

Schriften zum Strafrecht

Heft 187

**Die Beteiligung
im Ausländerstrafrecht**

Von

Sieglinde Cannawurf



Duncker & Humblot · Berlin

SIEGLINDE CANNAWURF

Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht

Schriften zum Strafrecht

Heft 187

Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht

Von

Sieglinde Cannawurf



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Wintersemester 2006/2007 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-12461-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2006/2007 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis November 2006 berücksichtigt.

Ich danke Herrn Prof. Dr. Bernd Heinrich für die Betreuung der Arbeit. Er hat mein Interesse auf den Untersuchungsgegenstand gelenkt, den Fortgang der Arbeit mit kritischem Rat begleitet und die Fertigstellung in vieler Hinsicht gefördert. Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Martin Heger für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Berliner Graduiertenförderung – NaFöG – und der Friedrich-Naumann-Stiftung danke ich für die großzügige finanzielle und ideelle Förderung im Rahmen eines Promotionsstipendiums.

Berlin, Februar 2007

Sieglinde Cannawurf

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Historische Entwicklung und Schutzzweck	21
I. Historische Entwicklung des Ausländerstrafrechts	21
1. Entwicklung der Zuwanderung nach Deutschland seit 1945	21
a) Migration in der unmittelbaren Folge des Zweiten Weltkriegs	22
b) Arbeitsmigration	22
c) Asylmigration	24
d) Illegale Migration	25
e) Innereuropäische Ost-West-Migration	26
f) Peripherie-Zentrum-Migration	28
g) Zusammenfassung	29
2. Entwicklung der Sanktionsnormen	30
a) Rechtslage zwischen 1945 und 1965	30
b) Erstkodifizierung des Ausländergesetzes 1965	31
c) Entwicklung des Ausländerstrafrechts 1968 bis einschließlich 1997	33
aa) Reformen bis 1990	33
bb) Änderungen im Ausländerstrafrecht von 1990 bis 1994	34
cc) Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994	37
dd) Änderungsgesetz vom 29. Oktober 1997	39
d) Die Strafrechtsnormen des Aufenthaltsgesetzes	40
e) Zusammenfassung	43
II. Schutzgüter des Ausländerstrafrechts	43
1. Legitimation von Sanktionsnormen durch Rechtsgüterschutz	43
2. Schutzgut von § 95 AufenthG	44
a) Öffentliche Sicherheit	45
b) Stabilisierung verwaltungsrechtlicher Ordnungssysteme	45

c) Staatliche Personal- und Gebietshoheit als mittelbar geschütztes Rechtsgut	47
d) Staatliches Hausrecht	48
e) Territoriale Hoheitsgewalt	49
3. Schutzgut von § 96 I AufenthG	52
a) Schutz vor finanzieller Ausbeutung	53
b) Schutz vor Gefahr für Leib und Leben	55
c) Rechtsgüter der Allgemeinheit	56
d) Ergebnis	57
4. Schutzgut von § 96 II und § 97 AufenthG	58
III. Ergebnisse zu A.	60
B. Dogmatik des Ausländerstrafrechts	61
I. Verwaltungsakzessorietät	61
1. Folgen fehlerhafter Einzelverfügungen	62
a) Voraussetzung der Strafbewehrung – Vollziehbarkeit	62
b) Belastende Einzelverfügungen	64
aa) Meinungsstand	65
bb) Stellungnahme	67
c) Begünstigende Verwaltungsakte	70
d) Genehmigungsfähigkeit	74
2. Ergebnis	75
II. Teilnahmeakzessorietät des Schleusungs-Tatbestandes	76
1. Grundsatz der limitierten Akzessorietät	76
2. Strafbarkeitslücken bei Anwendung der limitierten Akzessorietät	79
3. Ergebnis	85
III. Struktur der Strafnormen	85
IV. Deliktsnatur	89
1. Verletzungs- und Gefährungsdelikte	89
2. Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte	92

Inhaltsverzeichnis	11
3. Begehungs- und Unterlassungsdelikte und Dauerdelikte	93
4. Sonder- und Allgemeindelikte	93
a) Meinungsstand zur Sonderdeliktsqualität des § 95 II Nr. 2 AufenthG	96
b) Stellungnahme	98
c) Ergebnis	99
V. Notwendige Teilnahme	100
VI. Ergebnisse zu B.	106
C. Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtswidrigkeit	107
I. Voraussetzungen der Strafbarkeit des Ausländers	107
1. Illegale Einreise und illegaler Aufenthalt gemäß § 95 I Nr. 1–3 und II Nr. 1 AufenthG	107
a) Duldung	108
b) Passpflicht	108
c) Aufenthaltstitel	109
d) Erforderlicher Aufenthaltstitel	112
aa) Objektive Ansicht	112
bb) Subjektive Zwecksetzung	116
cc) Stellungnahme	120
dd) Ergebnis	123
2. Verstoß gegen das Ausreiseverbot und die Beschränkung politischer Betäti- gung gemäß § 95 I Nr. 4 AufenthG	123
3. Unrichtige oder unvollständige Angaben gemäß § 95 I Nr. 5 AufenthG	124
4. Nichtduldung erkennungsdienstlicher Maßnahmen gemäß § 95 I Nr. 6 Auf- enthG	124
5. Verstoß gegen die in § 95 I Nr. 6a AufenthG aufgezählten Pflichten	125
6. Wiederholter Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung gemäß § 95 I Nr. 7 AufenthG	125
7. Zugehörigkeit zu einem ausländischen Geheimbund gemäß § 95 I Nr. 8 Auf- enthG	125
8. Erschleichen eines Aufenthaltstitels und Missbrauch gemäß § 95 II Nr. 2 AufenthG	126

II. Voraussetzungen der qualifizierten Teilnahme als Schleuser gemäß § 96 I AufenthG	127
1. Tathandlungen	127
2. Qualifizierende Voraussetzungen gemäß § 96 I Nr. 1 und 2 AufenthG	130
a) Vermögensvorteil	130
b) Wiederholt oder zugunsten mehrerer Ausländer	132
3. Qualifikationen der Schleusung	134
III. Rechtfertigungsgründe	136
IV. Ergebnisse zu C.	138
D. Einzelne Fallkonstellationen	139
I. Allgemeines zur Teilnahme im Ausländerstrafrecht	139
II. Scheinehe	139
1. Allgemeines	139
2. Voraussetzung der Strafbarkeit des Ausländers	141
3. Strafbarkeit des Scheinehepartners	144
4. Strafbarkeit des Standesbeamten bei Schließung einer Scheinehe	147
a) Verweigerungsrecht des Standesbeamten	147
b) Eheschließung als Beihilfe	150
c) Ergebnis	151
III. Illegale Erwerbstätigkeit und Ausländerbeschäftigung	152
1. Allgemeines	152
2. Genehmigung zur Erwerbstätigkeit des Ausländers	153
3. Anwendbarkeit des Ausländerstrafrechts	155
4. Strafbarkeit des Arbeitgebers	158
IV. Beihilfe zum illegalen Aufenthalt aus humanitären Gründen	160
1. Lebenssituation illegaler Migranten in Deutschland	161
a) Eingliederung nach der Einreise	161
b) Arbeit	162
c) Unterkunft	165

d) Gesundheitsversorgung	165
e) Zusammenfassung	166
2. Beihilfehandlung	167
3. Zusammenhang zwischen Hilfeleistung und Erfolg	170
4. Strafgrund der Teilnahme	172
a) Schuldteilnahme-, bzw. Unrechtsteilnahmetheorie	172
b) Verursachungstheorien	174
aa) Reine Verursachungstheorie	174
bb) Akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie	178
c) Solidarisierung mit fremden Unrecht	181
d) Akzessorischer Rechtsgutsangriff	182
e) Stellungnahme	183
5. Kausalität zwischen Hilfeleistung und Erfolg	184
a) Physische Beihilfe	185
b) Psychische Beihilfe	187
c) Zusammenfassung	188
6. Kausalzusammenhang bei der Beihilfe zum illegalen Aufenthalt	188
7. Einschränkung des Kausalzusammenhangs	190
a) Objektive Zurechnung	191
b) Beihilfe als neutrale oder sozialadäquate Handlung	193
aa) Objektive Ansätze	195
bb) Subjektive Ansätze	196
cc) Subjektiv-objektiver Ansatz	197
dd) Ausschluss der Rechtswidrigkeit	197
ee) Stellungnahme	198
ff) Beihilfe zum illegalen Aufenthalt als neutrale Handlung	200
8. Ausnahmeregelung für Dauerdelikte	202
9. Einstellung des Verfahrens wegen geringer Schuld	202
a) Geringe Schuld	203
b) Öffentliches Interesse	207
c) Rechtsfolge	208
10. Möglichkeit der Gesetzesänderung	209
11. Stellungnahme	211

V. Kirchenasyl	213
1. Allgemeines	213
2. Strafrechtliche Relevanz des Kirchenasyls	217
3. Rechtswidrige Haupttat	218
4. Tatbestand der Teilnahme	219
5. Rechtfertigungsgründe	224
6. Entschuldigungsgründe	227
7. Strafzumessung und Strafverfolgung	230
8. Zusammenfassung	231
VI. Ergebnisse zu D.	232
E. Konkurrenzen	234
Anhang: Die Straftatbestände des Ausländerrechts	238
Literaturverzeichnis	246
Stichwortregister	261

Abkürzungsverzeichnis

ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AK-StPO	Alternativkommentar zur Strafprozessordnung
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARB	Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19. September 1980
Art.	Artikel
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AT	Allgemeiner Teil
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
AufenthV	Aufenthaltsverordnung
AuslG	Ausländergesetz
AuslPolVO	Ausländerpolizeiverordnung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BR-Drucks.	Bundratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

BZRG	Bundeszentralregistergesetz
bzw.	beziehungsweise
CIC	Codex Iuris Canonici
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
DVAuslG	Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes
EG	Europäische Gemeinschaft
EheG	Ehegesetz
EheschIRG	Eheschließungsrechtsgesetz
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
EU	Europäische Union
EUVisaVO	Verordnung (EU) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. 03. 2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind
EWGAufG	Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1969 in der Fassung vom 31. Januar 1980
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EzAR	Entscheidungssammlung zum Ausländer- und Asylrecht
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
FreizügG/EU	Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GK-AuslR	Gemeinschaftskommentar zum Ausländerrecht
HK	Heidelberger Kommentar
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung

JuS	Juristische Schulung
KG	Kammergericht
KK	Karlsruher Kommentar
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
Mat.	Materialien zur Strafrechtsreform
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilung des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PassG	Passgesetz
PStG	Personenstandsgesetz
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rdnr.	Randnummer
SchwarzArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung
SDÜ	Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985
SGB	Sozialgesetzbuch
SK	Systematischer Kommentar
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
StAZ	Das Standesamt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
Str	Strafrecht
StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
Urt.	Urteil

v.	vom
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VereinsG	Vereinsgesetz
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VN	Vereinte Nationen
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Das Flüchtlingswerk der Vereinten Nationen geht davon aus, dass *Migration* eines der zentralen Probleme des 21. Jahrhunderts sein wird. Viele Menschen aus den ökonomisch weniger entwickelten und politisch instabilen Ländern Osteuropas, Asiens und Afrikas hoffen auf eine bessere Lebensperspektive in der *Ersten Welt*.

Seit den fünfziger Jahren hat Deutschland einen positiven Migrationssaldo, der jedes Jahrzehnt stieg. Obwohl es aufgrund seiner demographischen Situation auf Zuwanderung angewiesen ist, wurden die Einwanderungsmöglichkeiten seit Mitte der siebziger Jahre immer weiter eingeschränkt. Stehen nicht mehr allen Einreisewilligen legale Wege zur Verfügung, werden vermehrt die illegalen benutzt. Daher wächst auch die Bedeutung des Ausländerstrafrechts.

Als *Ausländerstrafrecht* werden die §§ 95, 96 und 97 AufenthG bezeichnet. Die einzelnen Delikte sanktionieren bestimmte Verstöße gegen das Ausländerrecht und setzen in der Regel einen Nichtdeutschen als Täter voraus. Die §§ 95, 96 AufenthG besitzen eine selten anzutreffende dogmatische Konstruktion. § 95 AufenthG ist Haupttatbestand und § 96 AufenthG besonderer Teilnahmetatbestand. Der Tatbestand des § 96 I AufenthG regelt die Teilnahme an Handlungen, die selbst gemäß § 95 I Nr. 1, 2, 3 bzw. II AufenthG strafbar sind.

Die Sanktionsnormen des Ausländerstrafrechts weisen in ihrer dogmatischen Konstruktion eine weitere Besonderheit auf: Sie sind fast ausschließlich *verwaltungsakzessorisch*. Verwaltungsakzessorietät liegt bei Delikten vor, deren Rechtsfolge an externe Vorgaben des Verwaltungsrechts anknüpft. Die so genannten Blankett-Tatbestände enthalten nicht nur ausformulierte Tatbestandsmerkmale, sondern verweisen in ihrem Tatbestand auf ausfüllende Verwaltungsvorschriften.

Zum einen wirft die besondere dogmatische Konstruktion dieser Normen im Hinblick auf die Teilnahme viele Fragen auf. Zum anderen hat auch die politische und gesellschaftliche Brisanz dieses Themas zu Gerichtsentscheidungen geführt, die im Konflikt zu hergebrachten strafrechtlichen Grundsätzen stehen.

Die Arbeit beschäftigt sich in erster Linie mit der Teilnahme an den Delikten des Ausländerstrafrechts. Ziel der Arbeit ist es, die relevanten Probleme dieses Bereichs zu erörtern und eigene Lösungen zu präsentieren. Bei der Untersuchung der Anstiftung und Beihilfe bietet sich die Möglichkeit, Probleme des Ausländerstrafrechts und des allgemeinen Strafrechts an konkreten Fällen darzustellen. Die Fallkonstellationen Scheinehe, illegale Beschäftigung von Ausländern, humanitäre Beihilfe und Kirchenasyl werden dabei einzeln untersucht. Die sich stellenden

rechtswissenschaftlichen Probleme werden zunächst abstrakt untersucht und anschließend auf konkrete Fälle angewandt.

Die Arbeit gliedert sich in fünf Teile. Im ersten Teil der Arbeit werden zunächst die Entwicklungen der Zuwanderungsströme nach Deutschland seit 1945 und der Sanktionsnormen des Ausländerstrafrechts dargestellt. Untersucht wird dabei auch, welche Auswirkungen die unterschiedlichen Migrationsvorgänge auf die Normierung hatten. Ein weiterer Untersuchungsgegenstand dieses Teils sind die Schutzgüter des Ausländerstrafrechts. Im zweiten Teil wird die Dogmatik der §§ 95–97 AufenthG untersucht. Zu den dogmatisch relevanten Bereichen gehören die Verwaltungsakzessorietät, die Struktur der Strafnormen, die Deliktsnatur, die Teilnahmeakzessorietät des Schleusungs-Tatbestands und die notwendige Teilnahme. Der dritte Teil der Arbeit hat die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 95–97 AufenthG und Rechtfertigungsgründe zum Thema. Der vierte Teil der Arbeit widmet sich den konkreten Fallkonstellationen Scheinehe, illegale Beschäftigung von Ausländern, humanitäre Beihilfe zum illegalen Aufenthalt und Kirchenasyl. Zu den besonderen Problemen der Scheinehe gehören die Strafbarkeit des deutschen Scheinehepartners und des Standesbeamten bei Schließung einer Scheinehe. Bei den Fällen der illegalen Ausländerbeschäftigung wird vor allem die Anwendbarkeit des Ausländerstrafrechts untersucht. Die Fälle, in denen jemand einem Illegalen zu seinem Aufenthalt aus humanitären Gründen Beihilfe leistet, werden im Hinblick auf ihre derzeitige rechtliche Bewertung, die tatsächliche Gesetzeslage und ihre Strafwürdigkeit erörtert. Im Rahmen der Untersuchung der Kirchenasylfälle stellt sich die Frage, ob eine Strafbarkeit der Asylgewährenden grundsätzlich ausscheidet. Mögliche Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe und die Bewertung der Tat im Bereich der Strafverfolgung und Strafzumessung werden im Einzelnen diskutiert. Im fünften Teil der Arbeit werden die Konkurrenzen behandelt. Dabei wird untersucht, wie sie untereinander und zu anderen Bestimmungen konkurrieren.

A. Historische Entwicklung und Schutzzweck

I. Historische Entwicklung des Ausländerstrafrechts

1. Entwicklung der Zuwanderung nach Deutschland seit 1945

Unter *Zuwanderung* oder *Migration* versteht man die Wanderung von Menschen, die das Ziel hat, den Lebensmittelpunkt in die jeweilige Zielgesellschaft zu verlagern.¹ Die Motive des Umzugs, die tatsächliche Aufenthaltsdauer sowie die Absicht der Migranten, später wieder in ihr Herkunftsland zurückzukehren, können dabei völlig unterschiedlich sein.² Als Migranten werden sowohl Menschen bezeichnet, die freiwillig auswandern, als auch diejenigen, die vertrieben werden. Die Gründe für Migrationsvorgänge sind vor allem existentielle wirtschaftliche Not, ökologische Katastrophen und politische Spannungen. Nicht unter den Begriff der Migration fallen hingegen der Besucherverkehr und allgemein der Tourismus, da hier keine dauerhafte oder zumindest längerfristige Eingliederung in das Ziel-land beabsichtigt ist.³ Bei Saisonbeschäftigung fehlt meist ebenfalls der Wille, den Lebensmittelpunkt dauerhaft in die Zielgesellschaft zu verlagern. Es liegt dann nur eine zeitlich begrenzte Form der Zuwanderung mit Rückkehrperspektive, so genannte Pendelmigration, vor.⁴

Nach dem Zweiten Weltkrieg gab es in Europa verschiedene Formen transnationaler Massenmigrationen, von denen einige noch heute das gegenwärtige Wanderungsgeschehen bestimmen.

¹ Han, S. 7; Lederer, S. 61; Müller-Schneider, S. 16; Treibel, S. 21.

² Man unterscheidet grundsätzlich zwischen so genannten Push- und Pull-Faktoren. Damit werden die Gründe unterschieden, warum jemand ein bestimmtes Land verlässt und warum er in ein bestimmtes Land einwandert. Bei der Entscheidung zur Migration liegen meist Gründe aus beiden Kategorien vor. Bei Fluchtbewegungen überwiegen die Push-Faktoren der Herkunftsregion, bei Emigration auf Dauer, Arbeitsmigration auf Zeit oder „Wirtschaftsflucht“ die Pull-Faktoren des Ziellandes; Santel, S. 25 f.

³ Eichenhofer, S. 29.

⁴ Lederer/Nickel, S. 19.