber nicht erforderlich. Denn jedenfalls wäre eine Ausreise als unzumutbar

1654 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; BGH NJW 2012, 2210, 2212; NStZ 2026, 117; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2005, 184, 185; 2009, 257, 258; OLG Hamburg, Beschl. v. 6.2.2004 – II – 112/03 – 1 Ss 154/03, Rn. 10 (juris); zustimmend GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 95; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 53; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 35; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 65; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 19; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 132.

1655 Kritisch Lam, StV 2005, 464, 465 f. Allerdings dürfte die normative Korrektur mit der Rechtsprechung des BVerfG in Einklang stehen. Jedenfalls dort, wo die Ausländerbehörde die Abschiebung aufgrund des Untertauchens faktisch nicht vollstrecken kann, obschon sie dies tatsächlich will, liegt gerade nicht der Fall vor, dass die Behörde durch Untätigkeit die Strafbarkeit des Betroffenen herbeiführt. Durch ein Untertauchen entzieht sich der Ausreisepflichtige gerade der Vollstreckung. In diese Richtung auch Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 58.

1656 Daher konsequent OLG Schleswig NStZ 2005, 408, 409; vgl. Lam, StV 2005, 464, 465; ebenfalls kritisch Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 93. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 80 f., weist darauf hin, dass die Rechtsprechung insoweit auf eine „völlig andere verwaltungsrechtliche Handlungspflicht (Meldung bei der Ausländerbehörde bei illegalem Aufenthalt)“ abstelle.

1657 In diese Richtung auch OLG Schleswig NStZ 2005, 408, 409; LG München I, Urt. v. 28.8.2003 – 10 KLS 384 Js 40661/03 (juris); vgl. auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 53, 80.

1658 Dazu oben D. I. 3.

– und das Unterlassen dieser damit als nicht tatbestandsmäßig – anzusehen, wenn tatsächlich Umstände vorlägen, die einen Duldungsanspruch begründeten.¹⁶⁵⁹

(4) Aufenthalt im Bundesgebiet

Weitere Voraussetzung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist der Aufenthalt im Bundesgebiet.¹⁶⁶⁰ Dies wirft die Frage auf, wie der unerlaubte Aufenthalt strafrechtsdogmatisch zu kategorisieren ist. Der Wortlaut der Strafvorschrift („wer [...] sich im Bundesgebiet aufhält“) lässt es grundsätzlich zu, diese als Begehungsdelikt zu begreifen. Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit wäre dann der aktive Aufenthalt im Bundesgebiet.¹⁶⁶¹ Die herrschende Meinung konstruiert § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG dagegen als echtes Unterlassungsdelikt mit Dauerdeliktscharakter. Vorgeworfen wird dem Betroffenen also, dass er es unterlassen hat, aus dem Bundesgebiet auszureisen, obschon ihn eine dahingehende rechtliche Pflicht traf.¹⁶⁶²

Die Einordnung als Begehungs- oder echtes Unterlassungsdelikt zieht strafrechtsdogmatische Konsequenzen nach sich, die auch die Anforderungen an die Strafbarkeit beeinflussen. So führt die Qualifizierung als echtes Unterlassungsdelikt dazu, dass die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, also die Zumutbarkeit der Ausreise aus dem Bundesgebiet, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des unerlaubten Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG wird.¹⁶⁶³ Dies wiederum bildet den

1659 Dazu auch sogleich unter (4); vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 74 f.; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 135 f.

1660 § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist nicht auf Fälle des Verstößes gegen räumliche Beschränkungen anzuwenden. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut, der an den Aufenthalt im Bundesgebiet anknüpft und systematisch aus der gesonderten Strafbarkeit des Verstößes gegen räumliche Beschränkungen, die aber erst bei wiederholtem Verstoß eingreift (siehe dazu unten E. III. 1. a) gg), vgl. auch BGH NJW 1997, 599, 600.

1661 OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2001, 57, 58 f.; in diese Richtung auch Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 155.

1662 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740 m.w.N.; BGH NSTZ 2010, 171, 172; KG NSTZ-RR 2002, 220, 221; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 93; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 41; El-Ghazi, ZfL 2020, 265, 272; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 24; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 44; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 12; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 36; Lam, StV 2005, 464, 465; Mosbacher, NSTZ 2003, 489, 490; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 52 f.; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 120; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 210.

1663 BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740; BGH NSTZ 2010, 171, 172, der allerdings einem unerlaubt einreisenden Ausländer über die Figur der *omissio libera in causa* die Berufung auf mit der unerlaubten Einreise typischerweise verbundene tatsächliche oder rechtliche Hindernisse verweigern möchte; ebenso Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 63. Dabei wird allerdings verkannt, dass es für einen Duldungsanspruch nicht auf das Verschulden des Betroffenen ankommt, vgl. Dollinger, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 60a AufenthG Rn. 23. Zu § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG vgl. OLG München NSTZ 2013, 484; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2020 – 2 RVs 35/20, BeckRS 2020, 11648. Kritisch gegenüber der Position des BGH Mosbacher, in: Achenbach/

dogmatischen Anknüpfungspunkt, um bereits aus dem Bestehen eines Duldungsanspruchs auf die Nichterfüllung des Tatbestandes zu schließen, indem nämlich eine Ausreise bei bestehendem Duldungsanspruch als normativ unzumutbar qualifiziert wird.¹⁶⁶⁴ Da das Gesetz die Fälle, in denen ein Duldungsanspruch besteht, abschließend regelt, können über das Erfordernis der Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens allerdings keine migrationsverwaltungsrechtlich *unbeachtlichen* Gründe berücksichtigt werden. Die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens ergibt sich vielmehr aus dem Migrationsverwaltungsrecht,¹⁶⁶⁵ wobei allerdings zu verlangen ist, dass dieses seinerseits verfassungs-, unions- und völkerrechtskonform ist.

Auf einer übergeordneten Ebene knüpft der Unrechtsvorwurf trotz der Einordnung als Unterlassungsdelikt letztlich daran an, dass der Betroffene sich im Bundesgebiet aufhält, also „da ist“. Schuld begründet demnach die bloße Existenz innerhalb der territorialen Grenzen der Bundesrepublik, also das „Da-Sein“ des „unerlaubt“ aufhältigen Ausländers. Mit Blick auf den aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Wert- und Achtungsanspruch eines jeden Menschen erscheint es jedenfalls bedenklich, einen strafrechtlichen Schuldvorwurf aufgrund der bloßen Lebensführung im Bundesgebiet zu erheben und die Anwesenheit des Betroffenen im Inland mit einem sozialetischen Unwerturteil zu belegen.¹⁶⁶⁶ Die herrschende Meinung versucht diese Problematik einzuhegen, indem sie den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit gerade nicht in einem aktiven Tun, sondern in der Verletzung der Rechtspflicht zum Verlassen des Bundesgebiets erblickt. Konstruktiv wird also nicht die Existenz im Bundesgebiet als solche kriminalisiert, sondern die Missachtung eines Verlassensgebots. Dementsprechend werden in der Literatur mitunter Parallelen zur Verweilensvariante des Hausfriedensbruchs, § 123 Abs. 1 Var. 2 StGB, gezogen.¹⁶⁶⁷ Dieser strafrechtsdogmatische Neutralisierungsversuch stößt jedoch rasch an seine Grenzen: Die Parallelisierung zum Hausfriedensbruch verkennet, dass es nicht um das Hausrecht in einem räumlich eng begrenzten und abgrenzbaren Bereich geht, an dem der Hausrechtsinhaber ein zur Exklusion berechtigendes individuelles Recht hat, sondern um das gesamte Staatsgebiet der Bundesrepublik. Auch wenn der Ausschluss von bestimmten Orten den Einzelnen empfindlich in seinen Freiheiten einschränken kann, führt der Ausschluss aus dem Bundesgebiet mitunter zum Verlust der gesamten wirtschaftlichen und sozialen Existenz.¹⁶⁶⁸ Losgelöst von der ver-

Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn.136, der darauf hinweist, dass der BGH hier inzident eine Pflicht zur Legalisierung des Aufenthalts konstruiert.

1664 Vgl. oben D. I. 3.

1665 So auch BGH, Urt. v. 6.10.2004 – 1 StR 76/04, BeckRS 2004, 11740.

1666 Vgl. Lam, StV 2005, 464, 465. Auch Spena, Criminal Law and Philosophy 2014, 635, 647 ff., erkennt in migrationsstrafrechtlichen Tatbeständen ein echtes „Täterstrafrecht“, das an die Person des Ausländers, nicht an dessen Verhalten anknüpft.

1667 Vgl. Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 113 f.; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 52.

1668 Vgl. schon oben B. II. 2. b).

fehlten Analogie zu § 123 StGB kann die normative Verlagerung des Schwerpunktes der Vorwerfbarkeit auch nicht verschleiern, dass in der sozialen wie auch rechtlichen Realität die Kriminalisierung des unerlaubten Aufenthalts weit über die strafrechtliche Sanktionierung eines Pflichtenverstosses hinausgeht.¹⁶⁶⁹ Die Strafvorschrift des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG führt letztlich dazu, dass Personen ohne Aufenthaltstitel dauerhaft von sozialer und gesellschaftlicher Teilhabe ausgeschlossen werden: Dort wo sie ihre Identität oder ihren Aufenthaltsstatus offenbaren müssen, laufen sie Gefahr, bei der Begehung einer Straftat, nämlich dem Dauerdelikt des unerlaubten Aufenthalts, entdeckt zu werden. Personen, die mit ihnen interagieren, müssen sich, jedenfalls wenn sie Kenntnis vom Aufenthaltsstatus haben, vergewissern, dass mögliche Solidaritäts- und Unterstützungshandlungen nicht als Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt qualifiziert werden können.¹⁶⁷⁰ Medizinische Versorgung und soziale Sicherung sind für diese Personen nur höchst eingeschränkt zugänglich, etwa weil sie befürchten müssen, sich gegenüber öffentlichen Stellen offenbaren zu müssen.¹⁶⁷¹ Darüber hinaus führt der Charakter als Dauerdelikt dazu, dass die Betroffenen permanent dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden unterliegen. Ihr Aufenthalt im Bundesgebiet hat zur Folge, dass ein latenter Tatverdacht gegen sie besteht, der eine konsequente Polizierung legitimiert. Dies verdeutlicht, dass die dogmatische Konstruktion als echtes Unterlassungsdelikt nicht geeignet ist, die bestehenden Friktionen mit Art. 1 Abs. 1 GG aufzulösen. Kehrseite des Nichtverlassens trotz gegenteiliger Rechtspflicht ist nämlich das Verweilen im Bundesgebiet, nur dass eben dieses Verweilen kein freizeitlicher Aufenthalt ist, sondern letztlich die Lebensführung des betroffenen Individuums meint. Abhilfe könnte nur ein Verzicht auf die entsprechenden Strafvorschriften schaffen.¹⁶⁷²

De lege lata ist der herrschenden Meinung gleichwohl darin zuzustimmen, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei einer normativen Betrachtung auf dem Unterlassen der Ausreise unter Verletzung der Ausreisepflicht liegt. Dies verdeutlicht schon die Ausgestaltung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, der die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht, den Ablauf einer Ausreisefrist und das Nichtbestehen eines Duldungsanspruchs voraussetzt. Insbesondere der Lauf einer Ausreisefrist oder das Bestehen von Abschiebehindernissen lassen die Erfüllung der Ausreisepflicht unzumutbar erscheinen, sodass die Strafbarkeit entfällt. Die Zumutbarkeit der Pflichtbefolgung wird freilich tatbestandlich nur bei (echten) Unterlassungsdelikten vorausgesetzt. Hinzu kommt, dass gerade im Unterschied zur unerlaubten Einreise nicht der Tätigkeitsvorgang an sich im Mittelpunkt des Schuldvorwurfs steht, sondern ein Sich-Aufhalten unter Missachtung des Verlassensgebots. Die im Blick auf die

1669 Vgl. auch Graebisch, KrimOJ 2019, 75, 80. Im Einzelnen unten F. II.

1670 Vgl. unten E. II. 5.

1671 Vgl. § 87 AufenthG. Näher unten F. II.

1672 Vgl. auch das Plädoyer von Jeßberger, GS Weßlau, 2016, 507 ff.

Ausreise entfaltete Passivität, nicht die Aktivität des Sich-Aufhaltens steht daher im Mittelpunkt der Tatbestandsbeschreibung. Die Einordnung als Unterlassungsdelikt mit Dauerdeliktscharakter hat zur Konsequenz, dass einer rechtskräftigen Verurteilung insofern Zäsurwirkung zukommt, als dass im Anschluss ein aufgrund eines neuen Tatentschlusses erfolgender weiterer unerlaubter Aufenthalt zu einer weiteren Verurteilung führen kann.¹⁶⁷³

c) Gleichstellungsklausel des § 95 Abs. 6 AufenthG

Mit dem *Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union* vom 19. August 2007 ist § 95 Abs. 6 AufenthG eingeführt worden.¹⁶⁷⁴ In der Sache hat der Gesetzgeber mit der Einfügung des § 95 Abs. 6 AufenthG auf das bereits diskutierte Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs reagiert,¹⁶⁷⁵ nach dem auch rechtsmissbräuchlich erlangte, aber formell wirksame Visa Legalisierungswirkung entfalten.¹⁶⁷⁶ Die Vorschrift ist unionsrechtskonform.¹⁶⁷⁷

Die Vorschrift stellt für die Fälle der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG einen aufgrund von Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Aufenthaltstitel mit dem Fehlen eines Aufenthaltstitels gleich. Bewirkt wird dadurch eine Durchbrechung der ansonsten geltenden Verwaltungsakzessorietät, weil ein verwaltungsrechtlich wirksamer Aufenthaltstitel in strafrechtlicher Hinsicht keine Legalisierungswirkung entfaltet, sodass es zu einem Auseinanderfallen von verwaltungs- und strafrechtlicher Bewertung kommt.¹⁶⁷⁸ Somit wird ein verwaltungsrechtlich bis zum Widerruf oder zur Rücknahme des Verwaltungsaktes erlaubtes Verhalten (Einreise, Aufenthalt) durch das Strafrecht sanktioniert. Dies ist allerdings weder im Blick auf den rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes noch das Übermaßverbot zu beanstanden. Wer das Verwaltungsverfahren rechtsmissbräuchlich manipuliert, kann sich auf dessen Legalisierungswirkung nicht

¹⁶⁷³ Das Schuldprinzip gebietet aber, dass ein qualitativ verschiedener, die vorausgehende Verurteilung außer Acht lassender Tatentschluss gebildet wird, siehe zu § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG BVerfG, Beschl. v. 23.9.2014 – 2 BvR 2545/12, BeckRS 2014, 57454, Rn. II ff.; zu § 235 StGB BVerfG, Beschl. v. 27.12.2006 – 2 BvR 1895/05, BeckRS 2006, 18575, Rn. 27 ff.; vgl. auch Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 120.

¹⁶⁷⁴ Vgl. oben A. II. 6. a).

¹⁶⁷⁵ BGH NJW 2012, 1669, 1670; 2012, 2210, 2211.

¹⁶⁷⁶ BGH NJW 2005, 2095, vgl. dazu im Einzelnen oben D. I. 2.

¹⁶⁷⁷ EuGH NJW 2012, 641 f.; dazu auch Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 20.

¹⁶⁷⁸ BGH NJW 2012, 2210, 2212; NStZ 2018, 289, 290; vgl. dazu MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 119.

berufen.¹⁶⁷⁹ Auch dass die verwaltungsrechtliche und die strafrechtliche Rechtslage insoweit auseinanderfallen, stellt die Verfassungskonformität der Regelung nicht in Frage, da zwar der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgt,¹⁶⁸⁰ im vorliegenden Fall jedoch die verwaltungsrechtliche Legalisierungswirkung nur deshalb noch gilt, weil eine *ex tunc* mögliche Aufhebung¹⁶⁸¹ des entsprechenden Aufenthaltstitels noch nicht erfolgt ist. Ein materieller Widerspruch besteht demnach schon nicht.¹⁶⁸² Schließlich steht auch das Unionsrecht der Regelung des § 95 Abs. 6 AufenthG nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs nicht entgegen, da rechtsmissbräuchlich erlangte Visa zwar grundsätzlich annulliert werden müssten und damit *ex tunc* unwirksam würden, dieses formale Erfordernis jedoch mit dem Wesen des Strafverfahrens aufgrund der mitunter gebotenen Dringlichkeit und Geheimhaltung nicht immer in Einklang zu bringen sei.¹⁶⁸³

Der Gesetzesbegründung nach orientiert sich § 95 Abs. 6 AufenthG an der umweltstrafrechtlichen Vorschrift des § 330d Nr. 5 StGB,¹⁶⁸⁴ nach welcher einem Handeln ohne Genehmigung, Planfeststellung oder sonstige Zulassung auch ein Handeln auf Grund einer durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlienenen Genehmigung, Planfeststellung oder sonstigen Zulassung gleichsteht.

aa) Voraussetzungen des § 95 Abs. 6 AufenthG

Die Auslegung des § 95 Abs. 6 AufenthG kann sich dementsprechend an den zu § 330d Nr. 5 StGB entwickelten Grundsätzen orientieren. Für die Varianten der Drohung und der Bestechung kann auf die zu § 240 Abs. 1 StGB und § 334 Abs. 1 StGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.¹⁶⁸⁵ Schwierigkeiten bereitet

1679 BGH NJW 2012, 2210, 2212; in diesem Sinne auch MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 119; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 20.

1680 Die vom BVerfG unter diesem Gesichtspunkt diskutierten Sachverhalte lassen sich freilich schon der Ausgangslage nach nicht mit der vorliegenden Konstellation vergleichen. Der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit wird insbesondere bei Tätigwerden unterschiedlicher Normgeber und im Blick auf deren Kompetenzzuweisungen bedeutsam, siehe BVerfG NJW 1998, 2341, 2342; 2006, 2757, 2759; NVwZ 2003, 1497, 1498.

1681 Schengen-Visa sind nach Art. 34 Abs. 1 Satz 1 des EU Visa-Kodex zu annullieren, wenn sie durch arglistige Täuschung erlangt wurden; § 48 Abs. 1 VwVfG lässt eine Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte für die Vergangenheit zu.

1682 BGH NJW 2012, 2210, 2212. Auf die vom Bundesgerichtshof in Bezug genommenen „unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung“ kommt es daher nicht an.

1683 EuGH NJW 2012, 1641, 1642.

1684 BT-Drs. 16/5065, S. 199.

1685 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 120; MK-StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 35 ff.; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 278 f., der die Drohung mit einem empfindlichen Nachteil verlangt.

demgegenüber das Merkmal der „Kollusion“, von dessen Definition der Gesetzgeber bewusst abgesehen hat, „da die Reichweite der Fallgestaltungen, die von diesem Begriff erfaßt werden, noch nicht als abschließend geklärt angesehen werden kann.“¹⁶⁸⁶

Im Privatrecht ist die Rechtsfigur sittenwidriger Kollusion in verschiedenen Regelungszusammenhängen, etwa im Stellvertretungsrecht (§§ 164 ff. BGB), anerkannt und bezeichnet das bewusste Zusammenwirken zweier, grundsätzlich auf unterschiedlichen Seiten eines Vertragsverhältnisses agierender Personen zum Nachteil eines Dritten.¹⁶⁸⁷ Im vorliegenden Kontext geht es freilich um die Interaktion zwischen einem Antragsteller und einem für die Bescheidung des Antrags zuständigen Amtsträger. Ein geschädigter Dritter ist insoweit nicht involviert; betroffen ist aber die Integrität des Verwaltungsverfahrens, welches dem Schutz bestimmter Allgemeininteressen dient. Dementsprechend kann Kollusion in diesem Zusammenhang nur meinen, dass zwischen Antragsteller und Amtsträger eine Verabredung getroffen wird, die auf die Erteilung der begehrten Erlaubnis oder Genehmigung – hier auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels – unter Missachtung des geltenden Rechts und unter bewusstem Missbrauch der amtlichen Stellung durch den Amtsträger gerichtet ist.¹⁶⁸⁸ In Übereinstimmung mit dem gesetzgeberischen Willen, auch schon das Zusammenwirken mit Amtsträgern, die nur bei der Vorbereitung der Verwaltungsentscheidung beteiligt sind, zu erfassen, ist dabei nicht zu verlangen, dass die Verabredung unmittelbar auf die Ausstellung des Aufenthaltstitels gerichtet ist; sie muss aber das Ziel verfolgen, eine entsprechende Entscheidung herbeizuführen.¹⁶⁸⁹ Der Anwendungsbereich dieser Variante dürfte im Blick darauf, dass bei Gewährung eines Vorteils als Gegenleistung von einer Bestechung auszugehen sein wird, vergleichsweise gering sein.¹⁶⁹⁰

Unrichtige oder unvollständige Angaben als vierte und fünfte Begehungsvariante beziehen sich auf Erklärungen im Verwaltungsverfahren, welche für die beantragte Verwaltungsentscheidung erheblich sind.¹⁶⁹¹ Unrichtig sind Angaben, die objektiv nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen, unvollständig sind solche, die für sich genommen richtig sind, aber durch Auslassung den Eindruck der Vollständigkeit

1686 BT-Drs. 12/7300, S. 25; zur Kritik *Fenner*, Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts, 2000, 184 f.

1687 Vgl. MK-BGB/*Schubert*, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 227 m.w.N.

1688 OLG Jena NZWiSt 2017, 480, 485; MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 40; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 280; enger *Fenner*, Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts, 2000, 249.

1689 Ähnlich MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 40.

1690 Dementsprechend das Fehlen einer Vorteilsgewährung in die Definition aufnehmend *Fenner*, Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts, 2000, 249.

1691 Vgl. MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 43.

erwecken.¹⁶⁹² Zusätzlich wird in der Literatur verlangt, dass bezüglich der ausgelassenen oder unrichtigen Angabe eine Mitteilungspflicht bestand.¹⁶⁹³ Dieses einschränkende Kriterium ist erforderlich, da andernfalls für den Antragsteller sein Pflichtenprogramm nicht erkennbar wäre, was angesichts der weitreichenden Folge unrichtiger oder unvollständiger Angaben (Strafbarkeit trotz formell bestehenden Aufenthaltstitels) mit Blick auf das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) Probleme aufwerfen würde.

In objektiver Hinsicht muss für eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 AufenthG i.V.m. § 95 Abs. 6 AufenthG hinzukommen, dass zwischen der Missbrauchshandlung und der Aufenthaltstitelerteilung Kausalität besteht.¹⁶⁹⁴ Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 95 Abs. 6 AufenthG, der verlangt, dass „auf Grund“ eines durch eine entsprechende Missbrauchshandlung erwirkten oder erschlichenen Aufenthaltstitels gehandelt wurde. Dementsprechend muss die Drohung, Bestechung, Kollusion oder unrichtige oder unvollständige Angabe notwendige Bedingung für die Erteilung des Aufenthaltstitels gewesen sein.

Darüber hinaus wird in der Literatur einschränkend gefordert, dass der Verwaltungsakt selbst materiell rechtswidrig sein muss.¹⁶⁹⁵ Das bloße Abstellen auf die kausale Missbrauchshandlung liefe andernfalls darauf hinaus, vermittelt über § 95 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG die in § 95 Abs. 6 AufenthG aufgeführten Handlungen selbst unter Strafe zu stellen.¹⁶⁹⁶ Wird auf den Schutz des Verwaltungsverfahrens abgestellt, überzeugt dieses einschränkende Kriterium nicht. Denn insofern geht es um die Verhinderung rechtsmissbräuchlicher Einwirkungen auf das verwaltungsrechtliche Prüfungsverfahren. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es hier nicht um die Frage der Wirksamkeit belastender rechtswidriger Verwaltungsakte geht, sondern um die Gleichsetzung rechtsmissbräuchlich erlangter Aufenthaltstitel mit gänzlich fehlenden Aufenthaltstiteln. Die Strafbarkeit der aufenthaltstitellosen Einreise und des aufenthaltstitellosen Aufenthalts rekurriert im Schutzgutkonzept der herrschenden Meinung aber auf den Schutz bestimmter materieller Interessen, die

1692 Vgl. *Fenner*, Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts, 2000, 254; MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 43.

1693 Vgl. *Fenner*, Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts, 2000, 259 ff.; MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 43.

1694 BGH NSTZ 2018, 289, 290; vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 55; MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 33.

1695 Vgl. im Kontext des Umwelt- und Wirtschaftsstrafrechts TK-StGB/*Heine/Schittenhelm*, 31. Aufl. 2025, § 330d Rn. 30; NK-StGB/*Ransiek*, 6. Aufl. 2023, § 330d Rn. 4; MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 32; *Wimmer*, JZ 1993, 67, 72. Kritisch gegenüber der h.L. dagegen LK-StGB/*Heghmanns*, 14. Aufl. 2022, § 330d Rn. 28.

1696 Vgl. im Kontext des Umweltstrafrechts MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 32; nach *Jünemann*, Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht, 1998, 169 f., fehlt es in diesen Fällen bereits an der Kausalität. Offgelassen von BGH NSTZ 2018, 289, 290.

durch „unregulierte“ Zuwanderung beeinträchtigt werden könnten.¹⁶⁹⁷ Gerade diese Interessen sind aber nicht bedroht, wenn zwar das Verfahren manipuliert, im Ergebnis aber ein materiell rechtmäßiger Aufenthaltstitel zuerkannt wurde. Deshalb ist das Kriterium der Rechtswidrigkeit auch auf dem Boden der Schutzgutbestimmung durch die herrschende Meinung zu verlangen, um zu vermeiden, dass es zu einer Kriminalisierung von materiell (und aufgrund des bestehenden Aufenthaltstitels auch formell) rechtmäßigen Einreisen und Aufhalten kommt.¹⁶⁹⁸ Der Schutz des Verwaltungsverfahrens wird demgegenüber durch § 95 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 AufenthG, der als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist und dementsprechend weder Erfolgskausalität noch Rechtswidrigkeit des erteilten Aufenthaltstitels beziehungsweise der erteilten Duldung voraussetzt, bewirkt.¹⁶⁹⁹

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz im Blick auf die Rechtsmissbräuchlichkeit der Aufenthaltstitelerlangung erforderlich. Dabei wird hinsichtlich der Missbrauchshandlung selbst zielgerichtetes Handeln (*dolus directus* I. Grades) verlangt, was sich aus dem Begriff des „Erwirkens“ beziehungsweise „Erschleichens“ ergebe.¹⁷⁰⁰ § 95 Abs. 6 AufenthG ist seinem Wortlaut nach freilich nicht auf Aufenthaltstitelinhaber beschränkt, die selbst entsprechende Manipulationen vorgenommen haben, sondern erfasst auch solche Aufenthaltstitel, bei denen Dritte auf das Verwaltungsverfahren in unlauterer Weise eingewirkt haben. In diesen Fällen muss es ausreichen, dass die Inhaber der Aufenthaltstitel sichere Kenntnis von der Rechtsmissbräuchlichkeit des Titelbeschaffungsvorgangs haben. Dies kann insbesondere dann zweifelhaft sein, wenn Migranten durch Agenten und Arbeitsvermittler bei der Visumserteilung unterstützt wurden und davon ausgegangen sind, die Visumserteilung sei rechtmäßig erfolgt.¹⁷⁰¹

bb) Anwendbarkeit auf Fälle des unerlaubten Aufenthalts ohne vorausgegangene unerlaubte Einreise?

Trotz der gesetzgeberischen Intention, missbräuchlich erlangte Aufenthaltstitel der Situation fehlender Aufenthaltstitel vollständig gleichzustellen, ist umstritten, ob § 95 Abs. 6 AufenthG im Blick auf den unerlaubten Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG überhaupt die gewünschte Wirkung entfalten kann, wenn dem unerlaubten Aufenthalt keine unerlaubte Einreise vorangegangen ist,¹⁷⁰² etwa weil der Aufenthalt erst nach der Einreise aufenthaltstitelpflichtig geworden ist oder das

1697 Vgl. oben B. II. 2.

1698 Mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ebenso MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 119.

1699 Dazu im Einzelnen mit Nachweisen unten E. IV. 1. a).

1700 OLG Jena NZWiSt 2017, 480, 485; vgl. MK-StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 44.

1701 Vgl. *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 283.

1702 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 37, 119.

rechtsmissbräuchliche Verhalten sich nur im Verfahren zur Verlängerung eines vormals rechtmäßig erteilten Aufenthaltstitels vollzogen hat. § 95 Abs. 6 AufenthG stellt missbräuchlich erlangte Aufenthaltstitel zwar „mit dem Handeln ohne erforderlichen Aufenthaltstitel“ gleich. Nach dem klaren Wortlaut des § 95 Abs. 6 AufenthG müssen aber die übrigen Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 AufenthG weiterhin vorliegen. Dies bedeutet insbesondere, dass der Betroffene im Sinne des § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AufenthG vollziehbar ausreisepflichtig sein muss.¹⁷⁰³ Während die Ausreisepflicht – die verwaltungsrechtlich aufgrund des bis zu seinem Widerruf oder seiner Rücknahme verwaltungsrechtlich wirksamen Aufenthaltstitels nicht besteht¹⁷⁰⁴ – noch über § 95 Abs. 6 AufenthG als fingiert angesehen werden kann, da jedenfalls strafrechtlich der missbräuchlich erlangte Aufenthaltstitel als nicht existent gilt, sodass der Betroffene im Sinne des § 50 Abs. 1 AufenthG ausreisepflichtig ist, setzt die Strafbarkeit auch die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht voraus. Die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht ist freilich von der in Folge der fingierten Aufenthaltstitellosigkeit eintretenden Ausreisepflicht zu unterscheiden und richtet sich nach § 58 Abs. 2 AufenthG. Da in diesen Konstellationen § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG mangels unerlaubter Einreise nicht einschlägig ist,¹⁷⁰⁵ wird die Ausreisepflicht nach § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG erst vollziehbar, wenn die Versagung des Aufenthaltstitels oder der sonstige Verwaltungsakt, durch den der Ausländer ausreisepflichtig wird, vollziehbar ist.¹⁷⁰⁶ In Fällen des § 95 Abs. 6 AufenthG wird die Ausreisepflicht jedoch in der Weise fingiert, dass der missbräuchlich erlangte Aufenthaltstitel als nicht existent behandelt wird. Ein die Ausreisepflicht begründender Verwaltungsakt existiert nicht, wird nach dem Gesetzeswortlaut des § 95 Abs. 6 AufenthG aber auch nicht fingiert. Schließlich hilft auch § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG nicht weiter, da auch dem missbräuchlich erlangten Aufenthaltstitel ein Antrag vorausgegangen sein muss, sodass selbst bei fingierter Nichtexistenz des Aufenthaltstitels die Legalisierungsfiktion des § 81 Abs. 3 oder 4 AufenthG griffe. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass zwar ein klarer gesetzgeberischer Wille bestanden haben dürfte, auch diese Fälle dem Straftatbestand zu unterstellen, die Wortlautgrenze seine Umsetzung aber nicht zulässt.¹⁷⁰⁷ Erforderlich wäre, dass der Gesetzgeber § 95 Abs. 6 AufenthG dahingehend ergänzt, dass der Ausländer in diesen Fällen als vollziehbar ausreisepflichtig gilt.

1703 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 37; Schott, ZAR 2012, 276, 278.

1704 BGH NSTZ 2018, 289, 290.

1705 Anders ist dies, wenn schon die Einreise mit dem missbräuchlich erschlichen Aufenthaltstitel erfolgte, da dann auch die Einreise „fingiert“ unerlaubt gewesen ist, siehe BGH NJW 2012, 1669, 1670; 2012, 2210, 2211.

1706 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 37.

1707 Ebenso Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 282; Schott, ZAR 2012, 276, 279; anders dagegen Brocke, NSTZ 2009, 546, 548; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 69.

d) Sondervorschrift des § 95 Abs. 1a AufenthG für Inhaber von Schengen-Visa

§ 95 Abs. 1a AufenthG stellt im Kern nicht eine unerlaubte Einreise oder einen unerlaubten Aufenthalt unter Strafe, sondern knüpft an die Aufnahme und Ausübung einer Erwerbstätigkeit durch den Ausländer an, der nur ein Schengen-Visum nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG besitzt. Es handelt sich allerdings schon der Genese nach um einen Straftatbestand, der im Kontext der Einreise- und Aufenthaltsdelikte zu sehen ist, da der Gesetzgeber mit der Einfügung des § 95 Abs. 1a AufenthG auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs reagiert hat, nach der auch bei von vornherein beabsichtigter Arbeitsaufnahme im Bundesgebiet Inhaber von Schengen-Visa aufgrund deren Legalisierungswirkung, die allein vom formellen Vorliegen des Visums und nicht dessen materieller Rechtmäßigkeit abhängt, nicht unerlaubt in das Bundesgebiet einreisen und sich bis zur Höchstfrist von 90 Tagen auch nicht unerlaubt in diesem aufhalten.¹⁷⁰⁸ § 95 Abs. 1a AufenthG stellt nunmehr sicher, dass Inhaber von nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigenden Schengen-Visa für den Falle der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit „ebenso“ bestraft werden können wie sogenannte Positivstaater, die bei Arbeitsaufnahme im Inland aufenthaltstitepflichtig werden.¹⁷⁰⁹

Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit ist nach § 95 Abs. 1a AufenthG, dass der aufenthaltstitepflichtige Ausländer Inhaber eines (gültigen) Schengen-Visums nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ist und eine ihm nicht erlaubte Erwerbstätigkeit aufnimmt.¹⁷¹⁰ Der Versuch ist nach § 95 Abs. 3 AufenthG strafbar und setzt voraus, dass der Ausländer unmittelbar zur Arbeit ansetzt.¹⁷¹¹

Die Tathandlung aus dem Gesetzestext zu destillieren, ist allerdings ein komplexes Unterfangen. § 95 Abs. 1a AufenthG lässt nämlich zunächst nicht erkennen, welches Verhalten konkret unter Strafe gestellt ist, und verweist stattdessen auf die vorsätzliche Begehung einer „in § 404 Abs. 2 Nr. 4 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch oder in § 98 Abs. 3 Nr. 1 bezeichnete[n] Handlung“. § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III wiederum ist ein Bußgeldtatbestand, der die Ausübung einer Beschäftigung entgegen

„§ 284 Absatz 1 oder entgegen § 4a Absatz 3 Satz 4 oder Absatz 4, § 6 Absatz 2a, § 7 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 16a Absatz 3 Satz 1, § 16b Absatz 3, auch in Verbindung mit Absatz 7 Satz 3, § 16b Absatz 5 Satz 3 zweiter Halbsatz, § 16c Absatz 2 Satz 3, § 16d Absatz 1 Satz 4, Absatz 3 Satz 2 oder Absatz 4 Satz 3, § 16f Absatz 3 Satz 4, § 17 Absatz 3 Satz 1, § 20 Absatz 1 Satz 4,

1708 Vgl. dazu oben A. II. 6. a).

1709 Vgl. dazu auch MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 90; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 231.

1710 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 91; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 232; im Einzelnen Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 263 ff., wobei die Position, Prostitution sei in diesem Sinne keine Erwerbstätigkeit, mit dem gesetzgeberischen Willen wohl kaum in Einklang zu bringen sein dürfte, vgl. auch Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 135.

1711 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 93.

auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2, § 23 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 24 Absatz 6 Satz 2 erster Halbsatz oder § 25 Absatz 4 Satz 3 erster Halbsatz, Absatz 4a Satz 4 erster Halbsatz oder Absatz 4b Satz 4 erster Halbsatz des Aufenthaltsgesetzes“

erfasst. § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG ist seinerseits ein Bußgeldtatbestand, der die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit entgegen

„§ 4a Absatz 3 Satz 4 oder Absatz 4, § 6 Absatz 2a, § 7 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 16a Absatz 3 Satz 1, § 16b Absatz 3, auch in Verbindung mit Absatz 7 Satz 3, § 16b Absatz 5 Satz 3 zweiter Halbsatz, § 16c Absatz 2 Satz 3, § 16d Absatz 1 Satz 4, Absatz 3 Satz 8, Absatz 6 Satz 3 oder Absatz 4 Satz 3, § 16f Absatz 3 Satz 4, § 17 Absatz 3 Satz 1, § 20 Absatz 1 Satz 4, auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2, § 23 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz oder § 25 Absatz 4 Satz 3 erster Halbsatz, Absatz 4a Satz 4 erster Halbsatz oder Absatz 4b Satz 4 erster Halbsatz“

mit Bußgeld bedroht.

Der Tatbestand des § 95 Abs. 1a AufenthG lässt sich dementsprechend nur vollständig erfassen, wenn die durch § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III und § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG in Bezug genommenen Vorschriften, die eine Beschäftigung oder die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit untersagen, einbezogen werden.

Damit stellt sich die Frage, ob § 95 Abs. 1a AufenthG insgesamt noch mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG in Einklang zu bringen ist. Die kaum überschaubare Verweisungskette legt zunächst nahe, diese Frage zu verneinen. Allerdings ist nach gefestigter verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung die jeweilige Regelungsalternative zu berücksichtigen.¹⁷¹² Unter Strafe gestellt werden soll die Ausübung einer unselbstständigen Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit entgegen aufenthaltsrechtlichen Regelungen. Die Verweisung auf die einzelnen Verbotsstatbestände für die Ausübung einer entsprechenden Erwerbstätigkeit fordert zwar die Übersichtlichkeit des Tatbestandes heraus, steigert aber im Ergebnis die Gesetzesbestimmtheit, da dem Normadressaten die Verbotstatbestände mitgeteilt werden. Die Alternative, abstrakt auf eine „verbotene“ Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit abzuheben, trüge zwar zur Klarheit der Tatbestandsfassung bei, überließe es jedoch dem Normadressaten, die Verbotstatbestände zu identifizieren. Dies wäre unter Bestimmtheitsgesichtspunkten gerade unter Berücksichtigung des Adressatenkreises bedenklich.

Vor diesem Hintergrund hätte der Gesetzgeber allenfalls auf einen Verweis auf § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III und auf § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG verzichten und die dort in Bezug genommenen Regelungen unmittelbar in § 95 Abs. 1a AufenthG aufnehmen können. Dadurch wäre immerhin unmittelbar erkennbar gewesen, dass sich § 95 Abs. 1a AufenthG auf die Ausübung einer verbotenen Erwerbstätigkeit bezieht. Dass der Gesetzgeber sich stattdessen eines Verweises auf die zwei Bußgeldtatbestände

1712 Vgl. D. II. 2.

bedient hat, ist gleichwohl nicht als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG zu qualifizieren. Denn grundsätzlich ist es dem Gesetzgeber auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht verboten, auf klar umrissene Normen zu verweisen, und ist diese Verweisungstechnik bei verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen unumgänglich. Hinzu kommt, dass sich bereits aus § 6 Abs. 2a AufenthG der Grundsatz ergibt, dass die Ausübung einer Erwerbstätigkeit für Inhaber von Schengen-Visa grundsätzlich verboten ist. Insofern ist davon auszugehen, dass die Betroffenen immerhin vom verwaltungsrechtlichen Verbot der Erwerbstätigkeit Kenntnis haben, was bei der Bewertung der Bestimmtheit des Straftatbestandes zu berücksichtigen ist.

2. Verstöße gegen Einreise- und Aufenthaltsverbote

Eine qualifizierte Form¹⁷¹³ der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts ist die Einreise oder der Aufenthalt unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot, die nach § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind. Hinsichtlich der Tathandlungen der Einreise und des Aufenthalts kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden. Gleiches gilt für die in § 95 Abs. 3 AufenthG geregelte Versuchsstrafbarkeit. Im Übrigen muss hinsichtlich des Tatbestandes zwischen dem Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG und der Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 11 Abs. 6 Satz 1 oder Abs. 7 Satz 1 AufenthG differenziert werden. Zudem sieht auch § 7 Abs. 2 FreizügG/EU die Verhängung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots vor. Der Verstoß gegen ein solches ist in § 9 Abs. 2 FreizügG/EU mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht.

a) Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG

Die Einreise oder der Aufenthalt unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG setzt voraus, dass überhaupt ein Einreise- und Aufenthaltsverbot erlassen worden ist.¹⁷¹⁴ Dessen Voraussetzungen ergeben sich aus § 11 Abs. 1 AufenthG. Danach muss der Betroffene ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden oder es muss gegen ihn eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG erlassen worden sein. Auch eine Zurückweisung wegen der Nutzung falscher oder verfälschter Dokumente zur Einreise führt zum Erlass eines

1713 BGH, Beschl. v. 13.7.2016 – 1 StR 279/16, BeckRS 2016, 16404; vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 209; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 264; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 123; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 233.

1714 Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 124.

entsprechenden Einreise- und Aufenthaltsverbots. Das Aufenthaltsverbot ist nach § 11 Abs. 2 Satz 3 AufenthG zu befristen, wobei die Frist nach § 11 Abs. 3 Satz 2 AufenthG grundsätzlich fünf Jahre nicht überschreiten darf.¹⁷¹⁵ Eine Strafbarkeit scheidet mangels tatbestandsmäßigen Verhaltens aus, wenn der Ausländer eine Betretungserlaubnis nach § 11 Abs. 8 AufenthG eingeholt hat.¹⁷¹⁶ Zweifelhaft erscheint, ob auch die Erlangung eines Aufenthaltstitels (entgegen dem ausdrücklichen Verbot nach § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG) zur Tatbestandslosigkeit von Einreise und Aufenthalt führt. Dagegen lässt sich anführen, dass die Strafvorschrift ausdrücklich an das Einreise- und Aufenthaltsverbot des § 11 Abs. 1 AufenthG und nicht an einen fehlenden Aufenthaltstitel anknüpft, der nach § 11 Abs. 1 AufenthG zudem nicht erteilt werden darf.¹⁷¹⁷ Allerdings handelt es sich bei § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG trotz der zusätzlichen Anknüpfung an das Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 AufenthG nach verbreiteter Auffassung um eine qualifizierte Form der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts, sodass dem Aufenthaltstitel Legalisierungswirkung zukommen muss, wenn er – entgegen § 11 Abs. 1 AufenthG – erteilt worden ist; insoweit entfällt der Grundtatbestand, der Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach der Qualifikation ist.¹⁷¹⁸

aa) Vorangegangene Ausreise?

In der Literatur wird vertreten, § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG setze insgesamt voraus, dass der Ausländer das Bundesgebiet verlassen hat.¹⁷¹⁹ Im Blick auf § 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG, der an die Einreise anknüpft, liegt dies auf der Hand. Eine Einreise setzt notwendigerweise voraus, dass das Bundesgebiet zuvor wenigstens kurzzeitig verlassen worden ist, sodass § 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG nur nach einmal erfolgter Ausreise zur Anwendung gelangen kann.

¹⁷¹⁵ Zu sogenannten Altfällen vgl. oben C. III. 3. b).

¹⁷¹⁶ Für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 173. Allerdings dürfte bei Vorliegen einer Erlaubnis nach § 11 Abs. 8 AufenthG für die Dauer der Erlaubnis bereits das Verbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG suspendiert sein, sodass es an einem blankettausfüllenden Verbot fehlt, an welches der Tatbestand des § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG anknüpfen könnte. Zu Irrtumskonstellationen unten E. II. 3.

¹⁷¹⁷ Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 265.

¹⁷¹⁸ So auch BGH, Urt. v. 26.4.2006 – 5 StR 32/06, BeckRS 2006, 6385, Rn. II; *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 217; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 126, der darauf hinweist, dass § 95 Abs. 6 AufenthG nicht anwendbar ist; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 96; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 234; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 156; *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 116. Zum Charakter als Qualifikationstatbestand auch BGH Beschl. v. 13.7.2016 – 1 StR 279/16, BeckRS 2016, 16404.

¹⁷¹⁹ Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 128; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 95; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 237 f.

Weniger eindeutig ist dies dagegen im Blick auf § 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AufenthG zu beurteilen. Dieser stellt den Aufenthalt entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot unter Strafe. Sofern das Einreise- und Aufenthaltsverbot in Folge einer Zurückschiebung oder Abschiebung erlassen worden ist (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 und 3 AufenthG), setzt dies gleichfalls notwendig voraus, dass der Ausländer aus dem Bundesgebiet verbracht wurde. Ein Einreise- und Aufenthaltsverbot kann jedoch auch verhängt werden, wenn der Ausländer ausgewiesen worden ist oder gegen ihn eine Abschiebungsanordnung erlassen worden ist (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 und 4 AufenthG). Für diese Fälle deutet der Gesetzeswortlaut darauf hin, dass die Strafbarkeit auch ohne vorangegangene Ausreise eintreten kann.¹⁷²⁰ Eine Beschränkung auf Fälle, in denen der Ausländer zuvor ausgereist war, lässt das Gesetz – jedenfalls in seiner derzeit geltenden Fassung¹⁷²¹ – nicht erkennen. Denn § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG lautet: „Infolge des Einreise- und Aufenthaltsverbots darf der Ausländer weder erneut in das Bundesgebiet und das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder der anderen Schengen-Staaten einreisen noch sich darin aufhalten noch darf ihm, selbst im Falle eines Anspruchs nach diesem Gesetz, ein Aufenthaltstitel erteilt werden.“ Es wird insofern dem Wortlaut nach eindeutig zwischen der erneuten Einreise einerseits („weder erneut [...] einreisen“) und dem Aufenthalt andererseits („noch sich darin aufhalten“) differenziert. Auch die Gesetzessystematik stützt die Position, die eine vorangegangene Ausreise nicht für erforderlich hält, da die ebenfalls in § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG in Bezug genommenen Absätze 6 und 7 des § 11 AufenthG gerade nicht verlangen, dass der Betroffene zuvor ausgereist sein muss.¹⁷²²

Diese Auslegung widerspräche allerdings Art. 11 RL 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie), an der die Auslegung des § 11 AufenthG zu orientieren ist. Art. 11 RL 2008/115/EG bestimmt, dass Rückkehrentscheidungen mit einem *Einreiseverbot* einhergehen, falls keine Frist für eine freiwillige Ausreise eingeräumt wurde oder falls der Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen wurde. In anderen Fällen kann ein Einreiseverbot verhängt werden. Nach Art. 3 Nr. 6 RL 2008/115/EG umfasst der Begriff des Einreiseverbots sowohl die Einreise als auch den Aufenthalt im Ho-

1720 So OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2009, 257, 258; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 269. Offengelassen von BGH NStZ 2026, 117, 118.

1721 Demgegenüber hat das OLG Frankfurt a.M. zu § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG a.F. („Ein Ausländer, der ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist, darf nicht erneut in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten“) ausgeführt, dass das Wort „erneut“ „einsichtlich die Notwendigkeit erneuter Einreise voraussetzt“ (OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 20.11.2014 – 1 Ss 278/14, BeckRS 2015, 4602, Rn. 15). So auch GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 238.

1722 Vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 211; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 269; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 129; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 86. Anders dagegen *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 157.

heitsgebiet der Mitgliedstaaten.¹⁷²³ Insoweit hat der Europäische Gerichtshof jedoch entschieden, dass das in Art. 11 Abs. 1 RL 2008/115/EG vorgesehene „Einreiseverbot“ erst in dem Moment wirksam werde, in dem der Betroffene in sein Herkunftsland, ein Transitland oder ein anderes Drittland ausgereist sei.¹⁷²⁴ Vor diesem Zeitpunkt falle der Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen dagegen unter die in der Richtlinie vorgesehene Rückkehrentscheidung und finde das Rückführungsverfahren Anwendung.¹⁷²⁵ Die Systematik der Richtlinie ergebe insoweit, dass klar zwischen dem ursprünglichen (unerlaubten) Aufenthalt und dem späteren (erneut unerlaubten) Aufenthalt zu unterscheiden sei.¹⁷²⁶ Unionsrechtlich setzt das Einreiseverbot also die vorangegangene Ausreise voraus. Vor diesem Hintergrund ist § 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AufenthG unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass nur die verbotswidrige Einreise oder der Aufenthalt nach vorangegangener Ausreise aus dem Bundesgebiet tatbestandsmäßig sind. Bis zum Zeitpunkt der Ausreise kommt lediglich eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG in Betracht.

Diese Position vermeidet auch das Problem, dass § 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AufenthG nach der Gegenauffassung schon dann tatbestandlich vorläge, wenn ein Einreise- und Aufenthaltsverbot (nach § 11 Abs. 2 Satz 1 AufenthG gemeinsam mit der Ausweisungsverfügung oder der Abschiebungsanordnung) erlassen worden ist und sich der Ausländer gleichwohl im Bundesgebiet aufhält, während § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) AufenthG die Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts explizit daran knüpft, dass die Abschiebung nicht ausgesetzt sein darf. Die Gegenposition müsste, da ein Verlassen des Bundesgebiets bei bestehendem Duldungsanspruch unzumutbar ist, einen bestehenden Duldungsanspruch als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens einbeziehen und eine Strafbarkeit auf diese Weise ausschließen.¹⁷²⁷

bb) Rechtmäßigkeit der aufenthaltsbeendenden Maßnahme?

Ein weiteres Problem des Tatbestandes betrifft die Frage, ob die dem Einreise- und Aufenthaltsverbot zugrunde liegende Ausweisung, Zurückweisung, Abschiebung

1723 Art. 3 Nr. 6 RL 2008/115/EG definiert das Einreiseverbot als „die behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme, mit der die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten *und der dortige Aufenthalt* (Herv. d. Verf.) für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird und die mit einer Rückkehrentscheidung einhergeht“.

1724 EuGH, Urt. v. 26.7.2017 – C-225/16, BeckRS 2017, 118397, Rn. 49.

1725 EuGH, Urt. v. 26.7.2017 – C-225/16, BeckRS 2017, 118397, Rn. 49. Anders offenbar BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 130, wobei die in Bezug genommene Entscheidung des EuGH die Argumentation allerdings nicht trägt.

1726 EuGH, Urt. v. 26.7.2017 – C-225/16, BeckRS 2017, 118397, Rn. 50.

1727 So BGH NStZ 2026, 117 f.; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2009, 257, 258; Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 212; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 234.

oder Abschiebungsanordnung rechtmäßig sein muss.¹⁷²⁸ Dies wird teilweise mit dem Verweis auf die Verwaltungsakzessorietät des Tatbestandes bestritten; entscheidend sei allein die verwaltungsrechtliche Wirksamkeit.¹⁷²⁹ Dieser Auffassung ist – allerdings unter Berücksichtigung der in Teil D. der Untersuchung entfalteten Differenzierung – zuzustimmen.

Die Gegenposition recurriert auf eine verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, die noch zur alten Rechtslage entwickelt worden war. Nach § 11 Abs. 1 AufenthG a.F. trat das Einreise- und Aufenthaltsverbot *kraft Gesetzes* infolge einer Ausweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung ein und löste eine Sperrwirkung sowohl für die Einreise und den Aufenthalt als auch für die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus.¹⁷³⁰ Auf Grundlage dieser gesetzlichen Regelung trat jedoch das Problem auf, dass das Einreise- und Aufenthaltsverbot aufgrund der Vorschrift des § 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG mit der Bekanntgabe des aufenthaltsbeendenden Verwaltungsakts wirksam wurde und dass die Wirksamkeit unabhängig davon bestehen blieb, ob einem Rechtsbehelf gegen die das Einreise- und Aufenthaltsverbot auslösende Maßnahme aufschiebende Wirkung zukam oder nicht.¹⁷³¹ Dementsprechend konnte insbesondere in Fällen, in denen ein Ausländer ausgewiesen oder abgeschoben wurde, nachdem sein Antrag auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels abgelehnt worden war, die Situation eintreten, dass im Rahmen des Rechtsschutzverfahrens gegen die Ablehnungsentscheidung die Sperrwirkung des aus der Abschiebung resultierenden Einreise- und Aufenthaltsverbots eingriff und der Erteilung eines Aufenthaltstitels trotz Rechtswidrigkeit seiner ursprünglichen Ablehnung entgegenstand.¹⁷³² Diese Situation resultierte aus dem Umstand, dass § 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG den Suspensiveffekt von Widerspruch und Klage gegen Verwaltungsakte, die die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beenden, dahingehend einschränkt, dass die Wirksamkeit entsprechender Verwaltungsakte unberührt bleibt und dementsprechend gesetzliche Folgen wie die Sperrwirkung des (früher gesetzlich zwingend eintretenden) Einreise- und Aufenthaltsverbots ausgelöst werden konnten.¹⁷³³

1728 So OLG Hamm, Beschl. v. 13.12.2016 – 3 RVs 90/16, BeckRS 2016, 113195, Rn. 19; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 51; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 185; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 180, 225.

1729 BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 127; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 97; zustimmend *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 132.

1730 Vgl. *Huber/Al-Ali/Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 11 AufenthG Rn. 2.

1731 VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 112, 113; VGH Mannheim, Beschl. v. 12.5.2005 – 13 S 195/05, BeckRS 2005, 27098, Rn. 2.

1732 BVerwG NVwZ 2003, 217, 218; VGH Mannheim NVwZ 1992, 700, 701; VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 112, 113.

1733 VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 112, 113; VGH Mannheim, Beschl. v. 12.5.2005 – 13 S 195/05, BeckRS 2005, 27098, Rn. 2.

Vor diesem Hintergrund hatte die Rechtsprechung im Blick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG entschieden, dass im Rahmen der Entscheidung über die Aufenthaltstitelerteilung der bloße Umstand der Ausweisung, Abschiebung oder des Erlasses einer Abschiebungsanordnung, der ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach sich zog, nicht dazu führen konnte, dass der Anspruch auf Aufenthaltstitelerteilung ausgeschlossen wurde.¹⁷³⁴ Ebenso wenig sollte der Anspruch eines bereits abgeschobenen Ausländers auf Vollzugsfolgenbeseitigung ausgeschlossen sein, wenn sich die Rechtswidrigkeit der Abschiebung herausgestellt hat.¹⁷³⁵ Die Sperrwirkung sollte in diesen Fällen nur eingreifen, wenn das Einreise- und Aufenthaltsverbot rechtmäßig gewesen war, was wiederum von der Rechtmäßigkeit der zugrunde liegenden Maßnahme abhing. Andernfalls, so lautete das Argument, hätte es die Ausländerbehörde selbst in der Hand, den Rechtsanspruch des Betroffenen zum Erlöschen zu bringen, obschon über die zugrunde liegende Maßnahme noch nicht unanfechtbar entschieden worden war.¹⁷³⁶

Diese zur alten Rechtslage entwickelte und seinerzeit überzeugende Rechtsprechung lässt sich aber nicht ohne Weiteres auf das geltende Recht übertragen.¹⁷³⁷ Denn

1734 BVerfG NVwZ 2007, 948, 949; BVerwG NVwZ 2003, 217, 218; VGH Mannheim NVwZ 1992, 700, 701; VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 112, 113.

1735 OVG Münster NVwZ-RR 2007, 492, 493.

1736 VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 112, 113.

1737 So auch *Pschorr*, InfAuslR 2025, 446, 448, der allerdings darauf hinweist, dass die Verweisung in § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 AufenthG auf § 11 Abs. 1 AufenthG („entgegen § 11 Abs. 1 AufenthG“) nunmehr fehlerhaft sei und „ins Leere“ gehe, weil der Gesetzeswortlaut auf einen Verstoß gegen § 11 Abs. 1 AufenthG rekurriert und nicht auf eine Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung auf Grundlage von § 11 Abs. 1 AufenthG. Allerdings ist dieser Schluss nicht zwingend. Denn die *Rechtsfolgen* des Einreise- und Aufenthaltsverbots, das in der Tat durch Verwaltungsakt zu erlassen ist, sind weiterhin in § 11 Abs. 1 AufenthG geregelt. So bestimmt § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG unter anderem, dass infolge des Einreise- und Aufenthaltsverbots der Ausländer weder erneut in das Bundesgebiet und das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder der anderen Schengen-Staaten einreisen noch sich darin aufhalten darf. Der Verweis auf den gesamten § 11 Abs. 1 AufenthG (in Abgrenzung zum Verweis in § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 und 3 AufenthG auf § 11 Abs. 6 Satz 1 und Abs. 7 Satz 1 AufenthG) muss daher so verstanden werden, dass sich zwar die Verhängung des Einreise- und Aufenthaltsverbots gegenüber dem Betroffenen aus dem Verwaltungsakt ergibt, für dessen Rechtsfolgen aber § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG maßgeblich ist. Daher lässt sich aus der Formulierung „entgegen § 11 Abs. 1 AufenthG“ nicht folgern, der Gesetzgeber habe es versäumt, die Verwaltungsaktsakzessorietät im Einklang mit Art. 103 Abs. 2 GG zu normieren. Das Gegenargument von *Pschorr*, auch die Einreise- und Aufenthaltsverbote nach § 11 Abs. 6 Satz 1 und Abs. 7 Satz 1 AufenthG seien Einreise- und Aufenthaltsverbote im Sinne des Abs. 1 und dessen Satz 3 daher auch für diese relevant, sodass eine unterschiedliche Verweisungsformulierung sich nicht mit Abs. 1 Satz 3 begründen lasse, überzeugt nicht. Denn § 11 Abs. 6 AufenthG verweist gerade *nicht* auf Abs. 1 Satz 3 (anders als Abs. 7 Satz 3). Insofern lässt sich nicht behaupten, der Gesetzgeber habe mit der unterschiedlichen Verweisungsformulierung zum Ausdruck gebracht, bezüglich § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 AufenthG die Verwaltungsaktsakzessorietät nicht zu bezwecken. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass § 11 Abs. 1 AufenthG eine gebundene Entscheidung enthält und Abs. 6 und 7 jeweils Ermessen einräumen, sodass auch darin ein (fortbestehender) Grund für eine differenzierende Formulierung gesehen werden kann. Hinzu kommt aber, dass *Pschorr* die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG überspannt. So erscheint zweifelhaft, ob aus der unterschiedlichen Verweisungsformulierung bei weiterhin zutreffender Verweisung auf § 11 Abs. 1 AufenthG, aus welchem sich die weitergehende Verwaltungsaktsakzessorietät eindeutig ergibt, wirklich gefolgert werden kann, dass im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG nicht mehr hinreichend bestimmt

§ 11 AufenthG ist inzwischen derart umgestaltet worden, dass das Einreise- und Aufenthaltsverbot als eigenständige Verfügung ergeht, die dementsprechend auch eigenständig angefochten werden kann und muss.¹⁷³⁸ Zwar haben Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 84 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG auch weiterhin keine aufschiebende Wirkung. Jedoch kann im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs beantragt werden.¹⁷³⁹ Es gibt daher grundsätzlich kein Bedürfnis, die Wirkung des Einreise- und Aufenthaltsverbots von der Rechtmäßigkeit der aufenthaltsbeendenden Maßnahme abhängig zu machen: Ein effektiver Rechtsschutz ist durch eine Anfechtung des Einreise- und Aufenthaltsverbots sowie der zugrunde liegenden Verfügungen möglich. Daher können die in Teil D. dargelegten übergreifenden Grundsätze zur Verwaltungsaktsakzessorietät zur Anwendung kommen.¹⁷⁴⁰

b) Verstoß gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 11 Abs. 6 Satz 1 oder Abs. 7 Satz 1 AufenthG

§ 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG nimmt nicht nur auf § 11 Abs. 1 AufenthG Bezug, sondern auch auf § 11 Abs. 6 Satz 1 und Abs. 7 Satz 1 AufenthG. Nach § 11 Abs. 6 Satz 1 AufenthG *kann* ein Einreise- und Aufenthaltsverbot angeordnet werden, wenn ein Ausländer seiner Ausreisepflicht nicht innerhalb einer ihm gesetzten Ausreisefrist nachgekommen ist, sofern er nicht unverschuldet an der Ausreise gehindert war und die Fristüberschreitung erheblich ist. Voraussetzung ist demnach, dass ein vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer die ihm gesetzte Ausreisefrist schuldhaft und nicht nur unerheblich fruchtlos verstreichen lassen hat, er mithin nicht freiwillig ausge-reist ist.¹⁷⁴¹ § 11 Abs. 7 Satz 1 AufenthG betrifft abgelehnte Asylbewerber, deren Antrag als offensichtlich unbegründet (§ 30 AsylG) abgelehnt wurde, denen kein subsidiärer Schutz zuerkannt wurde, bei denen das Vorliegen der Voraussetzungen für ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 bis 7 AufenthG nicht festgestellt wurde und die keinen Aufenthaltstitel besitzen. Darüber hinaus unterfallen der Vorschrift Asylbewerber, deren Asylfolgeantrag wiederholt nicht zur Durchführung eines weiteren

ist, auf welche Verwaltungsrechtslage der Gesetzgeber rekurriert. Denn durch die Bezugnahme auf § 11 Abs. 1 AufenthG ist *unzweifelhaft* klargestellt, dass das dort in Satz 1 mit den Konsequenzen des Satzes 3 definierte Einreise- und Aufenthaltsverbot von § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 AufenthG in Bezug genommen ist und dass nur eine Zuwiderhandlung gegen ein solches Einreise- und Aufenthaltsverbot durch *Einreise* oder *Aufenthalt* strafbewehrt ist. Selbst wenn es sich also um ein gesetzgeberisches Versäumnis handeln sollte, § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 AufenthG an die neue Rechtslage anzupassen, folgt daraus nicht zugleich ein „Leerlaufen“ des Verweises.

1738 Vgl. *Huber/Al-Ali/Bergmann*, in: *Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz*, 4. Aufl. 2025, § 11 AufenthG Rn. 1 f.

1739 Vgl. *BeckOK-StGB/Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 127; *Maor*, in: *Kluth/Heusch* (Hrsg.), *BeckOK-Ausländerrecht*, 46. Edn. 2025, § 11 AufenthG Rn. 39a.

1740 Dazu oben D. I. 1.

1741 Vgl. dazu *Dollinger*, in: *Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 11 AufenthG Rn. 93 f.

Asylverfahrens geführt hat.¹⁷⁴² Für die Tatbestandsvoraussetzungen des § 95 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 und 3 AufenthG gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Insbesondere ist in unionsrechtskonformer Auslegung auch in diesen Fällen eine vorangegangene Ausreise erforderlich, damit der Tatbestand verwirklicht werden kann. Auch die Ausführungen zur Rechtswidrigkeit des Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 11 Abs. 1 AufenthG sind übertragbar.

c) Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 9 Abs. 2 FreizügG/EU

§ 9 Abs. 2 FreizügG/EU stellt die Einreise oder den Aufenthalt durch Personen, gegen die ein vollziehbares Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 7 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU erlassen worden ist, nachdem sie ihr Freizügigkeitsrecht gemäß § 2 Abs. 1 oder § 3a Abs. 1 FreizügG/EU nach § 6 Abs. 1 FreizügG/EU verloren haben, unter eine gegenüber § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG reduzierte Strafdrohung.¹⁷⁴³ § 6 Abs. 1 FreizügG/EU betrifft den Verlust des Rechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit. Nur auf Einreise- und Aufenthaltsverbote, die auf den Rechtsverlust aus diesem Grund zurückgehen, ist der Straftatbestand anwendbar.¹⁷⁴⁴ Tatbestandsmäßig ist die Einreise oder der erneute¹⁷⁴⁵ Aufenthalt unter Missachtung eines wirksamen und vollziehbaren Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 7 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU.¹⁷⁴⁶ Insoweit gelten die Ausführungen zu § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG entsprechend.

Hinsichtlich der Frage, ob das strafbewehrte Einreise- und Aufenthaltsverbot rechtmäßig sein muss, ist zu differenzieren. Im Ausgangspunkt gilt auch hier der Grundsatz der strengen Verwaltungsakzessorietät, sodass die Rechtswidrigkeit der Verfügung die Strafbarkeit nicht entfallen ließe. Da Widerspruch und Anfechtungsklage im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsgesetzes/EU zudem aufschiebende Wirkung haben, weil es an einer mit § 84 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG vergleichbaren Regelung

1742 Vgl. Huber/*Al-Ali/Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 11 AufenthG Rn. 43 f.

1743 Da § 7 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU seit dem 27. Februar 2024 nicht mehr nur auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen rekurriert, sondern auf „Personen“, erfasst der Tatbestand auch EWR-Staatsangehörige und sogenannte Alt-Briten im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 3 FreizügG/EU sowie ihre Familienangehörigen und ihnen nahestehende Personen.

1744 Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 12; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 7; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 9 FreizügG/EU Rn. 19; *Tewocht*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK/Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 6.

1745 Vgl. *Brinkmann/Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 6; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 13; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 9.

1746 Zur Straflosigkeit von Einreisen und Aufenthalt von Personen, die nach §§ 45, 46 AuslG ausgewiesen worden waren, mangels Verweisung siehe OLG Hamburg, Beschl. v. 21.11.2005 – 1 Ws 212/05, BeckRS 2005, 30365427; OLG Nürnberg, Beschl. v. 17.6.2008 – 1 St Ss 122/08, BeckRS 2011, 18269; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 8; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 9 FreizügG/EU Rn. 20; *Tewocht*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK/Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 8.

fehlt, ist auch keine Unverhältnismäßigkeit der Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte anzunehmen.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz betrifft aber unionsrechtswidrige Einreise- und Aufenthaltsverbote.¹⁷⁴⁷ Das Unionsrecht genießt Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht. Nach Art. 21 Abs. 1 AEUV gewährleistet dieses das Freizügigkeitsrecht für jeden Unionsbürger; die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat dieses Recht auch auf Familienangehörige von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern erstreckt.¹⁷⁴⁸ Art. 45 AEUV spezifiziert dieses Recht für Arbeitnehmer und sieht eine Einschränkung des Freizügigkeitsrechts nur „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit“ vor. Art. 49 Abs. 1 AEUV schützt die Niederlassungsfreiheit von EU-Staatsangehörigen und gestattet die Anwendung von „Sonderregelungen“ für Ausländer gleichfalls nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Art. 52 Abs. 1 AEUV). Mit diesen Regelungen des primären Unionsrechts sind Vorschriften des nationalen Rechts unvereinbar, die es zulassen, einen unionsrechtlich Freizügigkeitsberechtigten aufgrund des Verstoßes gegen ein *unionsrechtswidriges* Einreise- und Aufenthaltsverbot zu bestrafen. Die Gegenposition argumentiert dagegen mit der strengen Verwaltungsakzessorietät, für deren Durchbrechung es im Blick auf die Möglichkeit, ein rechtswidriges Einreise- und Aufenthaltsverbot mit Widerspruch und Anfechtungsklage anzugreifen, keinen rechtlich zwingenden Grund gebe.¹⁷⁴⁹ Diese Position läuft aber darauf hinaus, dass dem Freizügigkeitsberechtigten aufgebürdet wird, das unionsrechtswidrige Verhalten des Staates rechtzeitig zu erkennen und anzugreifen oder aufgrund eines andernfalls bestandskräftig werdenden Einreise- und Aufenthaltsverbots eine Einschränkung seiner Freizügigkeitsrechte hinzunehmen, bis über einen Antrag auf Rücknahme (§ 48 VwVfG) oder einen Antrag auf Aufhebung oder auf Verkürzung der Frist des Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 7 Abs. 2 Satz 8 FreizügG/EU entschieden ist – unter Androhung einer Kriminalstrafe bei Nichtbeachtung. Letztlich führte dieser rechtliche Ansatz dazu, dass der Freizügigkeitsberechtigte *zusätzliche* Anforderungen erfüllen müsste, um sein unionsrechtlich gewährleitetes Recht in Anspruch nehmen zu können – nämlich die Anfechtung eines unionsrechtswidrigen Einreise- und Aufenthaltsverbots; damit stünde ein Freizügigkeitsberechtigter letztlich schlechter als ein Deutscher, gegen den ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nicht erlassen

1747 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 6.12.2006 – 3 Ws 346/05, BeckRS 2006, 19861, noch auf Grundlage des § 92 Abs. 2 Nr. 1 AuslG, aber hinsichtlich der Grundaussage übertragbar; vgl. ferner *Tewocht*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 7; in diese Richtung auch NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 9 FreizügG/EU Rn. 22. Offenbar für eine strenge Verwaltungsakzessorietät BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 14.

1748 EuGH NVwZ-RR 2014, 401, 403 f.; 2018, 748 (Tenor); BVerwG NVwZ 2021, 164, 166.

1749 MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 14 ff.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt | § 9 FreizügG/EU Rn. 36.

werden kann.¹⁷⁵⁰ Hinzu kommt, dass die Gegenposition darauf hinausläuft, unionsrechtswidrigen bestandskräftigen Verwaltungsakten eine stärkere Position gegenüber dem Unionsrecht einzuräumen als gesetzlichen Regelungen. Bei Letzteren gilt der Anwendungsvorrang absolut und ist ein solcher durch die Fachgerichte stets von Amts wegen zu beachten. Verwaltungsakte dürfen nicht für den Einzelfall das Freizügigkeitsrecht einschränken, ohne dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts unterworfen zu sein. Deutlich bringt das der Europäische Gerichtshof zum Ausdruck, wenn er ausführt: „Es wäre nämlich durch nichts zu rechtfertigen, wenn dem einzelnen der Rechtsschutz, der sich für ihn aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt und den die innerstaatlichen Gerichte zu gewährleisten haben [...], in einem Fall verweigert würde, in dem es um die Gültigkeit eines Verwaltungsakts geht.“¹⁷⁵¹ Die durch die Gegenposition bewirkte Risikoverteilung zulasten des Freizügigkeitsberechtigten ist mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts und dem unionsrechtlichen *effet utile*-Grundsatz daher nicht in Einklang zu bringen.¹⁷⁵²

Die Konsequenz der hier vertretenen Position ist, dass materiell-rechtliche Mängel eines Einreise- und Aufenthaltsverbots regelmäßig zur Straflosigkeit seiner Missachtung führen werden, da derartige Mängel in der Regel zur Unionsrechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führen; formelle Fehler dürften dagegen im Strafverfahren unbeachtlich sein.

3. Anforderungen an den subjektiven Tatbestand und Irrtumskonstellationen

Sämtliche Einreise- und Aufenthaltsdelikte können – wie sich aus der in Art. 1 Abs. 1 EGStGB angeordneten Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches ergibt (§ 15 StGB) – nur vorsätzlich verwirklicht werden.¹⁷⁵³ Die fahrlässige Begehung ist gemäß § 98 Abs. 1 AufenthG eine Ordnungswidrigkeit, die mit Bußgeld bedroht ist. Der Vorsatz muss dabei in tatsächlicher Hinsicht die Umstände umfassen, welche bewirken, dass die Einreise oder der Aufenthalt unerlaubt sind. Der

1750 Anders MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 18; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 9 FreizügG/EU Rn. 36, deren Vergleich mit § 24 Abs. 1 PassG aber schon mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte nicht überzeugt.

1751 EuGH NJW 1999, 2355, 2356.

1752 Vgl. im Ergebnis übereinstimmend EuGH NJW 1999, 2355, 2356. Sofern teilweise gegen die Übertragbarkeit des Urteils die mangelnde Vergleichbarkeit angeführt wird (MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 14), weil in diesem Fall die strafbewehrte Verbotsverfügung erlassen wurde als Österreich noch nicht Mitgliedstaat der Europäischen Union war und durch den Beitritt das Unionsrecht nachträglich auf den Sachverhalt anwendbar geworden sei, greift dieser Einwand nicht durch. Wenn schon ursprünglich rechtmäßige Verwaltungsakte, die nicht im Blick auf das Unionsrecht anfechtbar waren, nicht zum Anknüpfungspunkt einer strafrechtlichen Verurteilung gemacht werden dürfen, muss dies erst recht für von Anfang an *rechtswidrige* Verwaltungsakte gelten. Denn die Verantwortung für den Erlass rechtmäßiger Verwaltungsakte liegt bei der erlassenden Behörde; war das Unionsrecht sogar schon zum Zeitpunkt des Erlasses geltendes Recht, kann sich die Behörde nicht mit dem Verweis auf die Möglichkeit der Anfechtung durch den Adressaten exkulpieren.

1753 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 3.

Betroffene muss also insbesondere mindestens billigend in Kauf nehmen, dass er im Falle der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet einreist und dabei keinen Pass und/oder keinen Aufenthaltstitel besitzt, obwohl er der Pass- und Aufenthaltstitelpflicht unterliegt, oder gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot verstößt.¹⁷⁵⁴ Im Falle des unerlaubten Aufenthalts muss der Vorsatz das Fehlen eines Passes und/oder eines Aufenthaltstitels trotz bestehender Pflicht umfassen und im Falle des aufenthaltstitellosen Aufenthalts zudem den Umstand einer bestehenden vollziehbaren Ausreisepflicht, die Nichtgewährung oder den Ablauf einer Ausreisefrist sowie das Nichtbestehen einer Duldung beziehungsweise eines Duldungsanspruchs. Dies folgt daraus, dass § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB für eine Strafbarkeit wegen einer Vorsatztat voraussetzt, dass der Täter die zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände kennt. Zu den Umständen des gesetzlichen Tatbestandes gehören bei den migrationsstrafrechtlichen Tatbeständen jedoch nicht nur die in den Strafvorschriften beschriebenen Umstände, sondern aufgrund des Blankettcharakters der meisten Tatbestände auch diejenigen der in Bezug genommenen verwaltungsrechtlichen Vorschriften.¹⁷⁵⁵

Dabei können sich hinsichtlich der Einreise- und Aufenthaltsdelikte mitunter schwierige Irrtumsfragen ergeben, die insbesondere die Abgrenzung von Tatbestands- (§ 16 Abs. 1 StGB) und Verbotsirrtum (§ 17 StGB) betreffen.¹⁷⁵⁶ Vorstellbar ist insbesondere, dass der Betroffene die blankettausfüllende verwaltungsrechtliche Norm (zum Beispiel bei § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG: „entgegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 in das Bundesgebiet einreist“) nicht kennt, also schon um die Erlaubnis- oder Genehmigungspflichtigkeit seines Verhaltens nicht weiß, oder aber über ihren Regelungsgehalt irrt. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob ein entsprechender Irrtum als Tatbestands- oder Verbotsirrtum zu qualifizieren ist.

Nach den allgemeinen Grundsätzen gilt dabei zunächst, dass ein Irrtum über die Tatbestände der blankettausfüllenden Norm einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum begründet, weil die blankettausfüllende Norm Teil des gesetzlichen

1754 Dazu gehört auch die Kenntnis von der eigenen „Ausländereigenschaft“, vgl. zu einem bemerkenswerten Sachverhalt OLG Hamburg, Urt. v. 19.5.2005 – 1 Ss 195/04, BeckRS 2009, 8983.

1755 Vgl. Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25 ff.; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 82; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 137; allgemein NK-StGB/Puppe, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 18, 60, 65; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 111a f. Anders dagegen Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 176, nach welcher der Vorsatz lediglich die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausfüllungsnorm umfassen muss; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 97; ebenso offenbar BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 36 ff.

1756 Eingehend m.w.N. zur Irrtumsproblematik bei Blanketttatbeständen Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 110 ff.; siehe ferner Müller-Magdeburg, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999.

Tatbestandes ist.¹⁷⁵⁷ Wer sich vorstellt, dass er einen gültigen Aufenthaltstitel hat, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall ist, handelt im Sinne des § 16 Abs. 1 StGB unvorsätzlich bezüglich des Fehlens eines erforderlichen Aufenthaltstitels. Zugleich bewirkt der Blankettcharakter der Einreise- und Aufenthaltsdelikte, dass sie über die Inkorporation der migrationsverwaltungsrechtlichen Regelungen in den strafrechtlichen Tatbestand normative Tatbestandsmerkmale¹⁷⁵⁸ in großer Zahl enthalten. So ist beispielsweise aufgrund des Verweises in § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG auf § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 AufenthG die „Erforderlichkeit“ des Aufenthaltstitels Teil des gesetzlichen Tatbestandes. Die Beurteilung der Erforderlichkeit setzt, wie gesehen, komplexe migrationsverwaltungsrechtliche Wertungen voraus. Für die Frage, ob ein tatbestandsausschließender Irrtum über ein entsprechendes Tatbestandsmerkmal gegeben ist, kommt es in diesen Fällen daher nach der herrschenden Meinung auf eine Parallelwertung in der Laiensphäre an.¹⁷⁵⁹ Der Betroffene muss zwar keine korrekte rechtliche Subsumtion vornehmen, aber den wesentlichen Inhalt des gesetzlichen Verbots und der darin enthaltenen (migrationsverwaltungsrechtlichen) Begriffe erfassen.¹⁷⁶⁰ Eine Fehlvorstellung über die „Erforderlichkeit“ eines Aufenthaltstitels oder die „Befreiung“ von der Passpflicht stellt sich vor diesem Hintergrund als Tatbestandsirrtum dar.¹⁷⁶¹

Deutlich intrikater stellt sich die Beurteilung von Irrtümern dar, die aus der Unkenntnis der blankettausfüllenden Norm resultieren. Insoweit stellt sich die Frage, ob zum Tatbestand im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB nur die aus Blanketttatbestand und blankettausfüllender Norm zu ermittelnden Tatumstände gehören¹⁷⁶²

1757 BGH NStZ 2020, 682; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 188 ff.; NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 60 m.w.N.; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 110.

1758 Durch die Bezugnahme des Blanketttatbestandes auf die blankettausfüllende Norm werden die einzelnen Elemente dieser Norm Teil des strafrechtlichen Tatbestandes. Damit werden auch wertungsbedürftige, weil ihrerseits normverweisende, Merkmale des Migrationsverwaltungsrechts strafgesetzliche „normative“ Tatbestandsmerkmale des § 95 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG; vgl. dazu OLG München, mitgeteilt durch LG Landshut, Urt. v. 11.4.2011 – 35 Js 28732/08, BeckRS 2011, 147722, Rn. 37. Vgl. zur Einordnung als „normativ“ bei rechtsverweisenden Merkmalen *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 120 ff., 165 f.

1759 Vgl. jeweils m.w.N. BGH NJW 2018, 1486, 1489; NStZ 2020, 682, 683; OLG Celle, Urt. v. 7.4.2003 – 21 Ss 17/03, BeckRS 2003, 30314955, Rn. 21; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 101; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, 387; zur „Omnipräsenz“ der Parallelwertung *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 202 ff., jedoch mit Kritik an eben dieser Figur.

1760 Zum Migrationsstrafrecht BGH, Beschl. v. 25.10.2017 – 1 StR 426/17, BeckRS 2017, 139399, Rn. 21; vgl. allgemein BGH NJW 2018, 1486, 1489 m.w.N.; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 101, 111a.

1761 BGH, Beschl. v. 25.10.2017 – 1 StR 426/17, BeckRS 2017, 139399, Rn. 21; OLG Celle, Urt. v. 7.4.2003 – 21 Ss 17/03, BeckRS 2003, 30314955, Rn. 21; vgl. *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25. Anders BayObLG, Beschl. v. 21.5.2002 – 4St RR 44/02, BeckRS 2002, 100030.

1762 So z.B. früh *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, 37.

oder ob *auch* die Existenz der blankettausfüllenden Ge- oder Verbotsnorm vom Vorsatz umfasst sein muss, ob also auch der Verstoß gegen die „durch die Ausfüllungsnorm statuierte Rechtspflicht“¹⁷⁶³ Gegenstand des Tatvorsatzes ist. Nur wenn letzteres zu bejahen ist, sind Irrtümer über Existenz, Gültigkeit und Inhalt der blankettausfüllenden Norm als Tatbestandsirrtum zu qualifizieren, andernfalls liegt allenfalls ein Verbotsirrtum vor.¹⁷⁶⁴

In der Rechtsprechung und in Teilen der Literatur wird bei Irrtümern über die *Erlaubnispflicht* regelmäßig danach differenziert, ob ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (Tatbestandsirrtum), das zur Kontrolle eines grundsätzlich sozialadäquaten Verhaltens dient, oder ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt (Verbotsirrtum), welches ein grundsätzlich wertwidriges Verhalten nur ausnahmsweise erlaubt, anzunehmen ist.¹⁷⁶⁵ Diese Differenzierung wird damit begründet, dass im ersten Fall der Unrechtsgehalt des Tatbestandes gerade in der Missachtung des Erlaubnisvorbehalts liege und die fehlende Erlaubnis als normatives Tatbestandsmerkmal daher Teil des Unrechtstatbestands sei, während im zweiten Fall eine erteilte Befreiung im Einzelfall Rechtfertigungswirkung entfalte, das genehmigungspflichtige Verhalten aber schon für sich genommen den Unrechtstatbestand erfülle.¹⁷⁶⁶ Bei repressiven Verböten mit Befreiungsvorbehalt sei das Merkmal „ohne Genehmigung“ folglich lediglich als Hinweis auf diese rechtfertigende Wirkung zu verstehen, ähnlich dem Merkmal „rechtswidrig“ als Hinweis auf das allgemeine Verbrechensmerkmal.¹⁷⁶⁷

Wird diese Auffassung zugrunde gelegt, müsste innerhalb der Einreise- und Aufenthaltsdelikte differenziert werden. Während die schlicht unerlaubte Einreise und der schlicht unerlaubte Aufenthalt unter die Kategorie des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt fallen, wie schon die in § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG vorgesehenen umfangreichen Ausnahmen von der Erlaubnispflicht nahe legen und wie sich auch aus dem Umstand ergibt, dass der Einreise und dem Aufenthalt von Ausländern keine spezifische Gefahr innewohnt,¹⁷⁶⁸ ist im Blick auf Einreise- und Aufenthalts-

1763 Kuhl, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 191.

1764 Vgl. Dietmeier, Blankettstrafrecht, 2002, 149 ff.; Kuhl, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 191 ff.; Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 42.

1765 BGH NStZ 1993, 594, 595; NStZ-RR 2003, 55, 56; NJW 2018, 3467, 3468; BayObLG NJW 1997, 1319, 1320; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2006, 353; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25b f. m.w.N.; dazu NK-StGB/Puppe, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 16; kritisch TK-StGB/Schuster, 31. Aufl. 2025, § 17 Rn. 12a.

1766 BGH NStZ 1993, 594, 595; NJW 2018, 3467, 3468, wobei sich der Senat von dieser Rechtsprechung zu distanzieren scheint; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2006, 353; zusf. zur h.M. NK-StGB/Puppe, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 16.

1767 Vgl. zusf. NK-StGB/Puppe, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 16.

1768 OLG Bamberg, Urt. v. 20.9.2005 – 2 Ss 35/05, BeckRS 2006, 3343; LG Landshut, Urt. v. 11.4.2011 – 35 Js 28732/08, BeckRS 2011, 147722, Rn. 37 f.; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 108; dazu oben B. II. 2. a).

verbote (§ 11 AufenthG) von einem repressiven Verbot mit Genehmigungsvorbehalt auszugehen, was schon durch die gesetzlich nur ausnahmsweise vorgesehene kurzfristige Betretungserlaubnis nach § 11 Abs. 8 AufenthG verdeutlicht wird. Die Differenzierung nach dem Verbotscharakter führte daher bei einem Irrtum über die Erlaubnispflicht bei der schlicht unerlaubten Einreise und dem schlicht unerlaubten Aufenthalt zu einem Tatbestandsirrtum, während der Irrtum über das Bestehen eines Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG als Verbotsirrtum zu qualifizieren wäre.¹⁷⁶⁹ Dieser Position entspricht es, dass der Bundesgerichtshof den „Irrtum über den rechtlichen Bedeutungsgehalt des Merkmals ‚erforderlicher Aufenthaltstitel‘“ als Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB qualifiziert hat.¹⁷⁷⁰ Hinsichtlich der Einreise- und Aufenthaltsverbote ist allerdings zu berücksichtigen, dass Rechtsprechung und Literatur in Fällen, in denen der Blanketttatbestand auf eine blankettausfüllende Einzelanordnung verweist, davon ausgehen, dass der Täter um Erlass, Inhalt und Wirksamkeit dieser Einzelanordnung wissen muss.¹⁷⁷¹ Da § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nach neuer Rechtslage seinerseits den Erlass eines Einreise- und Aufenthaltsverbots durch Verwaltungsakt voraussetzt,¹⁷⁷² ließe sich schon auf dieser Grundlage annehmen, dass die Unkenntnis des Einreise- und Aufenthaltsverbots den Tatbestandsvorsatz ausschließt.

Unabhängig davon überzeugt die Differenzierung nach dem Verbotscharakter der blankettausfüllenden verwaltungsrechtlichen Norm nicht. Ausgangspunkt für eine Lösung der Abgrenzungsfrage kann insoweit nur das Gesetz, insbesondere § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB, sein. Danach kommt es für die Zuordnung eines Irrtums zu § 16 Abs. 1 oder § 17 StGB entscheidend darauf an, ob sich der Täter über einen Umstand irrt, der zum *gesetzlichen Tatbestand* gehört (Tatbestandsirrtum), oder ob ihm bei der Begehung der Tat – in Kenntnis aller zum gesetzlichen Tatbestand gehörender Umstände – die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun (Verbotsirrtum).¹⁷⁷³ Bei ver-

1769 So offenbar auch das AG Frankfurt a.M., zitiert nach *Strieder*, InfAuslR 2010, 312, 313 Fn. 6; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25c.

1770 BGH, Beschl. v. 25.10.2017 – 1 StR 426/17, BeckRS 2017, 139399, Rn. 21; BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 62; vgl. *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25c. Demgegenüber wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur teilweise ein bloßer Verbotsirrtum angenommen, vgl. ohne Begründung BayObLG NJW 2002, 1282, 1283; OLG Köln NSZ-RR 2003, 184; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 47.

1771 Vgl. m.w.N. BGH NSTz 2020, 682; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 195; NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 63; TK-StGB/*Schuster*, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 102; spezifisch zum Migrationsstrafrecht *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 25a; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 130, zu § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG; in diesen Fällen übereinstimmend *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 177; vgl. ferner *Schiedermaier/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 198.

1772 Vgl. oben E. II. 2. a) bb).

1773 Für eine Orientierung am Wortlaut des Blankettgesetzes auch NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 65; siehe ferner *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum

waltungsakzessorischen Blankettstrafgesetzen gehört zum gesetzlichen Tatbestand nicht nur der im Blankett enthaltene Teil, sondern schon nach dem *Wortlaut* des Blanketttatbestandes auch die in Bezug genommene blankettausfüllende Vorschrift *als solche* mit ihrem vollständigen Regelungsgehalt.¹⁷⁷⁴ Ohne die blankettausfüllende Vorschrift wäre der Unrechtstatbestand unvollständig und es fehlte an einer vollständigen tatbestandlichen Unrechtsbeschreibung.¹⁷⁷⁵ Erst diese – nicht die in ihr enthaltenen einzelnen Merkmale – bringt aber die soziale und rechtliche Missbilligung des Verhaltens zum Ausdruck, auf welche der Vorsatz bezogen ist.¹⁷⁷⁶ Die Kenntnis der Tatumstände allein genügt nicht, um die *normative* Wertung als ge- oder verbotenes Verhalten, die durch den Verweis auf die blankettausfüllende Norm erst bewirkt wird, nachvollziehen zu können.¹⁷⁷⁷ Fehlt dem Täter die Kenntnis eben dieses Ge- oder Verbots, handelt er daher *unvorsätzlich* bezogen auf den Gesamtunrechtstatbestand.¹⁷⁷⁸ Daran ändert es nichts, dass der Irrtum über Existenz, Gültigkeit oder Inhalt der blankettausfüllenden Norm einen Irrtum über ein Verbot darstellt; denn das Verbot ist durch den Gesetzgeber selbst als Tatbestandsmerkmal definiert worden.¹⁷⁷⁹ Dann aber gehört es im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zum gesetzlichen Tatbestand. Dieser besteht aus dem Blanketttatbestand einschließlich des Blankettmerkmals selbst und der vollständigen, das Ge- oder Verbot enthaltenden, blankettausfüllenden Norm.¹⁷⁸⁰ Die wohl herrschende Gegenposition inkorporiert

bei Blankettnormen, 1999, 75 ff., die darauf hinweist, dass der Gesetzgeber mit der Festlegung des Tatbestandes auch über den Vorsatzumfang entscheidet.

- 1774 Vgl. *Bülte*, NStZ 2013, 65, 69 f.; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, 338; NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 65; *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 41. Zwar bezüglich der Irrtumsproblematik offengelassen, aber in diese Richtung *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 9, 153 ff., 286 ff.
- 1775 Zu dieser Funktion des Tatbestandes *Bülte*, NStZ 2013, 65, 70 f.; *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 41, 189, 191.
- 1776 Vgl. *Dietmeier*, Blankettstrafrecht, 2002, 179 ff.; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, 337 ff.; *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 189; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 111a.
- 1777 Dies gilt insbesondere für den Bereich des Nebenstrafrechts, der von der Blankettechnik primär betroffen ist, vgl. *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 196; *Kuhli*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 119, 133; für einen Gleichlauf in der Behandlung von Strafbankett und „unechten“ normativen Merkmalen für Irrtumsfragen *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, 388.
- 1778 Vgl. *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 191 f.; *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 19, 42 f.; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, 388 f. Grundsätzlich ablehnend *Heinrich*, FS Roxin II, Band 2, 2011, 449 ff.
- 1779 Vgl. *Bülte*, NStZ 2013, 65, 69 ff.; *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 87 ff., 120; NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 65. Einschränkung *Kuhli*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 119, 144; ähnlich *Tiedemann*, FS Geerds, 1995, 95, 106.
- 1780 Vgl. überzeugend *Kuhli*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 119, 133: „Das Zusammenlesen von Blankett- und Ausfüllungsnorm dürfte in diesen Fällen also nicht zu einer Eliminierung des Blankettmerkmals führen, sondern nur zu einer Kumulierung sämtlicher Merkmale von Blankett- und Ausfüllungsnorm, sodass die durch das Blankettmerkmal angeordnete Verweisung als Tatbestandsmerkmal der Blankettnorm erhalten bleibt.“

dagegen die Merkmale der blankettausfüllenden Norm in den Blanketttatbestand (sogenanntes „Zusammenlesen“¹⁷⁸¹) und eliminiert dadurch das Blankettmerkmal als eigenständiges Tatbestandsmerkmal, weil dessen Existenz keine Bedeutung mehr beigemessen wird.¹⁷⁸² So gelangt sie – dann konsequent – bei Unkenntnis der blankettausfüllenden Norm regelmäßig zur Anwendung von § 17 StGB (bloßer Irrtum über ein Ge- beziehungsweise Verbot).¹⁷⁸³ Diese Lesart konfliktiert aufgrund der damit verbundenen Verkürzung des gesetzlichen Tatbestandes aber mit Art. 103 Abs. 2 GG und verlagert das Irrtumsrisiko zulasten des Täters.¹⁷⁸⁴

Erhebliche „Strafbarkeitslücken“ ergeben sich durch die Zubilligung eines Tatbestandsirrtums nicht. In der Praxis kann aus den äußeren Tatumständen regelmäßig darauf geschlossen werden, ob der Betroffene tatsächlich davon ausgegangen ist, dass er aufenthaltstitepflichtig war, oder dass ein bestehender Aufenthaltstitel seine Einreise und seinen Aufenthalt legalisiert hat.¹⁷⁸⁵ Insoweit ist ausreichend, dass der Betroffene um die grundsätzliche Erlaubnispflichtigkeit gewusst hat, unabhängig davon, ob er die spezifischen Normen des Migrationsverwaltungsrechts gekannt hat. Erforderlich ist insoweit Ge- beziehungsweise Verbotskenntnis im Sinne des Erkennens der „Grundentscheidung des Gesetzgebers“¹⁷⁸⁶. Hinzu kommt, dass § 16 Abs. 1 Satz 2 StGB die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung unberührt lässt, sodass in diesen Fällen die Sanktionierung als Ordnungswidrigkeit nach § 98 AufenthG in Betracht kommt. Diese Grundsätze lassen sich auch auf die übrigen verwaltungsakzessorischen Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts übertragen.¹⁷⁸⁷

1781 Dazu schon *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, 36, 38; im Ansatz bereits *Warda*, JR 1950, 546, 551; *Welzel*, MDR 1952, 584, 586.

1782 Vgl. kritisch zu dieser Konsequenz des „Zusammenlesens“ *Dietmeier*, Blankettstrafrecht, 2002, 195 ff.; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, 337 f.; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 192 ff.; *Kuhli*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 119, 130; ferner *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 9, 154 f., 282 ff. m.w.N. auch zur „Inkorporationstheorie“; *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 119, 124 ff.; *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, 19, 42 ff.; *Tiedemann*, JuS 1989, 689, 695; *Tiedemann*, FS Geerds, 1995, 95, 100 f.

1783 *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, 36 ff.; dazu *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 154, 284; *Kuhli*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 119, 131.

1784 Vgl. *Bülte*, NStZ 2013, 65, 70 f.; *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, 155; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, 338; NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 67; *Tiedemann*, FS Geerds, 1995, 95, 100 f., 105 f.

1785 Siehe dazu die vom Bundesgerichtshof entschiedenen Konstellationen BGH, Beschl. v. 25.10.2017 – 1 StR 426/17, BeckRS 2017, 139399, Rn. 21; BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 62.

1786 *Bülte*, NStZ 2013, 65, 71. Für „Bedeutungskennntnis“ *Müller-Magdeburg*, Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen, 1999, 189 ff.; ebenso *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, 339; für Kennntnis von der Rechtsnormwidrigkeit *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, 196 f., 198.

1787 Für die grundsätzliche Annahme eines Verbotsirrtums dagegen *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 175 ff.

4. Rechtfertigung von Einreise- und Aufenthaltsdelikten

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt insbesondere für Flüchtlinge eine Rechtfertigung der unerlaubten Einreise und des initial unerlaubten Aufenthalts nach Art. 31 Abs. 1 GFK in Betracht.¹⁷⁸⁸ Für Asylsuchende, die unmittelbar aus dem Verfolgerstaat einreisen, ist – wenn es nicht schon an der Tatbestandsmäßigkeit fehlt – aber auch eine Rechtfertigung aus Art. 16a Abs. 1 GG anzunehmen.¹⁷⁸⁹ Unter dieser Prämisse ist in den entsprechenden Fällen kein Raum für einen Rückgriff auf § 34 StGB, weil Art. 31 Abs. 1 GFK insoweit als spezielleres Gesetz mit entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen vorrangig anzuwenden ist.

Auf dem Boden der herrschenden Meinung, welche Art. 31 Abs. 1 GFK nicht als Rechtfertigungsgrund qualifiziert, könnte eine Rechtfertigung von Einreise- und Aufenthaltsdelikten dagegen nur nach § 34 StGB in Betracht kommen. Allerdings deckt sich der Anwendungsbereich dieses Rechtfertigungsgrundes im Wesentlichen mit Art. 16a Abs. 1 GG, der als höherrangige speziellere Regelung gleichfalls Vorrang beansprucht.¹⁷⁹⁰ Erfolgt die Einreise nämlich aus einem sicheren Drittstaat, liegt regelmäßig keine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut mehr vor, die eine Notstandslage begründen könnte. Während die Gegenwartigkeit noch bis zum Abschluss einer Flucht fortbestehen mag, ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Gefahr durch das Nachsuchen um Schutz im ersten sicheren Drittstaat „anders abwendbar“ gewesen ist.¹⁷⁹¹ Eine andere Bewertung ist freilich in zwei Konstellationen angebracht: Wenn der sichere Drittstaat selbst aufgrund systemischer Mängel im Asylverfahrenssystem, einschließlich menschenunwürdiger Unterbringungs- und Versorgungsbedingungen, keine Gewähr dafür bietet, dass der Flüchtling nicht wiederum durch den Verbleib in seinen Rechtsgütern verletzt wird, kann nicht davon ausgegangen werden, die Gefahr sei durch Schutzsuche im Drittstaat abwendbar gewesen. Da das Asylgrundrecht aufgrund von Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG bei Einreisen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die selbst bei Feststehen systemischer Defizite unmittelbar qua verfassungsrechtlicher Festlegung als sichere Drittstaaten gelten, keine Anwendung findet,¹⁷⁹² bleibt in diesen Fällen Raum für einen Rückgriff auf § 34 StGB. Aber auch wenn die konkrete Gefahr einer Verletzung des *Refoulement*-Verbots im angeblich sicheren Drittstaat besteht, sodass

1788 Dazu oben C. IV. 2.

1789 Dazu oben C. II. 1.

1790 Vgl. auch Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 167.

1791 Anders scheint dies Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 252 f., im Kontext der Rechtfertigung von Fluchthelfern zu bewerten.

1792 BGH NJW 2015, 2274, 2275.

der Flüchtling mit seiner Rückführung in den Verfolgerstaat oder einen unsicheren Drittstaat rechnen muss, bleibt § 34 StGB grundsätzlich anwendbar.¹⁷⁹³

Für die Situation des nicht unmittelbar an die unerlaubte Einreise anschließenden, sondern beispielsweise nach Ablehnung des Asylantrags erfolgenden unerlaubten Aufenthalts ist zu berücksichtigen, dass insoweit die Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 2 und 3 AufenthG greifen und das Bestehen eines Duldungsanspruchs bereits zum Entfallen des Tatbestandes führt.¹⁷⁹⁴ Insoweit kommt es auf eine Rechtfertigung nicht an, weil das Strafgericht selbst zu prüfen hat, ob zum Tatzeitpunkt ein Duldungsanspruch vorlag. Wird ein Duldungsanspruch verneint und darüber hinaus die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bejaht, bleibt für einen Rückgriff auf § 34 StGB regelmäßig kein Raum.¹⁷⁹⁵

Einen aus Art. 6 GG abgeleiteten Strafausschließungsgrund für die unerlaubte Einreise hat das Landgericht Hamburg angenommen.¹⁷⁹⁶ Dies erscheint jedoch zweifelhaft, weil dem Betroffenen grundsätzlich zugemutet werden kann, das aufenthaltsrechtliche Genehmigungsverfahren zu durchlaufen, in dessen Rahmen Art. 6 GG in besonderer Weise Rechnung zu tragen wäre.¹⁷⁹⁷

5. Teilnahme an Einreise- und Aufenthaltsdelikten

Die Strafbarkeit der Teilnahme an Einreise- und Aufenthaltsdelikten richtet sich zunächst nach den allgemeinen Teilnahmeregeln.¹⁷⁹⁸ Der Sonderdeliktscharakter zahlreicher Strafvorschriften begrenzt zwar den Täterkreis; Anstiftung und Beihilfe

1793 Für einen Rückgriff auf § 34 StGB i.V.m. Art. 31 Abs. 1 GFK siehe *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386, 389 f.

1794 Dazu oben D. I. 3.; E. II. 1. b) bb) (3).

1795 In diese Richtung *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 138; *Slognsat*, Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat, 2025, 419 f. Vgl. weitergehend *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 137, die auf eine bestands- beziehungsweise rechtskräftige Entscheidung nach dem Aufenthaltsgesetz abstellt.

1796 LG Hamburg, Urt. v. 29.7.2009 – 704 Ns 66/09, BeckRS 2010, 10830.

1797 Dazu oben C. II. 2.

1798 Insbesondere eine Sperrwirkung des § 96 AufenthG wird von der ganz herrschenden Meinung zurecht abgelehnt, vgl. BGH NStZ 1999, 409; *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 152 (zum AuslG 1990); GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 1; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 86 ff.; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 229; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 279; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 17; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 290 f. Die Annahme einer privilegierenden Spezialität des § 96 AufenthG lässt sich nicht begründen. Im Gegenteil wollte der Gesetzgeber mit dem Schleusertatbestand für bestimmte Fälle eine Strafverschärfung herbeiführen, nicht zu einer Entkriminalisierung der einfachen Beihilfe beitragen. Eine Sperrwirkung setzte aber gerade voraus, dass das spezielle Tatbestandsmerkmal eine Privilegierung bewirken soll. Die Position von *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 106 f., die aus dem Unions- und Völkerrecht eine Sperrwirkung ableiten will, um humanitäre Fluchthilfe straffrei zu stellen, ist zwar im Ergebnis (Straffreiheit humanitärer Fluchthelfer) überzeugend, jedoch im Lichte des Gesetzeswortlauts, der Entstehungsgeschichte, die noch vor der unions- und völkerrechtlichen Überformung ansetzt, und des gesetzgeberischen Willens strafrechtsdogmatisch nicht schlüssig verortet.

bleiben jedoch möglich.¹⁷⁹⁹ Liegt ein sogenanntes „Schleusermerkmal“ vor, wird die einfache Teilnahme jedoch durch §§ 96, 97 AufenthG verdrängt.¹⁸⁰⁰

Eine Teilnahme ist grundsätzlich sowohl als Anstiftung (§ 26 StGB) als auch als Beihilfe (§ 27 StGB) möglich, wobei in der Praxis – und auch im Folgenden – die Beihilfe im Mittelpunkt des Interesses steht. Erforderlich ist dabei stets das Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Tat des unerlaubt einreisenden oder sich unerlaubt aufhaltenden Ausländers, zu der „Hilfe geleistet“ wird, weshalb die Unterstützung von Flüchtlingen nach der hier vertretenen Auffassung zur Qualifikation des Art. 31 Abs. 1 GFK als Rechtfertigungsgrund von vornherein nicht als strafbare Beihilfe einzuordnen ist.¹⁸⁰¹ Die Hilfeleistung kann dabei auch im Vorfeld der Tatbestandsverwirklichung erfolgen und sich in der Unterstützung von Vorbereitungshandlungen erschöpfen.¹⁸⁰²

In subjektiver Hinsicht muss der Gehilfe einen sogenannten doppelten Gehilfenvorsatz aufweisen, also sowohl hinsichtlich der vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat in ihrem wesentlichen Unrechtsgehalt als auch hinsichtlich seiner Hilfeleistung vorsätzlich handeln, wobei bedingter Vorsatz ausreicht.¹⁸⁰³ Fehlt dem Gehilfen der Vorsatz in Bezug auf die Haupttat, nimmt er also nicht einmal billigend in Kauf, dass er Hilfe zu einer unerlaubten Einreise oder einem unerlaubten Aufenthalt leistet, scheidet eine Strafbarkeit wegen Beihilfe aus. Auch für den Gehilfen stellt der Irrtum über die „Unerlaubtheit“ von Einreise und Aufenthalt einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum dar.¹⁸⁰⁴ Die hier relevanten Fälle betreffen daher schon im Ausgangspunkt nur Personen, die um die „Illegalität“ der von ihnen unterstützten Einreise oder des von ihnen geförderten Aufenthalts wissen oder diese zumindest billigend in Kauf nehmen.

Diese Beihilfehandlung kann wiederum auf unterschiedliche Weise erfolgen, etwa durch Unterstützung bei der Einreise durch Finanzierung, Beförderung, Beratung oder Begleitung (die sich nicht in einem bloßen Dabeisein erschöpft), durch die Zusicherung einer (illegalen) Beschäftigung, die tatsächliche Beschäftigung¹⁸⁰⁵ und Entlohnung oder die Gewährung von Unterkunft, Kleidung und Verpflegung.¹⁸⁰⁶ Schon diese Aufzählung verdeutlicht, dass die Abgrenzung strafbarer Beihilfe und sozialadäquater Hilfeleistung für marginalisierte und schutzbedürftige Personen

1799 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 139.

1800 Dazu im Einzelnen unten E. V. 1. b) aa).

1801 Vgl. oben C. IV. 2. b).

1802 Vgl. MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 17; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 288 f.; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 26 m.w.N.

1803 BGH NJW 1996, 2517; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 40 jeweils m.w.N.

1804 BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 62.

1805 BGH NStZ 2005, 407.

1806 Für eine instruktive Erörterung von Beispielfällen vgl. *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 266 ff.; siehe ferner *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26.

schwierige Rechtsfragen aufwirft. Bevor im Folgenden die besonders praxisrelevanten Fallgruppen näher betrachtet werden, sollen die maßgeblichen Abgrenzungskriterien zur Unterscheidung von strafbarer Beihilfe und strafloser Unterstützung herausgearbeitet werden.

a) Abgrenzungskriterien

Die Abgrenzung zwischen strafbarer Beihilfe und strafloser Unterstützung wird dadurch erschwert, dass der Begriff des Hilfeleistens weit gefasst ist und nach der herrschenden Meinung sowohl die Haupttat in ihrer konkreten Gestalt erst ermöglichendes als auch sie lediglich förderndes beziehungsweise erleichterndes Verhalten, einschließlich einer nur psychischen Hilfeleistung durch Bestärkung oder Beratung des Haupttäters, umfasst.¹⁸⁰⁷ Insbesondere die Rechtsprechung lässt dabei genügen, dass die Beihilfehandlung die Haupttat tatsächlich gefördert hat, ohne dass sie für die Haupttatbegehung kausal geworden sein muss.¹⁸⁰⁸ Unter einen derart weit gefassten Begriff der Beihilfe fallen dementsprechend zunächst auch berufstypische, sozialadäquate oder sogenannte „neutrale“ Alltagshandlungen, wie die Zurverfügungstellung von Wohnraum, die Ausstattung mit Reiseproviant oder wetterfester Kleidung, medizinische Versorgungsleistungen und die Beförderung in Richtung der Bundesrepublik.¹⁸⁰⁹ Zugleich verbietet es das Übermaßverbot, jegliches Verhalten, das für die Begehung einer Straftat irgendwie förderlich gewesen ist, als strafbare Beihilfe zu qualifizieren, insbesondere wenn der vermeintlichen Beihilfehandlung selbst kein unerlaubtes Risiko der Haupttatverwirklichung immanent ist.¹⁸¹⁰

1807 BGH NJW 2000, 3010; NSTZ 2004, 41, 42; vgl. MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 5 ff. m.w.N.; für das Migrationsstrafrecht Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26.

1808 St. Rspr. BGH NSTZ 2004, 41, 42; „Als Hilfeleistung i.S. des § 27 StGB ist dabei grundsätzlich jede Handlung anzusehen, welche die Herbeiführung des Taterfolgs des Haupttäters objektiv fördert, ohne dass sie für den Erfolg selbst ursächlich sein muss [...]. Die Hilfeleistung muss auch nicht zur Ausführung der Tat selbst geleistet werden, es genügt schon die Unterstützung bei einer vorbereitenden Handlung.“; siehe ferner BGH NSTZ 1996, 485, 488; NJW 2000, 3010; NSTZ 2017, 337, 338; 2018, 328; NSTZ-RR 2021, 7, 8; zur Rechtsprechung auch SK-StGB/Hoyer, 10. Aufl. 2025, § 27 Rn. 4; Kindhäuser, FS Otto, 2007, 355; Schmorl, Die Grenzen der Beihilfestratbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 30 ff.

1809 Ausdrücklich BGH NSTZ 2004, 41, 42 („grundsätzlich auch durch äußerlich neutrale Handlungen“); siehe auch BGH NSTZ 2017, 337, 338: „Weder Alltagshandlungen noch berufstypische Handlungen sind in jedem Fall neutral; denn nahezu jede Handlung kann in einen strafbaren Kontext gestellt werden.“; sowie BGH NSTZ 2018, 328; NSTZ-RR 2021, 7, 8; vgl. Frisch, FS Lüderssen, 2002, 539, 541 f.; Rönna/Wegner, JuS 2019, 527 f.

1810 Vgl. SK-StGB/Hoyer, 10. Aufl. 2025, § 27 Rn. 23 f.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 26 Rn. 210 ff.; MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 48; LK-StGB/Schünemann/Greco, § 27 StGB, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 17; für eine Abgrenzung im Hinblick auf die „grundrechtlich geschützte Freiheitsphäre des einzelnen“ vgl. Wohlers, NSTZ 2000, 169, 173.

Auszuscheiden haben deshalb Handlungen, die schon objektiv nicht geeignet sind, das strafbare Verhalten *tatsächlich* zu fördern.¹⁸¹¹ Dies sind insbesondere solche, die derart unwesentlich sind, dass sie von vornherein die Tatbegehung nicht beeinflussen.¹⁸¹² Im Kontext des Migrationsstrafrechts ist insbesondere an Unterstützungshandlungen zu denken, die den Betroffenen zwar eine Erleichterung im Alltag verschaffen mögen, jedoch – unter Ausklammerung von Kumulationseffekten – keinen Einfluss auf die Begehung eines Einreise- oder Aufenthaltsdelikts haben, wie etwa die Gewährung einer einzelnen Mahlzeit, eines Getränks oder einer Unterkunft für einen nur ganz kurzen Zeitraum. Hier wird schon keine Förderung der Haupttat bewirkt.¹⁸¹³ Darüber hinaus ist in Rechtsprechung und Literatur aber auch anerkannt, dass es Kriterien für die Abgrenzung strafbarer Beihilfe und strafloser „neutraler“ Handlungen bedarf. Im Einzelnen ist freilich vieles umstritten.¹⁸¹⁴

aa) Die herrschende Meinung

Die Rechtsprechung erkennt grundsätzlich an, dass „nicht jede Handlung, die sich im Ergebnis objektiv tatfördernd auswirkt, als (strafbare) Beihilfe gewertet werden kann.“¹⁸¹⁵ Insbesondere in Fällen neutraler Handlungen bedürfe es einer „bewertenden Betrachtung im Einzelfall“¹⁸¹⁶. Als objektiv einschränkendes Kriterium fordert der Bundesgerichtshof zunächst – im Anschluss an *Roxin*¹⁸¹⁷ – einen „deliktischen

1811 Eine solche Förderung für die Phase zwischen unerlaubter Einreise eines Flüchtlings und Asylantragstellung ablehnend *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 286 f.

1812 In diese Richtung auch schon BGH, Urt. v. 13.4.1988 – 3 StR 33/88, BeckRS 1988, 31098772, Rn. 6; KG, Beschl. v. 4.7.2001 – (4) 1 Ss 263/00 (195/00), BeckRS 2001, 16747, Rn. 3; für eine quantitative Betrachtung auch *Weigend*, FS Nishihara, 1998, 197, 205 ff. Kritisch gegenüber einer quantitativen Betrachtung *Wohlers*, NSTZ 2000, 169, 173, der darauf hinweist, dass über diesen Ansatz nur „Bagatelbeiträge“ ausgeschieden werden könnten. Diese Kritik mag in der Sache zutreffen, schlägt jedoch nur durch, wenn es beim Ausschluss von Bagatelbeiträgen bleibt und keine zusätzlichen Begrenzungskriterien herangezogen werden, dazu aber sogleich unten bb).

1813 In diese Richtung BayObLG NSTZ 2022, 486, 488; KG, Beschl. v. 4.7.2001 – (4) 1 Ss 263/00 (195/00), BeckRS 2001, 16747, Rn. 3; KG NSTZ 2006, 530, 531; vgl. auch *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrabbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 140, 146 ff.

1814 Vgl. für einen knappen Überblick *Ambos*, JA 2000, 721 ff. m.w.N.; *Bechtel*, JA 2016, 865, 867 ff.; *Frisch*, FS Lüderssen, 2002, 539, 540 f.; MK-StGB/*Scheinfeld*, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 72 ff.; *Schneider*, NSTZ 2004, 312 312 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 54. Aufl. 2024, Rn. 912; kritisch zu dem „nicht mehr überschaubare[n] Theoriegeflecht“ NK-StGB/*Schild/Kretschmer*, 6. Aufl. 2023, § 27 Rn. 15 mit umfassenden Nachweisen. Gegen jede Sonderregel für neutrale Beihilfehandlungen spricht sich *Hartmann*, ZStW 2004, 585 ff., aus.

1815 BGH NSTZ 2004, 41, 42; 2017, 337, 338; 2018, 328; NSTZ-RR 2021, 7, 9; vgl. *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrabbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 145.

1816 BGH NSTZ 2004, 41, 42; NJW 2006, 522, 528; NSTZ 2017, 337, 338; 2018, 328 f.; NSTZ-RR 2021, 7, 9.

1817 Vgl. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 26 Rn. 221 ff.; bereits zuvor *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 501, 513 ff. Schon *Jakobs*, ZStW 1977, 1, 20, hatte vorgeschlagen, danach zu differenzieren, ob ein vermeidbar mittelbar verursachendes Verhalten „der deliktischen Planung“ zuzuschlagen ist oder ob es von dieser distanziert werden kann; ebenfalls auf dieser Linie *Meyer-Arndt*, wistra 1989, 281 ff. Auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, 284 ff., 301 f., sieht das Kriterium des deliktischen Sinnbezugs als zentral an. Kritisch gegenüber diesem Kriterium *Amelung*, FS Grünwald, 9, 13.

Sinnbezug“ der Tat. Hat das geförderte Verhalten nicht ausschließlich deliktische, sondern auch legale Bestandteile, soll eine strafbare Beihilfe ausgeschlossen sein, wenn sich der Beitrag des Gehilfen auf diese legalen Bestandteile beschränkt.¹⁸¹⁸ In diesen Fällen gehe es nicht unmittelbar um die Förderung der Haupttat, sondern um die Unterstützung des Täters.¹⁸¹⁹ Im Übrigen erfolgt die Abgrenzung zwischen strafloser und strafbarer Hilfeleistung anhand subjektiver Kriterien,¹⁸²⁰ sodass von einem gemischt objektiv-subjektiven Ansatz gesprochen werden kann. Danach sollen berufstypische neutrale Handlungen nur dann als strafbare Beihilfe zu qualifizieren sein, wenn der Gehilfe positive Kenntnis von der geplanten Haupttat gehabt habe, weil es dann zu einer „Solidarisierung“ mit dem Täter komme und eine Sozialadäquanz der Handlung ausscheide, während bei fehlender Kenntnis eine Strafbarkeit wegen Beihilfe nur in Betracht komme, wenn der Hilfeleistende für möglich gehalten habe, dass seine Unterstützungshandlung zur Begehung einer Straftat genutzt werde, und das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens derart hoch gewesen sei, dass er sich „mit seiner Hilfeleistung ‚die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein‘ ließ“¹⁸²¹. Bei neutralen Alltagshandlungen, in denen kein berufstypischer Bezug vorliegt, soll eine besonders eingehende Prüfung erforderlich sein; die zu berufstypischen Handlungen entwickelten Grundsätze seien jedoch grundsätzlich anwendbar.¹⁸²²

Im Schrifttum finden sich zahlreiche Differenzierungsansätze. Teilweise wird dabei für eine Einschränkung auf objektiver Ebene plädiert.¹⁸²³ Ein wesentlicher Teil der Autoren schließt sich jedoch der Position der Rechtsprechung an, nach der die Abgrenzung *primär* auf subjektiver Ebene erfolgt, wenn auch mit Unterschieden im Einzelnen, sodass sich diese Position als herrschende Meinung identifizieren lässt.¹⁸²⁴

1818 BGH NZWiSt 2014, 139, 142; NSTZ 2025, 31, 35; eingehend zu diesem Kriterium *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 146 ff.

1819 BGH NZWiSt 2014, 139, 142; NSTZ 2025, 31, 35.

1820 BGH NSTZ 2004, 41, 43; NJW 2006, 522, 528; NZWiSt 2014, 139, 141; NSTZ 2017, 461 f.; 2018, 328, 329; zusammenfassend *Greco*, wistra 2015, 1.

1821 BGH NSTZ 2004, 41, 43; siehe auch BGH NJW 2000, 3010; 2006, 522, 528; NZWiSt 2014, 139, 141; NSTZ 2017, 337, 338; 2017, 461 f.; 2018, 328, 329; NSTZ-RR 2021, 7, 9.

1822 BGH NSTZ 2004, 41, 43. Für eine eingehende Analyse der Rechtsprechung vgl. *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 72 ff.

1823 Statt vieler und mit Unterschieden im Einzelnen *Bode*, ZStW 2015, 937, 963 ff.; *Hassemer*, wistra 1995, 41, 42 ff.; *Kindhäuser*, FS Otto, 2007, 355, 360 ff. *Kretschmer*, JR 2014, 39, 40 f.; *Wohlers*, NSTZ 2000, 169 ff.; in diese Richtung auch NK-StGB/*Schild/Kretschmer*, 6. Aufl. 2023, § 27 Rn. 15. Für einen Überblick vgl. *Otto*, JZ 2001, 436 f.; *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, 129 ff.; *Weigend*, FS Nishihara, 1998, 197, 200 ff.

1824 Vgl. statt vieler und mit Unterschieden im Einzelnen *Amelung*, FS Grünwald, 9, 22 ff.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 115 ff.; *Frister*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2023, § 28 Rn. 47 f.; *Rengier*, Strafrecht AT, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 107 ff.; LK-StGB/*Schünemann/Greco*, § 27 StGB, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 17 ff. Deziert für eine Kombination aus objektiven und subjektiven Elementen *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 26 Rn. 220 ff.

bb) Eigene Position

Die von der herrschenden Meinung vertretene Position mag im Bereich des Kernstrafrechts vielfach zu überzeugenden Ergebnissen im Einzelfall führen. Im Bereich des Migrationsstrafrechts greift sie jedoch zu kurz und führt nicht zu verfassungs-, unions- und völkerrechtskonformen Lösungen. Dies liegt zum einen an der Ausgestaltung des insoweit zentralen Tatbestandes des unerlaubten Aufenthalts als echtem Unterlassungsdelikt mit Dauerdeliktscharakter, der nahezu die gesamte Lebensführung im Inland erfasst, sodass Bezugspunkt der Beihilfehandlung kein punktuell umgrenztes oder umgrenzbares Verhalten mehr ist. Vielmehr ist der *Aufenthalt* im Bundesgebiet an sich Bezugspunkt der Strafbarkeit und eine Förderung des Aufenthalts damit stets auf die Förderung der Tat bezogen, sodass auch der deliktische Sinnbezug der Beihilfehandlung anzunehmen ist.¹⁸²⁵

Die Differenzierung zwischen einer Unterstützung des Täters und einer Förderung der Tat ist aufgrund der Tatbestandsfassung, die das bloße Da-Sein im Bundesgebiet erfasst, nicht sinnvoll durchführbar.¹⁸²⁶ Dies erschließt sich besonders deutlich, wenn die ursprüngliche Definition *Roxins* rekapituliert wird, der auf die Förderung einer „legalen Handlung“ abgestellt hat, die „schon für sich allein genommen für den Täter sinnvoll und nützlich ist, die dieser aber außerdem zur Voraussetzung für ein davon unabhängiges, auf einem selbstständigen Entschluß beruhendes Deliktsverhalten macht.“¹⁸²⁷ In den Fällen der Unterstützung bei der Aufrechterhaltung des unerlaubten Aufenthalts liegt vielfach schon keine bloße Förderung einer „legalen Handlung“ vor; unterstützt der Gehilfe durch sein Verhalten den Aufenthalt, liegt darin jedenfalls zugleich auch die unmittelbare Förderung einer nicht legalen, sondern nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG dezidiert strafbewehrten Handlung. Es lässt sich hier nicht zwischen der Unterstützung einer legalen (Wohnen, Finanzierung des Unterhalts, Verpflegung) und einer strafbaren Handlung („unerlaubter Aufenthalt“) trennen, da die unterstützten legalen Handlungen notwendige Elemente des unerlaubten Aufenthalts sind.¹⁸²⁸ Insoweit sind die Fälle auch anders gelagert als die

1825 Insofern lässt sich die von *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 291 f., und *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 155 f., herausgearbeitete Differenzierung zwischen Förderung der Tat und Förderung des Täters nicht ohne Ausblendung der Deliktsstruktur auf § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG übertragen. In diese Richtung auch *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 222.

1826 Anders *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 200 f.; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 291 f.; *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 155 f. Auf die Unmöglichkeit, den „deliktischen“ oder aber „legalen“ Sinnbezug allgemeingültig festzulegen, weist *Ambos*, JA 2000, 721, 724, hin.

1827 *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 26 Rn. 224.

1828 Vgl. insoweit auch die (im Ansatz vergleichbare) Differenzierung bei *Amelung*, FS Grünwald, 9, 22, der aufzeigt, dass bei zeitlich gestreckten Delikten, „die der Haupttäter nur zum Erfolg bringen kann, wenn er seine Handlungskapazitäten nicht zur Existenzsicherung abziehen muß“, auch die Versorgung mit existenziellen Gütern als strafbare Beihilfehandlung erscheinen kann.

Unterstützung von Mitgliedern einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung, bei denen sozial übliche Unterstützungshandlungen regelmäßig unter Verweis auf den mangelnden Bezug zum Vereinigungszweck ausgeschieden werden können.¹⁸²⁹

Zum anderen kann die Position der Rechtsprechung nicht berücksichtigen, dass es aufgrund der umfassenden Kriminalisierung der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts zahlreiche Fälle gibt, in denen sozial übliche Verhaltensweisen – wie die Versorgung und Verpflegung von Migranten auf ihrem Weg in die Bundesrepublik, die Zurverfügungstellung von Obdach während der Reise, die Versorgung mit Nahrungsmitteln, die Unterstützung bei der Navigation oder medizinische Versorgungsleistungen etwa an hochfrequentierten Migrationsrouten – tatbestandlich § 27 StGB unterfallen und aufgrund der positiven Kenntnis der Hilfeleistenden vom Einreise- und Aufenthaltsstatus des Betroffenen – es geht ja oftmals dezidiert um die humanitär motivierte Unterstützung von Migranten außerhalb regulärer Verfahren – die Korrektur über den subjektiven Tatbestand verschlossen bleibt.¹⁸³⁰

Das verfassungsrechtliche Übermaßverbot gebietet es aber, jedenfalls solche Fälle aus dem Bereich strafbarer Beihilfe herauszuhalten, die an Verhaltensweisen anknüpfen, welche nur aufgrund der Unerlaubtheit der Einreise oder des Aufenthalts einen deliktischen Sinnbezug erlangen, außerhalb des migrationsstrafrechtlichen Kontextes aber sozial erwünscht sind, teilweise durch staatliche Strukturen unterstützt werden und mitunter sogar durch das Strafrecht (§ 323c StGB bei verweigerter Hilfe in Notsituationen) vom Bürger eingefordert werden. Dies gilt insbesondere für die Vermeidung von Obdachlosigkeit und mangelnder Versorgung mit Gütern,¹⁸³¹ die für ein menschenwürdiges Leben notwendig sind,¹⁸³² Beratungs- und Unterstützungsangebote für papierlose Personen sowie medizinische Akuthilfe.¹⁸³³ Die Kriminalisierung entsprechender Verhaltensweisen als Beihilfe zur unerlaubten Einreise oder zum unerlaubten Aufenthalt bewirkte in der Konsequenz ein strafbewehrtes

1829 Vgl. dazu m.w.N. MK-StGB/Anstötz, 5. Aufl. 2025, § 129 Rn. 122; TK-StGB/Schittenhelm/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 129 Rn. 49. Für eine Ausklammerung „sozialüblichen Verhalten[s] eines Außenstehenden mit dem er die Beteiligung eines Vereinigungsmitglieds fördert“ bei „humanitäre[n] Hilfsleistungen“ mangels deliktischen Sinnbezugs BGH NJW 2025, 1140, 1143, Rn. 50.

1830 Vgl. El-Ghazi, ZfL 2020, 265, 285 f.; Lehmann, ZAR 2008, 24 25. Zurecht kritisch MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 97.

1831 Im Blick auf § 1 Abs. 4 Satz 1 AsylbLG n.F., der für sogenannte Dublin-Fälle einen vollständigen Leistungsausschluss vorsieht, handelt es sich nicht um theoretische Fallgestaltungen.

1832 Insoweit trifft den Staat gar eine objektive Verpflichtung zur Gewährleistung eines menschenrechtlichen Existenzminimums BVerfGE 125, 175, 222 f.; vgl. dazu auch im strafrechtlichen Kontext Schmorl, Die Grenzen der Beihilfe strafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 153; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 24.

1833 Vgl. auch Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 223, der für einen grundsätzlichen Ausschluss humanitären Handelns aus dem objektiven Tatbestand plädiert; Kretschmer, ZAR 2013, 278, 280; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 73. In diese Richtung auch Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26.

Verbot mitmenschlicher Solidarität gegenüber Menschen ohne gültige Einreise- und Aufenthaltspapiere; geboten wäre gar die aktive Verweigerung von Unterstützung. Eine derartige Verbotsnorm stellte aber einen unverhältnismäßigen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und – sofern die Hilfeleistung entsprechend motiviert ist – in die Glaubens(ausübungs)- und Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG sowie die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) dar. Sie entspräche auch nicht dem in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Menschenbild des Grundgesetzes, das es ausschließt, Menschen allein aufgrund ihres Einreise- und Aufenthaltsstatus mitmenschliche Zuwendung zu verweigern beziehungsweise eine solche unter Strafe zu stellen.¹⁸³⁴

In diesen Fällen bietet neben dem bereits skizzierten Ansatz, in Fällen marginaler Unterstützungshandlungen die objektive Förderungseignung zu verneinen, insbesondere die in der Literatur anerkannte Lehre von der objektiven Zurechnung eine strafrechtsdogmatisch konsistente Kategorie zur Ausfilterung entsprechenden Verhaltens.¹⁸³⁵ Nach der Lehre von der objektiven Zurechnung bedarf es für die Zurechnung eines Taterfolgs zu einer bestimmten Tathandlung nicht nur einer naturwissenschaftlich-empirischen Beurteilung im Sinne eines Kausalzusammenhangs, sondern zusätzlich einer normativ-wertenden Betrachtung zur Aussonderung von Fällen, in denen die Zurechnung des Taterfolgs zur Tathandlung normativ nicht adäquat wäre.¹⁸³⁶ Dabei wird ein Erfolg nur dann als objektiv zurechenbar bewertet, wenn durch das Verhalten des Täters eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen worden ist und sich diese Gefahr im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.¹⁸³⁷ Hat der Täter – beziehungsweise im vorliegenden Fall der Gehilfe – schon keine

1834 Ähnlich LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 5.4.2019 – 2 Qs 42/19, BeckRS 2019, 14364, Rn. 18; MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 98 f.; Mosbacher, NStZ 2022, 491 f.; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 24; in anderem Zusammenhang ähnlich Meyer-Arndt, wistra 1989, 281. Ohne jede Würdigung der verfassungsrechtlichen Implikationen anders BGH NStZ 2010, 171, 172. Keine unverhältnismäßigen Eingriffe durch die weit gefasste Beihilfe strafbarkeit sieht dagegen Niedermair, ZStW 1995, 507, 538 f. Die Argumentation Niedermairs muss aber im Lichte des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG an Grenzen stoßen, da er vor allem in Frage stellt, dass es tatsächlich zu einer völligen wirtschaftlichen und sozialen Isolierung des Täters kommen könnte.

1835 LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 5.4.2019 – 2 Qs 42/19, BeckRS 2019, 14364, Rn. 16 ff.; andeutend BGH NJW 2006, 522, 528; vgl. allgemein Ambos JA 2000, 721 f.; Beckemper, JURA 2001, 163, 164 f. m.w.N.; Frisch, FS Lüderssen, 2002, 539, 540; Ransiek, wistra 1997, 41, 42; in diese Richtung bereits Hassemer, wistra 1995, 41, 45 f.; Otto, FS Amelung, 2009, 225, 230. Für eine Eingrenzung über das Kriterium des deliktischen Sinnbezugs Schmorl, Die Grenzen der Beihilfe strafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 154 ff.

1836 Vgl. statt vieler TK-StGB/Eisele, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 ff. Rn. 91; Goeckenjan, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017, 124; Heinrich, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2025, § 11 Rn. 239, 242; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, 286 f.; Rengier, Strafrecht AT, 17. Aufl. 2025, § 13 Rn. 38 ff.; Roxin/Greco, Strafrecht AT, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 1, 46 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 54. Aufl. 2024, Rn. 254 ff.

1837 Diese zweigliedrige Grundformel ist allg. Meinung, siehe statt vieler m.w.N. Goeckenjan, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017, 2 f., 130; Frister, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2023, § 10 Rn. 4; Lackner/Kühl/Heger/Heger, StGB, 31. Aufl. 2025, Vor § 13 Rn. 14; Heinrich, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2025, § 11 Rn. 243; Rengier, Strafrecht AT, 17. Aufl. 2025, § 13 Rn. 46; Roxin/Greco, Strafrecht AT, Band

rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen, scheidet eine Zurechnung des Taterfolgs (Beihilfeerfolgs) aus und es fehlt bereits an der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes.¹⁸³⁸

Teilweise wird dabei auf das Konzept der Sozialadäquanz¹⁸³⁹ rekurriert, wonach Taterfolge, die aus Verhaltensweisen resultieren, die zwar dem Wortlaut nach dem Tatbestand unterfallen, jedoch für sich betrachtet legal sind und allgemein toleriert werden, objektiv nicht zurechenbar seien, weil das Täterverhalten keine unerlaubte Risikoschaffung und damit keine rechtlich missbilligte Gefahr bewirkt habe.¹⁸⁴⁰ Die wohl herrschende Meinung hält dem entgegen, dass die Abgrenzung sozialadäquater und nicht mehr sozialadäquater Verhaltensweisen mit erheblichen Unsicherheiten belastet sei und zudem nur normative und nicht Kriterien der sozialen Üblichkeit maßgeblich sein könnten, sodass der Schluss von sozialer Üblichkeit auf normative Richtigkeit nicht trage;¹⁸⁴¹ eine Lösung der diskutierten Fallkonstellationen sei über das Prinzip des erlaubten Risikos möglich.¹⁸⁴² Dieser Kritik ist zuzugeben, dass ein von den normativen Bezugspunkten abgekoppelter Rückgriff auf soziale Üblichkeiten schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil in einem demokratischen Rechtsstaat die Abgrenzung von erlaubttem und unerlaubtem Verhalten mit der darauf aufbauenden Konsequenz einer strafrechtlichen Sanktionierung nur anhand rechtlich verbindlicher Maßstäbe erfolgen darf. Insbesondere kann die „soziale Üblichkeit“ eines Verhaltens nicht dazu herangezogen werden, um die Kriminalisierungsent-

1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 49; *Schünemann*, GA 1999, 207, 212; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 54. Aufl. 2024, Rn. 259.

1838 Vgl. *Rönnau*, JuS 2011, 311, 312; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 47; *Wohlers*, NStZ 2000, 169, 173 f. Dass die objektive Zurechnung als Element des objektiven Tatbestandes anzusehen ist, basiert auf der Annahme des Tatbestandes als Unrechtstypus, vgl. dazu *Frisch*, FS Roxin, 2001, 213, 224 f.

1839 Dieses geht ursprünglich auf *Welzel* (ZStW 1939, 491, 516 ff.) zurück und kann – aufgrund der Anfalligkeit für ideologische Einbrüche in das Strafrecht – auf eine „wechselvolle“ Geschichte zurückblicken, vgl. *Rönnau*, JuS 2011, 311; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 34; zu *Wetzels* Lehre siehe auch *Cancio Meliá*, GA 1995, 179 ff.; *Goeckenjan*, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017, 90 ff.; *Knauer*, ZStW 2014, 844, 846. Eingehend zur Sozialadäquanz *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, zur Verortung im Rahmen der objektiven Zurechnung näher S. 139 ff.

1840 Vgl. für die Beihilfe speziell *Hassemer*, wistra 1995, 41, 42 ff.; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 206; *Rudolphi*, FS Bruns, 1978, 315, 332; *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 83, sieht eine „enge thematische Verwobenheit“. Für eine stärkere Abgrenzung der Prinzipien des erlaubten Risikos und der Sozialadäquanz dagegen *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 65 ff.; siehe auch *Rönnau*, JuS 2011, 311, 312. Dezidiert kritisch gegenüber dem Rückgriff auf die Sozialadäquanz *Hartmann*, ZStW 2004, 585, 587 ff.

1841 So ausdrücklich *Amelung*, FS Grünwald, 9, 11; zustimmend *Otto*, FS Amelung, 2009, 225, 228.

1842 Vgl. *Jakobs*, ZStW 1977, I, 4 f.; *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Taten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, 82; LK-StGB/*Schünemann/Greco*, § 27 StGB, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 27; *Roxin*, FS Klug, Bd. II, 1983, 303, 304, 310 f.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 26 Rn. 233; auch *Rönnau*, JuS 2011, 311, 312 f., plädiert für einen Rückgriff auf die „präzisere[n] Instrumente der Auslegungs- und Zurechnungslehren“. Frühzeitig für eine Aufgabe der Lehre von der Sozialadäquanz plädierend auch *Hirsch*, ZStW 1962, 78 ff.; ebenfalls kritisch *Otto*, FS Lencker, 1998, 193, 201 f. Zusammenfassend zur Kritik *Knauer*, ZStW 2014, 844, 853 f.; *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 129 ff.

scheidung des demokratisch legitimierten Strafgesetzgebers zu revidieren.¹⁸⁴³ Diesem steht es vielmehr grundsätzlich frei, auch (zuvor) sozial übliches Verhalten tatbestandlich zu erfassen, sofern er damit nicht unverhältnismäßig in Grundrechte eingreift oder andere höherrangige Rechtsnormen verletzt.¹⁸⁴⁴ Allerdings zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass die regelmäßig als „sozial üblich“ gekennzeichneten Verhaltensweisen ihrerseits erst aufgrund einer *normativen* Beurteilung als „sozialadäquat“ gelten. So erlaubt die Rechtsordnung bestimmte Verhaltensweisen trotz der mit ihnen einhergehenden Risiken aufgrund des damit verbundenen überwiegenden Nutzens oder im Lichte der Grundrechte, wie etwa die Teilnahme am Straßen-, Schienen-, Schifffahrts- oder Luftverkehr mit entsprechend potenziell gefährlichen Fahrzeugen oder den Betrieb industrieller Anlagen, sofern nur die zur Einhegung der entsprechenden Gefahren geschaffenen Normen eingehalten werden.¹⁸⁴⁵ Und auch die oftmals mit dem Begriff der Sozialadäquanz beschriebene Ausklammerung „geringfügiger sozial allgemein tolerierter Handlungen“¹⁸⁴⁶ stellt sich letztlich als Ausprägung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar, der einer tatbestandlichen Erfassung von Verhaltensweisen, die keine hinreichende Rechtsgutsbeeinträchtigung bewirken können, entgegensteht.¹⁸⁴⁷ Der Zurechnungsausschluss bei Sozialadäquanz dient in dieser Perspektive also dazu, notwendig weit gefasste Tatbestandsbeschreibungen im Lichte konkurrierender normativer Festlegungen durch entsprechende Auslegung einzuhegen.¹⁸⁴⁸

In diesem Sinne verstanden als Filter für Verhaltensweisen, die im Lichte *normativer Wertungen* als „sozial üblich“ und erlaubt zu gelten haben und deshalb nicht zur Unrechtsbegründung taugen, kann die Kategorie der „Sozialadäquanz“ als Fallgrup-

1843 Ähnlich *Roxin*, FS Klug, Bd. II, 1983, 303, 313; *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 149.

1844 Zur Gefahr eines „empirisch-faktischen Verständnis[ses]“, das der „wirklichen Tragweite der Sozialadäquanz nicht gerecht“ würde *Rönau*, JuS 2011, 311, 312, der deshalb betont, dass „für Sozialadäquanz nicht schon die bloße Üblichkeit (*faktische Komponente*) genügt, sondern immer auch deren *rechtliche Billigung* zu überprüfen ist (Herv. im Original).“

1845 Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 38.

1846 *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 40.

1847 Zuzugeben ist allerdings, dass dieser enge normative Bezug in der Literatur nicht immer gewahrt wird, vgl. zu den disparaten Anknüpfungspunkten die Darstellung bei *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 32 ff.

1848 In diese Richtung auch *Dölling*, FS Otto, 2007, 219, 222 ff.; *Otto*, FS Amelung, 2009, 225, 230. In der Sache nicht weit entfernt von der hier vertretenen Position, aber auf das „erlaubte Risiko“ abstellend *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 38 f. Für ein straftheoretisch orientiertes Verständnis der Sozialadäquanz als „Zweckerfüllung“ *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 218 ff. Auch *Ruppert* geht letztlich davon aus, dass die Sozialadäquanz dann lediglich „die in der Norm sowie im Strafgesetz angelegte Wertentscheidung des Gesetzgebers“ umsetze (S. 221). Wenn auch von anderem Ausgangspunkt gelangt daher auch *Ruppert* zu dem Ergebnis: „Dementsprechend basiert die Sozialadäquanz auf einer rechtlichen Bewertung [...]“ (S. 222). Der Unterschied zur hier vertretenen Position besteht allerdings darin, dass *Ruppert* die rechtliche Bewertung primär *innerhalb* des Strafrechts sucht und verortet, während hier für einen Rekurs insbesondere auf Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht plädiert wird. Übereinstimmung besteht zwischen den Konzepten aber insoweit, als auch *Ruppert* auf den *ultima ratio*-Gedanken rekurriert (S. 224).

pe fehlender Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr durchaus herangezogen werden, um sinnvoll zwischen strafbaren und nicht strafbaren Beihilfehandlungen abzugrenzen.¹⁸⁴⁹ Der Vorteil der Vokabel „Sozialadäquanz“ liegt – trotz ihrer wechselvollen und „schillernden“¹⁸⁵⁰ Geschichte – dabei vor allem darin, dass sie präziser als der nach dem hier skizzierten Verständnis als Oberbegriff zu verstehende Terminus „erlaubtes Risiko“ auf die (normativ fundierte) soziale Üblichkeit des in Frage stehenden Verhaltens rekurriert und damit die Alltäglichkeit des tatbestandlich *prima facie* erfassten Verhaltens verdeutlicht.¹⁸⁵¹ Gerade in Kontexten, in denen nicht der Angriff auf Individualrechtsgüter, sondern ein Verstoß gegen verwaltungsrechtliche Regelungen, die dem Schutz kollektiver Rechtsgüter dienen, im Raume steht, schärft das Kriterium der Sozialadäquanz den Blick dafür, dass die entsprechenden Tatbestände oftmals auch und gerade Verhaltensweisen erfassen, die berufstypisch oder sozial üblich sind und ihr strafrechtliches Unrechtsgepräge erst im Lichte des Verwaltungsrechtsverstoßes erhalten.¹⁸⁵² Gerade *deshalb* ist im Rahmen der Abgrenzung zwischen straflosen und strafbaren Unterstützungshandlungen in besonderem Maße darauf zu achten, ob eine Kriminalisierung mit den Wertungen des höherrangigen Rechts zu vereinbaren ist und insbesondere keinen unverhältnismäßigen Eingriff in Grundrechte begründet. Die Sozialadäquanz dient hier letztlich als strafrechtsdogmatisches Scharnier zur Berücksichtigung der Wertungen des Verfassungs-, Unions- und Völkerrechts; methodisch geschieht dies durch eine verfassungs-, unions- oder völkerrechtskonforme Auslegung des § 27 StGB.¹⁸⁵³

Dies gilt auch und insbesondere im Migrationsstrafrecht. Indem der Gesetzgeber die unerlaubte Einreise und den unerlaubten Aufenthalt unter Strafe gestellt hat, hat er nämlich zwar die *grundsätzliche* Wertung dahingehend vorgenommen, dass Unterstützungshandlungen gegenüber unerlaubt einreisenden oder aufhältigen Ausländern trotz ihrer sozialen Üblichkeit eine deliktische Beihilfehandlung begründen. Zugleich gilt aber auch hier, dass die abschließende Beurteilung, ob ein Verhal-

1849 In diese Richtung auch Otto, FS Amelung, 2009, 225, 230: „Der Schwerpunkt der Argumentation der sozialen Adäquanz liegt nicht mehr auf der sozialüblichen, alltäglichen, neutralen Handlung, sondern auf der deshalb sozialadäquaten Gefahr, weil diese Gefahr nach rechtlichen Kriterien (Herv. im Orig.) als irrelevant für das geschützte Rechtsgut eingestuft werden kann.“ Für den Kontext „bankentypischen“ Verhaltens bei der Beihilfe zur Steuerhinterziehung siehe den Ansatz von Hassemer, wistra 1995, 41, 45; Hassemer, wistra 1995, 81 ff. Für eine „am geschützten Rechtsgut orientierte, einschränkende Interpretation“ statt einer „undifferenzierten Berufung auf die soziale Adäquanz“ Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 41. Gegen einen Rückgriff auf normative Wertungen im Rahmen der Sozialadäquanz dagegen dezidiert Exner, Sozialadäquanz im Strafrecht, 2011, 112.

1850 Roxin, FS Klug, Bd. II, 1983, 303; Ruppert, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2019, 23.

1851 In diese Richtung auch Otto, FS Amelung, 2009, 225, 229 f.; für eine graduelle Abstufung der Begriffsverwendung abhängig vom Stand der Verrechtlichung Knauer, ZStW 2014, 844, 857 f.

1852 Zu diesem Gedanken bereits oben E. II. 3.

1853 Im Ausgangspunkt ähnlich Dölling, FS Otto, 2007, 219, 225 f.; Otto, FS Amelung, 2009, 225, 230 f.; die Relevanz der Wertungen des Grundgesetzes betont auch Otto, FS Lencker, 1998, 193, 212 ff., allerdings begrenzt auf Berufsträger im Blick auf Art. 12 GG; Knauer, ZStW 2014, 844, 862 f. Kritisch gegenüber einem Rückgriff auf das Verfassungsrecht Greco, in: Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2012, 13, 33; Greco, wistra 2015, 1, 4.

ten trotz seiner Sozialadäquanz eine rechtlich missbilligte Gefahr begründet und deshalb als strafbare Beihilfe zu bewerten ist, nur unter Berücksichtigungen höher-rangiger normativer Wertungen erfolgen kann. Richtigerweise ist daher zu fragen, ob das gegenständliche Verhalten im Lichte der normativen Wertungen des Verfassungs-, Unions- und Völkerrechts als erlaubt zu gelten hat und daher keine strafbare Beihilfehandlung bilden kann.

Dabei bedarf es einer angemessenen Kriterienbildung, die einer von kaum kalkulierbaren Faktoren abhängigen tatgerichtlichen Einzelfallwürdigung vorbeugt.¹⁸⁵⁴ Es kann hier also nicht um eine beliebige Ausweitung des Bereichs des „sozial üblichen“ Verhaltens zur Erreichung rechtspolitisch gewünschter Ergebnisse gehen, sondern einzig um die Auslegung des Strafrechts im Lichte übergeordneter normativer Wertungen. Um dies kenntlich zu machen, wird im Folgenden von *normativer Sozialadäquanz* gesprochen.¹⁸⁵⁵ Diese Begriffsbildung trägt den Spezifika des Migrationsstrafrechts Rechnung: Die Einbeziehung normativer Wertungen des Verfassungs-, Unions-, und Völkerrechts bewirkt nämlich, dass ein in anderen Kontexten sozial übliches, gesellschaftlich erwünschtes Verhalten nicht deshalb als strafbare Beihilfe zu gelten hat, weil der Gesetzgeber bei der Schaffung der einschlägigen migrationsstrafrechtlichen Tatbestände die entsprechenden Wertungen tatbestandlich nicht hinreichend abgebildet hat. Das Kriterium normativer Sozialadäquanz filtert bereits auf Ebene des Tatbestandes eben jene Verhaltensweisen aus, deren Kriminalisierung unverhältnismäßig wäre. Sie sind nicht im Einzelfall gerechtfertigt, sondern allgemein erlaubt.¹⁸⁵⁶

Für den vorliegenden Kontext der Einreise- und Aufenthaltsdelikte folgt daraus zunächst, dass im Blick auf das zuvor dargestellte Unions- und Völkerrecht die nicht-vorteilsbezogene Unterstützung von Flüchtlingen bei der Einreise in das Bundesge-

1854 Wegen der Gefahr, „dass Entscheidungen nach dem bloßen Rechtsgefühl getroffen oder dass gar allgemein verbreitete Missbräuche für tatbestandslos erklärt werden“, gegen die Berufung auf soziale Adäquanz *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 41.

1855 Die Begriffsbildung erfolgt in loser Anlehnung an *Hassemer*, wistra 1995, 41, 45, und seinen Begriff von der „professionellen Adäquanz“. *Hassemer* weist zutreffend darauf hin, dass die „Lehre von der sozialen Adäquanz ihre Ergebnisse auf dem richtigen Feld erntet, nämlich im Bereich sozialer Alltäglichkeit und Normativität [...]“; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 42, konzedieren immerhin, „dass die Lehre von der sozialen Adäquanz [...] das richtige Ziel verfolgt, nicht dem speziellen Unrechtstyp entsprechende Verhaltensweisen aus dem Tatbestand zu eliminieren [...]“.

1856 Vgl. *Dölling*, FS Otto, 2007, 219, 220; vgl. auch *Otto*, FS Amelung, 2009, 225, 231. Dieser materiell-rechtliche Ansatz ist insbesondere Konzepten überlegen, die eine Lösung über die Opportunitätsregelungen der §§ 153 ff. StPO suchen (etwa *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 202 ff.; *MK-StGB/Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 48). Ein solch prozessualer Lösungsversuch ist nicht geeignet, eine kohärente Rechtsanwendung sicherzustellen. Es kann nicht dem Ermessen der örtlichen Staatsanwaltschaft überlassen bleiben, ob humanitär motivierte Unterstützungshandlungen letztlich zu einer strafrechtlichen Anklage – mit all ihren Belastungen – führen oder nicht. Denn schon die damit verbundene Unsicherheit ist geeignet, hilfsbereite Personen aus Furcht vor Strafverfolgung von einer Hilfeleistung abzuhalten. Dies liefe den Wertungen höherrangigen Rechts zuwider.

biet nicht als strafbare Beihilfe zur unerlaubten Einreise qualifiziert werden kann.¹⁸⁵⁷ Die Einreise und der Aufenthalt eines Flüchtlings stellen kein Unrecht dar, sodass auch die schlichte Hilfeleistung zu einer solchen kein Unrecht verwirklicht, sofern nicht die Hilfeleistung eigenes Unrecht konstituiert, etwa im Rahmen gefährlicher Schleuserpraktiken. Selbst wenn daher Art. 31 Abs. 1 GFK mit der herrschenden Meinung aus dogmatischen oder kriminalpolitischen Erwägungen¹⁸⁵⁸ lediglich als Strafaufhebungsgrund eingeordnet wird, müssen die unions- und völkerrechtlichen Wertungen im Rahmen des § 27 StGB berücksichtigt werden. Nach diesen stellen die Einreise und der temporäre Aufenthalt von Flüchtlingen kein unerlaubtes Verhalten dar, sondern steht Flüchtlingen bei Herstellung des Territorialkontakts ein temporäres Einreise- und Aufenthaltsrecht zu. Art. 31 Abs. 1 GFK ist Ausfluss dieser grundsätzlichen Wertung, unabhängig von der strafrechtsdogmatischen Verortung innerhalb des Straftataufbaus.

Die hier vertretene Position steht auch mit der Auffassung der herrschenden Meinung zum Strafgrund der Teilnahme im Einklang: Wird mit der sogenannten „akzessorietätsorientierten Verursachungstheorie“ angenommen, dass der Strafgrund der Teilnahme letztlich „in der Verursachung fremden Unrechts durch Mitwirken an der Normverletzung des Täters“ liegt,¹⁸⁵⁹ ist es konsequent, wenn die unions- und völkerrechtlichen Wertungen, die einer Einordnung der Einreise und des (temporären) Aufenthalts von Flüchtlingen als Unrecht entgegenstehen, dahingehend übersetzt werden, dass auch keine Mitwirkung an einer Normverletzung durch den „Gehilfen“ vorliegt und deshalb die Einreiseunterstützung zugunsten von Flüchtlingen keinen strafrechtlichen Unrechtsvorwurf begründen darf.¹⁸⁶⁰

Demgegenüber sind Unterstützungshandlungen, die gegen (das Versprechen der) Gewährung eines Vorteils geleistet werden, unter normativen Gesichtspunkten nicht als sozialadäquat einzuordnen. Dagegen sprechen – trotz des Befundes, dass Flüchtlinge seit jeher auf die Inanspruchnahme professioneller Schleuser angewiesen waren – die Wertungen des Schleuserprotokolls der Palermo-Konvention und die unionsrechtliche Pönalisierungspflicht nach Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG, die durch § 96 Abs. 1 AufenthG erfüllt wird.¹⁸⁶¹

Aus dem Übermaßverbot, das sich jedenfalls an Art. 2 Abs. 1 GG anknüpfen lässt, im Bereich religiös motivierter Unterstützungshandlungen aber auch durch Art. 4

1857 Dazu schon oben C. V.

1858 Dazu oben C. IV. 2. b).

1859 MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, Vor § 26 Rn. 10 f., 16 f. m.w.N.; siehe ferner und statt vieler jeweils m.w.N. Otto, FS Lencker, 1998, 193, 194 f.; Lackner/Kühl/Heger/Pohlreich, StGB, 31. Aufl. 2025, Vor § 25 Rn. 8; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, Vor § 25 ff. Rn. 14 f.

1860 Im Ergebnis übereinstimmend, aber auf den fehlenden deliktischen Sinnbezug abstellend *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 292 f.

1861 Oben C. III. 2. a) und IV. 3.

Abs. 1, 2 GG verstärkt wird,¹⁸⁶² folgt zudem, dass auch schlichte *mitmenschliche Solidarität* gegenüber Personen ohne gültige Einreise- und Aufenthaltspapiere keine strafbare Beihilfe darstellen kann. Hierzu gehören sämtliche Unterstützungsleistungen, die eine menschenwürdige Existenz sicherstellen sollen.¹⁸⁶³ Insoweit durchbricht das Konzept der normativen Sozialadäquanz zwar die akzessorietätsorientierte Unrechtsbestimmung; dies ist allerdings im Blick auf die Gesetzesfassung, die zu einer unverhältnismäßigen tatbestandlichen Erfassung humanitärer Unterstützungshandlungen führt, geboten. Insoweit findet das Strafrecht seine Grenze im Verfassungsrecht.¹⁸⁶⁴ Im Folgenden werden diese Grundsätze auf die besonders relevanten Fallgruppen angewandt.

b) Fallgruppen

aa) Unterstützungshandlungen bei der Einreise

(1) Flüchtlinge

Wie bereits ausgeführt, ist die Unterstützung von Flüchtlingen aus humanitären Gründen schon mangels Vorliegens einer rechtswidrigen Tat nicht strafbar, aber auch auf Grundlage der Gegenauffassung normativ sozialadäquat und daher schon objektiv keine strafbare Beihilfe. Die Versorgung von Flüchtlingen, die ihnen die Fortsetzung der Flucht in Richtung Bundesrepublik erleichtert oder mangels eigener Ressourcen erst ermöglicht, die kostenfreie Mitnahme von Flüchtlingen in privaten Kraftfahrzeugen oder der Kauf von Zug- oder Bustickets für Flüchtlinge stellt im Blick auf das internationale Flüchtlingsschutzrecht, aber auch im Blick auf Art. 2 Abs. 1 und 4 Abs. 1 und 2 GG kein rechtlich missbilliges Verhalten dar.

Je nach Situation kann es zudem im Blick auf § 323c StGB oder gar zur Vermeidung einer Strafbarkeit wegen Unterlassens (§ 13 StGB) geboten sein, Flüchtlinge bei ihrer

1862 Vgl. *Grefen*, Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik, 2001, 268.

1863 So auch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26; *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 154 ff., die auf Grundlage des Kriteriums des deliktischen Sinnbezugs zu diesem Ergebnis gelangt; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 24; ähnlich argumentiert allgemein *Ransiek*, wistra 1997, 41, 45. Für einen Abschluss von Leistungen, die der Befriedigung existenzieller Lebensbedürfnisse dienen, aus dem Bereich strafbarer Beihilfe im Blick auf die Menschenwürdegarantie, das Rechtsstaatsprinzip und das Recht auf Leben auch *Hartmann*, ZStW 2004, 585, 603; siehe ferner für den Kontext der Strafvereitelung und Konstellationen der Unterkunftsheberbergung und anderer humanitärer Handlungen *Otto*, FS Amelung, 2009, 225, 243; demgegenüber kritisch bezüglich der Verallgemeinerungsfähigkeit *Amelung*, FS Grünwald, 9, II f. Im Einzelnen unten b) zu den Fallgruppen.

1864 Ähnlich im Ansatz *Hartmann*, ZStW 2004, 585, 603 f. Allerdings dürfte *Hartmann* mit dem von ihm herangezogenen Kriterium der Setzung weiterer Risiken im Fall des unerlaubten Aufenthalts möglicherweise zu einem abweichenden Ergebnis gelangen, weil hier die Existenzsicherung gerade die Tatverwirklichung ermöglicht.

Einreise in die Bundesrepublik zu unterstützen. Zu denken ist insbesondere an Fälle der Seenot, bei denen der Kapitän eines rettungstauglichen Schiffes rechtlich zur Rettung und zum Transport in einen sicheren Hafen verpflichtet ist.¹⁸⁶⁵ Wissen die an der Seenotrettung beteiligten Personen, dass sie die Flüchtlinge bei einer beabsichtigten Einreise in die Bundesrepublik durch Rettung und Transport unterstützen, handelten sie im Ausgangspunkt tatbestandsmäßig. Allerdings ist im Blick auf die Wertungen des Seevölkerrechts und die Strafbewehrung der Hilfeverweigerung davon auszugehen, dass es sich um ein sozialadäquates, rechtlich gewünschtes und sogar gebotenes Verhalten handelt, das nicht erst gemäß § 34 StGB gerechtfertigt ist.¹⁸⁶⁶

(2) Andere Personen

Vergleichbare Wertungen für Personen, die ohne Schutzsuchende zu sein, insbesondere zum Zwecke der Erwerbstätigkeit unerlaubt in die Bundesrepublik einreisen, existieren nicht. Hier gilt im Gegenteil der zuvor dargestellte Grundsatz, dass aus der Staatssouveränität das Recht jedes Staates folgt, selbst über Zugang zu und Aufenthalt in seinem Staatsgebiet zu bestimmen. Dementsprechend stellt die gezielte Beihilfe zur Einreise in diesem Fall grundsätzlich auch kein normativ sozialadäquates Verhalten dar. Auch das Kriterium des deliktischen Sinnbezugs kann in Fällen, in denen Migranten nicht nur lokal versorgt, sondern für die Weiterreise ausgestattet oder bei dieser unterstützt werden, nicht zum Entfallen des objektiven Tatbestandes führen. Weiß der Unterstützer um die aufenthaltsrechtliche Situation des einreisewilligen Ausländers, liegt in diesen Fällen daher grundsätzlich eine strafbare Beihilfe zur unerlaubten Einreise gemäß §§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, 27 Abs. 1 StGB vor.

Etwas anderes gilt allerdings, wenn es nicht um eine *gezielte* Einreiseförderung geht, sondern durch die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung oder medizinische Versorgung auf der Einreiserooute den Betroffenen lediglich eine Erleichterung in der Not verschafft wird. Diese Handlungen erschöpfen sich in Akten mitmenschlicher Solidarität. Anders als in den Fällen des unerlaubten Aufenthalts wird hier bereits der deliktische Sinnbezug in Frage zu stellen sein, da zwar die Fortsetzung der Migration in die Bundesrepublik objektiv erleichtert wird, jedoch die Unterstützungshandlungen zum einen grundsätzlich legale Handlungen, die auch außerhalb des Einreisekontextes für den Leistungsempfänger sinnvoll sind, darstellen und zum anderen regelmäßig nicht zielgerichtet im Blick auf die angestrebte Einreise erbracht

¹⁸⁶⁵ *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 91 ff.

¹⁸⁶⁶ Jedenfalls aber greift § 34 StGB in diesen Fällen ein, vgl. *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 91 ff. Für eine Lösung über eine „Sperrwirkung“ des § 96 AufenthG *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 106 f., die eine Rechtfertigung vor allem der Hafeneinfahrt *de lege lata* nur in eng begrenzten Fällen annimmt, S. 255 ff.

werden, sondern zur Abwendung von Härten auf der Migrationsroute.¹⁸⁶⁷ Zudem kommen auch hier die verfassungsrechtlichen Wertungen zum Tragen.

bb) Die Unterstützung Papierloser

Besonders schwierige Abgrenzungsfragen stellen sich bei der Unterstützung von Personen, die sich ohne gültige Papiere im Bundesgebiet aufhalten. Sofern der Unterstützer seine Unterstützungshandlungen in Kenntnis des Aufenthaltsstatus erbringt, lässt sich ein deliktischer Sinnbezug aufgrund der Ausgestaltung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG als Dauerdelikt, das durch Unterlassen begangen wird, nicht verneinen, da jede Handlung, welche die Aufrechterhaltung des „unerlaubten Zustandes“ fördert oder erleichtert, diesen Sinnbezug aufweist.¹⁸⁶⁸ Darin besteht der wesentliche Unterschied zwischen der Unterstützung einer unerlaubten Einreise, die sich auf einen konkreten Vorgang bezieht, und der Förderung eines unerlaubten Aufenthalts.

(1) Gewährung von Unterkunft und Verpflegung

(a) Altruistisch motivierte Hilfeleistung

Die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung ist in zahlreichen Konstellationen vorstellbar. Neben der Aufnahme von papierlosen Personen aus altruistischer Motivation heraus ist insbesondere naheliegend, dass Menschen aufgrund freundschaftlicher oder partnerschaftlicher Verbundenheit papierlose Personen in ihre Wohnung aufnehmen und sie verpflegen. Auch in diesen Konstellationen stellt sich die Frage nach einer Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt gemäß §§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, 27 Abs. 1 StGB. Dabei ist der in der Rechtsprechung zunächst vertretenen Auffassung, bei fest zum Verbleib im Bundesgebiet entschlossenen Ausländern führe die Unterstützungshandlung schon deshalb nicht zu einer Beihilfe-strafbarkeit, weil die Unterstützungshandlung für die Tatbegehung nicht ursächlich sei,¹⁸⁶⁹ zu widersprechen. Zum einen wird nach der gefestigten Rechtsprechung gerade keine Kausalität der Beihilfehandlung verlangt. Dementsprechend kann auch schon die Erleichterung des fortgesetzten Aufenthalts genügen, um eine Beihilfe-

1867 Noch weitergehend *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 292 f., der sogar die Beförderung in Richtung des Bundesgebiets aus dem Bereich strafbarer Beihilfe ausklammert.

1868 Vgl. schon oben E. II. 5. a) bb).

1869 BGH NJW 1990, 2207, 2208; BayObLG NStZ 1999, 627 f.; BayObLG, Beschl. v. 25.6.2001 – 4 St RR 77/01, BeckRS 2002, 212; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.8.2001 – 2a Ss 149/01 – 46/01 II, BeckRS 2001, 30202310; KG NStZ 2006, 530, 531; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.1.2009 – 2 Ss 53/08, BeckRS 2009, 8572; in diese Richtung geht auch die Argumentation bei GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn.17. Auch Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn.71, meint, der Haupttäter müsse seinen weiteren Aufenthalt von der Hilfeleistung abhängig machen.

strafbarkeit zu begründen.¹⁸⁷⁰ Zum anderen gelangten selbst die Literaturstimmen, welche die Kausalität der Beihilfehandlung voraussetzen, nicht zum Ausschluss einer Beihilfe strafbarkeit mangels Kausalität. Denn sie nehmen eine solche Beihilfe-kausalität bereits an, wenn die Hilfeleistung die Art und Weise der Haupttatverwirklichung beeinflusst hat; maßgeblich ist danach stets die Förderung des tatbestandlichen Erfolgs in seiner konkreten Gestalt.¹⁸⁷¹ Für die hier maßgeblichen Fälle folgt daraus, dass ohne die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung Betroffene zwar möglicherweise dennoch im Bundesgebiet verblieben, sodass der Taterfolg des unerlaubten Aufenthalts unabhängig von der Hilfeleistung einträte. Allerdings erfolgte ein solch unerlaubter Aufenthalt unter gänzlich anderen Voraussetzungen. Insbesondere liegt es auf der Hand, dass ohne Unterkunft und Verpflegung eine dauerhafte Vermeidung des Kontakts mit staatlichen Hoheitsträgern erheblich erschwert wäre. Dementsprechend muss eine entsprechende Hilfeleistung als für den unerlaubten Aufenthalt in seiner *konkreten* Ausgestaltung kausal qualifiziert werden.¹⁸⁷² Mindestens läge ein Fall psychischer Beihilfe vor, weil der Betroffene in seinem Entschluss, im Bundesgebiet zu verbleiben, weiter gestärkt würde.¹⁸⁷³

Auch wenn daher der Ansatz, die Kausalität abzulehnen, nicht trägt, handelt es sich *nicht* um Fälle strafbarer Beihilfe. Vielmehr liegt ein normativ sozialadäquates, grundrechtlich jedenfalls nach Art. 2 Abs. 1 GG geschütztes Verhalten vor, dessen Kriminalisierung mit dem Übermaßverbot unvereinbar wäre.¹⁸⁷⁴ Die Aufnahme von oftmals mittellosen, von Obdachlosigkeit bedrohten und aufgrund ihres Aufenthaltsstatus prekarierten Menschen entspricht dem Gebot mitmenschlicher Solidarität.

1870 BGH NStZ 2010, 171, 172; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2005, 184, 186; OLG Hamm, Beschl. v. 1.6.2010 – 3 RVs 310/09, BeckRS 2010, 16651; ohne Begründung OLG Köln NStZ-RR 2003, 184, 185. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 48; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26; König, NJW 2002, 1623, 1624; Lenk, JZ 2022, 623, 624. Kritisch gegenüber einem Kausalitätskriterium auch Schmorl, Die Grenzen der Beihilfe strafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 142 f. Jüngst hat der BGH in einer ansatzweise vergleichbaren Konstellation (Verbleib beim sogenannten „Islamischen Staat“) nochmals klargestellt, dass eine Beihilfe (in Form der zur Täterschaft vertypen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung) auch dann nicht ausscheidet, wenn der Täter zur Tatbegehung „ohnehin fest entschlossen war“, siehe BGH NJW 2025, 1140, 1143. Auf das „Ausmaß der fördernden Wirkung“ komme es nämlich im Grundsatz nicht an.

1871 Dazu m.w.N. TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 3; MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 35 f.; siehe auch Otto, FS Lencker, 1998, 193, 195 f.: „ermöglicht, erleichtert, beschleunigt oder intensiviert“.

1872 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 189 f.

1873 Vgl. MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 43; differenzierend Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 71.

1874 Überzeugend daher LG Landshut NStZ-RR 2009, 61; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 73; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 24. Ebenfalls auf den Gedanken der Sozialadäquanz im Kontext des Kirchenasyls rekurrierend Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 191. Anders dagegen OLG Hamm, Beschl. v. 1.6.2010 – 3 RVs 310/09, BeckRS 2010, 16651; ohne nähere Ausführungen auch BGH NStZ 2010, 171, 172.

Es geht in diesen Fällen regelmäßig nicht in erster Linie darum, den unerlaubten Aufenthalt zu ermöglichen, sondern diesen menschenwürdig zu gestalten. Kommen sozial-familiäre Bindungen hinzu, entspricht es dem in der Bundesrepublik Deutschland sozial üblichen Verhalten, das in seinem Kernbereich auch durch Art. 6 GG geschützt wird, eine Wohngemeinschaft miteinander einzugehen. Auf den Aufenthaltsstatus kann es dabei nicht ankommen.¹⁸⁷⁵

Die insbesondere vom Oberlandesgericht Hamm vertretene Gegenposition, wonach humanitären Gründen im Rahmen des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens abschließend Rechnung getragen würde, sodass eine Strafflosigkeit entsprechender Hilfeleistungen nur ausnahmsweise in Betracht komme,¹⁸⁷⁶ überzeugt nicht. Sie vermengt die aufenthaltsrechtliche Frage nach dem Bestehen von Abschiebehindernissen, die nicht die Ausgestaltung des Aufenthalts im Bundesgebiet betreffen, sondern die Frage, ob eine Aufenthaltsbeendigung überhaupt möglich ist, mit der Frage nach der strafrechtlichen Relevanz mitmenschlich solidarischen Verhaltens. Die Durchsetzung der Ausreisepflicht obliegt jedoch allein dem Staat. Die Bürger sind für diese weder unmittelbar noch mittelbar verantwortlich. Die Kriminalisierung der Gewährung von Unterkunft und Verpflegung gegenüber Papierlosen bewirkte in der Konsequenz aber ein strafbewehrtes Verbot mitmenschlicher Solidarität; geboten wäre gar die aktive Verweigerung von Unterstützung, die in anderen Zusammenhängen – etwa bei der Unterbringung von (deutschen) Obdachlosen – als ehrenwertes karitatives Verhalten gewürdigt wird. Eine derartige Verbotsnorm stellte einen unverhältnismäßigen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und in die Glaubens(ausübungs)- und Gewissensfreiheit nach Art. 4 GG dar; sofern familiäre Bindungen bestehen, wäre auch Art. 6 GG betroffen.

§ 96 Abs. 1 AufenthG steht der hier vertretenen Auffassung mit seinen Wertungen nicht entgegen, da nach einer Gesetzesänderung 2007, die gerade Tätigkeiten aus karitativen und humanitären Gründen aus dem Tatbestand ausschließen sollte,¹⁸⁷⁷ die Hilfeleistung zum unerlaubten Aufenthalt (§ 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) nur noch dann dem Tatbestand unterfällt, wenn der Täter sich einen Vermögensvorteil versprechen lässt oder einen solchen erhält. Die Grenze der normativen Sozialadäquanz wird erst dort überschritten, wo die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung in ein *aktives* Verstecken übergeht, etwa gegenüber mit aufenthaltsbeendenden Maßnahmen betrauten Polizeibeamten.¹⁸⁷⁸ Ein bloß latentes Risiko, bei Entdeckung

1875 LG Landshut NStZ-RR 2009, 61. In diese Richtung bereits BGH NJW 1990, 2207, 2208.

1876 OLG Hamm, Beschl. v. 1.6.2010 – 3 RVs 310/09, BeckRS 2010, 16651.

1877 Vgl. oben A. II. 6. a).

1878 Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26; TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 24. Ähnlich für den Kontext der Strafvereitelung Otto, FS Amelung, 2009, 225, 243 f. Enger GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 38, der nur Handlungen „im Rahmen wirklicher Notbehebung“ als straffrei ansehen will.

abgeschoben zu werden, ist hierfür allerdings nicht ausreichend, da dieses für papierlose Menschen zu jedem Zeitpunkt besteht.

(b) Andere Fälle

Nicht unter dem Gesichtspunkt der normativen Sozialadäquanz aus dem Bereich strafbaren Verhaltens auszuschneiden sind demgegenüber die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung zum Zwecke der Ausbeutung der Arbeitskraft oder aus anderen rechtlich missbilligten Gründen. Im Einzelfall können gerade Motivbündel Schwierigkeiten bereiten. So stellt die Überlassung von Wohnraum zu marktüblichen Konditionen zunächst ein normativ sozialadäquates Verhalten dar.¹⁸⁷⁹ Ein Kontrahierungsverbot führte nämlich dazu, dass papierlose Personen letztlich in die Obdachlosigkeit gezwungen würden. Dies ist mit den zuvor dargestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen unvereinbar. Wenn die Überlassung aber vor dem Hintergrund erfolgt, dass der Überlassende oder in seinem Lager stehende Personen von Dienstleistungen des betroffenen Ausländers profitieren wollen, auf die sie andernfalls keinen Anspruch hätten und die nicht adäquat vergütet werden, muss die Sozialadäquanz des Verhaltens verneint werden.

(c) Sonderfall: Die Strafbarkeit der Gewährung von Kirchenasyl

Eine besondere Konstellation bildet die Gewährung von Kirchenasyl. Damit ist die Aufnahme von (abgelehnten) Asylbewerbern in Räumlichkeiten der Kirchengemeinde gemeint, wodurch erreicht werden soll, dass sie trotz vollziehbarer Ausreisepflicht nicht abgeschoben werden, sondern nach erneuter Prüfung ihres Falles oder im Rahmen einer Härtefallregelung doch noch im Bundesgebiet verbleiben dürfen. Kirchengemeinden gewähren Kirchenasyl vor allem besonders vulnerablen Schutzsuchenden und folgen dabei einer langen Tradition kirchlicher Asylgewährung.¹⁸⁸⁰ Zunächst greifen hier die zuvor skizzierten Grundsätze, wonach die bloße Zurverfügungstellung von Unterkunft und Verpflegung keine Strafbarkeit begründet. Die Fälle des Kirchenasyls sind allerdings oftmals so gelagert, dass aufgrund einer konkret bevorstehenden Abschiebung Personen in das Kirchenasyl aufgenommen werden, um die Abschiebung zu verhindern.¹⁸⁸¹ Sie erhalten Zuflucht, Unterkunft und Verpflegung in Räumlichkeiten der Kirche. Hinsichtlich der strafrechtlichen Bewertung muss dementsprechend differenziert werden:

1879 Anders – ohne nähere Auseinandersetzung – LG Münster NStZ-RR 2004, 378; ebenfalls gegen die Annahme einer „straffreien Alltagshandlung“ *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 201.

1880 Vgl. *Botta*, ZAR 2017, 430, 435; *Buchholz*, StraFo 2018, 506; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 213 f.; *Grefen*, Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik, 2001, 52 ff.

1881 Deshalb konsequent gegen die Annahme sozialadäquaten Verhaltens *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 221.

Bereits mangels tatbestandsmäßiger Haupttat scheidet eine Strafbarkeit wegen Beihilfe in den Fällen aus, in denen die zuständige Behörde die Gewährung von Kirchenasyl anerkennt oder jedenfalls tatsächlich duldet. Zwar kann in der Untätigkeit der Behörde nicht der Erlass eines Verwaltungsakts in Form der Ermessensduldung oder einer sogenannten faktischen Duldung gesehen werden, schon weil die Duldung gemäß § 77 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG zwingend in Schriftform zu erteilen ist und daher für eine stillschweigende Erteilung kein Raum bleibt.¹⁸⁸² Allerdings hat die Behörde in diesen Fällen Kenntnis vom Aufenthalt des Betroffenen und könnte, da sie weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht an einer Vollstreckung aufenthaltsbeendender Maßnahmen gehindert ist,¹⁸⁸³ auch aus dem Kirchenasyl heraus eine Abschiebung vornehmen. Verzichtet sie erkennbar darauf und bleibt sie untätig, besteht ein Anspruch auf Duldung gemäß § 60a Abs. 2 AufenthG.¹⁸⁸⁴ Insoweit gelten die zuvor herausgearbeiteten Grundsätze, wonach es die Konzeption des Aufenthaltsgesetzes gebietet, einen ausreisepflichtigen Ausländer entweder unverzüglich abzuschieben oder ihn zu dulden. Für ein Statusvakuum ist kein Raum, da es ansonsten den Ausländerbehörden überlassen wäre, die Strafbarkeit des Ausländers zu vermeiden oder durch Untätigkeit herbeizuführen.¹⁸⁸⁵ In der Anerkennung oder jedenfalls tatsächlichen Duldung des unerlaubten Aufenthalts eines Ausländers liegt daher ein aus der Selbstbindung der Ausländerbehörde resultierendes vorübergehendes rechtliches Abschiebehindernis begründet.¹⁸⁸⁶ Dies wiederum

1882 OLG München NJW 2018, 3041, 3042; Kluth, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 77 AufenthG Rn. 9.7. Anders Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 213.

1883 OLG München NJW 2018, 3041, 3043; BayObLG NStZ 2022, 486, 487 f.; Botta, ZAR 2017, 430, 439 f.

1884 AG Landau a. d. Isar, Beschl. v. 20.5.2020 – 6 Cs 504 Js 30099/19, BeckRS 2020, 20977, Rn. 6; so auch Mosbacher, NStZ 2022, 491, der allerdings den Duldungsanspruch nicht auf § 60a AufenthG stützt; wohl auch Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 212, wobei unklar bleibt, ob nicht schon eine faktische Duldung angenommen wird. Anders dagegen Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 188; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 96; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 218 f.; Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 204; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 54; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 223, aber zugleich anders auf S. 312 („faktische Aussetzung“); Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßner, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 78.

1885 BVerfG NStZ 2003, 488; so grundsätzlich auch BayObLG NStZ 2022, 486, 488; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 213, 215; Mosbacher, NStZ 2022, 491. Siehe dazu schon oben D. I. 3. und E. II. 1. b) bb) (3).

1886 In diese Richtung BayObLG NStZ 2022, 486, 488, dessen Ausführungen zum Dublin-Verfahren sich insoweit übertragen lassen, auch wenn der Senat für Fälle außerhalb des Dossierverfahrens gerade *keinen* Duldungsanspruch annehmen möchte; auch Lenk, JZ 2022, 623, 627, geht von einer Selbstbindung der Verwaltung in Fällen des Dossier-Verfahrens aus, stützt dies aber auf Verwaltungsvorschriften der Innenministerien der Länder zum Umgang mit Kirchenasyl in Dossier-Fällen. Dagegen Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 188, die darauf verweist, dass die Behörde nicht untätig bleibe, „weil sie den ungenehmigten Aufenthalt billigt, sondern vor allem, weil sie einen Polizeieinsatz innerhalb der Kirche aus Gründen der Konvention scheut oder politisch für untunlich hält.“ Ähnlich argumentieren Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 204 ff. und Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 223. Diese Argumentation verschleiern jedoch, dass es in einer rechtlichen Perspektive nicht darauf ankommen kann, weshalb die Behörde bei Kenntnis des Aufenthaltsortes des Betroffenen auf eine Vollstreckung verzichtet, sondern nur auf den tatsächlichen

bewirkt, dass sich der betroffene Ausländer in Fällen, in denen die Behörde Kenntnis von der Gewährung des Kirchenasyls hat und gleichwohl keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ergreift, aufgrund des bestehenden Duldungsanspruchs nicht nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG strafbar macht und sich dementsprechend auch ihn unterstützende kirchliche Entscheidungsträger nicht wegen Beihilfe strafbar machen können.¹⁸⁸⁷

Für die inzwischen dominierenden¹⁸⁸⁸ sogenannten Dublin-Fälle, bei denen nach der VO (EU) 604/2013 ein anderer EU-Mitgliedstaat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig wäre und ein Asylbewerber deshalb noch vor einer inhaltlichen Prüfung seines – gemäß § 29 Abs. 1 AsylG unzulässigen – Asylantrags gemäß § 34a Abs. 1 Satz 1 AsylG in diesen Staat abgeschoben werden soll, entspricht die vorübergehende Duldung des Kirchenasyls der ständigen Praxis der nach § 71 Abs. 1 Satz 1 AufenthG grundsätzlich für die Abschiebung zuständigen Ausländerbehörden in Koordination mit dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge.¹⁸⁸⁹ So sieht eine Vereinbarung zwischen den christlichen Kirchen und dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge vom 24. Februar 2015 für diese Fälle ein spezifisches Verfahren (Dossierverfahren) bei der Gewährung von Kirchenasyl vor. Danach sind bestimmte Verfahrensschritte einzuhalten, wie insbesondere die Erstellung und Übermittlung eines Härtefalldossiers, die Information des Bundesamts über den Eintritt in das Kirchenasyl und die Benennung einer Ansprechperson. Im Gegenzug prüft das Bundesamt den im Härtefalldossier beschriebenen Einzelfall und entscheidet über die Ausübung des sogenannten Selbsteintrittsrechts nach Art. 17 Abs. 1 VO (EU) 604/2013, das es Staaten im Rahmen ihres Ermessens gestattet, Asylverfahren auch dann durchzuführen, wenn sie nach der Dublin-III-Verordnung nicht zuständig wären.¹⁸⁹⁰ Das Vorgehen nach dieser Vereinbarung bewirkt, dass der betroffene Ausländer für die Dauer des Dossierverfahrens einen Duldungsanspruch im Sinne des § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG aufgrund eines rechtlichen Abschiebehindernisses hat, weil die zuständigen Ausländerbehörden im Blick auf die Vereinbarung bis zum Abschluss des Verfahrens auf eine Vollstreckung der Ausreisepflicht verzichten.¹⁸⁹¹ Der Duldungsanspruch entsteht dabei mit Eintritt in das Dossierverfahren, das

Umstand des Vollstreckungsverzichts; ähnlich *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 218 f.; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 215.

1887 Vor Entscheidung des BVerfG zum Duldungsanspruch anders LG Osnabrück NStZ 2002, 604 ff. Kritisch im Blick auf den „Willen des Gesetzgebers“ *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 222.

1888 Für das Jahr 2022 wurden von der Ökumenischen Bundesarbeitsgemeinschaft Asyl in der Kirche 1119 Kirchenasyle dokumentiert, von denen 1098 auf Dublin-Fälle entfielen, vgl. Ökumenische Bundesarbeitsgemeinschaft Asyl in der Kirche, Jahresbericht 2022, 3, abrufbar unter: <<https://kirchenasyl.de/taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht-2022/>>.

1889 Dazu OLG München NJW 2018, 3041; BayObLG NStZ 2022, 486, 488; *Lenk*, JZ 2022, 623, 626 f.

1890 Vgl. das Merkblatt zur Vereinbarung, abrufbar unter: <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/AsylFluechtlingsschutz/merkblatt-kirchenasyl.pdf?__blob=publicationFile&v=5>; dazu BayObLG NStZ 2022, 486.

1891 BayObLG NStZ 2022, 486, 488; *Buchholz*, StraFo 2018, 506, 507.

spätestens mit der Meldung des Eintritts in das Kirchenasyl, die am gleichen Tag per E-Mail an das Bundesamt zu erfolgen hat,¹⁸⁹² beginnt.¹⁸⁹³ Dies wiederum führt dazu, dass eine Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG entfällt, bis eine abschließende Entscheidung des Bundesamts ergangen und das Kirchenasylverfahren damit beendet ist, weil damit auch der Duldungsanspruch erlischt, wenn nicht die Ausländerbehörde durch ihr Verhalten ein Fortbestehen bewirkt. Dementsprechend kann für die Dauer der Verfahrensdurchführung auch keine Strafbarkeit kirchlicher Entscheidungsträger wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt eintreten.¹⁸⁹⁴ Diese vor allem in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertretene Position entspricht letztlich den zuvor dargelegten Grundsätzen über die tatsächliche Duldung des unerlaubten Aufenthalts und den daraus resultierenden Duldungsanspruch. Der Vereinbarung zwischen dem Bundesamt und den Kirchen kommt somit keine über die Etablierung einer Verwaltungspraxis hinausgehende rechtliche Bedeutung zu. Sie ist lediglich eine verfahrenstechnisch formalisierte Ausformung der zuvor erörterten Fallgruppe der tatsächlichen Duldung. Vor diesem Hintergrund überzeugt es nicht, wenn die Rechtsprechung bislang zwischen diesen Fällen differenziert und nur für den Fall der Durchführung des Dossierverfahrens einen Duldungsanspruch annimmt.¹⁸⁹⁵

Wenn nach einer negativen Entscheidung des Bundesamtes das Kirchenasyl fortgeführt wird, stellt sich die Frage, ob nunmehr eine strafbare Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt durch die kirchlichen Entscheidungsträger erfolgt. Insoweit gilt zunächst der bereits zuvor erläuterte Grundsatz, dass bei Kenntnis der Behörde vom Aufenthalt des ausreisepflichtigen Ausländers im Kirchenasyl und gleichzeitiger Untätigkeit eben dieser Behörde von einem Duldungsanspruch auszugehen ist, der so lange fortbesteht, bis die Behörde den Aufenthalt durch Vollzug der Abschiebung beendet.¹⁸⁹⁶

Aber auch wer der in der Rechtsprechung angedeuteten Gegenposition folgt und einen Duldungsanspruch außerhalb des Dossierverfahrens verneint, gelangt in den Fällen erfolglos durchlaufener Dossierverfahren zu einer Straflosigkeit der Fortsetzung des Kirchenasyls. Zwar entfele mit der das Kirchenasylverfahren beendenden

1892 Vgl. das Merkblatt zur Vereinbarung, abrufbar unter: <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/AsylFluechtlingsschutz/merkblatt-kirchenasyl.pdf?__blob=publicationFile&v=5>.

1893 BayObLG NStZ 2022, 486, 488. Für den Zeitraum vom Eintritt bis zum Absenden der E-Mail kommt nach der hier und auch vom BayObLG vertretenen Auffassung keine Beihilfestrafbarkeit in Betracht, weil die nur kurzfristige „Unterstützung“, die hier zudem erkennbar auf die Einleitung des Dossierverfahrens und damit die Herbeiführung eines Duldungsanspruchs gerichtet ist, keine Erleichterung der Haupttat, namentlich des unerlaubten Aufenthalts, darstellt, da sie keine tatsächliche Förderungseignung aufweist. Siehe auch BGH NStZ 2010, 171, 172.

1894 BayObLG NStZ 2022, 486, 488.

1895 Jedenfalls andeutend OLG München NJW 2018, 3041, 3043; BayObLG NStZ 2022, 486, 487 f.; ausdrücklich AG Kitzingen, Urt. v. 26.4.2021 – 1 Cs 882 Js 16548/20, BeckRS 2021, 8708, Rn. 11; wie hier dagegen Mosbacher, NStZ 2022, 491.

1896 So auch Mosbacher, NStZ 2022, 491.

Entscheidung des Bundesamts die Duldung spätestens mit Ablauf einer durch die Ausländerbehörde gesetzten Frist zum Verlassen des Kirchenasyls, sodass § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG grundsätzlich anwendbar wäre und zu einer Strafbarkeit des im Kirchenasyl verbleibenden Ausländers führte.¹⁸⁹⁷ Es stellte sich dann aber die Frage, wie die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung in den kirchlichen Räumlichkeiten in rechtlicher Hinsicht zu qualifizieren ist. Insbesondere die Zurverfügungstellung von Nahrungsmitteln und Getränken stellt eine regelmäßig wiederholte aktive Tätigkeit dar und könnte daher als Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt durch aktives Tun bewertet werden, sofern sie nicht als sozialadäquates Verhalten aus dem Tatbestand ausgeschieden wird.¹⁸⁹⁸ Diese Handlungen ermöglichen dem Betroffenen nämlich den Verbleib im Kirchenasyl und damit im Bundesgebiet. Gleichwohl liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit – nach der vor allem durch die Rechtsprechung geprägten herrschenden Meinung ist die Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen daran zu messen¹⁸⁹⁹ – bei der Fortsetzung einer einmal begonnenen Gewährung von Unterkunft und Verpflegung nicht auf einem aktiven Tun, sondern einem Unterlassen der Beendigung des Kirchenasyls.¹⁹⁰⁰ Der einmal in das Kirchenasyl aufgenommene Asylbewerber befindet sich aufgrund der ursprünglichen Gewährung von Kirchenasyl nämlich bereits in den Räumlichkeiten der Kirche und muss nicht erneut eingelassen werden. Der Schwerpunkt der Gewährung von Kirchenasyl besteht wiederum nicht in der Verpflegung des Asylbewerbers, sondern in dessen Aufnahme und Beherbergung unter dem Dach der – oftmals tatsächlich¹⁹⁰¹, nicht aber rechtlich – besonders geschützten Kirchengemeinde. Deshalb ist der Gesamtkomplex der fortgesetzten Gewährung von Kirchenasyl im Schwerpunkt als Unterlassen einzuordnen.¹⁹⁰² Dies gilt auch, wenn die Grundsätze der psychischen Beihilfe herangezogen werden, wonach auch eine bloße Bestärkung des Haupttäters in seinem Tatentschluss zu einer Strafbarkeit wegen Beihilfe führen kann. Die Bestärkung des Tatentschlusses in diesem Sinne setzt mehr voraus als Passivität und darf insbesondere nicht zu einer Umgehung der Anforderungen des § 13 StGB führen.¹⁹⁰³ Dementsprechend müsste in den Fällen der

1897 BayObLG NStZ 2022, 486, 488 f. Gemäß § 60a Abs. 5 Satz 3 AufenthG bedarf es dabei keiner erneuten Abschiebungsandrohung und Fristsetzung, sodass die Strafbarkeit unmittelbar mit Wegfall des Duldungsanspruchs eintritt.

1898 In diese Richtung auch AG Landau a. d. Isar, Beschl. v. 20.5.2020 – 6 Cs 504 Js 30099/19, BeckRS 2020, 20977, Rn. 6; *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 191.

1899 St. Rspr. BGH NJW 1954, 766, 768; 1995, 204, 206; NStZ 1999, 607; 2003, 657; NJW 2015, 96, 100; NStZ-RR 2019, 74; zustimmend *Rengier*, Strafrecht AT, 17. Aufl. 2025, § 48 Rn. 10; kritisch MK-StGB/*Freund/Rostalski*, 5. Aufl. 2024, § 13 Rn. 5 ff.; NK-StGB/*Gaede*, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 7.

1900 BayObLG NStZ 2022, 486, 487, 489; zustimmend *Lenk*, JZ 2022, 623, 627.

1901 BVerwG NVwZ 2021, 875, 877 („bewusster Verzicht“); BayObLG NStZ 2022, 486, 489, geht davon aus, dass die Behörden „regelmäßig auch nach negativer Einzelfallentscheidung des BAMF den Kirchenraum respektieren und weder durchsuchen noch den Geflüchteten festnehmen.“

1902 BayObLG NStZ 2022, 486, 489 f.

1903 BGH NStZ-RR 2019, 271; BayObLG NStZ 2022, 486, 489.

Fortsetzung von Beherbergung und Verpflegung ein weiteres Bestärkungsmoment hinzutreten, um eine psychische Beihilfe durch aktives Tun zu begründen. Fehlt es an einem solchen, folgt für die vorliegende Fallkonstellation, dass eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt nur dann in Betracht kommen kann, wenn den kirchlichen Entscheidungsträgern eine Garantenstellung gegenüber dem staatlichen Anspruch auf Durchsetzung aufenthaltsbeendender Maßnahmen zukäme. Eine dahingehende Garantenpflicht ergibt sich jedoch weder aus dem Gesetz noch lässt sich eine solche unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz herleiten. Diese setzte nämlich ein pflichtwidriges Vorverhalten des Garanten voraus, das die Gefahr des Eintritts des tatbestandlichen Erfolgs verursacht.¹⁹⁰⁴ Die Gewährung von Kirchenasyl unter Einhaltung des mit dem Bundesamt vereinbarten Verfahrens ist jedoch nicht pflichtwidrig – sie verletzt keine Sorgfaltspflicht, die dem Schutz des betroffenen Rechtsguts dient –, sondern aufgrund des Duldungsanspruchs des betroffenen Ausländers tatbestandslos und damit (straf-)rechtlich nicht missbilligt.¹⁹⁰⁵ Auch eine tatsächliche Übernahme der Garantenpflicht kommt nicht in Betracht – eine entsprechende Pflichtenübernahme lässt sich insbesondere nicht aus der Vereinbarung über das Dossierverfahren entnehmen.¹⁹⁰⁶ Schließlich führt auch die Verantwortung kirchlicher Entscheidungsträger für die kirchlichen Räumlichkeiten nicht zu einer Garantenpflicht im Blick auf die Verhinderung der Straftatbegehung in diesen Räumlichkeiten. Zum einen ist bereits in Frage zu stellen, ob das im gesamten Bundesgebiet verwirklichte Dauerdelikt des unerlaubten Aufenthalts durch Unterlassen der Ausreise überhaupt einen hinreichend engen Bezug zu den kirchlichen Räumlichkeiten aufweist, da die Verantwortlichen allenfalls die Beherbergung, nicht aber die Straftatbegehung, die auch außerhalb der Kirchenräume stattfände, beeinflussen können. Zum anderen trifft den Inhaber des Hausrechts keine allgemeine Straftatverhinderungspflicht.¹⁹⁰⁷ Dementsprechend müsste eine Strafbarkeit bei bloßer Fortführung des Kirchenasyls auch dann ausscheiden, wenn ein Duldungsanspruch des betroffenen Ausländers verneint wird.

Eine andere Situation ergibt sich freilich, wenn die an der Gewährung von Kirchenasyl beteiligten Personen – neben den Pfarrern und Pastoren sind dies regelmäßig auch die Kirchengemeinderäte, die über die Gewährung von Kirchenasyl entscheiden¹⁹⁰⁸ – mehr tun als offenes Kirchenasyl zu gewähren, insbesondere wenn sie

1904 BGH NStZ 1998, 83, 84; NJW 2009, 3173, 3174; 2014, 711; 2017, 2052, 2054; vgl. TK-StGB/Bosch, 31. Aufl. 2025, § 13 Rn. 35.

1905 BayObLG, Urt. v. 25.2.2022 – 201 StRR 95/21, BeckRS 2022, 3262, Rn. 30 ff., insoweit und im Weiteren in NStZ 2022, 486 nicht abgedruckt; vgl. auch Lenk, JZ 2022, 623, 627.

1906 BayObLG, Urt. v. 25.2.2022 – 201 StRR 95/21, BeckRS 2022, 3262, Rn. 34.

1907 BGH NStZ 1999, 451; NStZ-RR 2003, 153; 2009, 184; BayObLG, Urt. v. 25.2.2022 – 201 StRR 95/21, BeckRS 2022, 3262 Rn. 35; TK-StGB/Bosch, 31. Aufl. 2025, § 13 Rn. 54.

1908 Vgl. Buchholz, StraFo 2018, 506, 507; Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 223 f. Hier stellen sich die allgemeinen Fragen der Beteiligung an Gremienentscheidungen, wobei allerdings

einen Asylbewerber aktiv verstecken oder seine Abschiebung be- oder verhindern. Diese Fälle führen weder zu einem Duldungsanspruch noch stellen sie ein normativ sozialadäquates Verhalten dar, das zu einer Tatbestandslosigkeit führte.¹⁹⁰⁹ Die Strafbarkeit der Handelnden hängt daher davon ab, ob sie sich auf Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe berufen können.

Eine Rechtfertigung in „Ausübung des verfassungskräftig garantierten Selbstbestimmungsrechts der Kirchen“, wie *Grefen* sie vorschlägt, kommt nicht in Betracht, wo über die schlichte Gewährung offenen Kirchenasyls hinausgegangen wird.¹⁹¹⁰ Als Rechtfertigungsgrund könnte demgegenüber § 34 StGB eingreifen. Insoweit stellt sich allerdings die Frage, ob nicht dem Asylverfahren, dessen Ausgang gerichtlich überprüfbar ist, Vorrang einzuräumen ist, sodass es an einer „nicht anders abwendbaren“ Gefahr fehlte.¹⁹¹¹ Während dies für den betroffenen Flüchtling angenommen werden muss, stellt sich die Situation für die handelnden Kirchenvertreter anders dar: Betroffen ist hier ihre Glaubens- und Glaubensausübungsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG, die ein nach § 34 Satz 1 StGB notstandsfähiges Rechtsgut darstellt. Dieser kann im Asylverfahren aber keine Rechnung getragen werden, da derartige Belange Dritter nicht zum Prüfprogramm gehören. Eine Rechtfertigung scheitert mithin nicht schon an der Erforderlichkeit der Notstandshandlung.¹⁹¹² Die Frage ist aber, ob die Glaubens- und Glaubensausübungsfreiheit als geschütztes Rechtsgut im Rahmen der Interessenabwägung nach § 34 Satz 1 StGB das Interesse der Allgemeinheit an der Beachtung und Durchsetzung bestands- und rechtskräftiger Entscheidungen im Asylverfahren wesentlich überwiegt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 4 Abs. 1, 2 GG zwar nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen einheitlichen und weiten Schutzbereich aufweist und nur durch verfassungsimmanente Schranken begrenzt wird.¹⁹¹³ Im säkularen und demokratischen Rechtsstaat kann dem Einzelnen ein streng an seinen Glaubensüberzeugungen aus-

in der Praxis ein Beschluss zur Gewährung von verdecktem Kirchenasyl oder gar zu aktivem Widerstand nur in Ausnahmefällen vorkommen wird.

1909 Ähnlich *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 191. Gegen eine Differenzierung zwischen einem offenen und einem verdeckten Kirchenasyl, allerdings unter Ausblendung des zuvor dargelegten Duldungsanspruchs bei offenem Kirchenasyl und unterlassener Vollstreckung, *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 220.

1910 Vgl. *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 92. EL 2020, Art. 4 Rn. 98; *Grefen*, Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik, 2001, 225 f.; kritisch zur Ableitung aus dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht *Botta*, ZAR 2017, 430, 436 ff.; *Larsen*, ZAR 2017, 121, 122.

1911 Zum Vorrang staatlicher Verfahren und obrigkeitlicher Hilfe vgl. NK-StGB/Neumann, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 58; TK-StGB/Perron, 31. Aufl. 2025, § 34 Rn. 20; grundlegend *Slognsat*, Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat, 2025; im Zusammenhang mit Klimaaktivismus *Rönnau*, JuS 2023, 112, 114. Kritisch gegenüber dem Vorrang staatlicher Hilfe *Pelz*, NSTZ 1995, 305, 309.

1912 Vgl. *Böse*, ZStW 2001, 40, 50 f.

1913 St. Rspr. BVerfG NJW 1969, 31; 1972, 327, 329; 1977, 1279; 1991, 2623, 2624; 2003, 3111, 3112 („umfassend zu verstehendes einheitliches Grundrecht“); NVwZ 2017, 549, 551 f. m.w.N.; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 92. EL 2020, Art. 4 Rn. 85.

gerichtetes Leben aber nur insoweit beschränkungsfrei gewährleistet werden, wie Grundrechte Dritter oder Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang nicht unverhältnismäßig zurücktreten müssen.¹⁹¹⁴

Handlungen im Zusammenhang mit der Gewährung von Kirchenasyl unterfallen grundsätzlich Art. 4 Abs. 1, 2 GG.¹⁹¹⁵ Der Glaubens- und Glaubensausübungsfreiheit ist aber das Interesse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit und der Durchsetzung bestands- und rechtskräftiger Verwaltungsentscheidungen im Asylverfahren als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) gegenüberzustellen.¹⁹¹⁶ Dies sind Güter von Verfassungsrang und daher grundsätzlich zur Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 4 Abs. 1, 2 GG geeignet. Zwar ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass durch die Grundrechtsausübung keine Individualinteressen Dritter beeinträchtigt werden und die Grundrechtsbindung staatlicher Gewalt für eine stärkere Gewichtung der Glaubensfreiheit sprechen kann. Zugleich muss aber in die Abwägung einbezogen werden, dass dem Asylbewerber ausreichende Rechtsschutzmechanismen im Rahmen des Asylverfahrens zur Verfügung stehen und mit § 23a AufenthG auch eine Regelung geschaffen wurde, welche in Härtefällen eingreift und eine Mediation der konfligierenden Interessen in einem rechtsförmigen Verfahren ermöglicht.¹⁹¹⁷ Zwar wird im Rahmen dieses Verfahrens der Glaubens- und Glaubensausübungsfreiheit Dritter keine Rechnung getragen, allerdings werden insbesondere Abschiebungsverbote aufgrund drohender Gefahren grundsätzlich abschließend geprüft. Dies mit Verweis auf den *gleichwohl* bestehenden inneren Konflikt des Handelnden aus der Abwägung zu eliminieren, ließe vollständig außer Acht, dass in einem demokratischen Rechtsstaat die Durchsetzung rechtmäßiger Verfahrensergebnisse unverzichtbar ist, weil andernfalls der rechtsstaatliche Grundsatz der Rechtssicherheit erodierte.¹⁹¹⁸ Die Zuerkennung eines rechtfertigenden Notstandes in Fällen, in denen eine rechtskräftige Verwaltungsentscheidung im Raume steht, stellt insbesondere pluralistische Gesellschaften vor die Herausforderung, die Verbindlichkeit rechtsförmig zustande gekommener Entscheidungen, gegen die Rechtsmittel nicht mehr eröffnet sind, im Einzelfall vor dem Hintergrund der Glaubens- und Gewissensfreiheit des Einzelnen im Forum des Strafverfahrens neu aushandeln

1914 BVerfG NJW 2003, 3111, 3112; NVwZ 2017, 549, 552; Böse, ZStW 2001, 40, 54.

1915 Vgl. nur Larsen, ZAR 2017, 121, 122 f.; Grefen, Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik, 2001, 267 f.

1916 Überzeugend Botta, ZAR 2017, 430, 439; Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 214. Ähnlich, unter Abstellen auf die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung, Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 92. EL 2020, Art. 4 Rn. 98; Enkert, ZAR 2021, 373, 375 f.; Larsen, ZAR 2017, 121, 123. Auf die unmittelbar nach § 95 AufenthG geschützten Rechtsgüter abstellend und einen Verfassungsrang daher verneinend Böse, ZStW 2001, 40, 56.

1917 Vgl. Botta, ZAR 2017, 430, 439.

1918 Vgl. insoweit überzeugend Botta, ZAR 2017, 430, 439; siehe ferner Buchholz, StraFo 2018, 506, 509; Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 92. EL 2020, Art. 4 Rn. 39 f.; sehr scharf und ohne Differenzierung von Münch, NJW 1995, 565, 566.

zu müssen.¹⁹¹⁹ Vor diesem Hintergrund ist dem Interesse an Rechtssicherheit und Rechtsdurchsetzung der Allgemeinheit im Ergebnis der Vorrang einzuräumen. Sofern teilweise argumentiert wird, dem Staat bleibe die Möglichkeit der Durchsetzung im Wege des Verwaltungszwangs,¹⁹²⁰ ist dies grundsätzlich zutreffend, führt aber gerade im Blick auf die hier erfolgte differenzierte Bewertung des Kirchenasyls nicht weiter. Für eine Rechtfertigung nach § 34 StGB kommen nach den vorausgegangenen Ausführungen nämlich von vornherein nur noch Konstellationen in Betracht, in denen der Asylbewerber dem staatlichen Zugriff aktiv entzogen wird, sei es durch Verbergen und Verstecken oder aktiven Widerstand gegen den Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen.

Aus diesem Grund scheiden auch eine Rechtfertigung oder Entschuldigung unmittelbar nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG aus.¹⁹²¹ Es ist gerade Verantwortung des Gesetzgebers, anhand abstrakter Maßstäbe und im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben einen Interessenausgleich zu suchen.¹⁹²² Außerhalb der gesetzlich normierten Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe kann ein unmittelbarer Rückgriff auf Grundrechte zur Rechtfertigung oder Entschuldigung – mit Ausnahme des insoweit speziellen Art. 16a Abs. 1 GG – nur in absoluten Ausnahmefällen anerkannt werden.¹⁹²³ Da § 35 StGB mangels Betroffenheit eines der dort abschließend aufgeführten Rechtsgüter nicht einschlägig ist und eine analoge Anwendung im Blick auf die bewusst restriktive Fassung nicht in Betracht kommt,¹⁹²⁴ bleibt für die vorliegend erörterten Fälle des „überobligatorischen“ Kirchenasyls nur die Möglichkeit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG im Rahmen der Strafzumessung angemessen zu berücksichtigen.¹⁹²⁵

1919 Weitergehend dagegen AG Kitzingen, Urt. v. 26.4.2021 – 1 Cs 882 Js 16548/20, BeckRS 2021, 8708, Rn. 44 ff.

1920 Vgl. Böse, ZStW 2001, 40, 60 f.

1921 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 226. Zur Diskussion um Art. 4 Abs. 1, 2 GG als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund m.w.N. Böse, ZStW 2001, 40 ff. Eine Übertragung von BVerfG NJW 1972, 327 ff. (Unterlassen der Einwirkung auf die Ehefrau, eine Krankenhausbehandlung und lebensrettende Bluttransfusionen anzunehmen), auf die hier noch relevanten Fälle des Kirchenasyls, die sich eben nicht auf die Gewährung von Obdach, Verpflegung und Fürsorge beschränken, spricht bereits, dass die Beteiligten hier aktiv die staatliche Durchsetzung bestands- und rechtskräftiger Entscheidungen zu verhindern suchen. Es geht also nicht um ein Unterlassen der Beendigung des Kirchenasyls oder andere in erster Linie karitative Verhaltensweisen. Damit liegt schon im Ausgangspunkt keine Vergleichbarkeit der Sachverhalte vor. Anders *Buchholz*, StraFo 2018, 506, 511.

1922 Vgl. in diesem Sinne Böse, ZStW 2001, 40, 42 f.; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 226.

1923 Vgl. Böse, ZStW 2001, 40, 67; NK-StGB/Paeffgen/Zabel, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32–35 Rn. 297 m.w.N. zum Streitstand; TK-StGB/Sternberg-Lieben, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 187 f. Zutreffend ist daher der Hinweis in BVerfG NJW 1972, 327, 329 f., dass der Glaubensfreiheit „bei der Auslegung und Anwendung“ des Strafrechts entsprechender Rechnung zu tragen ist.

1924 Vgl. Böse, ZStW 2001, 40, 66; *Buchholz*, StraFo 2018, 506, 510; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 227 ff.; anders *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 218 f.

1925 BVerfG NJW 1968, 979, 981 („Wohllollensgebot“). In diesem Sinne auch BayObLG, Urt. v. 25.2.2022 – 201 StRR 95/21, BeckRS 2022, 3262, Rn. 43 ff., insoweit in NSZ 2022, 486 nicht abgedruckt; OLG

Dies kann in einer strafprozessualen Perspektive eine Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO nahelegen.¹⁹²⁶

Die Gesamtschau der hier vertretenen Positionen führt zum Ergebnis, dass die meisten Fälle der Gewährung von Kirchenasyl aufgrund einer tatsächlichen Duldung der beteiligten Entscheidungsträger und dem daraus resultierenden Duldungsanspruch schon tatbestandlich keine Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt darstellen. In den übrigen Fällen – insbesondere bei der Gewährung verdeckten Kirchenasyls – bleibt es freilich bei einer Strafbarkeit nach §§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, 27 Abs. 1 StGB. Dieses Ergebnis ist angesichts der humanitär-karitativen Motivation der Beteiligten, denen es nicht in erster Linie um die Missachtung der staatlichen Rechtsordnung geht, sondern um den Schutz vulnerabler Personen, nicht gänzlich befriedigend. Dieser Situation kann aber nur der Gesetzgeber abhelfen.¹⁹²⁷

(2) Medizinische Akutversorgung

Die Gewährung medizinischer Akutversorgung ist im Blick auf die dadurch bewirkte Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums nicht nur normativ sozialadäquat, sondern im Blick auf eine drohende Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gemäß § 323c Abs. 1 StGB sogar rechtlich geboten. Eine Strafbarkeit scheidet daher nach den zuvor herausgearbeiteten Grundsätzen schon mangels Vorliegens des objektiven Tatbestands der Beihilfe aus – und zwar auch dann, wenn die Hilfeleistung im Rahmen speziell an papierlose Personen gerichteter Angebote erfolgt.¹⁹²⁸ Hinzu kommt, dass bei hinreichend akuter Behandlungsbedürftigkeit auch eine Rechtfertigung gemäß § 34 StGB aufgrund der bestehenden Notstandslage für die Gesundheit des Betroffenen eingreift.¹⁹²⁹

(3) Beschäftigung

Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung einer Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt, wenn eine papierlose Person in *Kenntnis* des Aufenthaltsstatus entgeltlich beschäftigt wird.¹⁹³⁰ Durch die Gewährung einer Einkommensquelle

Hamm, Beschl. v. 22.10.1992 – 2 Ss 977/92, BeckRS 2015, 4458; TK-StGB/*Sternberg-Lieben*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 187.

1926 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 231; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 26.

1927 Für einen Vorschlag unten F. III.

1928 So auch unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 293. Anders offenbar *Lehmann*, ZAR 2008, 24, 25 f., der jedoch die Sozialadäquanz des Verhaltens nur oberflächlich berücksichtigt.

1929 Dazu *Lehmann*, ZAR 2008, 24, 26.

1930 Eingehend zur Teilnahme eines Arbeitgebers an der Haupttat des Ausländers *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 141 ff.

wird die Aufrechterhaltung des unerlaubten Aufenthalts objektiv gefördert;¹⁹³¹ auch insoweit ändert der feste Entschluss des Ausländers, im Bundesgebiet zu verbleiben, nichts an der Tauglichkeit der Beihilfehandlung.¹⁹³² Gegen die Annahme eines normativ sozialadäquaten Verhaltens sprechen im Fall der Beschäftigung papierloser Personen zusätzliche einfachgesetzliche Wertungen, wie die Strafvorschriften der §§ 10 bis 11 SchwarzArbG und die Bußgeldvorschriften des § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III sowie des § 98 Abs. 2a Nr. 1 AufenthG, welche die Beschäftigung oder Beauftragung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel unter Strafe stellen beziehungsweise mit Bußgeld bewehren.¹⁹³³ Damit wird das in § 4a Abs. 5 Satz 1 AufenthG statuierte Verbot, Ausländer ohne Aufenthaltstitel zu beschäftigen oder mit Dienst- oder Werkleistungen zu beauftragen, umfassend sanktionsbewehrt. Die deutsche Rechtsordnung bringt dadurch zum Ausdruck, dass entsprechendes Verhalten mit ihr nicht in Einklang zu bringen ist. Dies entspricht dem Ziel, den Arbeitsmarktzugang für Ausländer an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen¹⁹³⁴ und illegale Beschäftigung zu unterbinden, welches die gesetzgeberische Tätigkeit im Bereich des Migrationsverwaltungsrechts seit langem determiniert.¹⁹³⁵ Zugleich ist aber zu berücksichtigen, dass die Beschäftigung von papierlosen Personen für die Betroffenen notwendig ist, um ihren Lebensunterhalt überhaupt bestreiten zu können, ohne auf Almosen angewiesen zu sein, da ihnen der Zugang zu Sozialleistungen zwar nicht rechtlich, aber faktisch – aufgrund der Angst vor Entdeckung ihres unerlaubten Aufenthalts – verwehrt bleibt. Insoweit könnte die Beschäftigung eines Papierlosen aus humanitären Gründen unter denselben Voraussetzungen straffrei bleiben wie andere Fälle humanitärer Unterstützung.¹⁹³⁶ Gegen eine derartige Ausdehnung des Kriteriums der normativen Sozialadäquanz spricht allerdings, dass die illegale Beschäftigung hinsichtlich ihrer sozialschädlichen Auswirkungen weit über die bloße Unterstützung eines Betroffenen bei der Aufrechterhaltung des papierlosen Aufenthalts hinausgeht. Die bei Beschäftigung papierloser Personen regelmäßig vorenthaltenen Sozialabga-

1931 OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2005, 184, 186; BayObLG, Beschl. v. 20.12.2004 – 4 St RR 184/04, BeckRS 2005, 2420; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 22.6.1992 – 1 Ss 234/91, BeckRS 2014, 258; LG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 23.1.2008 – 7 Ns 630 Js 23306/06 – AK 165/07, Rn. 23 ff. (juris); König, NJW 2002, 1623 1624; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 107: „maßgeblich gefördert“, Rn. 148 f.; differenzierend dagegen GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 14 f. m.w.N.; zurückhaltend OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 4.3.2003 – 1 Ss 42/02, BeckRS 2003, 17941.

1932 Siehe dazu oben E. II. 5. b) bb) (1) (a); anders offenbar GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 35.

1933 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 201; König, NJW 2002, 1623, 1625.

1934 Vgl. auch § 1 Abs. 1 Satz 2 AufenthG („unter Berücksichtigung der [...] arbeitsmarktpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland“).

1935 Vgl. dazu oben A. III.; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 105.

1936 In diesem Sinne Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 211; im Ansatz lässt auch Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 107, den Gedanken humanitärer Unterstützung gelten, weist aber zutreffend darauf hin, dass eine solche im Falle der Beschäftigung eher fernliegend sei.

ben, die fehlende Absicherung des papierlosen Arbeit- oder Auftragnehmers und die Vernichtung oder Nichtschaffung sozialversicherungspflichtiger Arbeitsplätze sprechen sämtlich gegen die Einschränkung der Strafbarkeit.¹⁹³⁷ Wer einen Papierlosen humanitär motiviert finanziell unterstützen möchte, muss dies daher im Rahmen von Geldspenden oder anderen Zuwendungen tun, die, wenn sie sich im Rahmen dessen halten, was zur Bestreitung eines menschenwürdigen Lebens notwendig ist, ihrerseits normativ sozialadäquat sind. Insoweit besteht auch ein Unterschied zur Vermietung von Wohnraum, dessen Überlassung nicht zugleich Allgemeininteressen (über das Interesse an der Ausreise des ausreisepflichtigen Ausländers hinaus) berührt. Der „humanitären“ Motivation des nicht ausbeuterisch agierenden Arbeit- oder Auftraggebers kann und muss aber im Rahmen der Strafzumessung Rechnung getragen werden.

Gegen eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt spricht es auch nicht, dass § 404 Abs. 3 Nr. 3 SGB III und § 98 Abs. 2a Nr. 1 AufenthG als Bußgeldtatbestände ausgestaltet sind,¹⁹³⁸ weil diese Vorschriften keine privilegierende Regelung zu Gunsten entsprechender Arbeitgeber oder Auftraggeber darstellen.¹⁹³⁹ Dies folgt schon daraus, dass sie jeweils auch fahrlässiges Verhalten und zudem bereits die Beschäftigung eines Ausländers ohne Aufenthaltstitel (§ 4a Abs. 5 Satz 1 AufenthG) – also auch geduldeter Personen ohne Erlaubnis nach § 4a Abs. 4 AufenthG – umfassen, ohne dass zugleich die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vorliegen müssen. Zudem liegt ihnen ein von § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG abweichender, auf den Schutz des Arbeitsmarktes abzielender Schutzzweck zugrunde.¹⁹⁴⁰ Dementsprechend bilden die Bußgeldvorschriften keine privilegierenden *leges speciales*, die gegenüber §§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, 27 Abs. 1 StGB Sperrwirkung entfalten könnten.

Zu berücksichtigen ist, dass bei Vorliegen eines Schleusermerkmals auch eine Strafbarkeit von Arbeitgebern nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 2 oder Abs. 1a AufenthG in Betracht kommt, sodass die Beschäftigung von papierlosen Personen ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko birgt.¹⁹⁴¹ Dabei führt auch die Beschäftigung eines Positivstaaters, der durch Aufnahme der Erwerbstätigkeit aufenthaltstitel-

1937 Im Ausgangspunkt ähnlich *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 201.

1938 Zu dieser Überlegung im Kontext der Strafbarkeit des Ausländers *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 156.

1939 So auch *König*, NJW 2002, 1623, 1625.

1940 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 157.

1941 Vgl. dazu auch Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 44; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 4, 15 f.; zur Frage des Vermögensvorteils bei Ersparnis von Steuern und Sozialabgaben unten E. V. I. b) aa) (1) (c) (i). Zurückhaltend dagegen GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 35 f.

und vollziehbar ausreisepflichtig wird, zu einer Strafbarkeit wegen Beihilfe, wenn dem Arbeitgeber die aufenthaltsrechtliche Situation bekannt ist.¹⁹⁴²

c) Zwischenergebnis

Die strafrechtliche Beurteilung der Unterstützung von unerlaubt einreisenden oder vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländern wirft zahlreiche Rechtsfragen auf. Die vorangegangenen Ausführungen haben verdeutlicht, dass bei gründlicher Prüfung des Vorliegens einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat zahlreiche Fälle vermeintlicher Beihilfe bereits tatbestandlos sind. Im Übrigen muss das Kriterium der normativen Sozialadäquanz insbesondere bei humanitär beziehungsweise altruistisch motivierter Unterstützung im Blick behalten werden. Bei konsequenter Anwendung der zuvor herausgearbeiteten Grundsätze lassen sich die meisten Fallgruppen adäquat und unter Berücksichtigung des Übermaßverbots lösen.

III. Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen

Die zweite Deliktgruppe des Migrationsstrafrechts betrifft nach der in Teil B. der Untersuchung getroffenen Einteilung Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten und Ordnungsverfügungen. Derartige Vorschriften finden sich sowohl im Aufenthaltsgesetz (§ 95 Abs. 1 Nr. 4 bis 7 AufenthG) als auch im Asylgesetz (§ 85 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AsylG). Gemeinsam ist diesen Vorschriften, dass sie die Missachtung einer im Gesetz oder in einer Verfügung statuierten Handlungs- oder Duldungspflicht oder eines Verbots mit Strafe bewehren. Das Spektrum der Handlungs- und Duldungspflichten sowie Verbote ist dabei breit gefächert und reicht von solchen, die der Abwehr erheblicher Gefahren für die innere Sicherheit dienen,¹⁹⁴³ bis zu Verstößen gegen räumliche Beschränkungen (also die sogenannte Residenzpflicht) durch Asylbewerber.¹⁹⁴⁴

1. Die Strafvorschriften im Einzelnen

Die relevanten Strafvorschriften verteilen sich auf das Aufenthaltsgesetz und das Asylgesetz. Diese weisen in ihrer Struktur Parallelen auf. Gleichwohl werden sie jeweils separat erörtert, um den jeweiligen Regelungszusammenhang zu verdeutlichen.

1942 BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. 11; vgl. *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 150.

1943 Siehe § 95 Abs. 1 Nr. 6a bis 6c AufenthG.

1944 Siehe § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG.

a) Die Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes

aa) § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG stellt die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 oder § 47 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 AufenthG unter Strafe und enthält damit im Grunde zwei unterschiedliche Tatbestände. Gemäß § 11 Abs. 1 FreizügG/EU findet der Tatbestand, soweit § 46 Abs. 2 AufenthG in Bezug genommen wird,¹⁹⁴⁵ auch auf freizügigkeitsberechtigte EU-Ausländer und ihre Familienangehörigen Anwendung.

(1) Ausreiseuntersagung

§ 95 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 AufenthG erfasst die Zuwiderhandlung gegen ein Ausreiseverbot. Voraussetzung einer Strafbarkeit ist zunächst das Bestehen eines wirksamen und vollziehbaren Ausreiseverbots nach § 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 AufenthG, von dem der Betroffene auch Kenntnis haben muss. Verwaltungsrechtliche Mängel der Verfügung, die ihre Wirksamkeit nicht berühren, lassen die Strafbarkeit nach den in Teil D. entwickelten Grundsätzen zur Verwaltungsakzessorietät unberührt.¹⁹⁴⁶

§ 46 Abs. 2 Satz 1 AufenthG erlaubt es der Ausländerbehörde, einem Ausländer die Ausreise in entsprechender Anwendung des § 10 Abs. 1 und 2 PassG zu untersagen. § 46 Abs. 2 Satz 2 AufenthG betrifft Ausreiseverbote, die angeordnet werden, wenn der Ausländer in einen anderen Staat einreisen will, ohne im Besitz der dafür erforderlichen Dokumente und Erlaubnisse zu sein. Da der Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG eine Zuwiderhandlung gegen eine Anordnung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 AufenthG voraussetzt und diese Vorschrift wiederum die Untersagung der *Ausreise* zum Gegenstand hat, setzt die Verwirklichung des Tatbestandes eine *vollendete* Ausreise unter Missachtung des Verbots voraus. Bis zum Überschreiten

¹⁹⁴⁵ § 11 Abs. 1 FreizügG/EU erklärt § 46 Abs. 2 AufenthG und § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG für entsprechend anwendbar. Eine entsprechende Anordnung fehlt bezüglich § 47 AufenthG. Diese wäre mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 18 Abs. 1 AEUV) auch nicht zu vereinbaren, da sich EU-Ausländer insoweit auf den gesamten Grundrechtekatalog berufen können. Soweit dieser Deutschengrundrechte enthält, wird teilweise eine unmittelbare Anwendbarkeit durch unionsrechtskonforme Auslegung, teilweise eine mittelbare Anwendung unter Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG unter Rückgriff auf die jeweiligen Schrankenbestimmungen der Deutschengrundrechte befürwortet. Denkbar wäre auch, unter Rückgriff auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts die Beschränkung der entsprechenden Verfassungsbestimmungen „auf Deutsche“ nicht anzuwenden. Jedenfalls aber gelten die Gewährleistungen auch für Unionsbürger, sodass die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) ebenso wie bei Deutschen einer Kriminalisierung entgegensteht. Zum Ganzen BVerfG NJW 2016, 1436 f.; Dreier, DÖV 2024, 413, 421; Meyer, JA 2023, 655, 657.

¹⁹⁴⁶ Oben D. I. 1.

der Staatsgrenze liegt dagegen nur ein strafloser (§ 95 Abs. 3 AufenthG erstreckt sich nicht auf § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG) Versuch vor.¹⁹⁴⁷

Die vom Oberlandesgericht München vertretene Auffassung, wonach der Straftatbestand ein Tätigkeitsdelikt darstelle und bereits dann vollendet sei, wenn der Ausländer alles für die Ausreise Erforderliche getan hat, sodass der Grenzübertritt unmittelbar bevorstehe,¹⁹⁴⁸ ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht in Einklang zu bringen. Die Zuwiderhandlung gegen ein Ausreiseverbot ist nur in Form der Vornahme der durch die Verfügung untersagten Handlung – namentlich der Ausreise – denkbar. Die Ausreise ist allerdings, wie die Einreise, keine Dauertätigkeit, sondern meint das punktuelle Überschreiten der Staatsgrenze.¹⁹⁴⁹ Dies verdeutlicht § 13 Abs. 1 AufenthG, der die Einreise- und Ausreise nur an den zugelassenen Grenzübergangsstellen zulässt, wobei § 13 Abs. 2 AufenthG lediglich für die Einreise weitere Konkretisierungen sowie die Fiktion der Nichteinreise vorsieht. Handlungen im Vorfeld der Überschreitung der Staatsgrenze stellen daher vorbereitende Tätigkeiten dar, ohne dass in ihnen bereits eine „Zuwiderhandlung“ gegen das Ausreiseverbot gesehen werden könnte. Dies überzeugte nur, wenn das nach § 46 Abs. 2 AufenthG erlassene Verbot auch Vorbereitungen zur Ausreise erfasste, was der Vorschrift jedoch nicht zu entnehmen ist.

Aus dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG („zuwider handelt“) lässt sich entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts München für die Deliktscharakterisierung nichts gewinnen. Diese Formulierung ist der Verwaltungsakzessorietät des Straftatbestandes geschuldet, der den *Verstoß* – die aktive *Zuwiderhandlung* – gegen das in der Verfügung enthaltene Verbot unter Strafe stellt. § 95 Abs. 1 AufenthG bedient sich zur Konturierung des tatbestandsmäßigen Verhaltens dabei entweder der Formulierung „entgegen [...] nicht [...]“, auf die zurückgegriffen wird, wenn das Gesetz eine Handlungs- oder Duldungspflicht statuiert, der nicht nachgekommen wird, oder der Formulierung „einer [...] zuwiderhandelt“, mit der Verstöße gegen entweder im Gesetz oder in Einzelverfügungen statuierte Verbote tatbestandlich umschrieben werden. Daraus zu folgern, der Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG spreche für die Einordnung als Tätigkeitsdelikt, blendete die Gesetzessystematik aus. Auch die weitere Argumentation des Oberlandesgerichts München, die § 95 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 46 Abs. 2 AufenthG mit § 24 Abs. 1 PassG kontrastiert und nur in letzterem aufgrund der dort enthaltenen Bezugnahme auf die Ausreise „über eine Auslandsgrenze“ ein Erfolgsdelikt erkennt, übersieht, dass die abweichende Tatbestandsfassung in § 24 Abs. 1 PassG der unterschiedlichen gesetzlichen Systematik

1947 Siehe BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 87; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 61; Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 122.

1948 OLG München NStZ 2015, 406, 407.

1949 Zum Begriff der Einreise oben E. II. 1. a) cc).

tik von Aufenthalts- und Passgesetz sowie dem Umstand geschuldet ist, dass das Passgesetz keine dem § 46 Abs. 2 AufenthG entsprechende Ermächtigungsgrundlage zur Verhängung eines umfassenden Ausreiseverbots enthält. Vielmehr sieht das Passgesetz lediglich die Versagung oder Entziehung des Passes oder eine Beschränkung seines Geltungsbereichs sowie die grenzpolizeiliche Untersagung der Ausreise vor,¹⁹⁵⁰ während § 24 Abs. 1 PassG unter Strafe stellt, wenn ein Deutscher dennoch über eine Auslandsgrenze ausreist. Schon dieser divergierende Regelungskontext stünde einer analogen Ausgestaltung von § 24 PassG und § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG entgegen, weshalb sich aus der abweichenden Tatbestandsfassung nichts für den Deliktsscharakter des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG ableiten lässt.

(2) Untersagung politischer Betätigung

§ 47 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AufenthG regeln die Beschränkung oder die Untersagung politischer Betätigung durch Verwaltungsakt. Die Gesetzesformulierung („Die politische Betätigung eines Ausländers kann beschränkt oder untersagt werden, soweit sie [...]“) bringt dabei zum Ausdruck, dass ein Totalverbot schon aufgrund des grundrechtlichen Schutzes der politischen Betätigung auch von Ausländern mindestens nach Art. 2 Abs. 1 GG¹⁹⁵¹ nicht zulässig wäre.¹⁹⁵² In der Verbotsverfügung muss daher – und im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG auch konkret – angegeben werden, „welche politische Betätigung (Zielsetzung, Mittel, Erscheinungsform) in welcher Weise beschränkt oder untersagt wird.“¹⁹⁵³ Tatbestandsmäßig im Sinne des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG ist dann die Aufnahme einer entsprechenden Betätigung entgegen einer vollziehbaren Verfügung, wobei das Merkmal „Betätigung“ für einen Dauerdeliktsscharakter des Tatbestandes spricht. Die Tatbestandsverwirklichung hält daher so lange an, wie die konkret untersagte politische Betätigung ausgeübt wird; vollendet ist sie mit der Aufnahme eben dieser.

bb) § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG erfasst den Verstoß gegen die in § 49 Abs. 2 AufenthG statuierte Pflicht von Ausländern, gegenüber den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden auf Verlangen die erforderlichen Angaben zu ihrem Alter, ihrer Identität und Staatsangehörigkeit zu machen, wobei sowohl die vollständige Verweigerung einer Angabe als auch unrichtige oder unvollständige Angaben unter

1950 Vgl. §§ 7, 8 und 10 PassG.

1951 Vgl. *Samel*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 47 AufenthG Rn. 2.

1952 47.0.2 AVV AufenthG; Schiedermaier/Wollenschläger, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 129. Siehe bereits oben C. I. 2. f).

1953 47.0.2 AVV AufenthG; vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 120, 122; Schiedermaier/Wollenschläger, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 132.

Strafe stehen. Erforderlich ist dabei zunächst, dass die zuständige¹⁹⁵⁴ Behörde (§ 71 AufenthG) vom Betroffenen eine Angabe zu seinem Alter, seiner Identität oder zu seiner Staatsangehörigkeit verlangt.¹⁹⁵⁵ Da § 49 Abs. 2 AufenthG nur Angaben „gegenüber den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden“ erfasst und in § 85 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 AsylG spezielle Regelungen für Falschangaben im Asylverfahren vorgesehen sind, ist § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG auf Angaben eines Asylbewerbers im Asylverfahren nicht anwendbar.¹⁹⁵⁶ Gegenüber § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ist § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG formell subsidiär.

Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht in der vollständigen Verweigerung einer solchen Angabe, in wahrheitswidrigen Angaben zu Alter, Identität oder Staatsangehörigkeit oder in unvollständigen Angaben. Eine Verwirklichung des Tatbestandes ist also sowohl durch aktives Tun (Falschangaben) als auch durch Unterlassen (Verweigerung von Angaben oder unvollständige Angaben) möglich.¹⁹⁵⁷

Bei fortgesetzter Verweigerung einer Mitwirkung nach einer rechtskräftigen Verurteilung darf eine erneute Strafverfolgung nur aufgrund eines neuen Tatentschlusses erfolgen; dem Strafurteil kommt Zäsurwirkung nur insoweit zu, als es den Zeitpunkt markiert, ab dem überhaupt von einem qualitativ neuen Tatentschluss ausgegangen werden kann. Dieser ist Voraussetzung dafür, dass eine neuerliche Verurteilung ohne Verstoß gegen das Schuldprinzip erfolgen kann; andernfalls könnte der Staat bei Unterlassungsdelikten mit Dauercharakter durch bloße strafjustizielle Intervention selbst die Voraussetzungen für eine erneute Verurteilung schaffen.¹⁹⁵⁸

Hinsichtlich der Unvollständigkeit der Angaben kommen vor allem die Nichtangabe einzelner Informationen zur Identität des Betroffenen in Betracht. Hierzu zählen nach 49.2.4 AVV AufenthG Name, Vornamen, Geburtsname, Geburtsdatum, Geburtsort und Wohnort. Dass insbesondere Geburts- und Wohnort zur Identifizierung notwendig sein können, erschließt sich vor dem Hintergrund, dass insbesonde-

1954 Erforderlich ist insoweit, dass die Behörde im Einzelfall im Rahmen ihrer Zuständigkeit ausländerbehördlich tätig wird, vgl. 49.2.1 f. AVV AufenthG.

1955 Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 89; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 96; *Kolber*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 49 AufenthG Rn. 4. Unterbleibt eine nach § 82 Abs. 3 Satz 1 AufenthG gebotene Belehrung über die Pflichten nach § 49 Abs. 2 AufenthG wird ein Verbotsirrtum des Betroffenen nahe liegen, vgl. Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 146.

1956 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 67, der von einer Sperrwirkung ausgeht; zur alten Rechtslage, bei der mangels Strafbarkeit falscher oder unvollständiger Angaben im Asylverfahren Strafflosigkeit anzunehmen war, auch KG NSZ-RR 2010, 218, 219.

1957 Vgl. GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 141: „überwiegend ein Unterlassen“.

1958 BVerfG, Beschl. v. 23.9.2014 – 2 BvR 2545/12, BeckRS 2014, 57454, Rn. 11 ff. Dazu auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.10.2012 – 2 RVs 140/12, BeckRS 2012, 210657, Rn. 4, das jedoch meint, die Verwaltungspraxis, betroffene Ausländer in regelmäßigen Abständen erneut zur Mitwirkung aufzufordern, sei nicht zu beanstanden, weshalb bei jeder neuerlichen Verweigerung der Mitwirkung auch eine Tatbestandsverwirklichung angenommen werden könne.

re bei Namensgleichheit die bloße Angabe von Vor- und Nachnamen sowie – möglicherweise nicht tagesgenau bekanntem – Geburtsdatum¹⁹⁵⁹ nicht ausreicht, um den Betroffenen eindeutig zu identifizieren. Daneben kann aber auch das Verschweigen einer weiteren Staatsangehörigkeit eine unvollständige Angabe darstellen.¹⁹⁶⁰ Dabei muss die Behörde dem Betroffenen die geforderten Angaben präzise benennen, darf sich also nicht auf die Oberbegriffe (Alter, Identität, Staatsangehörigkeit) beschränken, weil dann der Umfang der (strafbewehrten) Pflicht zur Angabe nicht hinreichend bestimmt wäre. Verlangt die Behörde über die von den Oberbegriffen gedeckten Angaben hinausgehende weitere Angaben, ist deren Verweigerung oder unvollständige oder unrichtige Mitteilung nicht strafbewehrt. So ist insbesondere die Angabe des Familienstandes, einer möglichen Elternschaft oder weiterer persönlicher Daten nicht vom Begriff „Identität“ umfasst.¹⁹⁶¹ Dies ergibt sich auch aus einem Vergleich mit § 4 Abs. 1 PassG, in welchem als Angaben über die Person, die in den Pass einzutragen sind, Personenstandsangaben nicht enthalten sind.¹⁹⁶²

Von § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG nicht erfasst ist die gleichfalls in § 49 Abs. 2 AufenthG statuierte Pflicht eines Ausländers, „die von der Vertretung des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder vermutlich besitzt, geforderten und mit dem deutschen Recht in Einklang stehenden Erklärungen im Rahmen der Beschaffung von Heimreisedokumenten abzugeben“. Nach dem Wortlaut bezieht sich § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG nämlich nur auf „Angaben“ nach § 49 Abs. 2 AufenthG und nicht auf „Erklärungen“. Da § 49 Abs. 2 AufenthG insoweit klar zwischen „Angaben“ zu Alter, Identität und Staatsangehörigkeit gegenüber deutschen Behörden und „Erklärungen“ gegenüber ausländischen Vertretungen differenziert, verstieße eine Erstreckung des Tatbestandes gegen das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG.¹⁹⁶³

Teilweise wird vertreten, dass eine Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG im Blick auf die nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG geschützte Selbstbelastungs-

1959 Etwa, weil in bestimmten Kulturkreisen exakte Geburtsdaten keine besondere Bedeutung haben, dazu exemplarisch der Sachverhalt in BGH NJW 2019, 933.

1960 Nach 49.2.4 AVV AufenthG erstreckt sich die Pflicht zur Angabe der Staatsangehörigkeit auf sämtliche gegenwärtige Staatsangehörigkeiten, sofern die Angabe sämtlicher Staatsangehörigkeiten ausdrücklich verlangt wird.

1961 Für die Eheschließung siehe OLG Hamm NSZ-RR 2008, 154, 155; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 89; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 67; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 141; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 140. Anders *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 30.

1962 Zum demgegenüber abweichenden Schutzzweck des § 111 Abs. 1 OWiG, der Angaben zum Personenstand umfasst, vgl. OLG Hamm NSZ-RR 2008, 154, 155.

1963 OLG Celle, Urt. v. 14.2.2007 – 21 Ss 84/06, BeckRS 2007, 3736; OLG Koblenz, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 Ss 126/08, BeckRS 2010, 1265; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 66; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 99; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 136; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 136.

und Aussagefreiheit¹⁹⁶⁴ in verfassungskonformer „Auslegung“; die in Wahrheit eine verfassungskonforme Tatbestandsreduktion darstellt,¹⁹⁶⁵ ausscheiden soll, wenn sich der Betroffene durch die Angaben selbst einer Straftat bezichtigte.¹⁹⁶⁶ Eine solche Selbstbezichtigung kann dadurch erfolgen, dass der Betroffene durch entsprechende Angaben daran mitwirkt, sich zu identifizieren und damit eine mögliche Tatbeteiligung zu offenbaren. Angaben über die eigene Staatsangehörigkeit können für Einreise- und Aufenthaltsdelikte bedeutsam sein.¹⁹⁶⁷ Vorstellbar ist es aber auch, dass durch wahrheitsgemäße Angaben zu Alter, Identität und Staatsangehörigkeit aufgedeckt wird, dass der Betroffene zu einem früheren Zeitpunkt zur Erlangung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht hat,¹⁹⁶⁸ unerlaubt eingereist ist, sich unerlaubt aufhält oder im Rahmen eines Asylverfahrens unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht oder benutzt und sich dadurch strafbar gemacht hat.¹⁹⁶⁹

Der aus der Strafdrohung des § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG resultierende Zwang, durch (nunmehr) richtige und vollständige Angaben potenziell *mittelbar* zu offenbaren, dass zu einem früheren Zeitpunkt unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht worden sind oder dass eine unerlaubte Einreise oder ein unerlaubter Aufenthalt vorgelegen haben, stellt einen Eingriff in die Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit dar.¹⁹⁷⁰ Diese schützt den Einzelnen davor, sich selbst einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu bezichtigen, damit zum Mittel gegen sich selbst zu werden und an der eigenen strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung mitwirken zu müssen.¹⁹⁷¹ Sie greift nicht nur im Rahmen eines gegen die Person geführten Strafverfahrens, sondern grundsätzlich gegenüber sämtlichen staatlich sanktionierten Mitwirkungs- und Auskunftspflichten.¹⁹⁷² Dem Schutzbereich unterfallen dabei nicht nur der direkte Zwang zur Selbstbezichtigung, sondern auch indirekt wirkender Druck, etwa durch Verwertung des Schweigens eines Beschuldigten zu dessen Lasten.¹⁹⁷³ Deshalb ist auch der tatsächliche oder rechtliche Zwang zu Angaben, die nur mittelbar

1964 BVerfG NJW 1975, 103; NJW 1981, 1087 f.; 1981, 1431 f.; 2013, 1058, 1061; JZ 2016, 1113, 1114; dazu m.w.N. auch *Epik*, ZStW 2019, 131, 133 ff.

1965 Das LG Berlin, Urt. v. 17.2.2015 – (572) 252 Js 3536–13 (139/14), BeckRS 2015, 15201, spricht insoweit sowohl von einer verfassungskonform einschränkenden Auslegung als auch einer verfassungskonformen Reduzierung der Tatbestände.

1966 LG Berlin, Urt. v. 17.2.2015 – (572) 252 Js 3536–13 (139/14), BeckRS 2015, 15201.

1967 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 138.

1968 Siehe § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, dazu unten E. IV. 1. a); für eine solche Konstellation vgl. OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, wobei der Senat einen Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit verneint.

1969 Siehe § 85 Abs. 2 AsylG, dazu unten E. IV. 2. Zur Problematik auch GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 158.

1970 So wohl auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 139. Anders OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, Rn. 24 ff.

1971 BVerfG NJW 1975, 103; 1981, 1431; vgl. *Epik*, ZStW 2019, 131, 133 f. m.w.N.

1972 BVerfG NJW 1981, 1087 f.; 1981, 1431 f.

1973 BVerfG JZ 2016, 1113, 1115 f.

dazu beitragen, den Betroffenen einer Straftat zu überführen, von der Selbstbelastungsfreiheit umfasst.¹⁹⁷⁴ Die Selbstbelastungsfreiheit wird allerdings nicht absolut geschützt. Außerhalb des unmittelbar zur Menschenwürde gehörenden Kerngehalts der Selbstbelastungsfreiheit, welchen das Bundesverfassungsgericht durch unmittelbar wirkenden Zwang zur Selbstbelastung im Strafverfahren berührt sieht,¹⁹⁷⁵ ist die Selbstbelastungsfreiheit einer Abwägung zugänglich.¹⁹⁷⁶ Dabei sind die jeweils betroffenen Interessen an den Angaben des Betroffenen seinen schutzwürdigen Interessen gegenüberzustellen. Da der Gesetzgeber im Blick auf § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG keine Regelung zur Auflösung der Interessenkollision getroffen hat,¹⁹⁷⁷ muss ihr im Rahmen der Rechtsanwendung Rechnung getragen werden. Zu bedenken ist dabei allerdings, dass eine verfassungskonforme Reduktion eines Straftatbestandes schon im Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3 GG) und das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts (Art. 100 Abs. 1 GG) nicht vorschnell erfolgen darf, wenn die aufgeworfene Konfliktlage in einer Weise aufgelöst werden kann, welche dem gesetzgeberischen Willen in größerem Umfang Rechnung trägt.¹⁹⁷⁸ Nur wenn sich der Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit auch unter Berücksichtigung möglicher Kompensationsmechanismen als unverhältnismäßig darstellt, ist § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG verfassungskonform zu reduzieren.

Im Rahmen der Abwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich der Gesetzgeber zur Strafbewehrung unterlassener, unrichtiger oder unvollständiger Angaben nach § 49 Abs. 2 AufenthG entschlossen hat, um die Mitwirkung des Betroffenen zu sichern und die für die Überprüfung, Feststellung und Sicherung der Identität erforderlichen Informationen zu erhalten. Auf Grundlage des herrschenden mehrstufigen Schutzgutkonzepts ist ein Interesse des Staates, im Rahmen des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens die Identität eines Ausländers festzustellen, legitimer Anknüpfungspunkt einer Strafbewehrung. Neben der Gewährleistung innerer Sicherheit ist die Identitätskenntnis auch zur Durchsetzung einer möglicherweise bestehenden oder eintretenden Ausreisepflicht erforderlich.¹⁹⁷⁹ Zugleich ist zu berücksichtigen, dass der nach § 49 Abs. 2 AufenthG Auskunftspflichtete nicht dazu gezwungen wird, sich unmittelbar einer konkreten Straftat zu bezichtigen; die Selbstbelastung erfolgt vielmehr mittelbar. Auch ist der Betroffene nicht in derselben Lage wie ein Beschul-

1974 BVerfG NJW 2013, 1058, 1067 zur Verständigung im Strafverfahren.

1975 BVerfG NJW 1981, 1431, 1432; JZ 2016, 1113, 1115.

1976 BVerfG NJW 1981, 1431, 1432; vgl. *Epik*, ZStW 2019, 131, 138 m.w.N.

1977 Derartige Regelungen finden sich etwa in § 39 Abs. 1 Satz 2 WaffG, § 393 Abs. 1 Satz 2 AO und inzwischen auch in § 73b Abs. 5a AufenthG.

1978 Zu den Grenzen der verfassungskonformen Auslegung, die die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahren und das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen dürfe, siehe BVerfGE 110, 226, 267; allgemein, ohne Strafrechtsbezug, auch BVerfG NVwZ 2015, 510, 515; ähnlich schon BVerfG NVwZ 2007, 1396, 1397. In diese Richtung hinsichtlich der Auslegung des § 242 StGB in Fällen des sogenannten „Containers“ auch BVerfG NJW 2020, 2953, 2955.

1979 BT-Drs. 15/420, S. 98.

digter im Strafverfahren, der durch einen Zwang zur Selbstbelastung *unmittelbar* an seiner eigenen Verurteilung mitwirken müsste; eine solche Wirkung lässt sich, im Gegenteil, durch die Annahme eines strafprozessualen Verwertungsverbots hinsichtlich der Angaben im aufenthaltsrechtlichen Verfahren sicher ausschließen.¹⁹⁸⁰

Vor diesem Hintergrund erscheint es vorzugswürdig, der durch die Strafbewehrung eintretenden Zwangslage dadurch Rechnung zu tragen, dass die Angaben im Verwaltungsverfahren einem Verwertungsverbot in einem möglichen Strafprozess unterworfen werden, die Strafbewehrung des § 49 Abs. 2 AufenthG aber nicht entfällt.¹⁹⁸¹ Dieser Mechanismus ist seit der Gemeinschuldner-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch in anderen Bereichen, in denen die Rechtsordnung dem Normadressaten zum Schutz von Interessen Dritter ein selbstbelastendes Verhalten abverlangt, anerkannt.¹⁹⁸² Zwar besteht ein wesentlicher Unterschied zur Gemeinschuldner-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darin, dass § 49 Abs. 2 AufenthG nicht die Interessen privater Dritter schützt, sondern ein staatliches Interesse. Allerdings wird angesichts des Gemeininteresses an der Kenntnis der Identität eines im Inland aufhaltigen Ausländers auch in diesen Fällen die Abwägung der betroffenen Interessen zugunsten des staatlichen Interesses aufgelöst und den Interessen des Betroffenen strafverfahrensrechtlich Rechnung getragen werden müssen.

Das Landgericht Berlin hat demgegenüber ein prozessuales Verwertungsverbot nicht für ausreichend gehalten, da Fallgestaltungen denkbar seien, „in denen der Inhalt der Angaben des Ausländers auch ohne deren Verwertung in der Hauptverhandlung aufzuklären wäre[n], etwa wenn sich das Gericht die Überzeugung verschaffen kann, der Ausländer müsse in einer bestimmten Weise Angaben gemacht haben, da die Behörde angesichts der üblichen Praxis sonst eine getroffene aufenthaltsrechtliche Entscheidung nicht getroffen haben würde. Mit diesen Erwägungen könnte das Gericht zu einer Verurteilung gelangen, ohne die Angaben als solche zu verwerten, und ein (bloßes) Verwertungsverbot würde leerlaufen.“¹⁹⁸³ Diesem Einwand lässt sich allerdings begegnen, indem das Verwertungsverbot sowohl auf die Angaben selbst als auch den Umstand, dass derartige Angaben überhaupt gemacht wurden, erstreckt wird.

1980 Dazu grundlegend BVerfG NJW 1981, 1431, 1433.

1981 Wie hier GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 159 m.w.N.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 138. Nach GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 140, soll mangels gesetzlicher Normierung eines Verwertungsverbots auch eine Tatbestandslosigkeit mangels Zumutbarkeit der Tätigkeit entsprechender Angaben in Betracht kommen, da es sich bei § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG überwiegend um ein echtes Unterlassungsdelikt handle. Überzeugender dürfte es sein, ein verfassungsrechtlich abgeleitetes Verwertungsverbot anzunehmen, das insoweit auch einer Abwägung nicht zugänglich ist, im Gegenzug aber die Zumutbarkeit entsprechender Angaben zu bejahen. *De lege ferenda* sollte der Gesetzgeber freilich klarstellend tätig werden.

1982 Grundlegend BVerfG NJW 1981, 1431 ff.; vgl. dazu auch MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 67; ferner GK-AufenthG/*Bernhöft*, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 116.

1983 LG Berlin, Urt. v. 17.2.2015 – (572) 252 Js 3536–13 (139/14), BeckRS 2015, 15201.

Ebenfalls nicht überzeugend ist die diametral gegenläufige Position des Oberlandesgerichts Celle, das bereits eine Betroffenheit der Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit verneint.¹⁹⁸⁴ In einem Fall, in dem ein Ausländer wiederholt falsche Angaben bei der Beantragung der Verlängerung seiner Duldung gemacht hatte, bis er schließlich anlässlich eines erneuten Verlängerungsantrags seiner Pflicht nach § 49 Abs. 2 AufenthG nachgekommen war und seine richtige Identität offenbart hatte, hat das Oberlandesgericht wegen der Falschangaben eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG angenommen. Dabei hat es jedoch nicht nur die vorangegangenen unrichtigen Angaben zulasten des Angeklagten verwertet, sondern – insoweit mit der Selbstbelastungsfreiheit unvereinbar – auch bezüglich der *zutreffenden* letzten Angabe kein Beweisverwertungsverbot angenommen. Der Senat argumentiert, dass der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit allenfalls ein Schweigen beziehungsweise Passivität des Auskunftspflichtigen schütze, nicht aber zur Begehung neuen Unrechts berechtiige.¹⁹⁸⁵ Selbst wenn dieser Auffassung uneingeschränkt zuzustimmen wäre, trüge die Argumentation allenfalls die Begründung einer Strafbarkeit wegen der früheren unrichtigen Angaben. Auf diese bezieht sich der Senat in seinen Ausführungen auch zunächst. Sodann greift das Oberlandesgericht aber auf eben diese Argumentation zurück, um seine ablehnende Haltung gegenüber einem Beweisverwertungsverbot bezüglich der zuletzt getätigten zutreffenden Angaben zu begründen.¹⁹⁸⁶ Damit verkennt der Senat schon im Ausgangspunkt, dass es nicht darum geht, die aktiven Falschangaben straffrei zu stellen, sondern die zutreffende Angabe, mit der der Betroffene sich überhaupt erst dem Strafverfahren wegen der vorangegangenen unrichtigen Angaben ausgesetzt hat, einem Beweisverwertungsverbot zu unterwerfen. Da § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG auch das Nicht-Machen einer Angabe unter Strafe stellt, bewirkt § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG eine *strafbewehrte* Auskunftspflicht und zwingt den Betroffenen, zwischen der Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG oder einer potenziellen Selbstbelastung im Blick auf vorangegangene Taten nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG zu wählen. Wie der Senat zu der Einschätzung gelangt, der verfassungsrechtliche Gehalt der Selbstbelastungsfreiheit werde in dieser Situation nicht berührt, erschließt sich nicht.¹⁹⁸⁷

cc) § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG betrifft das Nicht-Dulden einer in § 49 Abs. 10 AufenthG genannten Maßnahme. § 49 Abs. 10 AufenthG bezieht sich seinerseits auf Maßnahmen nach § 49 Abs. 1 und Abs. 3 bis 9 AufenthG. Dabei handelt es sich um Maß-

1984 OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, Rn. 24 ff.

1985 OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, Rn. 25.

1986 OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, Rn. 29.

1987 Wohl auch deshalb zusätzlich auf die möglicherweise freiwillige Offenbarung abstellend OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 2 Ss 56/18, BeckRS 2018, 14590, Rn. 29.

nahmen zur Feststellung der Identität, des Alters und der Staatsangehörigkeit eines Ausländers. Für Asylbewerber greift ab dem Zeitpunkt des Nachsuchens um Asyl durch Asylantragstellung und bis zum Abschluss des Asylverfahrens § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG nicht ein, weil die § 49 AufenthG entsprechende Regelung des § 16 AsylG in § 85 Abs. 1 AsylG nicht strafbewehrt ist. Die Vorschriften des Asylgesetzes stellen für die Dauer des Asylverfahrens grundsätzlich abschließende Vorschriften dar, sodass das Asylgesetz insoweit Sperrwirkung im Blick auf das Aufenthaltsgesetz entfaltet. Andernfalls würden die Wertungen des § 85 AsylG umgangen.¹⁹⁸⁸

Eine Strafbarkeit setzt zunächst voraus, dass dem Betroffenen gegenüber durch die zuständige¹⁹⁸⁹ Behörde eine entsprechende Maßnahme auf Grundlage des § 49 AufenthG wirksam angeordnet worden ist.¹⁹⁹⁰ Erkennungsdienstliche Maßnahmen auf Grundlage anderer landes- oder bundesgesetzlicher Regelungen sind von der Strafbewehrung nicht erfasst; insbesondere im Blick auf die variablen Funktionen der Landes- und Bundespolizei ist daher stets zu prüfen, auf welcher Grundlage eine entsprechende Maßnahme angeordnet worden ist.¹⁹⁹¹ Aus der Verfügung muss sich ergeben, welche Maßnahme der Betroffene konkret zu dulden hat, da für ihn ansonsten nicht erkennbar ist, welches Verhalten strafbewehrt ist.

1988 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 154; im Ergebnis auch MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 70; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 106, der jedoch meint, die Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen nach § 49 Abs. 5 Nr. 4 AufenthG gegenüber einem Asylsuchenden aus einem sicheren Drittstaat (§ 26a AsylG) sei nach § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG strafbewehrt. Da der Asylantrag nach § 13 Abs. 2 Satz 1 AsylG aber auch den Antrag auf Gewährung internationalen Schutzes beinhaltet, der durch § 26a AsylG ebenso wenig wie durch Art. 16a Abs. 2 GG ausgeschlossen wird, überzeugt diese Position nicht. Es verbleibt daher bei der Sperrwirkung des AsylG gegenüber § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG. Erst nach Ablehnung eines entsprechenden Antrags als unzulässig (§ 29 AsylG) und damit nach Abschluss des Asylverfahrens kommt ein Rückgriff auf § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG in Betracht. Die Regelung des § 15 Abs. 5 AsylG, wonach die Mitwirkungspflichten durch Rücknahme des Asylantrags nicht beendet werden, wird teilweise so interpretiert, dass das AsylG auch nach Antragsrücknahme insoweit § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG sperre (GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 155; siehe auch GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 177). Allerdings ist mit Beendigung des Asylverfahrens durch Rücknahme des Asylantrags das AufenthG grundsätzlich anwendbar. Die der besonderen Stellung des Asylantragstellers geschuldete Privilegierung durch die Annahme einer Sperrwirkung des AsylG bedarf es daher nicht mehr; § 15 Abs. 5 AsylG ist nicht darauf gerichtet, die Anwendbarkeit aufenthaltsrechtlicher Mitwirkungspflichten zu sperren, sondern soll die fortgesetzte Kooperation mit dem auch nach Rücknahme des Asylantrags zu bestimmten Entscheidungen (etwa über das Vorliegen von Abschiebehindernissen) berufenen Bundesamt sicherstellen, vgl. mit Kritik gegenüber dem Umfang der Fortgeltung Bergmann, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 15 AsylG Rn. 14; Houben, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 15 AsylG Rn. 19.

1989 Vgl. § 71 Abs. 4 AufenthG.

1990 Übereinstimmend Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 138; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 156; zu § 92 Abs. 1 Nr. 5 AuslG a.F. Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 125 f. Auf die Kenntnis von der Absicht der Behörde, die erkennungsdienstliche Maßnahme vorzunehmen, abstellend Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 34.

1991 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 149 ff.; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 168 ff.

Der Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG („entgegen [...] nicht duldet“) spricht des Weiteren dafür, dass tatbestandlich eine aktive Widerstandshandlung gefordert wird, sodass bloße Untätigkeit den Tatbestand nicht erfüllt.¹⁹⁹² So muss der Betroffene weder elektronische Speicher- oder Verarbeitungsmedien oder Dokumente im Sinne des § 49 Abs. 1 AufenthG übergeben noch aktiv an Messungen oder ärztlichen Untersuchungen im Sinne des § 49 Abs. 6 AufenthG mitwirken. Auch eine bloße Nichtwahrnehmung eines Termins genügt nicht.¹⁹⁹³ Selbst ein Untertauchen im Vorfeld einer Maßnahme ist angesichts des Wortlauts, der auf das Nicht-Dulden der konkret bevorstehenden Maßnahme abstellt und nicht auf ein Sich-Entziehen, nicht ausreichend.¹⁹⁹⁴ Wird eine Maßnahme aber zwangsweise durchgesetzt (§ 82 Abs. 4 Satz 2 AufenthG), darf sich der Betroffene dagegen nicht widersetzen. Aktiver Widerstand ist als Nicht-Dulden strafbar.¹⁹⁹⁵ Für die Strafbarkeit kommt es nicht darauf an, ob der Widerstand erfolgreich war, da der Tatbestand bereits an das Nicht-Dulden der Maßnahme anknüpft; insoweit handelt es sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt.¹⁹⁹⁶

Auf die Rechtmäßigkeit der Verfügung kommt es nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich nicht an;¹⁹⁹⁷ sie muss aber vollziehbar sein, wobei bei Anordnung durch die Bundes- oder Landespolizei § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO zu beachten und im Einzelfall zu prüfen ist, ob es sich um eine unaufschiebbare Anordnung gehandelt hat.¹⁹⁹⁸ Allerdings weist die Struktur des Tatbestandes eine deutliche Parallele zu § 113 Abs. 1 StGB (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte) auf, bei

1992 Vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 136; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 186; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 90; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 101; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 158, 167, 169. Anders *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 34, die ein Fernbleiben von einem Termin ausreichen lassen.

1993 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 21; *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 134 f.; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 189; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 101; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 69; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 168.

1994 Vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 135; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 90; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 171, der aber eine Flucht aus der konkreten Maßnahmensituation als tatbestandsmäßig ansieht; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 153; anders *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 21.

1995 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 169.

1996 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 187; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 34; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 159. Anders dagegen Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 101, der bei erfolglosem Widerstand einen straflosen Versuch annimmt.

1997 Anders *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 34.

1998 So auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 165; stets von einer unaufschiebbaren Anordnung ausgehend dagegen *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 129; „meist“ soll es

dem § 113 Abs. 3 StGB eine Strafbarkeit ausschließt, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig gewesen ist. Wenn der unmittelbare Vollzug einer aufenthaltsrechtlichen Maßnahme droht und der Betroffene aktiv gegen diesen Vollzug Widerstand leistet, wird, soweit ein Vollstreckungsbeamter im Sinne des § 113 Abs. 1 StGB mit der Durchsetzung betraut ist, oftmals § 113 Abs. 1 StGB Tateinheitlich verwirklicht sein.¹⁹⁹⁹ Aufgrund der Vergleichbarkeit der Drucksituation, welcher sich der Betroffene in diesen Fällen ausgesetzt sieht, und mangels spezieller Regelung in § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG liegt es nahe, § 113 Abs. 3 und 4 StGB analog heranzuziehen und das Nicht-Dulden rechtswidriger Diensthandlungen auch nicht über § 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG mit Strafe zu bedrohen.²⁰⁰⁰ Dies steht im Einklang mit dem in Teil D. entwickelten differenzierten und am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten Modell. Kommt es nicht zu einem sofortigen Vollzug, bleibt es aufgrund der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten bei einer streng verwaltungsakzessorischen Betrachtung.²⁰⁰¹

In besonderem Maße problematisch ist, dass dem Tatbestand auch die Weigerung unterfällt, eine nach § 49 Abs. 6 AufenthG zugelassene Messung und ähnliche Maßnahmen, einschließlich körperlicher Eingriffe durch einen Arzt, zur Feststellung des Alters bei Ausländern ab Vollendung des sechsten Lebensjahres zu dulden. Zwar darf kein Nachteil für die Gesundheit des Ausländers zu befürchten sein, jedoch kommen in der Praxis auch Röntgenuntersuchungen zum Einsatz,²⁰⁰² die eine – wenn auch geringfügige²⁰⁰³ – Strahlenbelastung aufweisen, einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bewirken²⁰⁰⁴ und deshalb einwilligungsbedürftig sind.²⁰⁰⁵ Diese Untersuchungen zur Altersfeststellung sind zudem methodisch umstritten.²⁰⁰⁶ Durch die Strafbewehrung der Verweigerung einer entsprechenden Untersuchung wird jedoch ein faktischer Zwang zur Duldung der Untersuchung ausgeübt. Zwar

sich um eine solche nach Auffassung von Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 102, handeln.

1999 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 74.

2000 Vgl. Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 141; GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 196; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 175; gleichfalls für einen Rückgriff auf § 113 Abs. 3 StGB Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 203. Ablehnend MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 71.

2001 Ähnlich wie hier GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 175.

2002 So schon die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/5065, S. 179; vgl. Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 49 AufenthG Rn. 23.

2003 Zum für das Lebenszeitrisiko sehr geringen Strahlenrisiko vgl. Meier/Schmeling/Loose/Vieth, Rechtsmedizin 2015, 30 ff., die allerdings Kumulationseffekte nicht berücksichtigen.

2004 Dazu Neundorf, ZAR 2018, 238, 242 m.w.N., die unter Bezugnahme auf BGH NJW 1998, 833, 835 f. zugleich darauf hinweist, dass die „einmalige, kurzzeitige oder nur gelegentlich wiederholte ordnungsgemäße Anwendung von Röntgenstrahlen“ in der Regel nicht als Körperverletzung zu beurteilen sei. Ob dies bei medizinisch nicht indizierten Röntgenaufnahmen bei jungen Menschen überzeugt, erscheint jedoch fraglich.

2005 Für in Obhut genommene Personen regelt dies explizit § 42f Abs. 2 Satz 3 SGB VIII.

2006 Vgl. Kolber, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 49 AufenthG Rn. 23; Neundorf, ZAR 2018, 238, 245 m.w.N.

entspricht § 49 Abs. 6 AufenthG hinsichtlich der Untersuchungsbefugnisse § 81a Abs. 1 StPO, die allerdings mit Ausnahme der Blutprobenentnahme bei Verkehrsdelikten (§ 81a Abs. 2 Satz 2 StPO) einem Richtervorbehalt unterliegen (§ 81a Abs. 2 Satz 1 StPO).²⁰⁰⁷ Der Unterschied besteht darin, dass die Strafprozessordnung keine Duldungspflicht des Beschuldigten statuiert und die Nicht-Duldung auch nicht mit *Strafe* bewehrt. Im Blick auf den damit erstrebten Zweck, das Alter eines Ausländers festzustellen, um Maßnahmen nach dem Aufenthaltsgesetz ergreifen zu können, sowie den damit verbundenen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) von potenziell minderjährigen Personen scheint jedenfalls die Verhältnismäßigkeit der Strafdrohung zweifelhaft.

dd) § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG betrifft Verstöße gegen die nach § 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG bestehende Pflicht von Ausländern, gegen die eine Ausweisungsverfügung auf Grund eines Ausweisungsinteresses nach § 54 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 AufenthG oder eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG besteht – also Personen, deren Aufenthalt aufgrund einer von ihnen ausgehenden Gefahr für die innere Sicherheit²⁰⁰⁸ beendet werden soll –, sich mindestens einmal wöchentlich bei der für ihren Aufenthaltsort zuständigen polizeilichen Dienststelle zu melden.²⁰⁰⁹ Der Tatbestand verlangt demnach zunächst, dass die Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG vorliegen, der Ausländer also auf Grund eines entsprechenden Ausweisungsinteresses ausgewiesen worden oder gegen ihn eine Abschiebungsanordnung ergangen ist. Diese Ausweisungsverfügung oder Abschiebungsanordnung muss wirksam, aber nicht rechtmäßig sein.²⁰¹⁰ Auf die Vollziehbarkeit der Ausweisungsverfügung – die Abschiebungsanordnung ist nach § 58a Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 AufenthG stets sofort vollziehbar – kommt es nach dem Wortlaut des § 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht an.²⁰¹¹ Die Strafbewehrung greift daher schon mit Bekanntgabe einer Ausweisungsverfügung oder Abschiebungsanordnung ein, da ab diesem Zeitpunkt die *gesetzlich* statuierte Meldepflicht nach § 56 Abs. 1 Satz 1

2007 Zu dieser Parallele BT-Drs. 16/5065, S. 179.

2008 OVG Lüneburg NVwZ-RR 2017, 1036, Rn. 7; *Bergmann/Lehrian/Putzar-Sattler*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 1.

2009 Vgl. zur fehlenden Verweisung in § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG zwischen 1. August 2015 und 31. Dezember 2016 NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 113; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 80.

2010 Dies folgt bereits aus den in Teil D. I. 1. dargestellten Grundsätzen; vgl. auch *Bergmann/Lehrian/Putzar-Sattler*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 2.

2011 Vgl. *Bauer*, in: *Bergmann/Dienelt* (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 11; *Bergmann/Lehrian/Putzar-Sattler*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 2; NK-AuslR/*Cziersky-Reis*, 3. Aufl. 2023, § 56 AufenthG Rn. 5; *Fleuß*, in: *Kluth/Heusch* (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 56 AufenthG Rn. 13. Anders offenbar *Hohoff*, in: *Kluth/Heusch* (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 57.

AufenthG besteht.²⁰¹² Da durch § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG nicht unmittelbar an die Ausweisungsverfügung oder die Abschiebungsanordnung angeknüpft wird, sondern vielmehr an die gesetzliche Meldepflicht, liegt darin keine Durchbrechung des Grundsatzes, dass nur vollziehbare Verwaltungsakte strafbewehrt sein dürfen.²⁰¹³

Tathandlung ist das Unterlassen der Meldung oder die nicht rechtzeitige Meldung, wobei im Gegensatz zur früheren Rechtslage²⁰¹⁴ bereits der Erstverstoß unter Strafe steht. Belässt es die Ausländerbehörde bei der gesetzlichen Meldepflicht, macht sich der Betroffene daher strafbar, wenn er sich innerhalb einer Woche (Montag, 00:00 Uhr, bis Sonntag, 24:00 Uhr) nicht bei der zuständigen polizeilichen Dienststelle meldet.²⁰¹⁵ § 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG („mindestens einmal wöchentlich“ und „soweit die Ausländerbehörde nichts anderes bestimmt“) und § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG („nicht rechtzeitig“) lassen freilich erkennen, dass die Behörde auch eine von der gesetzlichen Meldepflicht abweichende Regelung treffen kann. Der Verstoß gegen eine solche gesondert festgesetzte Meldepflicht ist aber nur strafbewehrt, wenn die Anordnung vollziehbar²⁰¹⁶ und hinsichtlich der Modalitäten der Meldepflicht hinreichend klar ist. Andernfalls wäre nicht hinreichend bestimmt, welcher Verhaltensverstoß mit Strafe bedroht ist.²⁰¹⁷ Zu berücksichtigen ist dabei, dass nach § 56 Abs. 5 Satz 2 AufenthG Anordnungen nach § 56 Abs. 1 bis 4 AufenthG stets sofort vollziehbar sind, sodass nur im Falle der Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch das Verwaltungsgericht (§ 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO) die Vollziehbarkeit entfällt.

ee) § 95 Abs. 1 Nr. 6b AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 6b AufenthG stellt die Zuwiderhandlung gegen eine – nach § 56 Abs. 5 Satz 2 AufenthG aber stets sofort – vollziehbare Anordnung nach § 56 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG unter Strafe und entspricht damit strukturell § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG. Eine Parallele besteht zudem zu § 145a StGB, der Verstöße gegen Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht (§ 68b StGB) mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht. Ein gewichtiger Unterschied besteht freilich darin, dass § 95 Abs. 1 Nr. 6b AufenthG nicht an eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung anknüpft und die Verpflichtungsverfügungen durch eine Behörde und nicht, wie bei § 68b StGB, durch ein Gericht erfolgen.

2012 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 201; NK-AuslR/Cziersky-Reis, 3. Aufl. 2023, § 56 AufenthG Rn. 6; Fleuß, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 56 AufenthG Rn. 13.

2013 Dazu oben D. I. 1.

2014 Vgl. § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG in der bis zum 26. Februar 2024 geltenden Fassung.

2015 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 202; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 182.

2016 Vgl. NK-Ausländerrecht/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 118.

2017 Eine „verständliche Aufklärung über die Mitwirkungspflichten“ verlangend Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 156.

Die in Bezug genommenen Anordnungen betreffen zum einen die im Ermessen der Behörde stehende Anordnung einer Meldepflicht nach § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG. Nach dieser Vorschrift kann eine Meldepflicht für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer angeordnet werden, bei denen ein Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 AufenthG besteht (§ 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG) oder die aufgrund eines anderen Ausweisungsinteresses vollziehbar ausreisepflichtig sind, bei denen aber die Anordnung der Meldepflicht zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erforderlich ist (§ 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AufenthG). Anders als bei der kraft Gesetzes eintretenden Meldepflicht setzt § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG voraus, dass die Ausreisepflicht vollziehbar und nicht nur wirksam ist.²⁰¹⁸

§ 56 Abs. 3 AufenthG erlaubt es der Behörde, den Betroffenen zu verpflichten, in einem anderen Wohnort oder in bestimmten Unterkünften auch außerhalb des Bezirks der Ausländerbehörde zu wohnen (sogenannte Wohnsitzauflage). Voraussetzung dieses recht intensiven Eingriffs in das auch für Ausländer nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 1 GG gewährte Freizügigkeitsrecht²⁰¹⁹ ist, dass die Wohnsitzauflage geboten erscheint, um „die Fortführung von Bestrebungen, die zur Ausweisung geführt haben, zu erschweren oder zu unterbinden und die Einhaltung vereinsrechtlicher oder sonstiger gesetzlicher Auflagen und Verpflichtungen besser überwachen zu können“ (§ 56 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG) oder „die wiederholte Begehung erheblicher Straftaten, die zu einer Ausweisung nach § 54 Absatz 1 Nummer 1 geführt haben, zu unterbinden“ (§ 56 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG).²⁰²⁰

§ 56 Abs. 4 AufenthG erlaubt es schließlich, einen Ausländer zu verpflichten, „zu bestimmten Personen oder Personen einer bestimmten Gruppe keinen Kontakt aufzunehmen, mit ihnen nicht zu verkehren, sie nicht zu beschäftigen, auszubilden oder zu beherbergen und bestimmte Kommunikationsmittel oder Dienste nicht zu nutzen, soweit ihm Kommunikationsmittel verbleiben und die Beschränkungen notwendig sind, um eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter abzuwehren.“ Diese grundrechtseingriffsintensive²⁰²¹ Maßnahme muss dazu dienen, die Fortführung von Bestrebungen, die zur Ausweisung nach § 54 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 AufenthG, zu einer Anordnung nach § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG oder zu einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG geführt haben, zu erschweren oder zu unterbinden (§ 56 Abs. 4 Satz 1 AufenthG). Derartige Kontakt- und Kommunikationsmittelverbote sind zudem zulässig, um die wiederholte Begehung erheblicher Straftaten, die zu einer Ausweisung nach § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG geführt haben, zu unterbinden, soweit die Verbote notwendig sind, um

2018 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 206; NK-AuslR/*Cziersky-Reis*, 3. Aufl. 2023, § 56 AufenthG Rn. 7.

2019 Dazu D. I. 1. c) aa).

2020 Vgl. näher *Bauer*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 19.

2021 Vgl. dazu NK-AuslR/*Cziersky-Reis*, 3. Aufl. 2023, § 56 AufenthG Rn. 18.

eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter abzuwenden (§ 56 Abs. 4 Satz 2 AufenthG).

Der Tatbestand setzt zunächst voraus, dass eine auf § 56 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG gestützte wirksame und vollziehbare, nicht aber notwendigerweise rechtmäßige,²⁰²² Verfügung vorliegt. Dabei ist – insoweit parallel zu § 68b StGB – zu verlangen, dass die Behörde „das verbotene oder verlangte Verhalten genau [...] bestimm[t].“²⁰²³ Ist die Verfügung nicht hinreichend präzise gefasst, kann sie nicht Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 6b AufenthG sein, weil es andernfalls an einer mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbaren Bestimmtheit der Strafbarkeit fehlte. Für die nach § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG angeordnete Meldepflicht gelten dabei die Ausführungen zu § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG. Hinsichtlich § 56 Abs. 3 AufenthG muss die Verfügung klar zum Ausdruck bringen, an welchem Wohnort oder in welcher Unterkunft genau der Betroffene wohnen muss. Im Blick auf § 56 Abs. 4 AufenthG ist zu verlangen, dass die Personen, zu denen ein Kontaktverbot besteht, identifizierbar benannt werden. Sofern § 56 Abs. 4 Satz 1 AufenthG auf „Personen einer bestimmten Gruppe“ Bezug nimmt, muss diese Gruppe hinreichend stabil konstituiert sein und darf keinen bloß losen Verbund darstellen, bei dem ständige Wechsel dazu führen, dass der von der Verfügung umfasste Personenkreis nicht mehr hinreichend bestimmbar ist. Auch die Kommunikationsmittel oder Dienste, welche der Betroffene nicht benutzen darf, müssen genau bezeichnet sein. Die Tathandlung besteht in einer Zuwiderhandlung gegen eine entsprechend gestaltete Verfügung.

ff) § 95 Abs. 1 Nr. 6c AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 6c AufenthG stellt die Zuwiderhandlung gegen räumliche Beschränkungen nach § 56 Abs. 2 AufenthG unter Strafe. § 56 Abs. 2 AufenthG ordnet an, dass der Aufenthalt von Ausländern, die nach § 56 Abs. 1 AufenthG einer Meldepflicht unterliegen, auf den Bezirk der Ausländerbehörde beschränkt ist. Dies bedeutet, dass der Betroffene den Bezirk der Ausländerbehörde nicht verlassen darf. Der Tatbestand setzt demnach zunächst voraus, dass die gesetzlichen Voraussetzungen einer Aufenthaltsbeschränkung nach § 56 Abs. 2 AufenthG vorliegen, also eine Meldepflicht im Sinne des § 56 Abs. 1 AufenthG besteht. Dies kann, weil § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG die Anordnung einer Meldepflicht in das Ermessen der Behörde stellt, im Einzelfall davon abhängen, ob eine wirksame, die Meldepflicht begründende Verfügung vorliegt. Es dürfen zudem keine abweichenden Festlegungen durch die Ausländerbehörde getroffen worden sein (§ 56 Abs. 2 Halbsatz 2 AufenthG).

²⁰²² Dazu oben D. I. 1.

²⁰²³ § 68b Abs. 1 Satz 2 StGB; vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 210 f.

Die Tathandlung besteht in einer „Zu widerhandlung“ gegen die Aufenthaltsbeschränkung. Eine solche setzt voraus, dass der Betroffene den Bezirk der Ausländerbehörde physisch verlässt, ohne eine Erlaubnis nach § 12 Abs. 5 Satz 1 AufenthG zu haben oder nach § 12 Abs. 5 Satz 3 AufenthG zur Wahrnehmung von Terminen bei Behörden oder Gerichten, bei denen sein persönliches Erscheinen erforderlich ist, zum Verlassen des Bezirks der Ausländerbehörde berechtigt zu sein.²⁰²⁴ Ob ein persönliches Erscheinen erforderlich ist, hängt vom konkret betroffenen Termin ab; neben verfahrensrechtlichen Erscheinungspflichten kann es auch im Interesse des betroffenen Ausländers objektiv geboten sein, einen Termin persönlich wahrzunehmen.²⁰²⁵ Der Tatbestand lässt keinerlei zeitliche Einschränkung im Blick auf die Dauer der Zu widerhandlung erkennen, sodass – unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 56 Abs. 2 AufenthG, potenziell für die innere Sicherheit gefährliche ausreisepflichtige Ausländer überwachen zu können²⁰²⁶ – auch ein nur kurzzeitiges Verlassen ausreicht.²⁰²⁷ Allerdings muss der Ausländer diesbezüglich mit Vorsatz handeln und daher insbesondere wissen, dass er den Bezirk seiner Ausländerbehörde verlässt. Die Bezirke der Ausländerbehörden umfassen regelmäßig einen Landkreis oder das Gebiet einer kreisfreien Stadt.²⁰²⁸ Aus dem Tatbestand ausscheiden wird daher insbesondere in ländlichen Gebieten ein kurzzeitiges und unbewusstes Überschreiten der Landkreisgrenze, insbesondere an Stellen, an denen keine entsprechende Beschilderung vorhanden ist.

Im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG bereitet Schwierigkeiten, dass sich § 56 Abs. 2 AufenthG nicht entnehmen lässt, auf den Bezirk *welcher* Ausländerbehörde der Aufenthalt beschränkt ist.²⁰²⁹ Der Zusammenhang zu § 56 Abs. 1 AufenthG legt nahe, dass es sich um die Ausländerbehörde handelt, die für die die Meldepflicht auslösende Entscheidung zuständig ist. Dies wäre entweder die Ausländerbehörde, welche die aufenthaltsbeendende Verfügung erlassen hat (§ 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG), oder die Ausländerbehörde, welche die Meldepflicht angeordnet hat (§ 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG).²⁰³⁰ Dann aber ergäbe sich aus der jeweiligen Verfügung zugleich der für die räumliche Beschränkung relevante Bezirk der Ausländerbehörde. Allerdings sind in zahlreichen Bundesländern für Ausweisungen einzelne Ausländerbehörden

2024 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 185 f.

2025 Vgl. dazu GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 186, Zur Behandlung eines Irrtums über das Bestehen einer Erlaubnis als Tatbestandsirrtum vgl. oben E. II. 3.

2026 Vgl. Bergmann/Lehrian/Putzar-Sattler, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 56 AufenthG Rn. 1.

2027 Vgl. Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 162.

2028 Vgl. etwa § 1 Verordnung über die Zuständigkeiten im Ausländerwesen des Landes Nordrhein-Westfalen; §§ 1, 2 Satz 2 Verordnung über die Zuständigkeiten im Ausländerrecht des Landes Brandenburg.

2029 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 216; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 183 f.

2030 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 216.

zentral zuständig²⁰³¹ und ist nach § 58a Abs. 1 Satz 1 AufenthG für Abschiebungsanordnungen die oberste Landesbehörde zuständig. Diese Zuständigkeitsbestimmung hilft deshalb nicht weiter. Gemeint ist daher wohl am ehesten die Ausländerbehörde, in deren Bezirk der Betroffene zum Zeitpunkt der die räumliche Beschränkung auslösenden Entscheidung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.²⁰³² Dies sollte der Gesetzgeber jedoch ausdrücklich in § 56 Abs. 2 AufenthG aufnehmen, um derzeit bestehende Friktionen mit Art. 103 Abs. 2 GG zu vermeiden.

gg) § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG

§ 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG betrifft die *wiederholte* Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung nach § 61 Abs. 1 oder Abs. 1c AufenthG, wobei sowohl der Erstverstoß als auch der wiederholte Verstoß zu einem Zeitpunkt stattgefunden haben müssen, in dem die Strafbewehrung griff.²⁰³³ § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG beschränkt den Aufenthalt eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers räumlich auf das Gebiet des Landes.²⁰³⁴ Unter bestimmten, in § 61 Abs. 1 Satz 2 und 3 AufenthG genannten Voraussetzungen kann von dieser räumlichen Beschränkung abgewichen werden, insbesondere bei Ausübung einer Beschäftigung, zum Zwecke des Schulbesuchs, der Aus- und Weiterbildung oder eines Studiums sowie zur Aufrechterhaltung der Familieneinheit. Zu beachten ist, dass die räumliche Beschränkung erlischt, wenn sich „der Ausländer seit drei Monaten ununterbrochen erlaubt, geduldet oder gestattet im Bundesgebiet aufhält“ (§ 61 Abs. 1b AufenthG). Damit sind insbesondere langjährig im Status der Duldung lebende Menschen im Regelfall von der räumlichen Beschränkung befreit. Allerdings sieht § 61 Abs. 1c Satz 1 AufenthG vor, dass eine räumliche Beschränkung unabhängig von § 61 Abs. 1 bis 1b AufenthG angeordnet werden kann, wenn der Ausländer – ohne jede Mindestschwelle – wegen einer Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist, wobei nur Tatbestände außer Acht bleiben, die nur von Ausländern verwirklicht werden können (§ 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 1 AufenthG), wenn Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen – also ein entsprechender Anfangsverdacht vorliegt –, dass der Ausländer gegen Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes verstoßen hat (§ 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 2 AufenthG), oder wenn konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung gegen den Ausländer

2031 Vgl. § 15a Abs. 1 Nr. 1 Verordnung über die Zuständigkeiten im Ausländerwesen des Landes Nordrhein-Westfalen.

2032 So auch GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 183.

2033 Vgl. im Blick auf das Rückwirkungsverbot OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.1.2009 – 1 Ss 90/08, BeckRS 2009, 4552; OLG Hamm, Beschl. v. 21.1.2009 – 3 Ss 476/08, BeckRS 2009, 9525; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 65; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 82; anders noch OLG Hamm, Urt. v. 31.1.2007 – 1 Ss 500/06, BeckRS 2007, 65493.

2034 Insofern ist der Tatbestand auf Asylbewerber nicht anwendbar und gerät deshalb nicht in Konflikt mit dem Unionsrecht, vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.10.2013 – (1) 53 Ss 97/13 (57/13), BeckRS 2013, 205749, Rn. 27 f.

bevorstehen (§ 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 3 AufenthG). § 61 Abs. 1c Satz 2 AufenthG lässt eine weitergehende räumliche Beschränkung auf den Bezirk der Ausländerbehörde zu, wenn „der Ausländer die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe durch vorsätzlich falsche Angaben oder durch eigene Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit selbst herbeiführt oder zumutbare Anforderungen an die Mitwirkung bei der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht erfüllt.“

Der Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG setzt damit voraus, dass entweder eine qua Gesetz gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG geltende, behördlich nicht nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG modifizierte, oder eine nach § 61 Abs. 1c AufenthG wirksam und vollziehbar angeordnete räumliche Beschränkung besteht, wobei es auch hier nicht auf die Rechtmäßigkeit der Anordnung ankommt.²⁰³⁵ § 12 Abs. 5 AufenthG findet auch auf Fälle des § 61 AufenthG Anwendung, sodass das Vorliegen einer Verlassenserlaubnis den Tatbestand ausschließt.²⁰³⁶ Die Tathandlung besteht in der *wiederholten* Zuwiderhandlung gegen eine solche räumliche Beschränkung.²⁰³⁷ Voraussetzung ist also, dass der Ausländer *mindestens* einmal zuvor vorsätzlich²⁰³⁸ gegen dieselbe²⁰³⁹ räumliche Beschränkung verstoßen haben muss, was durch das Tatgericht festzustellen ist.²⁰⁴⁰ Bereits das kurzfristige Verlassen des zugewiesenen Aufenthaltsbereichs erfüllt dabei den Tatbestand.²⁰⁴¹ Nicht angeknüpft werden darf nach dem Rechtsgedanken des § 51 Abs. 1 BZRG an Erstverstöße, die bei einer Ahndung und hypothetisch bestehender Eintragungspflicht bereits Tilgungsreife erlangt hätten.²⁰⁴²

Dabei stellt sich die Frage, ob der erstmalige Verstoß zuvor überhaupt als Ordnungswidrigkeit nach § 98 Abs. 3 Nr. 2b beziehungsweise Nr. 5b AufenthG geahndet worden oder der Ausländer zumindest durch die Behörde an die räumliche Beschrän-

2035 BayObLG, Urt. v. 23.3.2023 – 206 StRR 11/23, BeckRS 2023, 7973, Rn. 11; vgl. NK-AuslR/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 134.

2036 Vgl. NK-AuslR/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 140 f.; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 198 f.; vgl. bereits oben E. III. 1. a) ff).

2037 Die zu § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG a.F. vertretene und überzeugende Beschränkung (dazu BGH NJW 2009, 3254 ff.) des Tatbestandes auf gesetzlich angeordnete räumliche Beschränkungen nach § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG a.F. ist aufgrund der systematischen Trennung in zwei Absätze und der Bezugnahme des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG n.F. auf beide Absätze (Abs. 1 und Abs. 1c) obsolet.

2038 BGH NJW 2011, 3174; OLG Brandenburg NSTZ 2008, 531; OLG Bremen, Beschl. v. 29.9.2008 – Ss 23/08, BeckRS 2008, 22349.

2039 OLG Brandenburg, Beschl. v. 24.10.2007 – 1 Ss 79/07, BeckRS 2008, 4869, Rn. 8; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.1.2009 – 1 Ss 90/08, BeckRS 2009, 4552; BayObLG, Urt. v. 23.3.2023 – 206 StRR 11/23, BeckRS 2023, 7973, Rn. 14; AG Cuxhaven, Urt. v. 21.1.2014 – 7 Cs 153 Js 12084/13, BeckRS 2014, 16298; vgl. Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 115.

2040 Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 39. Sehr großzügig hinsichtlich der Anforderungen an die tatgerichtlichen Feststellungen BayObLG, Urt. v. 23.3.2023 – 206 StRR 11/23, BeckRS 2023, 7973, Rn. 14.

2041 OLG Rostock, Urt. v. 22.5.2009 – 1 Ss 82–09 I 31/09, BeckRS 2009, 19116; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 100.

2042 OLG Hamm NSTZ 2015, 528 f.

kung und die Konsequenzen eines wiederholten Verstoßes erinnert worden sein muss.²⁰⁴³ Jedenfalls für letzteres spricht, dass nur ein solcher behördlicher Kommunikationsvorgang eine hinreichende Warnfunktion entfalten kann.²⁰⁴⁴ Eine solche Warnung ist erforderlich, um begründen zu können, dass der Ausländer durch die Missachtung der räumlichen Beschränkung trotz behördlicher Ermahnung strafwürdiges „Unrecht“ verwirklicht hat.²⁰⁴⁵ Zwar kommt ein gesetzgeberischer Wille, die Strafbarkeit des wiederholten Verstoßes an zusätzliche Anforderungen, insbesondere eine staatliche Reaktion auf den Erstverstoß, zu knüpfen, weder im Gesetzestext noch in der Gesetzesbegründung eindeutig zum Ausdruck.²⁰⁴⁶ Der Gesetzgeber war aber offenkundig der Auffassung, dass der Erstverstoß allein noch kein strafwürdiges Unrecht begründen kann.²⁰⁴⁷ Weshalb die bloß wiederholte Missachtung einer räumlichen Beschränkung ohne zwischenzeitliche Ermahnung an deren Geltung eine Unrechtssteigerung dergestalt bewirken soll, dass sie nicht mehr als Ordnungswidrigkeit geahndet werden könnte, sondern mit Kriminalstrafe sanktioniert und der Betroffene mit einem sozialetischen Unwerturteil belegt werden müsste, erschließt sich freilich nicht. Wenn der schlichte Verstoß kein strafwürdiges Unrecht begründet, kann der schlicht wiederholte Verstoß gleichfalls nicht genügen, um

- 2043 Dagegen BGH NJW 2011, 3174 f.; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 102; jedenfalls gegen das Erfordernis einer rechtskräftigen Verurteilung OLG Karlsruhe NStZ 1988, 560 f.; weder eine Ahndung durch Bußgeldbescheid noch durch gerichtliche Entscheidung voraussetzend OLG Celle NStZ 1984, 324; OLG Hamm, Urt. v. 31.1.2007 – 1 Ss 500/06, BeckRS 2007, 65493; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 82; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 39; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 114; *Hoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Rn. 65; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafßner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 188.
- 2044 Für eine solch einschränkende Auslegung *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 93 ff.; zu § 85 Nr. 2 AsylVfG a.F. vgl. *Winands*, Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 22 ff.; einer solchen im Kontext des § 34 Abs. 1 Nr. 3 AsylVfG a.F. zuneigend OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.11.2001 – 3 Ss 251/01, BeckRS 2007, 8398; das OLG Karlsruhe (NStZ 1988, 560, 561) hat zwar das Erfordernis einer rechtskräftigen Verurteilung verworfen, aber ausgeführt, dass eine „Warnwirkung [...] auch andere Reaktionen auf die erste Tat zur Folge haben [können].“; ähnlich auch OLG Celle NStZ 1984, 324.
- 2045 Vgl. *Winands*, Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 27, zu § 85 Nr. 2 AsylVfG a.F. Mit einer derartigen Unrechtssteigerung bei einem wiederholten Verstoß gegen die räumliche Beschränkung hatte seinerzeit der Rechtsausschuss des Bundestages hinsichtlich der parallelen Vorschrift im AsylVfG argumentiert, als er die im Regierungsentwurf vorgesehene Strafbarkeit des Erstverstoßes abgelehnt und eine Beschränkung des Straftatbestandes auf wiederholte Verstöße empfohlen hatte, wie sie schließlich durch den Gesetzgeber beschlossen worden ist, dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 6. Mai 1982, BT-Drs. 9/1630, S. 27 f.; siehe auch BGH NJW 2011, 3174.
- 2046 BGH NJW 2011, 3174 f.
- 2047 Dies ergibt sich aus der beabsichtigten Gleichstellung ausreisepflichtiger Ausländer mit Asylbewerbern durch das Zuwanderungsgesetz (oben A. II. 5.). Dementsprechend sind die gesetzgeberischen Erwägungen (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 6. Mai 1982, BT-Drs. 9/1630, S. 27 f.) zu § 85 Nr. 2 AsylVfG a.F. auf § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG übertragbar.

einen *qualitativen* Unrechtssprung²⁰⁴⁸ zu begründen.²⁰⁴⁹ Mit der Argumentation des Gesetzgebers müsste daher auch ein solcher allein als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

Sofern der Bundesgerichtshof für die Begründung seiner gegenteiligen Auffassung auf Straftatbestände rekurriert, die an beharrlich wiederholte Zuwiderhandlungen gegen bestimmte Verbote anknüpfen – wie etwa § 11 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG, § 27 Abs. 2 Nr. 2 JuSchG, § 148 Nr. 1 GewO –, ist ihm zwar darin zuzustimmen, dass es systematisch fernliegend erscheint, für eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG eine vorangegangene Ahndung des Erstverstößes zu verlangen, wenn schon die Tatbestände, die das zusätzliche subjektive Merkmal der Beharrlichkeit aufweisen,²⁰⁵⁰ eine solche nach der herrschenden Meinung nicht voraussetzen.²⁰⁵¹ Allerdings wird dieses systematische Argument dadurch geschwächt, dass der Gesetzgeber selbst davon ausgegangen ist, dass der schlichte (erstmalige) Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung kein strafwürdiges Unrecht konstituiert. Gerade weil der Gesetzgeber auf ein zusätzliches subjektives Merkmal wie die Beharrlichkeit des Rechtsverstoßes verzichtet hat, bedarf es einer einschränkenden Auslegung des Tatbestandes, um die Kriminalisierung bloßen Verwaltungsunrechts auszuschließen. Der Verzicht auf einschränkende subjektive Merkmale streitet also nicht gegen, sondern gerade für eine Einschränkung auf Ebene des objektiven Tatbestandes.

Dies zeigt folgende – gleichfalls systematisch orientierte – Kontrollüberlegung: Der Tatbestand der Nachstellung setzt in seiner neuen Fassung kein beharrliches Verhalten mehr voraus, sondern knüpft an die wiederholte Begehung einer der in § 238 Abs. 1 StGB genannten Handlungen an. Das Merkmal „wiederholt“ im Rahmen des § 238 Abs. 1 StGB ist erforderlich, weil die Tathandlungen des § 238 Abs. 1 StGB teilweise sozialadäquate Alltagshandlungen (Aufsuchen der räumlichen Nähe, Kontaktaufnahmeversuche) erfasst, die erst bei einer kumulativen Betrachtung die Schwelle überschreiten, die es rechtfertigt, sie zum Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit wegen Nachstellung zu machen.²⁰⁵² Anders als beim wiederholten Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung, der keine Einwirkung auf Individualinteressen bewirkt, führt die wiederholte Begehung einer Tathandlung nach § 238 Abs. 1 StGB aber durch die Kumulation entsprechenden Verhaltens potenziell zu einer Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Tatopfers. Erst die Kumulation der Tathandlungen weist die tatbestandsspezifische Eignung auf, die Lebensgestaltung zu beeinträchtigen. Demgegenüber knüpft § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG nicht an eine

2048 Zur qualitativen Differenzierung zwischen Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht oben Einleitung II. 1.

2049 Vgl. zu § 85 Nr. 2 AsylG a.F. Winands, Analyse der Verwaltungsstraftatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 22.

2050 Zur Auslegung der Beharrlichkeit im Rahmen des § 238 Abs. 1 StGB vgl. BGH NStZ 2010, 277 ff.

2051 BGH NJW 2011, 3174, 3175; so schon OLG Celle NStZ 1984, 324, zu § 34 Abs. 1 Nr. 3 AsylVfG.

2052 Vgl. noch zur alten Tatbestandsfassung und dem darin enthaltenen Merkmal „beharrlich“, dem freilich gleichfalls einschränkende Funktion zukam, BGH NStZ 2010, 277, 278.

Kumulation der Verstöße, die zusammen betrachtet das geschützte „Rechtsgut“ erst gefährden, an. Die Intensität der Einwirkung bleibt vielmehr unverändert. Das Merkmal der „Wiederholung“ bewirkt für sich betrachtet daher keine qualitative Unrechtssteigerung und kann den Sprung vom Ordnungswidrigkeitenrecht ins Strafrecht nicht legitimieren.

Die hier befürwortete einschränkende Auslegung des Tatbestandes erscheint auch verfassungsrechtlich geboten.²⁰⁵³ Es ist bereits dargelegt worden, dass der Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung im Falle des § 61 Abs. 1, Abs. 1c AufenthG kein strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut beeinträchtigt, da durch die räumliche Beschränkung primär dem behördlichen Interesse an der Erreichbarkeit und Verfügbarkeit des Ausländers Rechnung getragen wird.²⁰⁵⁴ Auf die mögliche Gefährlichkeit eines Ausländers stellt selbst § 61 Abs. 1c Satz 1 AufenthG ersichtlich nicht ab, weil bereits *jede* strafrechtliche Verurteilung und der bloße Anfangsverdacht *jedes* Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz genügt, um eine räumliche Beschränkung des Aufenthalts zu rechtfertigen. Besonders deutlich wird das Ziel, lediglich die Erreichbarkeit und Verfügbarkeit des Ausländers sicherzustellen, durch § 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 3 AufenthG zum Ausdruck gebracht, der auf das Bestehen konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung rekurriert. Hinzu kommt, dass § 61 Abs. 1c Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG ersichtlich der *Disziplinierung* des ausreisepflichtigen Ausländers dient. Mit der Strafbewehrung von Verstößen gegen derlei disziplinierende Maßnahmen geht freilich eine im Blick auf das Menschenbild des Grundgesetzes, das von der autonomen Selbstbestimmung des Einzelnen ausgeht,²⁰⁵⁵ bedenkliche Entmündigung der Betroffenen einher, der gewichtige Gründe des Allgemeinwohls nicht gegenüberstehen. Denn räumliche Beschränkungen werden hier anders als in

2053 Das BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1111, hat in seiner Entscheidung zur Strafbarkeit des Verstoßes gegen räumliche Beschränkungen nach § 34 Abs. 1 Nr. 3 lit. a AsylVfG a.F. seine Aussage zur Verfassungsgemäßheit der Vorschrift zumindest auf Fälle beschränkt, in denen es zu einer vorangegangenen Ahndung gekommen war: „Hiernach verstieß auch die Regelung des § 34 I Nr. 3 lit. a AsylVfG a.F. nicht gegen Art. 2 I GG i.V. mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, soweit dadurch die – nach vorangegangener Ahndung – wiederholte Zuwiderhandlung gegen eine Aufenthaltsbeschränkung nach § 20 I 1 AsylVfG a.F. mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht ist.“; dazu auch *Winands*, Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AuslG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 22. Gegen eine Unverhältnismäßigkeit des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG aber dezidiert BGH NJW 2011, 3174, 3175 f., unter Berufung auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Die Entscheidung des BVerfG liest der BGH so, dass sich das BVerfG ausdrücklich nur auf eine Prüfung der Konstellation beschränkt habe, in denen eine vorangegangene Ahndung stattgefunden habe, weshalb aus der Entscheidung keine Rückschlüsse für die Unverhältnismäßigkeit der Regelung des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG gezogen werden könnten (BGH a.a.O.). Darin ist dem BGH zuzustimmen. Das BVerfG hat selbst klargestellt, dass es sich nur zu der Konstellation verhalten habe, in denen eine Ahndung erfolgt sei, darüber hinaus aber keine Festlegung getroffen habe, siehe BVerfG, Beschl. v. 22.1.1999 – 2 BvR 716/98, BeckRS 1999, 15464. Es bleibt jedoch der Befund, dass das BVerfG der Strafvorschrift jedenfalls keinen verfassungsgerichtlichen Freibrief erteilt hat.

2054 Zur Kontrollfunktion der räumlichen Beschränkung 61.1.1 AVV; *Dollinger*, in: *Bergmann/Dienelt* (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 61 AufenthG Rn. 4 f.; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 61 AufenthG Rn. 1; vgl. auch oben B. II. 3. b).

2055 BVerfG NJW 2003, 3111, 3113; 2011, 1931, 1938; 2015, 1359, 1364; 2020, 905, 914; vgl. *Alexy*, JZ 2024, 841 ff.

den Fällen des § 56 Abs. 2 AufenthG gerade nicht zum Schutz der Allgemeinheit erlassen – weder eine Rückfallgefahr noch eine sonst dargelegte Gefährlichkeit sind Voraussetzung –, sondern letztlich vor allem, um auf ein (mutmaßlich) deviantes Verhalten des Betroffenen zu reagieren. Dies zeigt sich besonders deutlich an § 61 Abs. 1c Satz 2 AufenthG, der eine räumliche Beschränkung auf den Bezirk der Ausländerbehörde für Ausländer vorsieht, die sich einer Kooperation mit den Ausländerbehörden verweigern, indem sie falsche Angaben machen, über ihre Identität oder Staatsangehörigkeit täuschen oder an der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht mitwirken.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Kriminalisierung des Verstößes gegen eine räumliche Beschränkung angesichts des damit verbundenen Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 GG unverhältnismäßig im engeren Sinne.²⁰⁵⁶ Der Staat kann bereits auf Bagatelverfehlungen (zu denken ist etwa an eine Verurteilung wegen Erschleichens von Leistungen gemäß § 265a StGB bei Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel ohne Fahrschein) mit einer räumlichen Beschränkung reagieren, deren Missachtung er zusätzlich mit Kriminalstrafe bewehrt. Zwar ist zu berücksichtigen, dass diese Konsequenzen nur *ausreisepflichtige* Ausländer treffen. Allerdings sind davon auch die Personen betroffen, die dauerhaft im „Status“ der Duldung leben.²⁰⁵⁷ Dass das Verlassen eines Bundeslandes oder des Bezirks einer Ausländerbehörde durch einen gerade nicht als Gefährder eingestuft Ausländer ein *sozialschädliches* Verhalten darstellt, das ein sozialetisches Unwerturteil verlangt, erscheint vor diesem Hintergrund zweifelhaft.²⁰⁵⁸

2056 Zweifel an der Verhältnismäßigkeit hegen auch BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 5, aber im Widerspruch dazu Rn. 103, in der sogar für eine Abschaffung des Tatbestandsmerkmals der „wiederholten“ Zuwiderhandlung plädiert wird; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 95 AufenthG Rn. 128. Eine Verletzung des Schuldprinzips sieht *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 94; dazu auch *Winands*, Analyse der Verwaltungsstraftatbestände des Ausländer- und Asylrechts § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 AusLG und § 85 Nr. 2 AsylVfG, 1998, 30 f.; auch eine Übertragung der Ausführungen von *Schuchmann*, Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 186, zu § 184f StGB stützt dieses Ergebnis. Dagegen hegt das OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.10.2013 – (1) 53 Ss 97/13 (57/13), BeckRS 2013, 205749, Rn. 21, keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Strafvorschrift.

2057 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 82.

2058 Das BVerfG hat dagegen § 34 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) AsylVfG a.F. als verhältnismäßig bewertet und gemeint, der Gesetzgeber habe sich damit innerhalb des ihm insoweit eingeräumten Gestaltungsspielraums bewegt, siehe BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1110 f. Eine erneute Richtervorlage, in welcher das AG Kirchhain die Entscheidung des BVerfG mit deutlichen Worten als „unverständlich“ kritisiert hatte, hat es als unzulässig verworfen, da die verfassungsrechtlichen Fragen bereits geklärt seien und das AG keine Veränderung der rechtlichen oder tatsächlichen Ausgangslage dargelegt habe, siehe BVerfG, Beschl. v. 26.1.1999 – 2 BvL 2/98, BeckRS 1999, 30044047. Richtervorlagen zu § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG hat das BVerfG gleichfalls als unzulässig verworfen, weil die vorlegenden Gerichte ihre Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift nicht dargelegt, sondern im Wesentlichen die Anwendung der Vorschrift im Einzelfall für bedenklich gehalten hätten, siehe BVerfG, Beschl. v. 16.3.2006 – 2 BvL 2/06, BeckRS 2006, 22725; BVerfG, Beschl. v. 5.12.2007 – 2 BvL 5/07, BeckRS 2008, 30827. Für eine Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift auch OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.10.2013 – (1) 53 Ss 97/13 (57/13), BeckRS 2013, 205749, Rn. 21.

Dementsprechend muss mindestens gefordert werden, dass der erstmalige Verstoß gegen die räumliche Beschränkung und die Konsequenzen wiederholter Verstöße dem Betroffenen deutlich vor Augen geführt worden sind. Dann ließe sich immerhin argumentieren, der erneute Verstoß begründe ein erhöhtes Handlungsunrecht, weil der Betroffene die ihn treffende verwaltungsrechtliche Pflicht *bewusst* missachtet und damit zum Ausdruck gebracht hat, sich nicht an die aufenthaltsrechtlichen Rahmenbedingungen gebunden zu sehen. In der Sache bleibt freilich auch dies eine Bestrafung verwaltungsrechtlichen Ungehorsams.²⁰⁵⁹

§ 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG begegnet in seiner ersten Variante²⁰⁶⁰ aber auch im Blick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) Bedenken. So beschränkt § 61 Abs. 1 AufenthG den Aufenthalt eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers auf das Gebiet *des Landes*. Unklar bleibt dabei zunächst, welches Land damit in Bezug genommen wird.²⁰⁶¹ Die Vorschrift ist ersichtlich auf Fallgestaltungen ausgerichtet, in denen der Betroffene einen gewöhnlichen Aufenthaltsort im Bundesgebiet hat, sodass sich die räumliche Beschränkung auf das Bundesland des gewöhnlichen Aufenthalts zum Zeitpunkt der vollziehbaren Ausreisepflicht beziehen wird. Insoweit ist der Regelungskontext des § 61 AufenthG zu berücksichtigen, der in einem engen Zusammenhang mit den Duldungsvorschriften steht. Hauptadressaten der räumlichen Beschränkung sind dementsprechend geduldete Ausländer, sodass die Bestimmung des Landes, auf welches die räumliche Beschränkung bezogen ist, unter Bezugnahme auf die Duldungsbescheinigung ohne Schwierigkeiten möglich sein wird.²⁰⁶² Allerdings können aufgrund des weiten Anwendungsbereichs der Vorschrift (vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer) auch Personen ohne festen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort von der räumlichen Beschränkung betroffen sein, beispielsweise Personen, die ihr Schengen-Visum oder die Höchstaufenthaltsdauer nach Art. 21 SDÜ überziehen, ohne an einem bestimmten Ort dauerhaft aufhältig zu sein. Da es in diesen Fällen *keines* Verwaltungsaktes bedarf, um die vollziehbare Ausreisepflicht zu begründen,²⁰⁶³ bleibt für den Betroffenen unklar, auf welches Land sein Aufenthalt beschränkt ist.²⁰⁶⁴ Etwas anderes gilt nur, wenn der Ausländer im Besitz einer Duldung ist, aus der sich wiederum die räumliche Beschränkung auch in einer für ihn ersichtlichen Weise (deklaratorisch) ergeben wird. Ist der

2059 Dass Verwaltungsungehorsam für sich genommen einen Strafvorwurf nicht rechtfertigt, legt *Schuchmann*, Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 186, überzeugend dar.

2060 In den Fällen des § 61 Abs. 1c AufenthG ergibt sich der Geltungsbereich der räumlichen Beschränkung aus dem die räumliche Beschränkung anordnenden Bescheid.

2061 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 225.

2062 In diese Richtung *Kluth/Heusch*, in: *Kluth/Heusch* (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 61 AufenthG Rn. 12; auch *Gordzielik/Huber/Amir-Haeri/Naghipour*, in: *Huber/Mantel* (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 61 AufenthG Rn. 7, sprechen von dem Land, dem die „drittstaatsangehörige Person zugewiesen wurde“; ebenso *Schiedermair/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafßner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 181.

2063 Vgl. oben E. II. 1. b) bb) (1).

2064 Zum Ganzen GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 225.

Betroffene nicht im Besitz einer Duldung, ist mangels eines hinreichend bestimmten Bezugspunktes der Strafvorschrift der Tatbestand nicht erfüllt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass in diesen Fällen (mangels Duldung und Duldungsanspruchs) regelmäßig auch ein unerlaubter Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vorliegen wird.

hh) § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG

Mit einer erhöhten Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG in Anlehnung an § 87 Abs. 1 Nr. 2 BKAG²⁰⁶⁵ denjenigen, der einer vollstreckbaren gerichtlichen Anordnung nach § 56a Abs. 1 AufenthG zuwiderhandelt und dadurch die kontinuierliche Feststellung seines Aufenthaltsortes durch eine in § 56a Abs. 3 AufenthG genannte zuständige Stelle verhindert. § 56a Abs. 1 AufenthG erlaubt es, einen Ausländer, der einer räumlichen Beschränkung nach § 56 Abs. 2, 3 AufenthG oder einem Kontaktverbot nach § 56 Abs. 4 AufenthG unterliegt, auf richterliche Anordnung hin zu verpflichten, die für eine elektronische Überwachung seines Aufenthaltsortes erforderlichen technischen Mittel ständig in betriebsbereitem Zustand am Körper bei sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen. Voraussetzung der Strafbarkeit ist zunächst das Bestehen einer wirksamen und vollstreckbaren Anordnung nach § 56a Abs. 1 AufenthG, wobei es auch insoweit auf ihre Rechtmäßigkeit nicht ankommt.²⁰⁶⁶ Während sich ein Ausländer in Haft befindet, ruht die Verpflichtung gemäß § 56a Abs. 10 i.V.m. § 56 Abs. 5 Satz 1 AufenthG. Zuständig für die Anordnung ist gemäß § 56 Abs. 9 Satz 1 AufenthG das Amtsgericht, in dessen Bezirk die zuständige Ausländerbehörde ihren Sitz hat. Das gerichtliche Verfahren bestimmt sich nach dem *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, sodass sich auch die Vollstreckbarkeit der Anordnung nach diesem Gesetz richtet. Dabei gilt, dass Beschlüsse mit Wirksamkeit vollstreckbar sind, wobei die Wirksamkeit mit Rechtskraft eintritt.²⁰⁶⁷ Die Anordnung kann aber für sofort vollziehbar erklärt werden.²⁰⁶⁸

Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht in einer Zuwiderhandlung gegen die Anordnung. Dementsprechend kann sowohl ein Unterlassen, nämlich des Beisichführens der zur elektronischen Überwachung erforderlichen technischen Mittel in betriebsbereitem Zustand, als auch ein aktives Tun, nämlich die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der entsprechenden Mittel, Tathandlung sein. Sofern ein Unterlassen im Raume steht, muss das normgemäße Verhalten zumutbar sein, wobei dies nur in Notfällen ausscheiden dürfte.

2065 BT-Drs. 18/11546, S. 22.

2066 Vgl. dazu oben D. I. 1.

2067 § 86 Abs. 2 i.V.m. § 422 Abs. 1 FamFG.

2068 § 422 Abs. 2 FamFG.

Der Tatbestand setzt zusätzlich voraus, dass die Zuwiderhandlung dazu geführt hat, dass die für die Aufenthaltsüberwachung zuständige Stelle an einer kontinuierlichen Feststellung des Aufenthaltsorts gehindert gewesen ist. § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG ist deshalb ein Erfolgsdelikt und nur dann verwirklicht, wenn das Täterverhalten tatsächlich zu einer Feststellungsverhinderung geführt hat. Untaugliche Versuche der Manipulation müssen daher aus dem Tatbestand ausscheiden.²⁰⁶⁹ Aber auch dann, wenn die Zuwiderhandlung nicht die Feststellung des Aufenthaltsortes verhindert hat, etwa weil der Betroffene zwar den Transponder nicht am Körper getragen, sich aber in dessen unmittelbarer Nähe aufgehalten hat, muss nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG eine Strafbarkeit ausscheiden.²⁰⁷⁰

§ 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG ist gemäß § 95 Abs. 7 AufenthG ein absolutes Antragsdelikt, wodurch eine Einschränkung der Strafvorschrift auf „bedeutsame Zuwiderhandlungen“ erreicht werden soll.²⁰⁷¹ Antragsberechtigt sind nach § 95 Abs. 7 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1a i.V.m. § 56a Abs. 3 AufenthG die für die Aufenthaltsüberwachung zuständigen Behörden, also grundsätzlich die Ausländerbehörde, wobei durch Rechtsverordnung eine andere Stelle als zuständige Stelle bestimmt werden kann (§ 56a Abs. 3 AufenthG). Mit dem Antragserfordernis trägt der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass es sich bei den Betroffenen zwar um Personen handelt, von denen eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik ausgeht,²⁰⁷² dass aber die elektronische Aufenthaltsüberwachung zugleich einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff konstituiert.

b) Die Strafvorschriften des Asylgesetzes

Die Strafvorschriften des Asylgesetzes gelten nur für Asylantragsteller ab dem Zeitpunkt der Aufenthaltsgestattung – also ab dem Moment, in dem der Betroffene um Asyl nachgesucht (§ 55 Abs. 1 Satz 1 AsylG) oder einen Asylantrag gestellt hat (§ 55 Abs. 1 Satz 3 AsylG) – bis zum bestands- oder rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens.²⁰⁷³ Für Zweitantragsteller folgt die Anwendbarkeit in den Fällen des § 85 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 AsylG aus der dort enthaltenen Verweisung auf § 71a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 AsylG.

2069 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 102.

2070 Ein anderes Beispiel nennt MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 102, nach dem das Nichttragen des Überwachungsmittels während des Aufenthalts in der Ausländerbehörde nicht tatbestandsmäßig sein soll, weil die Behörde den Aufenthaltsort kenne. Vgl. allgemein Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 140, 143.

2071 BT-Drs. 18/11546, S. 22.

2072 BT-Drs. 18/11546, S. 19.

2073 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 3, 5 f. Auf den formalen Asylantrag stellt dagegen *Marx*, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 21, ab.

aa) § 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG

§ 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG stellt es unter Strafe, wenn sich ein Ausländer, der aus einer Aufnahmeeinrichtung entlassen und innerhalb eines Bundeslandes verteilt wird, entgegen § 50 Abs. 6 AsylG nicht unverzüglich zu der in einer an ihn gerichteten Zuweisungsverfügung angegebenen Stelle begibt. § 50 AsylG regelt die sogenannte landesinterne Verteilung von Personen, die nicht mehr verpflichtet sind, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Diese werden innerhalb des jeweiligen Bundeslandes auf die unterschiedlichen Bezirke der Ausländerbehörden verteilt (§ 50 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 AsylG). Die Vorschrift dient der Entlastung der Aufnahmeeinrichtungen von Personen, deren Asylantrag erfolgreich war oder deren Asylantrag gewisse Erfolgsaussichten hat, um Kapazitäten für neu ankommende Asylbewerber zu schaffen.²⁰⁷⁴

Tatbestandsmäßig ist das Unterlassen des unverzüglichen Sich-Begebens zu der im Zuweisungsbescheid nach § 50 Abs. 6 AsylG angegebenen Stelle. Voraussetzung der Strafbarkeit ist daher zunächst ein wirksamer Zuweisungsbescheid.²⁰⁷⁵ Da ein Widerspruch nach § 11 AsylG ausgeschlossen ist und die Klage gegen einen Zuweisungsbescheid nach § 75 Abs. 1 AsylG keine aufschiebende Wirkung hat, ist ein Zuweisungsbescheid mit Bekanntgabe vollziehbar und somit auch ab diesem Zeitpunkt strafbewehrt. § 50 Abs. 5 Satz 1 AsylG bestimmt allerdings, dass der Zuweisungsbescheid dem Adressaten selbst zuzustellen ist, sodass die Wirksamkeit erst mit dieser Zustellung eintritt.²⁰⁷⁶ Aus dem Zuweisungsbescheid muss sich die aufzusuchende Stelle unmissverständlich ergeben.²⁰⁷⁷

Die Tathandlung besteht darin, dass es der Betroffene unterlässt, sich unverzüglich zu der aus dem Zuweisungsbescheid ersichtlichen Stelle zu begeben. Unverzüglich meint dabei – dem allgemeinen Begriffsverständnis entsprechend – ein Agieren ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB).²⁰⁷⁸ Nicht erforderlich ist deshalb, dass der Betroffene sich sofort auf den Weg macht. Ihm muss vielmehr ausreichend Zeit eingeräumt werden, seine Reise zu planen, ausstehende behördliche und private Angelegenheiten, welche keinen Aufschub dulden, noch vor Ort zu klären und die Reise durchzuführen. Wie viel Zeit dafür genau erforderlich ist, ist einzelfallabhän-

2074 Vgl. *Heusch*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 50 AsylG Rn. 2. Damit werden auch anerkannte Asylbewerber von der Strafvorschrift erfasst, allerdings nur bis zur Bestandskraft des Bescheids GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 16.

2075 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 126.

2076 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 17.

2077 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 18; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 26; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 163.

2078 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 19; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 26; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 165.

gig. Jedenfalls aber werden dem Betroffenen mindestens einige Tage zuzugestehen sein.²⁰⁷⁹ Da es sich nach der Tatbestandsfassung um ein echtes Unterlassungsdelikt handelt, ist Voraussetzung der Strafbarkeit die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens.²⁰⁸⁰ Dementsprechend führen Gründe, welche die Befolgung der Pflicht nach § 50 Abs. 6 AsylG unzumutbar erscheinen lassen, zum Ausschluss der Strafbarkeit. Dies können insbesondere Reiseunfähigkeit infolge von Krankheit oder die (bevorstehende) Geburt eines Kindes sein.²⁰⁸¹ Einen Orientierungspunkt bieten in Fällen von Schwangerschaft und Geburt die Schutzfristen nach § 3 MuSchG.

Es ist kaum möglich, aus der Tatbestandsbeschreibung ein strafwürdiges „Unrecht“ zu destillieren.²⁰⁸² Letztlich stellt sich § 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG als Mittel zur Durchsetzung einer zügigen Befolgung einer Zuweisungsentscheidung dar, ohne dass der Verstoß eines Einzelnen tatsächlich in besonderer Weise sozialschädliche Auswirkungen haben könnte. Die durch § 50 AsylG bezweckte Entlastung der Erstaufnahmeeinrichtungen wird nicht durch die Kriminalisierung der Nichtbefolgung einer Zuweisungsentscheidung erreicht, sondern faktisch durch die Beendigung der Beherbergung. Die Strafvorschrift zielt daher letztlich auf den schlichten Schutz behördlicher Organisations- und Arbeitsabläufe, indem die *Compliance* der Betroffenen durch Strafbewehrung motiviert wird. Es steht daher in Frage, ob sich die Strafvorschrift mit dem *ultima-ratio*-Grundsatz verträgt, der über das Verbotensein eines Verhaltens hinaus verlangt, dass das Verhalten in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich ist.²⁰⁸³

bb) § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG

§ 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG stellt die wiederholte Zuwiderhandlung gegen eine Aufenthaltsbeschränkung nach § 56 AsylG oder § 59b Abs. 1 AsylG unter Strafe. § 56 Abs. 1 AsylG sieht eine grundsätzliche räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung auf den Bezirk der Ausländerbehörde vor, in dem die für die Aufnahme des Ausländers zuständige Aufnahmeeinrichtung liegt. Ist der Ausländer verpflichtet, in dem Bezirk einer anderen Ausländerbehörde Aufenthalt zu nehmen, ist die Aufenthalts-

2079 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 26. Enger dagegen GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 21.

2080 Dazu bereits oben E. II. 1. b) bb) (4).

2081 In diesen Fällen wird zudem auch keine schuldhaft verzögerte Vorliegen, vgl. Marx, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 6; Schioldermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 166.

2082 Allgemein anders GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 39 ff.; Schioldermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J Vor §§ 84–86 AsylG Rn. 12: „§§ 84, 84a und 85 AsylG sind Strafvorschriften [...], die als ultima ratio Verhaltensweisen, die durch einen hohen Unrechts- und Schuldgehalt sowie Verwerflichkeitsgrad geprägt sind, mit Strafe bewehren.“

2083 BVerfG NJW 1993, 1751, 1754; NVwZ 1997, 1109, 1111; LK-StGB/Weigend, 13. Aufl. 2020, Einl. Rn. 1. Selbst der dem Gesetzgeber eingeräumte Beurteilungsspielraum, auf den etwa GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 41 f., verweist, ist insoweit nicht grenzenlos.

gestattung räumlich auf deren Bezirk beschränkt (§ 56 Abs. 2 AsylG). Von dieser räumlichen Beschränkung kann der Betroffene durch eine Erlaubnis befreit werden (§ 57 Abs. 1, 2 AsylG), wobei die Wahrnehmung von Terminen bei Behörden und Gerichten, bei denen das persönliche Erscheinen des Betroffenen erforderlich ist, ohne gesonderte Genehmigung erlaubt ist (§ 57 Abs. 3 AsylG). Eine räumliche Beschränkung nach § 56 AsylG erlischt gemäß § 59a Abs. 1 AsylG, wenn sich der Ausländer seit drei Monaten ununterbrochen erlaubt, geduldet oder gestattet im Bundesgebiet aufhält, wobei dies nicht gilt, solange die Verpflichtung in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, fortbesteht.

Darüber hinaus bestimmt § 59a Abs. 2 AsylG, dass räumliche Beschränkungen „auch nach Erlöschen der Aufenthaltsgestattung in Kraft [bleiben] bis sie aufgehoben werden, längstens aber bis zu dem in Absatz 1 bestimmten Zeitpunkt.“ Da § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG unter anderem auf die Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung nach § 56 AsylG rekurriert und § 59a Abs. 2 AsylG die Fortgeltung der räumlichen Beschränkung auch bei Erlöschen der Aufenthaltsgestattung anordnet, stellt sich die Frage, ob auch die Zuwiderhandlung gegen derart fortbestehende räumliche Beschränkungen nach § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG strafbewehrt ist. Gesetzes-systematisch ist diese Frage zu bejahen. Zwar nimmt § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG nur § 56 AsylG in Bezug, welcher die räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung im Grundsatz regelt. Allerdings lässt sich ohne Rückgriff auf die §§ 57 bis 59a AsylG nicht bestimmen, ob eine räumliche Beschränkung noch gilt oder im konkreten Fall nicht eine Ausnahme oder eine Erlaubnis eingreift. Daher wird auch die fortbestehende räumliche Beschränkung im Sinne des § 59a Abs. 2 AsylG vom Tatbestand des § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG umfasst.²⁰⁸⁴

§ 59b AsylG erlaubt es der zuständigen Ausländerbehörde, unabhängig von § 59a Abs. 1 AsylG eine räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung anzuordnen, wenn der Ausländer wegen einer Straftat, mit Ausnahme solcher Straftaten, deren Tatbestand nur von Ausländern verwirklicht werden kann, rechtskräftig verurteilt worden ist (§ 59b Abs. 1 Nr. 1 AsylG), wenn Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass der Ausländer gegen Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes verstoßen hat (§ 59b Abs. 1 Nr. 2 AsylG), wenn konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung gegen den Ausländer bevorstehen (§ 59b Abs. 1 Nr. 3 AsylG) oder wenn von dem Ausländer eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter ausgeht (§ 59b Abs. 1 Nr. 4 AsylG). Auch in diesen Fällen kann

²⁰⁸⁴ Im Ergebnis übereinstimmend LG Ulm, Beschl. v. 3.9.2008 – 2 Qs 2024/08, BeckRS 2008, 22405, allerdings zu § 56 AsylVfG a.F., bei dem die Regelung zur Fortgeltung in Abs. 3 enthalten war; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 34. Anders Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 170. Zur früheren Rechtslage ging das OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.6.1998 – 1 Ws 107–98, BeckRS 1998, 22056, davon aus, dass mit Erlöschen der Aufenthaltsgestattung eine Strafbarkeit nicht mehr in Betracht komme.

im Einzelfall eine Verlassenserlaubnis nach § 58 Abs. 1 oder 2 AsylG erteilt werden, wobei die Wahrnehmung von Terminen bei Behörden und Gerichten, bei denen das persönliche Erscheinen des Betroffenen erforderlich ist, ohne gesonderte Genehmigung erlaubt ist (§ 58 Abs. 3 AsylG). Zudem regelt § 58 Abs. 4 AsylG eine gesetzliche Verlassenserlaubnis bei erfolgreicher, aber noch nicht rechtskräftiger Verpflichtungsklage auf Anerkennung als Asylberechtigter, Zuerkennung internationalen Schutzes oder Feststellung von Abschiebungsverboten. Auch kann eine räumliche Beschränkung im Einzelfall auf das gesamte Gebiet eines Kreises (§ 58 Abs. 5 AsylG) oder allgemein durch Rechtsverordnung einer Landesregierung auf ein die Bezirke mehrerer Ausländerbehörden umfassendes Gebiet, das Gebiet eines Landes oder bei Einvernehmen zwischen den Landesregierungen sogar auf das Gebiet mehrerer Länder (§ 58 Abs. 6 AsylG) ausgedehnt werden.

Der Tatbestand des § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG setzt dementsprechend voraus, dass entweder eine gesetzlich vorgesehene räumliche Beschränkung nach § 56 AsylG besteht, von welcher der Betroffene nicht durch Erlaubnis befreit ist,²⁰⁸⁵ oder eine räumliche Beschränkung nach § 59b Abs. 1 AsylG im Einzelfall durch wirksame Verfügung angeordnet worden ist und im konkreten Fall keine behördliche oder gesetzliche Erlaubnis nach § 58 AsylG eingreift.²⁰⁸⁶ Da auch in diesen Fällen eine Klage keine aufschiebende Wirkung hat, ist die Anordnung der räumlichen Beschränkung mit Bekanntgabe vollziehbar.

Tathandlung ist die *wiederholte* Zuwiderhandlung gegen eine²⁰⁸⁷ entsprechende räumliche Beschränkung durch körperliches Verlassen des Aufenthaltsbereichs, wobei hier im Wesentlichen die Ausführungen zu § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG gelten.²⁰⁸⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung muss der wiederholten Zuwiderhandlung eine

2085 In diesen Fällen entfällt der Tatbestand, vgl. Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 174.

2086 Zu § 58 Abs. 4 AsylVfG a.F. siehe BVerfG, Beschl. v. 19.7.2002 – 2 BvR 18/02 (juris).

2087 Daraus wird teilweise gefolgert, dass nicht gegen *dieselbe* räumliche Beschränkung wiederholt verstoßen werden muss, sondern auch zwei verschiedene Verstöße gegen jeweils unterschiedliche räumliche Beschränkungen den Tatbestand erfüllen, vgl. MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 38. Dagegen spricht aber, dass der Wortlaut, der die Zuwiderhandlung gegen „eine“ räumliche Beschränkung nach einer der in Bezug genommenen Vorschriften voraussetzt, nahelegt, dass mehrere Verstöße gegen eine konkrete Aufenthaltsbeschränkung erfolgen müssen. Damit lässt sich auch die gesetzgeberische Entscheidung, nur wiederholte Verstöße zu sanktionieren, besser in Einklang bringen, da die hier ohnehin fragwürdige Unrechtssteigerung erst recht nicht dadurch eintreten kann, dass jeweils einmalig gegen unterschiedliche räumliche Beschränkungen verstoßen wird, die oftmals auch zeitlich weit auseinander liegen können, vgl. im hiesigen Sinne OLG Stuttgart NVwZ-Beil. 2000, 23, 24; OLG Köln, Beschl. v. 16.7.2002 – Ss 289/02 – 137 –, BeckRS 2002, 13016, Rn. 6; zu § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG OLG Brandenburg, Beschl. v. 24.10.2007 – 1 Ss 79/07, BeckRS 2008, 4869, Rn. 8; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.1.2009 – 1 Ss 90/08, BeckRS 2009, 4552; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 182.

2088 Oben E. III. 1. a) gg).

staatliche Reaktion mit Warnfunktion vorausgegangen sein.²⁰⁸⁹ Bezweifeln lässt sich dies nur für die Fälle des § 59b Abs. 1 Nr. 4 AsylG, wenn von dem Ausländer eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter ausgeht. Allerdings hätte es insoweit nahe gelegen, wenn der Gesetzgeber eine Parallele zu § 95 Abs. 1 Nr. 6c AufenthG gezogen und an den Erstverstoß angeknüpft hätte.

Eine Gesamtschau von § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG mit §§ 56 bis 59b AsylG verdeutlicht ferner, dass nach der gesetzlichen Systematik bereits das bloß kurzzeitige Verlassen des räumlichen Aufenthaltsbereichs strafbewehrt ist, sodass es keiner Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts bedarf.²⁰⁹⁰ Andernfalls wären die detaillierten Ausnahmeregelungen entbehrlich, die teilweise an punktuelle Ereignisse, etwa die Wahrnehmung einzelner Termine (§§ 57 Abs. 3, 58 Abs. 3 AsylG), anknüpfen.²⁰⁹¹ Nach der herrschenden Meinung macht sich nach § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG zudem strafbar, wer eine Erlaubnis zum Verlassen des Bereichs der räumlichen Beschränkung besitzt, aber nach Ablauf dieser Erlaubnis nicht rechtzeitig zurückkehrt.²⁰⁹² Der Wortlaut lässt dies ohne Weiteres zu, da eine Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung sowohl durch Fortbewegen ohne Erlaubnis als auch durch Überschreiten einer Erlaubnis, welche nur während ihrer Geltungsdauer die räumliche Beschränkung suspendiert, begangen werden kann. Lebt die räumliche Beschränkung wieder auf und befindet sich der Betroffene zu diesem Zeitpunkt außerhalb des räumlichen Aufenthaltsbereichs, handelt er der Aufenthaltsbeschränkung zuwider und erfüllt grundsätzlich den Tatbestand. Strukturell handelt es sich freilich um ein Unterlassen der rechtzeitigen Rückkehr. Insoweit muss berücksichtigt werden, ob das normgemäße Verhalten (die Rückkehr) zumutbar gewesen ist. Umstände, die es dem Betroffenen unzumutbar machen, rechtzeitig zurückzukehren, stehen einer tatbestandsmäßigen Zuwiderhandlung entgegen.²⁰⁹³

2089 Vgl. wie hier *Kretschmer*, *Ausländerstrafrecht*, 2012, § 7 Rn. 70; *Marx*, *AsylG*, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 12 f.; *Winands*, *Analyse der Verwaltungsstrafatbestände des Ausländer- und Asylrechts* § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, Abs. 2, Nr. 1 *AuslG* und § 85 Nr. 2 *AsylVfG*, 1998, 22 ff., die auch darauf hinweist, dass Asylbewerber sich oftmals einem sie überfordernden Verwaltungsapparat gegenübersehen und (Erst-)Verstöße gegen räumliche Beschränkungen daher regelmäßig ohne Unrechtsbewusstsein stattfinden werden (S. 28). Dagegen *MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 *AsylG* Rn. 37; *Schiedermaier/Wollenschläger*, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 *AsylG* Rn. 183 m.w.N. Vgl. ferner die Nachweise zu § 95 Abs. 1 Nr. 7 *AufenthG* oben E. III. 1. a) gg).

2090 Vgl. *Marx*, *AsylG*, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 9 m.w.N.; *Schiedermaier/Wollenschläger*, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 *AsylG* Rn. 173.

2091 Vgl. *MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 *AsylG* Rn. 30; auf Grundlage der früheren Rechtslage schon *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 62. Angesichts der Ausnahmetatbestände und der Möglichkeit der Erlaubniseinholung hält das BVerfG auch die Strafbarkeit des kurzzeitigen Verlassens des räumlichen Aufenthaltsbereichs für verfassungsgemäß, vgl. BVerfG NVwZ 1983, 603, 604.

2092 OLG Celle, Urt. v. 4.4.1984 – 1 Ss 125/84, BeckRS 1984, 31162204; *GK-AsylG/Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 31; *Marx*, *AsylG*, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 11; *Schiedermaier/Wollenschläger*, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 *AsylG* Rn. 181.

2093 Vgl. ähnlich unter Rückgriff auf § 13 StGB *MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 *AsylG* Rn. 29; *Schiedermaier/Wollenschläger*, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018,

Das Bundesverfassungsgericht hat den Tatbestand in seiner früheren Fassung für verfassungskonform erklärt.²⁰⁹⁴ Die Gemeinwohlbelange der gleichmäßigen Verteilung der mit der Aufnahme von Asylbewerbern verbundenen Aufgaben und die Sicherstellung der jederzeitigen Erreichbarkeit von Asylbewerbern zum Zwecke der beschleunigten Durchführung des Asylverfahrens rechtfertigten nicht nur die räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung, sondern auch die Strafbewehrung wiederholter Verstöße, die an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen sei.²⁰⁹⁵

Die vom Bundesverfassungsgericht herangezogenen Gemeinwohlbelange sind allerdings schon im Ausgangspunkt nicht geeignet, zu begründen, weshalb auch das bloß kurzfristige Verlassen des räumlichen Geltungsbereichs der Aufenthaltsgestattung ohne Genehmigung verboten und strafbar sein sollte. Dies trägt weder zu einer gleichmäßigen Verteilung von Asylbewerbern bei, noch hindert eine kurzfristige Abwesenheit bei fortbestehendem gewöhnlichem Aufenthalt (und ladungsfähiger Anschrift) die Erreichbarkeit des Asylbewerbers beziehungsweise trägt dieser das Risiko für Fristversäumnisse, wenn er es unterlässt, seine Briefpost durchzusehen oder durchsehen zu lassen.²⁰⁹⁶ Auch das zusätzlich vom Bundesverfassungsgericht herangezogene Argument, die Vorschrift diene der Vermeidung einer „ordnungsrechtlich unerwünschte[n] Konzentration von Asylbewerbern etwa in bestimmten großstädtischen Zentren“, trägt allenfalls die verwaltungsrechtliche Regelung der räumlichen Beschränkung – wobei auch insoweit nicht zu erkennen ist, welcher legitime ordnungsrechtliche Belang einem kurzfristigen Zusammentreffen von Asylbewerbern in großstädtischen Zentren entgegenstehen sollte –, nicht aber die Strafbewehrung auch nur kurzfristiger Verstöße, da diese allenfalls unter Berücksichtigung von dem Einzelnen nicht zuzurechnenden Kumulationseffekten zu einer substanziellen Beeinträchtigung entsprechender Belange führen könnten und im Übrigen kein in besonderer Weise sozialschädliches Verhalten konstituieren.

Bei genauerer Betrachtung verfolgt § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG neben der Verfahrensökonomisierung dagegen vor allem den Zweck, die Zahl der Asylanträge zu reduzieren,

2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 181. Dagegen sieht *Aurnhammer*, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 111, 173 f., in der Erlaubnis lediglich einen Rechtfertigungsgrund und würde daher wohl zur Annahme einer Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun gelangen. Allerdings spricht gegen diese Auffassung, dass die Befreiung von der räumlichen Beschränkung bereits das von § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG in Bezug genomme Verbot (temporär) aufhebt und nicht den Verstoß gegen das Verbot rechtfertigt.

2094 BVerfG NVwZ 1989, 951 f.; 1997, 1109, 1111.

2095 BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1111.

2096 Deshalb überzeugt die Erwägung des BVerfG, eine alternative Ausgestaltung etwa unter Vorsehen einer Meldepflicht bei kürzeren Abwesenheiten, sei nicht praktikabel, da die Meldungen über den Aufenthalt des Asylbewerbers „mit erheblichem Verwaltungsaufwand [...] jeweils an das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, die Ausländerbehörde und das zuständige Gericht weitergegeben werden“ (BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1111) müssten, nicht. Umgekehrt stellt sich die Frage, ob nicht ein System, das für jedes Verlassen des räumlichen Geltungsbereichs eine Genehmigung voraussetzt und damit zahlreiche Prüfungsgänge initiiert, mit erheblichem Verwaltungsaufwand verbunden ist.

indem die „Möglichkeit, den Aufenthalt im Bundesgebiet frei wählen und hier unbeschränkt reisen zu können“, beschränkt und dadurch der „sprunghaft erhöhten Zahl von nicht begründeten Asylanträgen“ begegnet wird, „gerade auch im Interesse derjenigen [...], deren Asylberechtigung im Anerkennungsverfahren unanfechtbar ausgesprochen werde“.²⁰⁹⁷ Die „Verhinderung derartiger ‚Nebenzwecke‘“ soll die „eigentliche und alleinige Aufgabe des Asylverfahrens – die Feststellung der Asylberechtigung – in den Vordergrund stellen“.²⁰⁹⁸ Diese vom Bundesverfassungsgericht in den 1980er Jahren definierten Zwecke der räumlichen Beschränkung wurden zwar in späteren Entscheidungen nicht mehr aufgegriffen; sie bilden jedoch auch im Lichte der Normgenese den Hintergrund für die gesetzgeberische Pönalisierungsentscheidung: Die Kriminalisierung wiederholter Verstöße gegen räumliche Beschränkungen steht in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit den gesetzgeberischen Maßnahmen zur Bekämpfung „irregulärer“ Migration zu Beginn der 1980er Jahre.²⁰⁹⁹ Losgelöst davon, dass eine temporäre räumliche Beschränkung diesen Zweck – also die Begrenzung „irregulärer“ Migration – kaum wird fördern können,²¹⁰⁰ besteht kein hinreichender Konnex zwischen dem gesetzgeberischen Ziel der Migrationsbegrenzung und -steuerung und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des einzelnen Asylbewerbers, der es rechtfertigte, das Individuum strafrechtlich für das übergeordnete Ziel in Anspruch zu nehmen.²¹⁰¹ Das Strafrecht wird hier vielmehr vollständig von der Funktion des Rechtsgüterschutzes entkoppelt und zu strafrechtsexternen Zwecken instrumentalisiert.

Auch wenn § 85 Abs. 1 Nr. 2 AsylG im Blick auf die grundsätzliche Befristung der räumlichen Beschränkung nach § 59a Abs. 1 AsylG auf drei Monate ununterbrochenen erlaubten, geduldeten oder gestatteten Aufenthalts in vielen Fällen nur noch einen deutlich eingeschränkten zeitlichen Anwendungsbereich hat, was im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist, steht nach den vorangegangenen Ausführungen in Zweifel, ob die Strafvorschrift einen verhältnismäßigen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG darstellt, jedenfalls sofern auch nur kurzfristige Verstöße im Wiederholungsfalle erfasst werden. Spätestens im Blick auf die Erforderlichkeit der Verbotsnorm stellt sich nämlich die Frage, ob nicht bereits eine Wohnsitzauflage bezogen auf die jeweilige Aufnahmeeinrichtung ausreicht, um die vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke, sofern sie für legitim gehalten werden, zu erreichen. Jedenfalls für die gleichmäßige Verteilung der Asylbewerber und verfahrensökonomische Erwägungen bedarf es einer räumlichen Beschränkung nicht; sofern ursprünglich die Verringerung der Attraktivität der Bundesrepublik Deutschland als Migrationsziel

2097 BVerfG NVwZ 1989, 951, 952; zuvor schon BVerfG NVwZ 1983, 603, 604.

2098 BVerfG NVwZ 1983, 603, 604.

2099 Dazu oben A. II. 3. c) cc).

2100 Vgl. Marx, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 3.

2101 Dazu bereits oben B. II. 2. b).

im Raum stand, dürfte die Erfahrung der vergangenen Jahrzehnte belegt haben, dass räumliche Beschränkungen keinerlei abschreckende oder sonst migrationsbegrenzende Wirkung entfalten. Der Gesetzgeber sollte seine Kriminalisierungsentscheidung daher überdenken.²¹⁰²

cc) § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG

§ 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG bedroht denjenigen mit Strafe, der einer vollziehbaren Anordnung nach § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylG nicht rechtzeitig nachkommt. § 60 Abs. 1 Satz 1 AsylG stellt eine Ermächtigungsgrundlage zur Verpflichtung eines im Asylverfahren befindlichen Ausländers dar, in einer bestimmten Gemeinde, in einer bestimmten Wohnung oder Unterkunft zu wohnen (Nr. 1), in eine bestimmte Gemeinde, Wohnung oder Unterkunft umzuziehen (Nr. 2) oder in dem Bezirk einer anderen Ausländerbehörde desselben Landes seinen gewöhnlichen Aufenthalt und Wohnung oder Unterkunft zu nehmen (Nr. 3). § 60 AsylG dient in Verbindung mit § 10a Abs. 1 Satz 1 AsylbLG unter anderem der gerechten Verteilung von Sozialkosten, indem Sozialleistungen nur an dem durch die Wohnsitzauflage bestimmten Wohnort erbracht werden.²¹⁰³ Voraussetzung ist, dass der Betroffene nicht oder nicht mehr verpflichtet ist, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Zudem darf sein Lebensunterhalt nicht gesichert sein.²¹⁰⁴

Eine Strafbarkeit nach § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG setzt dabei voraus, dass die Wohnsitzauflage wirksam und vollziehbar angeordnet worden ist. Insoweit gilt auch hier, dass mangels aufschiebender Wirkung einer Klage (§ 75 Abs. 1 AsylG) die Vollziehbarkeit mit Bekanntgabe eintritt.²¹⁰⁵ Auf die Rechtmäßigkeit der Wohnsitzauflage kommt es dagegen nicht an; wenn die Behörde also fälschlicherweise vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylG ausgeht, wird dem Betroffenen

2102 Ebenfalls frühzeitig auf zwischenzeitlich geschaffene asylrechtliche Reaktionsmöglichkeiten verweisend Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 64. Friktionen mit dem Unionsrecht sieht zudem Marx, *AsylG*, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 7. Allerdings dürfte die in Bezug genommene RL 2013/33/EU einer strafrechtlichen Sanktionierung von nach Art. 7 Abs. 1, 2 der RL zulässigen räumlichen Beschränkungen nicht entgegenstehen, da die Strafbewehrung weder gegen eine Bestimmung der RL verstößt noch ihre effektive Umsetzung beeinträchtigt. Dass die Richtlinie zulässige Sanktionen abschließend regelt, ist weder aus dem Richtlinien-text noch aus deren Regelungszusammenhang abzuleiten, vgl. zur Vorgänger-richtlinie auch OLG Hamm, *Beschl. v. 28.2.2008 – 3 Ss 429/07*, abrufbar unter: <<https://www.asyl.net/r/sdb/M13188>>.

2103 Kluth/Heusch, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), *BeckOK-Ausländerrecht*, 46. Edn. 2024, § 60 AsylG Rn. 2.

2104 Der Lebensunterhalt gilt nach § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylG i.V.m. § 2 Abs. 3 AufenthG als gesichert, wenn der Betroffene ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann, wobei Kindergeld, Kinderzuschlag, Erziehungsgeld, Elterngeld, BaFöG-Leistungen, öffentliche Mittel, die auf Beitragszahlungen beruhen oder die gewährt werden, um den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen, sowie Leistungen nach dem Unterhaltsvorschuss-gesetz außer Acht bleiben.

2105 Vgl. Marx, *AsylG*, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 16; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 42; Schiedermaier/Wollenschläger, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 189.

zugemutet, gegen die Auflage zu klagen und gerichtlichen Eilrechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO in Anspruch zu nehmen.²¹⁰⁶

Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht in einem Unterlassen: § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG soll nach dem klaren Wortlaut Fälle erfassen, in denen der Betroffene einer Wohnsitzauflage nach § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylG „nicht rechtzeitig nachkommt“, ihr also keine Folge leistet. Zwar erfasst § 60 Abs. 2 Satz 1 AsylG sowohl Fälle, in denen eine Person bereits in der Gemeinde, Wohnung oder Unterkunft wohnt, auf welche sich die angeordnete Wohnsitzauflage bezieht, als auch Fälle, in denen die Wohnsitzauflage einen Umzug erforderlich macht, sodass ein Verstoß gegen die Wohnsitzauflage auch durch aktives Tun (nämlich durch Aufgabe des verpflichtend zugewiesenen Wohnsitzes) verwirklicht werden kann. Der Straftatbestand des § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG indiziert aber durch den Wortlaut „nicht rechtzeitig nachkommt“, dass von ihm nur Fälle des Unterlassens erfasst sind. In der Konstellation der aktiven Aufgabe eines Wohnsitzes nach Anordnung der Wohnsitzauflage könnte nämlich das Tatbestandsmerkmal „nicht rechtzeitig“ keine sinnvolle Funktion erfüllen. Auch das Merkmal „nachkommt“ spricht angesichts der damit implizierten Notwendigkeit eines Tätigwerdens zur Erfüllung der Wohnsitzauflage dafür, dass der Tatbestand sich auf das Unterlassen eben dieser Tätigkeit bezieht.²¹⁰⁷

Die Frage, ob der Betroffene der Auflage „nicht rechtzeitig“ nachgekommen ist, beurteilt sich nach der im Bescheid gesetzten Frist.²¹⁰⁸ Ist keine Frist gesetzt, scheidet eine Strafbarkeit nach § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG aus, weil dann die strafbewehrte Handlungspflicht nicht hinreichend bestimmt ist.²¹⁰⁹ Eine Auslegung des Merkmals „nicht rechtzeitig“ als gleichbedeutend mit „unverzüglich“ (§ 121 BGB) kommt nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber in § 85 Abs. 1 Nr. 3 AsylG gerade nicht auf das Merkmal „unverzüglich“ zurückgegriffen hat, obschon dieses, wie § 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG verdeutlicht, in anderen Strafvorschriften desselben Gesetzes zur Anwendung gelangt. Wortlaut und Gesetzssystematik sprechen daher gegen eine derart extensive Auslegung.²¹¹⁰

Wie bei § 85 Abs. 1 Nr. 1 AsylG steht die Vereinbarkeit der Strafvorschrift mit dem *ultima-ratio*-Grundsatz in Zweifel, da auch hier in erster Linie die Organisations- und Arbeitsabläufe der Verwaltungsbehörden unterstützt werden, ohne dass erkenn-

2106 Siehe oben D. I. 1.

2107 So auch LG Lüneburg, StV 1995, 535 f.; GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 144. EL Dezember 2023, § 85 Rn. 39; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 40.

2108 Ebenfalls an die „vollstreckungsrechtliche Frist“, die sich aus dem Bescheid ergibt, anknüpfend Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 112.

2109 Ebenfalls kritisch aus verfassungsrechtlicher Perspektive MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 40 f.

2110 Ebenfalls kritisch gegenüber einer Orientierung am Merkmal der Unverzüglichkeit MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 41. Anders aber Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 209. EL 2016, § 85 AsylG Rn. 10.

bar wäre, dass das strafbewehrte Verhalten in besonderer Weise sozialschädliche Auswirkungen haben könnte. Aufgrund der in § 10a Abs. 1 Satz 1 AsylbLG festgelegten örtlichen Zuständigkeit der Behörde, für deren Bereich eine Wohnsitzauflage besteht, ist nämlich nicht zu befürchten, dass Asylbewerber unter Verstoß gegen die Wohnsitzauflage des § 60 Abs. 2 AsylG an einem anderen Ort unberechtigt Sozialleistungen beziehen. Die Strafbewehrung zielt daher im Kern nicht auf die Sicherstellung einer gleichmäßigen Lastenverteilung. Vor diesem Hintergrund bleibt als Kriminalisierungsgrund nicht viel mehr als die Verstärkung der Verbindlichkeit einer Wohnsitzauflage gegenüber dem Betroffenen.

dd) § 85 Abs. 1 Nr. 4 AsylG

§ 85 Abs. 1 Nr. 4 AsylG stellt die Ausübung einer Erwerbstätigkeit unter Verstoß gegen das in § 61 Abs. 1 Satz 1 AsylG enthaltene Verbot unter Strafe. § 61 Abs. 1 Satz 1 AsylG verbietet Ausländern im Asylverfahren für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, die Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Voraussetzung der Strafbarkeit ist daher zunächst, dass zum Zeitpunkt der Tatbegehung die Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, überhaupt bestand. Dies bestimmt sich nach §§ 47 bis 49 AsylG. Das Bestehen der Verpflichtung ist Tatbestandsmerkmal und muss daher vom Tatgericht aufgeklärt werden.²¹¹¹ Zudem darf der Betroffene keine Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 61 Abs. 1 Satz 2 und 3 AsylG besitzen. Eine solche lässt den Tatbestand entfallen. Nach der hier vertretenen differenzierenden Auffassung führt aber nicht schon ein Genehmigungsanspruch zum Ausschluss des Tatbestandes.²¹¹² Tathandlung ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Damit ist § 85 Abs. 1 Nr. 4 AsylG als Dauerdelikt ausgestaltet, dessen Tatbestand mit der Aufnahme der Erwerbstätigkeit vollendet und mit ihrer Aufgabe beendet ist. Auch eine nur kurzfristige Erwerbstätigkeit unterfällt dem Tatbestand,²¹¹³ was im Blick auf das Übermaßverbot kritisch erscheint. Ein Arbeit- oder Auftraggeber, der in Kenntnis des bestehenden Verbots eine Erwerbstätigkeit ermöglicht, macht sich wegen Beihilfe zu § 85 Abs. 1 Nr. 4 AsylG strafbar.²¹¹⁴

Es liegt auf der Hand, dass die Strafbewehrung des Arbeitsverbots nicht nur aufgrund des damit verbundenen Eingriffs in die für Ausländer nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit kritisch zu betrachten ist. Mag diese noch aufgrund der zeitlichen Befristung des Arbeitsverbots und des damit verfolgten Ziels, eine Arbeitsmarktintegration von Personen ohne Bleibeperspektive zu verhindern, ver-

2111 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 144. EL Dezember 2023, § 85 Rn. 41; im Ergebnis übereinstimmend auch MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 43.

2112 Differenzierend MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 43a.

2113 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 144. EL Dezember 2023, § 85 Rn. 42; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 85 AsylG Rn. 44.

2114 Insoweit gelten die Ausführungen oben unter E. II. 5. entsprechend.

fassungsrechtlich gerechtfertigt sein,²¹¹⁵ trägt die Kriminalisierung der Erwerbstätigkeit von Asylbewerbern letztlich dazu bei, vielfach bediente Narrative des vom Sozialstaat abhängigen und arbeitsunwilligen Asylbewerbers zu perpetuieren. Da die Pflicht zum Aufenthalt in einer Aufnahmeeinrichtung über 18 Monate hinaus andauern kann (§ 47 Abs. 1 Satz 3 AsylG) und zahlreiche Personengruppen – etwa Staatsangehörige sicherer Herkunftsstaaten nach § 61 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AsylG – von der Möglichkeit, eine Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AsylG zu erhalten, ausgeschlossen sind, werden auch langfristig im Bundesgebiet lebende Personen rechtlich und faktisch gezwungen, Sozialleistungen zu beziehen. Sind sie erst einmal durch den mittel- bis langfristigen Bezug derartiger Leistungen und den damit einhergehenden fehlenden Anschluss an den Integrationsmotor des Arbeitsmarktes desintegriert, gestaltet sich die Aufnahme einer späteren – dann erlaubten und vielfach eingeforderten – Erwerbstätigkeit schwierig.²¹¹⁶ Auf diese Weise trägt der Gesetzgeber dazu bei, die Bedingungen für migrations skeptische Haltungen in der Bevölkerung zu schaffen. Auch im Blick auf kriminologische Erkenntnisse scheint das Verbot der Erwerbstätigkeit jedenfalls bedenkenswert: die durch das Verbot verursachte Prekarisierung der Betroffenen ist – ohne dass dies in einem kausalen Zusammenhang mit der „Ausländereigenschaft“ stünde – ein Faktor, der sich potenziell negativ auf die Delinquenzbelastung der betroffenen Gruppe auswirken kann.²¹¹⁷

ee) § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG

Der mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz erst 2024 eingefügte § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG entspricht in seiner Struktur § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG und stellt unter Strafe, wenn der Betroffene entgegen § 15 Abs. 2 Nr. 1 AsylG wider besseres Wissen eine erforderliche Angabe zu seinem Alter, seiner Identität oder seiner Staatsangehörigkeit nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht.²¹¹⁸ Der Tatbestand ist gegenüber § 85 Abs. 2 AsylG, der Falschangaben im Asylverfahren betrifft,²¹¹⁹ formell subsidiär, sodass die in der Literatur teilweise befürchtete Friktion mit Art. 103 Abs. 2 GG im

2115 Vgl. *Langenfeld*, NVwZ 2019, 677, 682.

2116 Vgl. *Adema/Alipour*, ifo Schnelldienst 3/2025: Steigert Migration die Kriminalität? Ein datenbasierter Blick, 2025, 9; *Fasani/Frattini/Minale*, Journal of the European Economic Association 2021, 2803 ff., gelangen in ihrer Auswertung zu einer um 15 % verringerten Beschäftigungswahrscheinlichkeit bis zu zehn Jahre nach der Ankunft und weisen in Bezug auf Deutschland auch darauf hin, dass eine nicht belegte abschreckende Wirkung in keinem Verhältnis zu den Folgekosten der versäumten Arbeitsmarktintegration stehe (S. 2834 f.); *Marbach/Hainmüller/Hangartner*, The long-term impact of employment bans on the economic integration of refugees, 2018.

2117 Vgl. *Adema/Alipour*, ifo Schnelldienst 3/2025: Steigert Migration die Kriminalität? Ein datenbasierter Blick, 2025, 9; *Glaubitz/Bliesener*, NK 2019, 142, 144, 159; *Singelstein/Kunz*, Kriminologie, 8. Aufl. 2021, § 23 Rn. 68 f.

2118 BT-Drs. 20/9463, S. 61: „orientiert sich an § 95 Abs. 1 Nummer 5 des Aufenthaltsgesetzes“.

2119 Dazu unten E. IV. 2.

Blick auf eine trennscharfe Abgrenzung der Straftatbestände nicht besteht,²¹²⁰ zumal § 85 Abs. 2 AsylG zusätzliche subjektive Anforderungen stellt.²¹²¹

§ 15 Abs. 2 Nr. 1 AsylG verlangt als Ausformung der allgemeinen Mitwirkungspflicht im Asylverfahren, dass der Betroffene den mit der Ausführung des Asylgesetzes betrauten Behörden die erforderlichen Angaben wahrheitsgemäß nach bestem Wissen und Gewissen mündlich und nach Aufforderung auch schriftlich macht. Der Tatbestand des § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG knüpft an diese breit gefasste und hinsichtlich der erforderlichen Angaben unbestimmte Pflicht an und konkretisiert sie dahingehend, dass nur unterlassene, unrichtige oder unvollständige Angaben zu Alter, Identität oder Staatsangehörigkeit strafbewehrt sind. Im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG ist diese Konkretisierung zwingend. Voraussetzung der Strafbarkeit ist daher, dass der Betroffene von einer zuständigen Behörde zu Angaben über sein Alter, seine Identität oder seine Staatsangehörigkeit aufgefordert worden ist,²¹²² dass diese Angabe erforderlich gewesen ist, dass er die Angabe nicht, nicht richtig oder nicht vollständig gemacht hat und schließlich, dass dies auch *wider besseres Wissen* erfolgt ist.

Zuständige Behörden im Sinne des § 15 Abs. 2 Nr. 1 AsylG sind neben dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (§ 5 AsylG) auch alle anderen mit der Ausführung des Asylgesetzes betrauten Behörden, also insbesondere Grenzbehörden (§ 18 AsylG), Ausländerbehörden (§ 19 Abs. 1 AsylG), die Bundespolizei und die Polizeien der Länder (§ 19 Abs. 1 AsylG), Aufnahmeeinrichtungen (§ 20 AsylG) und Gesundheitsbehörden (§ 62 AsylG).²¹²³ Allerdings spricht die Schutzrichtung des Tatbestandes, die Feststellung von Alter, Identität und Staatsangehörigkeit eines Asylbewerbers sicherzustellen, für eine Beschränkung des Tatbestandes auf diejenigen Behörden, die eine entsprechende Identitätsprüfung überhaupt vornehmen, also insbesondere das Bundesamt, die Grenzbehörden, Ausländerbehörden und Polizeibehörden.²¹²⁴

Die Voraussetzung, dass der Betroffene von der Behörde zu Angaben über sein Alter, seine Identität oder seine Staatsangehörigkeit aufgefordert worden sein muss, folgt daraus, dass für den Betroffenen erkennbar sein muss, dass von ihm bestimmte Angaben gefordert werden. Dafür spricht, dass der Gesetzgeber das Merkmal „eine erforderliche Angabe“ zusätzlich in § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG aufgenommen hat,

2120 So aber *Lehrian*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 85 AsylG Rn. 9.

2121 Dazu unten E. IV. 2.

2122 Nach Auffassung von GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 43, soll dagegen auch eine „initiativ durch den Schutzsuchenden“ erfolgende Angabe, etwa im Rahmen seines Asylvorbringens, erfasst sein.

2123 Vgl. *Kluth*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 7 AsylG Rn. 8; siehe auch GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 70.

2124 Die Gesetzesbegründung bezieht sich sogar nur auf das Bundesamt, vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 61. Ebenfalls für eine einschränkende Auslegung GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 72.

obschon sich bereits aus § 15 Abs. 2 Nr. 1 AsylG ergibt, dass die Mitwirkungspflicht sich nur auf „erforderliche“ Angaben bezieht. Eine Angabe ist dabei nur erforderlich, wenn sie im Blick auf den Gesetzeszweck des Asylgesetzes notwendig ist. Dies wird hinsichtlich Alter, Identität und Staatsangehörigkeit jedoch stets der Fall sein, weil diese Angaben für die Durchführung des Asylverfahrens ersichtlich von herausgehobener Bedeutung sind.

Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht im Unterlassen jeglicher Angabe oder in einer unrichtigen oder unvollständigen Angabe. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG verwiesen werden.²¹²⁵ Ebenfalls übertragbar sind die dortigen Erwägungen zur auch in den Fällen des § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG betroffenen Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit. Dabei zeigt sich, weshalb die hier vertretene Auffassung, dass der Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit durch die Annahme eines umfassenden Verwertungsverbots für Angaben im Asylverfahren Rechnung zu tragen ist, auf Grundlage der herrschenden Meinung, die das staatliche Interesse an der Identitätskenntnis als mittelbaren Schutzzweck anerkennt und die Strafbewehrung zur Durchsetzung dieses Interesses für erforderlich erachtet, gegenüber einem Tatbestandsausschluss vorzugswürdig ist: § 3 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AsylG enthält für den Fall, dass der Asylbewerber bestimmte schwere Straftaten begangen hat, insbesondere Völkerrechtsverbrechen, Gründe für den Ausschluss vom Flüchtlingsschutz. Die Bundesrepublik hat ein Interesse daran, dieser Personengruppe – im Einklang mit Art. 1 Buchst. F. GFK – keinen Schutz zu gewähren. Das Interesse des Staates, die Identität eines Asylbewerbers zu kennen, geht daher über Belange der inneren Sicherheit, wie sie für § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG maßgeblich sind, hinaus. Die Auffassung, die zu einem Tatbestandsausschluss bei Gefahr einer Selbstbelastung gelangt, kann diesem Interesse nicht hinreichend Rechnung tragen. Da der Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit in den Fällen des § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG, wie auch bei § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG, ein mittelbarer ist, also nicht zur Offenbarung konkreter Taten nötig, sondern die Mitwirkung an der Identifikation einfordert, welche wiederum in Verbindung mit anderen Erkenntnissen den Schluss auf die Straftatbegehung durch den Betroffenen zulässt, genügt die Annahme eines Verwertungsverbots im Strafverfahren unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen auch den Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung.

Schließlich müssen die Angaben wider besseres Wissen unterlassen oder unrichtig oder unvollständig gemacht worden sein. Zur Auslegung dieses Merkmals kann auf die zu §§ 145d, 164 und 187 StGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Erforderlich ist, dass der Betroffene Kenntnis von den geforderten Angaben hat, also selbst sein Alter, seine Staatsangehörigkeit und Identitätsangaben kennt, und

2125 Oben E. III. 1. a) bb).

dennoch eine entsprechende Angabe unterlässt oder bewusst (*dolus directus* 2. Grades) unrichtige oder unvollständige Angaben macht.²¹²⁶

ff) § 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG

§ 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG, der gleichfalls mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz eingefügt wurde, stellt unter Strafe, wenn ein Ausländer im Asylverfahren entgegen § 15 Abs. 2 Nrn. 4 bis 6 AsylG einen Pass, Passersatz, erforderliche Urkunden, sonstige Unterlagen oder Datenträger nicht vorlegt, aushändigt oder überlässt. Die Strafvorschrift ist mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG nicht in Einklang zu bringen, soweit sie sich auf erforderliche Urkunden, sonstige Unterlagen oder Datenträger nach § 15 Abs. 2 Nrn. 5 und 6 AsylG bezieht. Denn selbst unter Berücksichtigung von § 15 Abs. 3 AsylG, der bestimmt, was erforderliche Urkunden und sonstige Unterlagen im Sinne des § 15 Abs. 2 Nr. 5 AsylG „insbesondere“ sind, bleibt unklar, welche Unterlagen von der strafbewehrten Vorlage-, Aushändigungs- und Überlassungspflicht erfasst sind. So sind nach § 15 Abs. 3 Nr. 5 AsylG auch „alle sonstigen Urkunden und Unterlagen, auf die der Ausländer sich beruft oder die für die zu treffenden asyl- und ausländerrechtlichen Entscheidungen und Maßnahmen einschließlich der Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sind“, von der Pflicht umfasst. Angesichts der Vielzahl potenziell „zu treffende[r] asyl- und ausländerrechtliche[r] Entscheidungen und Maßnahmen“ können damit letztlich alle Urkunden und Unterlagen im Besitz des Betroffenen bedeutsam sein. Auch die Bezugnahme auf Datenträger in § 15 Abs. 1 Nr. 6 AsylG ist nicht hinreichend klar, da sie „alle Datenträger, die für die Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit von Bedeutung sein können“, erfassen – und damit potenziell jeden Datenträger, der persönliche Informationen des Betroffenen enthält.

Im Übrigen gilt, dass der Tatbestand an ein Unterlassen anknüpft. Tatbestandsmäßig ist daher das Unterlassen der Vorlage, Aushändigung oder Übergabe der in § 15 Abs. 2 Nrn. 4 bis 6 AsylG genannten Dokumente und Datenträger trotz Bestehens der allgemeinen Mitwirkungspflicht, die jedenfalls vom Vorbringen des Asylgesuchs bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens gilt.²¹²⁷ Die Strafbarkeit setzt dabei – teils ausdrücklich (§ 15 Abs. 2 Nrn. 5 und 6 AsylG), teils im Blick auf das

2126 BT-Drs. 20/10090, S. 21. Siehe MK-StGB/*Regge/Pegel*, 5. Aufl. 2025, § 187 Rn. 10; TK-StGB/*Eisele/Schittenhelm*, 31. Aufl. 2025, § 187 Rn. 5, jeweils zu § 187 StGB; NK-StGB/*Kretschmer*, 6. Aufl. 2023, § 145d Rn. 25, zu § 145d StGB; MK-StGB/*Zopf*, 5. Aufl. 2025, § 164 Rn. 41, zu § 164 StGB.

2127 Vgl. *Houben*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 15 AsylG Rn. 17 ff. Zur Unverhältnismäßigkeit der in § 15 Abs. 5 AsylG angeordneten Fortdauer der Mitwirkungspflichten auch bei Rücknahme des Asylantrags siehe *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 14. Aufl. 2022, § 15 AsylG Rn. 14, in der 15. Aufl. 2025 abgeschwächt. Sofern teilweise vertreten wird, dass die Mitwirkungspflichten auch über den rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens hinaus gelten müssten, ist dies im Blick auf das Verhältnis von AufenthG und AsylG sowie eine richtlinienkonforme

Erfordernis der Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens (§ 15 Abs. 2 Nr. 4 AsylG) – voraus, dass der Betroffene überhaupt in Besitz der entsprechenden Dokumente beziehungsweise Datenträger ist. Für die Pflicht zur Vorlage, Aushändigung und Überlassung des Passes oder Passersatzes (§ 15 Abs. 2 Nr. 4 AsylG) folgt dies zusätzlich aus systematischen Erwägungen. So regelt § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylG ausdrücklich, dass der Ausländer im Falle des Nichtbesitzes eines gültigen Passes oder Passersatzes an der Beschaffung eines Identitätspapiers mitzuwirken hat. Ein Verstoß gegen diese Pflicht ist in § 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG aber gerade nicht strafbewehrt. Daraus ist zu folgern, dass § 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG nur das Unterlassen der Vorlage, Aushändigung und Überlassung eines im Besitz des Betroffenen befindlichen Passes oder Passersatzes umfasst, nicht aber das Unterlassen der Beschaffung eines entsprechenden Dokuments und dessen *anschließende* Vorlage, Aushändigung und Überlassung.

Die vor Inkrafttreten des Rückführungsverbesserungsgesetzes ergangene Rechtsprechung, wonach es keinen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit begründen sollte, wenn ein im Rahmen des Asylverfahrens vorgelegter Pass als Beweismittel in einem gegen den Asylbewerber geführten Verfahren wegen falscher Angaben bei der Visumsbeschaffung nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verwertet wurde,²¹²⁸ lässt sich angesichts der Strafbewehrung der Passvorlagepflicht in § 85 Abs. 1 Nr. 6 AsylG nicht mehr halten. Durch die Vorlage eines Passes, in dem sich ein erschlichesenes Visum findet, liefert der Betroffene nämlich selbst die Grundlage für seine Verurteilung; die Strafbewehrung der Vorlagepflicht führt wiederum dazu, dass dem Betroffenen nur die Wahl bleibt, sich selbst zu belasten oder sich strafbar zu machen. Insofern gelten die Ausführungen zu § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG entsprechend, auch wenn die Passvorlagepflicht keine Pflicht zu *Angaben* enthält und damit nicht den einer Abwägung unzugänglichen Kernbereich der Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit berührt.²¹²⁹ Daraus folgt lediglich, dass der Eingriff einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zugänglich ist. In die erforderliche Abwägung ist dabei einzustellen, dass die Strafbewehrung eine qualitative Intensivierung des Eingriffs in die Selbstbelastungsfreiheit bewirkt und damit deutlich über nicht sanktionsbewehrte Dokumentations- und Vorlagepflichten hinausgeht.²¹³⁰

2. Subjektiver Tatbestand und Weiteres

Sämtliche Tatbestände setzen ein vorsätzliches Verhalten voraus. Der Vorsatz muss dabei, sofern die Strafvorschrift an in einer Verfügung enthaltene Ver- oder Gebote

Auslegung der Vorschriften nicht überzeugend, vgl. *Houben*, a.a.O., Rn. 18d ff.; siehe auch GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 81.

2128 BayObLG NStZ 2020, 684, 685.

2129 BVerfG, Beschl. v. 27.4.2010 – 2 BvL 13/07, BeckRS 2010, 50089, Rn. 41.

2130 Vgl. oben E. III. 1. a) bb).

anknüpft, die *Kenntnis* von Existenz und Inhalt eben dieser Verfügung umfassen. Andernfalls fehlt es nach § 16 Abs. 1 StGB am Tatvorsatz.²¹³¹ Im Übrigen gelten die Ausführungen zu den Einreise- und Aufenthaltsdelikten hinsichtlich der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum entsprechend.²¹³² Eine Rechtfertigung und Entschuldigung kommt nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht. Allerdings ist zu beachten, dass der Gesetzgeber Konfliktlagen durch die Vorschriften des Aufenthalts- und Asylgesetzes bereits aufgelöst beziehungsweise zugunsten einer Interessenlage geregelt hat. Dementsprechend bleibt nur ein sehr begrenzter Raum für eine Rechtfertigung oder Entschuldigung unter Notstandsgesichtspunkten.

IV. Falschangaben im Verwaltungsverfahren

Die dritte Deliktgruppe umfasst Straftatbestände, welche Falschangaben im Verwaltungsverfahren unter Strafe stellen: § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, § 85 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 AsylG, § 9 Abs. 1 FreizügG/EU sowie § 42 StAG.

1. Das Aufenthaltsgesetz

§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bedroht denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe, der unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden. Ebenfalls bestraft wird, wer eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. Der Tatbestand differenziert somit zwischen unrichtigen und unvollständigen Angaben im Verwaltungsverfahren (dazu a)) und dem Gebrauchen einer durch entsprechende Angaben beschafften Urkunde (dazu b)). Der Tatbestand ist gemäß § 11 Abs. 1 FreizügG/EU auf freizügigkeitsberechtigte EU-Ausländer und ihre Familienangehörigen

2131 Vgl. NK-StGB/*Puppe*, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 63; TK-StGB/*Schuster*, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 102; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 130, zu § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG; in diesen Fällen übereinstimmend *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 177; vgl. ferner *Schiedermair/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 198. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH zu verwaltungsaktsakzessorischen Straftatbeständen, vgl. BGH NSTZ 2020, 682 m.w.N. Eine Belehrungspflicht über die Strafbewehrung bestimmter Pflichten wird allerdings abgelehnt, siehe OLG München, Beschl. v. 30.6.2009 – 4St RR 7/09, BeckRS 2009, 19428.

2132 Vgl. oben E. II. 3. Für § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG geht GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 202, davon aus, dass bei gesetzlich geltenden räumlichen Beschränkungen „die Kenntnis von der Beschränkung für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes nicht notwendig“ sei; ebenso GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL Juli 2025, § 85 Rn. 97; *Marx*, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 85 Rn. 20; *Schiedermair/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 85 AsylG Rn. 198, für § 85 Nr. 2 AsylG a.F. Dies ist aber aus den unter E. II. 3. dargelegten Gründen nicht überzeugend. Der Tatbestand setzt objektiv das Bestehen einer räumlichen Beschränkung voraus; auf diesen Umstand muss sich der Vorsatz beziehen.

entsprechend anwendbar. Allerdings wird er im Anwendungsbereich des § 9 Abs. 1 FreizügG/EU von diesem verdrängt.²¹³³ Gegenstände, auf die sich eine Tat nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bezieht, insbesondere also Urkunden, die Aufenthaltstitel oder Duldungen enthalten, können nach § 95 Abs. 4 AufenthG eingezogen werden.²¹³⁴

a) Unrichtige oder unvollständige Angaben machen oder benutzen

Der Tatbestand setzt in der ersten Variante zunächst voraus, dass der Täter unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden. Unrichtige oder unvollständige Angaben zur Erlangung einer Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG fallen nicht unter § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG,²¹³⁵ da dem Wortlaut nach nur Aufenthaltstitel und Duldung vom Tatbestand erfasst werden und die Aufenthaltsgestattung gerade kein Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Abs. 1 AufenthG ist.²¹³⁶ Aus demselben Grund fallen die Daueraufenthaltsgestattung, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltstitel-GD oder ein Aufenthaltstitel für Grenzgänger-GD nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU nicht unter den Tatbestand, sondern werden von § 9 Abs. 1 FreizügG/EU speziell erfasst.²¹³⁷

Die Angaben müssen, soweit sie der Beschaffung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung dienen, in einem Verwaltungsverfahren nach dem Aufenthaltsgesetz und gegenüber einer für die Entscheidung nach § 71 AufenthG zuständigen Behörde erfolgen, da sie andernfalls nicht mit der notwendigen Zielsetzung getätigt werden.²¹³⁸ Sofern es um die Abwendung des Erlöschens oder der nachträglichen Beschränkung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung geht, muss es sich zumindest um Angaben im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens nach dem Aufenthaltsgesetz, das für den Betroffenen erkennbar zu einer entsprechenden Entscheidung führen kann, handeln. Damit fallen Angaben in sonstigen Verwaltungsverfahren, im Rahmen

2133 Dazu unten E. IV. 3.

2134 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 128.

2135 BGH NJW 1997, 333; vgl. *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 234; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 110.

2136 BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 10; KG, Urt. v. 15.12.2008 – (4) 1 Ss 284/08 (222/08), BeckRS 2008, 142782, Rn. 4; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 149. Siehe dazu oben C. I. 2. a) bb).

2137 OLG Bamberg, Urt. v. 19.2.2014 – 3 Ss 6/14, BeckRS 2014, 4738; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 149; zu § 9 Abs. 1 FreizügG/EU unten E. IV. 3.

2138 KG NStZ 2024, 52, 53; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 19.2.2016 – Ss 9/16 (8/16), Rn. 16 (juris); vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 105. Zu § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG noch OLG Jena, Beschl. v. 8.6.2005 – 1 Ss 84/05, BeckRS 2005, 153376. Diese Entscheidung ist allerdings durch die Erweiterung des Tatbestandes auf Angaben zur Abwendung eines Erlöschens oder einer nachträglichen Beschränkung nicht mehr vollständig auf die heutige Rechtslage übertragbar.

allgemeiner polizeilicher Kontrollen oder im Rahmen von Strafverfahren aus dem Anwendungsbereich des Tatbestandes.²¹³⁹

Angaben sind dabei nur solche Informationen, die im Rahmen der jeweils zu treffenden Verwaltungsentscheidung in rechtlicher Hinsicht von Bedeutung sind, weil sie formelle oder materielle Voraussetzungen betreffen.²¹⁴⁰ Nach Auffassung der Rechtsprechung müssen die Angaben zwar „nur allgemein für das Verfahren von Bedeutung sein und grundsätzlich zur Verschaffung eines unrechtmäßigen Aufenthaltstitels führen können.“²¹⁴¹ Diese vage Formulierung muss allerdings im Zusammenhang der Entscheidungsgründe gelesen werden, in denen der Bundesgerichtshof darauf abhebt, dass im konkreten Fall sämtliche Angaben „die Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis“ betroffen hätten.²¹⁴² Auch der Bundesgerichtshof dürfte daher Angaben, die weder in formeller noch in materieller Hinsicht bedeutsam sind, nicht dem Tatbestand zuordnen.

Diese Einschränkung ist im Blick auf Art.103 Abs.2 GG geboten, da andernfalls insbesondere nicht mehr abgrenzbar wäre, wann Angaben *unvollständig* sind. Die erforderlichen Angaben ergeben sich nach der hier vertretenen Auffassung aus den Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes (§§ 5 ff. AufenthG i.V.m. §§ 16 ff. AufenthG), aber aufgrund der partiellen unionsrechtlichen Überlagerung auch aus den Vorschriften des Unionsrechts, insbesondere der VO (EG) 810/2009. Nach deren Art. 11 muss das in Anhang I der Verordnung befindliche Antragsformular bei Beantragung eines Schengen-Visums (§ 6 Abs.1 Nr. 2 AufenthG) vorgelegt werden. Aus diesem wiederum ergeben sich die für den Visumsantrag erforderlichen Angaben.

Sofern Angaben zur Erlangung einer Duldung von § 95 Abs.2 Nr.2 AufenthG erfasst sind, ergeben sich diese zwar nicht in gleicher Weise konkret aus dem Gesetz. Insoweit stehen einer Abschiebung neben den Abschiebungsverboten (§ 60 AufenthG) sämtliche tatsächlichen oder rechtlichen Abschiebehindernisse entgegen (§ 60a Abs. 2 AufenthG). Allerdings ist durch die tatbestandlich vorausgesetzte Finalität der Angaben hinreichend umrissen, dass nur solche Angaben von der Strafdrohung umfasst sind, die ein entsprechendes Abschiebehindernis konstituieren. Unter Strafe gestellt wird dann die unzutreffende Angabe von Personendaten, die zur Iden-

2139 Zu Angaben gegenüber einem Notar KG NStZ 2024, 52, 53; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn.105.

2140 Überzeugend AG Tiergarten, Beschl. v. 30.3.2021 – 245 Ds 154/20, Rn. 4 (juris). In diese Richtung auch GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn.282; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn.151; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn.146; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn.247; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 235 ff. Anders MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn.106.

2141 BGH NJW 2016, 419, 420; siehe auch BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn.11; OLG Stuttgart, Urt. v. 10.8.2009 – 1 Ss 1161/09, BeckRS 2009, 24242; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 19.2.2016 – Ss 9/16 (8/16), Rn.15 (juris).

2142 BGH NJW 2016, 419, 420.

tifizierung notwendig sind, sowie Umständen, die ein solches Abschiebehindernis darstellen, oder das Auslassen von Informationen, die bei ihrer Mitteilung zum Entfallen eines Abschiebehindernisses führen würden.²¹⁴³

Soweit der Tatbestand auch Angaben zur Abwendung des Erlöschens oder der nachträglichen Beschränkung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung erfasst, ergibt sich das behördliche Prüfungsprogramm gleichfalls aus dem Gesetz. So regelt § 51 Abs. 1 AufenthG, in welchen Fällen der Aufenthaltstitel erlischt. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass Angaben im Sinne des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG solche sind, die im Rahmen des zum Erlöschen führenden Verwaltungsverfahrens (insbesondere: Rücknahme, Widerruf, Ausweisung) getätigt werden und die nach den einschlägigen Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes für die Subsumtion von Bedeutung sind. Hier können insbesondere Äußerungen im Rahmen der Anhörung zum Rücknahme-, Widerrufs- oder Ausweisungsverfahren inkriminiert sein, wenn der Betroffene versucht, die Rücknahme-, Widerrufs- oder Ausweisungsgründe durch unwahre oder unvollständige Angaben zu entkräften. Hinsichtlich der Duldung sind die Erlöschensgründe in § 60a Abs. 5 AufenthG geregelt, wobei neben der tatsächlichen Ausreise vor allem ein Widerruf der Duldung zum Erlöschen führt, der zu erfolgen hat, wenn die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe entfallen. Daraus folgt, dass vor allem unrichtige Angaben über das Fortbestehen von Duldungsgründen strafbewehrt sind.

Unrichtig sind Angaben, die objektiv nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen, unvollständig sind solche, die für sich genommen richtig sind, aber durch Auslassung den Eindruck der Vollständigkeit erwecken.²¹⁴⁴ Die Angaben müssen *gemacht* oder *benutzt* werden.²¹⁴⁵ Machen meint dabei die selbstständige Äußerung der Angabe gegenüber der zuständigen Behörde, welche der Behörde auch zugehen muss;²¹⁴⁶ benutzt wird eine Angabe, wenn die Angabe eines Dritten der Behörde *vorgelegt* oder ihr gegenüber *geäußert* wird, etwa durch Vorlage eines falschen Attests über die Reiseuntauglichkeit eines ausreisepflichtigen Ausländers, dem deshalb eine Duldung gewährt wird. Kein Benutzen liegt dagegen vor, wenn ein zuständiger Sachbearbeiter innerhalb der Behörde, der Kenntnis von der Unrichtigkeit oder der Unvollständigkeit der Angabe hat, auf Grundlage einer solchen Angabe eine Sachentscheidung trifft.²¹⁴⁷ Dies ergibt sich bei einer schutzzweckorientierten Auslegung des Merkmals „Benutzen“: § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG soll das Verwaltungsverfahren vor einer Manipulation durch unrichtige oder unvollständige Angaben schützen,

2143 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.5.2012 – 3 RVs 62/12, BeckRS 2012, 13768.

2144 Vgl. MK-StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2022, § 330d Rn. 43; ähnlich MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 106; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 237.

2145 Gegen die Strafbarkeit des Unterlassens BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 147.

2146 BGH NJW 2016, 419, 422; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 106.

2147 BGH NJW 2016, 419, 422.

indem unrichtige oder unvollständige Angaben gegenüber der Behörde abstrakt und unabhängig von einem Taterfolg unter Strafe gestellt werden. Dadurch soll das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung geschützt werden.²¹⁴⁸ Die Entscheidung eines Behördenmitarbeiters auf bewusst unrichtiger oder unvollständiger Tatsachengrundlage stellt jedoch keine externe Beeinflussung der Behördenentscheidung durch „Benutzen“ unrichtiger oder unvollständiger Angaben dar, auf die sich § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bezieht.²¹⁴⁹

Strafbar ist nur ein vorsätzliches Verhalten, wobei der Tatvorsatz die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben umfassen muss. Insbesondere eine vorsätzlich unvollständige Angabe wird nur dann anzunehmen sein, wenn der Betroffene erkannt hat, welchen Umfang die Angabe hätte haben müssen, um vollständig zu sein. § 95 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 AufenthG setzt darüber hinaus in subjektiver Hinsicht voraus, dass die Angaben gemacht oder benutzt werden, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich zunächst, dass die unrichtigen oder unvollständigen Angaben nicht zum Erfolg geführt haben müssen. Der Tatbestand ist bereits mit dem Machen oder Benutzen entsprechender Angaben objektiv verwirklicht und vollendet. Die Strafbarkeit tritt daher auch dann ein, wenn auch ohne die unrichtige oder unvollständige Angabe ein Anspruch auf die begehrte Verwaltungsentscheidung bestünde. Es handelt sich insoweit um ein abstraktes Gefährdungsdeldikt; Erfolgskausalität ist nicht erforderlich.²¹⁵⁰

Hinsichtlich des gewünschten Ziels muss jedoch *dolus directus* 1. Grades, also Absicht, vorliegen, was sich aus der Formulierung „um [...] zu“ ergibt.²¹⁵¹ Im Übrigen muss der Täter mit Eventualvorsatz handeln. Die Beendigung der Tat ist mit Abschluss des zur Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Duldung durchgeführten Verfahrens anzunehmen; auf die Geltungsdauer des Aufenthaltstitels oder der Dul-

2148 BGH NJW 2016, 419, 422.

2149 BGH NJW 2016, 419, 422.

2150 BGH NJW 2016, 419, 420 f.; BayObLG, Beschl. v. 15.9.2003 – 4 St RR 112/03, BeckRS 2003, 9558; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.5.2012 – 3 RVs 62/12, BeckRS 2012, 13768; OLG Karlsruhe NSTZ-RR 1998, 378; OLG Koblenz NSTZ-RR 2010, 259, 260; OLG Stuttgart, Urt. v. 10.8.2009 – 1 Ss 1161/09, BeckRS 2009, 24242; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 19.2.2016 – Ss 9/16 (8/16), Rn. 15 (juris); *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 91, 143; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 144, 148; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 106; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 149 f.; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 234.

2151 BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 12; anders aber BayObLG, Beschl. v. 22.1.2020 – 205 StRR 1735/19, BeckRS 2020, 63237, Rn. 7; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 159; vage GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 291 („weitere subjektive Merkmale“).

dung kommt es nicht an, weil der Tatbestand die Erteilung gar nicht voraussetzt und der Rechtsgutsangriff mit Abschluss des Verfahrens vollständig abgeschlossen ist.²¹⁵²

Täter des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG kann dabei nicht nur der (künftige) Inhaber des Aufenthaltstitels oder der Duldung sein, sondern jede Person, die mit der erforderlichen Absicht handelt. § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ist dem Wortlaut nach („um für sich oder einen anderen“) kein Sonderdelikt.²¹⁵³ Dafür, dass der Gesetzgeber den Täterkreis auf Personen, die dem Aufenthaltsgesetz unterfallen, hätte beschränken wollen, ergeben sich keine Anhaltspunkte.²¹⁵⁴ Dies wäre mit dem Schutzzweck des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, das Verwaltungsverfahren vor einer Manipulation durch unrichtige oder unvollständige Angaben bereits *abstrakt* zu schützen und damit das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung sicherzustellen,²¹⁵⁵ nicht in Einklang zu bringen. Deutsche wie ausländische Unterstützer des künftigen Begünstigten sind daher nicht nur Gehilfen, sondern Täter des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG.²¹⁵⁶

Auf Asylbewerber, die letztlich auch die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Zuerkennung eines Schutzstatus erstreben, ist § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG nicht anwendbar.²¹⁵⁷ Insoweit stellt § 85 Abs. 2 AsylG eine spezielle und abschließende Regelung dar. Dies folgt schon daraus, dass bis zum Inkrafttreten des Rückführungsverbesserungsgesetzes unrichtige oder unvollständige Angaben im Asylverfahren nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht strafbewehrt waren²¹⁵⁸ und der Gesetzgeber mit § 85 Abs. 2 AsylG nunmehr eine spezielle Regelung geschaffen hat. Deshalb kommt es auch nicht in Betracht, auf andere Personen, die zu Gunsten von Asylbewerbern im Asylverfahren handeln, § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG anzuwenden. Der Gesetzgeber hat den Täterkreis für unrichtige oder unvollständige Angaben im Asylverfahren in § 85 Abs. 2 AsylG abschließend bestimmt und es im Übrigen bei der schon zuvor geltenden Vorschrift des § 84 AsylG als abschließende Regelung

2152 BGH NJW 2013, 2839, 2840 f.; *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), AufenthG/AsylG, 4. Aufl. 2025, § 95 AufenthG Rn. 236; anders offenbar OLG Celle NStZ 2015, 603, 604, m. krit. Anm. *Mosbacher*.

2153 BGH NStZ-RR 2014, 60; BGH, Beschl. v. 23.2.2005 – 1 StR 501/04, BeckRS 2005, 3106; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 144. Zu § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG schon OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 376, 377. Siehe oben E. I. 1.

2154 Übereinstimmend MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 104.

2155 BGH NJW 2016, 419, 422.

2156 Ebenso *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 98 f. Zu den damit verbundenen Wertungswidersprüchen zu § 96 Abs. 1 AufenthG vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 47; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 258 ff., und konkret zur Scheinehe unten E. IV. 1. c) aa).

2157 BayObLG NStZ 2020, 684, 685; BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 11; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.10.2019 – (1) 53 Ss 107/19 (69/19), BeckRS 2019, 28322, Rn. 12 f. Anders GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 291.

2158 Zu diesem Argument nach der alten Rechtslage BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 13; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.10.2019 – (1) 53 Ss 107/19 (69/19), BeckRS 2019, 28322, Rn. 12 f.; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 234 f.; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 105.

über eine täterschaftliche Beteiligung an entsprechenden Angaben durch einen Asylbewerber belassen.²¹⁵⁹ Hinzu kommt, dass es an einer funktionalen Verknüpfung zwischen Angaben im Asylverfahren und dem Aufenthaltstitelverfahren fehlt; die Angaben im Asylverfahren werden allenfalls mittelbar für die Erteilung eines Aufenthaltstitels relevant.²¹⁶⁰

Ist eine Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG gegeben, kann zugleich idealkonkurrierend eine Strafbarkeit wegen unerlaubter Einreise und/oder unerlaubten Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2, 3 i.V.m. Abs. 6 AufenthG vorliegen, wenn nämlich die unrichtige oder unvollständige Angabe zur Erteilung eines (für die strafrechtliche Bewertung der Einreise oder des Aufenthalts unbeachtlichen) Aufenthaltstitels geführt hat.²¹⁶¹

b) Gebrauchen zur Täuschung im Rechtsverkehr

Die zweite Variante des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG setzt voraus, dass eine durch unrichtige oder unvollständige Angaben beschaffte Urkunde (also das in den Pass eingeklebte Visum, der als eigenständiges Dokument mit elektronischem Speicher- und Verarbeitungsmedium ausgestellte Aufenthaltstitel (§ 78 Abs. 1 AufenthG) oder die Duldungsbescheinigung (§ 60a Abs. 4 AufenthG)) wissentlich – also in Kenntnis der Umstände, die zur Ausstellung der Urkunde geführt haben²¹⁶² – zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht wird.²¹⁶³ Täter des § 95 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 AufenthG kann auch eine Person sein, die am Beschaffen der Urkunde nicht beteiligt war, jedoch Kenntnis davon hat, dass diese durch unrichtige oder unvollständige Angaben erlangt wurde.²¹⁶⁴ Ein Gebrauchen setzt voraus, dass die entsprechende Urkunde vorgelegt oder vorgezeigt wird, was grundsätzlich sowohl und insbesondere gegenüber Amtsträgern als auch gegenüber Privaten möglich ist. Eine Täuschung „im Rechtsverkehr“ setzt in Anlehnung an die zu § 267 StGB vertretene Auslegung voraus, dass derjenige, welcher durch Vorlage der Urkunde getäuscht wird, zu einem rechtlich erheblichen Verhalten veranlasst werden soll, das auch in einem Unterlassen bestehen kann.²¹⁶⁵ Deshalb genügt für die Tatbestandsverwirklichung nicht schon die Vorlage

2159 BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 13; vgl. *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 234; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 105; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 387. Im Ergebnis übereinstimmend, aber auf den Wortlaut der Vorschrift rekurrierend Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 145.

2160 BayObLG, Urt. v. 19.2.2020 – 207 StRR 2415/19, BeckRS 2020, 2282, Rn. 12.

2161 Zu dieser Konstellation unten E. VI.

2162 Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 157; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 257.

2163 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 292.

2164 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 108.

2165 Vgl. TK-StGB/*Schuster*, 31. Aufl. 2025, § 267 Rn. 87b m.w.N.

eines gültigen Passes mit durch unrichtige Angaben erschlichenem Aufenthaltstitel bei einer allgemeinen Verkehrskontrolle, wenn der Polizeibeamte ausschließlich die *Identität* des Betroffenen überprüfen möchte, oder die Verwendung eines entsprechenden Aufenthaltstitels oder einer Duldung im privaten Rechtsverkehr, wenn das Gegenüber *kein rechtliches Interesse* am Aufenthaltsstatus des Betroffenen hat.²¹⁶⁶ In der Praxis stellt den bedeutsamsten Fall des § 95 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 AufenthG die Vorlage eines unlauter beschafften Visums bei einer grenzpolizeilichen Kontrolle dar, da insoweit das Passierenlassen ein rechtlich erhebliches Verhalten darstellt, das gerade aufgrund der Täuschung über die Lauterkeit des Zustandekommens des Aufenthaltstitels erfolgt.

Trifft § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG in diesen Fällen mit § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 i.V.m. Abs. 6 AufenthG zusammen, liegt Idealkonkurrenz vor, weil die tatbestandlichen Ausführungshandlungen insoweit zusammenfallen und die Tatbestände unterschiedlichen Schutzzwecken dienen sollen.²¹⁶⁷

c) Besondere Fallkonstellationen

Zwei besonders relevante Fallkonstellationen, in denen eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG in Betracht kommt, sind Angaben unter Bezugnahme auf eine nur zum Schein geschlossene Ehe oder eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung.

aa) Scheinehe

Eine nur zum Schein geschlossene Ehe dient regelmäßig dazu, dem Ehegatten die Einreise in das und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen, etwa im Wege des Familiennachzugs, ohne dass die Herstellung einer ehelichen Lebensgemeinschaft im Sinne des § 1353 Abs. 1 BGB intendiert ist.²¹⁶⁸ Dem Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG soll sie nach der herrschenden Meinung nicht unterfallen, da dieser nur Ehen schütze, die auf die Führung einer ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet gerichtet seien.²¹⁶⁹ Die Scheineheschließung ist allerdings für sich

²¹⁶⁶ In dieser Richtung auch Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 156; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 257.

²¹⁶⁷ Zum Zusammentreffen von Einreise- und Urkundendelikten BGH, Beschl. v. 7.5.2004 – 2 StR 24/04, BeckRS 2004, 5416; anders dagegen *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 258; *Schott*, ZAR 2012, 276, 278.

²¹⁶⁸ Näher zum Begriff *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 139 f.

²¹⁶⁹ BVerfG NJW 1988, 626, 627; NVwZ-Beil. 2003, 73; BVerwG NVwZ 2010, 1367, 1368; vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 141; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 112.

genommen nicht strafbar.²¹⁷⁰ Sobald die Eheschließung aber mit der Intention, einen Aufenthaltstitel für sich oder einen anderen zu erlangen, der zuständigen Behörde mitgeteilt wird, kommt eine Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG in Betracht. Die Angabe gegenüber der Behörde, zwischen dem Ausländer und dem Ehegatten sei eine Ehe geschlossen worden, ist in den Fällen der Scheinehe nämlich als unrichtig im Sinne des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG zu qualifizieren.²¹⁷¹ Zwar ist auch eine zum Schein geschlossene Ehe grundsätzlich wirksam, wie sich im Umkehrschluss aus § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB ergibt, der nur eine Aufhebung einer solchen Ehe durch richterliche Entscheidung zulässt und damit die grundsätzliche Wirksamkeit der Ehe zum Ausdruck bringt. Allerdings folgt aus einer Gesamtschau von § 1310 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach die Ehe dadurch geschlossen wird, dass die Eheschließenden vor dem Standesbeamten erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, sowie § 1310 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BGB, der den Standesbeamten zwingt, seine Mitwirkung an der Eheschließung zu verweigern, wenn die Ehe nach § 1314 Abs. 2 BGB offenkundig aufhebbar wäre, dass die Eheschließung stets die konkludente Erklärung enthält, sich einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft zu verpflichten (§ 1353 Abs. 1 BGB). Dies ergibt sich gleichfalls aus § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB, nach dem eine Ehe aufhebbar ist, wenn beide Ehegatten sich bei der Eheschließung darüber einig waren, keine Verpflichtung nach § 1353 Abs. 1 BGB begründen zu wollen. Mit der Erklärung gegenüber dem Standesbeamten, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, wird also zugleich die Erklärung abgegeben, eine eheliche Lebensgemeinschaft eingehen zu wollen. Die Mitteilung einer standesamtlichen Eheschließung im aufenthaltsrechtlichen Verfahren enthält daher stets die Angabe, eine solche eheliche Lebensgemeinschaft zu beabsichtigen beziehungsweise bereits zu praktizieren.²¹⁷² Dies wird durch § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG bestätigt, der einen Familiennachzug ausschließt, wenn feststeht, dass die Ehe ausschließlich zu dem Zweck geschlossen wurde, dem Nachziehenden die Einreise in das und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen. Das Vorliegen einer ehelichen Lebensgemeinschaft ist mithin Teil

2170 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 144. Insoweit missverständlich OLG Düsseldorf NJW 2000, 1280.

2171 BGH NStZ-RR 2014, 60; BayObLG NStZ 1983, 175; OLG Frankfurt a.M. NStZ 1993, 394; vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 67; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 141 ff.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 249. Etwas anderes gilt dagegen bei bereits bestehenden Ehen, wenn der Wille zur Fortführung „auf Lebenszeit“ nicht feststeht, siehe BayObLG NStZ-RR 2001, 219, 220. Denn insofern besteht kein Zweifel am Bestehen einer Ehe im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG.

2172 BVerwG NVwZ 2010, 1367, 1368; BayObLG NStZ 1983, 175; vgl. übereinstimmend, aber mit stärker auf §§ 27 ff. AufenthG abstellender Begründung *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 142; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 112; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 249. Dagegen *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 153.

des aufenthaltsrechtlichen Prüfprogramms und daher konkludent erklärter Teil der Angabe gegenüber der zuständigen Behörde.²¹⁷³

Erfolgen die Angaben durch den Ausländer, der einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung begehrt, selbst, stellt die vorausgegangene Mitwirkung des Scheinehepartners an der Eheschließung (also einer Handlung im Vorbereitungsstadium) eine strafbare Beihilfe zu § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG dar, weil sie die entsprechenden Angaben überhaupt erst ermöglicht.²¹⁷⁴ Erforderlich ist freilich, dass der Scheinehepartner insoweit von dem Scheincharakter der Eheschließung und der beabsichtigten Angabe gegenüber der Behörde wusste und dementsprechend vorsätzlich gehandelt hat.²¹⁷⁵ Eine Beihilfe zu § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG kommt ferner für denjenigen in Betracht, der durch Mitwirkung an der Eheschließung in Kenntnis des geplanten Vorgehens den Weg für die unrichtige Angabe ebnet. Zu denken ist hier insbesondere an Standesbeamte, die eine Trauung in Kenntnis der Umstände und entgegen des in § 1310 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BGB enthaltenen Verbots durchführen.²¹⁷⁶

Macht dagegen der Scheinehepartner selbst Angaben gegenüber der Behörde, um einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung für den ausländischen Scheinehepartner zu erlangen, kommt eine täterschaftliche Beteiligung in Betracht, auch wenn es sich um einen Deutschen handelt, weil § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG gerade keinen Sonderdeliktscharakter aufweist.²¹⁷⁷ Auch insoweit ist aber vorsätzliches Handeln, auch im Blick auf den Scheincharakter der Ehe, erforderlich.²¹⁷⁸

Zu bedenken ist, dass bei Vorliegen eines Schleusermerkmals die täterschaftliche Falschangabe des Scheinehepartners auch eine Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG begründen kann.²¹⁷⁹ Dies bewirkt zwar einen Wertungswiderspruch, da die täterschaftliche Verwirklichung des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG konkurrenzrechtlich eine Straflosigkeit der mit ihr einhergehenden Beihilfe zugunsten der Tat des Ausländers, der durch seine unrichtigen Angaben § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verwirklicht, bewirken müsste,²¹⁸⁰ über § 96

2173 In diesem Sinne auch KG NStZ 2024, 52, 54; ebenso bereits *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 200.

2174 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 145.

2175 KG, Beschl. v. 17.1.2007 – (2/5) 1 Ss 448/06 (73/06), BeckRS 2007, 8291; vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 145 f.; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 116.

2176 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 147 ff.; eine Strafbarkeit von Standesbeamten wegen Beihilfe nimmt auch *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 201 f., an.

2177 BGH NStZ-RR 2014, 60, 61; vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 145; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 112; Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 249. Anders *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 191 ff. Vgl. schon oben E. I. 1.

2178 KG, Beschl. v. 17.1.2007 – (2/5) 1 Ss 448/06 (73/06), BeckRS 2007, 8291.

2179 BGH NStZ-RR 2014, 60 f.

2180 Dies folgt aus den allgemeinen Grundsätzen zum Zusammentreffen mehrerer Beteiligungsformen in Bezug auf eine Tat, vgl. TK-StGB/*Weißer*, 31. Aufl. 2025, Vor § 25 Rn. 45 m.w.N.; GK-AufenthG/*Mos-*

Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG jedoch genau diese eigentlich nicht eigenständig strafbare Beihilfehandlung sogar unter erhöhte Strafdrohung gestellt wird.²¹⁸¹ Dies ist ein Resultat der limitiert-akzessorischen Ausgestaltung des „Schleusertatbestandes“, an welcher der Gesetzgeber bewusst festgehalten hat.²¹⁸² Eine Auflösung dahingehend, dass eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG auszuschneiden hätte,²¹⁸³ lässt sich gleichwohl nicht überzeugend begründen. Dies setzte voraus, dass § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG als Privilegierungstatbestand mit Sperrwirkung gegenüber § 96 AufenthG zu verstehen wäre, was sich mit der Gesetzessystematik, die gerade an die Schleusermerkmale als konstitutive unrechtserhöhende Bestandteile des Tatbestandes anknüpft, nicht vereinbaren lässt. Auch ein dahingehender gesetzgeberischer Wille ist nicht erkennbar. Angesichts des deutlich höheren Strafrahmens liegt es vielmehr nahe, dass sich § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG in diesen Fällen die Wertung entnehmen lässt, dass die verdrängende Wirkung der täterschaftlichen Verwirklichung des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG gegenüber einer (zusätzlichen) Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 27 Abs. 1 StGB durch § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG aufgehoben wird. § 96 AufenthG stellt mit seiner Vertypung der Teilnahmehandlung zu einem eigenständigen Tatbestand eine Sonderkonstellation dar, wobei der gesetzgeberische Wille, die unter Verwirklichung eines Schleusermerkmals begangene Teilnahmehandlung als täterschaftliche Verwirklichung erhöhten Unrechts zu erfassen, gegenüber dem allgemeinen Grundsatz, dass die täterschaftliche Beteiligung nicht zugleich eine strafbare Beihilfe zur Tat eines Nebentäters begründet, Vorrang beansprucht.²¹⁸⁴ Der Wortlaut des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG steht dieser Lösung nicht entgegen, weil in der täterschaftlichen Falschangabe zugunsten des ausländischen Scheinehepartners gerade eine von § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG erfasste Hilfeleistung zugunsten eines seinerseits § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verwirklichenden Ausländers liegt und diese nur aus konkurrenzrechtlichen Gründen nicht nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 27 Abs. 1 StGB bestraft wird. Der Wortlaut des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG deutet gleichfalls keine Sperrwirkung gegenüber § 96 Abs. 1 AufenthG an. Die Problematik des Zusammentreffens von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG und § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ist nicht auf Fälle der

bacher, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 259. Anders offenbar *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 146.

2181 Zu diesem Zusammenhang vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 293 ff.; siehe bereits GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 260.

2182 Dazu näher unten E. V. I. b).

2183 So GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 295, und zuvor schon GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 95 Rn. 260, jeweils unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 4.12.2007 – 5 StR 324/07, BeckRS 2008, 696, Rn. 30. Dieser Verweis hilft in den hier gegenständlichen Fällen allerdings nicht weiter, da der BGH insoweit auf den Fall der gegenseitigen Unterstützung unerlaubt einreisender Personen und damit einen anders gelagerten Fall rekurriert, dazu unten E. V. I. b) aa) (3).

2184 So im Ergebnis auch BGH NStZ-RR 2014, 60 f.

Scheinehe beschränkt; denkbar ist sie in sämtlichen Fällen, in denen ein anderer zugunsten des Antragstellers Erklärungen gegenüber der Behörde abgibt.²¹⁸⁵

Neben der Strafbarkeit von Falschangaben im Verwaltungsverfahren ist aber auch eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts und einer Beihilfe zu diesem in den Blick zu nehmen. § 95 Abs. 6 AufenthG bewirkt in diesen Fällen nämlich, dass sich derjenige, der sich aufgrund einer Scheinehe einen Aufenthaltstitel erschleicht, wegen der unrichtigen Angaben im Verwaltungsverfahren nicht auf seinen Aufenthaltstitel berufen kann und sich daher nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 6 AufenthG strafbar macht. Der an der Scheineheschließung beteiligte Ehepartner macht sich wiederum wegen Beihilfe zu eben dieser Tat strafbar, weil durch die Bereitschaft, an der Täuschung der Behörden mitzuwirken, der Ausländer in seinem Tatentschluss, sich mit einem entsprechenden Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufzuhalten, bestärkt wird. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die bereits dargestellten Voraussetzungen für eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 6 AufenthG im Einzelfall vorliegen müssen. Dies kann insbesondere im Blick auf die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht Schwierigkeiten aufwerfen.²¹⁸⁶ Zwischen § 95 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 6 AufenthG und § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG besteht aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtung – § 95 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 6 AufenthG betrifft im Kern den Aufenthalt im Bundesgebiet, während § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG als abstraktes Gefährdungsdelikt das Vertrauen in die Richtigkeit von verwaltungsrechtlichen Entscheidungen schützt²¹⁸⁷ – Idealkonkurrenz.²¹⁸⁸

bb) Missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft

Eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft liegt nach § 1597a Abs. 1 BGB vor, wenn die Vaterschaft gezielt gerade zu dem Zweck anerkannt wird, die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes, des Anerkennenden oder der Mutter zu schaffen, oder um die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes durch den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes nach § 4 Abs. 1 oder Abs. 3 Satz 1 StAG zu schaffen. § 1597a Abs. 2 BGB nennt Indizien für das Vorliegen einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung, unter anderem das Bestehen einer vollziehbaren Ausreisepflicht des Anerkennenden oder der Mutter oder des Kindes. Eine Anerkennung kann aber nach § 1597a Abs. 5 BGB nicht missbräuchlich sein, wenn der Anerkennende der leibliche Vater des anzuerkennenden Kindes ist. § 85a Abs. 2 AufenthG enthält für das aufenthaltsrechtliche Verfahren

2185 Zu Beispielen vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 144. EL August 2024, § 95 Rn. 296; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 249 f.

2186 Dazu oben E. II. 1. c).

2187 BGH NJW 2016, 419, 422.

2188 So auch MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 118.

Vermutungstatbestände für das Vorliegen einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung.

Liegt eine derart missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung vor, stellt sich die Frage, ob ihre Geltendmachung zur Erlangung eines Aufenthaltstitels analog zu den Fällen der Scheinehe zu einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG sowie § 95 Abs. 1 Nrn. 2, 3 i.V.m. Abs. 6 AufenthG (i.V.m. § 27 Abs. 1 StGB) führt. Dies setzt voraus, dass die Angabe der Vaterschaft als „unrichtig“ im Sinne des § 95 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 6 AufenthG zu gelten hat. Rechtlich führt die Anerkennung der Vaterschaft unabhängig vom Wahrheitsgehalt der Anerkennungserklärung zur von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Vaterschaft des Anerkennenden,²¹⁸⁹ sofern diese bereits beurkundet, das Verfahren also nicht nach § 1597a BGB ausgesetzt worden ist. Dies folgt aus § 1598 Abs. 1 Satz 2 BGB, der die Unwirksamkeit einer Anerkennung *nur* für den Fall annimmt, dass eine Beurkundung trotz Aussetzung der Beurkundung durch die zunächst befassende Stelle erfolgt ist.²¹⁹⁰

Ist die Anerkennung wirksam, handelt es sich bei der Angabe gegenüber der Behörde, der Betroffene sei Vater des anerkannten Kindes, im Ausgangspunkt nicht um eine unrichtige Angabe.²¹⁹¹ Allerdings wird auch bei Scheinehen die zutreffende Angabe, zwischen den Ehegatten sei eine Ehe geschlossen worden, als unrichtig qualifiziert. Dementsprechend wird teilweise vertreten, dass auch die missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung bei ihrer Geltendmachung gegenüber der Behörde die unrichtige Angabe enthalte, der Anerkennende sei der biologische Vater des Kindes oder wolle sozialer Vater des Kindes sein. Auf die Wirksamkeit der Anerkennung komme es für die Beurteilung der Richtigkeit nicht an, wenn von vornherein nicht intendiert sei, eine familiäre Lebensgemeinschaft zu begründen.²¹⁹² Diese Position verkennt aber, dass die Situation der Scheinehe mit der Scheinvaterschaft schon im rechtlichen Ausgangspunkt nicht vergleichbar ist. Denn anders als bei der Ehe kann

2189 BVerfG NJW 2014, 1364, 1372; KG NStZ 2024, 52, 53; AG Leipzig, Beschl. v. 1.5.2019 – 225 Ds 803 Js 66977/17, Rn. 9 (juris); *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 27 AufenthG Rn. 82.

2190 So auch KG NStZ 2024, 52, 53. Zum abschließenden Charakter der Unwirksamkeitsgründe vgl. *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 27 AufenthG Rn. 83.

2191 KG NStZ 2024, 52, 53 f.; OLG Hamm NJW 2008, 1240, 1241; OLG Oldenburg, Urt. v. 19.10.2009 – 1 Ss 133/09, BeckRS 2009, 28652; AG Leipzig, Beschl. v. 1.5.2019 – 225 Ds 803 Js 66977/17, Rn. 9 ff. (juris); AG Nienburg NStZ 2006, 531; ebenso im Ausgangspunkt *Schott*, *Einschleusen von Ausländern*, 2. Aufl. 2011, 240; *Schiedermair/Wollenschläger*, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 95 AufenthG Rn. 251.

2192 LG Hildesheim NStZ 2006, 360; LG Verden NStZ-RR 2006, 246; LG Düsseldorf NJW 2008, 388, 389; ohne Berücksichtigung der zwischenzeitlich erfolgten Rechts- und Rechtsprechungsentwicklung ebenso LG Oldenburg, Beschl. v. 11.9.2017 – 1 Qs 314/17, BeckRS 2017, 150518, das entgegen § 4 Abs. 1 Satz 2 StAG davon ausgeht, die „blutmäßige Abstammung von dem anerkennenden Vater“ sei für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit „an erster Stelle“ erforderlich; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 113; *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 243. EL 2022, § 95 AufenthG Rn. 58; *Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 95 AufenthG Rn. 154.

in die Erklärung der Vaterschaftsanerkennung kein weitergehender konkludenter Erklärungsinhalt hineingelesen werden. Sie erschöpft sich in der Erklärung, rechtlich vollwertiger Vater des Kindes zu sein. Werden die Erfordernisse nach § 1594 Abs. 2 bis 4 sowie der §§ 1595 bis 1597 BGB eingehalten, liegt also insbesondere eine öffentliche Beurkundung vor, besteht keine Vaterschaft eines anderen Mannes und haben die Mutter sowie gegebenenfalls das Kind zugestimmt, ist die Anerkennung der Vaterschaft wirksam – und zwar, wie aus § 1598 Abs. 1 Satz 2 BGB folgt, auch dann, wenn eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft vorliegt, aber die Beurkundung nicht nach § 1597a Abs. 3 BGB ausgesetzt gewesen ist. Das früher in § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB a.F. vorgesehene Anfechtungsrecht der zuständigen Behörde wurde vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt.²¹⁹³ Damit sind die Konstellationen der Scheinehe und der Scheinvaterschaft hinsichtlich des Erklärungsgehalts der Angabe gegenüber der Behörde nicht ohne Weiteres vergleichbar, weil sich aus dem Gesetz kein über die Vaterschaftsanerkennung hinausgehender konkludenter Erklärungsinhalt ergibt.²¹⁹⁴

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG. Diese Vorschrift sieht vor, dass ein Familiennachzug nicht zugelassen wird, wenn feststeht, dass die Ehe oder das Verwandtschaftsverhältnis ausschließlich zu dem Zweck geschlossen oder begründet wurde, dem Nachziehenden die Einreise in das und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen. Insoweit ist bereits fraglich, ob die Vorschrift die missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft überhaupt erfasst.²¹⁹⁵ Jedenfalls für Konstellationen, in denen die Vaterschaftsanerkennung erfolgt, um der Mutter des anerkannten Kindes den Familiennachzug zu ermöglichen, folgt schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, dass § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG diese Fallgestaltung nicht umfasst, weil dieser nahelegt, dass die Person, zu der das Verwandtschaftsverhältnis begründet wird, und die nachziehende Person identisch sein müssen.²¹⁹⁶ Allenfalls wenn die Vaterschaftsanerkennung dem Anerkannten oder Anerkennenden den Aufenthalt ermöglichen soll, wäre § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG einschlägig.²¹⁹⁷ Dagegen spricht jedoch, dass § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG den Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b) RL 2003/86/EG umsetzt und sich die Richtlinie insoweit nur

2193 BVerfG NJW 2014, 1364.

2194 So auch KG NSTz 2024, 52, 54 f.; OLG Hamm NJW 2008, 1240, 1241; AG Leipzig, Beschl. v. 1.5.2019 – 225 Ds 803 Js 66977/17, Rn. 11 f. (juris). Deshalb verlangt das OLG Celle für eine Strafbarkeit, dass die (unzutreffende) Behauptung, auch der biologische Vater zu sein, erfolgt, siehe OLG Celle, Urt. v. 24.8.2006 – 22 Ss 87/06, BeckRS 2006, 141974, Rn. 26 ff.; ähnlich OLG Oldenburg, Urt. v. 19.10.2009 – 1 Ss 133/09, BeckRS 2009, 28652. Dagegen wiederum AG Lüneburg, Urt. v. 14.7.2010 – 13 Cs 137/10, BeckRS 2011, 834.

2195 BVerwG ZAR 2021, 30, 31; Dienelt, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 27 AufenthG Rn. 82.

2196 BVerwG ZAR 2021, 30, 31 f.; KG NSTz 2024, 52, 54.

2197 BVerwG ZAR 2021, 30, 32.

auf Ehe, Lebenspartnerschaft und Adoption bezieht.²¹⁹⁸ Unabhängig davon stellt § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG dem Wortlaut nach auf ein „Feststehen“ der Scheinehe oder Scheinvaterschaft ab und regelt einen Versagungsgrund für den Familiennachzug – für diesen ist die Behörde darlegungspflichtig.²¹⁹⁹ Über den Erklärungsgehalt einer Angabe über die Vaterschaft gegenüber der Behörde besagt die Vorschrift daher nichts. Im Ergebnis ist die Mitteilung einer Vaterschaftsanerkennung, auch wenn es sich um eine „Scheinvaterschaft“ handelt, nicht nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG strafbar.

2. Das Asylgesetz

Der mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz neu eingefügte § 85 Abs. 2 AsylG bedroht in kaum zu übersehender, in der Gesetzesbegründung aber nur implizit zum Ausdruck kommender,²²⁰⁰ Anlehnung an § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe, der im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um die Anerkennung als Asylberechtigter, die Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylG oder die Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Abs. 5 oder Abs. 7 AufenthG zu erreichen (Nr. 1) oder den Widerruf oder die Rücknahme der Anerkennung als Asylberechtigter, der Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylG oder der Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Abs. 5 oder Abs. 7 Satz 1 AufenthG abzuwenden (Nr. 2). Hinsichtlich der Auslegung der mit § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG übereinstimmenden Merkmale kann auf die Ausführungen entsprechend verwiesen werden.²²⁰¹

Anders als § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG handelt es sich bei § 85 Abs. 2 AsylG allerdings um ein Sonderdelikt, das nur durch Asylbewerber im Asylverfahren verwirklicht werden kann. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der voraussetzt, dass der Täter „im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um die Anerkennung als Asylberechtigter [...] zu erreichen.“ Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass nur derjenige, der *seine eigene* Anerkennung erstrebt, nach § 85 Abs. 2 AsylG strafbar ist. Personen, die zu entsprechenden Angaben anstiften oder die Person dabei unterstützen, etwa auch durch falschen anwaltlichen Tatsachenvortrag, machen sich wegen Anstiftung beziehungsweise Beihilfe strafbar, wobei zu berücksichtigen ist, dass damit zugleich

2198 BVerwG ZAR 2021, 30, 32; anders VGH Mannheim, Beschl. v. 4.11.2014 – 11 S 1886/14, BeckRS 2014, 58738.

2199 Vgl. Dienelt, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 27 AufenthG Rn. 84.

2200 BT-Drs. 20/9463, S. 61.

2201 Für eine Parallelführung auch Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 85 AsylG Rn. 36 f.

eine Strafbarkeit wegen Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung einhergehen wird.²²⁰²

Nach dem klaren Wortlaut erfasst § 85 Abs. 2 AsylG zudem nur Angaben im Asylverfahren *vor dem Bundesamt* sowie im gerichtlichen Verfahren. Dementsprechend werden Angaben im Vorfeld des eigentlichen Asylverfahrens, insbesondere gegenüber der Grenzpolizei bei der Einreise (§§ 13 Abs. 3 Satz 1, 18, 18a AsylG) oder bei der örtlichen Ausländerbehörde oder der Polizei (§§ 13 Abs. 3 Satz 2 AsylG), nicht vom Tatbestand erfasst.²²⁰³ Vollendet ist die Tat bei mündlichen Angaben mit Abschluss der Erklärung im Verfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren, bei schriftlichen Erklärungen mit Zugang bei der Behörde oder bei Gericht.²²⁰⁴

a) § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG

§ 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG muss im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG eng ausgelegt werden. Erfasst werden nur Angaben, die für die Anerkennung als Asylbewerber oder als international Schutzberechtigter sowie für die Entscheidung über das Bestehen eines Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG in rechtlicher Hinsicht relevant, also für die Subsumtion unter die Voraussetzungen des Art. 16a GG oder der §§ 3 bis 4 AsylG sowie des § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG maßgeblich sein können.²²⁰⁵ Dabei ist allerdings zu beachten, dass § 25 Abs. 1 Satz 1 AsylG bestimmt, dass der Asylbewerber die Tatsachen, die seine Furcht vor Verfolgung oder die Gefahr eines ihm drohenden ernsthaften Schadens begründen, selbst vortragen und die erforderlichen Angaben machen muss. Zu den erforderlichen Angaben gehören dabei nach § 25 Abs. 1 Satz 2 AsylG auch solche über Wohnsitze, Reisewege, Aufenthalte in anderen Staaten und darüber, ob bereits in anderen Staaten oder im Bundesgebiet ein Verfahren mit dem Ziel der Anerkennung als ausländischer Flüchtling, der Zuerkennung internationalen Schutzes oder ein Asylverfahren eingeleitet oder durchgeführt worden ist. Nach § 25 Abs. 2 AsylG hat der Betroffene ferner alle sonstigen Tatsachen und Umstände anzugeben, die einer Abschiebung oder einer Abschiebung in einen bestimmten Staat entgegenstehen. Damit erstreckt sich die strafbewehrte Pflicht zur richtigen und vollständigen Angabe auf ein nahezu unübersehbares Feld an Umstän-

2202 Vgl. dazu und den damit verbundenen Widersprüchen unten E. V. 2.

2203 Zu § 84 Abs. 1 AsylG vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 33; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 66. EL 2009, § 84 AsylG Rn. 15; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 31 f.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 55, 57.

2204 Vgl. MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 80. Für eine Vollendung mit dem förmlichen Abschluss der Anhörung GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 89.

2205 Ähnlich zu § 84 AsylG GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 20 f.; tendenziell enger aber zu § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 86; *Marx*, AsylG, II. Aufl. 2022, § 84 Rn. 4.

den.²²⁰⁶ Für die Entscheidung über das Bestehen des Asylrechts oder die Zuerkennung internationalen Schutzes sind das gesamte Verfolgungsgeschehen, die daran beteiligten Akteure, inländische Fluchalternativen, die Fluchroute und mögliche Aufenthalte in anderen Staaten von Bedeutung. Jede dieser Angaben kann insoweit für die abschließende Entscheidung bedeutsam sein. Für den Normadressaten ist daher nicht hinreichend klar erkennbar, welches Verhalten von ihm gefordert wird. Könnte im Blick auf die Variante der „unrichtigen“ Angaben noch eingewendet werden, dass dann eben ein vollständig wahrer Tatsachenvortrag erforderlich ist, führt die Strafbarkeit auch nur „unvollständiger“ Angaben dazu, dass der Bereich des strafbaren vom straffreien Verhalten kaum mehr abzugrenzen ist.

Es bestehen daher ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG. Mit der Kriminalisierung unrichtiger oder unvollständiger Angaben im Asylverfahren ist der Gesetzgeber von seiner langjährigen Position abgerückt, Asylbewerber nicht wegen Falschangaben im Asylverfahren zu bestrafen.²²⁰⁷ Diese war im Blick auf die notstandsähnliche Situation, in der sie sich während der Anhörung befinden, sachgerecht. Für die Betroffenen hängt von der Anhörung vor dem Bundesamt die gesamte weitere Lebensführung ab. Sie stehen unter besonderem Druck, ihren Vortrag so zu gestalten, dass ihnen ihre Schutzbedürftigkeit geglaubt wird. Es ist daher aus der individuellen Situation heraus betrachtet nachvollziehbar, dass sie Tatsachen, welche geeignet sind, diese Schutzbedürftigkeit aus Sicht der Antragsteller in Zweifel zu ziehen, beschönigen oder weglassen. § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG lässt keinen Raum dafür, dieser individuellen Spannungslage Rechnung zu tragen, weil nach dem Wortlaut die Angaben des Asylbewerbers für die Entscheidung nicht einmal kausal geworden sein müssen. Selbst wenn daher ein Schutzanspruch auch unabhängig von der unrichtigen oder unvollständigen Angabe besteht, wäre der Betroffene wegen der unrichtigen oder unvollständigen Angabe zu bestrafen, wenn er subjektiv davon ausgegangen ist, dass diese für die erstrebte Entscheidung bedeutsam war. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut der Vorschrift als auch aus der Gesetzesbegründung, welche § 85 Abs. 2 AsylG als ein abstraktes Gefährdungsdelikt einordnet.²²⁰⁸ Diese Überlegungen ziehen zusätzlich zur Unbestimmtheit der Regelung auch ihre Verhältnismäßigkeit in Frage.²²⁰⁹

Hinzu kommt, dass § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG, insoweit anders als § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG und § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG, eine strafbewehrte Pflicht zur *unmittelbaren* Selbstbelastung statuiert. Der Betroffene muss unter Umständen nämlich die Begehung einer konkreten Straftat einräumen. Dies gilt für sämtliche Fälle, in denen

2206 Ebenfalls kritisch GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL 2025, § 85 Rn. 87.

2207 Zu dieser oben A. II. 3. c) dd).

2208 BT-Drs. 20/9463, S. 61.

2209 Der Gesetzgeber verweist auf seine Befugnis, das berechtigte Informationsbedürfnis des Staates mit den Interessen des Betroffenen abzuwägen, BT-Drs. 20/9463, S. 61.

die Straftatbegehung zum Ausschluss der Flüchtlingseigenschaft führt (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AsylG) und deshalb zu den Angaben gehört, deren unrichtige oder unvollständige Mitteilung nach § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG strafbewehrt ist. Zwar kann auch in diesen Fällen ein unmittelbarer Zwang zur Selbstbezichtigung *im Strafverfahren*, der eine Verletzung des Menschenwürdekerns der Selbstbelastungsfreiheit bewirkte, durch Annahme eines umfassenden Verwertungsverbots ausgeschlossen werden.²²¹⁰ Gleichwohl erscheint zweifelhaft, dass in diesem Fall die Annahme eines Verwertungsverbots genügt, um den Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit als verhältnismäßig zu bewerten. Zwar kann im Blick darauf, dass der asylgewährende Staat auf die Mitwirkung des Antragstellers im Asylverfahren notwendig angewiesen ist, um eine materiell richtige Asylentscheidung treffen zu können, ein gewichtiges Allgemeininteresse an wahrheitsgemäßen Angaben des Asylbewerbers angenommen werden, sodass eine begrenzte Analogie zur Situation des Gemeinschuldners, dem eine besondere Pflichtenstellung gegenüber seinen Gläubigern zukommt,²²¹¹ überzeugend hergeleitet werden kann. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht insoweit klar zwischen staatlichen oder öffentlichen Informationsbedürfnissen und den Interessen geschädigter Dritter differenziert hat.²²¹² Es muss zudem aber auch bedacht werden, dass § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG den Betroffenen unter Strafandrohung – also nicht nur unter Bedrohung mit Zwangsmitteln und insoweit auch nicht mit dem Sachverhalt des Gemeinschuldner-Beschlusses vergleichbar²²¹³ – zwingt, sich unmittelbar selbst einer konkreten Straftat gegenüber einer öffentlichen Stelle zu bezichtigen, wodurch er wiederum seinen Schutzanspruch im Asylverfahren verliert. Vor diesem Hintergrund erscheint der tiefgreifende Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit allein durch die Annahme eines Verwertungsverbots im Strafverfahren nicht kompensierbar. Denn ein solches schafft keine Abhilfe hinsichtlich der persönlichkeitsrechtsbezogenen Dimension der Selbstbelastungsfreiheit, die dem Einzelnen das Recht auf Selbstdarstellung einräumt und ihn auch davor schützt, ehrherabsetzende Tatsachen über sich selbst preisgeben zu müssen.²²¹⁴ Während in den zuvor erörterten Fällen mittelbarer Selbstbelastung durch Offenbarung der eigenen Identität das Recht auf Selbstdarstellung in deutlich geringerem Ausmaß betroffen ist, führt der Zwang zur aktiven und unmittelbaren Offenbarung einer eigenen Straftatbegehung zu einer qualitativen Steigerung der Eingriffsintensität. Bei der Abwägung der betroffenen Interessen ist zudem zu bedenken, dass der Staat aufgrund der strafbewehrten Pflicht zu Angaben über die

2210 Dazu oben E. III. 1. a) bb). Für ein solches GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 152. EL 2025, § 85 Rn. 60.

2211 BVerfG NJW 1981, 1431, 1432.

2212 BVerfG NJW 1981, 1431, 1432 f.

2213 Zutreffend DAV, Stellungnahme Nr. 75/2023 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, 30, abrufbar unter: <<https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-75-23-rueckfuehrungsverbesserungsgesetz>>.

2214 BVerfG NJW 1997, 2307, 2308; siehe auch *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 39. EL 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 187.

Identität (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 85 Abs. 1 Nr. 5 AsylG) hinreichende Möglichkeiten hat, Gründen für den Ausschluss der Schutzberechtigung selbst nachzugehen, ohne auf die Selbstbezüglichkeit des Betroffenen angewiesen zu sein. Der Zwang zur Selbstbelastung – auch außerhalb des Strafverfahrens – ist daher selbst unter Berücksichtigung des staatlichen Informationsinteresses unverhältnismäßig. Im Ergebnis scheint § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG daher auch vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich bedenklich.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass der Asylbewerber sich *freiwillig* in das Asylverfahren begeben hat und die ihn im Rahmen dieses Verfahrens treffenden Pflichten daher auf sich nehmen muss. Diese Argumentation wäre angesichts der existenziellen Notlage von Asylbewerbern, die mit ihrem Asylantrag Schutz „vor Verfolgung wegen [ihrer] Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AsylG) beziehungsweise subsidiären Schutz vor einem ihnen drohenden ernsthaften Schaden, insbesondere aufgrund der drohenden Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, durch Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung oder durch eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines bewaffneten Konflikts (§ 4 Abs. 1 AsylG), beanspruchen, nicht überzeugend.²²¹⁵ Dies käme einer Bagatellisierung des Asylverfahrens als Verfahren im Rahmen der Leistungsverwaltung gleich und ließe zudem außer Acht, dass die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft deklaratorischen Charakter hat.²²¹⁶ Vor diesem Hintergrund war die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der dieser noch zu § 8 Abs. 2 AsylVfG a.F. vertreten hatte, dass Angaben eines Asylbewerbers im Asylverfahren im Rahmen eines Strafverfahrens wegen unerlaubter Einreise verwertet werden dürften, da die Pflicht des Asylbewerbers, Angaben über die Modalitäten seiner Einreise zu machen, nicht mit Sanktion bewehrt gewesen sei, sodass kein mit der Gemeinschuldner-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vergleichbarer Sachverhalt vorliege,²²¹⁷ schon auf Grundlage des alten Rechts im Blick auf die darin zum Ausdruck kommende Negierung des Interessenkonflikts des Betroffenen nicht überzeugend.²²¹⁸ Durch die

2215 Zurecht weist auch GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 152. EL 2025, § 85 Rn. 56, darauf hin, dass solche „Konfliktlagen [...] nicht mit dem Argument entkräftet werden [können], den Schutzsuchenden stehe es frei, ihre Schutzgesuche nicht weiter zu verfolgen, um dem zu entkommen. Auf einen (möglichen) verfassungs-, unions- oder konventionsrechtlichen Schutzanspruch oder gar das Refoulementverbot nach § 33 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention zu verzichten, kann nicht verlangt werden. Ein solches Ansinnen wäre unhaltbar, da es die flüchtlingsrechtlichen Garantien entwerten würde.“

2216 Dazu oben C. IV. 2. a).

2217 BGH NJW 1990, 1426, 1427; ebenso GK-AufenthG/Bernhöft, 140. EL Februar 2024, Vor §§ 95 ff. Rn. 111; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 123.

2218 Gleichfalls für ein Beweisverwertungsverbot schon auf Grundlage der früheren Rechtslage Aurnhamer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 72 f.; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 7 Rn. 30; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 46.

Kriminalisierung unrichtiger oder unvollständiger Angaben im Asylverfahren ist diese Rechtsprechung inzwischen aber auch in dieser Perspektive überholt.

Bis zu einer etwaigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts werden die Staatsanwaltschaften und die Strafgerichte den verfassungsrechtlichen Bedenken durch entsprechende Auslegung und Anwendung des Tatbestandes Rechnung tragen müssen. Dabei wird insbesondere dem subjektiven Tatbestand Gewicht beigemessen werden müssen. So ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob eine Angabe vorsätzlich unrichtig oder *unvollständig* getätigt wurde. Dies setzt voraus, dass der Betroffene zum Zeitpunkt der Anhörung oder des gerichtlichen Vortrags die relevanten Geschehnisse geistig vollständig präsent hatte; gerade nach einer traumatischen Flucht oder bei einem langen Zeitabstand kann dies im Einzelfall ausscheiden. Auch bloße Nachlässigkeit bei der Anstrengung der Erinnerung führt nicht zu vorsätzlich unvollständigen Angaben. Insgesamt dürfte die Strafvorschrift daher eine überschaubare Praxisrelevanz gewinnen.

b) § 85 Abs. 2 Nr. 2 AsylG

Unter dem Gesichtspunkt der Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit zweifelhaft erscheint auch die Verfassungsmäßigkeit des § 85 Abs. 2 Nr. 2 AsylG. Dieser stellt das Machen oder Benutzen unrichtiger oder *unvollständiger* Angaben, um den Widerruf oder die Rücknahme der Anerkennung als Asylberechtigter, der Zuerkennung internationalen Schutzes oder der Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Abs. 5 oder 7 Satz 1 AufenthG abzuwenden, unter Strafe. Da nach § 73 Abs. 4 AsylG die Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung des internationalen Schutzes zurückzunehmen ist, wenn sie auf Grund unrichtiger Angaben oder infolge Verschweigens wesentlicher Tatsachen erteilt worden ist, und § 73 Abs. 5 AsylG die Rücknahme der Feststellung eines Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG bei Fehlerhaftigkeit der Feststellung vorsieht, gehört im Widerrufs- und Rücknahmeverfahren auch die Mitteilung, entscheidungserhebliche unrichtige oder unvollständige Angaben im Anerkennungsverfahren gemacht zu haben, zu den vom Betroffenen zu offenbarenden Umständen.²²¹⁹ Wird im Rahmen einer Anhörung diese Angabe unterlassen, macht sich der Betroffene nach § 85 Abs. 2 Nr. 2 AsylG strafbar. Damit *zwingt* § 85 Abs. 2 Nr. 2 AsylG denjenigen, der im Anerkennungsverfahren unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht hat, dazu, diese Straftat nach § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG offenzulegen, wenn er eine Strafbarkeit nach § 85 Abs. 2 Nr. 2 AsylG vermeiden will. Darin liegt ein unmittelbarer Eingriff in die nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geschützte Selbstbelastungsfreiheit.

2219 BT-Drs. 20/9463, S. 61.

Zwar sieht § 73b Abs. 5a Satz 1 AsylG ein gesetzliches Verwertungsverbot für entsprechende Informationen vor, um der Selbstbelastungsfreiheit Rechnung zu tragen.²²²⁰ Das Verwertungsverbot greift ein, wenn der Betroffene dem Bundesamt mitteilt, im Asylverfahren unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht oder benutzt zu haben. In einem Strafverfahren gegen den Betroffenen oder gegen einen seiner Angehörigen im Sinne des § 52 Abs. 1 StPO darf die Information über die Offenbarung des Betroffenen gegenüber dem Bundesamt nicht ohne dessen Zustimmung verwertet werden. Umfasst sind vom Verwertungsverbot angesichts des Wortlauts („diese Information“) sowohl der Umstand der Offenlegung selbst als auch die offengelegten unrichtigen oder unvollständigen Angaben.²²²¹ Allerdings stellt sich auch insoweit die Frage, ob dem unmittelbaren und direkten Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit durch die Pflicht zur Offenbarung einer konkreten Straftat allein durch ein noch dazu disponibles Verwertungsverbot verfassungsrechtlich hinreichend Rechnung getragen werden kann. Im Blick auf die vorangegangenen Ausführungen erscheint dies zweifelhaft.²²²²

c) Zwischenergebnis

Mit der Einführung des § 85 Abs. 2 AsylG hat der Gesetzgeber zwei Straftatbestände geschaffen, deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz in Zweifel gezogen werden muss. Insbesondere der unmittelbare Zwang zur Selbstbelastung sowie die mangelnde Gesetzesbestimmtheit bereiten insoweit Schwierigkeiten. § 85 Abs. 2 AsylG sollte daher – auch weil seine praktische Anwendung überschaubar bleiben wird – ersatzlos gestrichen werden.

3. Das Freizügigkeitsgesetz/EU

§ 9 FreizügG/EU bedroht mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe denjenigen, der unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB zu beschaffen, oder der eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. Die Tatbestandsstruktur entspricht § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG,²²²³ sodass im Wesentlichen auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann.²²²⁴ Als vom

2220 BT-Drs. 20/9463, S. 60.

2221 *Fleuß*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2025, § 73b AsylG Rn. 40c.

2222 Vgl. auch DAV, Stellungnahme Nr. 75/2023 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, 29 ff., abrufbar unter: <<https://anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-75-23-rueckfuehrungsv-erbesserungsgesetz>>.

2223 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 6.

2224 Für eine Parallelführung auch BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 3.

Tatbestand umfasste Angaben sind dabei die für die Entscheidung über die Erteilung einer Aufenthaltskarte, einer Daueraufenthaltskarte, einer Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, eines Aufenthaltsdokuments-GB oder eines Aufenthaltsdokuments für Grenzgänger-GB bedeutsamen Angaben zu qualifizieren.²²²⁵ Diese ergeben sich aus §§ 3, 4a, 16 Abs. 1 FreizügG/EU sowie, für britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen, teilweise aus den Regelungen des Austrittsabkommens zwischen dem Vereinigten Königreich und der Europäischen Union.²²²⁶ Neben dem allgemeinen Tatvorsatz ist angesichts des Wortlauts Absicht (*dolus directus* I. Grades) bezüglich der erstrebten Urkunde erforderlich.²²²⁷

4. Das Staatsangehörigkeitsgesetz

§ 42 StAG bedroht denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe, der unrichtige oder unvollständige Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung zu erschleichen. Nachgebildet ist die Vorschrift § 98 des Bundesvertriebenengesetzes.²²²⁸ Während bei § 98 Bundesvertriebenengesetz nach dem Wortlaut bereits *jede* unrichtige oder unvollständige Angabe genügt, setzt § 42 StAG voraus, dass es sich um eine *wesentliche* Voraussetzung der Einbürgerung handelt. Diese Einschränkung spricht schon im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG dafür, nur solche Angaben als vom Tatbestand umfasst anzusehen, die für den jeweils einschlägigen Einbürgerungstatbestand des Staatsangehörigkeitsgesetzes erforderlich sind.²²²⁹ Insbesondere ist hinsichtlich der Angaben zur Straffreiheit § 12a StAG zu beachten, der bestimmte Verurteilungen für unbeachtlich erklärt, sodass unrichtige oder unvollständige Angaben zu solchen Verurteilungen nicht zu den wesentlichen Angaben zählen.²²³⁰ Aus

2225 Ähnlich BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 5. Wohl weitergehend MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 9 FreizügG/EU Rn. 6.

2226 Vgl. § 5 Abs. 1, 5 FreizügG/EU sowie § 16 Abs. 2 und 3 FreizügG/EU.

2227 Anders BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 9 FreizügG/EU Rn. 7.

2228 BGH NJW 2017, 899, 900; OLG Nürnberg, Urt. v. 20.6.2016 – 1 OLG 8 Ss 65/16, BeckRS 2016, 20646, Rn. 14.

2229 Das OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 4.11.2016 – 1 Ss 163/15, BeckRS 2016, 127958, Rn. 13 ff., nimmt vor diesem Hintergrund an, nur die Vorlage falscher Sprachzertifikate, die zum nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 StAG a.F. erforderlichen Nachweis von Sprachkenntnissen geeignet seien, erfülle den Tatbestand. Könne ein entsprechendes Zertifikat diese Funktion schon nicht erfüllen, scheide eine Strafbarkeit durch Vorlage bei der Einbürgerungsbehörde aus.

2230 Überzeugend BGH NJW 2017, 899 ff.; in diese Richtung auch Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 42 StAG Rn. 117o, 117p f., der nur entscheidungserhebliche Angaben als vom Tatbestand erfasst ansieht. Anders KG, Urt. v. 12.8.2011 – (4) 1 Ss 268/11 (170/11), BeckRS 2011, 26229; KG, Urt. v. 2.12.2015 – (5) 161 Ss 231–15 (46/15), BeckRS 2016, 00532, Rn. 10 ff.; OLG Nürnberg, Urt. v. 20.6.2016 – 1 OLG 8 Ss 65/16, BeckRS 2016, 20646, Rn. 10. Das KG und das OLG Nürnberg verkennen jedoch, dass aus dem Deliktscharakter als abstraktes Gefährdungsdelikt nicht folgen kann, dass von vornherein irrelevante Angaben tatbestandlich einbezogen werden; abstrakten Gefährdungsdelikten muss gerade die Gefährdung des geschützten Rechtsguts inhärent sein. Bei Vorstrafen, die für die Einbürgerungsentscheidung von vornherein ohne Belang sind, ist dies ersichtlich nicht der Fall.

der Orientierung an § 98 Bundesvertriebenengesetz, der trotz des weiter gefassten Wortlauts dahingehend ausgelegt wird, dass unrichtige oder unvollständige Angaben nur bei Entscheidungserheblichkeit als tatbestandsrelevant angesehen werden, wird in der Rechtsprechung zudem abgeleitet, dass eine Strafbarkeit nach § 42 StAG ausscheiden müsse, wenn die Falschangaben nicht entscheidungserheblich seien.²²³¹ Insofern wird gerade abweichend von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG nicht jede für das Verfahren relevante Falschangabe erfasst.²²³² Zudem wird angenommen, dass angesichts des Wortlauts („erschleichen“) ein bei hypothetisch zutreffenden Angaben bestehender Einbürgerungsanspruch der Strafbarkeit entgegenstehe, da ein solcher Anspruch ein Erschleichen ausschließe.²²³³

V. Schleusungsdelikte

In der Kategorie Schleusungsdelikte werden der Straftatbestand des Einschleusens von Ausländern, einschließlich der Qualifikationstatbestände (§§ 96, 97 AufenthG), sowie der Tatbestand der Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung mit seinen Qualifikationstatbeständen (§§ 84, 84a AsylG) zusammengefasst.

1. Das Einschleusen von Ausländern (§§ 96, 97 AufenthG)

Sowohl in der kriminal- und migrationspolitischen Diskussion als auch in der Anwendungspraxis liegt der Fokus auf dem sogenannten „Schleusertatbestand“ des § 96 AufenthG, was auch durch die regen Reformaktivitäten des Gesetzgebers in den letzten Jahrzehnten belegt wird.²²³⁴ Zuletzt hat der Gesetzgeber mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz erhebliche Veränderungen des Tatbestandes vorgenommen, die weitreichende Implikationen für die strafrechtsdogmatische Bewertung haben und insbesondere die Ausklammerung humanitärer Hilfe aus dem Anwendungsbereich der Strafvorschrift erschweren.

a) Überblick

§ 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG erfasst als täterschaftliches Verhalten die Anstiftung oder Hilfeleistung zu bestimmten „Handlungen“, die in § 95 AufenthG oder § 9 FreizügG/EU mit Strafe bedroht werden, wenn zugleich ein sogenanntes Schleusermerkmal vorliegt:

Strafbar macht sich danach zunächst, wer einen Ausländer zu einer unerlaubten aufenthaltstitellosen Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) oder einer Einreise unter

2231 BGH NJW 2017, 899, 900 m.w.N.

2232 BGH NJW 2017, 899, 900.

2233 OLG Nürnberg, Urt. v. 20.6.2016 – 1 OLG 8 Ss 65/16, BeckRS 2016, 20646, Rn. 19 ff.

2234 Dazu oben A. III.

Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot (§ 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG) anstiftet oder ihm dabei Hilfe leistet, sofern er dafür entweder einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt oder aber wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelt (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) und b) AufenthG).

Die Anstiftung und Hilfeleistung zu einer unerlaubten passlosen Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG), einem pass- oder aufenthaltstitellosten Aufenthalt (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG), zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch den Inhaber eines Schengen-Visums (§ 95 Abs. 1a AufenthG), zum Aufenthalt unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot (§ 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AufenthG) oder zu unrichtigen oder unvollständigen Angaben zur Erlangung oder Sicherung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung sowie zum Gebrauchen einer entsprechenden Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG) ist tatbestandsmäßig, wenn der Täter dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG). Unter denselben Voraussetzungen steht die Anstiftung oder Hilfeleistung zu unrichtigen oder unvollständigen Angaben zur Erlangung einer Aufenthaltskarte, einer Daueraufenthaltskarte, einer Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, eines Aufenthaltsdokuments-GB oder eines Aufenthaltsdokuments für Grenzgänger-GB oder zum Gebrauchen einer entsprechenden Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr unter Strafe (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG).

§ 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG bewirkt damit, dass „schlichte“ Teilnahmehandlungen bei Vorliegen eines Schleusermerkmals, also dem Handeln zur Erlangung eines (Vermögens-)Vorteils, wiederholtem Handeln oder Handeln zugunsten mehrerer Ausländer, nicht mehr als Teilnahme am Unrecht eines anderen, sondern als täterschaftliche Unrechtsverwirklichung zu qualifizieren sind, die ihrerseits teilnahmefähig ist.²²³⁵

Angesichts der Tatbestandsfassung sind Rechtsprechung und Literatur lange Zeit davon ausgegangen, es handele sich um eine typisierte Teilnahme, weshalb im Grundsatz auf die Teilnahmedogmatik zurückzugreifen und § 96 Abs. 1 AufenthG a.F. als *limitiert akzessorisch* zur eigentlichen Haupttat zu verstehen sei, wobei aber die Teilnahme mit höherer Strafe bedroht werde als die eigentliche Haupttat.²²³⁶ Dies war im Blick auf Wortlaut und Systematik des Gesetzes überzeugend. Für das gesetzgeberische Ziel, insbesondere „organisierte Schleuserkriminalität“ konsequent verfolgen zu können, barg diese dogmatische Konstruktion jedoch durchaus Herausforderungen. Eine Strafbarkeit des Schleusers hatte nämlich immer dann auszuscheiden, wenn der „Haupttäter“ objektiv tatbestandslos, ohne Vorsatz oder

2235 BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 3 StR III/24, BeckRS 2025, 3577, Rn. 44 m.w.N.

2236 Dazu sogleich näher E. V. 1. b) aa) (1).

gerechtfertigt handelte. Die Beantragung von Asyl an der Grenze, die Handlungsunfähigkeit oder das Handeln ohne Tatvorsatz – relevant insbesondere bei Schleusung von (Klein-)Kindern – oder eine Rechtfertigung, die nach der hier vertretenen Auffassung auch aus Art. 31 Abs. 1 GFK folgen kann, führten zum Entfallen der Strafbarkeit auch beim Schleuser.²²³⁷

Vor allem um Strafbarkeitslücken bei der Schleusung von vorsatzlos handelnden Kindern, Bewusstlosen und Handlungsunfähigen zu schließen,²²³⁸ hat der Gesetzgeber mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG eingefügt. Dieser lautet „Ebenso wird bestraft, wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche rechtswidrige Tat im Sinne des Satzes 1 Nummer 1 oder Nummer 2 begangen hat.“ Damit erkennt der Gesetzgeber die Auslegung von § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG als limitiert akzessorisch implizit an, um sie jedoch zugleich partiell zu durchbrechen, mit der Konsequenz, dass es nach der geltenden Gesetzeslage nur noch auf das objektive Vorliegen einer unerlaubten Einreise oder eines unerlaubten Aufenthalts ankommt. Diese Lösung scheint zunächst schlüssig und im Blick auf das gesetzgeberische Ziel konsequent. Sie führt aber zu Friktionen, die im Folgenden aufgezeigt werden sollen.²²³⁹

§ 96 Abs. 2 AufenthG enthält Qualifikationstatbestände,²²⁴⁰ welche angesichts der Mindeststrafdrohung von einem Jahr Freiheitsstrafe (§ 12 Abs. 1 StGB) Verbrechenscharakter aufweisen, was zur Anwendbarkeit des § 30 StGB führt.²²⁴¹ § 96 Abs. 3 AufenthG wiederum ordnet die Strafbarkeit des Versuchs für Taten nach § 96 Abs. 1 AufenthG konstitutiv, bezüglich § 96 Abs. 2 AufenthG lediglich deklaratorisch (§ 23 Abs. 1 StGB) an.

§ 96 Abs. 4 AufenthG erweitert den Anwendungsbereich des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) und Nr. 2, Satz 2, Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 sowie Nrn. 5 und 6, Satz 2 AufenthG sowie bei Einreisen auf dem Landweg auch des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates, sofern die Unterstützung zugunsten von Ausländern erfolgt, die nicht die Staatsangehörigkeit eines EU- oder EWR-Mitgliedstaates haben. Dadurch wird der Bereich strafbarer Handlungen erheblich

2237 Im Einzelnen sogleich unten E. V. 1. b) aa).

2238 BT-Drs. 20/9463, S. 52 f.; vgl. dazu zur alten Rechtslage BGH NJW 2018, 3658, 3659 f.; BayObLG, Beschl. v. 19.10.1999 – 4 St RR 205/99, BeckRS 1999, 31370483; Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 157; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 3; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 123. EL 2022, § 96 AufenthG Rn. 12b; Heinrich, ZAR 2003, 166, 173; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 5; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 108 f.

2239 Dazu unten E. V. 1. b) aa) (2).

2240 BGH NStZ-RR 2012, 124.

2241 Damit ist eine erhebliche Ausweitung und Vorverlagerung der Strafbarkeit verbunden, vgl. BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 3.

erweitert und zugleich die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf reine Auslands Sachverhalte ausgedehnt.

§ 97 Abs. 1 AufenthG enthält die Erfolgsqualifikation des Einschleusens mit Todesfolge; § 97 Abs. 2 AufenthG stellt eine weitergehende Qualifikation des § 96 Abs. 1 und 4 AufenthG dar, welche die gewerbsmäßige Bandenschleusung erfasst. Im Folgenden werden die einzelnen Regelungen im Detail erörtert. Hinsichtlich der in Bezug genommenen Handlungen nach § 95 AufenthG und § 9 FreizügG/EU kann dabei auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

b) Detailbetrachtung

aa) Der Grundtatbestand: § 96 Abs. 1 AufenthG

Der Grundtatbestand des Einschleusens von Ausländern regelt in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG im Wesentlichen den „Schleusertatbestand“, wie er schon nach der Rechtslage vor dem Rückführungsverbesserungsgesetz galt, allerdings ergänzt um § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG, der die Anstiftung oder Hilfeleistung zu einer Handlung nach § 9 Abs. 1 FreizügG/EU erfasst. § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG bewirkt demgegenüber eine Auflösung der nach Satz 1 geltenden limitierten Akzessorietät des Einschleusens zu der jeweils in Bezug genommenen Haupttat.

(1) § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG

(a) Vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat

§ 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG setzt zunächst voraus, dass eine der in § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG in Bezug genommenen „Handlungen“ nach § 95 AufenthG oder § 9 Abs. 1 FreizügG/EU begangen worden ist. Schon zum früheren § 96 Abs. 1 AufenthG, der im Wortlaut ähnlich gefasst war wie der nunmehr geltende § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, wurde von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur vertreten, dass das Einschleusen von Ausländern eine tatbestandlich typisierte Teilnahme an der vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des Ausländers ist und daher der Grundsatz limitierter Akzessorietät Anwendung findet.²²⁴² Dies

2242 St. Rspr., siehe nur BGH NStZ 2013, 483; 2015, 399, 400; 2017, 478; NJW 2018, 3658, 3659; BGH, Beschl. v. 23.9.2021 – 1 StR 173/21, BeckRS 2021, 32624, Rn. 9; BGH NStZ 2024, 47, 48; BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 8; aus der Literatur statt vieler *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 76 ff.; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 274; *Geisler*, ZRP 2001, 171, 173; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 2 f.; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 17 f.; *Heinrich*, FS Werle, 2022, 755, 757; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 178, 185; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 1; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 289; *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 152 ff., 168; Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember

hatte zur Folge, dass eine Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern immer dann auszuscheiden hatte, wenn der Ausländer den objektiven oder subjektiven Tatbestand nicht verwirklicht hatte, einschließlich Fällen, in denen er einem Tatbestandsirrtum unterlegen war, oder gerechtfertigt gewesen war.²²⁴³ In Betracht kam nur ein Versuch nach § 96 Abs. 3 AufenthG.²²⁴⁴ Aus Sicht der Praxis und im Blick auf die gesetzgeberische Intention, gefährliche Schleusungspraktiken zu unterbinden, führte die limitiert-akzessorische Ausgestaltung des § 96 Abs. 1 AufenthG a.F., die sich in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG n.F. fortsetzt, mitunter zu unbefriedigenden Ergebnissen.²²⁴⁵ Auch bestehen im Blick auf den deutlich erhöhten Strafraum gegenüber der in Bezug genommenen „Haupttat“ nach § 95 AufenthG Friktionen mit dem allgemeinen Grundsatz, nach dem die Teilnahme keinen höheren Unrechtsgehalt verkörpert als die täterschaftliche Begehung.²²⁴⁶

Gleichwohl war und ist die Annahme limitierter Akzessorität im Blick auf die eindeutige gesetzgeberische Orientierung an §§ 26 und 27 StGB hinsichtlich Terminologie und Regelungstechnik schon im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG geboten. Die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, in Kenntnis der limitiert-akzessorischen Ausgestaltung der Teilnahmevorschriften eine Typisierung von Anstiftungs- und Beihilfehandlungen nach dem Muster eben dieser Vorschriften vorzunehmen und damit gerade keine eigenständige und von der Haupttatbegehung unabhängige Strafvorschrift zu schaffen, kann bei der Auslegung des § 96 Abs. 1 AufenthG a.F. und des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG n.F. nicht unberücksichtigt bleiben.²²⁴⁷ Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass die Vorschrift erst mit dem Ausländergesetz 1990 ihren an §§ 26, 27 StGB orientierten Wortlaut erhalten hatte,²²⁴⁸ während zuvor im Gleichlauf zum Tatbestand der Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung (heute: § 84 AsylG) ein „Verleiten“ oder „Unterstützen“ vorausgesetzt war, was eine limitierte Akzessorität nicht zwingend vorgab.²²⁴⁹

2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 9 ff.; dazu schon *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 85. Anders aber *Cantler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 135 ff.

2243 BGH NJW 2018, 3658, 3659 f.; *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 157 f.; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 79; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 7 f.; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 3.

2244 BGH NSTZ 2024, 47, 48; BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 8 m.w.N.

2245 Dazu schon BGH NJW 2018, 3658, 3660; die „Strafbarkeitslücke“ erkannten auch schon *Geisler*, ZRP 2001, 171, 173; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 79 ff., die diese allerdings nicht für „bedrohlich“ hielt; vgl. ferner *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 106 ff.; unter Bezugnahme auf die Straflosigkeit bestimmter Schleusungshandlungen nach der alten Rechtslage begründete der Gesetzgeber die partielle Aufgabe der Akzessorität mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz, siehe BT-Drs. 20/9463, S. 52 f.

2246 Vgl. *Cantler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 140.

2247 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 77; *Geisler*, ZRP 2001, 171, 173.

2248 Siehe oben A. II. 4. a).

2249 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 84 f.; *Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 30.

An diesem Ergebnis vermag auch die Verwendung des Begriffs „Handlung“ statt der in §§ 26 und 27 StGB etablierten Terminologie, die an die „Tat“ eines anderen anknüpft, nichts zu ändern.²²⁵⁰ Daraus lässt sich nämlich nicht schließen, dass der Gesetzgeber lediglich auf die tatbestandliche Handlungsbeschreibung abstellen wollte und nicht auf die vorsätzliche und rechtswidrige Tat.²²⁵¹ Zum einen beziehen sich §§ 26 und 27 StGB mit dem Begriff der Tat gleichfalls nur auf das im jeweiligen Tatbestand beschriebene Verhalten und bedarf es deshalb der Präzisierung „vorsätzlich und rechtswidrig“, um zum Ausdruck zu bringen, dass die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes nicht genügt, aber umgekehrt auch keine schuldhaft Tatbegehung erforderlich ist. Zum anderen ist die abweichende Terminologie mit dem verwaltungsakzessorischen Charakter der Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes zu erklären. So verweisen zahlreiche Tatbestände ihrerseits auf weitere Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes, sodass sich die tatbestandliche Handlungsbeschreibung erst aus einer Zusammenschau von Strafvorschrift und blankettausfüllender Verwaltungsrechtsnorm ergibt. Demgegenüber finden sich im Strafgesetzbuch noch immer überwiegend solche Strafvorschriften, in denen die „Tat“ vollständig umschrieben wird.

Die Position der herrschenden Meinung hat sich der Gesetzgeber mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz und der Einfügung des § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG zu eigen gemacht.²²⁵² Durch die ausdrückliche Aufnahme des Satzes 2, nach dem „ebenso“ bestraft wird, „wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche und rechtswidrige Tat im Sinne des Satzes 1 Nummer 1 oder Nummer 2 begangen hat“, hat der Gesetzgeber eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass Satz 1 der Strafvorschrift eine eben solch vorsätzliche und rechtswidrige Tat voraussetzt. Dass damit strafrechtsdogmatische Inkonsistenzen und Brüche verbunden sind, resultiert daraus, dass der Gesetzgeber die qualifizierte Anstiftung und Beihilfe als Schleusungsunrecht²²⁵³ mit einem deutlich erhöhten Strafraum bedrohen wollte, sich aber in der tatbestandlichen Fassung nicht von der Haupttat-Teilnahme-Struktur und damit dem Akzessorietätsprinzip hat lösen können oder wollen.²²⁵⁴

Demnach ist Voraussetzung einer Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG zunächst, dass eine der in Nrn. 1 bis 3 in Bezug genommenen Haupttaten vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht worden ist. Insoweit kann hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen, der Anforderungen an den subjektiven Tatbestand,

2250 Vgl. aber *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 136 f.; ebenfalls in diese Richtung *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 156; *Mitsch*, NStZ 2022, 241.

2251 Ebenso *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 78.

2252 Ausdrücklich BT-Drs. 20/9463, S. 52.

2253 Vgl. zur „Multiplikator-Wirkung“ professionell agierender Schleuser und zur Tatherrschaft *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 164 ff., unter Bezugnahme auf *Böse*, ZStW 2004, 680, 696 ff.

2254 Vgl. dazu auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 157 ff.

möglicher Irrtumsfragen sowie Rechtfertigungsgründe auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden.²²⁵⁵ Hervorzuheben ist, dass die Rückführungsrichtlinie nicht zu einem Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit führt,²²⁵⁶ sodass die Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG vom Vorrang des Rückführungsverfahrens unberührt bleibt, wenn nicht im Einzelfall eine dem Rückführungsverfahren unterliegende Person Täter des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist.²²⁵⁷ Vor allem im Blick auf den wichtigsten Anwendungsfall der Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) ist dabei zu berücksichtigen, dass es insbesondere dann, wenn es an der Unerlaubtheit der Einreise fehlt, etwa weil die „Geschleusten“ an der Grenze um Asyl nachsuchen und erst im Anschluss einreisen, nicht zu einer Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG kommt.²²⁵⁸ Sofern dies dem Tatplan entspricht, scheidet auch ein nach § 96 Abs. 3 AufenthG strafbewehrter Versuch aus, da sich der Tatentschluss dann bereits nicht auf die Förderung einer *unerlaubten* Einreise richtet.²²⁵⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung scheidet eine Strafbarkeit ferner dann aus, wenn die unerlaubte Einreise nach § 95 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 GFK gerechtfertigt ist.²²⁶⁰

Ob der Verweis des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG auf § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG und der Verweis in § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG auf § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG auch die Gleichstellungsklausel des § 95 Abs. 6 AufenthG umfasst, mit der Folge, dass eine Strafbarkeit wegen Einschleusens auch dann in Betracht kommt, wenn zwar ein wirksamer Aufenthaltstitel vorliegt, dieser aber im Sinne des § 95 Abs. 6 AufenthG unlauter erlangt worden ist, ist umstritten.²²⁶¹ Der Wortlaut des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG spricht gegen eine solche Einbeziehung. § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG verweist präzise auf einzelne Nummern und Buchstaben des § 95 AufenthG, ohne dabei § 95 Abs. 6 AufenthG einzubeziehen. Mit der Einführung des § 95 Abs. 6 AufenthG hat der Gesetzgeber auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs reagiert, der eine Strafbarkeit wegen unerlaubter Einreise oder unerlaubten Aufenthalts abgelehnt hatte, wenn der Betroffene einen *wirksamen* Aufenthaltstitel besaß, auch wenn dieser unlauter erlangt worden war. Der Gesetzgeber hat damit den in der Rechtsprechung zu § 95 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG vertretenen Grundsatz

2255 Oben E. II. 3.-4.

2256 Dazu oben C. III. 3. a) bb).

2257 Zu dieser Konstellation unten E. V. 1. b) aa) (3).

2258 BGH, Beschl. v. 1.8.2012 – 4 StR 226/12, BeckRS 2012, 17665.

2259 Zur Frage des Fehlens einer unerlaubten Einreise in derartigen Fällen vgl. BGH NStZ 2022, 239, 241; OLG Bamberg NStZ 2015, 404, 405 f.; im Ausgangspunkt auch BGH NStZ-RR 2015, 184, 186.

2260 Vgl. dazu oben C. IV. 2. b).

2261 Für eine Einbeziehung des § 95 Abs. 6 AufenthG BGH NJW 2012, 2210, 2211, allerdings ohne Auseinandersetzung mit der Position des Bundesgerichtshofs zur Einbeziehung von § 95 Abs. 3 AufenthG; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 16; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 33; dagegen Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 241; Kretschmer, ZAR 2019, 263, 267; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J, § 96 AufenthG Rn. 16.

der strengen Verwaltungsakzessorietät partiell durchbrochen, zugleich aber darauf verzichtet, die Verweisungen in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG auf diese Ausnahmenvorschrift zu erstrecken. Dass es dem Gesetzgeber bei der Gesetzesänderung auch darauf angekommen sein dürfte, die Schleusung mit unlauter erlangten Aufenthaltstiteln zu erfassen, liegt zwar nahe.²²⁶² Ein solcher gesetzgeberischer Wille hat sich aber nicht im Gesetzeswortlaut niedergeschlagen, obschon zugleich § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG auf § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verweist, welcher unrichtige oder unvollständige Angaben im Verwaltungsverfahren unter Strafe stellt.

Sofern teilweise argumentiert wird, der Gesetzgeber habe auch nicht auf § 95 Abs. 3 AufenthG verwiesen, gleichwohl bestehe aber Einigkeit, dass der Versuch der unerlaubten Einreise taugliche Anknüpfungstat für § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG sei,²²⁶³ sodass dies auch für § 95 Abs. 6 AufenthG zu gelten habe, beruht dies auf einer wenig überzeugenden Auslegung des Tatbestandes. Die Strafbarkeit der Anstiftung oder Hilfeleistung zur versuchten unerlaubten Einreise (aber auch zum Versuch der anderen in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG in Bezug genommenen Handlungen, für die § 95 Abs. 3 AufenthG eine Versuchsstrafbarkeit gerade nicht vorsieht) ergibt sich nämlich nicht aus einer Bezugnahme auf § 95 Abs. 3 AufenthG, sondern erst aus § 96 Abs. 3 AufenthG, der den Versuch der Tat unter Strafe stellt.²²⁶⁴ Es liegt in diesen Fällen daher auch keine vollendete Tat nach § 96 Abs. 1 AufenthG vor, wovon konsequenterweise auszugehen wäre, wenn mit der Gegenauffassung bereits die versuchte unerlaubte Einreise gemäß § 95 Abs. 3 AufenthG taugliche Bezugstat des § 96 Abs. 1 AufenthG wäre. Dies stünde aber im Widerspruch zu allgemeinen strafrechtsdogmatischen Grundsätzen, nach denen die Teilnahme am strafbaren Versuch als Anstiftung oder Beihilfe zum Versuch mit der Möglichkeit der Strafmilderung nach § 23 Abs. 2 StGB einhergeht.²²⁶⁵ Vor diesem Hintergrund sind Fälle der Anstiftung oder Beihilfe zu einer nur versuchten unerlaubten Einreise lediglich als *Versuch* des Einschleusens nach § 96 Abs. 3 AufenthG strafbar.²²⁶⁶ Dies wiederum setzt in der Variante des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG voraus, dass bereits

2262 BGH NJW 2012, 2210, 2211: „unterliegt keinem Zweifel“.

2263 So MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 16; ebenfalls von einer Erstreckung des § 96 Abs. 1 AufenthG auf § 95 Abs. 3 AufenthG scheint Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 331, auszugehen.

2264 Zutreffend schon zu § 92a AuslG BGH NJW 2002, 3642, 3643; zu § 96 AufenthG auch BGH NJW 2012, 2821, 2822; NSTZ 2015, 399, 400 f.; vgl. auch Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 141; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 24; Mitsch, NSTZ 2022, 241; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 64.

2265 Im Falle der Beihilfe zum Versuch ist sogar eine doppelte Strafmilderung möglich, vgl. MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 129 m.w.N. § 96 Abs. 1 AufenthG soll ersichtlich keine Strafmilderung für den Gehilfen bewirken. Damit ist freilich nicht der Ausschluss einer Strafmilderung wegen Versuchs verbunden, welche es ermöglicht, die mangelnde Tatvollendung auf Rechtsfolgende angemessen zu berücksichtigen. Zur Unverhältnismäßigkeit der ansonsten bewirkten Strafbarkeit des Versuchs eines dann als Eignungsdelikt konstruierten § 96 Abs. 1 AufenthG Mitsch, NSTZ 2022, 241.

2266 BGH NJW 2012, 2821, 2822; NSTZ 2024, 47, 48. Dazu auch unten E. V. I. b) cc).

eine vollendete Bezugstat festgestellt werden kann, sodass zwar der *Versuch* der Wiederholung, nicht aber die *Wiederholung* des Versuchs tatbestandsmäßig ist.²²⁶⁷

Nach alledem bedürfte es einer gesetzgeberischen Tatbestandsanpassung, um Fälle des § 95 Abs. 6 AufenthG separat zu erfassen. Die daraus resultierende Strafbarkeitslücke wird partiell durch § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG geschlossen, der auf § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG Bezug nimmt, weil die Einreise mit einem unter Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Angaben erlangten Aufenthaltstitel ein Gebrauchen zur Täuschung im Rechtsverkehr darstellt, wenn ein solcher Aufenthaltstitel im Rahmen einer grenzpolizeilichen Kontrolle vorgelegt wird.

Der Wortlaut des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist nicht auf Ausländer begrenzt („wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet“), sodass auch die Haupttat eines Deutschen – wie etwa in den Fällen des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG vorstellbar – tauglicher Anknüpfungspunkt ist.²²⁶⁸ Der Deliktsscharakter des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG kann im Lichte der limitierten Akzessorietät des Tatbestandes daher nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Bezugstat bestimmt werden.²²⁶⁹

(b) Anstiften oder Hilfe leisten

§ 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG setzt des Weiteren voraus, dass der Täter „einen anderen“ anstiftet oder ihm Hilfe leistet. Aufgrund der Orientierung des Gesetzgebers an §§ 26 und 27 StGB können Anstiftung und Hilfeleistung analog zu diesen Vorschriften ausgelegt werden.²²⁷⁰ Während die Anstiftung das Bestimmen eines anderen zur Begehung einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Tat und damit das Hervorrufen des Tatentschlusses voraussetzt, liegt eine Hilfeleistung vor, wenn der Täter die Tat eines anderen fördert oder erleichtert.²²⁷¹ Im Folgenden soll der Fokus auf die Hilfeleistung gelegt werden, weil die meisten Schleusungshandlungen auf eine Unterstützung bei der unerlaubten Einreise hinauslaufen, während die Anstiftung aufgrund des vielfach bereits gefassten Entschlusses zur Begehung der unerlaubten

2267 Dazu auch unten E. V. I. b) aa) (1) (c) (iii).

2268 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 6.

2269 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 91 f.; Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 133; anders offenbar Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 146 ff.

2270 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 127; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 13; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 288; Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 170 ff.

2271 TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 2 und § 27 Rn. 2 ff.; vgl. auch Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 127 f.

Einreise oder zur Fortsetzung des unerlaubten Aufenthalts, der den Geschleuten zum *omnimodo facturus* macht,²²⁷² von untergeordneter Bedeutung ist.²²⁷³

Zunächst gilt, dass der Anwendungsbereich des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG denkbar weit ist. Anschaulich lässt sich dies anhand des Hilfeleistens zu einer unerlaubten Einreise nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG darstellen. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs, die im Schrifttum geteilt wird, „fällt [...] jede Handlung unter den Tatbestand des § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, die den unerlaubten Grenzübertritt eines Ausländers in irgendeiner Weise objektiv fördert [...]. Dabei muss die Hilfeleistung nicht unmittelbar zum Grenzübertritt geleistet werden. Schon eine Unterstützung im Vorfeld der Einreise (z.B. Beschaffung und Weiterleitung von Informationen zum Grenzübertritt, Organisation von Reisemöglichkeiten, Beschaffung von gefälschten Reisedokumenten, Anwerbung von Transithelfern) ist ausreichend, wenn sie den Grenzübertritt ermöglicht oder erleichtert [...]“.²²⁷⁴ Da in Übereinstimmung mit der allgemeinen Beihilfedogmatik auch eine sogenannte Kettenbeihilfe – also eine Beihilfe zur Beihilfe, die Beihilfe zur Haupttat ist – möglich ist,²²⁷⁵ macht sich als Täter des § 96 Abs. 1 AufenthG auch strafbar, wer bei Vorliegen eines Schleusermerkmals durch seine Unterstützungshandlung lediglich die Hilfeleistung eines anderen unterstützt.²²⁷⁶ § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG stellt daher jede Unterstützungshandlung unter Strafe, welche eine der in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG genannten Handlungen ermöglicht oder erleichtert, wobei der Tatbestand keine weitergehende Einschränkung hinsichtlich des Merkmals Hilfeleisten erkennen lässt. Daher unterfallen § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG sämtliche Transportleistungen, aber auch der Erwerb von Zug-, Bus- oder Flugtickets, die Unterstützung mit Bargeld zur Finanzierung der Einreise, die Gewährung von Unterkunft zur Erholung vor einer Fortsetzung der Reise, die Versorgung mit Proviant, Wegekarten oder Navigationsgeräten oder auch nur die Weitergabe von Informationen über geeignete Grenzübertrittsstellen.²²⁷⁷

2272 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 16; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 14; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 6; Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 170 f.

2273 Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 17; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 14. Etwas anderes mag in Fällen gelten, in denen Schleuser die Geschleuten zu Falschangaben im Verwaltungsverfahren veranlassen.

2274 BGH NJW 2012, 2821; siehe ferner BGH NJW 2005, 2095, 2099 m.w.N.; GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 17; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 32; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 20.

2275 Dazu m.w.N. TK-StGB/Weißer, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 36; NK-StGB/Schild/Kretschmer, 6. Aufl. 2023, § 27 Rn. 8.

2276 BGH NStZ 1999, 409, 410; NJW 2012, 2821, 2822; BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 32; OLG Zweibrücken, Urt. v. 24.3.1995 – 1 Ss 22/95, BeckRS 1995, 02232, Rn. 13; vgl. Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 32. Kritisch Epik, JR 2025, 534, 537 ff.

2277 Weitere Beispiele bei GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 17; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 15; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 295 ff.; vgl. auch

Auch die Tätigkeit als „Hawaladar“, also als Einzahl-, Verwahr- und Auszahlstelle für den Transfer von Geld, im Rahmen des sogenannten „Hawala-Bankings“ begründet in Fällen, in denen der „Hawaladar“ das Geld Schleusungswilliger zunächst treuhänderisch verwahrt und im Erfolgsfalle an Schleuser weiterleitet, bei entsprechender Tatsachenkenntnis eine tatbestandsmäßige Unterstützungshandlung.²²⁷⁸

Die Hilfeleistung kann dabei auch weit im Vorfeld der eigentlichen Haupttat, etwa der unerlaubten Einreise, stattfinden, beispielsweise im Heimatland des Haupttäters, solange sie auf die Begehung einer Bezugstat nach § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG gerichtet ist. § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG greift daher auch in Fällen, in denen die Schleusung an der EU-Außengrenze stattfindet, das eigentliche Ziel des Haupttäters aber das Erreichen des Bundesgebiets ist, zu dem ihm der Schleuser durch die Unterstützung bei der Überwindung der EU-Außengrenze vorsätzlich Hilfe leistet.²²⁷⁹ Diese Grundsätze lassen sich auch auf die übrigen Tatbestandsvarianten des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG übertragen. Die weite Vorverlagerung täterschaftlicher Begehung ist Resultat der Typisierung von Anstiftung und Beihilfe als Tathandlungen des Einschleusens. Der besondere Deliktscharakter des § 96 Abs. 1 AufenthG als vertypete Teilnahme bewirkt nämlich, dass Tatherrschaft lediglich bezüglich des Teilnehmerbeitrags, nicht aber bezüglich der Haupttat erforderlich ist, sodass auch weit vom eigentlichen Schleusungsgeschehen entrückte Unterstützer Täter des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG sein können.²²⁸⁰ Damit geht einher, dass das Kriterium der Tatherrschaft insoweit keine zurechnungsbegrenzende Funktion entfalten kann, weil jeder, der einen von ihm beherrschten Unterstützungsbeitrag erbringt und zugleich ein Schleusermerkmal (dazu sogleich c)) aufweist, zum Täter des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG wird, ohne dass es auf die Kontrolle des Haupttatgeschehens (z.B. im Rahmen der Einreisefituation) ankommt. Die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme wird hinsichtlich § 96 Abs. 1 AufenthG daher nur dort bedeutsam, wo ein den Schleuser unterstützender Beteiligter kein Schleusermerkmal verwirklicht und *deshalb* nicht als Täter des Einschleusens in Betracht kommt.²²⁸¹

Hinsichtlich Fällen der sogenannten Durchschleusung, bei denen also die Einreise in das und der Aufenthalt im Bundesgebiet lediglich dazu dient, ein anderes Schleu-

Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 171 f.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 22. Nicht ausreichend ist aber eine bloße Anwesenheit bei der Schleusung BayObLG, Beschl. v. 3.2.2000 – 4St RR 8/00, BeckRS 2000, 31370475.

2278 BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 3 StR III/24, BeckRS 2025, 3577, Rn. 47.

2279 BGH, Urt. v. 15.3.2021 – 5 StR 627/19, BeckRS 2021, 6675, Rn. 25 f.; vgl. auch Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 41.

2280 Missverständnis insoweit BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 36, wenn der BGH ausführt, auf die Tatherrschaft komme es nicht an. Zutreffend ist daran, dass die Tatherrschaft bereits vorliegt, wenn der Täter den Geschehensablauf bezüglich seiner Teilnahmehandlung in den Händen hält und dies von seinem Vorsatz umfasst ist.

2281 Vgl. dazu bereits *Epik*, JR 2025, 534, 536. Siehe näher unten E. V. 1. b) aa) (3).

sungsziel zu erreichen, hat die Rechtsprechung ein Hilfeleisten zur unerlaubten Einreise beziehungsweise zum unerlaubten Aufenthalt im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG angenommen, wenn die Schleusungshandlung jedenfalls auch auf die vorübergehende Einreise in das und den vorübergehenden Aufenthalt im Bundesgebiet gerichtet war.²²⁸² Zugleich hat sie aber klargestellt, dass in der bloßen Unterstützung der *Ausreise* keine Beihilfe zur Fortsetzung eines unerlaubten Aufenthalts liege; sofern nicht mit der Ausreise zugleich die Einreise in einen anderen EU- oder Schengen-Staat gefördert wird (§ 96 Abs. 4 AufenthG), bleibt die Beihilfe zur Ausreise im Blick auf § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG daher straffrei.²²⁸³ Entscheidend für die strafrechtliche Bewertung des Durchschleusens muss schon im Blick auf den Gesetzeswortlaut sein, ob sich die Tathandlung in der Förderung der Ausreise erschöpft oder ob nicht zugleich mindestens auch der vorübergehende Aufenthalt gefördert worden ist; die Unterstützung im Stadium der Vorbereitungen zur Ausreise werden regelmäßig nicht auf die Förderung des fortgesetzten Aufenthalts – auf den auch das Verhalten des Ausländers nicht abzielt²²⁸⁴ – gerichtet sein, sondern gerade die Beendigung des rechtswidrigen Dauerzustands des unerlaubten Aufenthalts bezwecken. Deshalb fehlt es schon an einem Hilfeleisten, jedenfalls aber an einem Vorsatz zur Förderung der Haupttat.²²⁸⁵

Vor dem Hintergrund der Reichweite des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG stellt sich die Frage, ob das zu § 27 StGB entwickelte Konzept normativer Sozialadäquanz auch im Rahmen des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG Anwendung findet. Dabei ist zunächst zu beachten, dass der Tatbestand nur dann verwirklicht ist, wenn ein Schleusermerkmal vorliegt, wobei die Anforderungen je nach Bezugstat unterschiedlich ausgestaltet sind (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG): Nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG kommt sowohl der Erhalt oder das Sichversprechenlassen eines Vorteils (lit. a)) als auch das wiederholte Handeln oder das Handeln zugunsten mehrerer Ausländer (lit. b)) in Betracht. Nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG genügt nur der Erhalt oder das Sichversprechenlassen eines *Vermögensvorteils*. Da ein Handeln

2282 Zu weitgehend BGH NJW 1999, 2827 f.; vgl. dazu die zurecht kritische Anmerkung von Kleczewski, StV 2000, 364 ff.; siehe ferner *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 128 ff. Der BGH hat seine Rechtsprechung später präzisiert, vgl. die Nachweise sogleich.

2283 BGH NSTZ-RR 2002, 23; NJW 2002, 3642, 3643; BGH, Beschl. v. 4.5.2016 – 3 StR 358/15, BeckRS 2016, 12555, Rn. 31, 37; zur Strafbarkeit des Ausschleusens im Lichte des § 96 Abs. 4 AufenthG (§ 92a Abs. 4 AuslG a.F.) BGH NSTZ 2001, 157 f.; vgl. auch *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 159 f.; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 314 f.

2284 Vor diesem Hintergrund soll nach Kleczewski, StV 2000, 364, 365, schon keine taugliche Haupttat mehr vorliegen, wenn der Ausländer Ausreisebemühungen entfaltet. Dann sei das Dauerdelikt beendet und kein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Beihilfe mehr. Allerdings wird die Beendigung des Dauerdelikts nicht von *Ausreisebemühungen* oder der Intention einer Ausreise abhängig gemacht werden können, sondern muss objektiv an das Verlassen des Bundesgebiets angeknüpft werden. Ansonsten käme es zu einem Auseinanderfallen des verwaltungsrechtlich unerlaubten und des strafrechtlich unerlaubten Aufenthalts.

2285 In diese Richtung BGH NSTZ-RR 2001, 23.

zum eigenen (Vermögens-)Vorteil grundsätzlich nicht als normativ sozialadäquat zu qualifizieren ist,²²⁸⁶ bleibt als Anwendungsfall vor allem § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG. Dabei geht es um Fälle der Beihilfe zu einer unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet. Hierbei können wiederum Einreisen unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot aus dem Tatbestand ausgeschieden werden, da diese Personen einem individuellen Einreiseverbot unterliegen, das unter den Voraussetzungen des § 11 AufenthG angeordnet worden ist. Die gesetzliche Wertung, dass eine Person aus bestimmten Gründen für eine bestimmte Zeit nicht mehr in das Bundesgebiet einreisen dürfen soll, führt dazu, dass Unterstützungshandlungen mit deliktischem Sinnbezug nicht als sozialadäquat anzusehen sind. Insbesondere gebietet weder Art. 16a Abs. 1 GG noch die Genfer Flüchtlingskonvention eine abweichende Beurteilung, weil bei Flüchtlingen, die einem Einreise- und Aufenthaltsverbot unterliegen, im Regelfall bereits eine Prüfung ihrer Schutzberechtigung erfolgt ist und die Einreise entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot bewirkt, dass ein möglicher Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt wird.²²⁸⁷

Damit verbleiben Fälle einer schlicht unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet, bei denen der Täter wiederholt oder zugunsten mehrerer Ausländer handelt. Wie zuvor dargelegt, ist dabei zwischen Flüchtlingen und anderen Ausländern zu differenzieren. Die *gezielte* Unterstützung letzterer bei einer unerlaubten Einreise ist unter den zuvor herausgearbeiteten Prämissen weder nach den Wertungen des Verfassungs- noch des Unions- und Völkerrechts als normativ sozialadäquat zu qualifizieren.²²⁸⁸ Insoweit gilt *de lege lata* das Primat staatlicher Souveränität gegenüber Migrationsbestrebungen Nicht-Staatsangehöriger. Anders verhält es sich im Blick auf Flüchtlinge. Hier kommen die bereits oben erläuterten Wertungen der Genfer Flüchtlingskonvention und des Unionsrechts zur Geltung. Wenn nicht mit der hier vertretenen Auffassung bereits die Rechtfertigung der Haupttat angenommen und eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG schon aus diesem Grund verneint wird, müssen humanitär motivierte Unterstützungshandlungen im Blick auf die völker- und unionsrechtlichen Wertungen sowie das Übermaßverbot aus dem Tatbestand ausgeschieden werden.²²⁸⁹

2286 Zur angemessenen Vergütung von Dienstleistungen unten E. V. I. b) aa) (1) (c) (i).

2287 § 30 Abs. 1 Nr. 9 AsylG.

2288 Siehe dazu oben E. II. 5. b) aa) (2). Etwas anderes gilt im Lichte des Kinsa-Urteils nur für minderjährige Familienangehörige, vgl. dazu oben C. III. 2. a) aa).

2289 Dazu bereits oben E. II. 5. b) aa) (1). Im Ergebnis auch Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 38; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 24. In überschießender Interpretation des Kinsa-Urteils auch BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 18a. Dagegen im Kontext des Schleusertatbestandes Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 162 f., der allerdings die verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Dimensionen nicht berücksichtigt.

Daran ändert nichts, dass die Strafbarkeit nach § 96 Abs.1 Satz 1 Nr.1 lit. b) AufenthG an die wiederholte Tatbegehung oder an das Handeln zugunsten mehrerer Ausländer anknüpft. Die humanitäre Unterstützung von Flüchtlingen wird nicht deshalb mit den Wertungen des Verfassungs-, Unions- und Völkerrechts unvereinbar, weil sie zu verschiedenen Gelegenheiten erfolgt oder weil mehr als einer Person Hilfe zu Teil wird. Dies hätte die bedenkliche Konsequenz, dass etwa die Mitnahme einer Flüchtlingsfamilie nach § 96 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG zu bestrafen wäre, während die Mitnahme nur eines Familienmitglieds unter Bezugnahme auf die hier vertretene Lösung zu § 95 Abs.1 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 27 StGB straffrei bliebe.

Die Ausklammerung normativ sozialadäquater humanitärer Hilfe ist im Bereich des § 96 Abs.1 Satz 1 Nr.1 lit. b) AufenthG – im Gegenteil – in noch stärkerem Maße geboten als hinsichtlich der einfachen Beihilfe zur unerlaubten Einreise, weil § 96 Abs.1 Satz 1 AufenthG einen Strafraum von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vorsieht und damit einen erheblichen Sanktionssprung gegenüber der Strafbarkeit wegen einfacher Beihilfe zur unerlaubten Einreise bewirkt, wenn die Hilfeleistung wiederholt oder zugunsten mehrerer Flüchtlinge erfolgt. Damit würden vor allem solche Personen erfasst, deren humanitäre Motivation sie dazu veranlasst, über einen längeren Zeitraum in der Flüchtlingshilfe aktiv zu sein. Die erhöhte Strafdrohung des § 96 Abs.1 Satz 1 AufenthG, die eine Geldstrafe nur in minder schweren Fällen zulässt, ist dabei in besonderem Maße geeignet, hilfsbereite Personen von der Unterstützung abzuhalten. Die Mindestregelstrafdrohung von sechs Monaten Freiheitsstrafe hat nämlich zur Folge, dass eine Verurteilung grundsätzlich in das Führungszeugnis aufzunehmen²²⁹⁰ und für Ausländer eine Einbürgerung in der Zukunft ausgeschlossen ist.²²⁹¹ Für Ausländer folgt aus der bloßen Verwirklichung des Tatbestandes des § 96 AufenthG zudem ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse (§ 54 Abs.2 Nr. 3 AufenthG). Im Falle einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ist sogar ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse gegeben (§ 54 Abs.1 Nr. 1c AufenthG). Beamten droht in diesem Fall der Verlust der Beamtenrechte.²²⁹² Diese Konsequenzen einer strafrechtlichen Verurteilung sind bei der Frage, ob die Strafbarkeit humanitär motivierter Hilfeleistung für Flüchtlinge einen verhältnismäßigen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs.1 GG darstellen kann, zusätzlich zu berücksichtigen und führen dazu, dass das hinsichtlich § 95 Abs.1 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 27

2290 Vgl. § 32 Abs.2 Nr.5 BZRG: Unberücksichtigt bleiben nur Verurteilungen, durch die auf Geldstrafe von nicht mehr als neunzig Tagessätzen oder Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Monaten erkannt worden ist.

2291 Vgl. § 12a Abs.1 Nr.2 und 3 StAG, wonach nur Verurteilungen zu Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen und Verurteilungen zu Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten, die zur Bewährung ausgesetzt und nach Ablauf der Bewährungszeit erlassen worden sind, bei der Einbürgerung außer Betracht bleiben.

2292 § 41 Abs.1 Nr.1 BBG; § 24 Abs.1 Nr.1 BeamtStG.

StGB herausgearbeitete Ergebnis trotz der gesetzgeberischen Entscheidung, wiederholte Hilfeleistungen oder solche zugunsten mehrerer Ausländer explizit unter Strafe zu stellen, auch auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG übertragen werden muss. Das Übermaßverbot steht der Strafbarkeit humanitär motivierter Hilfeleistung zugunsten von Flüchtlingen daher entgegen. Es überzeugt deshalb nicht, wenn der Bundesgerichtshof die Frage einer humanitären Tatmotivation in den Fällen der nicht-vorteilsmotivierten Tatbegehungsvariante allein als Problem der Strafzumessung beziehungsweise der Strafaussetzung zur Bewährung begreift.²²⁹³

Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen. Dieser hat zwar mit der weiten Tatbestandsfassung nicht selbst dafür Sorge getragen, humanitär motiviertes Handeln sicher aus dem Tatbestand auszuschließen. Die Gesetzesbegründung lässt auch nicht zweifelsfrei erkennen, weshalb sich der Gesetzgeber bei der Neufassung des „Schleusertatbestandes“ im Ausländergesetz 1990 für eine Ausweitung der Strafbarkeit auch auf Fälle wiederholten Handelns oder des Handelns zugunsten von seinerzeit mindestens fünf Ausländern entschieden hat. Überwiegend wird die Ausweitung aber mit einem Bestreben nach Beweiserleichterung begründet, teilweise wird darauf abgestellt, es sei dem Gesetzgeber darum gegangen, die besondere Gefährlichkeit der Schleusung zu erfassen.²²⁹⁴ Jedenfalls aber kann es dem Gesetzgeber nicht darauf angekommen sein, gezielt humanitäre Hilfe, der eine besondere Gefährlichkeit schon der Zielrichtung und Intention nach nicht innewohnt, zu kriminalisieren.

Die Ausklammerung humanitärer Hilfe für Flüchtlinge aus dem Tatbestand bewirkte auch keine unions- oder völkerrechtswidrigen Konsequenzen. Das Unionsrecht fordert nämlich gerade keine Kriminalisierung humanitär motivierter Handlungen und auch dem Schleuserprotokoll der Palermo-Konvention ist aufgrund seiner Zielsetzung, organisierte Schleuserkriminalität zu bekämpfen, keine Pönalisierungspflicht bezüglich humanitärer Hilfe zu entnehmen.²²⁹⁵

(c) Schleusermerkmal

Eine Strafbarkeit gemäß § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG kommt nur in Betracht, wenn zugleich eines der dort aufgeführten Schleusermerkmale verwirklicht ist. Wie dargelegt, kommen als Schleusermerkmale je nach Tatbestandsvariante des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG entweder der Erhalt oder das Sichversprechenlassen eines Vermögensvorteils (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG), eines Vorteils (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG) oder aber das wiederholte Handeln beziehungsweise das

2293 BGH NJW 2015, 2276, 2277.

2294 Vgl. dazu oben A. II. 4. a).

2295 Dazu bereits oben C. V.

Handeln zugunsten von mehreren Ausländern (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG) in Betracht.

(i) Vermögensvorteil

Ein Vermögensvorteil im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG ist – insofern übereinstimmend mit der Begriffsbestimmung des Strafgesetzbuchs²²⁹⁶ – immer dann gegeben, wenn sich die Vermögenslage des Täters günstiger gestaltet.²²⁹⁷ Dies kann sowohl durch Vermögensmehrung als auch durch Befreiung von einer Verbindlichkeit oder die Abwehr von Ansprüchen erfolgen.²²⁹⁸ Die lediglich kostendeckende Begleichung der Schleusungskosten stellt dagegen keinen Vermögensvorteil dar.²²⁹⁹ Auch die Erbringung von Dienstleistungen oder die Vermietung von Unterkünften zum marktüblichen Entgelt begründen bei saldierender Betrachtung keinen Vermögensvorteil.²³⁰⁰ Anders ist dies bei disproportionalen Gegenleistungen.²³⁰¹

Nach dem Wortlaut des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG muss der Täter den Vorteil selbst erhalten beziehungsweise sich versprechen lassen; eine Drittbereicherung genügt insoweit nicht.²³⁰² Deshalb begründet es auch keinen Vermögensvorteil, wenn

2296 Vgl. etwa zu § 263 Abs. 1 StGB MK-StGB/Hefendehl, 5. Aufl. 2025, § 263 Rn. 1286; zur Parallelführung GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 42.

2297 St. Rspr. BGH NStZ 2018, 477; BGH, Urt. v. 10.8.2022 – 6 StR 519/21, BeckRS 2022, 22752, Rn. 23; BGH NStZ 2024, 745. Zu Provisionen im Rahmen des sog. „Hawala-Bankings“ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 3 StR 111/24, BeckRS 2025, 3577, Rn. 44.

2298 Vgl. MK-StGB/Hefendehl, 5. Aufl. 2025, § 263 Rn. 1286; zur Abwehr von Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen vgl. BGH NJW 1997, 750.

2299 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 130; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 276; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 25; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 332.

2300 Die hier vertretene Position entspricht der Auslegung des Vermögensvorteils beim Betrug, der als Spiegelbild des Vermögensschadens betrachtet wird, für dessen Bewertung auf eine entsprechende saldierende Betrachtung abzustellen ist, vgl. zum Ganzen MK-StGB/Hefendehl, 5. Aufl. 2025, § 263 Rn. 816 ff. i.V.m. Rn. 1285; vgl. wie hier GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 27; siehe auch NK-Ausländerrecht/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 96 AufenthG Rn. 49; zu § 84 AsylG auch Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 75; anders wohl BGH NJW 1990, 2207, 2208. Der BGH ließ hier die Würdigung des Tatgerichts, der Täter habe durch die Mieteinnahmen einen Vermögensvorteil erlangt, unbeanstandet. Nähere Informationen zur Höhe und Angemessenheit dieses Mietzins finden sich jedoch nicht. Diese Auslegung hätte jedoch zur Folge, dass normativ sozialadäquate Verhaltensweisen tatbestandlich erfasst würden (dazu oben E. II. 5. a) bb) und b)). Zu vermeiden wäre dies dann nur, indem auch in diesem Sinne vorteilsmotivierte Unterstützungshandlungen noch als normativ sozialadäquat angesehen würden. Das Kriterium wäre dann die Angemessenheit der Vergütung.

2301 Weiter offenbar *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 19 („lukrative Taxifahrt, die sonst nicht stattgefunden hätte“); *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 169, der bei einer üblichen Entlohnung für eine berufliche Tätigkeit aber den finalen Zusammenhang zwischen der Schleusungshandlung und dem Vermögensvorteil verneinen will; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 301 ff., der primär den Vorsatz bei Massengeschäften des täglichen Lebens verneint.

2302 BGH NStZ 2018, 477; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 25.

einer Person, die keine Mittel zur Begleichung der Schleuserkosten hat, im Gegenzug für ihre Mitwirkung an Schleusungshandlungen einer Schleuserorganisation zugesagt wird, dass ihre Angehörigen durch diese Schleuserorganisation kostenlos geschleust würden. Denn es besteht keine rechtliche Verpflichtung zur Begleichung der Schleuserkosten von Angehörigen, sodass die Befreiung der Angehörigen von ihren Verbindlichkeiten gegenüber der Schleuserorganisation im Gegenzug für die Unterstützungsleistungen keinen eigenen Vermögensvorteil für die an Schleusungshandlungen mitwirkende Person begründet.²³⁰³ Möglich bleibt in diesen Fällen allerdings eine Beihilfe zum Einschleusen von Ausländern nach § 96 Abs.1 Satz 1 AufenthG i.V.m. § 27 StGB.

Aus dem Wortlaut der Vorschrift („dafür“) ergibt sich schließlich auch, dass der Täter den Vermögensvorteil gerade *für* die Schleusungshandlung erhalten muss, also eine kausale und finale Verknüpfung zwischen Schleusungshandlung und (versprochenem) Vermögensvorteil bestehen muss.²³⁰⁴ Eine erst nachträglich erfolgende Vermögenszuwendung als Dank für die Unterstützung begründet das Schleusermerkmal demnach nicht; dies schon deshalb, weil der Unterstützer in derartigen Fällen zum Zeitpunkt der Unterstützungshandlung keinen Vorsatz im Blick auf die Gewährung eines Vermögensvorteils aufgewiesen haben wird.²³⁰⁵

Schwierigkeiten bereitet freilich die Frage, wie eng der Bezug zwischen Schleusungshandlung und Vermögensvorteil sein muss. Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs geht in einem weitreichenden Beschluss aus dem Jahr 2024 davon aus, dass der Vermögensvorteil weder unmittelbar aus der Schleusung folgen, noch der Täter den Vermögensvorteil von der geschleusten Person erhalten oder versprochen bekommen müsse.²³⁰⁶ Das Gesetz setze lediglich voraus, dass der Vermögensvorteil *für* die Schleusung gewährt oder versprochen werde – und umgekehrt sich die Schleusung als Mittel zur Erlangung des Vermögensvorteils darstelle.²³⁰⁷ Deshalb könnten auch mittelbare Vermögensvorteile, wie die Nichtabführung von Sozialabgaben und die Nichtanmeldung von Lohnsteuer für die Arbeitstätigkeit einer eingeschleusten Person im Inland, das Schleusermerkmal erfüllen, weil die Schleusung letztlich notwen-

2303 BGH NStZ 2018, 477; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 25; dagegen Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 48, 51.

2304 BGH NJW 1989, 1435, 1436; 2000, 1732, 1735; BGH, Urt. v. 17.8.2022 – 2 StR 231/21, BeckRS 2022, 28806, Rn. 26; BGH NStZ 2024, 745 f.; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 20; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 130 f.; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 169; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 277; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 53; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 333.

2305 Vgl. auch *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 277.

2306 BGH NStZ 2024, 745, 746; so im Ausgangspunkt schon BGH NJW 1989, 1435, 1436. Offengelassen dagegen von BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. 11.

2307 BGH NStZ 2024, 745, 746.

diges Mittel zur Gewinnerzielung im Wege der Nichtabführung von Sozialabgaben beziehungsweise Nichtanmeldung von Lohnsteuer sei.²³⁰⁸

Überzeugend ist dabei lediglich der Ausgangspunkt, wonach der Vermögensvorteil nicht zwingend durch die geschleuste Person versprochen oder gewährt werden muss, sondern auch der Erhalt eines Vermögensvorteils von Dritten oder das Versprechen eines solchen durch Dritte in Betracht kommt.²³⁰⁹ Indem der Bundesgerichtshof nunmehr aber auch die Ersparnis durch Nichtabführung von Abgaben oder Steuern durch den Schleuser selbst unter den Tatbestand subsumiert, erweitert er den Anwendungsbereich der Strafvorschrift ganz erheblich und über den Gesetzeswortlaut hinaus. Der vollständige Tatbestand des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG lautet nämlich: „Wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet, eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nummer 1 oder Nummer 2, Absatz 1a oder Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe b oder Nummer 2 zu begehen[,] und dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt [...]“ § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ist analog strukturiert. Schon die Alternativen „erhält“ oder „sich versprechen lässt“ verdeutlichen, dass der Vermögensvorteil nach dem Tatbestand entweder durch die geschleuste Person oder durch Dritte dem Schleuser gewährt oder diesem versprochen werden muss. Denn „erhalten“ kann niemand von sich selbst. Dies folgt schon aus der gewöhnlichen Wortbedeutung, nach der „erhalten“ meint, dass jemand „mit etwas bedacht“ oder „versehen“ wird, etwas „empfängt“ oder „bekommt“ oder jemandem etwas „zuteilwird“.²³¹⁰ Erhalten darf daher nicht mit „erlangen“ gleichgesetzt werden, wie es der Bundesgerichtshof freilich an verschiedenen Stellen im Beschluss tut.²³¹¹ Hinzu kommt, dass nach dem klaren Wortlaut der Schleuser den Vermögensvorteil *für* und nicht *durch* die Schleusung erhalten muss. Dies spricht dagegen, die Ersparnis von Sozialabgaben und Steuern, die auf einem separaten deliktischen Handeln, nämlich der Veruntreuung von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) und Steuerhinterziehung (§ 370 AO) *durch den Schleuser* selbst beruht, als Vermögensvorteil im Sinne der Vorschrift anzusehen. Denn darin liegt eher ein „sich verschaffen“ *durch* die neue Straftat nach § 266a StGB oder § 370 AO als ein „erhalten“ oder „sich versprechen lassen“ *für* die Schleusung.²³¹²

2308 BGH NSTZ 2024, 745, 746 f.; so auch schon *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 159; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 226 f.; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 53.

2309 So schon BGH NJW 1989, 1435, 1436; siehe auch BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. II; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 25; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 28.

2310 Vgl. [www.duden.de](https://www.duden.de/rechtschreibung/erhalten), Eintrag „erhalten“, abrufbar unter: <<https://www.duden.de/rechtschreibung/erhalten>>.

2311 BGH NSTZ 2024, 745, 746 und 747; zurecht kritisch *Mitsch*, NSTZ 2024, 748, 749; ebenfalls kritisch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 12a.

2312 Vgl. wie hier *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 12a; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 24; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 163; *Mitsch*, NSTZ

Gegen die Position des Bundesgerichtshofs spricht darüber hinaus, dass § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG andernfalls in *jedem Fall* der Beschäftigung papierloser Arbeitnehmer verwirklicht wäre, weil schon aufgrund ihrer Papierlosigkeit eine Anmeldung bei der Sozialversicherung nicht möglich ist und entsprechende Abgaben daher schon rein tatsächlich nicht abgeführt werden können.²³¹³ Dies wird der gesetzlichen Differenzierung zwischen der schlichten Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt einerseits und der Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern andererseits nicht gerecht und steht auch in einem Widerspruch zu den Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung, die eine Strafbarkeit von Arbeitgebern bei Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel nur vorsehen, wenn die in §§ 10 bis 11 SchwarzArbG genannten qualifizierenden Voraussetzungen erfüllt sind, also eine Beschäftigung zu ungünstigen Arbeitsbedingungen erfolgt, dabei Opfer von Menschenhandel ausgenutzt werden, gleichzeitig mehr als fünf Ausländer beschäftigt werden, das Verhalten beharrlich wiederholt wird oder eine Person unter 18 Jahren beschäftigt wird.

Soweit der Bundesgerichtshof argumentiert, dass die Einbeziehung ersparter Sozialabgaben und Steuern eine konsequente Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechungslinie sei, wonach ein kausaler und finaler Zusammenhang auch bestehe, wenn sich ein Schleuser aus der Prostitutionstätigkeit einer zum Zwecke der Prostitution eingeschleusten Person habe entlohnen lassen,²³¹⁴ überzeugt dies nicht. In diesen Fällen liegt nämlich ein klassisches transaktionales Verhältnis vor, bei dem der Schleuser *für* die Schleusung im Anschluss eine Entlohnung unmittelbar von der geschleusten Person erhält, die freilich noch erwirtschaftet werden muss.²³¹⁵ Insoweit wird oftmals bereits ein Vermögensvorteil im Vorfeld der Schleusung „versprochen“ worden sein, aber selbst wenn dies nicht der Fall ist, „erhält“ der Schleuser den Vermögensvorteil eben nicht durch die Begehung einer eigenen separaten Straftat, sondern von einem anderen.

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs ergibt sich aus dem Unionsrecht nichts anderes. Zwar fordert Art. 1 Abs. 1 lit. a) RL 2002/90/EG eine Pönalisierung der Hilfeleistung zum unerlaubten Aufenthalt „zu Gewinnzwecken“; zugleich steht aber auch Art. 1 Abs. 1 lit. a) RL 2002/90/EG einer Auslegung nicht entgegen, die mittelbare Gewinne aus dem Bereich des § 96 AufenthG ausklammert, zumal eine

2024, 748; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 30. Ebenfalls kritisch BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 26.

2313 Dass in der Beschäftigung von Personen, die sich unerlaubt im Bundesgebiet aufhalten, ein Hilfeleisten im Sinne des Tatbestands vorliegt, ist bereits höchstrichterlich entschieden worden. BGH NStZ 2005, 407; BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24, BeckRS 2024, 25575, Rn. II; BayObLG, Beschl. v. 20.12.2004 – 4 St RR 184/04, BeckRS 2005, 2420. Siehe auch Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 149 f.

2314 BGH NStZ 2024, 745, 746.

2315 Vgl. etwa die Fallgestaltungen in BGH NJW 2000, 1732; BGH, Urt. v. 17.8.2022 – 2 StR 231/21, BeckRS 2022, 28806.

Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 27 StGB verbliebe und Art. 1 RB 2002/946/JI keine Mindesthöchststrafe vorgibt, wenn keine qualifizierenden Voraussetzungen erfüllt sind.

Vor diesem Hintergrund sprechen die besseren Argumente dafür, dass der „Vermögensvorteil“ im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder 3 AufenthG stets ein kausal und final durch einen anderen dem Schleuser gewährter oder versprochener Vermögensvorteil sein muss. Dies schließt es nicht aus, an die Zurverfügungstellung der eigenen Arbeitskraft durch Geschleuste anzuknüpfen, wenn diese einen Lohn erhalten, der unterhalb des für diese Tätigkeiten eigentlich geschuldeten Lohnes liegt. Die durch eine neue deliktische Handlung ersparten Abgaben und Steuern fallen jedoch nicht darunter.²³¹⁶

(ii) Vorteil

§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG lässt in Fällen der Anstiftung oder Hilfeleistung zu einer unerlaubten Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG bereits ausreichen, dass der Schleuser einen *Vorteil* erhält oder sich versprechen lässt. Diese Tatbestandsfassung geht auf das *Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union* vom 19. August 2007²³¹⁷ zurück, mit dem der Gesetzgeber bezüglich der Anstiftung oder Beihilfe zur unerlaubten Einreise auf das Erfordernis eines Vermögensvorteils verzichtet und die Erlangung jedes Vorteils hat ausreichen lassen. Damit sollte ein Gleichlauf zu den Bestechungsdelikten der §§ 331 ff. StGB hergestellt werden. Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft insbesondere die Duldung sexueller Handlungen oder den Geschlechtsverkehr als Gegenleistung.²³¹⁸ Die Gesetzesbegründung legt eine Orientierung an §§ 331 ff. StGB auch bei der Auslegung nahe.²³¹⁹ Ein Vorteil im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG besteht daher in jeder materiellen oder immateriellen Gegenleistung, die den Täter wirtschaftlich, rechtlich oder auch nur persönlich objektiv besser stellt.²³²⁰ Daher wären auch Vorteile wie gewichtige Ehrungen oder Ehrenämter vom Wortlaut der Vorschrift erfasst, solange sie nicht nur das persönliche Geltungsbedürfnis und den Ehrgeiz befriedigen.²³²¹ Dies führte allerdings gerade im Blick auf die vom Gesetzgeber nicht intendierte potenzielle

²³¹⁶ Übereinstimmend GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 42, 45.

²³¹⁷ Dazu näher oben A. II. 6. a).

²³¹⁸ BT-Drs. 16/5065, S. 199.

²³¹⁹ Vgl. GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 19; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 331. Kritisch gegenüber dieser Parallelisierung Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 179 ff.

²³²⁰ Vgl. zu § 331 StGB MK-StGB/Korte, 4. Aufl. 2022, § 331 Rn. 82; zu § 96 AufenthG MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 18.

²³²¹ Vgl. zu § 331 StGB MK-StGB/Korte, 4. Aufl. 2022, § 331 Rn. 92; zu § 96 AufenthG MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 18.

Erfassung humanitärer Fluchthelfer zu weit, weshalb immaterielle Vorteile in Übereinstimmung mit der Gesetzesbegründung auf Gegenleistungen beschränkt bleiben sollten, die Surrogatscharakter gegenüber materiellen Entlohnungen aufweisen.²³²² Nicht ausreichen können ferner allein intrinsische Vorteile, wie Freude und Glück über eine gelungene Schleusung.²³²³ Der Vorteil muss vielmehr vom Geschleusten oder einer dritten Person für die Schleusung gewährt oder versprochen werden. Dies folgt schon aus der zuvor zum Vermögensvorteil vertretenen engen Auslegung der Merkmale „dafür erhält“ und „dafür versprechen lässt“. Auch hinsichtlich des „Vorteils“ gilt zudem, dass eine saldierende Betrachtung erforderlich ist; eine bloß kostendeckende „Entlohnung“ kann keinen Vorteil begründen.²³²⁴

(iii) Wiederholt oder zugunsten mehrerer Ausländer

Nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG ist in Fällen der Anstiftung oder Hilfeleistung zu einer unerlaubten Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG eine Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern auch dann anzunehmen, wenn die Anstiftung oder Hilfeleistung *wiederholt* oder zugunsten von *mehreren* Ausländern erfolgt.

Ein wiederholtes Handeln setzt die mindestens zweimalige Anstiftung oder Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise voraus.²³²⁵ Weil § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG dabei an die Wiederholung der Anstiftung oder Hilfeleistung, nicht aber an die Verwirklichung des Tatbestandes des § 96 Abs. 1 AufenthG anknüpft, ist ein wiederholtes Handeln auch anzunehmen, wenn die erste Anstiftung oder Hilfeleistung nicht nach § 96 Abs. 1 AufenthG, sondern als Anstiftung oder Beihilfe zur unerlaubten Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG i.V.m. § 26 oder § 27 StGB strafbar gewesen ist.²³²⁶ Einer vorangegangenen Ahndung der ersten Anstiftung oder Beihilfe bedarf es nicht, sie muss aber im Strafverfahren wegen Einschleusens prozessordnungsgemäß festgestellt werden.²³²⁷ Die wiederholte Begehung einer bereits beim Erstverstoß strafbaren Anstiftung oder Beihilfe dient dem Gesetzgeber nämlich als Indiz für eine nicht-humanitäre Tatmotivation. Insofern liegt der Fall

2322 Noch enger *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 183.

2323 Vgl. zu § 331 StGB MK-StGB/*Korte*, 4. Aufl. 2022, § 331 Rn. 89, 92 m.w.N.; NK-StGB/*Kuhlen/Zimmermann*, 6. Aufl. 2023, § 331 Rn. 27.

2324 Vgl. *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 277.

2325 Vgl. *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 170; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 33.

2326 BGH NJW 1999, 2829; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 22; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 278; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 342; kritisch gegenüber dieser gesetzgeberischen Entscheidung *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 200 f., die allerdings die Entstehungsgeschichte der Norm insoweit nicht hinreichend berücksichtigt.

2327 BGH NJW 1999, 2829; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 19; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 33.

hier anders als beim wiederholten Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung, die für sich genommen kein strafbares Unrecht begründet.²³²⁸

Wie eng der zeitliche Zusammenhang zwischen Erst- und Wiederholungstat sein muss, ist umstritten, wobei teilweise an die Tilgungsreife nach §§ 46, 51 Abs. 1 BZRG angeknüpft wird,²³²⁹ teilweise aber eine Einschränkung auch gänzlich abgelehnt wird.²³³⁰ Soll die Tatwiederholung eine Professionalisierung reflektieren, sprechen die besseren Argumente freilich für eine zeitliche Eingrenzung, wobei § 51 Abs. 1 BZRG bestimmt, dass bei eingetretener Tilgungsreife „die Tat und die Verurteilung der betroffenen Person im Rechtsverkehr nicht mehr vorgehalten und nicht zu ihrem Nachteil verwertet werden“ dürfen, und damit einen geeigneten normativen Anknüpfungspunkt bietet.²³³¹ Ist tatsächlich keine Bestrafung erfolgt, müsste eine hypothetische Betrachtung erfolgen. Angesichts der Funktion des Tatbestandsmerkmals ließe sich auch das Abstellen auf einen engeren zeitlichen Zusammenhang begründen, da nach § 46 Abs. 1 Nr. 1 BZRG die Tilgungsfrist mindestens fünf Jahre beträgt (Nr. 1), vielfach aber auch zehn (Nr. 2) oder fünfzehn Jahre (Nr. 4) betragen kann und Zeitabstände dieser Länge kaum geeignet sind, eine Professionalisierung zu indizieren.²³³² In Betracht käme etwa ein Abstellen auf die für § 95 Abs. 1 AufenthG geltende Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB).²³³³ Doch auch dieser Zeitabstand scheint wenig geeignet, professionelle Schleusungen von vereinzelt bleibenden, nicht verknüpften (humanitären) Unterstützungshandlungen abzugrenzen. Deshalb sollte der weit gefasste Wortlaut („wiederholt“) teleologisch durch Rückgriff auf eine Gesamtwürdigung der Umstände eingeschränkt werden, wobei die Tilgungsreife die äußere zeitliche Grenze bildet.²³³⁴ Eine solche Gesamtwürdigung – zumal zur täterbegünstigenden Eingrenzung des Tatbestandes – ist dem Strafrecht nicht fremd.²³³⁵ Indizieren die Gesamtumstände daher, dass keine Verknüpfung der einzelnen Taten im Sinne einer Professionalisierung besteht, spricht dies gegen die Annahme des Schleusermerkmals – der Wortlaut wird insoweit teleologisch reduziert.

2328 Dazu oben E. III. 1. a) gg). Dies übersieht *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 206 f.

2329 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 23; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 132 f.; *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 278; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 19; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 35; wohl auch *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 343 f. Für § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG a.F. auf hypothetische Tilgungsreife abstellend OLG Hamm NStZ 2015, 528 f.

2330 Vgl. *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 171.

2331 So auch *El-Ghazi*, ZfL 2020, 265, 278.

2332 Vgl. dazu kritisch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 202 f.

2333 *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 203, will danach differenzieren, ob eine strafrechtliche Ahndung erfolgt ist (dann Tilgungsfristen nach BZRG) oder nicht (dann Verjährungsfrist).

2334 Zu § 84 AsylG vgl. Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafßner*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 79: „äußerste Grenze für die Vorwerfbarkeit“.

2335 Zu denken ist etwa an die Auslegung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe oder an die Kriterien zur Bestimmung eines minder schweren Falles im Rahmen der Strafzumessung.

Auf diese Weise lassen sich auch Fälle ausscheiden, bei denen sich die Wiederholung der Schleusungshandlung auf dieselbe geschleuste Person bezieht, etwa nach einer Abschiebung. Insbesondere in Fällen, in denen ein familiäres oder sonstiges Näheverhältnis besteht, indiziert die Wiederholung der Schleusungshandlung zugunsten derselben Person keine Professionalisierung und sollte daher – im Einklang mit dem Unions- und Völkerrecht – auch nicht unter § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG subsumiert werden. Die Wiederholung der Unterstützungshandlung zugunsten derselben Person bei wiederholten Ersteinreiseversuchen, also in Fällen, in denen die Einreise nicht gelungen und die unerlaubte Einreise daher nicht vollendet worden ist, ist bereits nach dem Wortlaut des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG nicht vom Tatbestand erfasst, da die versuchte unerlaubte Einreise (§ 95 Abs. 3 AufenthG) nach dem Wortlaut keine taugliche Anknüpfungstat bildet²³³⁶ und daher ein wiederholtes Handeln nicht anzunehmen ist.

Das Handeln zugunsten von *mehreren* Ausländern ist bereits dann anzunehmen, wenn zugunsten von mindestens zwei Personen gehandelt wird, also mindestens zwei Personen angestiftet werden oder ihnen Hilfe geleistet wird.²³³⁷ Dieses vom Wortlaut gedeckte Auslegungsergebnis folgt aus der Gesetzeshistorie.²³³⁸ So hatte der Gesetzgeber zunächst das Handeln zugunsten von mehr als fünf Ausländern unter Strafe gestellt, später erwogen, das Handeln zugunsten von mindestens drei Ausländern ausreichen zu lassen, und schließlich den Begriff „mehrere“ in den Tatbestand aufgenommen. Hätte es der Gesetzgeber bei einer höheren Mindestzahl belassen wollen, hätte es näher gelegen, diese in den Tatbestand aufzunehmen. Teilweise wurde zur alten Gesetzesfassung vertreten, es reiche für die Annahme des Handelns zugunsten „mehrerer Ausländer“, dass einer von ihnen handlungsfähig gewesen sei und den Tatbestand der unerlaubten Einreise vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht habe.²³³⁹ Gegen diese Position sprach schon nach der früheren Rechtslage die limitiert-akzessorische Ausgestaltung des § 96 Abs. 1 AufenthG a.F., für die sich der Gesetzgeber bewusst entschieden hat. Denn aus ihr konnte geschlussfolgert werden, dass der Gesetzgeber die Beteiligung an wiederholtem und kumuliertem Unrecht unter die erhöhte Strafandrohung des § 96 Abs. 1 AufenthG a.F. gestellt hatte. Bei Fehlen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat liegt in der Unterstützung durch den Schleuser aber keine Förderung vorsätzlich und rechtswidrig verwirk-

2336 Siehe dazu oben E. V. 1. b) aa) (1) (a); wie hier auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 199.

2337 BGH NSTZ 2004, 45; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 19; *Schott*, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 334 f. Dagegen meint *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 215 f., der Begriff sei unklar und verstoße möglicherweise gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Das ist offenkundig nicht der Fall, da die Bedeutung durch Auslegung ohne Weiteres ermittelt werden kann; dies zeigt schon ein Vergleich mit § 25 Abs. 2 StGB, nach dem Mittäterschaft die Begehung der Straftat durch „mehrere“ gemeinschaftlich voraussetzt, worauf *Trinh* auch selbst verweist.

2338 Zu dieser vgl. A. II. 3. c) cc), 4. e) und 6. a).

2339 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 81; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 19.

lichten Unrechts. Dementsprechend ist für die Annahme des Handelns zugunsten „mehrerer“ Ausländer Voraussetzung, dass mindestens zwei Ausländer bei ihren vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttaten unterstützt worden sind.²³⁴⁰ Nach der Neufassung des § 96 Abs. 1 AufenthG folgt dieses Ergebnis aus einem Umkehrschluss aus § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, welcher das Handeln zugunsten eines nicht vorsätzlich handelnden Ausländers unter dieselbe Strafdrohung stellt und damit letztlich verdeutlicht, dass § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG nur das Handeln zugunsten mehrerer *handlungsfähiger* Ausländer erfasst.

Das Merkmal ist in besonderer Weise geeignet, auch nicht professionell agierende – humanitäre – Unterstützer zu erfassen, etwa wenn sie einer Familie mit mehreren Familienmitgliedern helfen. Selbst die Unterstützung der eigenen Familienangehörigen unterfällt diesem Schleusermerkmal, bei gleichzeitig fehlendem Angehörigenprivileg nach Vorbild des § 84 Abs. 5 AsylG. So unterliefe die dem *Kinsa*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs²³⁴¹ zugrunde liegende Konstellation einer Frau, die ihre Tochter und ihre Nichte qua Mitnahme bei der eigenen unerlaubten Einreise wiederum bei deren unerlaubter Einreise unterstützt hatte, tatbestandlich § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) Var. 2 AufenthG (gegebenenfalls i.V.m. § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG),²³⁴² sofern nicht im Lichte von Art. 6 Abs. 1 bis 3 GG davon ausgegangen wird, dass die Unterstützung enger Familienangehöriger *notwendiger* Teil der eigenen unerlaubten Einreise und daher nach den Grundsätzen der notwendigen Teilnahme nicht tatbestandsmäßig ist.²³⁴³ Eine solch enge Auslegung des Schleusermerkmals ist angesichts der Gesetzeshistorie kaum möglich, weshalb diese Fälle unter Rückgriff auf das Kriterium normativer Sozialadäquanz ausgeschieden werden müssen. Dies ist wiederum unionsrechtlich geboten, da der Europäische Gerichtshof in seinem *Kinsa*-Urteil klar formuliert hat, dass eine Strafbewehrung entsprechender Unterstützungs-handlungen zugunsten von Familienangehörigen mit den Unionsgrundrechten nicht in Einklang zu bringen und daher unionsrechtswidrig wäre.²³⁴⁴

2340 So im Ergebnis auch BGH NJW 2018, 3658, 3660; schon auf Grundlage des § 92a Abs. 1 Nr. 2 AuslG a.F. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 158 f., gegen eine dort zitierte, unveröffentlichte Entscheidung des OLG Dresden; ferner *Ullrich*, Reformüberlegungen zum deutschen Schleusungsstrafrecht. Ein Rechtsvergleich zum U.S.-amerikanischen Recht, 2021, 103 ff.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßmer*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 31.

2341 Vgl. dazu oben C. III. 2. a) aa).

2342 So auch die Stellungnahme des Bundesrates zum Rückführungsverbesserungsgesetz, BT-Drs. 20/9642, S. 9.

2343 Zur Reichweite der notwendigen Teilnahme im Kontext des § 96 AufenthG siehe unten E. V. 1. b) aa) (3).

2344 Dazu näher oben C. III. 2. a) aa).

(d) Subjektiver Tatbestand

Im subjektiven Tatbestand setzt § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG voraus, dass der Täter sowohl hinsichtlich der vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 AufenthG vorsätzlich handelt als auch hinsichtlich der eigenen Anstiftung oder Hilfeleistung sowie im Blick auf das Schleusermerkmal.²³⁴⁵ Dabei ist vorsätzliches Handeln bereits dann gegeben, wenn der Täter erkennt, dass seine Hilfeleistung zur Förderung der Bezugstat geeignet ist.²³⁴⁶

(2) § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG

Der mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz eingefügte § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG durchbricht die limitierte Akzessorietät des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG partiell, nämlich im Blick auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG. Dabei ist die Formulierung missglückt, weil aus dem Gesetzeswortlaut („Ebenso wird bestraft, wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche rechtswidrige Tat im Sinne des Satzes 1 Nummer 1 oder Nummer 2 begangen hat.“) ohne Kenntnis der Gesetzgebungshistorie und des Regelungskontextes nicht ohne Weiteres destilliert werden kann, dass lediglich Vorsatz und Rechtswidrigkeit bezüglich der – ansonsten weiterhin erforderlichen – „Haupttat“ nicht vorliegen müssen, sehr wohl aber ein objektiv tatbestandsmäßiges Verhalten sowie die weiteren Voraussetzungen des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG.²³⁴⁷ Bezüglich § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG bleibt es bei der limitierten Akzessorietät.

Dementsprechend genügt für eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, dass die geschleuste Person den objektiven Tatbestand der von § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG in Bezug genommenen Tatbestände verwirklicht hat. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber erreichen, dass insbesondere das Einschleusen handlungsunfähiger Personen dem Tatbestand des § 96 Abs. 1 AufenthG unterfällt.²³⁴⁸ Teilweise wurde die zuvor bestehende Strafbarkeitslücke in der Literatur auch als völkerrechtswidrig kritisiert, weil das Schleuserprotokoll der Palermo-Konvention nicht an vorsätzliche und rechtswidrige Haupttaten anknüpfe, sondern lediglich eine unerlaubte Einreise verlange.²³⁴⁹

2345 Vgl. GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 8; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 26.

2346 BGH NStZ 2007, 289, 290.

2347 Zurecht kritisch im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG Bergmann, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 96 AufenthG Rn. 16; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 9.

2348 BT-Drs. 20/9463, S. 52 f.

2349 Vgl. Pintaske, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht, 2014, 311.

Dass der Gesetzgeber sein Ziel erreicht hat, wird teilweise in Frage gestellt, weil § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG nach wie vor an eine „Handlung“ des angestifteten oder unterstützten Ausländers anknüpfen – und zwar eine Handlung „nach“ § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG) oder aber eine Handlung „nach“ § 95 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2, Abs. 1a oder Abs. 2 Nr. 1 lit. b) oder Nr. 2 AufenthG (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG). Es stellt sich daher die Frage, ob Handlungsunfähige überhaupt eine Handlung in diesem Sinne begehen können.²³⁵⁰ Tatsächlich dürfte dies zu verneinen sein, da trotz des migrationsverwaltungsrechtlichen Kontextes nicht unter Umgehung des Gesetzeswortlauts darauf abgestellt werden kann, dass lediglich eine unerlaubte Einreise oder ein unerlaubter Aufenthalt im migrationsverwaltungsrechtlichen Sinn vorliegen muss. Vielmehr verlangen die von § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG in Bezug genommenen *Straftatbestände* jeweils eine Handlung im *strafrechtlichen* Sinne, die durch Handlungsunfähige aber gerade nicht vorgenommen werden kann. Kleinkinder und Bewusstlose begehen daher keine taugliche „Anknüpfungshandlung“ im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 oder 2 i.V.m. Satz 2 AufenthG.²³⁵¹ Lediglich Anknüpfungstaten vorsatzlos handelnder, aber handlungsfähiger Personen können folglich taugliche Bezugstaten des § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG sein. Insbesondere das Einschleusen von Kleinkindern bleibt daher tatbestandslos, während an die Handlungen *vorsatzlos* handelnder, aber handlungsfähiger älterer Kinder angeknüpft werden kann.

Die Konsequenzen des § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG gehen freilich weit über die Einbeziehung der Schleusung vorsatzlos handelnder Personen hinaus. Dadurch, dass auch gerechtfertigtes Handeln tauglicher Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ist, kann die Straflosigkeit der Unterstützung von Flüchtlingen nicht mehr unter Rückgriff auf Art. 31 Abs. 1 GFK begründet werden. Aber auch Fälle, in denen Ausländer im Einzelfall nach § 34 StGB oder Art. 16a Abs. 1 GG gerechtfertigt sein können, etwa weil ihnen eine unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr droht, wenn sie nicht in das Bundesgebiet einreisen, führen nicht zu einer Straflosigkeit des Schleusers. Dies wird zwar seltene Einzelfälle betreffen, vor allem solche, in denen die Einreise auf dem Luftweg unmittelbar aus einem Verfolgerstaat stattfindet. In diesen Fällen muss aber sorgfältig geprüft werden, ob nicht eine Rechtfertigung des Schleusers selbst nach § 34 StGB in Betracht kommen kann, nämlich unter dem Gesichtspunkt der Notstandshilfe. Vor diesem Hintergrund rückt aber auch das Konzept normativer Sozialadäquanz noch einmal stärker in den Mittelpunkt. Wenn bereits die objektiv unerlaubte Einreise tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ist,

2350 Ebenfalls kritisch *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. 18; wohl auch *Kretschmer*, ZAR 2024, 414, 415.

2351 So offenbar auch GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 11; Hailbronner-Ausländer-recht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 34.

müssen zur Vermeidung einer unverhältnismäßigen Kriminalisierung der humanitären Unterstützung von Flüchtlingen über § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. Satz 2 AufenthG normativ sozialadäquate Hilfeleistungen im Rahmen des Tatbestandes des § 96 Abs. 1 AufenthG ausgeschieden werden. Die strukturell fortbestehende Nähe des § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG zur Beihilfe eröffnet die Möglichkeit einer entsprechend einschränkenden Auslegung.

Der Gesetzgeber ist mit der Auflösung der limitierten Akzessorietät allerdings auch in anderer Hinsicht deutlich über sein eigentliches Ziel hinausgegangen. Da § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG insgesamt verweist und dieser wiederum auf § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG Bezug nimmt, stellen nach der geltenden Gesetzesfassung auch unvorsätzliche Falschangaben im aufenthaltsrechtlichen Verfahren taugliche Bezugshandlungen des § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG dar. Auch ein Gebrauchen entsprechender Urkunden in Unkenntnis ihrer Beschaffungsumstände ist tauglicher Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit. Insgesamt verändert § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG daher den Charakter der Strafvorschrift hin zu einer tatbestandlichen Ausformung mittelbarer Täterschaft mit erhöhtem Strafraumen. Der Rechtsgutsangriff erfolgt in diesen Fällen durch den Schleuser, vermittelt über den unmittelbar handelnden Ausländer; es findet keine Teilnahme an fremdem Unrecht statt, sondern die Unrechtsverursachung selbst ist Anknüpfungspunkt des Schuldvorwurfs. Dann aber ist die Einschränkung des Verweises in Satz 2 auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG inkonsistent, weil der von § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG in Bezug genommene § 9 Abs. 1 FreizügG/EU letztlich die Parallelvorschrift zu § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bildet. Eine Reform des § 96 AufenthG, die die derzeit bestehenden Inkonsistenzen auflöst, sollte vom Gesetzgeber angegangen werden. Die derzeitige Regelung ist mit ihrer limitiert-akzessorischen Variante, die durch eine deutlich weiterreichende mittelbar-täterschaftliche Variante „ergänzt“ wird, in sich nicht schlüssig.²³⁵²

(3) Beteiligung

(a) Ausgangspunkt: Ausgreifender Täterbegriff

Täter des § 96 Abs. 1 AufenthG kann jedermann sein, also auch ein deutscher Staatsangehöriger, ein freizügigkeitsberechtigter EU- oder EWR-Ausländer oder ein Drittstaatsangehöriger. Dies folgt schon aus dem Gesetzeswortlaut, der gerade *keine* Beschränkung des Tatbestandes auf Ausländer enthält; zudem liefe eine Beschränkung des Täterkreises auf Ausländer der gesetzgeberischen Zielsetzung zuwider, gerade die Anstiftung und Hilfeleistung zugunsten von Ausländern bei Verwirklichung

2352 Für einen Regelungsvorschlag unten F. III.

eines Schleusermerkmals einer erhöhten Strafdrohung zu unterwerfen und damit die „irreguläre“ Migration zu begrenzen.²³⁵³

Da es sich bei § 96 AufenthG um eine verselbstständigte Form der Teilnahme an den Bezugstaten nach § 95 AufenthG und § 9 Abs. 1 FreizügG/EU und damit um einen eigenständigen Tatbestand handelt, richten sich Täterschaft und Teilnahme vordergründig nach den allgemeinen Regeln. Die oben erwähnte Besonderheit, dass Täterschaft bereits durch *jede* Teilnahmehandlung begründet wird, die unter Verwirklichung eines Schleusermerkmals erfolgt, hat jedoch zur Folge, dass sich die Täterschaft begründende Tathandlung bereits in der Teilnahmehandlung – einschließlich solcher in der „Kette“ – im Sinne der §§ 26, 27 StGB erschöpft. Daher können auch untergeordnete Tatbeiträge zu einer täterschaftlichen Haftung wegen Einschleusens führen, während für eine mittäterschaftliche Zurechnung kaum Raum bleibt, da selbst bei einem arbeitsteiligen Vorgehen mehrerer Schleuser, die für sich betrachtet nur ihre eigenen Geschleusten anstiften oder ihnen Hilfe leisten, bereits das Zusammenwirken im Rahmen eines gemeinsamen Tatplans mindestens als psychische Beihilfe gegenüber den jeweils anderen Schleusern und damit nach den Grundsätzen der Kettenbeihilfe als täterschaftliches Einschleusen anzusehen sein wird.²³⁵⁴ Die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme wird im Blick auf § 96 Abs. 1 AufenthG also überhaupt nur dort bedeutsam, wo ein den Schleuser unterstützender Beteiligter *kein Schleusermerkmal* verwirklicht und *deshalb* nicht als Täter des Einschleusens in Betracht kommt.

Die Tatbestandsfassung des § 96 AufenthG bewirkt daher eine empfindliche Ausweitung der täterschaftlichen Zurechnung – unabhängig von den einschränkenden Voraussetzungen insbesondere des § 25 Abs. 2 StGB –, die erhebliche Friktionen verursacht.²³⁵⁵

So hat der Gesetzgeber in § 96 AufenthG letztlich ein parallel zu § 25 StGB verlaufendes Modell täterschaftlicher Zurechnung etabliert, für das es im allgemeinen Strafrecht kein Vorbild gibt und das die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme einebnnet.²³⁵⁶ Da die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnah-

2353 Dazu oben A. II. 3. c) cc).

2354 Demgegenüber auf § 25 Abs. 2 StGB rekurrend BGH NStZ 2019, 287 f. In diesem Fall ging es um die Zuführung von Schleusungswilligen durch verschiedene Schleuser zu einer größeren Schleuserorganisation, welche die Überfahrten organisierte. Diese Entscheidung bezeichnet der 5. Strafsenat (BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 36) zurecht als „missverständlich“, da in der „Zuführung“ bereits eine Unterstützung des Vorgehens der Schleuserorganisation liegt und damit nach den Grundsätzen der Kettenbeihilfe eine täterschaftliche Beteiligung an den jeweiligen Schleusungsvorgängen nach § 96 Abs. 1 AufenthG in Betracht kommt. Ebenfalls auf Mittäterschaft abstellend, allerdings bezüglich § 92a AuslG a.F., BayObLG, Beschl. v. 3.2.2000 – 4St RR 8/00, BeckRS 2000, 31370475.

2355 Die folgenden Ausführungen basieren auf *Epik*, JR 2025, 534, 537 ff.

2356 So wird hinsichtlich § 257 StGB die Übertragung der Grundsätze von Kettenanstiftung und -beihilfe ganz überwiegend abgelehnt, vgl. m.w.N. NK-StGB/*Altenhain*, 6. Aufl. 2023, § 257 Rn. 30. Gleiches gilt

me sowie die damit verbundene differenzierte Zuschreibung von Verantwortlichkeit eng mit dem Schuldprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verwoben sind²³⁵⁷ und diese eine Proportionalität zwischen Verantwortlichkeit und Strafe voraussetzen,²³⁵⁸ darf die verfassungsrechtliche Dimension der Zurechnungsdogmatik bei der Bewertung der gesetzgeberischen Lösung nicht aus dem Blick geraten. Die Zuordnung zu den Kategorien von Täterschaft oder Teilnahme ist nämlich nicht nur für das Strafmaß von Bedeutung. Sie enthält auch eine Abstufung der Verantwortlichkeit und determiniert damit das sozioethische Unwerturteil, das im Schuldpruch zum Ausdruck kommt. In strafrechtsdogmatischer Perspektive ist zudem in den Blick zu nehmen, dass nur derjenige, der täterschaftlich beteiligt ist, sich die Verwirklichung von Qualifikations- und Erfolgsqualifikationsmerkmalen unmittelbar zurechnen lassen muss. Wird nun Täterschaft durch eigentliche Teilnahmehandlungen begründet – und zwar auch solche in der „Kette“ –, wird dieser Grundsatz durchbrochen. Zwar ist zu berücksichtigen, dass § 96 Abs. 1 AufenthG das schlichte Vorliegen einer Teilnahmehandlung nicht ausreichen lässt, sondern zusätzlich die Verwirklichung eines Schleusermerkmals voraussetzt. Den Schleusermerkmalen (Handeln gegen Versprechen oder Erhalten eines Vorteils oder aber wiederholtes Handeln oder Handeln zugunsten mehrerer Ausländer) mag diese das Unrecht der Tat steigernde Qualität zukommen – etwa, weil sie als Indizien eines professionellen Vorgehens gewertet werden.²³⁵⁹ Die zunehmende Annäherung des Einschleusens von Ausländern an den Bereich der schweren Kriminalität, die durch die empfindliche Anhebung der Strafraumen (sechs Monate bis zehn Jahre Freiheitsstrafe bei § 96 Abs. 1 AufenthG n.F.) im Zuge des Rückführungsverbesserungsgesetzes erfolgt ist, nährt jedoch vor allem im Blick auf die nicht-vorteilsmotivierte Tatbegehungsvariante (wiederholt oder zugunsten mehrerer) Zweifel daran, dass Tatbestand und Rechtsfolge – jedenfalls bei der praktizierten extensiven Auslegung des Tatbestandes – noch in einem angemessenen Verhältnis stehen. Insoweit ist zusätzlich zu beachten, dass trotz der gesetzgeberischen Beteuerungen, professionell agierende, rücksichtslos handelnde und die geschleusten Personen gefährdende Schleuser erfassen zu wollen, der Tatbestand eine solche Fokussierung nicht erkennen lässt.

Vor diesem Hintergrund muss erwogen werden, ob die – in der strafrechtsdogmatischen Binnenperspektive schlüssige – Einordnung des § 96 Abs. 1 AufenthG als

im Blick auf die Absatzhilfe im Rahmen des § 259 StGB, vgl. BGH NJW 1976, 1900, 1901; NStZ 1999, 351, 352; MK-StGB/Maier, 5. Aufl. 2025, § 259 Rn. 124 m.w.N.

2357 Zutreffend weist Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 25 Rn. 3, darauf hin, dass die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme „dem rechtsstaatlichen Erfordernis [entspricht], daß die Strafbarkeit an die Tatbestandserfüllung anknüpfen und sich auf diese beziehen muss“; und zeigt auf, dass eine Einebnung dieser Differenzierung zu einer „untragbaren Ausdehnung der Strafbarkeit“ führt.

2358 BVerfGE 25, 269, 286; 45, 187, 259 f.; 86, 288, 313; 105, 135, 153; 120, 224, 241; BVerfG NZV 2023, 118, 126; vgl. Eisele, Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht, 2004, 135; TK-StGB/Kinzig, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 38 ff. Rn. 40.

2359 Vgl. Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 102 f.

vertypete Teilnahme und die damit verbundene Übertragung der zu Anstiftung und Beihilfe entwickelten Zurechnungsdogmatik nicht den Raum für unverhältnismäßige, schuldendisproportionale Subsumtionsergebnisse liefert, denen durch eine stärkere Begrenzung des Tatbestandes begegnet werden muss. Ein Ansatz bestünde darin, das Kriterium der Tatherrschaft zu stärken und Unterstützungshandlungen „in der Kette“ für eine täterschaftliche Tatbegehung nur noch dann ausreichen zu lassen, wenn sie zugleich Tatherrschaft über den Schleusungsvorgang, also die Schleusungshandlung des tatnächsten Schleusers, begründen. Damit wäre eine gewisse Rückanbindung an § 25 StGB gewährleistet. Dass dadurch eine unangemessene Privilegierung organisierter Schleuser einherginge, steht nicht zu befürchten. Fehlt es an einer entsprechenden Tatherrschaft, ist die Qualifikation als Teilnehmer des Schleusungs-unrechts angemessen und ausreichend.

(b) Zurechnung von Schleusermerkmalen

Ist eine Teilnahme an § 96 AufenthG nach den zuvor herausgearbeiteten Grundsätzen somit auf Fälle beschränkt, in denen der Teilnehmer selbst das Schleusermerkmal nicht verwirklicht, rückt die Frage in den Vordergrund, wann ein Schleusermerkmal überhaupt verwirklicht wird und ob Schleusermerkmale möglicherweise ihrerseits zugerechnet werden können.

Bezüglich des wiederholten Handelns gilt, dass eine täterschaftliche Beteiligung nur anzunehmen ist, wenn der Täter selbst wiederholt gehandelt hat.²³⁶⁰ Das Handeln zugunsten mehrerer Ausländer kann dagegen bereits angenommen werden, wenn mehrere Täter auf Grundlage eines gemeinsamen Tatplans zusammenwirken, jeder für sich betrachtet jedoch nur einen Ausländer unterstützt. Dieses Szenario dürfte freilich eher theoretischer Natur sein, da bei einer Schleusung, der ein gemeinsamer Tatplan zugrunde liegt, vielfach auch den weiteren geschleusten Personen im Sinne des § 96 Abs. 1 AufenthG Hilfe geleistet werden wird, mit der zuvor skizzierten Konsequenz, dass auch bezüglich der jeweils anderen geschleusten Personen eine tatbestandliche Unterstützungshandlung (und sei es durch psychische Beihilfe zugunsten des „zuständigen“ Schleusers) vorliegt. Dementsprechend wird es vielfach auch für die Begründung des Schleusermerkmals auf die Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB nicht ankommen; im Grundsatz ist sie aber möglich.²³⁶¹

2360 Vgl. in diesem Sinne *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 141, der das Merkmal als besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB qualifiziert (S. 170); für ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 36; *Schiedermair/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Wafner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 28.

2361 Vgl. zu einem entsprechenden Fall, in dem die Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB verzichtbar war, BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 31, 36. Kritisch *Epik*, JR 2025, 534, 537 ff.

Hinsichtlich des Erhalts oder Sichversprechenlassens eines (Vermögens-)Vorteils ist schließlich umstritten, ob es sich um ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 StGB handelt.²³⁶² Gegen die Annahme eines besonderen persönlichen Merkmals spricht, dass durch das Schleusermerkmal nicht in erster Linie die Persönlichkeit des Täters gekennzeichnet werden soll, sondern vielmehr Handlungen, die sich nicht in der punktuellen Unterstützung strafbewehrter migrationsverwaltungsrechtlicher Verstöße erschöpfen, unter eine erhöhte Strafandrohung gestellt werden sollen. Das Schleusermerkmal dient daher in allen Varianten des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG dazu, die qualitative Unrechtssteigerung der Schleusung gegenüber der schlichten Anstiftung oder Beihilfe zu § 95 AufenthG oder § 9 Abs. 1 FreizügG/EU herauszustellen. Dabei soll die Erlangung eines (Vermögens-)Vorteils aber nicht in erster Linie das erhöhte Handlungsunrecht kennzeichnen, das durch ein Handeln in Vorteilserzielungsabsicht verwirklicht wird, sondern das Phänomen der Professionalisierung von Schleusern tatbestandlich erfassen, um eine Abgrenzung auch gegenüber der humanitär motivierten Hilfeleistung zu ermöglichen.²³⁶³ Dies folgt insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, die gerade das „Schlepperunwesen“, das von der sozial-liberalen Koalition als wesentliche Ursache für einen steigenden Migrationsdruck identifiziert worden war, adressieren sollte.²³⁶⁴ Für diese Auslegung spricht auch die Ausgestaltung als objektives Tatbestandsmerkmal. Angeknüpft wird gerade nicht in erster Linie an die Vorteilmotivation, sondern an die tatsächliche Erlangung eines Vorteils oder des Versprechens, einen solchen Vorteil zu gewähren, als Indiz einer professionellen Schleusung. Deshalb ist auch der in der Literatur herangezogene Vergleich mit Tatbeständen, die an ein gewerbsmäßiges Handeln anknüpfen,²³⁶⁵ nicht überzeugend.²³⁶⁶ Dementsprechend kann das tatbezogene Merkmal des Erhaltens oder Sichversprechenlassens eines

2362 Bejahend LG Bremen, Beschl. v. 4.11.2020 – 2 Kls 1/20 (juris); GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 21; Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 167 ff.; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 45; Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 96 AufenthG Rn. 12; Kleczewski, StV 1999, 257, 258 f.; verneinend BayObLG NJW 1999, 1794; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 32; Mosbacher, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, 5. Kap. Rn. 164.

2363 Demgegenüber führt Kleczewski, StV 1999, 257, 258, an, auf Grundlage dieser Argumentation müsse der Tatbestand teleologisch auf Fälle reduziert werden, in denen ein „bis zum Ausbeuterischen überzogene[s] Profitmachen“ nachweisbar sei. Daran ist zutreffend, dass die vom Gesetzgeber als Indizien für eine professionelle Schleusung angelegten Kriterien nicht zu einer trennscharfen Abgrenzung professioneller Schleusungen von insbesondere humanitär motivierten Hilfeleistungen taugen. Allerdings ist dies ein Problem der Tatbestandfassung, das es zu kritisieren gilt. Im Kontext der Qualifikation des (Vermögens-)Vorteils als besonderes persönliches Merkmal ist demgegenüber auf die gesetzgeberische Konzeption abzustellen.

2364 Vgl. oben A. II. 3. c) cc).

2365 Vgl. etwa MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 45; Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. EL 2022, § 96 AufenthG Rn. 12.

2366 Ähnlich wie hier, aber angesichts der vermeintlichen Erfassung humanitärer Helfer *de lege ferenda* für eine Annäherung an die Gewerbsmäßigkeit plädierend Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 193 ff.

(Vermögens-)Vorteils über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden, sofern die – hier dann ausnahmsweise relevanten – Voraussetzungen der Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB vorliegen.²³⁶⁷

(c) Teilnahme, insbesondere durch Geschleuste

Möglich bleibt neben einer täterschaftlichen Verwirklichung auch eine Anstiftung oder Beihilfe zu § 96 Abs. 1 AufenthG. Diese beschränkt sich aber auf Personen, die selbst kein Schleusermerkmal erfüllen und denen es deshalb an der Täterqualifikation fehlt. Insofern bildet das Einschleusen nach § 96 Abs. 1 AufenthG eine taugliche Haupttat.²³⁶⁸

Dabei tritt das Problem auf, dass begrifflich auch die geschleuste Person selbst als Teilnehmer an der eigenen Schleusung in Betracht kommt. Denkbar ist beispielsweise eine Anstiftung durch Inanspruchnahme der Schleuserdienste oder eine Beihilfe durch Mitwirkung als „Gegenstand“ der Schleusung. Während die Anstiftung des Gehilfen durch den Haupttäter normalerweise im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter die versuchte oder vollendete Haupttat zurücktritt und im Übrigen nur nach § 30 StGB strafbar ist, führt die Ausgestaltung des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG als limitiert-akzessorischer Tatbestand mit höherer Strafdrohung als die durch den Geschleusten verwirklichte Haupttat dazu, dass der Geschleuste als Anstifter oder Gehilfe des Schleusers mit einer erheblich höheren Strafdrohung konfrontiert ist. Dies widerspräche der systematischen Gesamtkonzeption der §§ 95 bis 97 AufenthG, wonach der nicht durch Schleusermerkmale qualifizierte Rechtsgutsangriff nach § 95 AufenthG beurteilt werden soll, während §§ 96 und 97 AufenthG in erster Linie die Tatbegehung durch professionelle Schleuser einer erhöhten Strafdrohung unterwerfen und nicht-vorteilsmotivierte Hilfeleistungen nur bei einer gewissen Erheblichkeit (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG: wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern) erfassen, wobei auch insoweit argumentiert wird, dass es sich primär um eine Beweiserleichterung handele, um die Strafverfolgung konspirativ agierender Schleuser zu ermöglichen.²³⁶⁹

Deshalb ist allgemein anerkannt, dass es sich bei § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG um einen Fall der sogenannten „notwendigen Teilnahme“ handelt, bei der die Verwirklichung des Bezugsdelikts als taugliche Teilnahmehandlung ausgeschieden

2367 Im Ergebnis wie hier BayObLG NJW 1999, 1794; GK-AufenthG/Mosbacher, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 32.

2368 Von den „allgemeinen Grundsätzen“, die MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 45, oder NK-Ausländerrecht/Kabis/Fahlbusch, 3. Aufl. 2023, § 96 AufenthG Rn. 10, in Bezug nehmen, bleibt allerdings nur wenig übrig, wenn der enge Anwendungsbereich der §§ 26, 27 StGB berücksichtigt wird.

2369 Dazu oben A. II. 4. a).

wird.²³⁷⁰ Der Rechtsgutsangriff des Geschleuten wird daher grundsätzlich nicht von § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, sondern ausschließlich durch den Tatbestand des Bezugsdelikts erfasst.²³⁷¹ Dieses Ergebnis folgt aus einer systematischen und teleologischen *Auslegung* des Tatbestandes und ist – unabhängig von der Anerkennung der notwendigen Teilnahme als eigenständiger dogmatischer Kategorie oder der Zuordnung des § 96 AufenthG zu den sogenannten Konvergenz-, Begegnungs- oder Zentripetaldelikten²³⁷² – nicht nur gesetzssystematisch und teleologisch konsistent, sondern entspricht auch den Wertungen des Unions- und Völkerrechts, wonach die Kriminalisierung von Schleusungshandlungen nicht zu einer Kriminalisierung von Migranten führen soll.²³⁷³ Eine Strafbarkeit Geschleuster wegen Teilnahme an ihrer eigenen Schleusung scheidet mithin grundsätzlich aus, und zwar auch in Fällen, in denen sie sich selbst an die Schleuser gewandt und damit diese zu ihrer Schleusung „angestiftet“ haben. Dies lässt sich zusätzlich damit begründen, dass jedenfalls professionell agierende Schleuser vielfach ohnehin zur Begehung entsprechender Taten bereit und entschlossen sein werden und die Tatkonkretisierung auch nur durch sie erfolgen kann, sodass Zweifel daran bestehen, dass Geschleuste in diesen Fällen den Tatentschluss überhaupt faktisch hervorrufen könnten. Die Frage, ob eine strafbare Anstiftung zum Einschleusen vorliegt, kann angesichts des „Dienstleistungscharakters“ professioneller Schleusungen²³⁷⁴ nicht davon abhängen, ob zuerst der Schleuser den Geschleuten oder umgekehrt der Geschleuste den Schleuser kommunikativ adressiert hat.²³⁷⁵

2370 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 159 f.; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 100; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 183; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 96 AufenthG Rn. 8 f. Dazu allgemein Fischer-StGB/*Fischer*, 73. Aufl. 2026, Vor § 25 Rn. 7; *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung. Untersuchungen zur Lehre von der „notwendigen Teilnahme“, 1992, passim; MK-StGB/*Scheinfeld*, 5. Aufl. 2024, Vor § 26 Rn. 31 ff.; *Sowada*, Die „notwendige Teilnahme“ als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, 1992, passim; *Zhao*, Die notwendige Teilnahme, 2022, passim.

2371 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 160; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4; NK-Ausländerrecht/*Kabis/Fahlbusch*, 3. Aufl. 2023, § 96 AufenthG Rn. 8.

2372 Dazu *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 101 f.; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 182 Fn. 612; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4; zu § 36 AsylVfG a.F. (heute: § 84 AsylG) *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung. Untersuchungen zur Lehre von der „notwendigen Teilnahme“, 1992, 235. Zweifelhafte erscheint freilich, dass eine dieser drei Kategorien auf die spezielle Konstellation des § 96 AufenthG, der eben nicht nur „Anlockungssituationen“ erfasst, vollständig passt. Überzeugend ist es vielmehr, das Ergebnis der Straflosigkeit der notwendigen Teilnahme aus einer Auslegung des § 96 AufenthG und seiner systematischen Stellung abzuleiten, vgl. allgemein zur Auslegung der entsprechenden Tatbestände *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung. Untersuchungen zur Lehre von der „notwendigen Teilnahme“, 1992, zusf. 121 f.; MK-StGB/*Scheinfeld*, 5. Aufl. 2024, Vor § 26 Rn. 31; TK-StGB/*Weißer*, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 25 ff. Rn. 39. Kritisch zum Mehrwert der Unterscheidung *Zhao*, Die notwendige Teilnahme, 2022, 14 ff. (zu den Konvergenz- und Begegnungsdelikten) sowie S. 37 ff. (zu den Zentrifugal- und Zentripetaldelikten).

2373 Dazu oben C. V.

2374 Zu den Praktiken professioneller Schleuser vgl. *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 75 f.

2375 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 162; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 104; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 189;

Wenn allerdings die geschleuste Person *mehr* tut als für die Begehung des Bezugsdelikts unbedingt erforderlich wäre, entfällt der Grund für die Privilegierung und kommt eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zu § 96 Abs. 1 AufenthG oder – im Falle des Vorliegens eines Schleusermerkmals, das bei Förderung einer Schleusungstat zugunsten von mehreren Ausländern auch bei altruistischer Motivlage und auch bei der Unterstützung der eigenen Familienangehörigen vorliegen kann – sogar wegen täterschaftlichen Einschleusens gemäß § 96 Abs. 1 AufenthG in Betracht.²³⁷⁶ Im Ausgangspunkt ist dies konsequent, da der Gesetzgeber im Einklang mit dem Unions- und Völkerrecht die geschleusten Personen nur insoweit aus dem Anwendungsbe- reich des Schleusungstatbestandes heraushalten wollte, als sie selbst als „Objekt“ der Schleusung erscheinen.²³⁷⁷ Damit rückt die Frage in den Mittelpunkt, welches Verhalten den Rahmen des bloß passiven „Geschleustwerdens“ verlässt und daher zu einer Strafbarkeit des Geschleusten als Täter oder Teilnehmer an der Schleusung führt.

Der Bundesgerichtshof zieht die Grenzen in Fällen, in denen Geschleuste mit ihren Schleusern kooperieren und dadurch anderen Ausländern Hilfe im Sinne des § 96 Abs. 1 AufenthG leisten, sehr eng. So soll sich nach Auffassung des 3. Strafsenats wegen Beihilfe zum Einschleusen von Ausländern – oder, wie der Senat in einem *obiter dictum* bemerkt, nach den Grundsätzen der Kettenbeihilfe sogar wegen täterschaftlicher Beteiligung daran – strafbar machen, wer dem Schleuser zusagt, als männlicher Ansprechpartner für allein reisende Frauen und ihre Kinder zur Verfügung zu stehen, wenn dies aus kulturellen Gründen erforderlich sei und die Zusage den Schleusern die Suche nach anderen Ansprechpartnern erspare. Da diese Zusage über das hinausgehe, was zur Erfüllung des Tatbestandes der eigenen unerlaubten Einreise notwendig sei, stelle sie sich als Beihilfe zum Einschleusen von Ausländern dar.²³⁷⁸ Diese Position des Bundesgerichtshofs führt dazu, dass letztlich jeder, der über seine passive Rolle als Geschleuster hinausgehende Aktivitäten entfaltet, wegen Einschleusens oder einer Beihilfe dazu bestraft werden kann. Konsequenterweise müsste daher auch ein Geschleuster, der ein Boot über das Mittelmeer oder ein Fahrzeug über die Balkanroute steuert und seinen Schleusern dadurch erspart, eine andere Person für diese Aufgabe zu rekrutieren, von § 96 AufenthG (i.V.m.

MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 346 f.

2376 BGH NSTZ-RR 2020, 184 ff.; Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 185; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4; Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 96 AufenthG Rn. 100 f.

2377 Vgl. Art. 5 des Zusatzprotokolls zur Palermo-Konvention: „Migrants shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol.“

2378 BGH NSTZ-RR 2020, 184 ff.

§ 27 StGB) erfasst werden.²³⁷⁹ Auch Übersetzungsdienste zwischen Schleuser und anderen Geschleusten müssten zu einer entsprechenden Strafbarkeit führen.²³⁸⁰ Dies hätte erhebliche Auswirkungen, weil insbesondere Flüchtlinge dann nicht mehr über § 95 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 GFK Straffreiheit erlangen könnten, sondern wegen Einschleusens oder Beihilfe dazu aus einem deutlich erhöhten Strafrahmen zu bestrafen wären.

Die Position des Bundesgerichtshofs lässt sich allerdings weder mit dem Strafgrund des § 96 AufenthG noch mit den unions- und völkerrechtlichen Vorgaben vereinbaren. Vor allem verkennt sie die tatsächlichen Umstände einer Schleusungssituation: Die Annahme, die Kooperation mit den eigenen Schleusern führe im Blick auf die dadurch bewirkte Hilfeleistung zugunsten weiterer Geschleuster zur Strafbarkeit des Geschleusten, lässt sich nur halten, wenn die Umstände einer solchen Schleusung ausgeblendet werden. Diese erfolgt regelmäßig nicht, wie schon der der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde liegende Sachverhalt verdeutlicht, in Form einer regulär organisierten quasi-touristischen Reise oder unter Nutzung von regelmäßig verkehrenden öffentlichen Verkehrsmitteln, sodass es den einzelnen Geschleusten möglich wäre, sich ausschließlich um sich selbst zu kümmern. Vielmehr werden die Geschleusten in den maßgeblichen Fällen²³⁸¹ oftmals unter höchst gefährlichen Bedingungen – etwa in seeuntüchtigen Booten über das Mittelmeer oder auf Ladeflächen von Kraftfahrzeugen – geschleust. Im Vorfeld einer solchen Schleusung sind die Geschleusten – mindestens zur Erreichung ihres nächsten Etappenziels – von ihren Schleusern abhängig und werden ihren Anweisungen daher nicht ohne das Risiko, von der weiteren Schleusung ausgeschlossen zu werden, widersprechen können. Die Möglichkeit eines „Rücktritts“ unter Rückerstattung der teils hohen Schleuserlöhne im Sinne einer Rückabwicklung Zug-um-Zug ist realitätsfern. Insofern ist es schon in tatsächlicher Hinsicht fernliegend, anzunehmen, dass ein Schleusungswilliger die Anfrage seiner Schleuser, ob er bestimmte Aufgaben im Rahmen einer Schleusung übernehmen wird, ablehnen könnte, ohne Gefahr zu laufen, seine Reise (oftmals: Flucht) nicht fortsetzen zu können. Diesem Umstand trägt der Bundesgerichtshof nicht hinreichend Rechnung, wenn er den Bereich

2379 Zur Strafverfolgung sogenannter „Scafisti“ – Migranten, die von ihren Schleusern als Steuerleute oder Navigatoren eingesetzt werden – als Schleuser in Italien vgl. *Patanè/Bolhuis/van Wijk/Kreienziek*, *Refugee Survey Quarterly* 2020, 123 ff.

2380 So offenbar BGH, Urt. v. 30.10.1990 – 1 StR 500/90, BeckRS 1990, 31085216: „Die Strafkammer hat die Übersetzerfähigkeit des Angeklagten, mit der er dafür sorgte, daß sich die türkischen Staatsangehörigen schlafend stellten, nicht rauchten und die Kinder beruhigten (UA S. 6), zutreffend als Beihilfe zur versuchten Unterstützung von Ausländern bei der unerlaubten Einreise gewertet (§ 47a AuslG, § 27 StGB).“ Zu den weitreichenden Konsequenzen vgl. auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 173, deren Beispiel des mit der Taschenlampe vorangehenden Geschleusten allerdings nach deutschem Strafrecht nicht als Beihilfe zu qualifizieren wäre, weil das Ausleuchten des Weges auch für den die Taschenlampe Haltenden erforderlich ist, um seine unerlaubte Einreise verwirklichen zu können.

2381 Vgl. die Sachverhalte in BGH NStZ-RR 2020, 184 und BGH, Urt. v. 30.10.1990 – 1 StR 500/90, BeckRS 1990, 31085216.

dessen, was zur eigenen unerlaubten Einreise „notwendig“ ist, so eng fasst, dass jede die Schleusung erleichternde Kooperation mit den Schleusern als taugliche Beihilfehandlung definiert wird.

Ein derart enges Verständnis des „Notwendigen“ wird weder durch den Gesetzeswortlaut indiziert noch entspricht es dem gesetzgeberischen Willen. § 96 AufenthG bezieht sich seiner gesamten Systematik nach nicht auf die geschleusten Personen, sondern auf die Schleuser und soll primär professionell agierende Personen einer erhöhten Strafandrohung unterwerfen.²³⁸² Auch die Gesetzeshistorie belegt, dass es dem Gesetzgeber darum gegangen ist, professionell agierende Schleuser zu erfassen, um „irreguläre“ Migration einzudämmen.²³⁸³ Dies steht im Einklang mit dem Zusatzprotokoll zur Palermo-Konvention sowie den unionsrechtlichen Vorgaben zur Kriminalisierung der Beihilfe zu unerlaubter Einreise und unerlaubtem Aufenthalt.²³⁸⁴ So stellt Art. 5 des *Zusatzprotokolls gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität* ausdrücklich klar, dass Migranten nicht nach diesem Protokoll strafrechtlich dafür verfolgt werden können, dass sie Gegenstand einer Schleusungshandlung geworden sind.²³⁸⁵ Auch Erwägungsgrund (7) des Richtlinienvorschlags zur Festlegung von Mindestvorschriften zur Verhinderung und Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt in der Union, durch den das *Facilitators Package* ersetzt werden soll, stellt nunmehr klar, dass Drittstaatsangehörige sich nicht deshalb strafbar machen sollen, weil ihnen Beihilfe zur unerlaubten Einreise geleistet worden ist.²³⁸⁶

Vor diesem Hintergrund ist es überzeugend, den Bereich dessen, was als „notwendig“ für die eigene unerlaubte Einreise anzusehen ist, weiter zu fassen und sämtliche (nicht durch andere Strafvorschriften erfasste) Handlungen darunter zu subsumieren, die von einem Ausländer vorgenommen werden, um seine Reise durch- oder fortführen zu können, auch wenn er dadurch koinzidierend die unerlaubte Einreise anderer Personen (mit-)fördert oder die Tätigkeit seines Schleusers erleichtert. Allein der Umstand, dass durch eine etwaige Kooperation mit dem Schleuser dessen Geschäft erleichtert wird, rechtfertigt es nicht, die auch im Gesetz durch die klar abgestuften Strafrahmen deutlich zum Ausdruck kommende Differenzierung zwischen Geschleusten und Schleusern einzuebennen. Eine solche Betrachtung blendet aus, welchen tatsächlichen Vorgang der Gesetzgeber mit § 96 AufenthG typisiert hat.²³⁸⁷

2382 Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 102 f.

2383 Dazu A. II. 3. c) cc).

2384 Dazu oben C. III. 2. a) und IV. 3.

2385 Vgl. dazu oben C. IV. 3.

2386 Erwägungsgrund (7) lautet insoweit: „Third-country nationals should not become criminally liable for having been the subject to such criminal offences.“

2387 Ebenfalls einen eher großzügigen Notwendigkeitsmaßstab anlegend MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 4.

Ebenfalls ausscheiden muss eine Strafbarkeit, wenn Geschleuste sich gegenseitig unterstützen, ohne dabei mit Schleusern zu kooperieren.²³⁸⁸ So ist es insbesondere bei gemeinsam erfolgender unerlaubter Einreise mehrerer Personen nicht fernliegend – und normativ sozialadäquat –, wenn sich die Geschleusten gegenseitig Hilfe leisten, etwa beim Transport von Gepäck, dem Tragen kleiner Kinder, dem Stützen geschwächter oder älterer Menschen. Auch eine solche Unterstützung insbesondere von Stärkeren gegenüber Schwächeren geht über das hinaus, was für die eigene unerlaubte Einreise unbedingt erforderlich wäre. Daher müssten unerlaubt einreisende Personen, die zugleich mehr als eine andere Person unterstützen, nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG wegen Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise zugunsten mehrerer Ausländer bestraft werden.²³⁸⁹ Auch dies wird der gesetzgeberischen Differenzierung nicht gerecht und wäre überdies unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten problematisch. Jedenfalls müssten derartige Unterstützungshandlungen im Blick auf das Kriterium normativer Sozialadäquanz aus dem Tatbestand ausgeschieden werden. Andernfalls müsste als Schleuser schon bestraft werden, wer bei einer gemeinsamen unerlaubten Einreise das Fahrzeug steuert, das Boot navigiert oder die Reiseroute recherchiert hat. In diesem Zusammenhang ist auch das *Kinsa*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu berücksichtigen, das es jedenfalls ausschließt, die Unterstützung der eigenen Familienangehörigen bei der gemeinsam erfolgenden unerlaubten Einreise als Schleusungshandlung zu bewerten.²³⁹⁰ In der Praxis führt dies freilich zur schwierigen Situation, dass Schleuser, die eine Gruppe unerlaubt einreisender Personen bei der Einreise begleiten und dabei selbst unerlaubt einreisen, nur schwer von anderen unerlaubt einreisenden Ausländern zu unterscheiden sein werden. Dieses Beweisproblem muss aber hingenommen werden, da andernfalls eine unverhältnismäßige tatbestandliche Erfassung von sich gegenseitig unterstützenden, arbeitsteilig agierenden Migranten einträte. Vor diesem Hintergrund muss stets im Einzelfall untersucht werden, ob sich bei einer Gesamtbetrachtung der Umstände die durch den unerlaubt einreisenden Ausländer gewährte Hilfe gegenüber anderen unerlaubt einreisenden Personen tatsächlich als gegenseitige Unterstützung darstellt oder ob nicht aus den Gesamtumständen geschlussfolgert werden muss, dass der eigentliche Zweck der Hilfeleistung die Erbringung von Schleusungsleistungen ist,

2388 Überzeugend daher der Hinweis in BGH, Urt. v. 4.12.2007 – 5 StR 324/07, BeckRS 2008, 696, Rn. 30, insoweit in NStZ 2008, 276 nicht abgedruckt.

2389 Zutreffend kritisch gegenüber einer solch weitgehenden Strafbarkeit *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 104 f.; *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 183 f.

2390 Zu diesem Urteil schon oben C. III. 2. a) aa). Deshalb ist die von *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 8, befürchtete Strafbarkeit von Eltern für das „Einschleusen“ ihrer minderjährigen Kinder im Ergebnis unbegründet.

die mit der eigenen unerlaubten Einreise nur zeitlich zusammenfallen, ohne ihr im vorgenannten Sinne zu dienen.²³⁹¹

(d) Zwischenergebnis

Die breitflächige Erfassung von eigentlichen Teilnahmehandlungen als täterschaftliches Verhalten wirft verschiedene Probleme auf. Zum einen gerät § 96 AufenthG in verfassungsrechtlich turbulentes Fahrwasser, indem die Zurechnung von Taterfolgen unter Verzicht auf die zurechnungsbegrenzenden Voraussetzungen des § 25 StGB ermöglicht wird. Hier bedarf es einer Rückbesinnung auf das Kriterium der Tatherrschaft, um insbesondere die Begründung täterschaftlicher Verantwortlichkeit durch Unterstützungshandlungen „in der Kette“ einzuhegen. Zum anderen geraten aufgrund der dogmatischen Konstruktion des § 96 AufenthG auch geschleuste Personen in die Gefahr, wegen einer Beteiligung an ihrer eigenen Schleusung beziehungsweise derer von mit ihnen gemeinsam geschleusten Personen mit deutlich höheren Strafdrohungen konfrontiert zu werden. Dies ist durch eine systematische und teleologische – einschränkende – Auslegung des § 96 AufenthG zu vermeiden. Insoweit sprechen sowohl die Gesetzessystematik, der gesetzgeberische Wille als auch das Unions- und Völkerrecht eine eindeutige Sprache: Migrant selbst soll der Schleusungstatbestand im Regelfall nicht fokussieren.

bb) Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 AufenthG

§ 96 Abs. 2 AufenthG enthält sieben Qualifikationstatbestände, die als Verbrechensstatbestände mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht werden. Nach § 96 Abs. 2 Satz 1 AufenthG unterfällt der höheren Strafdrohung, wer gewerbsmäßig handelt (Nr. 1), als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Schleusungstaten verbunden hat, handelt (Nr. 2), eine Schusswaffe bei sich führt, wenn die Bezugstat eine unerlaubte Einreise ist (Nr. 3), eine andere Waffe bei sich führt, um diese bei der Tat zu verwenden, wenn die Bezugstat eine unerlaubte Einreise ist (Nr. 4), den Geschleusten einer das Leben gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt (Nr. 5) oder versucht, sich im Straßenverkehr in grob verkehrswidriger und rücksichtsloser Weise einer polizeilichen Kontrolle zu entziehen und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet (Nr. 6). Nach § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG wird gleichfalls mit Freiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr bestraft, wer in den Fällen des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG (Anstiftung oder Beihilfe zur unerlaubten Einreise) zu-

2391 Ebenfalls für eine Gesamtbetrachtung *Cantzler*, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit, 2004, 187.

gunsten eines minderjährigen ledigen Ausländers handelt, der ohne Begleitung einer personensorgeberechtigten Person oder einer dritten Person, die die Fürsorge oder Obhut für ihn übernommen hat, in das Bundesgebiet einreist, auch wenn dieser keine vorsätzliche rechtswidrige Tat begangen hat. Vielfach kann bei der Auslegung dieser Qualifikationstatbestände auf etablierte Begriffsdefinitionen zurückgegriffen werden, wie sie zu §§ 224, 243, 244 und 250 StGB entwickelt worden sind.

(1) Gewerbsmäßiges Handeln

In Übereinstimmung mit der allgemein anerkannten Definition zu den Vermögensdelikten des Strafgesetzbuches ist ein gewerbsmäßiges Handeln anzunehmen, wenn der Täter sich durch die wiederholte Begehung von Schleusungstaten eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und nicht unerheblicher Dauer verschaffen will, ohne dass es sich dabei um die alleinige oder Haupteinnahmequelle handeln muss.²³⁹² Gewerbsmäßiges Handeln setzt Eigennützigkeit voraus, sodass das Handeln zugunsten Dritter nur dann tatbestandlich erfasst wird, wenn sich der Täter vorstellt, dass er von Dritten entsprechende Vorteile gewährt bekommen wird.²³⁹³ Da die Gewerbsmäßigkeit ein subjektiv zu bestimmendes Merkmal darstellt, kann sie bereits bei der ersten Tatbegehung vorliegen, sofern es sich nach der Vorstellung des Täters um die erste in einer Reihe weiterer Tatbegehungen handeln soll.²³⁹⁴ Gewerbsmäßigkeit stellt zudem ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB dar.²³⁹⁵

(2) Bandentaten

Eine Bande im Sinne des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG setzt – übereinstimmend mit §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB – den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus; dieser Zusammenschluss muss auf gewisse Dauer und die

²³⁹² BGH, Beschl. v. 12.12.2017 – 3 StR 303/17, BeckRS 2017, 141240, Rn. 7; BGH NStZ 1998, 305, 306; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 56; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 95 AufenthG Rn. 31; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 27; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 16; siehe auch *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 134; allg. Lackner/Kühl/Heger/Heger, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vor § 52 Rn. 20; zu § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB BGH NStZ 2008, 282; NStZ-RR 2015, 341, 343; zu § 243 StGB TK-StGB/*Bosch*, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 31 m.w.N.; MK-StGB/*Schmitz*, 5. Aufl. 2025, § 243 Rn. 40.

²³⁹³ BGH, Beschl. v. 12.12.2017 – 3 StR 303/17, BeckRS 2017, 141240, Rn. 7. Zu § 263 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB BGH NStZ 2008, 282, 283; BGH, Beschl. v. 26.2.2014 – 4 StR 584/13, BeckRS 2014, 6840, Rn. 12; BGH NStZ-RR 2015, 341, 343; vgl. zu § 243 StGB TK-StGB/*Bosch*, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 31; MK-StGB/*Schmitz*, 5. Aufl. 2025, § 243 Rn. 40.

²³⁹⁴ Vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 134; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 28; TK-StGB/*Bosch*, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 31.

²³⁹⁵ Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 57; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 134; zu § 243 StGB MK-StGB/*Schmitz*, 5. Aufl. 2025, § 243 Rn. 40.

mehrfache Begehung von selbstständigen, im Einzelnen noch unbestimmten Schleusungstaten („zur fortgesetzten Begehung solcher Taten“) angelegt sein.²³⁹⁶ § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG verlangt allerdings, insoweit anders als §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB, nicht, dass der Täter bei der konkreten Schleusungshandlung unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds handelt. Die Tat ist daher auch dann als Bandentat zu qualifizieren, wenn ein einzelnes Mitglied einer Schleuserbande eine Schleusungshandlung im Rahmen der bandenmäßigen Verbindung vornimmt, wobei sich das Handeln im Rahmen der Bandenabrede halten muss.²³⁹⁷ Dabei müssen sich die Bandenmitglieder nicht notwendig gegenseitig kennen, allerdings jeweils in dem Bewusstsein handeln, Teil eines größeren Zusammenschlusses zu sein.²³⁹⁸ Das Handeln als Mitglied einer Bande muss vom mindestens bedingten Vorsatz des Täters umfasst sein.²³⁹⁹ Die Bandenmitgliedschaft ist ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB.²⁴⁰⁰

(3) Beisichführen von Schusswaffen

Der Qualifikationstatbestand des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ist nur auf Einschleusungshandlungen anwendbar, die auf eine unerlaubte Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG bezogen sind.²⁴⁰¹ Eine Schusswaffe im Sinne des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ist jeder Gegenstand, bei dem ein Geschoss durch einen Lauf getrieben werden kann.²⁴⁰² Hinsichtlich Gaspistolen oder Gasrevolvern gilt dies jedoch nur, wenn die Gase mit der Bewegungsrichtung nach vorn austreten; bei Schreckschusswaffen muss der Explosionsdruck nach vorne austreten.²⁴⁰³ Die Schusswaffe muss zur Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes funktionsfähig und einsatzgeeignet sein, wobei es ausreicht, wenn sie jederzeit durch

2396 Zum Begriff der Bande grundlegend BGH NStZ 2001, 421; zum Schleusertatbestand BGH, Beschl. v. 26.6.2001 – 4 StR 490/00, BeckRS 2001, 30188671; BGH NJW 2016, 419, 421; vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 58; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 17; ferner MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 29.

2397 BGH NJW 2016, 419, 421; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 59; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 32; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 29; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 17; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 40.

2398 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 30.

2399 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 30.

2400 Allgemein BGH NJW 2000, 3364, 3366; NStZ 2007, 101; BGH, Beschl. v. 20.2.2013 – 3 StR 24/13, BeckRS 2013, 7322, Rn. 4; BGH, Beschl. v. 15.10.2015 – 2 StR 445/14, BeckRS 2016, 1611, Rn. 8; vgl. zu § 96 Abs. 2 AufenthG GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 60; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 134.

2401 GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 61.

2402 Vgl. zur Orientierung 1.1 Anlage 1 zu § 1 Abs. 4 WaffG; zu § 30a BtMG MK-StGB/*Oğlakçıoğlu*, 4. Aufl. 2022, § 30a BtMG Rn. 129, 131. Für eine Auslegung wie bei § 30a BtMG BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 36.

2403 Vgl. *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 18; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 31; MK-StGB/*Oğlakçıoğlu*, 4. Aufl. 2022, § 30a BtMG Rn. 132 f. Aus der Rechtsprechung BGH NJW 2000, 1050.

Ladung mit Munition einsatzbereit gemacht werden kann.²⁴⁰⁴ Ein Beisichführen setzt – in Übereinstimmung mit §§ 244 Abs. 1 Nr. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) und b) StGB sowie § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG („mit sich führt“) – voraus, dass der Täter während der Tatbegehung (also zwischen Versuchsbeginn und Vollendung beziehungsweise Beendigung) die Schusswaffe bewusst gebrauchsbereit bei sich hat und jederzeit auf sie zugreifen kann.²⁴⁰⁵ Zu diesem Zweck muss die Schusswaffe weder am Körper getragen noch sofort „griffbereit“ sein; es genügt, wenn auf sie ohne nennenswerten Zeitaufwand zurückgegriffen werden kann.²⁴⁰⁶ Da es sich um ein objektives Qualifikationsmerkmal handelt, das der besonderen Gefährlichkeit der Tatbegehung unter Rückgriffsmöglichkeit auf eine Schusswaffe Rechnung tragen soll, kann das Beisichführen einer Schusswaffe auch über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.²⁴⁰⁷

(4) Beisichführen in Verwendungsabsicht von anderen Waffen

Das Beisichführen einer anderen Waffe in Verwendungsabsicht setzt zunächst voraus, dass der Täter eine Waffe, die keine Schusswaffe ist, bei sich führt. Unzweifelhaft vom Begriff der Waffe im Sinne des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG umfasst sind Waffen im technischen Sinne (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 WaffG).²⁴⁰⁸ Darüber hinaus umfasst der „strafrechtliche Waffenbegriff“ auch solche Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit und ihrem Zustand bei *bestimmungsgemäßer* Verwendung geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen.²⁴⁰⁹ Demgegenüber führt es zu weit, auch Gegenstände unter den Begriff der Waffe zu fassen, die erst aufgrund der konkreten Art ihrer (beabsichtigten) Verwendung eine Leibes- oder Lebensgefahr herbeiführen können.²⁴¹⁰ Dagegen spricht insbesondere, dass das Gesetz spätestens seit dem 6. Strafrechtsreformgesetz²⁴¹¹ immer dann, wenn Gegenstände erfasst werden sollen, die erst aufgrund der Art ihrer Verwendung gefährlich werden, auf den Begriff des gefährlichen Werkzeugs zurückgreift.²⁴¹² Dementsprechend hat der Gesetzgeber auch bei Vorschriften, die zuvor nur das Beisichführen von Waffen in Verwendungsabsicht erfassten, wie etwa § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB i.d.F. vom 1. Januar 1999, im Blick auf die vom Bundesverfassungsgericht angemahnte Berücksich-

2404 Vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 31; insoweit zur „Verwendung“ abgrenzend BGH NJW 2000, 1050.

2405 BGH NStZ 2004, 111, 112.

2406 BGH NStZ 2004, 111, 112; vgl. MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 31. Zu § 30a BtMG BGH NStZ 2004, 111, 112.

2407 BGH NJW 2003, 1541 ff. (§ 30a BtMG); MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 32.

2408 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 62.

2409 BGH NJW 2003, 1677, 1678.

2410 Vgl. BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 37. So aber MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 33.

2411 BGBl. 1998 I, S. 164.

2412 BVerfG NJW 2008, 3627, 3629.

tigung der Wortlautgrenze²⁴¹³ eine Ergänzung um andere gefährliche Werkzeuge vorgenommen.²⁴¹⁴ Gleiches gilt für § 121 Abs. 3 Nr. 2 StGB und § 125a Nr. 2 StGB, welche zwar als Regelbeispiele, aber im Übrigen wortgleich zu § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG ausgestaltet sind.²⁴¹⁵ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts musste dem Gesetzgeber auch klar vor Augen stehen, als er § 96 Abs. 2 AufenthG, zuletzt mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz 2024, reformiert hat. Wenn er gleichwohl an der Formulierung „andere Waffe“ festgehalten und diese nicht um „andere gefährliche Werkzeuge“ ergänzt hat, obschon dies in den übrigen einschlägigen Fällen geschehen ist, kann eine extensive Auslegung des Begriffs „Waffe“ nicht überzeugen.

Für das Beisichführen gilt, wie bei § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG, dass der Täter während der Tatbegehung die Waffe bewusst gebrauchsbereit bei sich haben und jederzeit auf sie zugreifen können muss.²⁴¹⁶ Der Qualifikationstatbestand ist dabei nur auf Einschleusungshandlungen anwendbar, die auf eine unerlaubte Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. a) AufenthG bezogen sind. In subjektiver Hinsicht muss neben dem allgemeinen Tatvorsatz insbesondere die Absicht (im Sinne eines *dolus directus* I. Grades) zur Verwendung der Waffe bei der Schleusungstat vorliegen.²⁴¹⁷ Dabei genügt es, wenn die Waffe als Drohmittel zum Einsatz kommen soll; gegen wen die Waffe verwendet werden soll, ist dagegen ohne Belang, sodass auch der beabsichtigte Einsatz gegenüber Geschleusten den Tatbestand erfüllt.²⁴¹⁸

(5) Lebensgefährliche, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung

§ 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG erfasst Schleusungen, die den Geschleusten einer das Leben gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzen. Der Qualifikationstatbestand regelt damit die Fälle, welche in der politischen und medialen Debatte um die Gefährlichkeit professioneller Schleusungen regelmäßig in den Mittelpunkt gerückt werden. Er bezweckt primär den Schutz der Geschleusten.²⁴¹⁹ Da nach dem Konzept der herrschenden Meinung § 96 AufenthG zugleich Allgemeininteressen schützt (Kontroll- und Steuerungsfunktion ausländerrechtlicher Genehmigungsver-

2413 BVerfG NJW 2008, 3627.

2414 BT-Drs. 17/4143, S. 7.

2415 Schon die Gesetzesbegründung zum 44. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (BGBl. 2011 I, S. 2130) enthielt den Hinweis, dass die Erwägungen des BVerfG auch auf § 121 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB a.F. und § 125a Satz 2 Nr. 2 StGB a.F. zuträfen, siehe BT-Drs. 17/4143, S. 1, weshalb auch diese Strafvorschriften durch das Gesetz entsprechend ergänzt wurden.

2416 BGH NStZ 2004, III, II2.

2417 Vgl. Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 19.

2418 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 34.

2419 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 35. Dazu auch oben B. II. 3. d) aa) (2).

fahren),²⁴²⁰ kommt eine rechtfertigende Einwilligung durch die Geschleusten unabhängig von deren Sittenwidrigkeit²⁴²¹ nicht in Betracht.²⁴²²

Ein Geschleuster wird einer das Leben gefährdenden Behandlung ausgesetzt, wenn er im Rahmen der Schleusung in eine Situation gerät, die konkret geeignet ist, sein Leben zu gefährden, ohne dass es zu einer tatsächlichen Lebensgefahr gekommen sein muss.²⁴²³ Das Merkmal entspricht insoweit § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, sodass zur Auslegung auf die zu dieser Vorschrift entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann.²⁴²⁴ Im Rahmen des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG wird dabei insbesondere auf die Reisemodalitäten abzustellen sein, wobei etwa Seepassagen auf seeuntüchtigen oder überfüllten Booten,²⁴²⁵ der Transport in luftdicht verschlossenen Containern oder ohne jede Sicherung mit entsprechend hoher Geschwindigkeit, die schwimmende Durchquerung gefährlicher Gewässer oder andere aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles objektiv gefährliche Situationen dem Tatbestand unterfallen.²⁴²⁶

Das Merkmal der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ist der menschenrechtlichen Terminologie entnommen.²⁴²⁷ Dementsprechend kann zu seiner Auslegung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 3 EMRK zurückgegriffen werden, welcher das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung enthält.²⁴²⁸ Als unmenschlich hat der Gerichtshof eine Behandlung angesehen, wenn sie absichtlich zugefügt wurde, über Stunden ohne Unterbrechung dauerte und entweder körperliche Verletzungen oder intensives physisches oder psychisches Leid verursacht hat; als erniedrigend gelten Behandlungen, die beim Opfer Gefühle von Furcht, Angst und Unterlegenheit verursachen und deshalb geeignet sind, es zu erniedrigen oder herabzusetzen und seinen körperlichen und geistigen Widerstand zu brechen, wobei der Europäische Gerichtshof für

2420 Dazu oben B. II. 2.

2421 BGH NJW 2018, 3658, 3659; auf die Sittenwidrigkeit der Einwilligung stellt auch GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 96 Rn. 47 f., ab.

2422 BGH NStZ-RR 2020, 184, 185; NStZ 2020, 677, 678 f.; vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 69; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 35; *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 20b; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 96 AufenthG Rn. 53.

2423 BGH NStZ 2020, 677, 678; siehe auch BGH, Beschl. v. 4.10.2019 – 1 StR 282/19, BeckRS 2019, 25903, Rn. 2; BGH, Beschl. v. 8.3.2022 – 1 StR 483/21, BeckRS 2022, 9231, Rn. 8; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 35.

2424 BGH NStZ 2020, 677, 678; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 65; zum Begriff in § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB vgl. TK-STGB/*Sternberg-Lieben*, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 26.

2425 BGH NStZ-RR 2020, 184, 185.

2426 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 65; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 38 f.; zu den Anforderungen an die Urteilsfeststellungen vgl. BGH, Beschl. v. 8.3.2022 – 1 StR 483/21, BeckRS 2022, 9231, Rn. 8 f.

2427 Vgl. Art. 3 EMRK; Art. 16 Abs. 1 UN-Anti-Folterkonvention; Art. 5 AEMR; vgl. *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 135.

2428 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 67.

Menschenrechte ein Mindestmaß an Schwere verlangt.²⁴²⁹ Auch der Bundesgerichtshof und die Literatur orientieren sich erkennbar an diesen Leitlinien und stellen auf die Herabwürdigung oder Demütigung der Geschleusten durch Hervorrufen von Gefühlen der Angst, Ohnmacht und Minderwertigkeit ab.²⁴³⁰ Eine derartige Herabwürdigung oder Demütigung kann dabei sowohl durch die Unterbringungs- und Transportbedingungen als auch durch den Umgang der Schleuser mit den Geschleusten erfolgen, etwa wenn diese wie „Vieh“ behandelt oder sonst entmenslicht werden.²⁴³¹ Bei der Auslegung ist freilich zu beachten, dass das Merkmal unmenschliche oder erniedrigende Behandlung im Kontext des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG sich nicht auf staatliche Hoheitsträger oder staatliche Schutzpflichten bezieht, sondern das Verhalten der Schleuser gegenüber den Geschleusten in den Blick nimmt. Dabei wird der Schleusungskontext bei der Bewertung der Behandlung nicht ausgeblendet werden können. Es muss daher im Einzelfall untersucht werden, ob die Behandlung über das hinausging, was für die Schleusung unbedingt notwendig gewesen ist.²⁴³²

Der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung wird ein Geschleuster ausgesetzt, wenn er im Rahmen der Schleusung in die konkrete Gefahr einer schweren Körperverletzung (§ 226 StGB) oder vergleichbar schwerwiegender Gesundheitsschäden gerät.²⁴³³ Eine konkrete Gefahr ist anzunehmen, wenn der (Nicht-)Eintritt des Schadens nach objektiver ex-post-Betrachtung nur noch vom Zufall abhing.²⁴³⁴ Insoweit kann sich die Auslegung an den parallelen Vorschriften der §§ 225 Abs. 3 Nr. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) und 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB orientieren.²⁴³⁵ Es handelt sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt.²⁴³⁶

Nicht erforderlich ist für die Tatbestandsverwirklichung, dass die Behandlung durch den Schleuser eigenhändig erfolgt. Es genügt vielmehr, wenn er die jeweilige Bezugstat des § 96 Abs. 1 AufenthG fördert und dabei billigend in Kauf nimmt, dass der Geschleuste während der Schleusung, also zwischen dem Zeitpunkt des unmittelbaren Ansatzens zur Anstiftung oder Beihilfe und der Vollendung der Tat durch Vollendung der Haupttat (insbesondere der unerlaubten Einreise), einer das Leben

2429 Zusammenfassend EGMR NVwZ 2009, 1547, 1548 m.w.N.

2430 BGH NJW 2018, 3658, 3659; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 37.

2431 BGH NJW 2018, 3658, 3659; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 37.

2432 Vgl. auch *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 135; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 37.

2433 BGH NSTz 2020, 677, 678; *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 2007, 135; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 38; zu § 250 StGB MK-StGB/Sander, 5. Aufl. 2025, § 250 Rn. 48.

2434 BGH NSTz 2020, 677, 678; vgl. BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 41.

2435 BGH NSTz 2020, 677, 678; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 38.

2436 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 38.

gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung ausgesetzt sein wird.²⁴³⁷

Alle drei Varianten des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG setzen vorsätzliches Handeln voraus, wobei Eventualvorsatz ausreicht. Das Vorsatzerfordernis ist dort von besonderer Bedeutung, wo humanitäre Unterstützung – sofern sie nicht mit der in dieser Untersuchung vertretenen Position tatbestandlich ausgeschieden wird – in gefährlichen Situationen geleistet wird, weil nicht auszuschließen ist, dass entsprechende Gesundheitsschäden eintreten. In derartigen Situationen werden humanitäre Helfer jedoch nicht die Gefährdung billigend in Kauf nehmen, sondern richtet sich ihr Handeln gerade auf eine Gefahrreducierung.

(6) Straßenverkehrsgefährdende Polizeiflucht

Mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz wurde § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 AufenthG als neuer Qualifikationstatbestand eingeführt. Die Änderung erfolgte vor dem Hintergrund eines vom Gesetzgeber konstatierten „zunehmend rücksichtsloser[en] und brutaler[en]“ Agierens der Schleuser gegenüber den geschleusten Personen und den kontrollierenden Polizeibeamten.²⁴³⁸ Dabei würden „[d]urch den verkehrswidrigen und rücksichtslosen Einsatz von Fahrzeugen [...] auch sogar unbeteiligte Dritte gefährdet.“²⁴³⁹ So sei zu beobachten, dass „Schleuser mit ihren Transportfahrzeugen in sehr vielen Fällen in Kontrollstellen oder während des Anhaltevorgangs“ polizeiliche Kontrollen durchbrechen würden und dadurch die eingesetzten Polizeibeamten „häufig in einer zum Teil lebensgefährlichen Art und Weise“ gefährdeten.²⁴⁴⁰ Die sich anschließende Flucht sei „geprägt von nichtangepassten/weit überhöhten Geschwindigkeiten und einem auch sonst in jeder Hinsicht nicht angepassten Verkehrsverhalten, wie beispielsweise das Missachten von Verkehrszeichenanlagen oder sonstigen Vorfahrtsregelungen bzw. Verkehrsregeln.“²⁴⁴¹ Durch dieses Fluchtverhalten würden unbeteiligte Verkehrsteilnehmer gefährdet und teilweise in schwere Unfälle verwickelt, wobei die Fahrer in vielen Fällen nach einem Unfall flüchteten und verletzte geschleuste Personen ohne weitere Hilfeleistung zurückließen.²⁴⁴²

Um diesem Phänomen der straßenverkehrsgefährdenden Polizeiflucht Rechnung zu tragen, wurde der Qualifikationstatbestand geschaffen, der seiner Grundstruktur nach als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist und deutliche Parallelen zu

2437 BGH, Urt. v. 15.3.2021 – 5 StR 627/19, BeckRS 2021, 6675, Rn. 22.

2438 BT-Drs. 20/10090, S. 18.

2439 BT-Drs. 20/10090, S. 18.

2440 BT-Drs. 20/10090, S. 19.

2441 BT-Drs. 20/10090, S. 19.

2442 BT-Drs. 20/10090, S. 19.

§§ 315c Abs. 1 Nr. 2 und 315d Abs. 2 StGB aufweist.²⁴⁴³ Soweit Schleuser mit wenigstens bedingtem Tötungsvorsatz oder Körperverletzungsvorsatz auf Polizeibeamte oder Dritte zufahren, um eine Kontrolle zu durchbrechen, war eine Strafbarkeit bereits nach der früheren Rechtslage unzweifelhaft anzunehmen, etwa wegen versuchten Mordes (§§ 211, 22, 23 Abs. 1 StGB im Blick auf die Mordmerkmale der Ermöglichungs- oder Verdeckungsabsicht) oder versuchter gefährlicher Körperverletzung (§§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 5, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB). Auch der darin liegende Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte war bereits nach § 113 Abs. 1, 2 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 StGB strafbar. Der Einsatz eines Kraftfahrzeugs zur Durchbrechung einer Polizeiabsperrung konnte zudem nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB als gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr bestraft werden.²⁴⁴⁴ Auch eine anschließende Flucht im Straßenverkehr konnte bei entsprechender Ausgestaltung, insbesondere wenn es dem Täter darauf ankam, als notwendiges Zwischenziel einer Polizeiflucht die höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, durch § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB angemessen erfasst werden.²⁴⁴⁵ Vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, dass der Gesetzgeber sich entschieden hat, die verkehrsgefährdende Polizeiflucht durch einen Schleuser separat als Qualifikationstatbestand auszugestalten und damit – im Vergleich zu § 315d Abs. 2 StGB – einer deutlich erhöhten Strafdrohung zu unterwerfen als Polizeifluchten in anderen Fällen. Erklären lässt sich dies nur mit der in der Beschlussempfehlung des Innenausschusses hervorgehobenen Typik dieser Verhaltensweisen, welche in einer engen Verknüpfung zwischen der Schleusungshandlung und der Straßenverkehrsgefährdung in Fluchtfällen zum Ausdruck komme. Zudem scheinen Einzelfälle, in denen insbesondere die Voraussetzungen der §§ 315b bis 315d StGB nicht verwirklicht worden waren, Anlass für die gesetzgeberische Intervention gewesen zu sein.²⁴⁴⁶

Tatbestandlich setzt § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 AufenthG zunächst voraus, dass der Schleusungstäter im Sinne des § 96 Abs. 1 AufenthG versucht, sich im Straßenverkehr einer polizeilichen Kontrolle zu entziehen, wobei er grob verkehrswidrig und rücksichtslos handeln muss. Hinzutreten muss die konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert. Der Versuch, sich einer polizeilichen Kontrolle zu entziehen, ist als objektives Tatbestandsmerkmal ausgestaltet und erfüllt, wenn der Täter unmittelbar dazu ansetzt, sich einer *polizeilichen* Kontrolle zu entziehen, wobei eine vollendete Entziehung

2443 Vgl. GK-AufenthG/*Bernhöft*, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 70; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 43; *Stephan*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 34.

2444 Siehe BGH, Beschl. v. 28.1.2025 – 4 StR 397/24, BeckRS 2025, 4372, Rn. 12 f., wobei der BGH aber das Erfordernis der „Pervertierung“ des Verkehrsvorgangs betont.

2445 Siehe dazu BGH NStZ-RR 2026, 25 f. Zu sog. Polizeifluchtfällen im Kontext des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB siehe BGH NJW 2021, 1173, 1175.

2446 Beispielhaft BGH, Beschl. v. 28.1.2025 – 4 StR 397/24, BeckRS 2025, 4372.

den Tatbestand gleichfalls erfüllt.²⁴⁴⁷ Als polizeiliche Kontrolle dürften sowohl grenzpolizeiliche Kontrollen der Bundespolizei als auch verkehrspolizeiliche Kontrollen der Landespolizeien zu bewerten sein, weil es nach der Gesetzesbegründung gerade darum geht, gefährliche Fluchtfahrten zu erfassen, und der Wortlaut eine Beschränkung auf grenzpolizeiliche Kontrollen nicht erkennen lässt, zumal der Qualifikationstatbestand auf den gesamten § 96 Abs. 1 AufenthG bezogen ist und also auch die Hilfeleistung zum unerlaubten Aufenthalt im Anschluss an die Einreise umfasst. Der Wortlaut „sich entziehen“ bezieht sich sowohl auf die aktive Vermeidung einer Polizeikontrolle (im Sinne eines sich von etwas Fernhaltens) als auch das Verlassen einer bereits begonnenen Kontrolle (im Sinne eines Entkommens).²⁴⁴⁸ In der Praxis werden im Lichte der weiteren Tatbestandsmerkmale Fälle der Kontrollvermeidung seltener vorkommen, weil sie eher nicht mit einer grob verkehrswidrigen oder rücksichtslosen Verhaltensweise einhergehen dürften. Zur Auslegung dieser Merkmale kann auf die zu §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 und 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden, in denen die Begriffe wort- und kontextgleich Verwendung finden. Grob verkehrswidrig ist ein Verhalten, das einen objektiv besonders schwerwiegenden Verkehrsverstoß darstellt; rücksichtslos handelt, wer sich aus eigensüchtigen Motiven über seine Pflichten als Verkehrsteilnehmer hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit schon keine Bedenken gegen sein Verhalten aufkommen lässt.²⁴⁴⁹ Die Einordnung des Merkmals „rücksichtslos“ ist dabei umstritten; teils wird darin ein von § 29 StGB umfasstes „besonderes Schuldmerkmal“²⁴⁵⁰ gesehen, teils ein dem Unrechtstatbestand zuzuordnendes Merkmal, das die gesteigerte subjektive Vorwerfbarkeit des Täterverhaltens zum Ausdruck bringen soll und das § 28 Abs. 2 StGB unterfällt.²⁴⁵¹

Als Folge des Entziehungsversuchs („und dadurch“) muss es zu einer konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert kommen. Erforderlich ist insoweit das Vorliegen eines Zurechnungszusammenhangs, sodass der Gefahreintritt in unmittelbarem zeitlichen und örtlichen Zusammenhang mit dem grob verkehrswidrigen und rücksichtslosen Entziehungsversuch stehen muss.²⁴⁵² Eine konkrete Gefahr ist anzunehmen, wenn sich

2447 BT-Drs. 20/10090, S. 19; GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 71; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 43.

2448 Vgl. duden.de, Eintrag „entziehen“, abrufbar unter: <<https://www.duden.de/rechtschreibung/entziehen>>.

2449 BGH NStZ 2021, 615; KG NStZ-RR 2008, 257; vgl. MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 78, 82; TK-StGB/Hecker, 31. Aufl. 2025, § 315c Rn. 27 f.; spezifisch zu § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 AufenthG siehe GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 71.

2450 BGH NJW 1962, 2165, 2166; BeckOK-StGB/Kudlich, 67. Edn. 2025, § 315c Rn. 41.3, § 29 Rn. 4.

2451 Vgl. TK-StGB/Hecker, 31. Aufl. 2025, § 315c Rn. 28; MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 83.

2452 Vgl. Stephan, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 34; zu § 315c StGB TK-StGB/Hecker, 31. Aufl. 2025, § 315c Rn. 34 ff.; MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 103.

der Nichteintritt des Schadens aus der objektiven ex-post-Perspektive als glücklicher Zufall darstellt.²⁴⁵³ Die Gesetzesbegründung geht nicht näher auf die Auslegung des Merkmals „eines anderen Menschen“ ein, sodass offen bleibt, ob auch geschleuste Personen als Mitfahrer vom Tatbestand geschützt werden. Dafür spricht, dass nach der gesamten Konzeption des § 96 Abs. 2 AufenthG auch der Schutz der geschleusten Personen mitbezweckt wird. Zwar sind Geschleuste zugleich notwendige Teilnehmer der Tat,²⁴⁵⁴ der Wortlaut lässt es mit dem Begriff des „anderen Menschen“ aber zu, lediglich den Schleuser selbst als untaugliches Tatopfer zu qualifizieren, jedenfalls solange die Geschleusten nicht ihrerseits Täter oder (nicht nur notwendige) Teilnehmer der Schleusungstat sind.²⁴⁵⁵ Fremde Sachen sind analog zu §§ 315c Abs. 1 Nr. 2, 315d Abs. 2 StGB alle Sachen, die nicht im Alleineigentum des Täters stehen oder herrenlos sind.²⁴⁵⁶ Davon ausgenommen ist allerdings das Schleuserfahrzeug, das als notwendiges Tatmittel nicht als fremde Sache im Sinne des Tatbestandes zu qualifizieren ist, unabhängig von den Eigentumsverhältnissen.²⁴⁵⁷ Gefährdet werden muss eine fremde Sache von bedeutendem Wert, wobei sowohl die Sache selbst von bedeutendem Wert sein muss als auch der ihr drohende Schaden einen bedeutenden Wert erreichen muss.²⁴⁵⁸ Die Wertgrenze wird dabei zwischen mindestens 750 Euro (Bundesgerichtshof²⁴⁵⁹) und mindestens 1.300 Euro (obergerichtliche Rechtsprechung²⁴⁶⁰ und Literatur) verortet.²⁴⁶¹ Bei der Wertbestimmung kommt es auf den Verkehrswert der Sache an, wobei eine tatbestandliche Gefahr eines drohenden Schaden voraussetzt, dessen Höhe sich anhand der potenziellen Wertminderung anhand des Marktwertes der Sache bestimmt.²⁴⁶²

Der Täter muss zudem vorsätzlich handeln, also mindestens bedingten Vorsatz hinsichtlich der versuchten grob verkehrswidrigen und rücksichtslosen Entziehung aus einer polizeilichen Kontrolle sowie hinsichtlich der konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem

2453 Sog. „Beinahe-Unfall“, siehe nur BGH NStZ 2012, 701 m.w.N.; 2019, 346, 347; BGH, Beschl. v. 8.II.2023 – 4 StR 460/22, BeckRS 2023, 37923, Rn. 13; BeckOK-StGB/Kudlich, 67. Edn. 2025, § 315c Rn. 58 ff.

2454 Zum Ausschluss von Tätern und Teilnehmern im Rahmen des § 315c StGB vgl. BGH NStZ 1999, 350, 351; 2012, 701 f.; 2013, 167; MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 93.

2455 Insoweit unklar Stephan, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 96 AufenthG Rn. 34.

2456 Vgl. BeckOK-StGB/Kudlich, 67. Edn. 2025, § 315c Rn. 65; MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 97.

2457 BGH NJW 1977, 1109 f.; NStZ 1999, 350, 351; 2012, 701; 2013, 167.

2458 BGH NStZ 2011, 215; 2019, 346, 347; NStZ-RR 2021, 187, 188; vgl. MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 94.

2459 BGH NStZ 2011, 215 f.; NStZ-RR 2019, 125; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 20d.

2460 OLG Dresden NJW 2005, 2633; OLG Jena, Beschl. v. 17.9.2008 – 1 Ss 167/08, BeckRS 2009, 44.

2461 Vgl. MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 96 m.w.N.

2462 BGH NStZ 2011, 215, 216; 2019, 346, 347; NStZ-RR 2021, 187, 188; vgl. MK-StGB/Pegel, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 95.

Wert aufweisen. Bei Zusammentreffen mit Straßenverkehrsdelikten wird aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen Tateinheit anzunehmen sein.²⁴⁶³

(7) Minderjährigenschleusung

§ 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG stellt die Anstiftung oder Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise minderjähriger lediger unbegleiteter Ausländer unter erhöhte Strafdrohung, und zwar unabhängig davon, ob der Minderjährige vorsätzlich oder rechtswidrig hinsichtlich der Bezugstat des § 96 Abs. 1 AufenthG gehandelt hat. Die in § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG enthaltene Akzessorietätsdurchbrechung wäre im Blick auf § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG nicht erforderlich gewesen. Tatbestandliche Voraussetzung des ursprünglich auf den Schutz besonders vulnerabler Personen gerichteten Qualifikationstatbestandes²⁴⁶⁴ ist, dass die unerlaubt einreisende Person minderjährig ist, also das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ledig ist, also keine wirksame Ehe geschlossen hat – wobei insbesondere Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB zu beachten ist –, und ohne Begleitung einer personensorgeberechtigten Person oder einer dritten Person, die die Fürsorge oder Obhut für sie übernommen hat, in die Bundesrepublik einreist. Der Täter muss zudem vorsätzlich handeln, also insbesondere auch jedenfalls bedingten Vorsatz darauf haben, dass die geschleuste Person minderjährig, ledig und unbegleitet ist.²⁴⁶⁵ Als dritte Person, die die Fürsorge oder Obhut übernommen hat, kommen nach der gesetzlichen Konzeption, die auf den Schutz vulnerabler Minderjähriger gerade auch vor professionellen Schleusern gerichtet ist, die Schleuser oder in ihrem Lager stehende Personen nicht in Betracht. Dies folgt schon aus dem Wortlaut, der von einer dritten Person spricht, die nach der Tatbestandsfassung, die den Schleuser und den Geschleusten als beteiligte Personen definiert, eine Person sein muss, welche nicht selbst am konkreten Schleusungsverhältnis teilnimmt.²⁴⁶⁶ Möglich ist es aber, dass aus einer Gruppe geschleuster Personen eine Person ernsthaft die Fürsorge oder Obhut für die minderjährige Person übernommen hat, wobei eine nicht nur gelegentliche Übernahme der Verantwortung für das körperliche und psychische Wohl des Minderjährigen vorausgesetzt wird.²⁴⁶⁷

Da § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG seit Inkrafttreten des Rückführungsverbesserungsgesetzes nicht mehr nur die Anstiftung oder Hilfeleistung gegen Vorteil (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG), sondern auch das wiederholte Handeln oder das Handeln zugunsten mehrerer Ausländer (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG) qualifiziert, unterfällt auch die ohne Vorteilserlangung erfolgende Unterstützung

2463 BGH NStZ-RR 2026, 25, 26.

2464 BT-Drs. 19/2438, S. 26; kritisch Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 20f.

2465 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 41.

2466 BT-Drs. 19/2438, S. 26; GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 73.

2467 BT-Drs. 19/2438, S. 26.

minderjähriger, lediger und unbegleiteter Ausländer dem Verbrechenstatbestand des § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG, wenn der „Täter“ wiederholt oder zugunsten von mindestens zwei Ausländern, von denen nur einer minderjährig zu sein braucht („in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 zugunsten eines minderjährigen ledigen Ausländers handelt“), handelt. Der Gesetzgeber ist dabei von einer Vergleichbarkeit des Unrechtsgehalts ausgegangen und wollte den Schutz von Minderjährigen vor „Schleusungskriminalität“ verbessern.²⁴⁶⁸ Tatsächlich kann es auch in Fällen, in denen die Gewährung oder das Versprechen eines Vorteils nicht nachgewiesen werden kann, zu einer erhöhten Gefährdung unbegleiteter Minderjähriger kommen. Zugleich kann es zahlreiche Fälle geben, in denen – gerade bei einer genuin humanitär motivierten Unterstützung – die Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise das *Risiko* für die betroffenen Minderjährigen senkt, etwa wenn unbegleitete Minderjährige nicht ihrem Schicksal auf der Migrationsroute überlassen, sondern gepflegt, versorgt und transportiert werden. In diesen Fällen muss, insbesondere wenn sie nicht mit der hier vertretenen Auffassung als normativ sozialadäquate Handlungen ohnehin aus dem Tatbestand ausgeschieden werden, eine teleologische Reduktion des Tatbestandes erwogen werden, um zu verhindern, dass risikoreduzierendes Verhalten mit der in § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG vorgesehenen Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht wird.²⁴⁶⁹ Dies ließe sich mit dem Übermaßverbot nicht in Einklang bringen. Der gesetzgeberische Wille steht einer einschränkenden Auslegung nicht entgegen, da es dem Gesetzgeber ersichtlich nicht darum ging, humanitäre Hilfe als Verbrechen zu erfassen, sondern der besonderen Gefahrenlage für vulnerable Minderjährige umfassend Rechnung zu tragen.²⁴⁷⁰

cc) Versuchsstrafbarkeit nach § 96 Abs. 3 AufenthG

Die Strafbarkeit des Versuchs nach § 96 Abs. 3 AufenthG bewirkt, dass sich auch strafbar macht, wer zu einer der in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG in Bezug genommenen, in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten²⁴⁷¹ Handlungen anstiftet oder Hilfe leistet, auch wenn die Haupttat letztlich nicht verwirklicht wird, sei es, weil sie nicht über das Versuchsstadium hinauskommt (Anstiftung oder Hilfeleistung zum Versuch) oder weil schon gar nicht unmittelbar zu ihr angesetzt wird, oder aber die Anstiftung oder Hilfeleistung für die Tatbe-

2468 BT-Drs. 20/10090, S. 19.

2469 Bei minder schweren Fällen sieht § 96 Abs. 2 Satz 3 AufenthG immer noch eine Mindeststrafe von sechs Monaten vor.

2470 Dies ergibt sich aus einer Zusammenschau der jeweiligen Gesetzesmaterialien, BT-Drs. 19/2438, S. 26, und BT-Drs. 20/10090, S. 19.

2471 BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 66; BGH, Beschl. v. 23.2.2021 – 1 StR 497/20, BeckRS 2021, 16059, Rn. 9.

gehung keine Rolle spielt (Versuch der Anstiftung oder Hilfeleistung).²⁴⁷² Unter diesem Gesichtspunkt umfasst § 96 Abs. 3 AufenthG aber auch den Fall, dass zur Schleusungshandlung unmittelbar angesetzt, diese aber nicht vollendet wird, etwa weil der Schleuser noch vor Erbringung seiner Unterstützungshandlung verhaftet wird.²⁴⁷³ § 96 Abs. 3 AufenthG bezieht sich seinem Wortlaut nach auf § 96 Abs. 1 und 2 AufenthG, wobei dies bezüglich Absatz 2 aufgrund des Verbrechenscharakters der Vorschrift rein deklaratorischen Charakter hat.

Die Regelung erweitert in der zweiten Variante des Versuchs der Anstiftung oder Hilfeleistung die Strafbarkeit ganz erheblich und geht dabei noch über die verwandte Regelung²⁴⁷⁴ des § 30 Abs. 1 StGB hinaus, der nur auf Verbrechen Anwendung findet und die versuchte Beihilfe zum Verbrechen nicht umfasst.²⁴⁷⁵ § 96 Abs. 3 AufenthG bewirkt nämlich, dass eine Strafbarkeit immer schon dann besteht, wenn unmittelbar zu Schleusungshandlungen angesetzt wird und der Tatentschluss sowohl die Anstiftung oder Hilfeleistung bei Vorliegen eines Schleusermerkmals als auch die Vornahme einer der in § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG in Bezug genommenen Handlungen durch die angestiftete oder unterstützte Person umfasst.²⁴⁷⁶ Ob der Beitrag des Täters sich in einem Schleusererfolg oder einem Versuch realisiert, ist dagegen ohne Bedeutung.²⁴⁷⁷ Damit setzt § 96 Abs. 3 AufenthG hinsichtlich der Strafbarkeit weit im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung an, da es für die Strafbarkeit nicht einmal darauf ankommt, dass die Haupttat in das Versuchsstadium eingetreten ist. Die Regelung fügt sich dabei in eine kriminalpolitische Entwicklung ein, die durch eine stete Vorverlagerung der Strafbarkeit in bestimmten Deliktsbereichen gekennzeichnet ist.²⁴⁷⁸ Immerhin ist eine Tendenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erkennbar, auf dem Wege einer „wertenden Konkretisierung“ eine gewisse Rückkopplung zum Stadium der Haupttatvorbereitung herbeizuführen und dadurch Fälle, in denen das Verhalten des Schleuserstatters

2472 BGH NJW 2012, 2821, 2822; NStZ 2015, 399, 400 f.; 2024, 47, 48; BGH, Beschl. v. 3.9.2015 – 3 StR 236/15, BeckRS 2015, 125409, Rn. 2; BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 8 f.; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 46; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 22 f.

2473 Zu einem solchen Fall BGH NStZ 2024, 47 ff.

2474 Vgl. dazu BGH NJW 2012, 2821, 2822; NStZ 2015, 399, 401; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 3.

2475 Die vom NS-Gesetzgeber zunächst mit der *Strafrechtsangleichungsverordnung* 1943 (RGBl. 1943, S. 339) eingeführte Strafbarkeit der versuchten Beihilfe wurde mit dem *Dritten Strafrechtsänderungsgesetz* 1953 (BGBl. 1953, S. 735) wieder abgeschafft, vgl. zur historischen Entwicklung MK-StGB/Scheinfeld, 5. Aufl. 2024, § 30 Rn. 6 f.

2476 BGH, Beschl. v. 23.2.2021 – 1 StR 497/20, BeckRS 2021, 16059, Rn. 9; siehe auch schon BGH, Beschl. v. 3.9.2015 – 3 StR 236/15, BeckRS 2015, 125409, Rn. 2 f.

2477 BGH, Beschl. v. 3.9.2015 – 3 StR 236/15, BeckRS 2015, 125409, Rn. 2 f.; BGH NStZ 2024, 47, 48; BeckOK-StGB/Dastis, 67. Edn. 2025, § 96 AufenthG Rn. 46.

2478 Kritisch dazu Epik, GA 2024, 181 ff.

noch weit vom „anvisierten Unterstützungserfolg“ entfernt ist, aus dem Bereich des strafbaren Versuchs auszuschneiden.²⁴⁷⁹

dd) Die EU-Schleusung (§ 96 Abs. 4 AufenthG)

§ 96 Abs. 4 AufenthG erweitert die Anwendbarkeit des § 96 Abs. 1 bis 3 AufenthG partiell auf sogenannte EU-Schleusungen, das heißt auf die Anstiftung oder Hilfeleistung zur Einreise in einen und zum Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Schengen-Staat. § 96 Abs. 4 AufenthG ist dabei unabhängig von den strafenwendungsrechtlichen Vorschriften der §§ 3 ff. StGB, insbesondere also losgelöst von Tatort und Staatsangehörigkeit des Täters, auf sämtliche Handlungen anwendbar, die die Anstiftung oder Hilfeleistung zu einer unerlaubten Einreise in den EU- oder Schengen-Raum oder zu einem unerlaubten Aufenthalt in diesem zum Ziel haben.²⁴⁸⁰ Damit trägt das Aufenthaltsgesetz der aus dem Unionsrecht folgenden Pönalisierungspflicht im Blick auf die Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise und zum unerlaubten Aufenthalt in das Hoheitsgebiet eines EU-Mitgliedstaates Rechnung.²⁴⁸¹

Voraussetzung einer Strafbarkeit nach § 96 Abs. 4 AufenthG ist zunächst, dass eine Zuwiderhandlung gegen Rechtsvorschriften eines EU- oder Schengen-Staates über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das jeweilige Hoheitsgebiet vorliegt. Diese muss nach § 96 Abs. 4 Nr. 1 AufenthG den in § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 oder Abs. 2 Nr. 1 AufenthG bezeichneten Handlungen entsprechen, also eine unerlaubte Einreise oder einen unerlaubten Aufenthalt in seiner schlichten oder aufgrund des Verstoßes gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot qualifizierten Form darstellen. Allerdings muss kein Verstoß gegen Strafvorschriften vorliegen; es genügt, dass eine verwaltungsrechtlich unerlaubte Einreise oder ein unerlaubter Aufenthalt vorliegt, was bei Fehlen eines nach dem Unionsrecht erforderlichen Vi-

2479 BGH NJW 2012, 2821, 2822; BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 66; BGH, Beschl. v. 23.2.2021 – 1 StR 497/20, BeckRS 2021, 16059, Rn. 9 ff.; GK-AufenthG/Bernhöft, 147. EL November 2024, § 96 Rn. 75; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 22.

2480 BGH NStZ-RR 2020, 184; BGH, Beschl. v. 14.8.2019 – 5 StR 228/19, BeckRS 2019, 21921, Rn. 9 f.; vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 43; Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 96 AufenthG Rn. 23a; Stephan, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 14. Aufl. 2022, § 96 AufenthG Rn. 33.

2481 Dazu näher oben C. III. 2. a). § 96 Abs. 4 AufenthG scheint jedoch darüber hinauszugehen, da durch den Verweis auf den gesamten § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG auch auf Taten nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verwiesen und damit die Anstiftung oder Hilfeleistung im Blick auf unrichtige oder unvollständige Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels einbezogen wird. Allerdings führt die Beschränkung des § 96 Abs. 4 AufenthG auf Handlungen, die „den in § 95 Absatz 1 Nummer 2 oder Nummer 3 oder Absatz 2 Nummer 1 bezeichneten Handlungen entsprechen“ (§ 96 Abs. 4 Nr. 1 AufenthG) letztlich dazu, dass der Verweis auf § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ins Leere geht.

sums stets der Fall ist.²⁴⁸² Zudem muss der Täter einen Ausländer unterstützen, der nicht die Staatsangehörigkeit eines EU- oder Schengen-Staates besitzt, mithin also Drittstaatsangehöriger oder staatenlos ist (§ 96 Abs. 4 Nr. 2 AufenthG). Hinzukommen müssen zusätzlich die Voraussetzungen der Norm, deren Anwendungsbereich durch § 96 Abs. 4 AufenthG erweitert wird, nämlich § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a), Nr. 2, Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 bis 3, 5 oder 6, Abs. 2 Satz 2 oder Abs. 3 AufenthG. Bei Einreise auf dem Landweg kann auch an § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG angeknüpft werden. Dadurch ist sichergestellt, dass auch in den Fällen der EU-Schleusung ein Schleusermerkmal erforderlich ist. Je nach Bezugspunkt muss auch in den Fällen der EU-Schleusung ein Handeln gegen Erhalt oder Versprechen eines Vorteils beziehungsweise Vermögensvorteils oder ein wiederholtes Handeln oder ein Handeln zugunsten mehrerer Drittstaatsangehöriger vorliegen. Bei der Auslegung der jeweiligen Schleusermerkmale besteht keine Besonderheit.

Durch das Rückführungsverbesserungsgesetz ist der Anwendungsbereich des § 96 Abs. 4 AufenthG deutlich erweitert worden.²⁴⁸³ Während zuvor die nicht-vorteils-motivierte Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG nicht von § 96 Abs. 4 AufenthG erfasst wurde, sodass stets nur eigennütziges Handeln gegen (Vermögens-)Vorteil eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 4 AufenthG begründen konnte, sollte das Rückführungsverbesserungsgesetz den Verweis des § 96 Abs. 4 AufenthG ursprünglich sogar uneingeschränkt auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG ausdehnen.²⁴⁸⁴ Da mit einer solchen Ausweitung die Gefahr einer vom Gesetzgeber nicht intendierten Kriminalisierung der zivilen Seenotrettung im Mittelmeer verbunden gewesen wäre,²⁴⁸⁵ schlug der Innenausschuss nach intensiver Beratung vor, den Verweis auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG auf Einreisen auf dem Landweg zu begrenzen.²⁴⁸⁶ Dieser Vorschlag wurde vom Bundestag gebilligt und letztlich Gesetz. Die Neufassung des § 96 Abs. 4 AufenthG ist trotz des Bemühens des Gesetzgebers, das Risiko der Kriminalisierung ziviler Seenotrettung zu minimieren,²⁴⁸⁷ im Ergebnis missglückt. So ist nicht zu erklären, weshalb die Anstiftung oder Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise in einen EU- oder Schengen-Staat ohne Vorteilsmotivation auf dem *Landweg* strafbares Unrecht konstituieren soll, während Schleusungen auf dem Luft- oder Seeweg unter diesem Gesichtspunkt straffrei bleiben. Insbesondere leuchtet nicht ein, weshalb humanitäre Hilfe auf dem

2482 BGH NStZ 2015, 399, 401; NStZ-RR 2020, 184, 185; BGH, Urt. v. 15.3.2021 – 5 StR 627/19, BeckRS 2021, 6675, Rn. 19; BGH, Beschl. v. 6.10.2021 – 6 StR 371/21, BeckRS 2021, 32706; BGH, Beschl. v. 6.10.2021 – 6 StR 372/21, BeckRS 2021, 32698; BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 3 StR 111/24, BeckRS 2025, 3577, Rn. 45. Dazu, dass der Verstoß gegen eine migrationsverwaltungsrechtliche Vorschrift genügt, bereits BGH NStZ 2001, 157, 158; 2002, 33, 34.

2483 Dazu oben A. II. 6. i).

2484 Zur Gesetzesgenese eingehend *Epik/Schatz*, NK 2024, 83 ff.

2485 Dazu eingehend *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 86 ff.

2486 BT-Drs. 20/10090, S. 20.

2487 Zu einem potenziell verbleibenden Restrisiko vgl. *Epik/Schatz*, KriPoZ 2024, 44, 48 f.

Mittelmeer hinsichtlich der Tatbestandsmäßigkeit grundsätzlich anders zu beurteilen sein sollte als humanitäre Hilfe an Land.²⁴⁸⁸ Es hätte deshalb nahe gelegen, die (vom Gesetzgeber offenbar für notwendig gehaltene) Ausweitung des § 96 Abs. 4 AufenthG auf Fälle des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG nicht im Blick auf den Einreiseweg einzuschränken, sondern durch einen Tatbestandsausschluss für Fälle humanitärer Hilfe einzuhegen, wie dies in Art. 1 Abs. 2 RL 2002/90/EG vorgesehen ist. Damit wäre dem Anliegen in einer strafrechtsdogmatisch konsistenten Form Rechnung getragen worden.²⁴⁸⁹

Im Blick auf den eindeutigen gesetzgeberischen Willen, den Verweis des § 96 Abs. 4 AufenthG auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG auf Einreisen *auf dem Landweg* zu beschränken, ist es erforderlich, dass der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung zur Auslegung des § 96 Abs. 4 AufenthG künftig anpasst. So ist der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung bislang davon ausgegangen, dass der ausdrückliche Verweis des § 96 Abs. 4 AufenthG auf die Qualifikationstatbestände des – in der geltenden Fassung – § 96 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1, 2, 3, 5 und 6 sowie Satz 2 AufenthG bewirke, dass § 96 Abs. 4 AufenthG auch dann anwendbar sei, wenn eine nicht-vorteilsmotivierte Anstiftung oder Hilfeleistung nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG durch einen der in Bezug genommenen Qualifikationstatbestände nach § 96 Abs. 2 AufenthG erfasst werde.²⁴⁹⁰ Daraus folgte bislang, dass die nach § 96 Abs. 4 AufenthG a.F. ursprünglich *tatbestandslose* nicht-vorteilsmotivierte Hilfeleistung zur Einreise in den EU- oder Schengen-Raum in dem Moment tatbestandsmäßig wurde, in dem sie einschlägig qualifiziert war. Für diese Position sprach *prima facie*, dass der Gesetzgeber die Qualifikationstatbestände ausdrücklich einzeln und nicht *in toto* in § 96 Abs. 4 AufenthG aufgenommen hatte. Hieraus konnte geschlussfolgert werden, dass der Gesetzgeber den Unrechtsgehalt in diesen Fällen als so schwerwiegend bewertet hat, dass es auf die Tätermotivation nicht ankommen sollte. Diesem Begründungsansatz, für den sich in den Gesetzesmaterialien kein eindeutiger Anhaltspunkt fand, ließen sich freilich schon auf Grundlage des § 96 Abs. 4 AufenthG a.F. zwei Argumente entgegenhalten: Zum einen ist der Verweis auf die Qualifikationstatbestände zwingend, wenn der Gesetzgeber deren erhöhten Strafraumen im Anwendungsbereich des § 96 Abs. 4 AufenthG zur Anwendung bringen will, worum es ihm mit dem Verweis primär gegangen sein dürfte.²⁴⁹¹ Zum

2488 Vgl. *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 100.

2489 Dazu bereits *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 98, 100.

2490 Noch zur alten Rechtslage BGH, Urt. v. 15.3.2021 – 5 StR 627/19, BeckRS 2021, 6675, Rn. 24: „[...] vielmehr erfasst § 96 Abs. 4 AufenthG auch uneigennützige Einreiseschleusungen, wenn sie unter den qualifizierenden Voraussetzungen des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 oder 5 AufenthG begangen werden [...]“; BGH NStZ 2024, 47, 50; BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 13. So bereits implizit BGH NStZ-RR 2020, 184, 185.

2491 Vgl. die Begründung für die Ausweitung des Verweises in § 96 Abs. 4 AufenthG auf § 96 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 5 AufenthG durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union v. 19.8.2007 (BGBl. I, S. 1970), BT-Drs. 16/5065, S. 200: „Um der Strafbemessung

anderen widerspricht es der Gesetzessystematik, den *explizit* beschränkten Verweis auf den Grundtatbestand durch einen Rückgriff auf den Qualifikationstatbestand auszuweiten.²⁴⁹² Das zweite Argument ist durch die gesetzgeberische Klarstellung und explizite Begrenzung des Verweises auf Einreisen auf dem Landweg noch einmal unterstrichen worden.

Wollte der Bundesgerichtshof dagegen an seiner bisherigen Position festhalten, hätte dies zur Folge, dass über § 96 Abs. 2 AufenthG Fälle humanitärer Hilfe, die der Gesetzgeber gerade ausklammern wollte, doch wieder § 96 Abs. 4 AufenthG unterfielen. So ließe sich etwa der Zusammenschluss mehrerer Personen zu einer Gruppe ziviler Seenotretter (zu erinnern ist an die zahlreichen Nichtregierungsorganisationen, welche im Mittelmeer die eigentlich den EU-Staaten obliegende humanitäre Aufgabe der Rettung in Seenot befindlicher Migranten übernommen haben), die sich auf die wiederholte Rettung von oftmals mehreren Ausländern und deren anschließenden Transport in den Hafen eines EU-Staates verständigt haben, als Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung altruistisch motivierter Hilfeleistungen zur unerlaubten – weil visumslosen – Einreise in das Hoheitsgebiet eines EU-Staates verbunden hat, qualifizieren. Ebenso ist im Blick zu behalten, dass die Rettung und der Transport lediger unbegleiteter Minderjähriger nach § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG (nach der Neufassung durch das Rückführungsverbesserungsgesetz) auch den Tatbestand des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG qualifizieren kann. Käme es mit dem Bundesgerichtshof dann nicht mehr darauf an, dass § 96 Abs. 4 AufenthG nur eingeschränkt auf den Grundtatbestand des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG verweist, wäre das wertungsmäßig kaum zu begründende Ergebnis, dass ausgerechnet die Rettung unbegleiteter Minderjähriger aus Seenot § 96 Abs. 4 AufenthG tatbestandlich unterfiele, beziehungsweise, dass über § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG jedes koordinierte und organisierte Vorgehen von Nichtregierungsorganisationen²⁴⁹³ mit einem Strafbarkeitsrisiko behaftet bliebe.²⁴⁹⁴ Zu prüfen wäre in diesen Fällen dann eine Rechtfertigung über § 34 StGB, bei der die Wertungen des Seevölkerrechts von entscheidender Bedeutung wären.²⁴⁹⁵

In diesem Zusammenhang ist auch der Verweis in § 96 Abs. 5 AufenthG und § 97 Abs. 4 AufenthG auf die Dritteinziehungsvorschrift des § 74a Nr. 1 StGB zu berücksichtigen. Diese ermöglicht es, Gegenstände auch dann einzuziehen, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen, mindestens leichtfertig dazu beigezogen hat, dass sie als Tatmittel verwendet worden sind. Dies

im Sinne des Rahmenbeschlusses zu genügen, ist der für Inlandstaten geltende Absatz 2 Nr. 1, 2 und 5 auch auf Auslandstaten zu beziehen.“

2492 Dieser Absatz beruht auf den Ausführungen in *Epik/Schatz*, KriPoZ 2024, 44, 45 f.

2493 Diese Gefahr ließe sich immerhin noch durch eine enge Auslegung des Bandenbegriffs vermeiden.

2494 Dazu kritisch bereits *Epik/Schatz*, KriPoZ 2024, 44, 48 f.

2495 Vgl. *Epik/Schatz*, KriPoZ 2024, 44, 47 f., eingehend zur Rechtslage nach dem deutschen und internationalen öffentlichen Recht vgl. *Schatz/Epik*, AVR 2024, 445 ff.

stellt insbesondere für Organisationen, die Eigentümer beispielsweise von Rettungsschiffen oder anderen Transportfahrzeugen sind, wie etwa Seenotrettungsorganisationen, ein erhebliches wirtschaftliches Risiko dar. Gerade weil auch humanitäre Unterstützungshandlungen nicht rechtssicher aus dem Anwendungsbereich des § 96 AufenthG ausgenommen sind, kann der Verweis auf § 74a StGB potenziell bewirken, dass den betreffenden Organisationen ihre Arbeitsmittel entzogen werden, wenn sich ihre Mitglieder wegen eines Schleusungsdelikts verantworten müssen.

ee) Qualifikationstatbestände des § 97 AufenthG

§ 97 AufenthG enthält in § 97 Abs. 1 AufenthG zunächst eine Erfolgsqualifikation (Einschleusen mit Todesfolge) und in § 97 Abs. 2 AufenthG einen zusätzlichen Qualifikationstatbestand (gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen).

(1) Einschleusen mit Todesfolge

§ 97 Abs. 1 Satz 1 AufenthG bedroht mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren denjenigen, der in den Fällen des § 96 Abs. 1 AufenthG, auch in Verbindung mit § 96 Abs. 4 AufenthG, den Tod eines anderen Menschen verursacht. Die frühere Tatbestandsfassung, die nur bei Verursachung des Todes des Geschleuten eingriff,²⁴⁹⁶ ist durch das Rückführungsverbesserungsgesetz erweitert worden.²⁴⁹⁷ Es handelt sich um eine Erfolgsqualifikation im Sinne des § 18 StGB, da § 97 Abs. 1 Satz 1 AufenthG an den Eintritt der Todesfolge eine schwerere Strafe knüpft.²⁴⁹⁸ Dementsprechend genügt es für eine Strafbarkeit nach § 97 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, wenn der Täter hinsichtlich der Todesfolge fahrlässig handelt.²⁴⁹⁹ Erforderlich ist allerdings, dass ein tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang zwischen der Schleusungstat und dem Eintritt des Todes eines anderen Menschen besteht. Zu verlangen ist dabei, dass die „den Tod des Opfers herbeiführende Handlung derart eng mit dem Tatgeschehen verbunden ist, dass sich in der Todesfolge die der Tat eigentümliche besondere Gefährlichkeit des Grunddelikts verwirklicht“²⁵⁰⁰.²⁵⁰¹ Der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang muss insbesondere in Fällen nicht-vorteilsmotivierter Hilfeleis-

2496 Zu dieser MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 97 AufenthG Rn. 4 ff.

2497 BT-Drs. 20/10090, S. 20.

2498 BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 7 m.w.N.

2499 BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 27; BGH, Beschl. v. 24.6.2025 – 3 StR 173/25, BeckRS 2025, 21020, Rn. 7.

2500 GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 97 Rn. 4.

2501 BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 29; ebenso GK-AufenthG/*Bernhöft*, 149. EL März 2025, § 97 Rn. 9; BeckOK-StGB/*Dastis*, 67. Edn. 2025, § 97 AufenthG Rn. 2 f.; Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 137. Aktualisierung Juli 2024, § 97 AufenthG Rn. 5; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 330. Lediglich einen Kausalzusammenhang fordernd MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 97 AufenthG Rn. 4. Offengelassen von *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 97 AufenthG Rn. 3.

tung sorgfältig untersucht werden: Geht von der Unterstützungshandlung als solche keine gesteigerte Gefährlichkeit für Leib und Leben des Geschleuten aus oder ist sie gar auf eine Verringerung entsprechender Risiken gerichtet, realisiert sich im Todeseintritt gerade nicht die besondere Gefährlichkeit des Grunddelikts.²⁵⁰²

Der Versuch der Erfolgsqualifikation²⁵⁰³ ist nach § 97 Abs. 1 AufenthG i.V.m. §§ 22, 23 Abs. 1 und 12 Abs. 1 StGB strafbar, sodass auch der Versuch des Einschleusens einen tauglichen Anknüpfungspunkt für § 97 Abs. 1 AufenthG bildet, etwa wenn während des Schleusungsvorgangs, aber noch in weiter Entfernung von der Grenze (der Bundesrepublik oder eines EU-Staates), ein anderer Mensch getötet wird, etwa bei dem Versuch, das Mittelmeer von der libyschen Küste aus zu überqueren.²⁵⁰⁴ Diese weite Vorverlagerung der Strafbarkeit lässt sich im Blick auf den Schutz *der Geschleuten* und anderer unbeteiligter Personen, welchen § 97 Abs. 1 AufenthG ersichtlich bezweckt,²⁵⁰⁵ legitimieren, da die besondere Gefährlichkeit des Einschleusens für Leib und Leben nicht aus ihrem *Erfolg*, sondern aus dem Schleusungsvorgang selbst resultiert.²⁵⁰⁶ Über § 30 StGB ist auch der Versuch der Beteiligung strafbar.²⁵⁰⁷

Zu berücksichtigen ist ferner, dass bei einer gemeinschaftlich durchgeführten Schleusung für eine Strafbarkeit wegen Einschleusens mit Todesfolge bereits ausreicht, dass jeder Beteiligte den Grundtatbestand des § 96 Abs. 1 AufenthG vorsätzlich verwirklicht hat und dabei für ihn objektiv und subjektiv vorhersehbar war, dass ein Mensch zu Tode kommen könnte, auch wenn sich die konkret den Tod herbeiführende Handlung als Exzesshandlung darstellt. Dies folgt aus dem Charakter des Tatbestandes als Erfolgsqualifikation (§ 18 StGB), der ein vorsätzliches – und damit vom Tatplan umfasstes – Verhalten lediglich für den Grundtatbestand voraussetzt und im Übrigen Fahrlässigkeit genügen lässt. Damit geht im Kontext gemeinschaftlich organisierter und durchgeführter Schleusungen zugleich ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko für jeden Beteiligten einher, das noch dazu dadurch erhöht wird, dass § 96 Abs. 1 AufenthG als vertyppte Teilnahmehandlung keine Tatherrschaft über den Einreisevorgang der Geschleuten voraussetzt, sondern lediglich Tatherrschaft über

2502 Dazu bereits oben B. II. 3. d) aa) (2).

2503 Dazu allgemein MK-StGB/*Hardtung*, 5. Aufl. 2024, § 18 Rn. 74 ff.

2504 Vgl. dazu *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 97 AufenthG Rn. 11a; GK-AufenthG/*Bernhöft*, 149. EL März 2025, § 97 Rn. 15; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 331, der allerdings entgegen der hier vertretenen Auffassung zugleich annimmt, § 96 Abs. 1 AufenthG umfasse den Versuch der unerlaubten Einreise nach § 95 Abs. 3 AufenthG; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 97 Rn. 5; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/*Waffner*, 81. EL Dezember 2019, 2. Abschnitt J § 97 AufenthG Rn. 15.

2505 Vgl. oben B. II. 3. d) aa) (2).

2506 Vgl. *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, § 97 AufenthG Rn. 11a; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 330.

2507 Vgl. *Stephan*, in: *Bergmann/Dienelt* (Hrsg.), Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 97 AufenthG Rn. 2.

die eigene Unterstützungshandlung impliziert.²⁵⁰⁸ Eine Einwilligung der Geschleusten kommt auf Grundlage der herrschenden Meinung nicht in Betracht.²⁵⁰⁹

Ein anderer Mensch kann dabei nach dem durch das Rückführungsverbesserungsgesetz erweiterten Wortlaut und im Blick auf den gleichfalls erweiterten Schutzzweck des Tatbestandes neben einer geschleusten Person auch ein Dritter sein: Nach der Vorstellung des Gesetzgebers kommen insbesondere Polizisten oder gänzlich unbeteiligte Personen in Betracht, beispielsweise wenn sie in den Fällen des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 AufenthG in einen Verkehrsunfall verwickelt werden.²⁵¹⁰ Darüber hinaus ist aber auch an die Retter von in Not geratenen Geschleusten zu denken. Letzteres ist insbesondere in Fällen der Seenotrettung vorstellbar, wenn nämlich Seenotretter geschleusten Personen, die von einem see- oder manövrieruntauglichen Boot oder Schiff oder sogar aus dem Wasser gerettet werden müssen, zur Hilfe kommen und dabei selbst zu Tode kommen. Da Schleuser davon ausgehen müssen, dass Schiffskapitäne aufgrund der völkerrechtlich begründeten Rettungspflicht²⁵¹¹ den Geschleusten zur Hilfe kommen werden, wird durch ihre eigenverantwortliche Selbstgefährdung der Zurechnungszusammenhang nicht durchbrochen.²⁵¹²

Handelt der Täter bezüglich des Todes eines anderen Menschen wenigstens leichtfertig, ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.²⁵¹³ Ein solch leichtfertiges Handeln wird etwa in den Fällen anzunehmen sein, in denen der Schleuser weiß, dass er den Geschleusten auf eine lebensgefährliche Seepassage in seeuntauglichen oder manövrierunfähigen Booten schickt. Ebenso leichtfertig ist es, wenn Menschen in geschlossenen Behältnissen geschleust werden, in denen eine ausreichende Luftzufuhr nicht gewährleistet ist. Liegt sogar bedingt vorsätzliches Handeln vor, ist Idealkonkurrenz zu §§ 212, 211 StGB anzunehmen. Der Wortlaut des § 97 Abs. 1 Satz 2 AufenthG („wenigstens leichtfertig“) indiziert insoweit mittlerweile, dass auch ein mit bedingtem oder direktem Tötungsvorsatz handelnder Täter den Tatbestand der Erfolgsqualifikation erfüllt und daher kein Exklusivitätsverhältnis zu den vorsätzlichen Tötungsdelikten besteht.²⁵¹⁴

2508 BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 33 ff.; näher *Epik*, JR 2025, 534, 539 ff.; dazu bereits oben E. V. I. b) aa) (3).

2509 Dazu bereits oben E. V. I. b) bb) (5).

2510 BT-Drs. 20/10090, S. 20.

2511 Näher *Schatz/Epik*, AVR 2024, 445, 448 ff.

2512 Zu den sog. Retterfällen im Kontext des § 306c StGB vgl. MK-StGB/*Radtke*, 4. Aufl. 2022, § 306c Rn. 17 ff. m.w.N.

2513 § 97 Abs. 1 Satz 2 AufenthG.

2514 Überzeugend insoweit GK-AufenthG/*Bernhöft*, 149. EL März 2025, § 97 Rn. 14; BeckOK-StGB/*Das-tis*, 67. Edn. 2025, § 97 AufenthG Rn. 8; MK-StGB/*Gericke*, 4. Aufl. 2022, § 97 AufenthG Rn. 6; GK-AufenthG/*Mosbacher*, 28. EL Juli 2008, § 97 Rn. 6. Anders dagegen auf Grundlage der früheren Gesetzesfassung Hailbronner-Ausländerrecht/*Hailbronner*, 123. EL 2022, § 97 AufenthG Rn. 2a.

(2) Gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen

§ 97 Abs. 2 AufenthG droht eine Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren für denjenigen an, der in den Fällen des § 96 Abs. 1 AufenthG, auch in Verbindung mit § 96 Abs. 4 AufenthG, als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt. Voraussetzung des weiteren Qualifikationstatbestandes ist also, dass die Qualifikationen des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 AufenthG in Bezug auf eine Tat nach § 96 Abs. 1 oder Abs. 4 AufenthG koinzidierend verwirklicht werden. Die Kombination aus Bandentat und gewerbsmäßiger Tatbegehung findet sich in vergleichbarer Form auch in § 244a StGB oder § 263 Abs. 5 StGB. Voraussetzung ist, dass sich der Vorsatz auf beide Qualifikationsmerkmale erstreckt. Zu den einzelnen Merkmalen gelten die zuvor herausgearbeiteten Grundsätze. Aufgrund des Verbrechenscharakters des § 97 Abs. 2 AufenthG ist der Versuch strafbar. Auch § 30 Abs. 2 StGB ist anwendbar, sodass bereits der *Vorgang der Bandenbildung* strafrechtlich erfasst werden kann.²⁵¹⁵ § 97 Abs. 2 AufenthG verdrängt die zugleich verwirklichten Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 AufenthG im Wege der Spezialität, nicht jedoch die übrigen Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 AufenthG.²⁵¹⁶

c) Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Migrationsstrafrechts allgemein und des „Schleusertatbestandes“ im Besonderen inzwischen an die Grenzen des strafgesetzgeberischen Gestaltungsspielraums stößt. Das Rückführungsverbesserungsgesetz hat durch die Ausweitung des § 96 Abs. 4 AufenthG auf § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG einen inhaltlich nicht gerechtfertigten und vom Gesetzgeber auch nicht näher begründeten Verlust an strafrechtsdogmatischer Konsistenz bewirkt. Die Gefahr der Kriminalisierung ziviler Seenotrettung mag dabei – jedenfalls soweit der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung anpasst – noch im letzten Moment abgewendet worden sein, jedoch bleiben Strafbarkeitsrisiken für Nichtregierungsorganisationen, die Migranten an Land unterstützen. Dadurch gerät § 96 AufenthG zunehmend in die Nähe einer unverhältnismäßigen Kriminalisierung humanitärer Hilfeleistung, die unions- und völkerrechtlich nicht geboten und sowohl verfassungs- wie auch unions- und völkerrechtlich unzulässig ist. Die Beseitigung der limitierten Akzessorietät durch § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, durch welche die Schleusung handlungsunfähiger Personen tatbestandlich fassbar gemacht werden sollte, schneidet zudem eine Lösung über

2515 BGH, Beschl. v. 5.11.2024 – 5 StR 525/24, BeckRS 2024, 32218; MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 97 AufenthG Rn. 7.

2516 BGH, Urt. v. 19.12.2024 – 5 StR 490/24, BeckRS 2024, 40362, Rn. 23 f.; siehe ferner BGH, Urt. v. 26.1.2021 – 1 StR 289/20, BeckRS 2021, 5118, Rn. 31.

Art. 31 Abs. 1 GFK als Rechtfertigungsgrund für Fälle der Unterstützung von Flüchtlingen ab. Vor diesem Hintergrund ist nochmals auf die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung unter Berücksichtigung des Kriteriums normativer Sozialadäquanz hinzuweisen. Damit lässt sich eine begrenzte Korrektur der überschießenden – und vom Gesetzgeber jedenfalls offiziell nicht intendierten – Kriminalisierung humanitärer Unterstützungshandlungen erreichen.

2. Die Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung (§§ 84 und 84a AsylG)

Die Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nach § 84 Abs. 1 AsylG wurde wie der „Schleusertatbestand“ mit dem *Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung* 1981 eingeführt.²⁵¹⁷ Ursprünglich war auch die Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nur strafbar, wenn der Täter gegen Erhalt oder Versprechen eines Vermögensvorteils handelte;²⁵¹⁸ dieses Erfordernis hat der Gesetzgeber jedoch mit dem *Zweiten Gesetz zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes* 1987 beseitigt.²⁵¹⁹ Das Handeln gegen Vermögensvorteil und das wiederholte Handeln oder das Handeln zugunsten von mehr als fünf, also mindestens sechs,²⁵²⁰ Ausländern stellen lediglich Regelbeispiele eines besonders schweren Falles nach § 84 Abs. 2 AsylG dar.²⁵²¹

§ 84 Abs. 1 AsylG ist trotz der skizzierten Unterschiede im Ausgangspunkt noch immer analog zu § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG konstruiert. Auch hier wird ein primär als Teilnahme zu qualifizierendes Verhalten – das Verleiten zu oder Unterstützen bei unrichtigen oder unvollständigen Angaben im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren – zu einer täterschaftlichen „Verleitung“ heraufgestuft.²⁵²² Die Besonderheit des Tatbestandes bestand bis zum Rückführungsverbesserungsgesetz freilich darin, dass die Bezugshandlung, nämlich die unrichtige oder unvollständige Angabe im Asylverfahren durch den Asylantragsteller selbst keinen Straftatbestand erfüllte,²⁵²³ sodass es sich bei § 84 Abs. 1 AsylG um ein vertyptes Teilnahmedelikt ohne Bezugstat handelte.²⁵²⁴ Inzwischen existiert mit § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG ein Straftatbestand, der die Bezugshandlung des § 84 Abs. 1 AsylG unter Strafe

2517 Vgl. oben A. II. 3. c) cc).

2518 Dazu oben A. II. 3. c) cc).

2519 Dazu oben A. II. 3. c) ee).

2520 Vgl. Schiedermaier/Wollenschläger, *Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 80.

2521 Zur Auslegung kann auf die Ausführungen zu § 96 Abs. 1 AufenthG verwiesen werden, vgl. oben E. V. 1. b) aa) (l) (c).

2522 Wie bei § 85 Abs. 2 AsylG unterfallen Angaben gegenüber der Grenzpolizei oder der Ausländerbehörde dem Tatbestand nicht, vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 31 f.

2523 Kritisch gegenüber der unterlassenen Kriminalisierung der Asylbewerber selbst MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 2 f.

2524 Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 154, spricht von einem „unechten“ beziehungsweise „selbstständigen“ Teilnahmedelikt.

stellt und durch die Einbeziehung der Feststellung von Abschiebungshindernissen nach § 60 Abs. 5, 7 AufenthG sogar darüber hinausgeht. Damit stellt sich die Frage, ob § 84 Abs. 1 AsylG deshalb nunmehr – analog zu § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG – als limitiert-akzessorischer Tatbestand einzuordnen ist. Dagegen spricht freilich die Gesetzesgenese. Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber mit § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG eine limitierte Akzessorietät des § 84 Abs. 1 AsylG begründen wollte, zumal er zugleich § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG eingefügt und damit die limitierte Akzessorietät hinsichtlich § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG partiell beseitigt hat. §§ 84 und 84a AsylG müssen deshalb auch künftig losgelöst von § 85 Abs. 2 AsylG betrachtet werden. Mit dem Wortlaut, der gerade nicht auf ein Anstiften und Hilfeleisten, sondern auf das Verleiten und Unterstützen abstellt, ist dies ohne Weiteres vereinbar.²⁵²⁵ Das Verhalten des Asylantragstellers selbst ist ausschließlich nach § 85 Abs. 2 AsylG zu beurteilen; seine mögliche Beteiligung an §§ 84, 84a AsylG ist als notwendige Teilnahme zu qualifizieren und daher keine strafbare Teilnahme an der Verleitungstat.²⁵²⁶ Dies folgte früher aus der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung, Falschangaben von Asylantragstellern nicht mit Strafe zu bedrohen; inzwischen ergibt sich diese Konsequenz aus dem Charakter des § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG als speziellerem Tatbestand.

Allerdings scheint im Lichte der Einführung des § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG der Strafraum (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) des § 84 Abs. 1 AsylG, der demjenigen des § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG entspricht, inzwischen nicht mehr stimmig und führt zu einem systematischen Widerspruch: Da derjenige, der eine Beihilfe zu § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB leistet, *regelmäßig* auch § 84 Abs. 1 AsylG verwirklicht, wird durch § 84 Abs. 1 AsylG, der als spezielleres Gesetz mit höherer Strafdrohung die Beihilfe zu § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG wohl verdrängt, die in § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB eigentlich vorgesehene obligatorische Strafmilderung für den Gehilfen ausgeschlossen, ohne dass § 84 Abs. 1 AsylG ein gegenüber der schlichten Beihilfe unrechts- oder schuldsteigerndes Merkmal enthielte. Dies kollidiert mit der Grundannahme des Gesetzgebers, nach der schlichte Beihilfehandlungen einen gegenüber der Haupttat verringerten Unrechts- und Schuldgehalt aufweisen.²⁵²⁷ Der Gesetzgeber wird – sofern er an § 85 Abs. 2 AsylG festhält – daher erwägen müssen, ob er der neuen Gesetzessystematik nicht durch die Wiedereinführung der Schleusermerkmale in den Grundtatbestand des § 84 Abs. 1 AsylG Rechnung trägt.

2525 Vgl. Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 154; Cannawurf, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, 2007, 77 f.

2526 Zur notwendigen Teilnahme bereits oben E. V. I. b) aa) (3); im Ergebnis wie hier Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner, 66. Aktualisierung November 2009, § 84 AsylG Rn. 5 f.

2527 Zu diesem Aspekt schon im Lichte des § 84 AsylVfG a.F. nach Streichung der qualifizierenden Schleusermerkmale Aurnhammer, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, 1996, 155 f.

Tatbestandlich setzt § 84 Abs. 1 AsylG zunächst voraus, dass ein Ausländer im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren²⁵²⁸ unrichtige oder unvollständige Angaben macht, um seine Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung internationalen Schutzes (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylG) zu ermöglichen. Angaben, die gemacht werden, um die Feststellung von Abschiebungsverboten (§ 60 Abs. 5, 7 AufenthG) zu erreichen, bilden aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlauts keinen tauglichen Anknüpfungspunkt.²⁵²⁹ Ein vollendetes Delikt nach § 84 Abs. 1 AsylG setzt also das Machen der Angabe durch den Asylbewerber voraus.²⁵³⁰ Nach den vorangegangenen Ausführungen genügt dabei bereits eine objektiv unrichtige oder unvollständige Angabe, die mit der Intention der Schutzstatuserlangung erfolgt. Insoweit kann auch hinsichtlich des Umfangs der Auskunftspflicht auf die Ausführungen zu § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG verwiesen werden.²⁵³¹ Ebenso wie dort ist auch für § 84 Abs. 1 AsylG eine Erfolgskausalität in dem Sinne, dass die unrichtige oder unvollständige Angabe zur Gewährung eines Schutzstatus geführt haben muss, nicht erforderlich.²⁵³²

Zu der unrichtigen oder unvollständigen Angabe muss der Täter den Ausländer verleiten oder ihn bei einer solchen unterstützen. Insoweit gelten die Ausführungen zur Anstiftung und Hilfeleistung nach § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG zunächst entsprechend.²⁵³³ Der Begriff des Verleitens umfasst aber über den Begriff der „Anstiftung“ hinausgehend auch ein mittelbar-täterschaftliches Verhalten, wie etwa in Fällen, in denen beim betroffenen Ausländer ein Irrtum über den Umfang seiner Vortragspflicht hervorgerufen wird.²⁵³⁴ Ein Verleiten ist dagegen nicht mehr möglich, wenn der Asylbewerber bereits fest zu einer unrichtigen oder unvollständigen Angabe entschlossen ist; in Betracht kommt dann eine „psychische“ Unterstützung durch Bestärkung des Entschlusses.²⁵³⁵ Ein Unterstützen durch Unterlassen ist denkbar,

2528 Vgl. dazu oben E. IV. 2. a). Angaben im Vorfeld des Asylverfahrens oder gegenüber anderen Stellen genügen nicht.

2529 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 29.

2530 Vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 19; *Marx*, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 84 Rn. 5; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 40.

2531 Vgl. oben E. IV. 2. a).

2532 Vgl. *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 84 AsylG Rn. 2; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 7 Rn. 32; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 40.

2533 Nach MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 22, soll die Tathandlung in der „Beeinflussung des Willens eines Ausländers dahin, mit unrichtigen oder unvollständigen Angaben Asylantrag zu stellen bzw. die Zuerkennung internationalen Schutzes gem. §§ 3–4 AsylG zu begehren.“

2534 Vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 157; *Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner*, 66. Aktualisierung November 2009, § 84 AsylG Rn. 11; *Heinrich*, ZAR 2003, 166, 174; *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 7 Rn. 31; *Marx*, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 84 Rn. 5; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 35; *Schiedermair/Wollenschläger*, Handbuch des Ausländerrechts/*Waßner*, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 59.

2535 BVerfG NJOZ 2011, 781, 782 f.; vgl. GK-AsylG/*Beichel-Benedetti*, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 42; *Hailbronner-Ausländerrecht/Hailbronner*, 66. Aktualisierung November 2009, § 84 AsylG Rn. 14; *Marx*, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 84 Rn. 5; MK-StGB/*Schmidt-Sommerfeld*, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 34.

wenn dem Unterstützer eine Garantenstellung im Blick auf die Integrität des Verwaltungsverfahrens zukommt. Hinsichtlich von Dolmetschern im Verfahren vor dem Bundesamt kann eine Garantenstellung aus vertraglicher Übernahme je nach Ausgestaltung des Anstellungsvertrags eingreifen; im Übrigen liegt dies eher fern.²⁵³⁶

Das Verleiten oder Unterstützen kann bereits deutlich im Vorfeld der eigentlichen Angaben erfolgen, sodass auch eine noch im Heimatland erfolgende Einwirkung auf den Asylbewerber die Strafbarkeit nach § 84 Abs. 1 AsylG begründet. Das deutsche Strafrecht ist auf solche Taten nach § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB anwendbar, weil die unrichtige oder unvollständige Angabe des Asylbewerbers als tatbestandlicher Erfolg des § 84 Abs. 1 AsylG erscheint.²⁵³⁷ Ob daneben auf § 9 Abs. 2 StGB zurückgegriffen werden kann, der Fälle der Teilnahme regelt, scheint dagegen zweifelhaft, weil § 84 Abs. 1 AsylG gerade keine limitiert-akzessorische Teilnahmeregelung darstellt.²⁵³⁸

Straffrei bleibt nach § 84 Abs. 5 AsylG, wer die Tat zugunsten eines Angehörigen (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB) begeht.²⁵³⁹ Dieser persönliche Strafausschließungsgrund²⁵⁴⁰ soll sicherstellen, dass Verleitung und Unterstützung im engen Familienkreis nicht strafrechtlich verfolgt werden. Damit wird dem fehlenden Strafbedürfnis bei unveränderter Tatbestandsmäßigkeit Rechnung getragen.

Grundsätzlich genügt für die Tatbestandserfüllung ein Eventualvorsatz.²⁵⁴¹ § 84 Abs. 1 AsylG ist aufgrund seiner weiten Tatbestandsfassung allerdings geeignet, auch berufs- oder sozialadäquate Verhaltensweisen tatbestandlich zu erfassen. Dies gilt insbesondere für ehrenamtliche und professionelle Asylrechtsberatung sowie die anwaltliche Vertretung von Asylbewerbern im Verfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren.²⁵⁴² Die Verleitung zu oder Unterstützung bei unrichtigen oder unvollständigen Angaben ist zwar für sich betrachtet nicht sozialadäquat und kann daher zulässigerweise zum Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit gemacht werden. Insoweit ist das Interesse der Allgemeinheit an materiell richtigen Asylentscheidungen legitimer Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit.²⁵⁴³ Allerdings muss zugleich eine Beratung und Unterstützung von Asylbewerbern im Asylverfahren möglich bleiben, zumal angesichts der komplexen rechtlichen Fragestellungen, des einge-

2536 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 39.

2537 Vgl. Marx, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 84 Rn. 3; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 17; Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 62.

2538 Anders offenbar MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 17.

2539 Nach Schiedermair/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 124, soll insoweit das Recht des Heimatlandes für die familienrechtliche Beurteilung relevant sein.

2540 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 94.

2541 Vgl. Hohoff, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 84 AsylG Rn. 8; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 48.

2542 BVerfG NJOZ 2011, 781, 782 f.; vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 12 ff.

2543 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 1.

schränkten gerichtlichen Rechtsschutzes und der teils verkürzten Rechtsmittelfristen (§ 74 AsylG). Auch ist die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit (Art. 12 GG) der Berufsträger, insbesondere von Rechtsanwälten, zu berücksichtigen.²⁵⁴⁴ Deshalb ist im Einklang mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Geldwäsche durch Annahme von Strafverteidigerhonoraren zu verlangen, dass ein Asylrechtsberater – ehrenamtlich oder professionell – sichere Kenntnis (dolus directus 2. Grades) von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Asylbewerbers hat, damit der Tatbestand des § 84 Abs. 1 AsylG erfüllt ist.²⁵⁴⁵

Der Versuch der Verleitung ist nach § 84 Abs. 4 AsylG strafbar. Wie bei § 96 AufenthG unterfallen diesem Tatbestand sowohl Konstellationen, in denen die Verleitung oder Unterstützung bereits erfolgt ist, jedoch die Bezugstat nicht vollendet wird, als auch solche, in denen schon die Verleitung oder Unterstützung nur versucht, aber nicht vollendet wird. Damit greift § 84 Abs. 4 AsylG wie schon § 96 Abs. 3 AufenthG weit in das Vorfeld aus.²⁵⁴⁶

§ 84 Abs. 3 AsylG enthält Qualifikationstatbestände (gewerbsmäßiges Handeln, Nr. 1, und Bandentaten, Nr. 2), zu deren Auslegung die Ausführungen zu § 96 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG entsprechend herangezogen werden können. Dies gilt auch für den Qualifikationstatbestand des § 84a Abs. 1 AsylG (gewerbs- und bandenmäßige Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung), der mit einer Mindeststrafe von einem Jahr als Verbrechenstatbestand ausgestaltet ist und voraussetzt, dass die Qualifikationsmerkmale des § 84 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 AsylG gleichzeitig verwirklicht werden; insoweit sind die Ausführungen zu § 97 Abs. 2 AufenthG übertragbar. Ein minder schwerer Fall mit einem Strafraum von sechs Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe ist in § 84a Abs. 2 AsylG vorgesehen. Auch im Blick auf § 84a AsylG

2544 BVerfG NJOZ 2011, 781, 782.

2545 Das BVerfG NJOZ 2011, 781, 782, weist bezüglich der Anordnung einer Durchsuchung darauf hin, dass „[d]en besonderen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen dem tatbestandlichen Handeln und einer zulässigen Rechtsberatung [...] jedenfalls bei dem schwerwiegenden Grundrechtseingriff einer Wohnungsdurchsuchung dadurch Rechnung zu tragen [ist], dass diese nur bei konkreten Hinweisen auf eine strafbare Handlung nach § 84 AsylVfG und nach sorgfältiger Prüfung der objektiven Umstände und des Vorsatzes vorgenommen wird.“ Zu § 261 StGB BVerfG NJW 2004, 1305, 1311 f.; vgl. auch GK-AsylG/Beichel-Benedetti, 143. EL August 2023, § 84 Rn. 13; MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 16; weitergehend dagegen Marx, AsylG, 11. Aufl. 2022, § 84 Rn. 8 f.; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts/Waßmer, 78. EL Dezember 2018, 2. Abschnitt J § 84 AsylG Rn. 69 f. Diese Autoren stellen auf prozessual zulässiges Verhalten ab. Die Grenze zum strafbaren Verhalten soll nur überschreiten, wer seinen Mandanten zu unrichtigen oder unvollständigen Angaben verleitet oder wer nicht nur unrichtige oder unvollständige Angaben des Mandanten vorträgt, sondern darüber hinaus eigene Initiative entfaltet und wertende Ausführungen mit Bezug zu den unrichtigen oder unvollständigen Angaben macht. Es kann freilich kaum darauf ankommen, in welcher Form der Vortrag erfolgt. Noch weitergehend Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 7 Rn. 26 f., der nur das aktive Verleiten des Mandanten zu unrichtigen oder unvollständigen Angaben als strafbar ansieht und damit Fälle des Unterstützens für Rechtsanwälte – mit Ausnahme des Vortrags selbst erfundener Lügen – straffrei stellen will.

2546 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 73; vgl. auch schon Heinrich, ZAR 2003, 166, 174.

wird das Vorfeld der Tatbegehung über § 30 StGB weiträumig erfasst.²⁵⁴⁷ Gegenüber §§ 95 AufenthG, 27 StGB sowie §§ 96, 97 AufenthG gehen §§ 84, 84a AsylG als *leges speciales* vor.²⁵⁴⁸

VI. Konkurrenzen

Hinsichtlich der Konkurrenzen ist zwischen Konkurrenzen migrationsstrafrechtlicher Tatbestände zueinander und solchen mit Straftatbeständen des allgemeinen Strafrechts zu differenzieren. Zunächst ist festzuhalten, dass zwischen den Tatbeständen des Asylgesetzes und des Aufenthaltsgesetzes ein Spezialitätsverhältnis besteht, sodass die §§ 84 bis 85 AsylG die Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes verdrängen, solange der Kontext des Asylverfahrens besteht.²⁵⁴⁹ Für aufenthaltsrechtliche Verstöße vor Beginn und nach Abschluss des Asylverfahrens ist das Aufenthaltsgesetz freilich anwendbar. Dies folgt aus dem Umstand, dass zwar Asylbewerber grundsätzlich dem Aufenthaltsgesetz unterfallende Ausländer sind; jedoch enthält das Asylgesetz spezielle Regelungen hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten, wobei es zu Überschneidungsbereichen zwischen dem Aufenthaltsgesetz und dem Asylgesetz kommt. Da der Gesetzgeber jedoch in beiden Gesetzen eigenständige Strafvorschriften zur Bewehrung der entsprechenden verwaltungsrechtlichen Pflichten sowie unrichtiger und unvollständiger Angaben getroffen hat, muss dem spezielleren Gesetz – namentlich dem nur auf Ausländer, die nach § 1 Abs. 1 AsylG einen Schutzstatus begehren, anwendbaren Asylgesetz – Vorrang und damit konkurrenzrechtliche Sperrwirkung zukommen. Bis zum Inkrafttreten des Rückführungsverbesserungsgesetzes hatte diese Sperrwirkung durchaus hohe Praxisrelevanz, weil insbesondere Falschangaben im Asylverfahren durch den Asylantragsteller nicht unter Strafe gestellt waren, aber tatbestandlich durchaus von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG hätten erfasst werden können. Wäre ein Rückgriff auf das Aufenthaltsgesetz ohne Weiteres möglich gewesen, wäre die bewusste gesetzgeberische Entscheidung, auf eine Kriminalisierung zu verzichten,²⁵⁵⁰ ins Leere gelaufen.

Im Übrigen ist bereits punktuell dargelegt worden, dass die unterschiedlichen Gesetzesverletzungen aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen der einzelnen Tatbestände regelmäßig in Idealkonkurrenz stehen werden; relevant ist dies insbesondere im Bereich der unerlaubten Einreise und des sich anschließenden unerlaubten Aufenthalts.²⁵⁵¹ Gleiches gilt im Blick auf § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG und die

2547 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84a AsylG Rn. 3.

2548 Vgl. MK-StGB/Schmidt-Sommerfeld, 4. Aufl. 2022, § 84 AsylG Rn. 1.

2549 Auf den rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens abstellend OLG Hamm, Beschl. v. 9.10.2007 – 4 Ss 378/07, BeckRS 2012, 2879.

2550 Dazu oben A. II. 3. c) cc).

2551 BGH NSTZ 2001, 101; BGH, Beschl. v. 27.7.2022 – 1 StR 106/22, BeckRS 2022, 27972, Rn. 9; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 205. Anders dagegen Cantzler, Das Schleusen von Ausländern

unerlaubte Einreise beziehungsweise den unerlaubten Aufenthalt. Sind die Voraussetzungen des § 96 AufenthG erfüllt, tritt eine zugleich verwirklichte Beihilfe zu § 95 AufenthG oder § 9 Abs. 1 FreizügG/EU im Wege der Spezialität dahinter zurück. Wird im Rahmen des § 96 AufenthG Beihilfe zu Einreise und Aufenthalt geleistet, liegt nur eine Schleusungstat vor.²⁵⁵² Dasselbe gilt im Blick auf das Verhältnis von § 84 Abs. 1 AsylG und §§ 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG i.V.m. § 27 StGB.

Sofern zugleich Straftatbestände des allgemeinen Strafrechts verwirklicht werden, was insbesondere im Blick auf Urkundendelikte (§§ 267 ff. StGB) auf der einen sowie §§ 95 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 6, 96 AufenthG, §§ 84, 85 Abs. 2 AsylG und die entsprechenden Qualifikationstatbestände auf der anderen Seite in Betracht kommt, ist je nach Tatsituation und Tatbestand zu differenzieren. In den Blick genommen werden müssen neben § 267 Abs. 1 StGB und § 271 StGB insbesondere §§ 275 bis 276a StGB und § 281 StGB. Die entsprechenden Tatbestände des Aufenthalts- und Asylgesetzes erfassen neben den ausländischen „Haupttätern“ vielfach auch Handlungen von Schleusern, die bei der Beschaffung falscher Pässe, Ausweise, Aufenthaltstitel und Duldungen unterstützen und damit zugleich § 276 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 und 4 i.V.m. § 276a oder § 281 Abs. 1 Var. 2 StGB verwirklichen. Sorgfältig zu prüfen ist allerdings im Einzelfall, ob das tatgegenständliche Dokument überhaupt taugliches Tatobjekt sein kann. So hat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Blick auf § 271 StGB eine Duldungsbescheinigung, welche den Vermerk enthielt, die Angaben zur Person beruhten auf den eigenen Angaben des Ausländers, zwar insgesamt als öffentliche Urkunde qualifiziert, zugleich aber entschieden, dass die Angaben zur Person vom öffentlichen Glauben im Sinne des § 271 StGB nicht umfasst seien.²⁵⁵³ Da das Gesetz selbst die Möglichkeit vorsieht, dass ein entsprechender Vermerk in den Aufenthaltstitel, die Duldungsbescheinigung, die Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung oder den Ankunftsnachweis aufgenommen wird (§§ 78 Abs. 1 Satz 4, 78a Abs. 4 Satz 2 Nr. 10 AufenthG; § 63 Abs. 5 Satz 2 AsylG i.V.m. § 78a Abs. 5 i.V.m. Abs. 4 AufenthG; § 63a Abs. 1 Satz 2 Nr. 18 AsylG), ist diese Auslegung überzeugend. Enthält die Urkunde nämlich einen solchen Vermerk, bringt die ausstellende Behörde damit im Einklang mit der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck, dass der Urkunde insoweit nicht die erhöhte Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde im Rechtsverkehr zukommen soll.

und seine Strafbarkeit, 2004, 155 mit Fn. 464, der die unerlaubte Einreise als Dauerdelikt konzipiert, neben der dem unerlaubten Aufenthalt keine eigenständige Bedeutung zukomme. Für eine Spezialität des § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG gegenüber § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.10.2012 – 2 RVs 140/12, BeckRS 2012, 210657, Rn. 6.

2552 BGH, Beschl. v. 27.7.2022 – 1 StR 106/22, BeckRS 2022, 27972, Rn. 9.

2553 BGH NStZ 2010, 171, 173; OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.7.2008 – 3 Ss 226/07, BeckRS 2008, 17729. Anders dagegen noch der 1. Strafsenat BGH NJW 1996, 2170 f., wobei die Entscheidung mit Blick auf §§ 78 Abs. 1 Satz 4, 78a Abs. 4 Satz 2 Nr. 10 AufenthG überholt sein dürfte.

Hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses ist zunächst zu berücksichtigen, dass § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG das Machen oder Benutzen unrichtiger oder unvollständiger Angaben zur Beschaffung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung oder zur Verhinderung ihres Erlöschens oder ihrer nachträglichen Beschränkung unter Strafe stellt. Derartige Angaben gegenüber einer zuständigen Stelle können zu ihrer falschen Beurkundung führen oder stellen jedenfalls einen Versuch zu einer solchen dar und verwirklichen daher den Tatbestand des § 271 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 4) StGB. Da § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist, während § 271 Abs. 1 StGB an die tatsächliche Beurkundung anknüpft, erfasst § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bereits typischerweise sämtliche Fälle, die unter § 271 Abs. 1 StGB zu subsumieren sind. Deshalb geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG § 271 StGB konsumiert.²⁵⁵⁴ Diese Auffassung ist allerdings zweifelhaft, da der Unrechtsgehalt der mittelbaren Falschbeurkundung nicht vollständig von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG erfasst wird, weil § 271 Abs. 1 StGB gerade darauf abstellt, dass nicht nur unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht oder benutzt wurden, sondern solche tatsächlich beurkundet worden sind und zum Entstehen einer öffentlichen Urkunde geführt haben. Dies kann eine Tenorierung, in der § 271 StGB nicht mehr in Erscheinung tritt, nicht hinreichend klar zum Ausdruck bringen.²⁵⁵⁵ Auch der Schutzzweck beider Vorschriften ist insoweit nicht gleichgerichtet, da § 271 StGB den Fokus auf das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Beweiskraft öffentlicher Urkunden legt, während § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die materielle Richtigkeit aufenthaltsrechtlicher Verwaltungsentscheidungen schützen soll. Zwar liegen diese Schutzzwecke nahe beieinander, unterscheiden sich aber auch insoweit durch das Element tatsächlicher Beurkundung.²⁵⁵⁶

Da § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG auch das Benutzen eines entsprechenden Aufenthaltstitels oder einer entsprechenden Duldungsbescheinigung zur Täuschung im Rechtsverkehr erfasst, kann der Tatbestand auch mit § 276 Abs. 1 StGB i.V.m. § 276a StGB zusammentreffen. Allerdings knüpft § 276 Abs. 1 StGB ersichtlich an die Vorbereitung einer entsprechenden Benutzung an und wird daher von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, der die tatsächliche Benutzung erfasst, konsumiert. Eigenständige Bedeutung hat § 276 Abs. 1 StGB dagegen dort, wo es nicht zum Gebrauch der Urkunde kommt. Treffen diese Delikte mit der unerlaubten Einreise oder einem unerlaubten Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 AufenthG i.V.m. § 95 Abs. 6 AufenthG zusammen, bleibt es bei einer idealkonkurrierenden Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nrn. 2 oder 3 i.V.m. Abs. 6 und § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG.

2554 BGH NSTZ 2010, 171, 173; bestätigt durch BGH, Beschl. v. 11.11.2009 – 1 StR 547/09, BeckRS 2009, 87274, Rn. 2.

2555 Mosbacher, NSTZ 2010, 457, 458; Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, 359.

2556 Anders aber BGH NSTZ 2010, 171, 173.

Demgegenüber liegt aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen zwischen der passlosen Einreise oder dem passlosen Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nrn. 1, 3 AufenthG und einem Missbrauch von Ausweispapieren nach § 281 Abs. 1 Satz 1 StGB Idealkonkurrenz vor. Die Urkundendelikte der §§ 273, 275 (i.V.m. 276a), 276 (i.V.m. 276a) und 281 StGB können auch als Unterstützungshandlung eines Schleusungsdelikts (§§ 96 Abs. 1 AufenthG, 84 Abs. 1 AsylG) in Erscheinung treten. In diesen Fällen ist aufgrund des unterschiedlichen Schutzzwecks – die Schleusungsdelikte bezwecken nach der Konzeption der herrschenden Meinung als vertypte Teilnahmehandlungen letztlich gleichfalls die Stabilisierung verwaltungsrechtlicher Ordnungssysteme²⁵⁵⁷ – ebenfalls Idealkonkurrenz anzunehmen.

Trifft insbesondere § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG mit Körperverletzungsdelikten (§§ 223 bis 226 StGB) zusammen, ist aufgrund der speziellen Schutzrichtung des § 96 AufenthG gleichfalls Idealkonkurrenz anzunehmen. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Schutzzweck des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG auf den Schutz von Individualrechtsgütern reduziert würde.²⁵⁵⁸ Aber auch dann läge Idealkonkurrenz vor, weil im Tenor andernfalls nicht zum Ausdruck käme, dass die tatsächlich eingetretene oder versuchte Gesundheitsschädigung Folge einer Schleusungshandlung ist und umgekehrt § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG das vollendete Körperverletzungsunrecht nicht zum Ausdruck bringt. Im Blick auf § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 AufenthG ist zu bedenken, dass dieser Tatbestand mit §§ 315b bis 315d StGB zusammentreffen kann. Insoweit ist allerdings aufgrund der unterschiedlichen Begehungsmöglichkeiten eine Begleittypik nicht anzunehmen, sodass gleichfalls Idealkonkurrenz besteht. § 97 Abs. 1 AufenthG steht wiederum in Idealkonkurrenz zu §§ 212, 211 StGB, um das Schleusungsunrecht adäquat zum Ausdruck zu bringen.²⁵⁵⁹

VII. Zusammenfassung

Die Betrachtung der Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts hat verdeutlicht, dass der Migrationsvorgang nicht nur verwaltungsrechtlich – beginnend mit der Visumsbeantragung im Heimatstaat über die Einreise und den Aufenthalt bis zur Einbürgerung – bis ins Detail reguliert ist, sondern zentrale verwaltungsrechtliche Ge- und Verbote strafbewehrt sind.

In einem umfassenden Sinne strafbewehrt sind dabei unerlaubte Einreise und unerlaubter Aufenthalt sowie die Teilnahme daran. Die Tatbestände erfassen zunächst einmal jeden, der formal unerlaubt einreist oder sich formal unerlaubt im Bundesgebiet aufhält, was wiederum streng verwaltungsakzessorisch zu bestimmen

²⁵⁵⁷ Dazu näher oben B. II. 2.

²⁵⁵⁸ Vgl. oben B. II. 3.

²⁵⁵⁹ Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 97 AufenthG Rn. 6.

ist. Ob diese Person Flüchtlingsschutz begehrt, ist für die Tatbestandsmäßigkeit ohne Belang. Nach der herrschenden Meinung sollen Einreise und Aufenthalt von Flüchtlingen sogar rechtswidrig und schuldhaft sein und erst ein persönlicher Strafaufhebungsgrund (§ 95 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 GFK) soll zur Straflosigkeit führen. Teilnehmer und damit auch sogenannte Schleuser im Sinne des § 96 AufenthG bleiben daher auf dem Boden der herrschenden Meinung auch dann strafbar, wenn sie eine Person unterstützt haben, der Asyl oder internationaler Schutz zu gewähren ist. Auch zahlreiche weitere Formen der (humanitären) Unterstützung papierloser Personen können nach der herrschenden Meinung als Beihilfe zur unerlaubten Einreise oder zum unerlaubten Aufenthalt oder als Einschleusen von Ausländern strafbar sein. Die umfassende Kriminalisierung auch humanitärer Unterstützung gerät freilich mit dem Übermaßverbot in Konflikt und steht auch im Widerspruch zu unions- und völkerrechtlichen Wertungen. Deshalb bedarf es einer einschränkenden Auslegung unter Rückgriff auf das Kriterium der „normativen Sozialadäquanz“. Mithilfe dieses Kriteriums gelingt es, Verhalten, das nicht sozialschädlich ist, weil es sich in mitmenschlicher Solidarität erschöpft, aus dem Bereich des Strafbaren auszusortieren und damit die aus der Weite der Tatbestände resultierende übermäßige Pönalisierung einzuhegen.

Festzustellen ist ferner, dass Verwaltungsverstöße von Ausländern vielfach strafbares Unrecht konstituieren, während vergleichbare Verhaltensweisen für Deutsche allenfalls einen Bußgeldtatbestand verwirklichen.²⁵⁶⁰ Dabei wird insbesondere im Blick auf Asylbewerber die Lebensführung kleinteilig und unter Strafandrohung reguliert, etwa hinsichtlich ihres Wohn- und Aufenthaltsorts, durch räumliche Beschränkungen und Arbeitsverbote. Bemerkenswert ist zudem, dass mit § 95 Abs. 1 Nrn. 6a bis 6c AufenthG der Nukleus eines „Gefährderstrafrechts“ geschaffen wurde, das Zuwiderhandlungen gegen Überwachungsmaßnahmen nach § 56 AufenthG („Überwachung ausreisepflichtiger Ausländer aus Gründen der inneren Sicherheit“) unter Strafe stellt. Die Strafdrohung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr ist zwar vergleichsweise moderat; gleichwohl verschmelzen hier Gefahrenabwehrrecht und Strafrecht in besonders eindrücklicher Weise miteinander.²⁵⁶¹

Ein Trend der letzten zwei Jahrzehnte ist die zunehmende Kriminalisierung unrichtiger oder unvollständiger Angaben im Verwaltungsverfahren. Erst jüngst hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 85 Abs. 2 AsylG zum Ausdruck gebracht, dass er den Schutz der Integrität des migrationsverwaltungsrechtlichen Verfahrens mit besonderer Vehemenz sicherstellen will; der materiellen Richtigkeit von Aufenthaltstiteln, Duldungen und Entscheidungen im Asylverfahren wird zentrale Bedeu-

2560 Vgl. etwa § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG im Verhältnis zu § 111 OWiG.

2561 Zu diesem Phänomen *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, 309 ff.; vgl. auch *Epik*, GA 2024, 181, 191 ff.

tung beigemessen. Dabei gerät der Gesetzgeber jedoch zunehmend in die Gefahr, über das Maß des verfassungsrechtlich noch Vertretbaren, von seinem Einschätzungsspielraum Gedeckten hinauszugehen, insbesondere im Blick auf die Selbstbelastungsfreiheit des Betroffenen. Strafprozessuale Verwertungsverbote können dabei nur bis zu einem gewissen Grad als Korrektiv wirken.

Insgesamt stößt der Gesetzgeber im Bereich des Migrationsstrafrechts daher zunehmend an die Grenzen seines Gestaltungsspielraums. Das Rückführungsverbesserungsgesetz mit seinen zahlreichen Strafverschärfungen, die teils strafrechtsdogmatisch inkonsistent, teils verfassungsrechtlich bedenklich sind, steht insoweit emblematisch für die Herausforderungen einer reaktiven Gesetzgebung, die versucht, das höchst komplexe Phänomen „Migration“ auch mit den Mitteln des Strafrechts zu regulieren. Empirische Belege für die Effektivität dieses Vorgehens fehlen bislang.