
F. Ausblick

Nachdem in den vorangegangenen Teilen der Untersuchung die Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts sowie die verwaltungs-, verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen nachvollzogen und kritisch eingeordnet worden sind, soll abschließend eine kritische Würdigung des Gesamtkomplexes „Migrationsstrafrecht“ erfolgen. Eine solche kann an unterschiedlichen Punkten ansetzen. Einer davon betrifft bereits die grundlegende Frage, ob die Begrenzung und Steuerung von Migration, wie sie in Deutschland und Europa gegenwärtig betrieben wird, überhaupt zu legitimieren ist. Wäre sie zu verneinen, müsste konsequenterweise auch jede Kriminalisierung von Verstößen gegen entsprechende Regelungsregime als illegitim disqualifiziert werden. Auch wenn insoweit zu Recht Bedenken am *Status quo* formuliert werden und insbesondere die auffällige Dysbalance zwischen der Reise- und Bewegungsfreiheit von Staatsangehörigen des globalen Nordens und den erheblichen Restriktionen, denen rassifizierte nicht-weiße Menschen aus dem globalen Süden unterworfen sind, zutreffend kritisiert wird,²⁵⁶² ist *de lege lata* vom Grundsatz staatlicher Souveränität in Migrationsfragen auszugehen – der freilich im Bereich des Flüchtlingsschutzes durchbrochen wird.²⁵⁶³ Aus höherrangigem Recht lässt sich mit Ausnahme der in Teil C. dargestellten Grenzen (insbesondere im Blick auf das *Refoulement*-Verbot) aber nicht herleiten, dass die Staaten hinsichtlich ihrer Migrationsgesetzgebung weitergehenden Einschränkungen unterliegen.

Die Kritik am geltenden Migrationsstrafrecht soll daher nicht vom Standpunkt einer fundamentalen Infragestellung staatlicher Souveränität in Migrationsfragen formuliert werden, sondern fokussiert primär auf den Einsatz *des Strafrechts* als Mittel der Migrationskontrolle. Die an koloniale und rassifizierende Kategorien anknüpfende Exklusion nicht-weißer Personen aus dem globalen Norden unterstreicht allerdings, dass das Strafrecht hier nicht zum Schutz „neutraler“ verwaltungsrechtlicher Genehmigungsverfahren zum Einsatz kommt, sondern letztlich zur Perpetuierung der beschriebenen Dysbalance beiträgt. Selbst innerhalb dieses eingeschränkten Betrachtungsfeldes zeigt sich zudem, dass das gegenwärtig geltende Migrationsstrafrecht erhebliche Probleme aufwirft: Zum einen im Blick auf die partiell fehlende Legitimation der Strafvorschriften unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes (dazu bereits oben B. II.) sowie hinsichtlich verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Friktionen der ausgreifenden Kriminalisierung (dazu unten I.); zum anderen im Blick auf rechtstatsächliche Erkenntnisse (dazu unten II.). Vor diesem Hintergrund wird eine Umgestaltung des Migrationsstrafrechts unter weitgehendem Verzicht

2562 Vgl. nur *Achiume*, *Stanford Law Review* 2019, 1509 ff.; *de Vries/Spijkerboer*, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2021, 291 ff.; *Spijkerboer*, in: Stoyanova/Smet (Hrsg.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, 2022, 117, 118 ff.

2563 Vgl. dazu oben C. II. bis IV.

auf die Kriminalisierung von Einreise- und Aufenthaltsdelikten sowie Verwaltungsverstößen vorgeschlagen, die das Migrationsstrafrecht auf den Rechtsgüterschutz zurückführt, Friktionen mit höherrangigem Recht vermeidet, seine nachteiligen Folgen reduziert und zugleich insbesondere den unions- und völkerrechtlichen Pölnalisierungspflichten Rechnung trägt (dazu unten III.).

I. Friktionen mit dem Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht

Wie bereits in Teil B. dieser Untersuchung dargelegt wurde, hält das gestufte Schutzgutzkonzept der herrschenden Meinung einer strafrechtsimmanenten Kontrolle unter Rückgriff auf die Rechtsgutslehre nicht stand. Zahlreichen Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts liegt kein konkretes Individual- oder Kollektivrechtsgut zugrunde. Dies gilt insbesondere für die Einreise- und Aufenthaltsdelikte sowie Strafvorschriften, die an Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Ge- oder Verbote anknüpfen. Wenn mit der hier präferierten Position der Schutz eines konkreten Individual- oder Kollektivrechtsguts als Eingangsvoraussetzung für die Begründung eines *legitimen Zwecks* im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung definiert wird,²⁵⁶⁴ folgt daraus zugleich, dass sich die entsprechenden Strafvorschriften auch verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sehen. Dies bedeutet nicht, dass es dem Staat verwehrt wäre, in den Grenzen des Unions- und Völkerrechts Migration zu steuern, zu kontrollieren oder auch zu begrenzen. Zu diesem Zweck steht ihm das gesamte Arsenal des Migrationsverwaltungsrechts in den Grenzen des Verfassungs-, Unions- und Völkerrechts zur Verfügung, das von der Zurückweisung an der Grenze über die Zurückschiebung und die Ausweisung bis hin zur Abschiebung, einschließlich Ausreisegewahrsam und Abschiebehaft, reicht. Nicht rechtfertigen lässt sich aber das sozialetische Unwerturteil gegenüber dem Betroffenen, der migrationsverwaltungsrechtlichen Regelungen zuwidergehandelt haben mag, ohne dass er dadurch zugleich Individual- oder Kollektivinteressen in einer Weise gefährdet oder verletzt hätte, die ihm gegenüber einen entsprechenden Vorwurf begründete.²⁵⁶⁵ Das *subsidiäre* Strafrecht²⁵⁶⁶ muss deshalb bei der Konzeptualisierung der Migrationspolitik im Wesentlichen außen vor bleiben.

Demgegenüber geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass Strafnormen „von Verfassungen wegen keinen [...] strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit

2564 Dazu oben B. II. 1.

2565 Vgl. dazu oben B. II. 3. Mit *Frisch*, NStZ 2016, 16, 20, ließe sich aber auch die Frage stellen, ob die betreffenden Verhaltensweisen „den gravierenden sozialetischen Vorwurf oder Tadel, der in der Verhängung der Strafe gegenüber dem Täter liegt, wirklich verdienen.“ Nach den vorstehenden Ausführungen erscheint dies jedenfalls zweifelhaft. Zur ähnlich gelagerten Diskussion im Vereinigten Königreich vgl. *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417, 426.

2566 Vgl. *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 97 ff.

ihnen verfolgten Zwecke²⁵⁶⁷ unterlägen, also letztlich wie andere gesetzliche Regelungen auch hinsichtlich der Verfolgung eines legitimen Zwecks, ihrer Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu untersuchen seien.²⁵⁶⁸ Die für Strafvorschriften spezifische Verknüpfung von *Verhaltensnorm*, die ein bestimmtes Verhalten – losgelöst von der angedrohten Strafsanktion – ver- oder gebietet,²⁵⁶⁹ und *Sanktionsnorm*, die ihrerseits aus einer Primärsanktion (sozialethisches Unwerturteil) und einer Sekundärsanktion (Übelzufügung durch Geld- oder Freiheitsstrafe) besteht,²⁵⁷⁰ soll also keine erhöhten Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung entsprechender Vorschriften stellen, insbesondere nicht in Bezug auf den auf der Eingangsstufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu untersuchenden mit der Strafvorschrift verfolgten legitimen Zweck.²⁵⁷¹ Verhaltens- und Sanktionsnorm seien vielmehr für sich genommen an den jeweils einschlägigen Grundrechten zu messen, also voneinander getrennt zu betrachten.²⁵⁷² Die Verhaltensnorm sei, sofern kein spezielles Grundrecht einschlägig ist,²⁵⁷³ an der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zu messen, die primäre Sanktionsnorm am allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG und die sekundäre Sanktionsnorm bei Androhung von Freiheitsstrafen an Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, andernfalls an Art. 2 Abs. 1 GG.²⁵⁷⁴ Hinsichtlich der Verhaltensnorm sollen dabei zunächst die allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Überprüfung von Grundrechtseingriffen zur Anwendung kommen, ohne dass sich aus der Ausgestaltung als *Strafvorschrift* ein besonderes Prüfungsprogramm ergebe; mitunter wird sie dementsprechend als „strafrechtsneutral“ beschrieben.²⁵⁷⁵ Dem Gesetzgeber komme ein weiter Beurteilungsspielraum hinsichtlich des geschützten Interesses sowie der Geeignetheit und Erforderlichkeit eines entsprechenden Verbots zum Schutz eben dieses Interesses

2567 BVerfGE 120, 224, 241.

2568 BVerfGE 120, 224, 241.

2569 Vgl. *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 6.

2570 Vgl. *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 491 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 7.

2571 Kritisch gegenüber einer solch getrennten Betrachtung *Burghardt*, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 59, 74 ff.; *Kudlich*, ZStW 2015, 635, 648; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 46 ff.

2572 Exemplarisch BVerfGE 90, 145, 171 ff. Zur Unterscheidung zwischen Verhaltens-/Verbots- und Sanktionsnorm vgl. *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 79 ff. m.w.N. zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 490 ff.; *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, 363 f.; *Bäcker*, in: Kulick/Goldhammer (Hrsg.), Der Terrorist als Feind?, 2020, 147, 158; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 6, 55 ff. (zur Rechtsprechung des BVerfG), 77 ff.

2573 So etwa im Falle des § 217 StGB n.F., der vom Bundesverfassungsgericht wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Berufsfreiheit der Beschwerdeführer für nichtig erklärt worden ist, siehe BVerfGE 153, 182, 308.

2574 BVerfGE 90, 145, 171, allerdings ohne Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG bezüglich der primären Sanktionsnorm, vgl. aber insoweit Sondervotum *Grafhof*, S. 200. Vgl. näher *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 490 ff.; *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, 364; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 78, 89 ff., 115 ff.

2575 Siehe *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 494; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 8, 138.

zu.²⁵⁷⁶ Dies gelte insbesondere im Grenzbereich zwischen „kriminellem Unrecht und Ordnungsunrecht“, in dem zwischen den „Erscheinungsformen des Unrechts nur graduelle Unterschiede bestehen“, sodass es Sache des Gesetzgebers sei, „hier die Grenzlinie im einzelnen festzulegen“.²⁵⁷⁷

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs dürften die meisten Strafvorschriften des Migrationsstrafrechts für sich betrachtet einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung standhalten.²⁵⁷⁸ Zum einen liegt es nahe, dass das Bundesverfassungsgericht die von der herrschenden Meinung als primären Schutzzweck identifizierte „Stabilisierung der verwaltungsrechtlichen Ordnungssysteme, insbesondere die Kontroll- und Steuerungsfunktion des ausländerrechtlichen Genehmigungsverfahrens“²⁵⁷⁹, als *legitimen Zweck* anerkennen und die mit §§ 95, 96 AufenthG, 84 bis 85 AsylG, 9 FreizügG/EU verbundenen Eingriffe in die – nur in bestimmten Fällen durch spezielle Grundrechte ergänzte – allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), unter Berücksichtigung der in Teil E. aufgezeigten Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung der entsprechenden Strafnormen, vielfach auch als geeignet, erforderlich und überwiegend auch angemessen bewerten würde, um diese Stabilisierung zu gewährleisten. In der Vergangenheit hat das Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung gestellte Strafvorschriften jedenfalls nicht beanstandet und Korrekturen nur bei der Auslegung angemahnt.²⁵⁸⁰ Zum anderen ist überwiegend auch die den Ausländer treffende Strafdrohung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr (§ 95 Abs. 1 und Abs. 1a AufenthG, § 85 Abs. 1 AsylG, § 9 Abs. 2 FreizügG/EU) oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (§ 95 Abs. 2 AufenthG, § 85 Abs. 2 AsylG, § 9 Abs. 1 FreizügG/EU) oder Geldstrafe durchaus moderat, sodass auch die Sanktionsnorm nicht als unverhältnismäßig erscheint.²⁵⁸¹ Damit bestätigt sich im Migrationsstrafrecht, was im Bereich des Kernstrafrechts seit längerem zu beobachten ist: das Verfassungsrecht – in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts – lässt dem Gesetzgeber jedenfalls

2576 Zum großzügigen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers BVerfGE 90, 145, 173; 124, 224, 240 f.; BGH NJW 2017, 2928, 2931; vgl. dazu Appel, Verfassung und Strafe, 1998, 204; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 138 ff., 173 ff., 180.

2577 BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1111. Siehe auch BVerfG NVwZ 1989, 951.

2578 Vgl. auch Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 89 ff.

2579 MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 1; vgl. ferner Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, 77; Böse, ZStW 2004, 680, 692; Brocke, NStZ 2009, 546; Heinrich, ZAR 2003, 166, 171; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 3 Rn. 8; Lorenz, NStZ 2002, 640, 641; Trietz, Illegale Grenzübertritte und Schleuserkriminalität an der deutsch-polnischen Grenze – Eine juristische und kriminologische Analyse vor dem Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union, 2007, 194; kritisch Jeßberger, GS Weßlau, 2016, 507, 515; Werkmeister, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 187, 195.

2580 BVerfG NVwZ 1997, 1109, 1111 zu § 34 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) und b) AsylVfG a.F.; schon zuvor BVerfG NVwZ 1989, 951; zum Ausschluss der Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts bei Bestehen eines Duldungsanspruchs vgl. oben D. I. 3. und E. II. 1. b) bb) (3).

2581 Vgl. MK-StGB/Gericke, 4. Aufl. 2022, § 95 AufenthG Rn. 15. § 92a AuslG, der immerhin eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vorsah, hat das BVerfG für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten, vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.2.1999 – 2 BvR 153/99, BeckRS 1999, 160133.

dort, wo nicht in spezielle Grundrechte eingegriffen wird, einen weiten Beurteilungsspielraum.²⁵⁸² Das Strafrecht ist in dieser Perspektive nur eine weitere Möglichkeit staatlicher Verhaltenssteuerung. Dies ist auch eine Folge der Unterteilung in „strafrechtsneutrale“ Verhaltens- und strafrechtsspezifische Sanktionsnorm. Sie birgt die Gefahr, die gerade in der *Strafbewehrung* der Verhaltensnorm liegende Intensität des Grundrechtseingriffs zu verschleiern.²⁵⁸³ Denn auch im Blick auf die Sanktionsnorm wird aufgrund der besonderen Funktion des strafrechtlichen Unwerturteils, normbestätigend und -stabilisierend zu wirken, nur in Ausnahmefällen von ihrer Unverhältnismäßigkeit ausgegangen.²⁵⁸⁴ Ist also die Hürde der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Verhaltensnorm erst einmal genommen, folgen primäre und sekundäre Sanktionsnorm *im Regelfall* demselben „Schicksal“.²⁵⁸⁵ Vielfach bleibt dann kein Raum, um zu berücksichtigen, dass mit dem sozialetischen Unwerturteil des Straftadels nicht nur ein punktueller Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht verbunden ist, sondern dass strafrechtliche Verurteilungen und Sanktionierungen regelmäßig weit über die eigentliche Strafvollstreckung hinausreichende stigmatisierende und exkludierende Wirkungen haben.²⁵⁸⁶

Doch selbst auf dem Boden dieser tendenziell zurückhaltenden verfassungsgerichtlichen Position zeigt sich, dass das geltende Migrationsstrafrecht partiell mit dem Verfassungsrecht kollidiert. So ist in Teil E. bereits dargelegt worden, dass einzelne Tatbestände dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht hinreichend Rechnung tragen oder einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit bewirken. Zudem bedürfen zahlreiche Straftatbestände einer einschränkenden Auslegung zur Vermeidung unverhältnismäßiger Ergebnisse; dies gilt insbesondere im Bereich der Anstiftung und Beihilfe zur unerlaubten Einreise und zum unerlaubten Aufenthalt sowie im Blick auf das Einschleusen von Ausländern nach § 96 AufenthG, soweit diese normativ sozialadäquates Verhalten, insbesondere die humanitär motivierte Unterstützung von Flüchtlingen oder – sofern der unerlaubte Aufenthalt betroffen ist – papierlosen Personen, tatbestandlich erfassen.²⁵⁸⁷ Insofern

2582 Vgl. deshalb kritisch gegenüber dem Einhegungspotenzial des nicht um den Rechtsgutsgedanken ergänzten Verhältnismäßigkeitsprinzips *Heinrich*, FS Roxin II, 2011, 131, 140 ff.; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 87; *Scheinfeld*, FS Roxin II, 2011, 183, 184 f.

2583 Vgl. *Burghardt*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 59, 74 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, 224 ff.; *Kudlich*, ZStW 2015, 635, 648; ebenfalls kritisch *Schuchmann*, Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 33 ff. („der Eindruck weithin fehlender effektiver Grenzen für die Strafgesetzgebung“); *Schünemann*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, 133, 147; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 46 ff.

2584 Instruktiv BGH NJW 2017, 2928, 2931 f.; dazu *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, 577 ff.; *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, 364 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 317, 366.

2585 Vgl. kritisch *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 88 ff.; vgl. auch *Schuchmann*, Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 39 ff.

2586 Vgl. pointiert *Köbel*, NK 2019, 249, 261 f.; zum Ganzen bereits *Epik*, GA 2024, 181, 194 ff.

2587 Vgl. dazu oben C. V. und zur Umsetzung E. II. 5. und E. V. 1. b) aa) (1) (b) und (2).

besteht durchaus gesetzgeberischer Handlungsbedarf: Soweit Straftatbestände dem Bestimmtheitsgebot nicht genügen, sind sie zu präzisieren oder aufzuheben. Gleiches gilt, wenn die Tatbestände einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit bewirken. Aber auch der unverhältnismäßigen Kriminalisierung humanitärer Unterstützung könnte der Gesetzgeber durch eine eindeutige und klar umrissene Regelung, mindestens in Form eines Tatbestandsausschlusses, begegnen. Dies ist zwar nicht zwingend, weil die Rechtsprechung in diesen Fällen auch unter Rückgriff auf das hier entwickelte Konzept der normativen Sozialadäquanz zu verfassungskonformen und sachgerechten Ergebnissen gelangen kann; allerdings ist eine gesetzliche Regelung aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit vorzuzugewürdigt. Nur sie ist geeignet, sogenannten *chilling effects*, also dem Unterlassen eines *potenziell* zu strafrechtlicher Verfolgung führenden Verhaltens,²⁵⁸⁸ vorzubeugen, die insbesondere im Bereich der Flüchtlingshilfe erhebliche negative Folgen für schutzbedürftige Personen hätten.²⁵⁸⁹

Im Blick zu behalten ist ferner die Strafbewehrung von Zuwiderhandlungen gegen verwaltungsrechtliche Ge- oder Verbote, insbesondere Mitwirkungs- und Duldungspflichten, sofern diese Bagatelldarakter aufweisen. Auch das Bundesverfassungsgericht verlangt nämlich, dass der Gesetzgeber Strafnormen nicht beliebig einsetzt, sondern nur dort zur Anwendung bringt, wo er im Blick auf den *ultima-ratio*-Grundsatz ein in besonderer Weise *sozialschädliches* Verhalten unterbinden will.²⁵⁹⁰ Diesen Anforderungen werden Strafvorschriften nicht gerecht, die allein auf die Absicherung und Ökonomisierung des Verwaltungsverfahrens abzielen.²⁵⁹¹ Besonders deutlich erkennbar ist dies bei den Verstößen gegen Zuweisungsverfügungen oder Wohnsitzauflagen (§ 85 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 AsylG). Denn insoweit wird lediglich ein behördliches Organisationsinteresse – pointierter formuliert: die Erleichterung behördlicher Überwachungs- und Arbeitsabläufe – geschützt, während die mit den durch das strafbewehrte Verhalten missachteten Vorschriften verfolgten Zwecke nicht substantiell berührt werden.²⁵⁹² Auch wenn das Bundesverfassungsgericht insoweit einen großzügigen Maßstab anlegt und dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum einräumt, ist hervorzuheben, dass die Kriminalisierung schlichten Verwaltungsungehorsams unverhältnismäßig ist und daher vom Gesetzgeber

2588 Vgl. zu den Ursprüngen im US-amerikanischen Verfassungsrecht, Kritik und der Weiterentwicklung *Penney*, Minnesota Law Review 2022, 1451, 1454, 1465 ff. m.w.N.

2589 Im Kontext der Seenotrettung bereits *Epik/Schatz*, NK 2024, 83, 97 m.w.N.; zur Problematik vgl. auch *Zirulia*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), Controlling Immigration Through Criminal Law, 2021, 235, 253; *Zirulia*, Waiting for Kinsa, Verfassungsblog v. 10. Juni 2024, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/waiting-for-kinsa/>>.

2590 BVerfGE 120, 224, 239 f.; siehe bereits BVerfG NJW 1993, 1751, 1754; NVwZ 1997, 1109, 1111.

2591 Zum fehlenden Rechtsgutsbezug bereits oben B. II. 3. b). Ebenfalls kritisch *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK-Ausländerrecht, 46. Edn. 2024, § 95 AufenthG Vor Rn. 1.

2592 Vgl. dazu oben E. III. 1. b) aa) und cc).

zurückgenommen und bei künftigen Reformüberlegungen unterlassen werden sollte.²⁵⁹³

Das geltende Migrationsstrafrecht stößt jedoch nicht nur an verfassungsrechtliche Grenzen. Auch mit dem Unions- und dem Völkerrecht ergeben sich Friktionen. Bereits ausführlich dargelegt worden ist, dass sich aus dem Vorrang der Rückführungsrichtlinie eine deutliche Einschränkung der praktischen Durchführbarkeit von Strafverfahren wegen unerlaubter Einreise und unerlaubten Aufenthalts ergibt.²⁵⁹⁴ Hinzu kommt, dass die humanitäre Unterstützung von Flüchtlingen auch nach den Wertungen des Unions- und Völkerrechts nicht kriminalisiert werden darf. Wie bereits dargelegt wurde, intendieren weder die EU-Richtlinie zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt (RL 2002/90/EG) noch das Zusatzprotokoll zur Palermo-Konvention (Schleuser-Protokoll) eine Kriminalisierung der Migranten selbst noch ihrer genuin humanitär motivierten Unterstützer.²⁵⁹⁵ Eine solche stünde auch im Widerspruch zur Europäischen Grundrechte-Charta sowie den Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Genfer Flüchtlingskonvention. Die derzeitige deutsche Gesetzeslage reflektiert dies nur unzureichend und überlässt die Auflösung entsprechender Widersprüche der Rechtsprechung. Insbesondere wird in §§ 95 bis 97 AufenthG nicht hinreichend deutlich zwischen Fluchtmigration und anderweitig motivierter – und damit nicht nach der Genfer Flüchtlingskonvention privilegierter – Migration differenziert. Lediglich § 95 Abs. 5 AufenthG deutet an, dass insoweit eine unterschiedliche Beurteilung geboten ist. Auch die Straflosigkeit humanitärer Hilfe ergibt sich nur durch eine vergleichsweise voraussetzungsvolle Auslegung der Strafvorschriften. Dies schafft vermeidbare Unsicherheiten. Auch insoweit ist dem Gesetzgeber zu einer gesetzlichen Klarstellung zu raten. Vorbilder existieren auch innerhalb der Europäischen Union, insbesondere haben einige – wenn auch wenige – Staaten von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die humanitäre Unterstützung von Migranten straffrei zu stellen.²⁵⁹⁶

II. Das deutsche Migrationsstrafrecht und der „Crimmigration“-Diskurs

Bislang wurde das Migrationsstrafrecht vor allem von einem normativen Standpunkt aus beleuchtet. Der Einsatz des Strafrechts als Mittel der Migrationskontrolle wird seit einiger Zeit aber auch aus einer kriminologischen Perspektive kritisch diskutiert,

2593 In diese Richtung auch *Bergmann*, in: Huber/Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 4. Aufl. 2025, Vor § 95 AufenthG Rn. II. In einer internationalen Perspektive vgl. auch *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 60 f.

2594 Dazu oben C. III. 3.

2595 Vgl. dazu zusammenfassend C. V.

2596 Vgl. *Zirulia*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235, 240 f.

wobei sich international der Begriff der „Crimmigration“ etabliert hat. Beschrieben wird damit die zunehmende Konvergenz von Migrations- und Kriminalitätskontrolle.²⁵⁹⁷ Problematisiert wird neben der Kriminalisierung des Migrationsvorgangs auch die umgekehrte Tendenz, das Migrationsrecht als Mittel der Kriminalitätskontrolle einzusetzen, vor allem durch Möglichkeiten der Ausweisung, Abschiebung und Überwachung ausreisepflichtiger Ausländer; daneben wird der Einsatz genuin strafrechtlicher Instrumente, wie etwa Abschiebehaft und Ausreisegewahrsam, im Bereich des Migrationsrechts kritisch erörtert.²⁵⁹⁸ Die beschriebene Konvergenz ist, wie sich aus der Darstellung der Entwicklungslinien in Teil A. dieser Untersuchung ergibt, jedenfalls für das deutsche Recht keine neuartige Entwicklung – Straf- und Ausweisungsrecht waren bereits im Reichsstrafgesetzbuch eng verwoben, die Abschiebung und die Abschiebehaft bereits in der Ausländerpolizeiverordnung 1938 vorgesehen und auch die Kriminalisierung von unerlaubter Einreise und unerlaubtem Aufenthalt wurde in dieser Zeit konturiert.²⁵⁹⁹ Deutschland kann daher gewissermaßen als „Vorreiter“ des Phänomens „Crimmigration“ bezeichnet werden. Gleichwohl ist zu konstatieren, dass diese Perspektive lange Zeit in der deutschen kriminologischen Forschung keine nähere Aufmerksamkeit erfahren hat und vielfach erst über die Rezeption anglo-amerikanischer Forschungsliteratur, welche darin ein vergleichsweise neues Phänomen zu sehen scheint,²⁶⁰⁰ allmählich Eingang in den deutschen Diskurs findet.²⁶⁰¹

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem „Crimmigration“-Diskurs ist im Rahmen dieser Untersuchung nicht möglich. Insbesondere eine detaillierte Befassung mit

2597 Grundlegend *Stumpf*, *American University Law Review* 2006, 367 ff.; ferner *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417 ff.; *Althoff/Graebisch*, *KrimJ* 2022, 3 f.; *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 55; *Graebisch*, *KrimOJ* 2019, 75, 76; *Phillips/Bowling/Parmer*, in: *Liebling/Maruna/McAra* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Criminology*, 7. Aufl. 2023, 329, 338; *van der Woude/van der Leun/Nijland*, *Law & Social Inquiry* 2014, 560, 562 f.; *van der Woude*, *KrimJ* 2022, 36, 39; *Stumpf*, in: *Franko Aas/Bosworth* (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 58, 61 f. Siehe auch EGMR, Urt. v. 22.11.2016 (*Elmi and Abubakar v. Malta*, Grand Chamber), Sondervotum *Albuquerque*, paras 2 ff.

2598 Vgl. *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 7, 55 f., 58 ff., 67 ff.; *Graebisch*, *KrimOJ* 2019, 75 ff.; *van der Woude*, *KrimJ* 2022, 36, 39; *Stumpf*, in: *Franko Aas/Bosworth* (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 58, 61.

2599 Siehe oben A. II. 2.

2600 Vgl. *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 7: „[i]n recent decades“; *Spena*, *Criminal Law and Philosophy* 2014, 635, 636 („recent years“); für die Niederlande vgl. *van der Woude/van der Leun/Nijland*, *Law & Social Inquiry* 2014, 560, 567 ff., die darlegen, dass insbesondere die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts erst 2011 eingeführt wurde. Demgegenüber weist *Stumpf*, *American University Law Review* 2006, 367, 384, zwar auf die Kriminalisierung der unerlaubten Einreise in die USA als „misdemeanor“ hin, sieht aber eine starke Vermehrung migrationsstrafrechtlicher Tatbestände in jüngeren Jahrzehnten („In recent decades, the number and types of immigration-related acts that carry criminal consequences have proliferated“).

2601 Zutreffend allerdings der Hinweis von *Graebisch*, *KrimOJ* 2019, 75, 78 f., auf Diskussionen in diesem Kontext, insbesondere zur Ausweisung als Konsequenz der Straftatbegehung, die freilich nicht unter dem Label „crimmigration“ geführt wurden.

der „Versicherheitlichung“²⁶⁰² des Migrationsrechts und dem Ineinandergreifen von Strafrecht und Ausweisungsrecht führte an dieser Stelle²⁶⁰³ zu weit.²⁶⁰⁴ Von Interesse sind dagegen die erheblichen gesellschaftlichen Folgewirkungen, die mit dem gesetzgeberischen Ansatz, Migration mit den Mitteln des Strafrechts kontrollieren, steuern und begrenzen zu wollen, einhergehen. Drei Aspekte, welche die Dringlichkeit einer Neujustierung des geltenden Migrationsstrafrechts unterstreichen, sind dabei hervorzuheben: Die Gefahr rassifizierender Kontroll- und Polizzierungspraktiken, das *Framing* von Fluchtmigration als „irreguläre“ Migration und die dem Migrationsstrafrecht zugrunde liegende Exklusionslogik.

Hervorzuheben ist zunächst die Gefahr rassifizierender Kontroll- und Polizzierungspraktiken.²⁶⁰⁵ Den Straftatbeständen der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG) ist nämlich gemein, dass sie gewissermaßen „intuitiv“ dazu veranlassen, migrantisch gelesene Personen zu verdächtigen.²⁶⁰⁶ Da die Tatbestände nur von Ausländern verwirklicht werden können, fokussiert sich die Verdachtsgewinnung und die sich anschließende Tatsachenermittlung von vornherein auf Personen, die dem „Profil“ des Ausländers entsprechen könnten. Dabei wird in der Praxis nicht selten an phänotypische und damit rassifizierende Kriterien angeknüpft, sodass faktisch ein „racial profiling“ stattfindet, das als solches im Gesetz angelegt ist.²⁶⁰⁷ Perpetuiert wird die Unterscheidung von Deutschen im Gegensatz zu Ausländern anhand äußerlicher körperlicher Merkmale. Dies ist angesichts der zunehmend diversen Migrationsgesellschaft der Bundesrepublik nicht nur

2602 Althoff/Graebisch, KrimJ 2022, 3, 9 f.; vgl. auch Aliverti, Theoretical Criminology 2012, 417, 421 ff.; Franko, The Crimmigrant Other, 2020, 35 f.; vgl. zu der Situation in den Niederlanden, die sich in den europäischen und globalen Trend einfügt, van der Woude/van der Leun/Nijland, Law & Social Inquiry 2014, 560 ff.

2603 Zur Berücksichtigung aufenthaltsrechtlicher Folgen bei der Strafzumessung siehe bereits Epik, StV 2017, 268 ff.; vgl. ferner Walburg, NK 2016, 378 ff.

2604 Das Wechselspiel zwischen Strafrecht und Ausweisungsrecht weist im Blick auf § 54 Abs. 1 Nr. 1c, Abs. 2 Nr. 3 AufenthG aber durchaus eine spezifisch migrationsstrafrechtliche Komponente auf, weil insoweit unmittelbar an §§ 96, 97 AufenthG angeknüpft wird. Zudem wird von einzelnen Verwaltungsgerichten vertreten, dass auch die Verurteilung wegen eines Begleitdelikts einer unerlaubten Einreise (insbesondere Urkundendelikte), welche nach herrschender Meinung nicht von Art. 31 Abs. 1 GFK erfasst werden, ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG begründen könnte (VG München, Urt. v. 27.3.2019 – 25 K 16.3931, BeckRS 2019, 7630, wobei die Ausweisungsverfügung unter der Bedingung stand, dass eine Anerkennung als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter unterbleibt).

2605 Vgl. Bowling/Westenra, in: Bosworth/Parmar/Vázquez (Hrsg.), Race, Criminal Justice, and Migration Control, 2018, 61, 67 ff.; Franko, The Crimmigrant Other, 2020, 64 f.; Melossi, Crime, punishment and migration, 2015, 57 f., der in der Kontrolle von Migration eine „background resource“ für die Polizei identifiziert, auf die diese zurückgreife, sofern es ihr als nützlich erscheine.

2606 Vgl. Graebisch, KrimOJ 2019, 75, 80 f.; in internationaler Perspektive auch Franko, The Crimmigrant Other, 2020, 64 f.

2607 Vgl. Althoff/Graebisch, KrimJ 2022, 3, 5; Graebisch, KrimOJ 2019, 75, 81. Zu entsprechenden Praktiken auf Grundlage des Tatbestandes „driving whilst unlawfully in the United Kingdom“ (Section 44 Immigration Act 2016) vgl. Bowling/Westenra, in: Bosworth/Parmar/Vázquez (Hrsg.), Race, Criminal Justice, and Migration Control, 2018, 61, 70.

tatsächlich schief, sondern aufgrund des damit verbundenen stereotypen Bildes des „Deutschen“ – und umgekehrt des „Ausländers“ – problematisch, insbesondere weil es durch staatliche Hoheitsträger normalisiert und damit gesellschaftlich anschlussfähig gemacht wird.²⁶⁰⁸ Vor allem das Dauerdelikt des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) ist dabei geeignet, eine disproportionale Polizierung migrantisch gelesener Personen zu befördern, da der Tatbestand letztlich an die bloße Präsenz des Betroffenen – also an sein „Da-Sein“ – und nicht an ein konkretes Verhalten anknüpft,²⁶⁰⁹ sodass selbst ohne konkreten Verdacht einer weiteren Straftatbegehung „verdachtsabhängige“ Kontrollen im Blick auf einen möglichen unerlaubten Aufenthalt gerechtfertigt werden können.²⁶¹⁰ Auf diese Weise steht der Polizei neben dem Polizei- und Ordnungsrecht, das hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlagen wiederum oftmals an die Tatbestände des Migrationsstrafrechts anknüpft, deren Verletzung eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit bewirkt, zugleich der Rückgriff auf die Ermächtigungsgrundlagen der Strafprozessordnung zur Verfügung. Für migrantisch gelesene Personen bedeutet dies freilich, dass sie disproportional von polizeilichen Kontrollen betroffen und einem latenten Verdacht ausgesetzt sind.²⁶¹¹

Die Kriminalisierung von Migrationsvorgängen, insbesondere der unerlaubten Einreise, bewirkt zudem, dass gerade auch Fluchtmigration entgegen der eindeutigen Wertung des Völkerrechts als „irregulär“, „illegal“ oder gar „kriminell“ gerahmt und etikettiert werden kann. Tatsächlich unterfällt zunächst auch ein Flüchtling, der ohne Pass oder Aufenthaltstitel in die Bundesrepublik einreist, dem Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 AufenthG.²⁶¹² Auf dem Boden der herrschenden Meinung soll er damit sogar ein grundsätzlich vorwerfbares Unrecht begehen; lediglich das Strafbedürfnis entfalle im Blick auf Art. 31 Abs. 1 GFK. Damit sendet das deutsche Migrationsstrafrecht das Signal, dass auch Flüchtlinge durch die pass- oder aufenthaltstitellose Einreise grundsätzlich *Unrecht* begehen.²⁶¹³ Dies wiederum bewirkt im gesellschaftspolitischen Diskurs, dass letztlich nur noch zwischen „regulärer“ Migration durch Personen, die entweder keines Aufenthaltstitels bedürfen oder einen solchen besitzen, und „irregulärer“ Migration, zu der auch die Einreise von Flüchtlingen – die von vornherein keinen Aufenthaltstitel erhalten, weil die Bundesrepublik Asylvisa nicht ausstellt – gehört, differenziert und Fluchtmigration damit als zu unterbindendes Übel dargestellt wird. Durch diese Narrativbildung können

2608 Vgl. *Belina/Keitzel*, KrimJ 2018, 18; ebenfalls kritisch *Graebisch*, KrimOJ 2019, 75, 81, 83.

2609 Dazu oben E. II. 1. b) bb) (4); *Graebisch*, KrimOJ 2019, 75, 80.

2610 Vgl. *Melossi*, *Crime, punishment and migration*, 2015, 57 f.

2611 Vgl. zur „Allgegenwärtigkeit der Grenze“ *Graebisch*, KrimOJ 2019, 75, 79 ff., 83: „Im Ergebnis führt die Verbindung zwischen Straftatbeständen im Migrationsrecht und polizeirechtlichen Eingriffsbefugnissen zu permanenter Kontrollierbarkeit potentiell krimmigrantischer Subjekte.“

2612 Dazu oben E. II. 1. a).

2613 Vgl. dazu oben C. IV. 2. b).

wiederum Empathie und Hilfsbereitschaft gegenüber Flüchtlingen als Unterstützung „irregulärer“ Migration diskreditiert werden und gelingt es, Asylrechtsverschärfungen zu begründen, ohne die tatsächliche Notsituation der betroffenen Flüchtlinge offen adressieren zu müssen.²⁶¹⁴ Ist der „irreguläre“ Migrant erst einmal Straftäter, darf der Staat ihn auch mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts verfolgen. Dass er erst durch die staatliche Kriminalisierungsentscheidung zu einem solchen Straftäter „gelabelt“ wird, bleibt dabei regelmäßig außer Acht.²⁶¹⁵

Besonders deutlich tritt diese Diskursverschiebung im Blick auf den Tatbestand des Einschleusens von Ausländern (§ 96 AufenthG) hervor. Im politischen Diskurs wie auch medial ist das Narrativ der international vernetzten, skrupellosen Schleuser und Schlepper, die aus reinem Profitstreben handeln und maßgeblich zu „irregulärer“ Migration beitragen, seit Jahrzehnten fest etabliert.²⁶¹⁶ Das allgemeine²⁶¹⁷ Framing der Schleusung als transnationale organisierte Kriminalität erleichtert es dem Gesetzgeber, sein zunehmend repressives Vorgehen gegen „irreguläre“ Migration als Kampf gegen organisierte Kriminalität – auch zum Schutz der Migranten²⁶¹⁸ – zu präsentieren und dadurch zu legitimieren.²⁶¹⁹ Dabei wird ausgeblendet, dass der Tatbestand deutlich weiter gefasst ist und sich gerade nicht ausschließlich darauf beschränkt, ausbeuterische, besonders gefährliche oder mit einer unwürdigen oder unmenschlichen Behandlung einhergehende Schleusungen zu erfassen.²⁶²⁰ Im Gegenteil sind insbesondere im Bereich der Anstiftung oder Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise durch § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG auch Fälle altruistischer, gar dezidiert humanitärer Unterstützung vom Tatbestand umfasst.²⁶²¹ Gleichwohl wurde § 96 AufenthG als Ganzes wiederholt verschärft und diese Verschärfung mit der besonderen Gefährlichkeit von Schleusungen sowie ihrem Beitrag zu „irregulärer Migration“ verbunden. Unberücksichtigt bleibt dabei, dass Flüchtlinge sowohl historisch als auch gegenwärtig oftmals nur mit Unterstützung in Sicherheit gelangen konnten und können. Welch problematische Folgen die pauschale Stilisierung von Fluchthelfern – seien es professionell organisierte und gegen Vorteil handelnde oder

2614 Im Zusammenhang mit der Versichertheitlichung auch *Althoff/Graebisch*, KrimJ 2022, 3, 10; *Bauman*, *Strangers at Our Door*, 2016, 35; *Trinh*, *Die Strafbarkeit der Fluchthilfe*, 2021, 83 ff.

2615 Genau darauf weisen freilich die *crimmigration scholars* vielfach hin, vgl. etwa *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417, 427; *Althoff/Graebisch*, KrimJ 2022, 3, 8; *Bowling/Westenra*, in: *Bosworth/Parmar/Vázquez* (Hrsg.), *Race, Criminal Justice, and Migration Control*, 2018, 61, 67; *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 9 f.

2616 Exemplarisch BT-Drs. 9/847, S. 12; BT-Drs. 20/10090, S. 18 ff.; vgl. *Franko*, *The Crimmigrant Other*, 2020, 136 ff.; *Punzo/Scaglione*, *Beyond borders: exploring the impact of Italian migration control policies on Mediterranean smuggling dynamics and migrant journeys*, *Trends in Organized Crime* 2024.

2617 Differenzierend *Trinh*, *Die Strafbarkeit der Fluchthilfe*, 2021, 69 ff.

2618 Art. 2 Zusatzprotokoll.

2619 Vgl. *Gallagher*, in: *Boister/Currie* (Hrsg.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, 2014, 187, 188 f.; *Hathaway*, *Virginia Journal of International Law* 2008–09, 1, 26, 58.

2620 Dazu oben B. II. 3. d) aa).

2621 Dazu im Einzelnen oben E. V. 1. b) aa) (1) (c) (iii).

rein humanitär motivierte und ohne jeden Vorteil agierende – zu Schleusern haben kann, lässt sich seit geraumer Zeit in Italien beobachten, wo Nichtregierungsorganisationen, die sich im Rahmen der Seenotrettung engagieren, als „Schleuser“ oder „Schlepper“ diskreditiert werden, teils auf höchster politischer Ebene.²⁶²² Ähnliche Tendenzen lassen sich auch in Deutschland ausmachen, auch wenn entsprechende Äußerungen derzeit noch vor allem im rechtsextremen Spektrum zu verorten sind.²⁶²³ Die damit einhergehende, durch Strafbarkeitsrisiken verstärkte Gefahr eines *chilling effects* trifft vor allem schutzbedürftige und vulnerable Flüchtlinge, die auf zivilgesellschaftliche Unterstützung angewiesen sind.²⁶²⁴

Schließlich liegt dem Migrationsstrafrecht eine kaum zu verkennende Exklusionslogik zugrunde: Es soll „unerwünschte Fremde“ von vornherein abhalten – und wenn dies nicht gelingt, an einer Integration in die deutsche Gesellschaft hindern. Deutlich sichtbar wird dies anhand der Kriminalisierung papierloser Personen durch den Straftatbestand des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) in Verbindung mit der Strafbarkeit der Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 27 StGB). Sie bewirkt einen nahezu vollständigen Ausschluss der Betroffenen aus der Gesellschaft, indem sie vom regulären Arbeits- und Wirtschaftsleben ferngehalten werden, da ihre Beschäftigung auf legalem Wege nicht möglich ist.²⁶²⁵ Jeder Kontakt mit Behörden ist für papierlose Personen mit erheblichen Risiken belastet. Selbst Sozialleistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, einschließlich des Zugangs zu medizinischer Akutversorgung, können von ihnen faktisch nicht in Anspruch genommen werden, da die zuständigen Behörden nach § 87 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG einer Pflicht zur Meldung gegenüber der Ausländerbehörde unterliegen, wenn sie im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Aufgaben Kenntnis vom unerlaubten Aufenthalt eines Ausländers erlangen.²⁶²⁶ Von dieser Meldepflicht sind lediglich Schulen sowie Bildungs- und Erziehungseinrichtungen

2622 Vgl. Caprioglio/Heyer/Taylor, Solidarity as 'organised crime': the criminalisation of facilitation in Italy, *Border Criminologies* v. 14. Juni 2023, abrufbar unter: <<https://blogs.law.ox.ac.uk/border-criminologies-blog/blog-post/2023/06/solidarity-organised-crime-criminalisation-facilitation>>; Mentasti, *New Journal of European Criminal Law* 2022, 502, 507 ff.; Minetti, *New Journal of European Criminal Law* 2020, 335, 340 ff.; Zirulia, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235, 242 ff.; Zirulia/Martinico, in: Stoyanova/Smet (Hrsg.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, 2022, 259, 272 ff.

2623 Beispielhaft Antrag der AfD-Fraktion „Keine Unterstützung von Schlepperei, Schleusungen und Menschenhandel im Mittelmeer“ v. 17. Oktober 2023, BT-Drs. 20/8872.

2624 Im Jahr 2024 wurden mehr als 12.000 Personen durch zivile Schiffe aus Seenot im Mittelmeer gerettet, vgl. SOS Humanity, *Jahreschronik Seenotrettung im Mittelmeer 2024*, abrufbar unter <<https://sos-humanity.org/presse/jahreschronik-2024/>>.

2625 Dazu oben E. II. 5.

2626 Vgl. Kluth, ZAR 2013, 182 ff.; Kompatscher/Mayr, ZAR 2022, 401 ff.; Katholisches Forum Leben in der Illegalität, Positionspapier: Forderung der Gewährleistung der Gesundheitsversorgung für Menschen in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität in Deutschland, Februar 2017, S. 2, abrufbar unter: <https://www.dkk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/presse_alt/presse_2017/2017-050b-Positionspapier-Forum-Illegalitaet_Gesundheitsversorgung.pdf>.

ausgenommen (§ 87 Abs. 1 AufenthG). Da auch Personen, die in Kenntnis des Aufenthaltsstatus papierlose Personen unterstützen, auf Grundlage der herrschenden Meinung in unterschiedlichen Situationen in die Gefahr geraten können, sich wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt strafbar zu machen,²⁶²⁷ bewirkt die Kriminalisierung des unerlaubten Aufenthalts auch in dieser Perspektive eine Isolierung papierloser Personen. In dieser Situation sind die Betroffenen nicht nur in besonderem Maße vulnerabel; ihr Ausschluss aus dem wirtschaftlichen und sozialen Leben *kann* auch ein Umstand sein, der sie zu delinquentem Verhalten veranlasst.²⁶²⁸

Die Exklusionslogik hat daher nachteilige Wirkungen nicht nur für die Betroffenen, sondern die Gesellschaft insgesamt. Sie bereitet aber auch in einer straftheoretischen Perspektive Schwierigkeiten: Da eine Integration in die deutsche Gesellschaft für die Betroffenen weder *de jure* noch *de facto* angestrebt wird, lässt sich ihre Bestrafung nicht mit positiv-spezialpräventiven Erwägungen rechtfertigen.²⁶²⁹ Auch die Theorie der positiven Generalprävention lässt sich – jedenfalls in ihrer integrationspräventiven Ausformung – kaum mit der Exklusionslogik des Migrationsstrafrechts vereinbaren.²⁶³⁰ Was bleibt, sind negativ-spezial- und -generalpräventive Abschreckungskalküle, wobei entsprechende Effekte durch eine Bestrafung Einzelner für die Umsetzung ihrer Migrationsentscheidung kaum eintreten dürften; die migrations(straf)rechtliche Exklusion, nicht die strafrechtliche Verurteilung und Bestrafung, wird insoweit handlungsleitend sein.²⁶³¹

III. Regelungsvorschlag und Erläuterungen

Nach alledem ist festzustellen, dass eine Migrationspolitik, die den öffentlichkeitswirksamen, kostengünstigen und vergleichsweise schnellen Weg geht, auf das Strafrecht als Migrationskontrollinstrument zu setzen,²⁶³² erhebliche Nachteile mit sich

2627 Dazu oben E. II. 5.

2628 Vgl. zur Relevanz des Aufenthaltsstatus für die Kriminalitätsbelastung *Marie/Pinotti*, *Journal of Economic Perspectives* 2024, 181, 194 f.; für die Niederlande *Leerkes/Engbersen/van der Leun*, *Crime, Law & Social Change* 2012, 15, 32 f., wobei der unterschiedliche aufenthaltsrechtliche Regelungsrahmen zu berücksichtigen ist. Umgekehrt kann das langfristige Leben ohne gültige Aufenthaltspapiere gerade dazu veranlassen, sich in besonderem Maße unauffällig und rechtstreu zu verhalten. Eine aktuelle, auf die Lebenssituation in Deutschland bezogene wissenschaftliche Untersuchung fehlt jedoch. Aus den Hellfelddaten der Polizeiliche Kriminalstatistik wird jedoch auch für Deutschland ein Zusammenhang zwischen Aufenthaltsstatus und Kriminalitätsbelastung abgeleitet, vgl. *Neumann et al.*, Analyse der Entwicklung der Kriminalität von zugewanderten Personen in Schleswig-Holstein zwischen 2013 und 2019 – Eine Studienfortsetzung, KFN-Forschungsbericht Nr. 161, S. 102 ff.

2629 Zutreffend *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 198, vgl. auch *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417, 428; *Aliverti*, *Crimes of Mobility*, 2013, 137 f.; *Zedner*, in: Franko Aas/Bosworth (Hrsg.), *The Borders of Punishment*, 2013, 40, 48.

2630 Vgl. *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 198.

2631 Vgl. *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 198 f.; vgl. auch *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417, 429; *Aliverti*, *Crimes of Mobility*, 2013, 137 f.

2632 Vgl. dazu *Walburg*, NK 2016, 378, 387.

bringt. Sie gerät inzwischen zunehmend an verfassungs-, unions- und völkerrechtliche Grenzen. Auch in rechtstatsächlicher Perspektive birgt sie erhebliche Risiken. Hinzu kommt, dass die politischen Akteure auf diese Weise zwar Entschlossenheit und Handlungsfähigkeit demonstrieren können, in der Realität aber eine echte Steuerungs-, Kontroll- oder gar Begrenzungswirkung nicht zu erwarten ist. Migranten werden die Strafvorschriften regelmäßig nicht kennen, sich von ihnen aber auch nicht abschrecken lassen, vor allem, wenn sie vor Gefahren für Leib oder Leben fliehen oder vor derart prekären Verhältnissen, dass selbst ein (angesichts der Strafdrohungen unwahrscheinlicher) Freiheitsentzug in Deutschland keine Abschreckungswirkung entfaltet.²⁶³³ Selbst § 96 AufenthG wird mit seinen empfindlichen Strafdrohungen allenfalls humanitäre Helfer, denen im Blick auf die Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe auch im Falle altruistischen Handelns (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG) der Verlust ihrer bürgerlichen Existenz droht, davon abhalten, sich für Flüchtlinge zu engagieren. Dass sich die eigentlich ins Visier genommenen „professionellen Schleuser“ von der Möglichkeit, sich vor einem deutschen Gericht verantworten zu müssen, werden abhalten lassen, scheint dagegen eher fernliegend. Dies hat zur Folge, dass es sich in zentralen Bereichen um symbolisches Strafrecht handelt, das zur Lösung der eigentlichen Herausforderungen keinen substanziellen Beitrag zu leisten vermag, dafür aber hohe Folgekosten mit sich bringt. Wird die Symbolhaftigkeit entsprechender Maßnahmen erkannt, droht perspektivisch zudem ein Vertrauensverlust der Bevölkerung in die tatsächliche Handlungsfähigkeit der demokratischen Politiker im Bereich der Migrationspolitik.

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden ein Regelungsvorschlag unterbreitet, der die Ergebnisse dieser Untersuchung aufnimmt. Ziel des Vorschlags ist es, eine rechtsgutsorientierte, verhältnismäßige und mit dem Unions- und Völkerrecht vereinbare Neujustierung vorzunehmen. Er folgt daher drei wesentlichen Grundsätzen:

- Nur ein Verhalten, das ein anerkanntes Individual- oder Kollektivrechtsgut konkret oder abstrakt gefährdet, kann legitimerweise mit Strafe bedroht werden;
- Strafvorschriften müssen dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen, verhältnismäßig sein und dürfen weder dem Unionsrecht noch dem für die Bundesrepublik verbindlichen Völkerrecht widersprechen;
- Supra- und transnationale Pönalisierungspflichten müssen vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt werden.²⁶³⁴

2633 Zutreffend der Hinweis von *Werkmeister*, in: Albrecht et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, 187, 199: „[...] denn was die Migranten ja im Kern fürchten, ist nicht die Bestrafung, sondern Exklusion durch Zurückweisung.“

2634 Die Bundesregierung sollte jedoch darauf hinwirken, dass diese Pönalisierungspflichten so gefasst werden, dass keine unverhältnismäßigen, vom Rechtsgüterschutz losgelösten Strafvorschriften erlassen werden müssen.

Nach einer synoptischen Darstellung des Regelungsvorschlags wird dieser zusammenfassend erläutert.

1. Regelungsvorschlag – Synopse

Gegenwärtige Gesetzesfassung ²⁶³⁵	Regelungsvorschlag
§ 95 AufenthG (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. entgegen § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 48 Abs. 2 sich im Bundesgebiet aufhält, 2. ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Absatz 1 Satz 1 sich im Bundesgebiet aufhält, wenn a) er vollziehbar ausreisepflichtig ist, b) ihm eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist und c) dessen Abschiebung nicht ausgesetzt ist, 3. entgegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 in das Bundesgebiet einreist, 4. einer vollziehbaren Anordnung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 oder § 47 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 zuwiderhandelt, 5. entgegen § 49 Abs. 2 eine Angabe nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht, sofern die Tat nicht in Absatz 2 Nr. 2 mit Strafe bedroht ist, 6. entgegen § 49 Abs. 10 eine dort genannte Maßnahme nicht duldet, 6a. entgegen § 56 Absatz 1 Satz 1 eine Meldung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig macht, 6b. einer vollziehbaren Anordnung nach § 56 Absatz 1 Satz 2, Absatz 3 oder Absatz 4 zuwiderhandelt, 6c. einer räumlichen Beschränkung nach § 56 Absatz 2 zuwiderhandelt,	§ 95 AufenthG (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. einer vollziehbaren Anordnung nach § 46 Absatz 2 Satz 1 oder 2 oder § 47 Absatz 1 Satz 2 oder Absatz 2 zuwiderhandelt, 2. entgegen § 56 Absatz 1 Satz 1 eine Meldung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig macht, 3. einer vollziehbaren Anordnung nach § 56 Absatz 1 Satz 2, Absatz 3 oder Absatz 4 zuwiderhandelt, 4. einer räumlichen Beschränkung nach § 56 Absatz 2 zuwiderhandelt, 5. im Bundesgebiet einer überwiegend aus Ausländern bestehenden Vereinigung oder Gruppe angehört, deren Bestehen, Zielsetzung oder Tätigkeit vor den Behörden geheim gehalten wird, um ihr Verbot abzuwenden. (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. entgegen § 11 Absatz 1 a) in das Bundesgebiet einreist oder einzureisen versucht oder b) sich darin aufhält, sofern das Einreise- und Aufenthaltsverbot aufgrund einer Ausweisung oder aufgrund einer Abschiebungsanordnung nach § 58a erlassen wurde; 2. einer vollstreckbaren gerichtlichen Anordnung nach § 56a Absatz 1 zuwiderhandelt und dadurch die kontinuierliche Feststellung seines Aufenthaltsortes durch eine in § 56a Absatz 3 genannte zuständige Stelle verhindert oder

²⁶³⁵ Stand: 15. Dezember 2025.

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
7. wiederholt einer räumlichen Beschränkung nach § 61 Abs. 1 oder Absatz 1c zuwiderhandelt oder 8. im Bundesgebiet einer überwiegend aus Ausländern bestehenden Vereinigung oder Gruppe angehört, deren Bestehen, Zielsetzung oder Tätigkeit vor den Behörden geheim gehalten wird, um ihr Verbot abzuwenden. (1a) Ebenso wird bestraft, wer vorsätzlich eine in § 404 Abs. 2 Nr. 4 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch oder in § 98 Abs. 3 Nr. 1 bezeichnete Handlung begeht, für den Aufenthalt im Bundesgebiet nach § 4 Abs. 1 Satz 1 eines Aufenthaltstitels bedarf und als Aufenthaltstitel nur ein Schengen-Visum nach § 6 Abs. 1 Nummer 1 besitzt. (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. entgegen § 11 Absatz 1 oder in Zuwiderhandlung einer vollziehbaren Anordnung nach § 11 Absatz 6 Satz 1 oder Absatz 7 Satz 1 a) in das Bundesgebiet einreist oder b) sich darin aufhält, 1a. einer vollstreckbaren gerichtlichen Anordnung nach § 56a Absatz 1 zuwiderhandelt und dadurch die kontinuierliche Feststellung seines Aufenthaltsortes durch eine in § 56a Absatz 3 genannte zuständige Stelle verhindert oder 2. unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. (3) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 und der Absätze 1a und 2 Nr. 1 Buchstabe a ist der Versuch strafbar. (4) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 2 Nr. 2 bezieht, können eingezogen werden.	3. unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden, oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. <i>(3) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 2 Nummer 3 bezieht, können eingezogen werden.</i> <i>(4) In Fällen des Absatzes 2 Nummer 2 wird die Tat nur auf Antrag einer dort genannten zuständigen Stelle verfolgt.</i> (5) Artikel 31 Absatz 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge bleibt unberührt.

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
(5) Artikel 31 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge bleibt unberührt. (6) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 und 3 steht einem Handeln ohne erforderlichen Aufenthaltstitel ein Handeln auf Grund eines durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Aufenthaltstitels gleich. (7) In Fällen des Absatzes 2 Nummer 1a wird die Tat nur auf Antrag einer dort genannten zuständigen Stelle verfolgt.	
§ 96 AufenthG (1) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet, 1. eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a zu begehen und a) dafür einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt oder b) wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelt oder 2. eine Handlung nach § 95 Absatz 1 Nummer 1 oder Nummer 2, Absatz 1a oder Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe b oder Nummer 2 zu begehen und dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt oder 3. eine Handlung nach § 9 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU zu begehen und dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt. Ebenso wird bestraft, wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche rechtswidrige Tat im Sinne des Satzes 1 Nummer 1 oder Nummer 2 begangen hat. (2) Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 1. gewerbsmäßig handelt,	§ 96 AufenthG n.F. (1) ¹Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen Ausländer 1. in einer Weise, die geeignet ist, dessen Leib oder Leben zu gefährden, bei einer unerlaubten Einreise (§ 14 Absatz 1 Nummer 1, 2 oder 3) in das Bundesgebiet unterstützt, 2. gegen den Erhalt oder das Versprechen eines Vorteils dabei unterstützt, a) im Sinne des § 14 Absatz 1 Nummer 1 oder 2 unerlaubt in das Bundesgebiet einzureisen, b) sich im Bundesgebiet ohne erforderlichen Aufenthaltstitel (§ 4 Absatz 1 Satz 1) aufzuhalten, wenn er vollziehbar ausreisepflichtig ist, ihm eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist und seine Abschiebung weder ausgesetzt ist noch ein Anspruch auf Aussetzung der Abschiebung besteht, c) entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Absatz 1 in das Bundesgebiet einzureisen oder sich darin aufzuhalten, sofern das Einreise- und Aufenthaltsverbot aufgrund einer Ausweisung oder aufgrund einer Abschiebungsanordnung nach § 58a erlassen wurde, d) unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen oder zu benutzen, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden, oder eine

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt, 3. eine Schusswaffe bei sich führt, wenn sich die Tat auf eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a bezieht, 4. eine andere Waffe bei sich führt, um diese bei der Tat zu verwenden, wenn sich die Tat auf eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a bezieht, 5. den Geschleuten einer das Leben gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt oder 6. versucht, sich im Straßenverkehr in grob verkehrswidriger und rücksichtsloser Weise einer polizeilichen Kontrolle zu entziehen und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet. Ebenso wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 zugunsten eines minderjährigen ledigen Ausländers handelt, der ohne Begleitung einer personensorgeberechtigten Person oder einer dritten Person, die die Fürsorge oder Obhut für ihn übernommen hat, in das Bundesgebiet einreist, auch wenn dieser keine vorsätzliche rechtswidrige Tat begangen hat. In minder schweren Fällen des Satzes 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. (3) Der Versuch ist strafbar. (4) Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a und Nummer 2, Satz 2, Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 2, 3, 5 und 6, Satz 2 und Absatz 3 sowie bei Einreise auf dem Landweg auch Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b sind auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates anzuwenden, wenn 1. sie den in § 95 Absatz 1 Nummer 2 oder Nummer 3 oder Absatz 2 Nummer 1 bezeichneten Handlungen entsprechen und	<i>so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr zu gebrauchen, oder</i> <i>e) unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen oder zu benutzen, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB nach dem FreizügG/EU zu beschaffen, oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr zu gebrauchen.</i> <i>² Satz 1 Nummer 1 und Nummer 2 Buchstabe a) bis c) gelten auch für die Einreise in das und den Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates, sofern die Einreise oder der Aufenthalt gegen die den Vorschriften dieses Gesetzes entsprechenden Rechtsvorschriften des jeweiligen Staates verstoßen.</i> <i>(2) ¹ Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit Satz 2,</i> <i>1. gewerbsmäßig handelt,</i> <i>2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt,</i> <i>3. eine Schusswaffe bei sich führt,</i> <i>4. eine andere Waffe bei sich führt, um diese bei der Tat zu verwenden,</i> <i>5. den Ausländer einer das Leben gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt oder</i> <i>6. versucht, sich im Straßenverkehr in grob verkehrswidriger und rücksichtsloser Weise einer polizeilichen Kontrolle zu entziehen und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet.</i> <i>² Ebenso wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit Satz 2, einen minderjährigen Ausländer unterstützt, der ohne Begleitung einer personensorgeberechtigten Person oder einer dritten Person,</i>

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
2. der Täter einen Ausländer unterstützt, der nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzt. (5) § 74a des Strafgesetzbuchs ist anzuwenden.	<i>die die Fürsorge oder Obhut für ihn übernommen hat, in das Bundesgebiet oder das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates einreist, sofern der Täter die besondere Verletzlichkeit des Minderjährigen ausnutzt.</i> (3) Der Versuch ist strafbar. (4) § 74a des Strafgesetzbuchs ist anzuwenden.
§ 97 AufenthG (1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des § 96 Abs. 1, auch in Verbindung mit § 96 Abs. 4, den Tod eines anderen Menschen verursacht. Wird in den Fällen des § 96 Absatz 1, auch in Verbindung mit § 96 Absatz 4, der Tod eines anderen Menschen wenigstens leichtfertig verursacht, ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren. (2) Mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des § 96 Abs. 1, auch in Verbindung mit § 96 Abs. 4, als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt. (3) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 Satz 1 oder des Absatzes 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr. (4) § 74a des Strafgesetzbuches ist anzuwenden.	§ 97 AufenthG (1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren wird bestraft, <i>wer in den Fällen des § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit Satz 2, den Tod eines anderen Menschen verursacht. Wird in den Fällen des § 96 Absatz 1 Nummer 1</i> der Tod eines anderen Menschen wenigstens leichtfertig verursacht, ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren. (2) Mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren wird bestraft, <i>wer in den Fällen des § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit Satz 2, als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt.</i> (3) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 Satz 1 oder des Absatzes 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr. (4) § 74a des Strafgesetzbuches ist anzuwenden.
§ 84 AsylG (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen Ausländer verleitet oder dabei unterstützt, im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen, um seine Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 zu ermöglichen. (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter	§ 84 AsylG (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen Ausländer <i>wider besseres Wissen</i> verleitet oder dabei unterstützt, im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen, um seine Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 zu ermöglichen. (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
1. für eine in Absatz 1 bezeichnete Handlung einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt oder 2. wiederholt oder zugunsten von mehr als fünf Ausländern handelt. (3) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 1. gewerbsmäßig oder 2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt. (4) Der Versuch ist strafbar. (5) Wer die Tat nach Absatz 1 zugunsten eines Angehörigen im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 1 des Strafgesetzbuches begeht, ist straffrei.	1. für eine in Absatz 1 bezeichnete Handlung einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt oder 2. wiederholt oder zugunsten von mehr als fünf Ausländern handelt. (3) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 1. gewerbsmäßig oder 2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt. (4) Der Versuch ist strafbar. (5) Wer die Tat nach Absatz 1 zugunsten eines Angehörigen im Sinne des § 11 Absatz 1 Nummer 1 des Strafgesetzbuches begeht, ist straffrei.
§ 84a AsylG (1) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des § 84 Abs. 1 als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt. (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. (3) (weggefallen)	§ 84a AsylG (1) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des § 84 Absatz 1 als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt. (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. (3) (weggefallen)
§ 85 AsylG (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. entgegen § 50 Abs. 6, auch in Verbindung mit § 71a Abs. 2 Satz 1, sich nicht unverzüglich zu der angegebenen Stelle begibt, 2. wiederholt einer Aufenthaltsbeschränkung nach § 56 oder § 59b Absatz 1, jeweils auch in Verbindung mit § 71a Abs. 3, zuwiderhandelt, 3. einer vollziehbaren Anordnung nach § 60 Abs. 2 Satz 1, auch in Verbindung mit § 71a Abs. 3, nicht rechtzeitig nachkommt,	§ 85 AsylG (weggefallen)

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
4. entgegen § 61 Abs. 1, auch in Verbindung mit § 71a Abs. 3, eine Erwerbstätigkeit ausübt, 5. entgegen § 15 Absatz 2 Nummer 1 wider besseres Wissen eine erforderliche Angabe zu seinem Alter, seiner Identität oder seiner Staatsangehörigkeit nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht, soweit nicht die Tat in Absatz 2 mit Strafe bedroht ist oder 6. entgegen § 15 Absatz 2 Nummer 4 bis 6 einen Pass, Passersatz, erforderliche Urkunden, sonstige Unterlagen oder Datenträger nicht vorlegt, aushändigt oder überlässt. (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um 1. die Anerkennung als Asylberechtigter, die Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 oder die Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 oder Absatz 7 des Aufenthaltsgesetzes zu erreichen oder 2. den Widerruf oder die Rücknahme der Anerkennung als Asylberechtigter, der Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 oder der Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 oder Absatz 7 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes abzuwenden.	
§ 9 FreizügG/EU (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB zu beschaffen oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 7 Abs. 2 Satz 1 in das Bundesgebiet einreist oder sich darin aufhält.	§ 9 FreizügG/EU (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB zu beschaffen oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, <i>wer entgegen einer rechtmäßig nach § 7 Absatz 2 Satz 1 ange-</i>

Gegenwärtige Gesetzesfassung	Regelungsvorschlag
(3) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 1 bezieht, können eingezogen werden.	<i>ordneten Einreise- und Aufenthaltsverbot</i> in das Bundesgebiet einreist oder sich darin aufhält. (3) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 1 bezieht, können eingezogen werden.
§ 42 StAG Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung zu erschleichen.	§ 42 StAG ¹ Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung zu erschleichen. ² <i>Angaben zu Umständen, die nach § 12a außer Betracht bleiben, sind nicht wesentlich im Sinne des Satzes 1.</i>

2. Erläuterungen zum Regelungsvorschlag

a) Zu § 95 AufenthG n.F.

Im Einklang mit den Ausführungen in Teil B. der Untersuchung zur mangelnden Legitimation von einfachen Einreise- und Aufenthaltsdelikten wird im Rahmen des Regelungsvorschlags konsequent auf entsprechende Tatbestände verzichtet, einschließlich § 95 Abs. 1a AufenthG g.F.²⁶³⁶ Konsequenterweise entfällt auch § 95 Abs. 6 AufenthG g.F., für den es künftig an einer Bezugsnorm fehlt. Der Staat kann seine Souveränitätsrechte vollumfänglich mit migrationsverwaltungsrechtlichen Mitteln durchsetzen, ohne auf das Strafrecht zurückgreifen zu müssen. Damit erledigen sich auch die erheblichen praktischen Herausforderungen bei der Rechtsanwendung, die sich im Blick auf die Rückführungsrichtlinie ergeben. Etwas anderes gilt im Blick auf das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit allerdings bezüglich der durch § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG n.F. erfassten Verstöße gegen Einreise- und Aufenthaltsverbote, soweit sie auf einer Ausweisung (§ 53 AufenthG) oder Abschiebungsanordnung (§ 58a AufenthG) beruhen. In diesen Fällen ist die gesetzgeberische Prognose, dass von dem Betroffenen eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu erwarten ist, schlüssig.²⁶³⁷ Die Verhinderung einer Gefahrenkonkretisierung im Bundesgebiet durch die Strafbewehrung des Einreise- und Aufenthaltsverbots setzt zwar im Vorfeld der Rechtsgutsgefährdung an, weist aber, ähnlich wie andere Vorfelddelikte, noch einen hinreichend konkreten Bezug zu dieser auf.

Die Tatbestände des § 95 Abs. 1 Nrn. 5, 6 und 7 AufenthG g.F. werden gleichfalls ersatzlos gestrichen. Sie zielen darauf ab, dasungsverfahren abzusichern, ohne

²⁶³⁶ Siehe oben B. II. 3. a).

²⁶³⁷ Oben B. II. 3. a).

dass dieses seinerseits unmittelbar auf den Schutz hinreichend konkreter Individual- oder Kollektivrechtsgüter gerichtet wäre.²⁶³⁸ Dagegen bleiben Straftatbestände, die sich auf den Schutz von anerkannten Individual- oder Kollektivrechtsgütern zurückführen lassen, unverändert erhalten. Dies gilt insbesondere für § 95 Abs. 1 Nr. 4 und 6a bis 6c sowie Nr. 8 AufenthG g.F. und § 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG g.F. Sie werden in § 95 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 AufenthG n.F. (§ 95 Abs. 1 Nr. 4, 6a bis 6c und 8 AufenthG g.F.) beziehungsweise § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG n.F. (§ 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG g.F.) überführt.

Gleichfalls als § 95 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG n.F. erhalten bleibt der bisherige § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG g.F. (Erschleichen von Aufenthaltstiteln oder Duldungen). Der Tatbestand schützt die Integrität des Verwaltungsverfahrens einerseits und das Vertrauen in die inhaltliche Richtigkeit amtlicher Dokumente andererseits und damit bedeutende Gemeinschaftsgüter.²⁶³⁹

Die bisher in § 95 Abs. 3 AufenthG g.F. geregelte Versuchsstrafbarkeit kann entfallen, da die Bezugsnormen des § 95 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 1a AufenthG g.F. gestrichen werden. Die Strafbarkeit der versuchten Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot bleibt bestehen, wird aber durch Integration in die Tatbestandsbeschreibung des § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG n.F. sichergestellt. Die Einziehungsvorschrift des § 95 Abs. 4 AufenthG g.F. wird in § 95 Abs. 3 AufenthG n.F. überführt. Das Antragserfordernis des § 95 Abs. 6 AufenthG g.F. findet sich in § 95 Abs. 4 AufenthG n.F. wieder. § 95 Abs. 5 AufenthG g.F. bleibt unverändert erhalten. Zwar ist dessen Anwendungsbereich aufgrund der umfassenden Entkriminalisierung der Einreise- und Aufenthaltsdelikte deutlich reduziert. Nach der hier vertretenen Auffassung können jedoch auch bestimmte Begleitdelikte, namentlich Urkundendelikte und Taten nach § 95 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG n.F. (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG g.F.) durch Art. 31 Abs. 1 GFK gerechtfertigt sein.²⁶⁴⁰

Die weitgehende Entkriminalisierung der Einreise- und Aufenthaltsdelikte hat Auswirkungen auf den Bußgeldtatbestand des § 98 Abs. 1 AufenthG. Nach diesem handelt ordnungswidrig, wer eine in § 95 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 oder Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AufenthG g.F. bezeichnete Handlung fahrlässig begeht. Die Entkriminalisierung bewirkt die Aufhebung des bislang bestehenden Stufenverhältnisses zwischen *vorsätzlich* begangener Straftat und *fahrlässig* begangener Ordnungswidrigkeit. Es bleibt dem Gesetzgeber überlassen, ob er eine Bußgeldbewehrung der vormaligen Einreise- und Aufenthaltsdelikte für erforderlich hält. Mit der Rückführungsrichtlinie wäre dies grundsätzlich vereinbar; auch verfassungsrechtlich dürften keine Bedenken bestehen. Im Blick auf Flüchtlinge stünden allerdings die unions- und völkerrechtli-

2638 Vgl. dazu oben B. II. 3. b).

2639 Oben B. II. 3. c).

2640 Vgl. oben C. IV. 2. c).

chen Wertungen auch einer Bußgeldbewehrung entgegen, wie sich auch aus § 98 Abs. 6 AufenthG ergibt. Sollte sich der Gesetzgeber für die Bußgeldbewehrung entscheiden, könnte die vorsätzliche und fahrlässige Begehung gleichermaßen tatbestandlich erfasst werden.

b) Zu § 96 AufenthG n.F.

Die Neugestaltung des § 96 AufenthG g.F. bewegt sich im Spannungsfeld zwischen einer möglichst weitgehenden Fokussierung auf den Schutz anerkannter Individual- und Kollektivrechtsgüter, insbesondere Leib und Leben geschleuster Personen, und den fortbestehenden Pönalisierungspflichten nach Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG sowie Art. 6 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zur Palermo-Konvention. Zugleich bedingt die weitgehende Entkriminalisierung von Einreise- und Aufenthaltsdelikten eine vollständige Umgestaltung des Tatbestandes weg von einer limitiert-akzessorischen, vertypen Teilnahme an fremdem Unrecht hin zu einem eigenständigen nicht-akzessorischen Unrechtstatbestand. Diesen Anforderungen wird mit dem Regelungsvorschlag Rechnung getragen.

In § 96 Abs. 1 AufenthG n.F. wird zunächst konsequent auf einen Verweis auf andere Straftatbestände verzichtet und damit im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht, dass der Tatbestand nicht-akzessorisch angelegt ist. Im Übrigen wird nur noch zwischen zwei Nummern unterschieden. Während § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG n.F. gefährliche Schleusungen, die Leib oder Leben der Geschleusten gefährden könnten, erfassen soll und dementsprechend als Eignungsdelikt ausgestaltet ist,²⁶⁴¹ wird mit § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG n.F. sichergestellt, dass „zu Gewinnzwecken“ erfolgende Schleusungen vom deutschen Strafrecht erfasst werden und damit den Pönalisierungspflichten des Unions- und Völkerrechts genügt wird.

§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG n.F. bildet künftig den Kern des Schleusungstatbestandes. Durch die Ausgestaltung als Eignungsdelikt wird ein enger Zusammenhang mit den geschützten Individualrechtsgütern der Geschleusten (Leib und Leben) hergestellt. Dies legitimiert den Tatbestand vollumfänglich, ohne ihn an Anforderungen zu knüpfen, die skrupellos handelnde Schleuser aufgrund der Beweisanforderungen unangemessen vor Strafverfolgung schützen. Die Eignung zur Leibes- oder Lebensgefährdung wird insbesondere bei Nutzung seeuntüchtiger Boote, mangelnder Ausstattung mit Rettungswesten, sogenannten Behältnisschleusungen oder bei unzureichender Versorgung mit Nahrung und Wasser anzunehmen sein. Demgegenüber fallen humanitär motivierte Unterstützungshandlungen *in gefährlichen Situationen* nicht unter den Tatbestand, da sie das Risiko minimieren sollen und im Übrigen normativ sozialadäquat sind.

2641 In diese Richtung auch der Vorschlag von Zirulia, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), Controlling Immigration Through Criminal Law, 2021, 235, 259.

§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a) bis c) AufenthG n.F. knüpft in Übereinstimmung mit Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG nur noch an die Unterstützung bei der unerlaubten Einreise und beim unerlaubten Aufenthalt an, einschließlich Verstößen gegen Einreise- und Aufenthaltsverbote nach § 11 Abs. 1 AufenthG. Die Vorschrift weist zwar auch in der vorgeschlagenen Fassung keinen hinreichend konkreten Bezug zu den geschützten Rechtsgütern auf, weil sie das Handeln gegen Vorteil genügen lässt,²⁶⁴² ist aber aufgrund der Pönalisierungspflichten aus Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG und Art. 6 Abs. 1 des Zusatzprotokolls derzeit unverzichtbar. Durch das Erfordernis des Erhalts oder Versprechenlassens eines Vorteils wird der Tatbestand unionsrechtskonform eingeschränkt. Dass nicht mehr auf einen *Vermögensvorteil* abgestellt wird, ist auf den derzeit beratenen Richtlinienentwurf zur Reform des *Facilitators Packages* zurückzuführen, der die Pönalisierungspflicht auf materielle Vorteile ausdehnt und im Regelungsvorschlag antizipiert wird.²⁶⁴³

§ 96 Abs. 1 AufenthG n.F. wird auch Art. 1 Abs. 3 RB 2002/946/JI gerecht, der eine Mindesthöchststrafe von acht Jahren vorsieht, wenn die strafbare Handlung als Handlung einer kriminellen Vereinigung begangen wurde oder bei der Begehung das Leben der geschleusten Person gefährdet wurde. Der Strafraum reicht insoweit bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. Dass Art. 1 Abs. 1 RL 2002/90/EG im Falle der Unterstützung bei der unerlaubten Einreise auch nicht-vorteilsmotivierte Hilfeleistungen grundsätzlich erfasst, zwingt nicht dazu, § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG n.F. weiter zu fassen, da insoweit altruistisch motivierte, aber ungefährliche Schleusungen als „humanitäre Unterstützung“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 RL 2002/90/EG zu qualifizieren sind, wie dies der Gesetzgeber bereits zu einer früheren Fassung von § 96 AufenthG vertreten hatte.²⁶⁴⁴

§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. d) und e) AufenthG n.F. gehen nicht auf die RL 2002/90/EG zurück. Sie sollen der gesetzgeberischen Bewertung Rechnung tragen, dass die professionelle Unterstützung beim Erschleichen von Aufenthaltstiteln und Papieren nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU nicht als bloße Teilnahme an den entsprechenden Delikten zu bewerten ist, sondern als eigenständiger Tatbestand erfasst werden sollte. Dadurch wird sichergestellt, dass dem durch die wiederholte und arbeitsteilige Unterstützung beim Erschleichen von Aufenthaltstiteln, Duldungen und anderen Papieren intensivierten Rechtsgutsangriff durch die Eröffnung eines

2642 Teilweise wird auch darauf hingewiesen, dass das Kriterium des „Vorteils“ nicht einmal geeignet sei, altruistische und eigennützige Schleusungen sicher abzugrenzen, da oftmals Motivbündel vorliegen könnten oder der Ausfall von anderen Verdienstmöglichkeiten kompensiert werden müsse, vgl. *Zirulia*, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235, 258; generell kritisch gegenüber dieser Differenzierung *Watson*, *Migration, Mobility, & Displacement* 2015, 39, 42 ff.

2643 Vgl. oben C. III. 2. a).

2644 BT-Drs. 16/5065, S. 199 f.

erhöhten Strafrahmens Rechnung getragen wird. Eine Erstreckung auf Verstöße gegen Rechtsvorschriften anderer EU-Mitgliedstaaten ist jedoch nicht geboten.

Im Gegensatz zur derzeitigen Vorschrift, welche die Schleusung in das Bundesgebiet und die EU-Schleusung in unterschiedlichen Absätzen (§ 96 Abs. 1 und 4 AufenthG g.F.) mit Abweichungen hinsichtlich der Anwendbarkeit der Qualifikationstatbestände regelt, verzichtet der Regelungsvorschlag auf diese Differenzierung und erweitert stattdessen § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 lit. a) bis c) AufenthG n.F. auch auf EU-Schleusungen. Dieser Gleichlauf ist angesichts des vergleichbaren Unrechtsgehalts – angeknüpft wird gerade nicht mehr an das staatliche Territorialinteresse, sondern primär an die Rechtsgutsgefährdung – gerechtfertigt.

Da § 96 Abs. 1 AufenthG n.F. nicht mehr limitiert-akzessorisch ausgestaltet ist und § 95 Abs. 1 AufenthG n.F. auch keine korrespondierenden „Haupttaten“ mehr definiert, bedarf es keiner mit § 96 Abs. 1 Satz 2 AufenthG g.F. vergleichbaren Regelung.

Die Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 AufenthG g.F. werden im Wesentlichen beibehalten, allerdings auf Fälle gefährlicher Schleusungen im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (auch in Verbindung mit Satz 2) AufenthG n.F. beschränkt. Dadurch wird ein klarer Bezug zu den zu schützenden Rechtsgütern sichergestellt. § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a) bis c) AufenthG n.F. geht allein auf die Pönalisierungspflichten aus dem Unions- und Völkerrecht zurück. Da diesen mit dem Grundtatbestand vollumfänglich genügt ist, bedarf es keiner Vertiefung des Problems des mangelnden Rechtsgutsbezugs durch Erstreckung der Qualifikationstatbestände. Dies gilt in gleicher Weise für § 97 AufenthG n.F. § 96 Abs. 2 Satz 2 AufenthG g.F. wird zudem um das Erfordernis der „Ausnutzung der Verletzlichkeit“ des Minderjährigen erweitert, um der gesetzgeberischen Intention, besonders vulnerable Minderjährige besser zu schützen, Rechnung zu tragen. Demgegenüber stellt die Unterstützung unbegleiteter Minderjähriger ohne Ausnutzung ihrer besonderen Vulnerabilität kein gegenüber § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG n.F. gesteigertes Unrecht dar. Die Fokussierung auf die Vulnerabilität bedingt auch den Verzicht auf das Merkmal „ledig“. Sofern der Minderjährige durch den Ehepartner begleitet wird, kann dieser die Fürsorge und Obhut übernommen haben. Reist der Minderjährige allein, führt das Bestehen einer Ehe nicht zu einer Verringerung der aus der Minderjährigkeit resultierenden Vulnerabilität. Durch die Aufnahme des zusätzlichen Tatbestandsmerkmals der Ausnutzung der Verletzlichkeit bedarf es der Korrekturmöglichkeit des minder schweren Falles nicht länger.

c) Zu § 97 AufenthG n.F.

§ 97 AufenthG bleibt unverändert bestehen, ist aber nur noch auf Taten nach § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG n.F. anwendbar. Dies rechtfertigt auch die hohen Straf-

rahmen. Zwar wäre eine Abstufung der Strafraumen der minder schweren Fälle zu erwägen, weil der Unrechtsgehalt der Absätze 1 und 2 deutlich divergiert. Allerdings ist angesichts der Strafraumensystematik des § 96 AufenthG eine Absenkung der Mindeststrafe unter ein Jahr nicht vorstellbar, da andernfalls eine geringere Mindeststrafe angedroht wäre als nach § 96 Abs. 2 AufenthG, der einen minder schweren Fall nicht vorsieht. Eine Erhöhung der Mindeststrafe des minder schweren Falles nach § 97 Abs. 1 AufenthG auf zwei Jahre Freiheitsstrafe ist ihrerseits ungeeignet, weil es Fälle geben kann, in denen die Gesamtwürdigung aller Umstände ergibt, dass eine nicht mehr bewährungsfähige Freiheitsstrafe über zwei Jahren unverhältnismäßig wäre.

d) Zu §§ 84, 84a AsylG n.F.

§ 84 AsylG kann – unter der Prämisse der Aufhebung des § 85 AsylG²⁶⁴⁵ – im Wesentlichen bestehen bleiben. Ergänzt wird aber das Erfordernis, dass der Täter „wider besseres Wissen“ handeln muss. Dadurch wird sichergestellt, dass nur bei sicherer Kenntnis von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben eine Strafbarkeit eintritt. Dadurch wird eine *lege artis* durchgeführte Rechtsberatung und rechtliche Vertretung ohne Risiko der Strafbarkeit ermöglicht. Die gesetzliche Klarstellung ist gerade im Bereich professioneller und ehrenamtlicher Asylrechtsberatung von Bedeutung. Dass dadurch in anderen Fällen substantielle Strafbarkeitslücken entstehen könnten, ist nicht zu erwarten. § 84a AsylG bleibt unverändert bestehen.

e) Zu § 85 AsylG n.F.

§ 85 AsylG wird ersatzlos gestrichen. § 85 Abs. 1 AsylG sichert ausschließlich das Interesse an der Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Ge- oder Verbote, ohne dass diese ihrerseits unmittelbar auf den Schutz hinreichend konkreter Individual- oder Kollektivrechtsgüter gerichtet wären. Insoweit genügen verwaltungsrechtliche Durchsetzungsmechanismen. § 85 Abs. 2 AsylG ist im Blick auf die in Teil E. der Untersuchung herausgearbeiteten Zweifel hinsichtlich seiner Verfassungsmäßigkeit aufzuheben.

f) Zu § 9 FreizügG/EU n.F.

§ 9 Abs. 1 FreizügG/EU bleibt unverändert bestehen. § 9 Abs. 2 FreizügG/EU wird im Blick auf die Ausführungen in Teil E. dahingehend konkretisiert, dass nur ein recht-

2645 Sollte § 85 Abs. 2 Nr. 1 AsylG dagegen bestehen bleiben, wäre § 84 AsylG insgesamt stärker § 96 AufenthG anzunähern und insbesondere der Grundtatbestand durch Schleusermerkmale zu qualifizieren, um den beschriebenen Wertungswiderspruch (E. V. 2.) zu vermeiden.

mäßiges Einreise- und Aufenthaltsverbot strafbewehrt ist. Dies ist im Blick auf den Vorrang des Unionsrechts konsequent und dient im Wesentlichen der Klarstellung.

g) Zu § 42 StAG n.F.

Hinzugefügt wird ein klarstellender Satz 2, der dem bislang durch Auslegung ermittelten Ergebnis entspricht und aus dem Tatbestand solche Angaben ausschließt, die im Rahmen der Einbürgerungsentscheidung außer Betracht bleiben. Im Übrigen bleibt die Strafvorschrift unverändert.

IV. Schlussbemerkungen

Die Ermöglichung, Steuerung und Kontrolle von Migration ist nicht nur rechtlich komplex. Sie wird auch politisch höchst kontrovers diskutiert. Die Rahmenbedingungen der Immigration in die Bundesrepublik Deutschland kann und darf der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der Belange des Flüchtlingsschutzes sowie unions- und völkerrechtlicher Vorgaben selbst festlegen. Dazu steht ihm das gesamte Arsenal des Migrationsverwaltungsrechts zur Verfügung, freilich eingeeignet durch verfassungs- und unionsrechtliche Vorgaben, etwa im Bereich des Familiennachzugs oder der europäischen Freizügigkeit. Im Ausgangspunkt ist es dem Gesetzgeber auch nicht verwehrt, durch eine Strafbewehrung einzelner Ge- oder Verbote ihre Durchsetzung sicherzustellen. Dabei muss er aber sowohl höherrangiges Recht beachten als auch – nach der hier vertretenen Auffassung – zur Wahrung der Legitimität des gesetzten Strafrechts sicherstellen, dass nur Verhalten kriminalisiert wird, das hinreichend konkrete verfassungsrechtlich anzuerkennende Individual- oder Kollektivrechtsgüter gefährdet. Das Migrationsstrafrecht ist zwar als „Nebenstrafrecht“ nicht im Strafgesetzbuch geregelt. Es betrifft aber ausgerechnet besonders vulnerable Personengruppen. Deshalb ist es nicht angemessen, dem Gesetzgeber einen besonders großzügigen Gestaltungsspielraum zu gewähren. Die Strafbewehrung bloßen Verwaltungseingehorsams hat ebenso zu unterbleiben wie eine ausgreifende Kriminalisierung von Unterstützungshandlungen zugunsten von Migranten, wenn diese nicht zugleich auf den Schutz anerkannter Rechtsgüter zielt.

Bereits heute setzt der Gesetzgeber das Migrationsstrafrecht sowohl als *Signal* gegenüber der deutschen Bevölkerung ein, um Handlungsfähigkeit und Entschlossenheit im Bereich der Migrationspolitik zu artikulieren, als auch – in der Verknüpfung mit dem Migrationsverwaltungsrecht – zur Abschreckung nicht in erster Linie von Migranten, sondern vor allem ihrer Unterstützer.²⁶⁴⁶ Diese Tendenz besteht seit der Einführung des Einschleusens von Ausländern unter der Regierung von Bundeskanzler *Helmut Schmidt* 1981 und hat sich seither international etabliert. In der Zwischenzeit ist der Tatbestand vielfach ausgeweitet und in seinen Strafdrohungen erheblich nachgeschärft worden. Offiziell zielt die Strafvorschrift darauf ab, Migranten – einschließlich Flüchtlinge – vor „professionellen Schleusern“ zu „schützen“²⁶⁴⁷ Ginge es um tatsächlichen Schutz, stünden dem Gesetzgeber freilich zahlreiche besser geeignete Möglichkeiten offen, wie etwa die Gewährung humanitärer Visa zur Beantragung von Asyl – unter Umständen auch erst nach einer Plausibilitäts-

2646 Zur RL 2002/90/EG vgl. in internationaler Perspektive *Aliverti*, *Theoretical Criminology* 2012, 417, 421; *Mitsilegas*, in: *Guia/van der Woude/van der Leun* (Hrsg.), *Social Control and Justice*, 2013, 87, 93; *Zirulia*, in: *Gatta/Mitsilegas/Zirulia* (Hrsg.), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, 235.

2647 Vgl. zu diesem Narrativ bereits unter B. II. 3. d) aa).

prüfung – durch die deutschen Auslandsvertretungen. Legale Zugangswege wären nämlich das effektivste Mittel zur Bekämpfung professioneller Schleusungen.²⁶⁴⁸ In Kombination mit einer strengen Bewehrung der europäischen Außengrenzen im Rahmen des europäischen Migrationsmanagements stellt sich die Strafbewehrung des Einschleusens von Ausländern auch in Fällen, in denen keinerlei Gefahr für deren Leib oder Leben besteht und in denen sie auch finanziell nicht ausgebeutet werden, letztlich als Versuch dar, Migrationsrouten zu schließen oder jedenfalls im Sinne einer *ökonomischen* Betrachtung das Risiko empfindlicher Strafen für Schleuser zu erhöhen und sie damit von ihrer Tätigkeit abzuhalten.²⁶⁴⁹ Gelänge dies, bliebe auch dem Großteil der zwingend auf Schleusungsdienste angewiesenen Migranten, einschließlich Flüchtlingen, der Weg in die Europäische Union und damit die Bundesrepublik Deutschland dauerhaft versperrt.

Die Kosten zur Erreichung dieses Ziels sind freilich hoch. Das Strafrecht, eigentlich als Reaktionsmittel des Staates zur Bewältigung gravierender Rechtsfriedensstörungen in Fällen hinreichend schwerwiegender Rechtsgutsverletzungen konzipiert, wird überlastet und letztlich sachwidrig eingesetzt.²⁶⁵⁰ Die nachteiligen Folgen der Kriminalisierung von Migranten und ihren Unterstützern können angesichts des kaum zu erwartenden abschreckenden Effekts von Strafen auf professionell agierende Schleuser nicht durch nennenswerte Erfolge im Bereich der Migrationssteuerung und -kontrolle kompensiert werden. Stattdessen werden wertvolle staatliche Strafverfolgungsressourcen gebunden, um schlichte Einreise- und Aufenthaltsdelikte und schlichte Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Ge- und Verbote zu verfolgen. Auf mittel- und langfristige Sicht droht die normative Steuerungsfunktion des Strafrechts zu erodieren, da das Strafrecht die ihm aufgezwungenen migrationssteuernden Funktionen gar nicht erfüllen kann.

Die Funktionalisierung des Strafrechts zu Präventionszwecken ist kein Alleinstellungsmerkmal des Migrationsstrafrechts; deutlich erkennbar ist die Entwicklung hin zu einem „Kriminalpräventionsrecht“ auch im Kernstrafrecht.²⁶⁵¹ Ohne die mit dieser Entwicklung verbundenen Herausforderungen für das liberale Strafrecht und dessen straftheoretische und verfassungsrechtliche Legitimation im Rahmen dieser Untersuchung näher beleuchten zu können, lässt sich für das Migrationsstrafrecht festhalten, dass die Entkoppelung des Strafrechts vom strafwürdigen *Unrecht* im Sinne eines in schwerwiegender Weise sozialschädlichen Verhaltens besondere Schwierigkeiten bereitet. Denn während es bei dem für Vorverlagerungen und Entgrenzungen besonders anfälligen Terrorismusstrafrecht immerhin um die Abwehr

2648 Vgl. Zirulia, in: Gatta/Mitsilegas/Zirulia (Hrsg.), Controlling Immigration Through Criminal Law, 2021, 235, 254; vgl. auch Trinh, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 86.

2649 Vgl. Mitsilegas, New Journal of European Criminal Law 2019, 68, 80 f.

2650 So auch die Grundthese von Spena, Criminal Law and Philosophy 2014, 635, 636.

2651 Vgl. grundlegend Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015; vgl. auch m.w.N. Epik, GA 2024, 181 ff.

von Gefahren für besonders schwerwiegende Rechtsgüter geht, ist dies im Bereich des Migrationsstrafrechts gerade nicht der Fall. Hier geht es im Kern nicht um Gefahrenprävention, sondern um den Versuch, ein seit jeher normales menschliches Verhalten – Migration – mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts zu steuern. Insoweit ist, wie bereits gezeigt wurde, der Schutz von Rechtsgütern weder bezweckt noch bezweckbar;²⁶⁵² weshalb sich die entsprechenden Strafnormen auch nicht legitimieren lassen.

Mit Ausnahme der unions- und völkerrechtlich vorgegebenen Strafbarkeit des Einschleusens von Ausländern in Fällen professioneller oder gefährlicher Schleusung ist der Gesetzgeber freilich nicht gezwungen, diesem Pfad weiter zu folgen. Der zuvor dargestellte Regelungsvorschlag gewährleistet vielmehr, dass tatsächlich rechtsgutsgefährdenden Verhaltensweisen auch mit den Mitteln des Strafrechts begegnet werden kann, ohne in die Gefahr der Kriminalisierung schlichter Verwaltungsverstöße oder der humanitären Unterstützung von Flüchtlingen und Papierlosen zu geraten. Zudem stellt der Regelungsvorschlag sicher, dass die deutsche Rechtslage künftig keine Schwierigkeiten mehr im Blick auf den Vorrang des Rückführungsverfahrens aufwirft. Eine erhebliche Entlastung bedeutet die Entschlackung des Straftatkatalogs zudem für die Staatsanwaltschaften, welche die große Masse an Verfahren im Wege der Opportunitätseinstellung zu erledigen haben; auch für die Amtsgerichte als Eingangsinstanzen für sämtliche Taten nach §§ 95 AufenthG, 85 AsylG resultierte aus dem Regelungsvorschlag eine deutliche Arbeitsentlastung. Wertvolle justizielle Ressourcen könnten anderweitig eingesetzt werden.

Trotz dieser möglichen Vorteile scheint angesichts der historischen Kontinuität des deutschen Migrationsstrafrechts – und eines internationalen Trends zur Kriminalisierung von Migration – eine Umsetzung des Regelungsvorschlags unwahrscheinlich. Jedenfalls im Blick auf die Entkriminalisierung humanitärer Hilfe bietet das geltende Recht freilich schon derzeit hinreichende Anknüpfungspunkte für eine entsprechende Auslegung. Diesen Weg sollte die Rechtsprechung künftig entschlossen beschreiten: Denn das Strafrecht dient auch im Bereich des Migrationsrechts dem Rechtsgüterschutz – nicht der Abwehr von Migranten.

2652 Vgl. eingehend oben B. II.