

zumindest vereinzelt in nationalen Verfahren niedergeschlagen haben. Die Anerkennung sexualisierter Gewalt als Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (auch als Foltermethoden) hat Auswirkungen auf eine mögliche Strafverfolgung. Über das Weltrechtsprinzip ermöglicht diese Anerkennung eine nationale Verfolgung. Dennoch bleiben die Erfolge in der Minderzahl und viele Frauen sehen davon ab, vor Gericht auszusagen.

#### IV. Fazit

Gerade bei strategischen Klagen zu sexualisierter Kriegsgewalt zeigt sich, wie wichtig die Begleitung durch soziale Bewegungen und die Einbindung von juristischen Verfahren in politische und gesellschaftliche Diskussionen ist. Bestehende juristische Regelwerke sehen eine Vielzahl von Schutzmechanismen vor. Dennoch sind Verfahren geprägt von Vergewaltigungsmythen<sup>67</sup> und außergerichtlichen Stereotypen,<sup>68</sup> die sich in der fehlenden Strafverfolgung sowie in den Unzulänglichkeiten und der Beschränktheit der Prozessführung niederschlagen. Sogar der CEDAW-Ausschuss hat diese Gefahr erkannt und bestätigt, dass die Einbeziehung von Geschlechterstereotypen und Vergewaltigungsmythen bei der Strafverfolgung von Sexualdelikten gegen das CEDAW verstößt.<sup>69</sup> Eine strategische Prozessführung sieht in der

Partizipationsmöglichkeit einen wichtigen Beitrag für den Heilungsprozess und die Überwindung von Traumata. Sie misst diesen Verfahren zudem eine besondere Bedeutung in der kollektiven Aufarbeitung geschehenen Unrechts bei.<sup>70</sup> Bei der Strafverfolgung von Sexualdelikten stehen wir nun vor ganz besonderen Herausforderungen. Es scheint schwierig, mit einem Urteil den Abschluss eines geschichtlichen Sachverhalts und einer persönlichen Geschichte zu erreichen,<sup>71</sup> wenn Opferzeug/innen befürchten müssen, in den Verfahren erneut stigmatisiert zu werden und damit rechnen müssen, dass ihre Aussagen aufgrund der schwierigen Beweislage in Frage gestellt und ihre Verletzungen als einvernehmliche Handlungen hingestellt werden. In Anbetracht der Anforderungen an rechtsstaatliche Verfahren, in denen der Schutz der Angeklagten ebenso im Vordergrund steht, hat sich eine rechtstheoretische Diskussion weitestgehend erschöpft.<sup>72</sup> Um dem Recht zur Ahndung schwerer Menschenrechtsverletzungen aufgrund des Geschlechts mit Hilfe von Verfahren nachzukommen, müssen diese frei von Stereotypen geführt werden. Da die Erfolge von Akteur/innen im Bereich der Menschenrechte, die strategische Klagen anstreben, von den politischen Umständen abhängen,<sup>73</sup> stehen wir vor der entscheidenden Frage, wie Jurist/innen beim Umgang mit sexualisierter Kriegsgewalt Einfluss auf politische Prozesse nehmen können. Es liegt an uns Jurist/innen und Aktivist/innen, die ersten Erfolge auf internationaler Ebene zu unterstützen, aber auch die zukünftige Umsetzung kritisch zu hinterfragen und zu begleiten.

<sup>67</sup> Ulrike Lembke, in: Foljanty/Lembke (Hg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2011, S. 235 (241 f. m. w. N.).

<sup>68</sup> Simone Cusack, *Stereotyping update*, January 2012, <http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/StereotypingUpdate.pdf> (02.02.2012).

<sup>69</sup> CEDAW Committee vom 22.09.2010, Communication Nr.18/2008, UN Doc.CEDAW/C/46/D/18/2008 – *Karen TayagVertido v. The Philippines*, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/545/58/PDF/N1054558.pdf?OpenElement> (02.02.2012).

<sup>70</sup> Wolfgang Kaleck, *Kampf gegen die Straflosigkeit*, 2011, S. 104.

<sup>71</sup> Wolfgang Kaleck, *Kampf gegen die Straflosigkeit*, 2011, S. 104.

<sup>72</sup> Wobei hiermit nicht die grundlegende Diskussion zum Vergewaltigungstatbestand und der Frage des Einverständnisses gemeint ist, vgl. Jo Lovett/Liz Kelly, *Different systems, similar outcome*, 2011, S. 111.

<sup>73</sup> Vgl. Wolfgang Kaleck, *Kampf gegen die Straflosigkeit*, 2011, S. 118.

Stine von Förster\*

## Flucht nach Europa – Strafrechtliche Sanktionierung irregulärer Migration

### I. Einführung

Die Gesamtheit der europäischen Staaten als ein prosperierendes Staatengebilde ist in den letzten Jahren immer deutlicher zum Ziel von Bevölkerungswanderungen geworden. Dazu tragen neben sog. Pull-Faktoren – wie etwa die Aussicht auf eine Verbesserung der wirtschaft-

lichen Lage der Migrierenden, insbesondere auch die sog. Push-Faktoren bei – etwa die Flucht vor Verfolgung aus politischen oder religiösen Gründen, Bürgerkriegen oder vor Umweltproblemen wie ausgedehnten Dürreperioden und damit verbundenen Hungerkatastrophen.

Diese zwei Seiten der Fluchtbewegungen nach Europa gilt es bei einer strafrechtlichen Betrachtung ebenso im Hinterkopf zu behalten, wie auch die Tatsache, dass der

\* Stud. bac. iur. an der Universität Hamburg.

Großteil der strafrechtlichen Vorschriften im Zusammenhang mit irregulärer Migration auf dem Grundprinzip des klassischen Völkerrechts – der staatlichen Souveränität als höchstes Gut – basiert.<sup>1</sup> Dieses Recht findet jedoch seine Grenzen in den alle Staaten gleichsam treffenden völkerrechtlichen Pflichten zur Einhaltung grundlegender Menschen- und Flüchtlingsrechte.<sup>2</sup>

Der vorliegende Beitrag soll erläutern, welche Straftaten im Zusammenhang mit irregulärer Migration durch Migrierende selbst (II) oder aber durch Dritte (III) potentiell verwirklicht werden. Abschnitt (IV) befasst sich sodann mit Spannungsverhältnissen, die zwischen strafrechtlicher Sanktionierung und der völkerrechtlichen Pflicht zur Einhaltung grundlegender Menschen- und Flüchtlingsrechte bestehen. Die strafrechtliche Untersuchung erfolgt hierbei zwecks einer einheitlichen Betrachtung anhand deutschen Rechts. Aufgrund einer fortschreitenden Vereinheitlichung des Umgangs mit irregulärer Migration im EU- bzw. Schengen-Raum finden sich ähnliche Regelungen jedoch auch im nationalen Recht der anderen europäischen Staaten.

## II. Verwirklichung von Straftaten durch irregulär Migrierende

Der Fokus liegt im Folgenden auf denjenigen Straftaten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit dem eigentlichen Prozess der Flucht als solcher, im Sinne der irregulären Einreise oder des Überschreitens der aufenthaltsrechtlichen Höchstdauer begangen werden. § 95 AufenthG enthält u. a. eine Vielzahl von Straftatbeständen, die Verletzungen gegen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen sanktionieren, es gehört zum sog. Nebenstrafrecht.

### 1. Täter/in i. S. d. § 95 AufenthG

Als Täter/innen des § 95 I und II Nr. 1 AufenthG kommen nur Ausländer/innen gem. § 2 I AufenthG in Betracht, also jede/r, die/der nicht Deutsche/r im Sinne des Art. 116 I des Grundgesetzes ist.<sup>3</sup> Asylantragssteller/innen benötigen zum legalen Aufenthalt keinen Pass oder Passersatz, sondern erhalten eine Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung.<sup>4</sup> Sie können sich nicht gem. § 95 I Nr. 1 und Nr. 2 AufenthG strafbar machen. § 95 II Nr. 2 AufenthG stellt ein Allgemeindelikt dar, das auch von Deutschen und von Unionsbürgern/innen verwirklicht werden kann.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Sebastian Trautmann, Migration, Kriminalität und Strafrecht: zur Rolle des Strafrechts im Kontext nationaler Zuwanderungsregelungen, Diss. Univ. Köln 2002, S. 27.

<sup>2</sup> UN Doc. A/CN. 4/581 S. 4; Catherine Dauvergne, Making People Illegal – What Globalization means for Migration and Law, 2008, S. 169 ff.

<sup>3</sup> Tillmann Schott, Die Schleusertatbestände §§ 96, 97 AufenthG, StV 2007, S. 156 (157).

<sup>4</sup> Wolfgang Stoppa, in: Huber, AufenthG, 1. Aufl. 2010, § 95 Rn. 7.

<sup>5</sup> BT-Drucks. 16/5065, S. 212; Jan Gericke, in: MüKo, Nebenstraf-

## 2. Tathandlungen

Wohingegen § 95 I Nr. 3 AufenthG die Einreise ohne erforderlichen Pass oder Aufenthaltstitel bestraft, sehen die Nr. 1 und Nr. 2 die Strafbarkeit des Aufenthalts unter Verstoß gegen die Aufenthaltsbestimmungen vor. Gem. § 95 II Nr. 1 AufenthG wird die-/derjenige bestraft, die/der trotz Einreise- oder Aufenthaltsverbots erneut in das Bundesgebiet einreist. Auch macht sich strafbar, wer den erforderlichen Aufenthaltstitel für sich oder einen Dritten durch falsche bzw. unvollständige Angaben erlangt oder den so erlangten Titel gebraucht, § 95 II Nr. 2 AufenthG. Die Vorschrift des § 95 VI AufenthG erfasst sodann die rechtsmissbräuchliche Erlangung eines Aufenthaltstitels für die Einreise und den Aufenthalt.<sup>6</sup>

## 3. Einschränkung der Strafbarkeit durch Art. 31 I GFK, vgl. § 95 V AufenthG

Art. 31 I GFK ist entscheidend dafür, dass Flüchtlinge überhaupt Zugang zu Staaten mit einem effektiven Schutzsystem erhalten können, denn Flüchtlingen ist es in der Regel unmöglich, das Land, aus dem sie fliehen, unter ihrer wahren Identität zu verlassen und im Zuge der Flucht die Einreisemodalitäten für ihr Zielland korrekt zu erfüllen.<sup>7</sup> Art. 31 I GFK trägt diesem Umstand Rechnung, indem er bestimmt, dass eine mögliche illegale Einreise nicht einem Aufenthalt zur Bestimmung eines möglichen Schutzstatus entgegen stehen und aus den Umständen der Flüchtlingseinreise keine Strafe resultieren darf.<sup>8</sup>

## III. Straftatbestände durch Dritte

Die Bekämpfung der Schleuserkriminalität und des Menschenhandels sind allgemein als ein unionsweites Anliegen aufzufassen.<sup>9</sup> Art. 29 S. 2 EUV schreibt die Bekämpfung organisierter Kriminalität, u. a. des Menschenhandels, als eines der politischen Ziele polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit fest. Art. 5 III der EU-Grundrechtecharta verpflichtet die Mitgliedstaaten ebenfalls zum Verbot des Menschenhandels. Dazu gehört jeweils auch die Bekämpfung der mit dem Menschenhandel eng verbundenen Schleuserkriminalität.<sup>10</sup>

recht III, Band VI/2, 1. Aufl. 2009, § 95 AufenthG, Rn. 11.

<sup>6</sup> BT-Drucks. 16/5065, S. 199; Kay Hailbronner, in: ders., Ausländerrecht Kommentar, Band II, § 95 AufenthG, Rn. 110, Stand: Sept. 2011.

<sup>7</sup> Andreas Fischer-Lescano/Johann Horst, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 GFK. Zur Rechtfertigung von Straftaten bei Flüchtlingseinreisenden, ZAR 2011, S. 81 (85 ff.).

<sup>8</sup> Guy S. Goodwin-Gill, Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection, in: Feller, Erika u. a. (Hg.), Refugee Protection in International Law, 2003, S. 185 (193).

<sup>9</sup> Tillmann Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, S. 84.

<sup>10</sup> Rudolf Streinz, in: ders., EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 5 GR-Charta, Rn. 2.

## 1. Schleusung

Gem. § 96 I AufenthG versteht man unter Einschleusen, die zur Täterschaft verselbstständigte Anstiftung (§ 26 StGB) oder Beihilfe (§ 27 StGB) zu Haupttaten nach § 95 I Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3 oder II AufenthG, sofern eines der Schleusermerkmale i. S. d. § 96 I Nr. 1 (Erhalten oder das Sich-Versprechen-Lassen eines Vermögensvorteils), Nr. 1a (Erhalten oder Sich-Versprechen-Lassen eines sonstigen Vorteils) oder Nr. 2 AufenthG (wiederholte Begehung zugunsten Mehrerer) hinzutritt.<sup>11</sup> Die Strafmilderung gem. § 27 II 2 StGB findet insoweit keine Anwendung.<sup>12</sup>

Den Tatbestand der Beihilfe zur unerlaubten Einreise verwirklicht etwa die-/derjenige, die/der eine/n Ausländer/in im Kofferraum ihres/seines Autos versteckt und über die Grenze bringt. Weitere Teilnahmemöglichkeiten können u. a. die Beschaffung von Beförderungsmöglichkeiten sein, Verstecken einer/s Ausländerin/Ausländers oder Übersetzerdienste, um den irregulären Aufenthalt zu verdecken.<sup>13</sup>

Qualifikationen sind dabei die gewerbs- oder bzw. und bandenmäßige Schleusung (§ 96 II Nr. 1, Nr. 2 bzw. 97 II AufenthG) oder aber die bewaffnete Schleusung gem. § 96 II Nr. 3, Nr. 4 AufenthG. Die Qualifikation des gefährlichen Einschleusens gem. § 95 II Nr. 5 AufenthG ist auf den Schutz der geschleusten Person gerichtet. Einschleusen mit Todesfolge gem. § 97 I AufenthG stellt sodann ein erfolgsqualifiziertes Delikt i. S. d. § 18 StGB dar.<sup>14</sup> Daneben dienen auch die Strafvorschriften gem. §§ 84 II und III, 84a AsylVfG dazu, dem Missbrauch des Asylrechts vor allem durch Schlepper-Organisationen entgegenzuwirken.<sup>15</sup> In diesem Sinne sind auch sie unter den Oberbegriff Schleusung zu fassen.

## 2. Menschenhandel

Menschenhandel stellt ein komplexes Geschehen dar, bei dem der/die Täter/in die Betroffenen durch den Einsatz von Zwang oder durch Täuschung in eine Situation der Ausbeutung bringt. Menschenhandel wird regelmäßig durch die Kooperation arbeitsteiliger und strukturierter Personenverbindungen begangen und ist somit in hohem Maße der organisierten Kriminalität zuzurechnen.<sup>16</sup>

### a) Tatbestandsvarianten des Menschenhandels

Strafbar ist Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung gem. § 232 StGB oder zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft gem. § 233 StGB sowie die Förderung einer solchen Tat durch Beförderung, Beherbergung oder Weitergabe des Opfers, § 233a StGB.<sup>17</sup> Die sexuelle Ausbeutung bzw. die Ausbeutung der Arbeitskraft muss jeweils unter Ausnutzen einer Zwangslage – einer ernststen, nicht unbedingt existenzbedrohenden Not oder Bedrängnis persönlicher oder wirtschaftlicher Art – oder einer landesspezifischen Hilflosigkeit geschehen.<sup>18</sup>

Die landesspezifische Hilflosigkeit kann in Form von mangelnder Sprachkenntnis und fehlenden Barmitteln sowie in einer Abhängigkeit des Opfers von dem/der Täter/in bezüglich Unterkunft, Verpflegung oder durch Entziehung des Passes des Opfers bestehen.<sup>19</sup> Kennzeichnend ist dabei, dass das Opfer infolge dieser Situation nicht in der Lage ist, sich aus eigener Kraft dem Willen des/der Täters/Täterin zu entziehen.<sup>20</sup>

### b) Menschenhandel als Fluchtphänomen

Fraglich ist, ob sich Menschenhandel überhaupt unter den Oberbegriff „Flucht“ im eigentlichen Sinn fassen lässt. Dies könnte man in Hinblick darauf verneinen, dass Opfer von Menschenhandel zwangsweise in ein fremdes Land verbracht werden, mithin kein Fluchtbestreben ihrerseits besteht.

Häufig werden jedoch gerade solche Menschen Opfer von Menschenhandel, die ihrerseits den Wunsch haben, ihrer prekären wirtschaftlichen oder sozialen Lage im Heimatland zu entfliehen und sich in der Folge durch falsche Versprechen in die Fänge von Menschenhändlern/innen locken lassen.<sup>21</sup> Menschenhandel und Menschen schmuggel weisen daher zum Teil deutliche Schnittmengen auf.<sup>22</sup>

Zudem können Schleusertätigkeiten etwa dann in Menschenhandel münden, wenn die Betroffenen nach einer zunächst freien Entscheidung zur Migration mittels eines/r Schleusers/in, die Kontrolle über ihre Bewegungs- oder Entscheidungsfreiheit verlieren, sei es durch das Abnehmen ihrer Reisedokumente oder durch den

11 Kay Hailbronner, in: ders., Ausländerrecht Kommentar, Band II, § 95 AufenthG, Rn. 25, Stand: Sept. 2011.

12 Tilmann Schott, Die Schleusertatbestände §§ 96, 97 AufenthG, StV 2007, S. 156 (157).

13 BayObLG vom 16.01.1996, NStZ 1996, 287 (287); Sieglinde Cannawurf, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, Diss. Univ. Berlin 2007, S. 139.

14 Günter Renner, in: ders., Ausländerrecht Kommentar, 9. Aufl. 2011, § 97 AufenthG, Rn. 5.

15 OLG Köln vom 19.03.1991, NStZ 1991, 498 (498); Volker Krehl, Missbräuchlich gestellter Asylantrag als Ansatzpunkt strafrechtlicher Verfolgung?, NJW 1991, S. 1397 (1397 f.).

16 Jörg Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 232 Rn. 2.

17 BGH vom 07.04.2005, NStZ-RR 2005, 234 (235).

18 Tilmann Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, S. 403.

19 U. a. BGH vom 11.09.2003, NStZ-RR 2004, 233 (233); Jörg Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 232 Rn. 11.

20 BGH vom 18.10.2006, NStZ-RR 2007, 45 (47).

21 Mary A. Young, The Smuggling and Trafficking of Refugees and Asylum Seekers: Is the International Community neglecting the Duty to protect the Persecuted in the Pursuit of combating Transnational Organized Crime, Suffolk Transnat'l L. Rev. 2004, S. 101 (109).

22 Constantin Cantzler, Das Schleusen von Ausländern, 2004, S. 67; Vladislava Stoyanova, Complementary Protection for Victims of Human Trafficking under the European Convention on Human Rights, Goettingen Journal of International Law 2011, S. 777 (782 f.).

Zwang zum „Abarbeiten“ des Schleuserlohns unter dessen/derer Kontrolle im Zielland.<sup>23</sup>

Mithin stellt auch Menschenhandel einen wahrzunehmenden strafrechtlich relevanten Aspekt bei der Betrachtung von Flüchtlingsbewegungen nach Europa dar.

#### IV. Spannungsverhältnis zu Flüchtlings- und Menschenrechten

Im Folgenden soll zunächst die strafrechtliche Sanktionierung als Instrument im Umgang mit dem Phänomen irregulärer Migration betrachtet werden (1). Sodann soll aufgezeigt werden, dass die Verfolgung und Ahndung von Menschenhandel und Schleusungswesen (sowie auch die der nicht zur Schleusung herauf-qualifizierten Teilnehmehandlungen) einerseits ein notwendiges Mittel zur Einhaltung von Menschen- und Flüchtlingsrechten darstellen, andererseits aber auch in einem Spannungsverhältnis zu diesen stehen (2, 3, 4).

##### 1. Strafrecht als Instrument im Umgang mit Flüchtlingen

Angesichts der in Abschnitt II geschilderten, mannigfaltigen und ausdifferenzierten Straftatbestände, die durch Ausländer/innen im Zusammenhang mit irregulärer Migration verwirklicht werden können, stellt sich die Frage, ob diese möglicherweise ein System darstellen, das in umfangreichem Maße Straffälligkeit und Kriminalität als Ausschlusskriterium bildet und sodann zur Zuwanderungsregulierung herangezogen werden könnte bzw. wird.<sup>24</sup>

Danach erfahre das Strafrecht im Kontext von Migration eine neue, selektive Funktionalität.<sup>25</sup> Konnte man früher unerwünschte Fremde ohne größeren Rechtfertigungsaufwand außer Landes verweisen,<sup>26</sup> erfordert dies heute unter Umständen einen erhöhten ethischen und rechtlichen Begründungsaufwand, dem mit dem Verweis auf das durch das Strafrecht qualifizierte, kriminelle Verhalten einer Person genüge getan wäre. Eine solche Funktion des Strafrechts ist jedoch problematisch und könnte zu der faktischen Umgehung eingegangener flüchtlings- und menschenrechtlicher Verpflichtungen führen. So äußerte sich auch der Kommissar für Menschenrechte des Europarats besorgt über den Trend zur Kriminalisierung irregulär Migrierender innerhalb Europas: „[...]“

<sup>23</sup> Norbert Cyrus, Menschenhandel und Arbeitsausbeutung in Deutschland, 2005, S. 46; Kay Hailbronner, Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union, 2000, S. 164.

<sup>24</sup> Vorgehen, welches auf eine solche Anwendung schließen lässt: Birgit Stegmayer, Amnesty International Report 2010, S. 167 (bzgl. Griechenland).

<sup>25</sup> Sebastian Trautmann, Migration, Kriminalität und Strafrecht, 2002, S. 31.

<sup>26</sup> Bezugnehmend auf das klassische Völkerrechtsverständnis der unbedingten staatlichen Souveränität: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, S. 22; Knuth Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. 2004, S. 244.

such a method of controlling international movement corrodes established international law principles; it also causes many human tragedies without achieving its purpose of genuine control.“<sup>27</sup>

##### a) Rechtsnatur spezifischen Ausländerrechts

Bei den strafrechtlichen Normen des Ausländerrechts handelt es sich um Blankett-Normen, die jeweils auf verwaltungsrechtliche Vorschriften verweisen.<sup>28</sup> Das Ausländerstrafrecht bildet mithin eine Schnittstelle zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht.<sup>29</sup> Diese beiden Rechtsgebiete unterscheiden sich klassischerweise grundlegend hinsichtlich ihres Regelungszwecks und ihrer Anwendungsbereiche. Im Gebiet des Ausländerstrafrechts werden diese beiden Bereiche jedoch miteinander verwoben und stehen in Abhängigkeit zueinander.

Das Strafrecht hat allgemein die Aufgabe, die elementaren Grundwerte des Gemeinschaftslebens zu sichern, die Erhaltung des Rechtsfriedens zu gewährleisten und das Recht im Konfliktfall gegenüber dem Unrecht durchzusetzen.<sup>30</sup> Das Ausländerstrafrecht dient in seiner Ausprägung der Stabilisierung der verwaltungsrechtlichen bzw. ausländerrechtlichen Ordnungssysteme. Die präventiven Kontroll- und Überwachungssysteme sollen durch die Strafandrohung effektiv durchgesetzt werden.<sup>31</sup> Damit wird auch deutlich, dass dem Ausländerrecht nach wie vor der Gedanke der Gefahrenabwehr innewohnt; der/die Ausländer/in wird nach der gesetzlichen Systematik als potentielle Gefahr für die Interessen des Zielstaates angesehen, weshalb seine/ihre Einreise, sein/ihr Aufenthalt und seine/ihre Aufenthaltsbeendigung nur im Rahmen konkreter Ordnungssysteme erfolgen soll, die überwacht werden und strafbewehrt sind.<sup>32</sup>

##### b) Strafrecht als Zuwanderungsregulator?

Generell unterscheidet man im Strafrecht zwischen Straftaten, die sich gegen ein Individuum richten und solchen Straftaten, die kein „Opfer“ im eigentlichen Sinne kennen, sondern das Rechtsgut der öffentlichen Ordnung schützen.<sup>33</sup> Das spezifische Ausländerstrafrecht lässt sich – mit Ausnahme des Menschenhandels – al-

<sup>27</sup> Thomas Hammarberg, It is wrong to criminalize migration, [http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/080929\\_en.asp](http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/080929_en.asp) (02.02.2012).

<sup>28</sup> Holger Brocke, Aktuelle Entwicklungen des Ausländerstrafrechts, NStZ 2009, S. 546 (546).

<sup>29</sup> Thomas Hammarberg, Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605> (02.02.2012).

<sup>30</sup> BVerfG vom 19.06.1979, BVerfGE 51, 324 (343); Benno Zabel, Die ordnungspolitische Funktion des Strafrechts, ZStW 120 (2008), S. 68 (94).

<sup>31</sup> Holger Brocke, NStZ 2009, S. 546 (546).

<sup>32</sup> Holger Brocke, NStZ 2009, S. 546 (546); Jan Lam, Die Strafbarkeit des unrechtmäßigen Aufenthalts nach § 95 I Nr. 2, Alt. 3 AufenthG, StV 2008, S. 464 (464).

<sup>33</sup> Volker Krey, Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2011, Rn. 6.



lein dem letzteren Bereich zuordnen.<sup>34</sup> Irregulär Migrierende verursachen auch bei strafrechtlich sanktionierten Verstößen keine Opfer im eigentlichen Sinne, sondern verstoßen unter Umständen etwa gegen die ungestörte Durchsetzung des rechtmäßigen Staatswillens und die verfassungsmäßige Ordnung.<sup>35</sup>

Die Schädlichkeit des Verhaltens irregulär einreisender oder sich aufhaltender Migrierender und damit auch die strafrechtliche Relevanz werden zum Teil gänzlich in Frage gestellt.<sup>36</sup> Auch wenn dies zumindest hinsichtlich der Wahrung von Staatsintegrität und der Einhaltung der Einreisebestimmungen in seiner Absolutheit nicht zu überzeugen vermag, so muss doch der Unrechtsgehalt als vergleichsweise gering eingestuft werden. Diese Tatsache muss im (straf-)rechtlichen Umgang mit irregulärer Migration berücksichtigt werden.

Straftaten stellen strafbedürftige Normverstöße dar. Dies ergibt sich aus der Stellung der Strafnorm als ultima ratio im Instrumentarium des Gesetzgebers. Das Strafrecht ist die „[...] schärfste Waffe, die dem Gesetzgeber zur Verfügung steht. [...] Gemäß dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit darf er von diesem Mittel nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen.“<sup>37</sup>

Der Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht ist also subsidiär. Gemäß dem Verfassungsprinzip der Erforderlichkeit setzt die Kriminalisierung eines Verhaltens voraus, dass durch mildere rechtliche Mittel des Zivil- oder des Öffentlichen Rechts kein ausreichender Rechtsgüterschutz gewährleistet ist.<sup>38</sup> Auch nach dem europäischen Verständnis unterliegen strafrechtliche Maßnahmen mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besonders strengen Anforderungen und sind nur als ultima ratio staatlichen Handelns einsetzbar.<sup>39</sup>

Das Strafrecht darf daher nicht der Beschränkung von flüchtlings- und menschenrechtlich möglicherweise gerechtfertigter Zuwanderung dienen. Dies bedeutete nichts anderes, als das Strafrecht aus politischen Gründen zweckzuentfremden. Ein aus flüchtlings- und menschenrechtlicher Perspektive zu begrüßender Umgang mit irregulärer Migration stellt die strafrechtliche Komponente irregulärer Einwanderung daher in den Hintergrund und verstärkt die Modernisierung und den

Ausbau des Asylsystems in den europäischen Mitgliedsstaaten sowie eine politische Öffnung gegenüber Migrierenden. Bei der Betrachtung von Fluchtphänomenen darf nicht vergessen werden, dass möglicherweise verheerende Menschenrechtsverletzungen, Verfolgung, Bürgerkriege oder andere vergleichbare Hintergründe hinter dem jeweiligen Einzelschicksal stehen. Irregulär Migrierende agieren in den überwiegenden Fällen nicht aus einem kriminellen Antrieb heraus, sondern aufgrund mangelnder Optionen rechtmäßig in einen Mitgliedsstaat einzureisen, um dort Asyl oder subsidiären Schutz zu beantragen. Dies muss sich in einer restriktiven Anwendung des Ausländerstrafrechts, sowie einer weiten Auslegung des Art. 31 I GFK widerspiegeln.

## 2. Strafbarkeit humanitär motivierter Unterstützung

Wie dargelegt (IV), sind verschiedene Verhaltensweisen Dritter im Zusammenhang mit irregulärer Migration mit Strafe belegt. Teilweise konterkarieren die strafrechtlichen Sanktionen jedoch humanitär motiviertes Verhalten.<sup>40</sup>

Personen, die Menschen ungeachtet ihres aufenthaltsrechtlichen Status in Notsituationen helfen, geraten aber zumindest in Deutschland in eine rechtliche Grauzone. Daraus resultiert eine nicht zu unterschätzende Angst und Unsicherheit sowohl bei Menschen ohne Aufenthaltsstatus als auch bei humanitären Helfern/innen.<sup>41</sup> In diesen Fällen hat der/die Unterstützer/in oftmals sichere Kenntnis von dem unerlaubten Aufenthalt des unterstützten Drittstaatsangehörigen. Eine derartige Sachverhaltskonstellation ist u. a. denkbar im Fall ärztlicher Versorgung durch die sog. „Migrantenmedizin“, die gerade als kostenlose Anlaufstelle für Menschen vorgesehen ist, die bisher aus Angst vor Entdeckung und mangels Krankenversicherung auf medizinische Versorgung verzichtet hatten.<sup>42</sup> In diesem Fall wird bezüglich des sicheren Wissens des/der Unterstützers/Unterstützerin zwar vertreten, dass die Rechtswidrigkeit der Tat infolge rechtfertigenden Notstands i. S. d. § 34 StGB ausgeschlossen, oder aber die Strafbarkeit aufgrund der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens ausgeschlossen ist.<sup>43</sup> Wünschenswert ist jedoch eine einheitliche Regelung, die klare Abgrenzungskriterien dahingehend schafft, welche Unterstützungshandlungen strafbar sind und welche nicht.

<sup>34</sup> Thomas Hammarberg, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605\(02.02.2012\)](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605(02.02.2012)).

<sup>35</sup> Thomas Hammarberg, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605\(02.02.2012\)](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605(02.02.2012)), zu den Rechtsgütern: Volker Krey, Deutsches Strafrecht AT, 4. Aufl. 2011, Rn. 6.

<sup>36</sup> Thomas Hammarberg, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605\(02.02.2012\)](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605(02.02.2012)).

<sup>37</sup> BVerfG vom 25.02.1975, BVerfGE 39, 1 (45 und 47).

<sup>38</sup> Jürgen Baumann u. a., Strafrecht – Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 3 Rn. 19 und 23; Volker Krey, Deutsches Strafrecht AT, 4. Aufl. 2011, Rn. 18.

<sup>39</sup> BR-Drucks. 582/11, S. 2.

<sup>40</sup> Winfried Möller, Gefährliche Hilfe?: die Strafbarkeit humanitärer Unterstützung illegalisierter Ausländer, Sozialmagazin 2010, S. 35 (35f.).

<sup>41</sup> Innenausschuss A-Drucks. 16(4)77 B, vom 26.06.2006.

<sup>42</sup> Jens Lehmann, Ärztliche Hilfe für „Illegale“: eine Strafbarkeit nach dem Aufenthaltsgesetz?, ZAR 2008, S. 24 (26).

<sup>43</sup> Ralf Fodor, Illegal aufhältige Migranten in Deutschland, 2007, S. 33; Tillmann Schott, Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl. 2011, S. 292.

### 3. Spannungsverhältnis zur Seenotrettung

Das Schicksal von Migrierenden und Flüchtlingen auf See ist mittlerweile zu einem festen Bestandteil der Medienberichtserstattung geworden. Immer wieder geraten Migrierende in Seenot und werden nicht rechtzeitig gerettet. Aufgrund der zunehmenden Grenzkontrollen auf See werden die Migrationsrouten immer länger und riskanter und auch die Boote werden immer kleiner, um von den staatlichen Überwachungssystemen unentdeckt zu bleiben.<sup>44</sup>

Gerät ein Schiff in Seenot, besteht nicht nur für staatliche, sondern auch für private Schiffe eine völkerrechtliche Pflicht zur Rettung der Schiffbrüchigen.<sup>45</sup> So verpflichtet u. a. Art. 98 des Seerechtsübereinkommens [SRÜ] die Unterzeichnerstaaten, die Pflicht zur Seenotrettung mithilfe nationalen Rechts umzusetzen.<sup>46</sup> Die rechtlichen Verpflichtungen hinsichtlich der Seenotrettung sind im Wesentlichen unstrittig. Dennoch bestehen bei der Umsetzung dieser Pflichten in der Praxis Defizite.<sup>47</sup> Eine bedeutende Ursache dafür, dass Seenotrettung von privaten Schiffen in vielen Fällen nicht geleistet wird, ist die Verunsicherung der Kapitäne/innen angesichts von Strafverfahren gegen Schiffsbesatzungen, die gemäß ihrer Pflicht aus dem internationalen Seerecht Schiffbrüchige ohne Papiere an Land gebracht haben.<sup>48</sup>

Im Fall „Zenzeri“ wurde beispielsweise in Italien Anklage gegen einen tunesischen Fischer und seine Mannschaft erhoben. Sie hatten am 07.08.2007 44 in Seenot geratene Migrierende an Bord genommen und in Pozzallo, Sizilien an Land gebracht. Die beiden obersten Kommandanten, die für die Rettung verantwortlich waren, wurden wegen strafbarer Beihilfe zur illegalen Einreise gem. Art. 12 der italienischen Gesetzesverordnung 286/98 verurteilt.<sup>49</sup> Eine solche Verurteilung bringt Kapitäne/innen in eine verfahrenre Situation. Auf der einen Seite steht der Grundsatz des internationalen Seerechts, dass

ein/e Kapitän/in Menschen in Seenot retten muss. Tut er/sie dies nicht, kann er/sie sich gem. Art. 98 SRÜ i. V. m. nationalem Recht wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar machen. Leistet er/sie hingegen Seenotrettung, so macht er/sie sich wegen Beihilfe zur illegalen Einreise bzw. Schleusung strafbar.<sup>50</sup> In dieser Konsequenz könnten Kapitäne/innen sich nur zwischen der einen oder der anderen Straftat entscheiden. Das Urteil wurde am 21.09.2011 dann auch vom Berufungsgericht aufgehoben und die beiden Kommandanten wurden freigesprochen.<sup>51</sup> Die Tat der Seenotrettung sei – so die Begründung – kein Straftatbestand, sondern eine Pflicht.

Der Freispruch im Fall „Zenzeri“ ist zu begrüßen. Entfaltet doch die Einleitung von Strafverfahren gegen die Besatzung von Schiffen, die sich nach Leistung der Seenotrettung unter anderem auch dem Vorwurf der Schleperei ausgesetzt sehen, eine negative Signalwirkung und trägt zu einer geminderten Rettungsbereitschaft bei.<sup>52</sup> Wesentlich für die Durchsetzung der Rettungspflicht Privater wäre eine internationale Übereinkunft dahingehend, dass die Besatzung von Schiffen, die Rettung leistet, grundsätzlich nicht mit strafrechtlichen Konsequenzen rechnen muss. Vorschläge, europarechtlich verbindlich festzuschreiben, dass die Beihilfe zur Einreise dann nicht strafrechtlich relevant ist, wenn sie dem Schutz von Leib und Leben Migrierender dient,<sup>53</sup> sind daher zu befürworten.

### 4. Spannungsverhältnis zwischen den UN-Zusatzprotokollen gegen Menschenhandel und Menschen Schleusung und der GFK

Der Migrationsdruck und die verschärften Einwanderungsbedingungen verstärken die Nachfrage nach „professioneller Einreiseunterstützung“. Statistiken zeigen, dass die kommerzielle Ausbeutung von Migrationsbewegungen zugenommen hat.<sup>54</sup> Die Kontrolle von Menschenhandel und -schleusung darf jedoch nicht zulasten von flüchtlings- und menschenrechtlichen Verpflichtungen geschehen. Die Zusatzprotokolle des UN-Übereinkommens gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität: das „Protokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg“ sowie das „Protokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels“, die die wichtigsten Regelungen in diesem Gebiet darstellen, sehen zwar ausdifferenzierte Regelungen zur Bekämpfung von Menschenhandel und -schmuggel vor, enthalten aber keine Regularien, um

44 Alice Bloomfield/Jen Maman, *Mayday! Strengthening responses of assistance and protection to boat people and other migrants arriving in Southern Europe*, 2011, S. 43; Ruth Weinzierl/Urzula Lisson, *Grenzschutz und Menschenrechte – Eine europarechtliche und seerechtliche Studie*, 2007, S. 18.

45 Richard Barnes, *Refugee Law at Sea, International and Comparative Law Quarterly* 2004, S. 47 (48); Andreas Fischer-Lescano u. a., *Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, *Journal of International Refugee Law* 2009, S. 256 (291).

46 Siccó Rah, *Kein Flüchtlingsschutz auf See? Flüchtlings- und seerechtliche Probleme am Beispiel der „Cap Anamur“*, *Humanitäres Völkerrecht* 2005, S. 276 (277); Ruth Weinzierl/Urzula Lisson, *Grenzschutz und Menschenrechte*, 2007, S. 20.

47 Joanne van Selm/Betsy Cooper, *The New „Boat People“: Ensuring Safety and Determining Status*, 2006, S. 28.

48 Italien: Corte d'Appello di Palermo (Urteil vom 21.09.2011); Siccó Rah, *Humanitäres Völkerrecht* 2005, S. 276 (277 f.).

49 Fulvio Vassallo Paleologo, *Cap Anamur – Gründe für den Freispruch veröffentlicht: Humanitäre Intervention ist keine Straftat*, [http://www.borderline-europe.de/downloads/2010\\_03\\_08\\_FULVIO\\_Vassallo.pdf](http://www.borderline-europe.de/downloads/2010_03_08_FULVIO_Vassallo.pdf) (02.02.2012); Siccó Rah, *Humanitäres Völkerrecht* 2005, S. 276 (278).

50 Tilmann Löhr, *Schutz statt Abwehr*, 2010, S. 45.

51 Corte d'Appello di Palermo vom 21.09.2011.

52 Europarat: EDoc.11053 S. 9.

53 So u. a.: Doris Peschke, CCME, während des 7. Berliner Symposiums zum Flüchtlingsschutz, 18.06.2007 in: Ruth Weinzierl/Urzula Lisson, *Grenzschutz und Menschenrechte*, 2007, S. 41.

54 Siccó Rah, *Asylsuchende und Migranten auf See*, Diss. Univ. Hamburg 2009, S. 5.

zeitgleich einen hinreichenden Schutz von Asylsuchenden und Flüchtlingen zu gewährleisten. Zwar erwähnen beide Zusatzprotokolle in ihrer Präambel, dass die Staaten die Pflichten aus der GFK einzuhalten haben – enthalten jedoch darüber hinaus keine Bestimmungen, wie dies konkret auszugestalten ist.

Ohne ausführliche Schutzvorschriften besteht die Gefahr, dass Staaten ihre flüchtlings- und menschenrechtlichen Verpflichtungen vernachlässigen und sich dabei hinter den Normen zur Umsetzung der Zusatzprotokolle verstecken, die strenge Grenzkontrollen vorsehen, um so dem Bedürfnis nach erhöhter nationaler Sicherheit gerecht zu werden.<sup>55</sup> Es darf dabei jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass sowohl Menschenhandel als auch Menschenerschleusung Opfer hervorbringen, die es zu schützen gilt. Darüber hinaus ergibt sich ein weiteres Problem. Staaten behandeln Menschenhandel und -erschleusung weithin allein als ein Phänomen internationaler organisierter Kriminalität und reagieren mit immer schärferen Grenzkontrollen, ungeachtet des Paradoxons, dass Flüchtlinge und Asylsuchende aufgrund der verstärkten Grenzkontrollen immer mehr auf die „Hil-

fe“ von Schleusern/innen und Menschenhändlern/innen zurückgreifen.

Vor diesem Hintergrund ist es notwendig, den Phänomenen von Menschenhandel und Menschenerschleusung ganzheitlich, d. h. aus menschenrechtlicher und zugleich aus der Perspektive der Verbrechensbekämpfung, entgegenzutreten. Dem werden die UN-Zusatzprotokolle sowie die auf sie bezogenen europarechtlichen und nationalen Regelungen nicht gerecht.

## V. Fazit

Das ausdifferenzierte System der Straftatbestände für Ausländer/innen und Dritte im Zusammenhang mit irregulärer Immigration, unterstreicht das Interesse der europäischen Staaten, sich vor unregulierter Einreise zu schützen. Dieses an sich legitime Ziel darf jedoch nicht beliebig auf Kosten der Flüchtlings- und Menschenrechte der Migrierenden verfolgt und durchgesetzt werden. Für das Strafrecht bedeutet dies, dass es nicht über seine Funktion als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes hinaus zu einem Zuwanderungsregulator umfunktioniert werden darf. Zudem ist es wünschenswert, dass humanitär gebotene Handlungen ausdrücklich von der Strafbarkeit ausgenommen werden.

55 Mary A. Young, Suffolk Transnat'l L. Rev. 2004, S. 101 (103).

Julian Kanschik\*

## Behinderung – Entstehung und Bedeutung eines rechtspolitischen Begriffes

Am 26.03.2009 trat das zwei Jahre zuvor von der UN-Generalversammlung in New York verabschiedete *Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen*<sup>1</sup> [BRK] auch in der Bundesrepublik in Kraft.<sup>2</sup> Ziel dieses von mittlerweile 109 Staaten<sup>3</sup> ratifizierten völkerrechtlichen Vertrages ist es, den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern.<sup>4</sup>

Welche Bedeutung der BRK zukommt, ist in mehreren Bereichen erkennbar: Völkerrechtlich ist sie Wegbereiter für viele Modernisierungen wie die Beitrittsmöglichkeit regionaler Organisationen<sup>5</sup> oder die Mitwirkungsmöglichkeit nationaler Menschenrechtsverbände und -gruppierungen bei der Vertragsgestaltung. Behindertenpolitisch stellt sie den vorläufigen Höhepunkt eines sich seit Beginn der 90er Jahre auf nationaler Ebene wandelnden Begriffsverständnisses dar. Um Entwicklung (I) und Bedeutung (II) dieses Begriffsverständnisses soll es im Folgenden gehen.

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg.

1 UN GA Res. 61/106 of 13 December 2006, auch UN-Behindertenrechtskonvention oder kurz BRK genannt.

2 BGBl II 2008/35, S. 1419–1457.

3 United Nations Treaty Collection (UNTC), Chapter IV, Human Rights, 15. Convention (Stand 23.01.2012).

4 Vgl. Art. 1 I BRK.

5 Art. 42 u. 44 BRK sowie Art. 12 des dazu gehörenden Fakultativprotokolls.