

Nebenstrafrecht III, Völkerstrafgesetzbuch

4. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-74609-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

	Rn.		Rn.
1. Rechtspolitische Bedeutung	15	3. Konkurrenzen	74
2. Kriminalpolitische Bedeutung	16	VII. Wiederholter Verstoß gegen § 56	
B. Die einzelnen Straftatbestände	18	(Abs. 1 Nr. 6a)	75
I. Pass- oder ausweisloser Aufenthalt		1. Objektiver Tatbestand	75
(Abs. 1 Nr. 1)	18	2. Subjektiver Tatbestand	81
1. Objektiver Tatbestand	18	VIII. Wiederholter Verstoß gegen § 61	
2. Subjektiver Tatbestand	23	Abs. 1 (Abs. 1 Nr. 7)	82
II. Unerlaubter Aufenthalt (Abs. 1		1. Objektiver Tatbestand	82
Nr. 2)	24	2. Subjektiver Tatbestand	84
1. Objektiver Tatbestand	24	IX. Zugehörigkeit zu einem geheimen	
a) Tathandlung und allgemeine Voraus-		Ausländerverein (Abs. 1 Nr. 8)	85
setzungen	24	1. Objektiver Tatbestand	85
b) Europarechtskonforme Auslegung		2. Subjektiver Tatbestand	88
infolge der Rückführungsrichtlinie ..	30	3. Konkurrenzen	89
c) Aussetzung der Abschiebung (Dul-		X. Erwerbstätigkeit eines Inhabers	
dung)	34	eines Schengen-Visums (Abs. 1a) ...	90
d) Rechtsmissbräuchlich erlangte Auf-		1. Objektiver Tatbestand	90
enthaltstitel (Abs. 6)	37	2. Subjektiver Tatbestand	92
e) Kurzaufenthalte	38	3. Versuchsstrafbarkeit	93
f) Unerlaubter Aufenthalt von Asylbe-		4. Teilnahme	94
werbern	46	XI. Einreise oder Aufenthalt entgegen	
2. Subjektiver Tatbestand	47	§ 11 Abs. 1 Satz 1; Abs. 6 und 7	
3. Teilnahme	48	(Abs. 2 Nr. 1)	95
4. Konkurrenzen	49	1. Objektiver Tatbestand	95
III. Unerlaubte Einreise entgegen § 14		2. Subjektiver Tatbestand	98
Abs. 1 Nr. 1 oder 2 (Abs. 1 Nr. 3) ..	50	3. Versuchsstrafbarkeit	99
1. Objektiver Tatbestand	50	4. Teilnahme	100
a) Begriff der Einreise	51	5. Konkurrenzen	101
b) Einreise ohne Pass	52	XII. Zuwiderhandlung gegen Anord-	
c) Einreise ohne Aufenthaltstitel	53	nung nach § 56a Abs. 1 (Abs. 2	
d) Asylbewerber	55	Nr. 1a)	102
2. Subjektiver Tatbestand	56	1. Objektiver Tatbestand	102
3. Versuchsstrafbarkeit	57	2. Subjektiver Tatbestand	103
4. Teilnahme	58	XIII. Erschlichener Aufenthaltstitel oder	
5. Konkurrenzen	59	Duldung (Abs. 2 Nr. 2)	104
IV. Zuwiderhandlung gegen vollzieh-		1. Objektiver Tatbestand	104
bare Anordnungen (Abs. 1 Nr. 4) ...	60	a) Tathandlungen	104
1. Objektiver Tatbestand	60	b) Tatobjekte Aufenthaltstitel und Dul-	
a) Verbotene Ausreise	61	dung	109
b) Missachtung des Verbots einer politi-		c) Einzelfälle	111
schen Betätigung	62	2. Subjektiver Tatbestand	116
c) Vollziehbarkeit	63	3. Teilnahme	117
2. Subjektiver Tatbestand	64	4. Konkurrenzen	118
3. Teilnahme	65	XIV. Rechtsmissbräuchlich erlangte	
V. Verstoß gegen § 49 Abs. 2 (Abs. 1		Aufenthaltstitel (Abs. 6)	119
Nr. 5)	66	1. Allgemeines	119
1. Objektiver Tatbestand	66	2. Fälle des Rechtsmissbrauchs	120
2. Subjektiver Tatbestand	68	C. Flüchtlinge (Abs. 5)	122
VI. Verstoß gegen § 49 Abs. 10 (Abs. 1			
Nr. 6)	69		
1. Objektiver Tatbestand	69		
2. Subjektiver Tatbestand	73		

	R.n.		R.n.
I. Allgemeines	122	I. Strafdrohungen	127
II. Voraussetzungen der Straffreiheit ..	124	II. Einziehung (Abs. 4)	128
D. Rechtsfolgen	127	E. Prozessuales	129

A. Überblick

I. Normzweck

- 1 **1. Rechtsgut.** Die Strafvorschrift des § 95 dient – wie die Vorschriften des besonderen Ausländerstrafrechts allgemein, zu denen neben den Straftatbeständen des AufenthG auch die des Asylgesetzes und des Freizügigkeitsgesetzes/EU gehören – der Durchsetzung der sich aus den verwaltungsrechtlichen Vorschriften dieser Gesetze ergebenden Verhaltenspflichten. Sie verfolgt damit als **unmittelbaren Schutzzweck** die Stabilisierung der verwaltungsrechtlichen Ordnungssysteme,¹ insbesondere die Kontroll- und Steuerungsfunktion des ausländerrechtlichen Genehmigungsverfahrens.² Dabei sind sowohl Verstöße gegen die Pflicht zur Befolgung der abstrakten Verfahrensvorschriften (zB Abs. 1 Nr. 1) als auch gegen konkrete vollziehbare Einzelakte (zB Abs. 1 Nr. 4) sanktionsbewehrt.³ **Mittelbar** werden dadurch auch die materiellen Interessen des AufenthG,⁴ namentlich die in § 1 Abs. 1 genannten, also die Zuzugskontrolle, die Identitätskontrolle, die Arbeitsmarktkontrolle und die politische Kontrolle **geschützt**.⁵ Die einzelnen Tatbestände der Vorschrift verfolgen zudem schwerpunktmäßig jeweils besondere Ausprägungen solcher Allgemeininteressen, etwa den Schutz der **materiellen Richtigkeit von Verwaltungsentscheidungen** (Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 und 2), den Schutz des **Rechtsverkehrs** (Abs. 2 Nr. 2 Alt. 3) oder auch den Schutz von **Konventionsflüchtlingen** (Abs. 5).⁶
- 2 **2. Verwaltungsakzessorietät.** Die Straftatbestände des AufenthG sind ganz überwiegend verwaltungsakzessorisch. Damit sind Strafnormen bezeichnet, die auf Vorschriften des materiellen Verwaltungsrechts (hier: des AufenthG) verweisen und typische Verstöße gegen bestimmte abstrakt normierte Genehmigungspflichten (Verwaltungsrechtsakzessorietät) oder gegen den Einzelnen treffende vollziehbare Verwaltungsakte (Verwaltungsaktsakzessorietät) unter Strafe stellen.⁷ Lediglich die Vorschriften des Abs. 1 Nr. 8 und Abs. 2 Nr. 2 normieren den Straftatbestand vollständig. Sie beziehen sich zwar auf verwaltungsrechtliche Begriffe, die Erfüllung des Tatbestandes kann aber ohne Rückgriff auf eine verwaltungsrechtliche Vorschrift oder einen Verwaltungsakt geprüft werden.⁸
- 3 **a) Reichweite der Akzessorietät.** Der Begriff der Verwaltungsakzessorietät ist wenig trennscharf. Dahinter verbergen sich zunächst mehrere Auffassungen über ihre Reichweite. Einigkeit besteht nur insoweit, dass die Straftatbestände nicht an nichtiges Verwaltungshandeln anknüpfen können. Bezüglich formell wirksamem Verwaltungshandeln werden – mit Abweichungen im Einzelnen – im Wesentlichen folgende Meinungen vertreten: Die Lehre von der **strengen Akzessorietät** knüpft strafrechtliche Konsequenzen allein an (formell) wirksame und vollziehbare verwaltungsrechtliche Ge- und Verbote bzw. deren Fehlen an. **Vermittelnde Ansichten** stellen auch zunächst auf die formelle Wirksamkeit der verwal-

¹ Aurnhammer S. 77; Kretschmer § 3 Rn. 8; Trietz S. 16; Bergmann/Dienelt/Winkelmann/Stephan Rn. 5; BeckOK AuslR/Hohoff Vor Rn. 1.

² Heinrich ZAR 2005, 309 (314).

³ Aurnhammer S. 77 f.

⁴ Vgl. näher zum Gesetzeszweck die Erläuterungen zu § 1.

⁵ Aurnhammer S. 78 ff.; Kretschmer § 3 Rn. 8; Trietz S. 194 f.; Hailbronner Rn. 5; BeckOK AuslR/Hohoff Vor Rn. 1.

⁶ Vgl. die Auflistung bei Schiedermaier/Wollenschläger/Wäßner Rn. 2.

⁷ Heinrich ZAR 2003, 166 (167); Aurnhammer S. 107.

⁸ Aurnhammer S. 77.

tungsrechtlichen Vorgaben ab, nehmen aber Ergebniskorrekturen etwa darüber vor, dass rechtmisbräuchliches Vorgehen auch dann strafbar sein soll, wenn das Verhalten des Täters sich verwaltungsrechtlich im legalen Bereich bewegt. Schließlich wird die Auffassung vertreten, dass sich die Strafbarkeit rein nach der **materiellen** verwaltungsrechtlichen **Rechtmäßigkeit** richte, also stets geklärt werden müsse, wie die Rechtslage unabhängig von formell wirksamen verwaltungsrechtlichen Prämissen materiellrechtlich zu beurteilen wäre.⁹ Auch im Ausländerstrafrecht wurde etwa für die Strafbarkeit gem. § 92 Abs. 1 Nr. 6 AuslG iVm § 58 AuslG in Rechtsprechung und Lehre kontrovers diskutiert, ob hinsichtlich der Frage der „erforderlichen“ Aufenthaltsgenehmigung allein auf die formelle Rechtslage abzustellen sei, oder ob nur die materiell rechtmäßige Aufenthaltsgenehmigung als **begünstigender Verwaltungsakt** auch die „erforderliche“ darstelle.¹⁰

Der Bundesgerichtshof hat die Frage mit der insbesondere in der strafrechtlichen Rechtsprechung und Lehre herrschenden Meinung für die alte Rechtslage im Sinne einer **strengen Akzessorietät** entschieden: Wer über eine formell wirksame Aufenthaltsgenehmigung (hier: ein Schengen-Visum) verfüge, reise nicht unerlaubt ein. Insbesondere im Hinblick auf das **Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG** sei es erforderlich, einen eindeutigen Auslegungsmaßstab in Bezug auf verwaltungsrechtliche Vorgaben zu haben. Die Strafbarkeit dürfe nicht von verborgenen materiell-rechtlichen Mängeln, deren Nachweisbarkeit im Einzelfall zufällig sei, abhängig gemacht werden.¹¹ Für das AufenthG hatte der Gesetzgeber sich bereits in der Begründung des Zuwanderungsgesetzes zu § 14 AufenthG ebenfalls für eine formale Betrachtungsweise ausgesprochen. Angesichts der unterschiedlichen Auffassungen in Rechtsprechung und Lehre sollte klargestellt werden, dass sich die Erforderlichkeit des Aufenthaltstitels nach objektiven Kriterien und nicht nach dem Aufenthaltzweck bemisst.¹² In der Begründung zur Schaffung von Abs. 1a durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union wurde ebenfalls auf die formelle Wirksamkeit als Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit abgestellt, was die Schaffung des neuen Tatbestandes zur Schließung von Strafbarkeitslücken erforderlich gemacht habe.¹³ Danach darf sich ein Ausländer auf einen ihn begünstigenden, formell wirksamen Verwaltungsakt berufen; er macht sich auch dann nicht strafbar, wenn der Verwaltungsakt materiell rechtswidrig ist,¹⁴ es sei denn, es besteht eine Strafbarkeit wegen Erschleichens eines Aufenthaltstitels nach Abs. 2 Nr. 2 oder es liegt ein Fall von Abs. 6 vor. Umgekehrt wird etwa eine Einreise oder ein Aufenthalt ohne Aufenthaltstitel nicht dadurch rechtmäßig, dass der Titel nach der materiellen Rechtslage hätte erteilt werden können: Es handelt sich um einen genehmigungsbedürftigen Verwaltungsakt, den der Ausländer beantragen muss. Dadurch soll die ordnungsgemäße Durchführung des ausländerrechtlichen Verfahrens sichergestellt werden, die wiederum von den Strafvorschriften geschützt wird. Der Umstand, dass ein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels **genehmigungsfähig** ist, steht folglich der Genehmigung nicht gleich.¹⁵

Soweit die verwaltungsrechtlichen Vorgaben – anders als etwa bei einem Aufenthaltstitel – nicht begünstigend sind, sondern einen **Eingriff** darstellen, geht die strafrechtliche Rechtsprechung ebenfalls von **strenger Akzessorietät** aus: Ein formell wirksamer und vollziehbarer Verwaltungsakt ist zu befolgen, ohne dass es auf die materielle Rechtmäßigkeit ankommt. Eine etwaige spätere Aufhebung des Verwaltungsaktes oder auch nur der spätere Wegfall der

⁹ Vgl. zum Diskussionsstand *Heghmanns* S. 36 f. *Steinhorst* S. 31 ff., 59 ff. jew. mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁰ Vgl. die Nachweise bei BGH 27.4.2005 – 2 StR 457/04, BGHSt 50, 105 (110 ff.) = NJW 2005, 2095 (2096 f.).

¹¹ BGH 27.4.2005 – 2 StR 457/04, BGHSt 50, 105 (115) = NJW 2005, 2095 (2098); so auch schon BGH 11.2.2000 – 3 StR 308/99, NJW 2000, 1732 (1733 ff.); OLG Karlsruhe 4.4.2008 – 3 Ss 79/07, StraFo 2008, 258; kritisch dazu *Steinhorst* S. 51 ff.

¹² BT-Drs. 15/420, 73.

¹³ BT-Drs. 16/5065, 199; zur gleichzeitigen Schaffung von Abs. 6 → Rn. 37, 53, 119 ff.

¹⁴ *Cannawurf* S. 73 mwN.

¹⁵ *Aurnhammer* S. 150; *Cannawurf* S. 74 f.; *Hailbronner* Rn. 8; *GK/Mosbacher* Vor §§ 95 Rn. 28. BGH 27.2.2020 – 3 StR 327/18, NJW 2020, 2282 für das Glücksspielrecht.

Vollziehbarkeit durch Einlegung eines Rechtsmittels lässt die bereits vollendete Verwirklichung des Straftatbestandes nicht wieder entfallen.¹⁶ Dem ist für das AufenthG grundsätzlich zuzustimmen.¹⁷ Die Gegenauffassungen, die eine strafrechtliche Sanktion nur an materiell rechtmäßigem Verwaltungshandeln anknüpfen lassen¹⁸ oder aber zumindest für den Fall der nachträglichen Kassation des Verwaltungsaktes einen ungeschriebenen Strafaufhebungsgrund annehmen wollen,¹⁹ berücksichtigen nicht hinreichend, dass die Ordnungsgemäßheit des verwaltungsrechtlichen Verfahrens und die darin von der Verwaltung gesetzte (einstweilige) Rechtsordnung ihrerseits ein schutzwürdiges Rechtsgut darstellt,²⁰ das durch die verwaltungsakzessorischen Strafvorschriften geschützt wird.²¹ Dem Interesse des Ausländers ist durch die Rechtsschutzmöglichkeiten im Verwaltungs- bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hinreichend Genüge getan,²² einer Überprüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns im strafrechtlichen Verfahren bedarf es nicht. Eine solche ist nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Gefährdung der Einheit der Rechtsordnung, die durch divergierende Entscheidungen im Verwaltungs- und im Strafverfahren entstehen könnte, nicht angezeigt.²³ Stellt sich nachträglich die Rechtswidrigkeit eines belastenden Verwaltungsakts oder der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit heraus, ist dies – wenn nicht eine Einstellung nach § 153 StPO in Betracht kommt – allein im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen.²⁴

6 b) Blanketttechnik. Für die verwaltungsakzessorischen Straftatbestände ist weiter die sog. Blanketttechnik typisch, die sich dadurch auszeichnet, dass das Strafgesetz aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzt ist, sich also Tatbestand und Rechtsfolge nicht aus derselben Norm ergeben.

7 Soweit eine Strafvorschrift lediglich auf eine (abschließende) Regelung innerhalb des gleichen Gesetzes verweist, handelt es sich um eine – im Hinblick auf den Grundsatz „nulla poena sine lege“ und eine hinreichend klare Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge regelmäßig unbedenkliche – **Binnenverweisung**, weil sich die Voraussetzungen der Strafbarkeit aus einem einzigen (formellen) Gesetz ergeben.²⁵ Abzugrenzen davon sind **Blankettstrafgesetze**, bei denen von der Strafvorschrift im Wesentlichen lediglich die Strafdrohung bestimmt wird und die auf einen den Tatbestand ausfüllenden Rechtsakt (anderes Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsakt) verweisen.²⁶ In Betracht kommen auch **dynamische Verweisungen** auf außerstaatliches Recht, insbesondere auf das Recht der Europäischen Union.²⁷ An dieser Gesetzgebungstechnik wird im (vor allem umweltstraf-

¹⁶ Grundlegend BGH 23.7.1969 – 4 StR 371/68, BGHSt 23, 86 (93 f.) = NJW 1969, 2023 (2025); 8.10.1981 – 3 StR 449/450/81, NJW 1982, 189; 12.4.1983 – 5 StR 513/82, BGHSt 31, 314 (315) = NStZ 1983, 321; OLG Frankfurt a. M. 6.4.1999 – 3 Ss 70/99, NStZ-RR 2000, 23.

¹⁷ Wie hier *Aurnhammer* S. 135 ff.; *Cannawurf* S. 67 ff.; GK/*Mosbacher* Vor §§ 95 Rn. 26 f.; im Ergebnis auch HK/*Fahlbusch* Vor § 95 Rn. 8; aber → Rn. 28, 119 ff.; offen gelassen bei Bergmann/Dienelt/*Winkelmann/Stephan* Rn. 7; *Hailbronner* Rn. 7 f.; aA *Kretschmer* § 4 Rn. 27 f.; wohl auch Huber/*Hörich* Vor § 95 Rn. 40 ff.

¹⁸ *Kühl* S. 842 ff.; *Arnhold* JZ 1977, 789; *Ostendorf* JZ 1981, 165; *Kretschmer* § 4 Rn. 27 f.; *Steinhorst* S. 62 ff.

¹⁹ OLG Frankfurt a. M. 21.8.1987 – 1 Ss 488/86, StV 1988, 301; Schönke/Schröder/*Heine/Schüttenhelm* StGB Vor § 324 Rn. 22; so wohl auch *Winkelbauer* S. 54 ff.; *Kretschmer* § 4 Rn. 30; für den Fall, dass sich nachträglich die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts herausstellt.

²⁰ → Rn. 1; vgl. dazu auch BGH 27.2.2020 – 3 StR 327/19, NJW 2020, 2282 Rn. 14 ff. zur vergleichbaren Problematik im Glücksspielrecht; aA *Kretschmer* § 3 Rn. 27 mwN, der „bloßen Verwaltungseingehorsam“ nicht als legitimen Anknüpfungspunkt für eine strafrechtliche Sanktionierung sieht; ähnlich *Steinhorst* S. 45 ff.; zweifelnd an der Legitimität des Ausländerstrafrechts insgesamt mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip BeckOK AuslR/*Hohoff* Vor Rn. 1.

²¹ Eingehend *Aurnhammer* S. 135, 138; *Cannawurf* S. 69; *Lorenz* NStZ 2002, 640 (643).

²² *Aurnhammer* S. 135 f.

²³ *Cannawurf* S. 69; GK/*Mosbacher* Vor §§ 95 Rn. 26 aA *Steinhorst* S. 168 ff.

²⁴ GK/*Mosbacher* Vor §§ 95 Rn. 26; für ein Vorgehen nach §§ 153, 153a StPO auch HK/*Fahlbusch* Vor § 95 Rn. 8; *Schiedermair/Wollenschläger/Wäßner* Vor §§ 95–98 Rn. 38.

²⁵ BGH 9.3.1954 – 3 StR 12/54, BGHSt 6, 30 (40 f.); Schönke/Schröder/*Hecker* StGB Vor § 1 Rn. 3 mwN; *Winkelbauer* S. 12.

²⁶ Schönke/Schröder/*Hecker* StGB Vor § 1 Rn. 3 mwN; → StGB § 1 Rn. 53 ff.; *Kühl* S. 819.

²⁷ → Rn. 39, 42 f. und insbesondere → FreizügG/EU § 9 Rn. 15.

rechtlichen) Schrifttum vereinzelt kritisiert, dass der Gesetzgeber – insbesondere, wenn die Strafbarkeit an einen Verwaltungsakt anknüpft – unter Missachtung der Gewaltenteilung die genaue Bestimmung der Straftatbestände aus der Hand gegeben und stattdessen der Verwaltung die Kompetenz verliehen habe, im Einzelfall die strafrechtlich bewehrten Verhaltenspflichten festzulegen.²⁸ Allerdings müssen auch diese Kritiker einräumen, dass diese Regelungstechnik im Ergebnis unverzichtbar ist, will man nicht zu höchst unbestimmten oder nur fragmentarischen Sanktionsnormen gelangen.²⁹

Im Ergebnis ist in diesen Fällen – das gilt auch für die entsprechenden Vorschriften des AufenthG – die **Bestimmtheit des Gesetzes (Art. 103 Abs. 2 GG)** besonders sorgfältig zu prüfen, die sowohl für die eigentliche Strafnorm als auch für den ausfüllenden Rechtsakt vorliegen muss.³⁰ Dabei ist darauf zu achten, dass der wesentliche Inhalt des pönalisierten Verhaltens sich aus dem Gesetz selbst – sei es aus der Sanktionsnorm oder der zum Erlass eines Verwaltungsaktes oder Rechtsverordnung ermächtigenden Vorschrift – ergibt. Die verfassungsrechtlich erforderliche Bestimmtheit des Gesetzes ist nur dann gegeben, wenn es nicht der Verwaltung überlassen ist, wann und in welchem Umfang sich der Ausländer strafbar macht.³¹ Vereinzelt werden Bedenken gegen die Bestimmtheit von Abs. 1 Nr. 2 iVm § 4 Abs. 1 geltend gemacht, weil § 4 Abs. 1 pauschal auf Rechtsverordnungen und „das Recht der Europäischen Union“ verweise; aufgrund des Umfangs der Rechtsmaterie, auf die verwiesen werde, sei bereits fraglich, ob die Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG erfüllt würden. Jedenfalls mit Blick auf das Erfordernis, die Strafvorschriften unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH zur Rückführungsrichtlinie unionsrechtskonform auszulegen, fehle es an einer hinreichend konkreten Umschreibung des Tatbestands.³² Dabei wird aber nicht hinreichend in den Blick genommen, dass die in den Verweisungen erwähnten Vorschriften oder Richtlinien der EU gerade keine Voraussetzungen der Strafbarkeit normieren, sondern lediglich Ausnahmen von dem Grundsatz, dass Ausländer für den Aufenthalt im Bundesgebiet eines Aufenthaltstitels bedürfen, bzw. Einzelheiten, aus denen sich die Genehmigungspflicht ergibt, bestimmen. Damit ist aber der wesentliche Inhalt des strafbaren Verhaltens – Aufenthalt ohne erforderlichen Aufenthaltstitel – hinreichend vom Gesetzgeber bestimmt.³³

II. Historie

Das AufenthG trat als Art. I des **Zuwanderungsgesetzes** vom 30.7.2004 zum 1.1.2005 **9** in Kraft.³⁴ Die Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 95–98 wurden in Anlehnung an die bis dahin geltenden §§ 92 ff. AuslG 1990 geschaffen und im Wesentlichen nur redaktionell umgestaltet.³⁵ Neu aufgenommen wurden zunächst in Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 7³⁶ und im Vermittlungsverfahren im Zuge besonderer Bestimmungen zur inneren Sicherheit (§ 54a [jetzt § 56]) Nr. 6a.³⁷

Nach mehreren geringfügigen Änderungen nahm der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 16.8.2007³⁸ einige grundlegende Neuerungen vor, die insbesondere durch die erforderliche Umsetzung von EU-Richtlinien veranlasst waren.³⁹ Im Hinblick auf die Strafvorschriften

²⁸ Lackner/Kühl/Heger StGB Vor § 324 Rn. 3; Winkelbauer S. 32; vgl. auch Niehaus wistra 2004, 206 zur vergleichbaren Problematik im Steuerrecht.

²⁹ Eingehend Kühl S. 838 f.

³⁰ Bergmann/Dienelt/Winkelmann/Stephan Rn. 7 f.; Aurnhammer S. 110.

³¹ Aurnhammer S. 115 f.; BVerfG 6.3.2003 – 2 BvR 397/02, NStZ 2003, 488; dazu auch → Rn. 21, 34 f.

³² Huber/Hörich Rn. 15 f.; HK/Fahlbusch Rn. 25 meint gar, es müsse eine konkrete gesetzliche Regelung vorliegen, mit der die entsprechenden Vorgaben der Rückführungsrichtlinie umgesetzt werden. Bis dahin sei die Strafbarkeit nicht hinreichend gesetzlich bestimmt; zur Rückführungsrichtlinie → Rn. 30 ff.

³³ Vgl. insoweit auch BGH 19.1.2010 – StB 27/09, BGHSt 54, 275 (325) zu § 34 Abs. 1 Nr. 2 AWG.

³⁴ BGBl. 2004 I S. 1950; zur früheren Rechtsentwicklung: Erbs/Kohlhaas/Senge Vor § 1 Rn. 1 ff.

³⁵ BT-Drs. 15/420, 98.

³⁶ BT-Drs. 15/420, 98.

³⁷ BT-Drs. 15/3479, 12.

³⁸ BGBl. 2007 I S. 1970.

³⁹ BT-Drs. 16/5065, 1 ff.

nutzte der Gesetzgeber aber auch die Gelegenheit, in der ersten Rezeption des Gesetzes aufgezeigte **Unstimmigkeiten und Strafbarkeitslücken zu beseitigen**. So wurde durch die Einführung von Abs. 1a die Erwerbstätigkeit von Ausländern, die lediglich im Besitz eines Schengen-Visums sind, unter Strafe gestellt, nachdem der Bundesgerichtshof entschieden hatte, dass sich solche Personen auch dann nicht wegen unerlaubter Einreise oder unerlaubtem Aufenthalt strafbar machen, wenn sie von vornherein die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit beabsichtigen.⁴⁰ Durch den neuen Abs. 6 wurden Aufenthalt oder Einreise mit einem durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch Täuschung erschlichenen Aufenthaltstitel einem Handeln ohne Genehmigung gleichgesetzt.⁴¹ Schließlich wurde durch eine Änderung von § 11 FreizügG/EU, in dem nunmehr ua auf Abs. 1 Nr. 4 und 8 sowie auf Abs. 2 Nr. 2 verwiesen wird, die Strafbarkeit nach diesen Vorschriften auf EU-Ausländer ausgedehnt,⁴² wodurch der bisherige Missstand, dass Deutsche sich nach Abs. 2 Nr. 2 strafbar machen konnten, Unionsbürger hingegen nicht – *Mosbacher*⁴³ bezeichnete dieses schwer vermittelbare Ergebnis zu Recht als „Inländerdiskriminierung“ – beseitigt wurde. Weitere Angleichungen betreffend Personen, deren Einreise und Aufenthalt nach § 1 Abs. 1 FreizügG/EU geregelt ist, an die gegenüber Deutschen möglichen Sanktionen wurden durch Verweise auch auf § 98 erreicht.⁴⁴ Aufgrund weiterer Richtlinien der EU aus den Jahren 2008 und 2009, die in nationales Recht umgesetzt werden mussten, und wegen der erforderlichen Anpassung innerstaatlichen Rechts an den sog. Visakodex (VO (EG) Nr. 810/2009) wurden durch das **Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex** vom 22.11.2011 erneut zahlreiche Neuregelungen vorgenommen, die mit Blick auf die Strafvorschriften zwar nur zur Neufassung von Abs. 1 Nr. 2 führten,⁴⁵ die aufgrund der damit – vermeintlich vollständig⁴⁶ – realisierten Umsetzung der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger,⁴⁷ so genannte **Rückführungsrichtlinie**, aber darüber hinaus Bedeutung für die Strafbarkeit insbes. nach Abs. 1 Nr. 2 und 3 haben.⁴⁸ In der 18. Legislaturperiode führten insbesondere das **Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung** vom 27.7.2015⁴⁹ und das **Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz** vom 20.10.2015⁵⁰ zu zahlreichen Änderungen insbesondere mit Blick auf die Ausweisungsvorschriften, aber auch zu den für die Strafbarkeit nach Abs. 2 Nr. 1 maßgeblichen Einreise- und Aufenthaltsverboten nach § 11. Das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht hat mit Wirkung ab dem 29.7.2017 schließlich in Abs. 2 Nr. 1a einen neuen Straftatbestand normiert.

III. Anwendungsbereich

11 Für Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 kommen als **Täter** nur Ausländer⁵¹ in Betracht. Dies ergibt sich mit Ausnahme von Abs. 1 Nr. 8 bereits aus den von den Strafnormen in Bezug genommenen Vorschriften, gegen die nur Ausländer verstoßen können.⁵² Für die Personen, deren Einreise und Aufenthalt nach § 1 Absatz 1 FreizügG/EU geregelt ist, gelten auf Grund der Verweisung in § 11 Abs. 1 FreizügG/EU Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 8.

⁴⁰ BT-Drs. 16/5065, 199; vgl. BGH 27.4.2005 – 2 StR 457/04, BGHSt 50, 105 = NJW 2005, 2095; dazu → Rn. 45.

⁴¹ Dazu → Rn. 119 ff.

⁴² BT-Drs. 16/5065, 212.

⁴³ wistra 2005, 54 (55).

⁴⁴ BT-Drs. 16/5065, 212.

⁴⁵ Dazu → Rn. 29.

⁴⁶ Dazu insb. → Rn. 95, 97.

⁴⁷ ABl. 2008 L 348, 98.

⁴⁸ Dazu → Rn. 30 ff., 52 f.

⁴⁹ BGBl. 2015 I S. 1386.

⁵⁰ BGBl. 2015 I S. 1722.

⁵¹ Zum Begriff → § 2 Rn. 1 f.; zu Ausnahmen vom Anwendungsbereich → § 1 Rn. 3 f.

⁵² Erbs/Kohlhaas/Senge Rn. 1; Aurnhammer S. 151.

Der Verweis erstreckt sich infolge der Neufassung auch auf **nahestehende Personen** im Sinne von § 3a FreizügG/EU und auf **britische Staatsangehörige**, denen nach dem Austrittsabkommen Rechte zur Einreise und zum Aufenthalt gewährt werden (sog. Alt-Briten). Für britische Staatsangehörige, die erst nach dem 31.12.2020 nach Deutschland einreisen und sich hier aufhalten wollen, gilt die sich aus § 1 Abs. 1 Nr. 3 FreizügG/EU, § 1 Abs. 2 Nr. 1 resultierende Privilegierung aufgrund des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der EU nicht mehr, sie unterfallen – vorbehaltlich gegebenenfalls noch zu treffender Abkommen – den Regelungen des Aufenthaltsgesetzes;⁵³ wenn sie vor dem 31.12.2020 von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben, gilt für sie das FreizügG/EU und sie verfügen im Übrigen über eine besondere Rechtsstellung, die sich vornehmlich aus dem Austrittsabkommen⁵⁴ ergibt.⁵⁵ Auf **Deutsche** ist das Verbot der Mitgliedschaft in einem geheimen Ausländerverein nach **Abs. 1 Nr. 8** entgegen dem Wortlaut nicht anwendbar.⁵⁶ Bereits mit der Formulierung, dass es sich um einen „überwiegend aus Ausländern bestehenden“ Geheimbund handeln muss, kommt zum Ausdruck, dass das Delikt gerade an die Sonderstellung des Täters als Ausländer anknüpft.⁵⁷ Auch die Entstehungsgeschichte spricht dagegen, die Vorschrift auf Deutsche anzuwenden: Die Vorgängerbestimmung des § 47 Abs. 1 Nr. 7 AuslG 1965, der § 92 Abs. 1 Nr. 7 AuslG 1990 und nun Abs. 1 Nr. 8 entsprechen, galt bereits ihrem Wortlaut nach nur für Ausländer. Dass der Anwendungsbereich durch die Neufassungen erweitert werden sollte, ist nicht ersichtlich, zumal im Hinblick auf das Deutschen-Grundrecht der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG im Jahr 1968 das Allgemeindelikt der Geheimbündelei gem. § 128 StGB aF abgeschafft wurde.⁵⁸ Für Ausländer sollte die Mitgliedschaft in einem Geheimbund aber weiterhin strafbar sein.⁵⁹ Der früher vertretenen Gegenauffassung, die eine Anwendung von Abs. 1 Nr. 8 auch auf Deutsche damit begründete, dass der Gesetzgeber angesichts dieser bekannten und insbesondere in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung eine Klarstellung unterlassen habe,⁶⁰ ist im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber im Jahr 2007 bei der Neuregelung des § 11 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU aF sehr wohl zwischen Abs. 1 Nr. 8 – insoweit Gleichstellung zwischen Unionsbürgern und andern Ausländern – und Abs. 2 Nr. 2 – Gleichbehandlung von Deutschen und EU-Ausländern – differenziert hatte,⁶¹ der Boden entzogen. Gleichwohl geht die vom Bundesministerium des Inneren erlassene Allgemeine Verwaltungsvorschrift nach wie vor von einer Strafbarkeit Deutscher aus.⁶² Die Vorschrift des **Abs. 2 Nr. 2** stellt hingegen ein **Allgemeindelikt** dar, das auch von Deutschen und – infolge der Verweisung in § 11 Abs. 1 FreizügG/EU – von den Personen, deren Einreise und Aufenthalt nach § 1 Abs. 1 FreizügG/EU geregelt ist, verwirklicht werden kann.⁶³ Das hatte zwischenzeitlich auch der Gesetzgeber eindeutig klargestellt.⁶⁴

⁵³ Klaus ZAR 2020, 395 (396), vgl. auch BT-Drs. 19/21750, S. 19.

⁵⁴ ABl. EU L 29, 7.

⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 19/21750, 34, vgl. auch § 16 FreizügG/EU; Einzelheiten bei Klaus ZAR 2020, 395 (400 ff.).

⁵⁶ Aurnhammer S. 151 f.; Cannawurf S. 94 f.; Heinrich ZAR 2003, 166 (172); Hailbronner Rn. 87; Erbs/Kohlhaas/Senge Rn. 1; BeckOK AuslR/Hohoff Vor Rn. 1; Huber/Hörich Rn. 185; Bergmann/Dienelt/Winkelmann/Stephan Rn. 76 f., die deshalb in der Strafbarkeit von EU-Bürgern einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV sehen; aA Schiederemair/Wollenschläger/Waßmer Rn. 194.

⁵⁷ Aurnhammer S. 151; Hailbronner Rn. 87.

⁵⁸ Aurnhammer S. 152; Cannawurf S. 94 f.; Erbs/Kohlhaas/Senge Rn. 1; Hailbronner Rn. 87; ähnlich auch GK/Mosbacher Rn. 210.

⁵⁹ Cannawurf S. 95.

⁶⁰ Renner, 8. Aufl., Rn. 4.

⁶¹ BT-Drs. 16/5065, 212.

⁶² VV 95.1.8.1 vom 26.10.2009, abgedruckt bei Bergmann/Dienelt/Winkelmann/Stephan Vor Rn. 1.

⁶³ BGH 23.2.2005 – 1 StR 501/04, BeckRS 2005, 03106; OLG Karlsruhe 29.7.2004 – 3 Ws 10/04, NSTZ-RR 2004, 376 (377); Heinrich ZAR 2003, 166 (171); Lorenz NSTZ 2002, 640 (644); Erbs/Kohlhaas/Senge Rn. 1; Hailbronner Rn. 106; Bergmann/Dienelt/Winkelmann/Stephan Rn. 98; aA noch Aurnhammer S. 151; von Pollern ZAR 1996, 175 (177).

⁶⁴ BT-Drs. 16/5065, 212.

- 12 **Teilnahme** an den Straftaten nach dem AufenthG ist für jedermann möglich.⁶⁵ Unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 96, 97 ist die Anstiftung oder Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt oder zur unerlaubten Einreise sowie zum Erschleichen von Aufenthaltstiteln zur Täterschaft hochgestuft.⁶⁶ Im Übrigen gelten die §§ 26, 27 StGB uneingeschränkt.
- 13 Das deutsche Strafrecht muss auf die Tat anwendbar sein. Das ist grundsätzlich nur bei **Inlandstaten** der Fall (§ 3 StGB), wenn nicht eine der Ausnahmenvorschriften der §§ 4–7 StGB eingreift. Für die Bestimmung des Tatorts ist § 9 Abs. 1 StGB maßgeblich.⁶⁷ Hier ergeben sich insbesondere Schwierigkeiten bezüglich der Anwendung von Abs. 2 Nr. 2, wenn Visa oder andere Aufenthaltstitel im Ausland beantragt werden.⁶⁸ Durch die Einführung von Abs. 6 kommt aber in diesen Fällen jedenfalls eine Strafbarkeit nach Abs. 1 Nr. 3 in Betracht,⁶⁹ wenn auch der Nachweis von Drohung, Bestechung, Kollusion oder Täuschung in Bezug auf eine im Ausland ansässige Behörde in der Praxis schwerer zu führen sein wird. Für den Teilnehmer gilt § 9 Abs. 2 StGB, weshalb auch bei einer mangels Inlandsbezug hier straflosen Haupttat eine strafbare Teilnahme in Betracht kommt, wenn die Teilnahmehandlung im Inland begangen wurde.⁷⁰
- 14 Bereits **abgeschlossene Delikte** von Staatsangehörigen von (nunmehrigen) EU-Mitgliedsstaaten, die **vor** deren **Beitritt zur EU** begangen wurden, bleiben grundsätzlich strafbar. Der Umstand des Beitritts zieht lediglich eine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs des Aufenthaltsgesetzes und damit auch der Strafvorschriften des § 95 nach sich, führt als solcher aber nicht dazu, dass im Zeitpunkt der Verhandlung ein milderes Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB vorliegen würde, denn an dem Gebot, dessen Befolgung die Strafvorschrift sicherstellen soll, hat sich nichts geändert.⁷¹

IV. Rechts- und Kriminalpolitische Bedeutung

- 15 **1. Rechtspolitische Bedeutung.** Da die Straftatbestände des § 95 unmittelbar an die verwaltungsrechtlichen Ver- und Gebote anknüpfen, so deren Befolgung sicherstellen sollen und dadurch der Stabilisierung der Kontroll- und Steuerungsfunktion des ausländerrechtlichen Genehmigungsverfahrens dienen, **fällt es schwer**, eine **eigenständige rechtspolitische Bedeutung** der Strafvorschriften auszumachen. Dementsprechend finden sich in den **Gesetzesmaterialien** zur Begründung der Strafvorschriften keine dementsprechenden Erwägungen; sie werden wie selbstverständlich für erforderlich gehalten, um die für das verwaltungsrechtliche Ordnungssystem wesentlichen Ge- und Verbote abzusichern. Sowohl bei der Schaffung des AuslG 1990 als auch des AufenthG wurde lediglich darauf verwiesen, dass die Strafvorschriften im Wesentlichen den bereits geltenden Regelungen entsprächen.⁷² Infolge der in den letzten Jahren stark zunehmenden Zahl von Migranten sind vereinzelt in der Politik Forderungen laut geworden, die einreisenden Ausländer zu entkriminalisieren und im Wesentlichen nur noch die Schleuser strafrechtlich zu verfolgen.⁷³ Dem sind die Bundesregierung und die Regierungskoalition indes entgegengetreten.⁷⁴ In der **Literatur**

⁶⁵ BGH 25.3.1999 – 1 StR 344/98, NStZ 1999, 409; *Cannawurf* S. 139; *von Pollern* ZAR 1996, 175 (178); Bergmann/Dienelt/*Winkelmann/Stephan* Rn. 13; Huber/*Hörich* Vor § 95 Rn. 30.

⁶⁶ → § 96 Rn. 2.

⁶⁷ Lorenz NStZ 2002, 640 (641).

⁶⁸ Schnabel wistra 2005, 446 (447); Lorenz NStZ 2002, 640 (641); Lauer NStZ 2000, 661 (662 f.).

⁶⁹ Dazu → Rn. 37 und 53.

⁷⁰ Hailbronner Rn. 4; auch → § 96 Rn. 7.

⁷¹ BGH 27.4.2005 – 2 StR 457/04, BGHSt 50, 105 (120); 11.5.2005 – 5 StR 122/05, NStZ 2005, 408; Mosbacher wistra 2005, 54 (55); Kretschmer § 4 Rn. 100; aA LK-StGB/*Dannecker/Schuh* StGB § 2 Rn. 130; Löw S. 256 ff.; AG Bayreuth 13.1.2005 – 7 Ls 121 Js 10425/04, StV 2005, 217; AG Bremen 10.8.2004 – 87 Ds 300 Js 61368/02, StV 2005, 218.

⁷² BT-Drs. 11/6321, 84 f.; BT-Drs. 15/420, 98.

⁷³ Vgl. etwa BT-Drs. 18/6346: „Entwurf eines Gesetzes zur Entkriminalisierung von Menschen ohne Aufenthaltsstatus“ der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; BT-Drs. 18/6652: Antrag der Fraktion Die Linke: „Unerlaubte Einreise von Flüchtlingen entkriminalisieren“.

⁷⁴ BT-Drs. 18/7973: Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses schlagen die Ablehnung des Entwurfs und des Antrags vor.