

Julia Trinh

Die Strafbarkeit der Fluchthilfe

Eine Auseinandersetzung mit dem sog.
Schleusertatbestand in § 96 AufenthG



Nomos

**Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft –
Neue Folge**

herausgegeben von

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Ingo Saenger

Prof. Dr. Fabian Wittreck

Band 66

Julia Trinh

Die Strafbarkeit der Fluchthilfe

Eine Auseinandersetzung mit dem sog.
Schleusertatbestand in § 96 AufenthG



Nomos

Die Veröffentlichung erfolgt mit Unterstützung des
Freundeskreises Rechtswissenschaft, Verein zur Förderung
der juristischen Ausbildung an der Universität Münster e. V.
www.freundeskreis-rechtswissenschaft.de



Erstgutachter: Prof. Dr. Michael Heghmanns
Zweitgutachter: Prof. Dr. Moritz Vormbaum
Dekan: Prof. Dr. Matthias Casper
Tag der mündlichen Prüfung: 2. November 2021

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

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2021

ISBN 978-3-8487-8678-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-3047-1 (ePDF)

D6



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck
und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch
die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Über-
setzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Großeltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Februar 2021 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Michael Heghmanns*, der mich zur Promotion ermutigt hat und jederzeit für mich ansprechbar war. Seine hervorragende Betreuung hat entscheidend zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Herrn Prof. Dr. *Moritz Vormbaum* danke ich für die zeitnahe Anfertigung des Zweitgutachtens sowie für die konstruktiven Hinweise. Für die Aufnahme meiner Dissertation in die Fakultätsschriftenreihe danke ich Herrn Prof. Dr. *Fabian Wittreck*, Herrn Prof. Dr. *Ingo Saenger* und Herrn Prof. Dr. *Michael Heghmanns*. In diesem Zusammenhang möchte ich mich auch bei dem Freundeskreis Rechtswissenschaften e.V. für die Unterstützung der Veröffentlichung durch die Gewährung eines Druckkostenzuschusses bedanken.

Bedanken möchte ich mich auch beim Journalisten, *Stefan Buchen*, der mich durch seinen anregenden Vortrag auf dem Strafverteidigertag 2018 in Münster auf die Strafvorschriften im Aufenthaltsgesetz aufmerksam gemacht hat.

Ein großer Dank geht auch an den Rechtsanwalt *Axel Nagler, Judit, Gorden und Titus*, ohne die meine Forschungsreise auf Sizilien nicht so ertragreich gewesen wäre.

Mein herzlicher Dank gilt außerdem meiner Familie, die mir von Kindheit an einen moralischen Kompass mit an die Hand gab und mein Denken und Handeln dadurch entscheidend geprägt hat. Besonderen Dank richte ich auch an die Rechtsanwälte *Gabriele Heinecke, Nicola Toillié, Philipp Napp und Sven Hüners*, die mich zum Jurastudium angeregt und stets motiviert haben. *Netti* danke ich vor allem für die aufmerksame Durchsicht des Manuskripts und in diesem Zusammenhang gemachten Anmerkungen. Besonders danke ich zudem *El und Jo* für die anregenden, fachlichen Gespräche und vor allem für die entspannten Auszeiten. Ein großer Dank gilt auch meinem Partner, *Falk*, der mir durch seine nicht-juristische Sichtweise und kritische Fragen wertvolle Denkanstöße gab. Vor allem danke ich ihm aber für seine Geduld und sein Verständnis, die er

Vorwort

mir in arbeitsintensiven Phasen entgegenbringt sowie für seine hartnäckigen Erinnerungen, gelegentlich eine Pause einzulegen.

Mein aufrichtiger Dank gilt zu guter Letzt dem Ehepaar *Schmeiser*, das meine Familie bei ihrer Einreise aus Vietnam unermüdlich unterstützte und dabei half, in Deutschland ein neues Leben aufzubauen. Ihnen und allen anderen Fluchthelfern ist diese Arbeit gewidmet.

Münster, im August 2021

Julia Trinh

Für verwendete Abkürzungen wird auf *Kirchner, Hildebert* (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage, Berlin 2021, verwiesen.

Inhaltsverzeichnis

A. Ausgangslage und Fragestellung	17
B. Fluchthilfe in der deutschen Geschichte	22
I. Flucht vor der antisemitischen Diktatur im Nationalsozialismus (1933 –1945)	22
II. Boatpeople: Solidarität mit vietnamesischen Kriegsopfern (1955–1975)	25
III. Flucht in die Freiheit des Westens (1949–1990)	27
IV. Jugoslawische Nachfolgekriege	31
V. Das Ende des Arabischen Frühlings	32
VI. Zusammenfassung: Vom Helden zum Straftäter	35
C. Entwicklung des Aufenthaltsgesetzes	38
I. Paßstrafrecht bis 1965	39
II. Das Ausländerstrafrecht	41
III. Anfängliche Reformen im Ausländerrecht	41
IV. Gesetz zur Regelung der Einreise und des Aufenthalts von EWG-Staatsangehörigen sowie das Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung	42
V. Asylrechtsnovellen ab 1990	43
VI. Verbrechensbekämpfungsgesetz und weitere Reformen	45
1. § 92a Ausländergesetz	46
2. § 92b Ausländergesetz	47
3. Weitere Reformen im Jahr 1997	48
VII. Das gescheiterte Zuwanderungsgesetz	48
VIII. Zuwanderungsgesetz	51
1. § 95 AufenthG: Die unerlaubte Einreise	51
2. § 96 AufenthG: Einschleusen von Ausländern	52
3. § 97 AufenthG: Einschleusen mit Todesfolge	53
IX. Implementierungsleitfäden der Vereinten Nationen und der Europäischen Kommission	54
1. Zur Implementierung des Palermo-Abkommens	54
2. Zur Umsetzung der Richtlinie 2002/90/EG	56
3. Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber?	60

Inhaltsverzeichnis

X. Exkurs: Entwicklung des Asylverfahrensgesetzes	61
1. Asylrechtsnovelle	62
2. Gesetz zur Änderung des Asylverfahrens-, Ausländer- und Staatsangehörigkeitenrechts	63
3. Verbrechensbekämpfungsgesetz	63
4. De lege lata	64
XI. Zusammenfassung zur Entwicklung des Aufenthaltsgesetzes	64
D. Schleuserkriminalität	66
I. Legislative Begriffsbestimmung: Der Schleuser	67
II. Abgrenzung zum Menschenhandel	68
III. Schleuserei als Teil der Organisierten Kriminalität	69
1. Generelle und spezielle Merkmale der Organisierten Kriminalität	70
2. Schleuserkriminalität im Vergleich zu anderen Delikten der Organisierten Kriminalität	73
3. Schleuserkriminalität als Teil der Organisierten Kriminalität	74
IV. Die unerlaubte Einreise mittels Schleuser	74
1. Die drei Phasen der Schleuserei	75
2. Fluchtrouten	76
3. Gefahren für die unerlaubt Einreisenden	78
4. Versicherheitlichung der Migration	79
5. Zwischenergebnis zur unerlaubten Einreise mittels Schleuser	86
V. Staatliche Maßnahmen für den Grenzschutz und die zivile Seenotrettung	86
1. Italiens Versuch: Mare Nostrum (Oktober 2013–Oktober 2014)	87
2. Europäische Nachfolgeoperationen: Triton, Themis, Sophia, Irini	88
3. Die Geburt der zivilen Seenotrettung	91
4. Staatlicher Grenzschutz und die zivile Seenotrettung	94
VI. Strafverfolgung	95
1. Verurteilte Delikte	96
2. Verurteilungspraxis	98
3. Weitere Symptome ineffizienter Strafvorschriften	101
4. Dringender Reformbedarf und Notwendigkeit einer völkerrechts- und europarechtskonformen Auslegung	102

E. Dogmatik des Schleuserstrafatbestandes	104
I. Die Systematik der §§ 95 ff. AufenthG	104
1. Grundtatbestand, Qualifikation und Erfolgsqualifikation	105
2. Sperrwirkung des § 96 Abs. 1 AufenthG	105
3. Keine Strafbarkeit humanitärer Fluchthilfe	107
II. Die betroffenen Rechtsgüter	108
1. Das Rechtsgut des sog. Schleuserstrafatbestandes gem. § 96 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 95 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 a) AufenthG	111
a. Individualrechtsgüter der unerlaubt Einreisenden	111
b. Kollektive Rechtsgüter	116
aa. Unmittelbarer Rechtsgüterschutz: Die Volkssouveränität	117
bb. Das sog. Hausrecht des Staates	120
cc. Die territoriale Hoheitsgewalt	122
dd. Das Verwaltungsverfahren	123
ee. Die öffentliche bzw. innere Sicherheit	125
ff. Doppelt-gestufter Normzweck	128
gg. Herleitung eines mittelbar geschützten Rechtsguts mit einem vorgelagertem Schutzgut	130
hh. Zwischenergebnis zum Rechtsgut des sog. Schleuserstrafatbestandes	132
c. Legitimation der Straftatbestände	133
d. Die Funktionsfähigkeit des sozialen Gesamtsystems als Rechtsgut des sog. Schleuserstrafatbestandes	139
2. Rechtsgüter der Qualifikationsgründe der §§ 96 Abs. 2, 97 Abs. 1, Abs. 2 AufenthG	139
a. Schutzgüter der unerlaubt Einreisenden	140
b. Schutzgüter der Allgemeinheit	143
3. Die im Ergebnis geschützten Rechtsgüter	145
III. Deliktsnatur der §§ 95 ff. AufenthG	146
1. Erfolgs- oder Tätigkeitsdelikt	146
2. Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt	147
3. Zwischenergebnis zur Deliktsnatur	150
IV. Das rechtliche Verhältnis zwischen der unerlaubten Einreise und der Fluchthilfe	150
1. Akzessorische Teilnahmehandlung oder eigenständiges Delikt?	151
a. De lege lata	152
aa. Anknüpfungspunkt: Die Teilnahmehandlung	152

Inhaltsverzeichnis

bb.	Entwicklung des Gesetzes	154
cc.	Vergleichbare Zwecke der Vorschriften	156
b.	Dogmatische Erwägungen	157
aa.	Ausgedehnte Versuchsstrafbarkeit	157
bb.	Einheitstäterbegriff bei Vorsatzdelikten	158
cc.	Besondere Unrechtsqualität	159
dd.	Unüblich hoher Strafraumen	160
ee.	Systematisches Argument	161
ff.	Ergebnis: Akzessorisches Teilnahmedelikt	161
c.	Gründe für eine eigenständige Täterschaft	162
aa.	Privilegierung des unerlaubt Einreisenden	163
bb.	Täterschaftliches Unrecht	164
	(1) Multiplikator-Wirkung	164
	(2) Tatherrschaft	167
cc.	Gründe für eine eigenständige Täterschaft	168
d.	Akzessorische Verknüpfung zwischen unerlaubter Einreise und Fluchthilfe	168
2.	Teilnahme an der unerlaubten Einreise unter Verwirklichung eines sog. Schleusermerkmals	168
a.	Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme	169
b.	Die einfache sog. Schleuserhandlung	170
aa.	Anstiften i. S. d. § 96 Abs. 1 AufenthG	170
bb.	Hilfeleisten i. S. d. § 96 Abs. 1 AufenthG	171
cc.	Unterstützung der unerlaubt Mitreisenden	173
dd.	Zwischenergebnis zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme	176
3.	Schleuserunrechtspezifische Merkmale	177
a.	Vorteil	178
aa.	Erfassung materieller sowie immaterieller Vorteile	178
	(1) Parallele Auslegung trotz unterschiedlicher Schutzrichtungen	179
	(2) Strukturelle Unterschiede wider der gleichlaufenden Auslegung	180
	(3) Widerspruch zum Willen der Vereinten Nationen und der Europäischen Union	181
	(4) Keine uneingeschränkte Strafwürdigkeit immaterieller Vorteile	183

bb.	Strafwürdigkeit materieller Vorteile	183
	(1) Auffälliges Missverhältnis sowie ausbeuterische Absichten	184
	(2) Förderung für von der Rechtsordnung missbilligte Erfolge	186
	(3) Täterschaftliches Interesse	189
	(4) Erfordernis eines täterbezogenen Merkmals	191
	(5) Keine uneingeschränkte Strafwürdigkeit materieller Vorteile	195
b.	Wiederholt	195
aa.	Wiederholung durch mehrfache Förderung einer einzigsten unerlaubten Einreise	196
bb.	Die versuchte unerlaubte Einreise als Anknüpfungstat	198
cc.	Kein schleuserspezifisches Unrecht bei der ersten Teilnahme	200
dd.	Zeitliche Grenzen für eine Wiederholung	201
ee.	Fehlende staatliche Reaktion auf den Erstverstoß	203
ff.	Widerspruch auf Strafzumessungsebene	207
gg.	Historische Auslegung	210
hh.	Gegen die Intention des Palermo-Abkommens und der Richtlinie 2002/90/EG	211
ii.	Systematischer Vergleich	212
jj.	Ergebnis: Wiederholung allein genügt nicht	214
c.	Zugunsten mehrerer	215
aa.	Sechserbandenklausel	215
	(1) Vergleich mit anderen Straftatbeständen	216
	(2) Gesetzesentwicklung	217
	(3) Ungeeignetheit einer Sechserbandenklausel	219
bb.	Handlungsfähigkeit der unerlaubt Einreisenden	219
cc.	Unterschiedliche Haupttaten als Anknüpfungstaten	221
dd.	Unbestimmtheit des Merkmals „zugunsten mehrerer“	222
d.	Zusammenfassung zur Auslegung der Schleusermerkmale	223
4.	Fehlen einer teilnahmefähigen Haupttat	224
a.	Rechtfertigung des unerlaubt Einreisenden	224
aa.	Völkerrechtlich anerkannte Bewegungsfreiheit?	226

Inhaltsverzeichnis

bb. Rechtfertigung aus der Verfassung Art. 16a Abs. 1 GG	228
(1) Grundrechte als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe	228
(2) Inhalt des Art. 16a Abs. 1 GG	231
(3) Keine Rechtfertigung aus Art. 16a Abs. 1 GG	232
cc. Rechtfertigungsgründe aus nationalen Vorschriften	232
(1) Flüchtlingsstatus („kleines Asyl“), subsidiärer Schutz und Abschiebungsverbote nach §§ 3, 4 AsylG	233
(2) Notwehr i. S. v. § 32 StGB	235
(3) Notstand i. S. d. § 34 StGB	235
dd. Keine Rechtfertigung aus nationalen Vorschriften	239
b. Sonstige Strafausschlussgründe	240
aa. Angehörigenprivileg aus § 84 Abs. 5 AsylG analog	240
bb. Strafausschluss durch § 95 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 31 GFK	241
(1) Inhalt des Art. 31 GFK	242
(2) Rechtsnatur des Art. 31 GFK	244
5. Die strafbare unerlaubte Einreise als Anknüpfungstat für die Fluchthilfe	248
V. Rechtfertigungsgründe für den humanitären Fluchthelfer	249
1. Notwehr bzw. Nothilfe gem. § 32 StGB	250
2. Rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB	251
a. Flucht übers Land	252
aa. Gegenüberstehende Rechtsgüter	253
bb. Grad des Risikos und Gefahrabwendungschancen	253
cc. Besondere Gefahrtragungsregeln	254
b. Flucht über Wasser	255
3. Die Interessenabwägung in Anbetracht des Seerechts	257
a. Einführung in das Seevölkerrecht	258
aa. Entstehung und Zweck	259
bb. Rechtsquellen des Seerechts	262
cc. Meereszonen nach dem Internationalen Seerechtsübereinkommen	264

b. Seevölkerrechtliche Hilfespflicht	267
aa. Herkunft und Natur der Seenotrettungspflicht	268
bb. Gesetzliche Fixierung der Seenotrettungspflicht	270
cc. Seenot als Gefahr im Rahmen des § 34 StGB	272
dd. Zuständigkeit für die Such- und Rettungsmaßnahmen	275
c. Umfang der Seenotrettungspflicht	277
aa. Rechtmäßigkeit von Rückführungen an den Herkunftshafen	277
bb. Verbringung an einen sicheren Ort	281
cc. Ermessen statt Pflicht	285
dd. Forderung nach einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung der Seenotrettungspflicht	287
d. Zwischenergebnis zur Rechtfertigung in Anbetracht des Seerechts	289
4. Pflichtenkollision	290
5. Ergebnis: Keine Rechtfertigung des humanitären Fluchthelfers	293
VI. Strafausschluss für humanitäre Fluchthelfer	294
1. Entschuldigungsgründe aus dem deutschen Strafgesetzbuch	294
2. Strafausschluss durch die analoge Anwendung von Art. 31 GFK	295
3. Strafausschluss durch die analoge Anwendung des § 84 Abs. 5 AsylG	298
4. Strafausschluss für angehörige Fluchthelfer bei unverzögerlicher Meldung	300
5. Ergebnis: Kein Strafausschluss für humanitäre Fluchthelfer	301
VII. Ergebnis der Untersuchung der Dogmatik des sog. Schleuserstraftatbestandes	301
F. Fazit und Ausblick	305
G. Anhang	314
H. Literaturverzeichnis	325

