Studien zum Strafrecht 93

Meike Löw

Intertemporales Strafrecht am Beispiel behördlicher Genehmigungen im Rahmen der illegalen Ausländerbeschäftigung

Nomos DIKE

Studien zum Strafrecht Band 93

Herausgegeben von
Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn
Prof. Dr. Gunnar Duttge, Universität Göttingen
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Universität Bonn
Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Claus Kreß, LL.M., Universität zu Köln
Prof. Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg
Prof. Dr. Dr. h.c. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim
Prof. Dr. Ursula Nelles, Universität Münster
Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Universität Frankfurt a. M.
Prof. Dr. Henning Radtke, Universität Hannover
Prof. Dr. Klaus Rogall, Freie Universität Berlin
Prof. Dr. Frank Saliger, Universität München
Prof. Dr. Helmut Satzger, Universität München
Prof. Dr. Brigitte Tag, Universität Zürich
Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität Köln
Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Basel
Prof. Dr. Rainer Zaczyk, Universität Bonn

Meike Löw

Intertemporales Strafrecht am Beispiel behördlicher Genehmigungen im Rahmen der illegalen Ausländerbeschäftigung

Nomos

DIKE

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

Zugl.: Frankfurt, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5483-0 (Print)
ISBN 978-3-8452-9669-2 (ePDF)

ISBN 978-3-03891-086-2 (Dike Verlag Zürich/St. Gallen)

D30

1. Auflage 2018
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis August 2018 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Matthias Jahn, Richter am Oberlandesgericht, der jederzeit für Gespräche zur Verfügung stand und mir gleichzeitig alle für das Verfassen wissenschaftlicher Arbeiten notwendigen Freiräume ließ. Insbesondere die von ihm regelmäßig veranstalteten Doktorandenseminare und der dortige fachliche Austausch lieferten stets wichtige Impulse für mein Promotionsvorhaben. Für seine Bereitschaft zur Übernahme und die schnelle Anfertigung des Zweitgutachtens sowie wertvolle Hinweise danke ich Herrn Professor Dr. Jürgen Taschke.

Ganz herzlich möchte ich mich bei meiner Familie bedanken, die mich mein gesamtes Leben lang auf jede erdenkliche Weise liebevoll unterstützt und stets an mich geglaubt hat. Meinem Vater Jörg Heinrich danke ich darüber hinaus für seine Korrekturarbeiten und Unterstützung bei der Endfassung dieser Arbeit.

Der tiefste Dank gilt meinem Ehemann Dr. Karsten Löw: nicht nur für die zahlreichen wissenschaftlichen Diskussionen und abschließenden Korrekturarbeiten, sondern und vor allem für deinen uneingeschränkten Rückhalt und festen Glauben an mich in allen Lebenslagen. Dir ist diese Arbeit gewidmet.

Marburg, im September 2018 *Meike Löw*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen 15

Einführung 17

A. Behördliche Genehmigungen im zeitlichen und strafrechtlichen Kontext 17

B. Gegenstand und Gang der Untersuchung 18

1. Kapitel: Illegale Ausländerbeschäftigung 23

A. Bedeutung und Begriff illegaler Ausländerbeschäftigung 23

B. Erscheinungsformen illegaler Ausländerbeschäftigung 25

C. Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigungsrecht 26

I. Aufenthaltsgenehmigungsrecht 26

1. Erfordernis eines Aufenthaltstitels 26

a) Grundsatz: Genehmigungserfordernis 26

b) Ausnahmen von dem Genehmigungserfordernis 27

2. Erteilung des Aufenthaltstitels 30

II. Arbeitsgenehmigungsrecht 32

1. Erfordernis eines Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder einer Arbeitsgenehmigung-EU 32

a) Grundsatz: Genehmigungserfordernis 32

b) Ausnahmen von dem Genehmigungserfordernis 33

aa) Ausnahmen in persönlicher Hinsicht 33

bb) Ausnahmen in sachlicher Hinsicht 36

2. Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder einer Arbeitsgenehmigung-EU 37

D. Straftatbestände der illegalen Ausländerbeschäftigung 38

I. Straftatbestände des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes 38

1. Strafbarkeit des Arbeitgebers 38

2. Strafbarkeit des Arbeitnehmers 41

II. Straftatbestände des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes 41

III. Straftatbestände des Aufenthaltsgesetzes 42

1. Strafbarkeit des Arbeitnehmers 42

2. Strafbarkeit des Arbeitgebers 44

E. Zusammenfassung 45

2. Kapitel: Intertemporales Strafrecht 47

A. Dogmatische und systematische Konzeption des § 2 StGB 48
I. Ausgangspunkt: Geltung von Gesetzen und Regelungsgehalt des § 2 StGB 49
1. Staatsrechtliche Grundlagen der Gesetzesgeltung 49
2. Regelungsgehalt des § 2 StGB 50
II. Tatzeit- oder Entscheidungszeitrecht als maßgebliche Entscheidungsgrundlage? 51
1. Positionen in Rechtsprechung und Lehre 52
a) Grundsätzliche Anwendung des Tatzeitrechts 52
b) Grundsätzliche Anwendung des Entscheidungszeitrechts 53
2. Stellungnahme 54
a) Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt: Rückwirkungsverbot, Art. 103 Abs. 2 GG 54
b) Konsequente Beachtung des Rückwirkungsverbots 56
c) Systematische Betrachtung 58
III. Lex mitior-Grundsatz im Gefüge des intertemporalen Strafrechts 58
IV. Zwischenergebnis 59

B. Ratio des lex mitior-Grundsatzes 60
I. Ansätze im Schrifttum zur Bestimmung der ratio 60
1. Verhältnismäßige Gerechtigkeit 60
2. Ausschalten des Zufallelements 62
II. Stellungnahme 63
1. Milderes bzw. mildestes Entscheidungszeitrecht 64
a) Anwendungsbereich 64
b) Funktion des Strafrechts und Gründe für die Anwendung des milderen bzw. mildesten Entscheidungszeitrechts 64
2. Mildestes Zwischenrecht 68
a) Anwendungsbereich 68
b) Gründe für die Anwendung des mildesten Zwischenrechts 70
III. Zwischenfazit 72

C. Stellung des lex mitior-Grundsatzes in der deutschen und europäischen Normenhierarchie 72

D. Anwendung des lex mitior-Grundsatzes 76
I. Zeitpunkt der Gesetzesänderung 77
II. Vorliegen einer Gesetzesänderung 80
1. Grundlagen 80
2. Gesetzesänderung bei Modifizierung von Tatbestandsvoraussetzungen 82
a) Subsumierbarkeit der Handlung unter beliebigen Tatbestand 83
b) Forderung einer „Vergleichbarkeit" bzw. einer „Unrechtskontinuität" 84
c) Fortgeltung der Verhaltensnorm 86
d) Strikte Kontinuität 87
e) Stellungnahme 87
III. Ermittlung des mildesten Gesetzes 93
1. Konkrete Betrachtungsweise 94
2. „Mischtatbestände" 95
IV. Ausschluss der Anwendung des lex mitior-Grundsatzes bei Zeitgesetzen 97
1. Grundlagen 97
2. Begriff des Zeitgesetzes 97
3. Zeitgesetze im Unionsrecht 99

E. Zusammenfassung 100

3. Kapitel: Behördliche Genehmigung als Teil des verwaltungsakzessorischen Strafrechts 103

A. Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts 103

B. Verwaltungsrechtliches Genehmigungsverfahren und behördliche Genehmigung 106

C. Behördliche Genehmigung im strafrechtlichen Deliktsaufbau 109
I. Ansätze in Rechtsprechung und Lehre 110
1. Einordnung in den Deliktsaufbau 110
a) Differenzierende Ansätze 110
aa) Abgrenzung nach strafrechtsspezifischen Kriterien 111
bb) Abgrenzung nach verwaltungsrechtlichen Kriterien 112
cc) Abgrenzung nach der Funktion der behördlichen Genehmigung 114

b) Generell tatbestandsausschließende bzw. rechtfertigende Wirkung 114
c) Strafausschließungsgrund 116
2. Genehmigung als normatives Tatbestands- oder Blankettmerkmal 116
II. Stellungnahme und Folgerungen 118
1. Problematik der differenzierenden Auffassungen 118
2. Bestimmung der Verhaltensnorm 122
3. Geschütztes Rechtsgut 127
4. Normatives Tatbestands- oder Blankettmerkmal 130
a) Verweisungstechnik 131
b) Einordnung des Genehmigungsmerkmals 136
c) Auswirkungen auf das intertemporale Strafrecht 139
aa) Entwicklung in der Rechtsprechung 140
bb) Meinungsbild in der Lehre 141
cc) Stellungnahme 143
(1) Änderung des Blankettstrafgesetzes 143
(2) Änderung der Bezugsnorm 144

D. Zusammenfassung 151

4. Kapitel: Behördliche Genehmigung im intertemporalen Strafrecht 152

A. Lehren aus den intertemporalen und verwaltungsakzessorischen Prinzipien 152

B. „Handeln ohne Genehmigung“ bei fehlerhafter Genehmigung 153
I. Nichtige Genehmigungen 153
1. Nichtige Genehmigungen im Verwaltungsrecht 153
2. Auswirkungen auf die strafrechtliche Bewertung 155
II. Rechtswidrige Genehmigungen 157
1. Rechtswidrige Genehmigungen im Verwaltungsrecht 157
2. Auswirkungen auf die strafrechtliche Bewertung 158
a) Rechtmäßigkeit der Genehmigung als Voraussetzung für Straflosigkeit? 158
b) Berücksichtigung verwaltungsrechtlicher Wertungen 162
c) Begriff der „Erforderlichkeit“ 164
d) Zwischenergebnis 165
III. Rechtsmissbräuchlich erlangte Genehmigungen 166
1. Rechtsmissbräuchlich erlangte Genehmigungen im Verwaltungsrecht 166

2. Auswirkungen auf die strafrechtliche Bewertung 168
a) Erfasste Verhaltensweisen 168
b) Strenge oder eingeschränkte Verwaltungsaktakzessorietät oder Verwaltungsrechtsakzessorietät? 169
c) Berücksichtigung verwaltungsrechtlicher Wertungen 171
d) Problematik der Rechtsmissbrauchsklauseln 173
e) Zwischenergebnis 176
IV. Exkurs: Genehmigungsfiktionen 177
1. Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG 177
2. Fiktionen des § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG 178
V. Ergebnis und Folgerungen 181

C. Untersuchung der Fallkonstellationen 181
I. Erste Fallgruppe: Änderungen der behördlichen Maßnahme 182
1. Erster Unterfall: Nachträgliche Erteilung einer Genehmigung 182
a) Meinungsbild in Rechtsprechung und Lehre 182
b) Zeitraum ab Wirksamwerden der Genehmigung 186
c) Zeitraum bis zum Wirksamwerden der Genehmigung 187
aa) Strafbarkeitsausschluss bei genehmigungsfähigem Handeln 187
(1) Begriff der Genehmigungsfähigkeit 188
(2) Differenzierung nach Ermessens- und gebundenen Entscheidungen in Rechtsprechung und Lehre 189
(a) Genehmigungsfähigkeit im Bereich der Ermessensverwaltung 189
(b) Genehmigungsfähigkeit im Bereich der gebundenen Verwaltung und in Fällen der Ermessensreduzierung auf Null 191
(c) Die Entscheidung des BVerfG zur aufenthaltsrechtlichen Duldung 193
(3) Stellungnahme 194
(a) Genehmigungsfähigkeit und Tatbestandsausschluss 194
(b) Genehmigungsfähigkeit und Rechtfertigung 198

(c) Genehmigungsfähigkeit und Strafausschließung 199
(4) Zwischenergebnis 200
bb) Nachträgliche Genehmigungserteilung als lex mitior 201
cc) Widerspruch zu verwaltungsakzessorischen Grundsätzen? 205
(1) Nachträgliche Genehmigungserteilung mit ex nunc-Wirkung 205
(2) Nachträgliche Genehmigungserteilung mit ex tunc-Wirkung 205
(a) Rückwirkungsfeindlichkeit des Strafrechts? 206
(b) Inhalt der Rückwirkung 208
(c) Rückwirkung im Strafrecht 210
dd) Nachträgliche Genehmigungserteilung als Strafaufhebungsgrund 211
d) Ergebnis zum ersten Unterfall 212
2. Zweiter Unterfall: Nachträgliche Aufhebung einer Genehmigung 213
a) Aufhebung außerhalb des Rechtsmittelverfahrens 214
aa) Verwaltungsrechtliche Grundlagen 214
(1) Widerruf und Rücknahme 214
(2) Aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen 216
(3) Anordnung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung 219
bb) Auswirkungen der behördlichen Aufhebung auf die strafrechtliche Bewertung 219
(1) Zeitraum ab Bestandskraft des aufhebenden Verwaltungsakts 220
(2) Zeitraum bis zum Wirksamwerden des aufhebenden Verwaltungsakts 220
(3) Zeitraum zwischen Wirksamwerden der Aufhebung und ihrer Bestandskraft 222
(a) Meinungsbild in Rechtsprechung und Lehre 223
(aa) Zu strafbarkeitsausschließenden Verwaltungsakten 223
(bb) Zu strafbewehrten Verwaltungsakten 225
(b) Stellungnahme 227

(aa) Berücksichtigung des Suspensiveffekts 227
(bb) Berücksichtigung des Zwecks von Rechtsbehelfsfristen 230
(cc) Anordnung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung 235
cc) Ergebnis 237
b) Aufhebung im Rechtsmittelverfahren 238
aa) Verwaltungsrechtliche Grundlagen 238
bb) Auswirkungen der verwaltungsgerichtlichen Aufhebung auf die strafrechtliche Bewertung 239
(1) Zeitraum ab Rechtskraft des Urteils 240
(2) Zeitraum bis zur Urteilsverkündung 240
(3) Zeitraum zwischen Verkündung des Urteils und seiner Rechtskraft 242
cc) Ergebnis 242
II. Zweite Fallgruppe: Änderungen mit Bezug zum Genehmigungserfordernis 243
1. Erster Unterfall: Wegfall des Genehmigungserfordernisses 243
2. Zweiter Unterfall: Einschränkung des Anwendungsbereichs des Genehmigungserfordernisses 245
a) Meinungsbild in der Rechtsprechung 245
b) Meinungsbild in der Lehre 249
c) Stellungnahme 252
aa) Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs 253
(1) Begründung des BGH und der Lehre 253
(2) Ratio des lex mitior-Grundsatzes 255
(3) Änderung des Kreises der Täter oder der Tatobjekte 256
(a) Einschränkung des Täterkreises 257
(b) Einschränkung des Kreises der Tatobjekte 262
(c) Anwendung einschränkender Kriterien? 264
(4) Fehlverweisungen 265
bb) Änderung des sachlichen Anwendungsbereichs 268

cc) Besonderheiten bei illegaler Ausländerbeschäftigung: Zeitgesetz und unionsrechtlicher lex mitior-Grundsatz 269
(1) Vorliegen von Zeitgesetzen 269
(2) Berücksichtigung des unionsrechtlichen lex mitior-Grundsatzes 271
d) Ergebnis 274
3. Dritter Unterfall: Änderung der Genehmigungsart 275

5. Kapitel: Umsetzung im Strafverfahren 279

Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung 282

Literaturverzeichnis 287

Abkürzungen

BeckRS	Beck-Rechtsprechung
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
EU-GRCharta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
FG	Festgabe
n. v.	nicht veröffentlicht

***

Im Übrigen richten sich die Abkürzungen nach *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl., Berlin 2015, sowie *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung, 27. Aufl., Mannheim u. a. 2017.

Einführung

A. Behördliche Genehmigungen im zeitlichen und strafrechtlichen Kontext

Strafrechtliche Normen knüpfen häufig an außerstrafrechtliche Vorschriften und Wertungen an. Ob eine Sache „fremd" ist und daher taugliches Tatobjekt eines Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB sein kann, lässt sich nur durch Heranziehung der zivilrechtlichen Eigentumsvorschriften bestimmen; ob eine „Pflicht zur Ablieferung von Kernbrennstoffen" besteht, die Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 328 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist, kann allein unter Berücksichtigung der atomgesetzlichen Regelungen beantwortet werden. In diesem Zusammenhang wird von der (Zivil- bzw. Verwaltungs-)Akzessorietät des Strafrechts gesprochen. Einen der Bereiche, in denen eine Bezugnahme auf verwaltungsrechtliche Vorgaben stattfindet, bilden die Straftatbestände, die ein Verhalten „ohne (erforderliche) behördliche Genehmigung" voraussetzen. Um die Fragen, ob das jeweilige Verhalten überhaupt einem Genehmigungserfordernis unterliegt und ob eine gegebenenfalls vorliegende Behördenentscheidung für den Ausschluss der Strafbarkeit genügt, beantworten zu können, muss auf die jeweils einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zurückgegriffen werden. Strafnormen, die ein Handeln ohne Genehmigung voraussetzen, finden sich etwa im Umweltstrafrecht in den §§ 326 Abs. 2, 327 und 328 StGB. Weitaus häufiger sind die Tatbestände, die ein Verhalten ohne erforderliche behördliche Genehmigung unter Strafe stellen, außerhalb des Kernstrafrechts anzutreffen, wie zum Beispiel im Waffenrecht und auf dem Gebiet der illegalen Ausländerbeschäftigung. Die Delikte des Arbeitsgenehmigungsrechts (§§ 10, 10a, 11 SchwarzArbG) und des Arbeitnehmerüberlassungsrechts (§§ 15, 15a AÜG) knüpfen jeweils an die Beschäftigung eines Ausländers ohne Genehmigung, nämlich ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 AufenthG bzw. ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung-EU nach § 284 SGB III an. Auch im Rahmen der aufenthaltsrechtlichen Strafvorschriften gibt es einerseits solche Strafnormen, die die illegale Ausländerbeschäftigung, d. h. die Beschäftigung ohne erforderlichen Aufenthaltstitel bzw. ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung-EU, sanktionieren, wie etwa § 95 Abs. 1a AufenthG und § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Andererseits gibt es Strafvorschriften, die nicht an die Erwerbstätigkeit, sondern an den illegalen Aufenthalt des Ausländers anknüpfen. Auch hierdurch soll dem Zweck des Aufenthaltsgesetzes – Schutz des deutschen Arbeitsmarkts

durch Eindämmung illegaler Beschäftigung[1] – Rechnung getragen werden. Der Arbeitsmarktschutz kann gerade auch durch eine Zuzugs- bzw. Aufenthaltskontrolle, die der Kontrolle der Erwerbstätigkeit vorgelagert ist, verwirklicht werden.[2] Somit kann die Beschäftigung eines sich illegal in der Bundesrepublik aufhaltenden Ausländers eine strafbare Teilnahme an dessen illegalem Aufenthalt darstellen.[3]

Die illegale Ausländerbeschäftigung, die trotz ihrer großen Praxisrelevanz[4] im Unterschied etwa zum Umweltstrafrecht bislang hinsichtlich ihrer Verwaltungsakzessorietät kaum untersucht worden ist, soll in dieser Arbeit als Beispiel für die sich im Zusammenhang mit dem Merkmal der behördlichen Genehmigung stellenden Fragen dienen. Schwerpunkt der Untersuchung ist dabei die behördliche Genehmigung in ihrem zeitlichen Kontext. Ausgehend von der Tatsache, dass zwischen der Tatbegehung und der gerichtlichen Entscheidung über die Strafbarkeit naturgemäß eine mehr oder weniger lange Zeitspanne liegen wird, stellt sich die Frage, wie mit zwischenzeitlichen Gesetzesänderungen umzugehen ist: Sind diese durch das Strafgericht – bzw. schon zuvor im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft – zu beachten oder ist vielmehr das zur Tatzeit geltende Recht maßgeblich? Bei Straftatbeständen, die das Fehlen einer behördlichen Genehmigung voraussetzen, kommen neben Gesetzesänderungen zusätzlich Änderungen der behördlichen Entscheidung in Betracht. So kann eine Genehmigung nachträglich erteilt oder entzogen werden. Auch hier ist die Frage zu beantworten, ob dies bei der gerichtlichen Entscheidung Berücksichtigung finden muss.

B. Gegenstand und Gang der Untersuchung

In der vorliegenden Arbeit wird untersucht, wie sich Gesetzesänderungen und Änderungen behördlicher Entscheidungen, die das Merkmal „ohne

---

1 *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, S. 81 f.; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 12. Teil, Kapitel 5 Rn. 102.

2 *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, S. 82; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 12. Teil, Kapitel 5 Rn. 103.

3 Vgl. BayObLG v. 25. Juni 2001 – 4 St RR 77/01, NJW 2002, 1663, 1664; OLG Düsseldorf v. 31. August 2001 – 2a Ss 149/02-46/01 II, StV 2002, 212; OLG Frankfurt a. M. v. 25. Februar 2005 – 1 Ss 9/04, NStZ-RR 2005, 184, 186; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 12. Teil, Kapitel 5 Rn. 104.

4 Siehe hierzu 1. Kapitel A.

behördliche Genehmigung“ betreffen und die zwischen dem in Rede stehenden Verhalten und der strafgerichtlichen Entscheidung liegen, auf die strafrechtliche Bewertung auswirken. Jedenfalls für Gesetzesänderungen ist die Antwort in der Regelung des § 2 StGB zu finden. Hiernach werden Delikte grundsätzlich nach dem zur Tatzeit geltenden Gesetz abgeurteilt, § 2 Abs. 1 StGB, jedoch ist ausnahmsweise das neue Gesetz anzuwenden, sofern dieses milder als das alte, also das *lex mitior* im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB ist. Welche Anforderungen an das Vorliegen einer beachtlichen Gesetzesänderung zu stellen sind, ob § 2 StGB auch Bedeutung für nachträgliche verwaltungsbehördliche Entscheidungen hat und inwiefern verwaltungsrechtliche Vorgaben bei der strafrechtlichen Bewertung des jeweiligen Verhaltens zu berücksichtigen sind, ist Gegenstand dieser Arbeit. Ähnliche Fragen können sich auch im Ordnungswidrigkeitenrecht stellen. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf die strafrechtliche Behandlung, jedoch werden die gefundenen Ergebnisse vor dem Hintergrund, dass mit § 4 OWiG eine dem § 2 StGB vergleichbare Regelung existiert, sich für das Ordnungswidrigkeitenrecht ebenso fruchtbar machen lassen.

Die zu untersuchenden Fälle, bei denen sich zwischen Tatbegehung und gerichtlicher Entscheidung Änderungen mit Bezug zur behördlichen Genehmigung ergeben, werden in dieser Arbeit als „Altfälle“ bezeichnet. Hierbei lassen sich *zwei große Fallgruppen* – die sich ihrerseits wiederum in Untergruppen aufspalten – ausmachen. Die *erste Fallgruppe* betrifft solche Konstellationen, in denen sich die Veränderung auf die Genehmigung als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG bezieht. Hier kann zunächst der Fall vorliegen, dass im Tatzeitpunkt eine Genehmigung nicht vorliegt, diese aber nach Tatbegehung mit Wirkung ex nunc oder ex tunc erteilt wird. Im umgekehrten Fall liegt die erforderliche Genehmigung zunächst vor, sie wird aber nachträglich mit Wirkung ex nunc oder ex tunc entzogen. Die *zweite Fallgruppe* umfasst demgegenüber Konstellationen, in denen das gesetzliche Genehmigungserfordernis umgestaltet wird. So kann es zunächst Situationen geben, in denen zum Tatzeitpunkt eine erforderliche Genehmigung nicht vorliegt, nachträglich aber das Genehmigungserfordernis gänzlich entfällt und somit für das in Frage stehende Verhalten nach neuer Rechtslage eine Genehmigung nicht mehr notwendig ist. Darüber hinaus kann der Anwendungsbereich des Genehmigungserfordernisses in sachlicher oder persönlicher Hinsicht nach Tatbegehung derart eingeschränkt werden, dass das Verhalten nach neuem Recht nicht mehr dem Genehmigungserfordernis unterliegt. Dies kann im Ausländerstrafrecht beispielsweise dann relevant werden, wenn ein Arbeitgeber einen Unionsbürger, der nur mit einer Arbeitsgenehmigung-EU beschäftigt werden darf, ohne eine solche beschäftigt und die strafrechtliche Hauptverhand-

lung zu einem Zeitpunkt stattfindet, in dem zur Beschäftigung des Ausländers eine solche Genehmigung nicht mehr erforderlich ist. Schließlich kann die Konstellation eintreten, dass eine erforderliche Genehmigung zur Tatzeit nicht vorliegt und nachträglich das Genehmigungserfordernis sich dergestalt ändert, dass zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung für das in Rede stehende Verhalten eine andere Art der Genehmigung erforderlich ist. Im Ausländerstrafrecht sind in dieser Hinsicht etwa Fälle denkbar, in denen zum Tatzeitpunkt ein Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 AufenthG, im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung wegen des zwischenzeitlich erfolgten EU-Beitritts eines Staates jedoch eine Arbeitsgenehmigung-EU gemäß § 284 Abs. 1 SGB III zur Beschäftigung des Ausländers vorliegen muss.

Trotz der rechtlichen Problematik und der großen praktischen Bedeutung werden die Altfälle der illegalen Ausländerbeschäftigung in Rechtsprechung und Lehre nur selten erörtert. Die geringe Zahl an gerichtlichen Entscheidungen[5] lässt sich sicherlich auch darauf zurückführen, dass die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein hohes Interesse an der Geheimhaltung der illegalen Beschäftigung haben. Darüber hinaus werden die betroffenen Arbeitnehmer nach Befragung durch den Zoll häufig aus Angst vor Sanktionen die Bundesrepublik verlassen, sodass eine Aufklärung des Sachverhalts erschwert wird. In strafrechtlichen Verfahren wird es zudem in der Regel schwierig sein, den erforderlichen Vorsatz nachzuweisen. Es dürfte daher davon auszugehen sein, dass vielfach eine Einstellung des Verfahrens erfolgt. Die geringe Zahl an (veröffentlichten) gerichtlichen Entscheidungen dürfte auch die zurückhaltende Erörterung im Schrifttum zur Folge haben.[6] Erschwerend für die strafrechtliche Behandlung der illegalen Ausländerbeschäftigung kommt hinzu, dass es sich hierbei um eine äußerst komplexe Materie handelt. Aus Sicht des Strafrechts werden arbeits-, verwaltungs-, sozial- und ausländerrechtliche Vorfragen relevant, deren Beantwortung den Rückgriff auf Normen erfordert,

---

5 Für den Bereich des Ausländerstrafrechts BGH v. 27. April 2005 – 2 StR 457/04, BGHSt 50, 105, 120 f.; BGH v. 11. Mai 2005 – 5 StR 122/05, NStZ 2005, 408; ferner EuGH v. 6. Oktober 2016 – C-218/15, BeckRS 2016, 40033. Ausführlich zu diesen und weiteren Entscheidungen insbesondere unter 4. Kapitel C. II. 2. a).

6 Die Frage der Strafbarkeit von Altfällen illegaler Ausländerbeschäftigung behandeln ausführlicher *Mosbacher*, wistra 2005, 54, 55; *ders*., NStZ 2015, 255 ff.; *ders*., in: MünchKomm.StGB, § 10 SchwarzArbG Rn. 7; *ders*., in: Ignor/Mosbacher, Hdb. Arbeitsstrafrecht, § 4 Rn. 20, 34, 88; *Tuengerthal/Geißer*, NZWiSt 2014, 412 ff.; *Tuengerthal/Rothenhöfer*, wistra 2014, 417 ff.; *Tuengerthal/Rothenhöfer/Hennecke*, NZWiSt 2015, 445 ff. Hierzu und zu weiteren (jedoch knapperen) Stellungnahmen in der Literatur siehe 4. Kapitel C. II. 2. b).

die über verschiedene Gesetze verstreut sind. Dies führt dazu, dass sich der Bereich der illegalen Ausländerbeschäftigung nur schwer erschließen lässt.

Neben der zurückhaltenden Behandlung von Altfällen illegaler Ausländerbeschäftigung im Speziellen wird auch die allgemeine Frage nach dem in zeitlicher Hinsicht anwendbaren Recht bei Straftatbeständen, die auf ein Verhalten ohne (erforderliche) behördliche Genehmigung abstellen, nur in Ausschnitten in der Lehre erörtert. Angesichts der umfassenden Literatur zu sonstigen Fragen der behördlichen Genehmigung erstaunt es, dass zeitliche Implikationen in diesem Zusammenhang bislang nur eine geringe Rolle gespielt haben.[7] Diskutiert wurde etwa ausführlich – vornehmlich anhand des Umweltstrafrechts – die Stellung behördlicher Genehmigungen im Deliktsaufbau, insbesondere die Abgrenzung ihrer Einordnung als Tatbestands- oder Rechtfertigungselement[8], sowie die damit zusammenhängende Irrtumsproblematik.[9] Auch die Duldung[10] sowie der Gedanke des Rechtsmissbrauchs, d. h. der rechtsmissbräuchlich erlangten behördlichen Genehmigung[11], und deren Auswirkungen auf die Strafbarkeit wurden eingehend behandelt. Eine umfassende und vertiefte Behandlung des intertemporalen Strafrechts bei Strafgesetzen mit der Voraussetzung einer fehlenden behördlichen Genehmigung fehlt jedoch bislang in der Literatur. Die vorliegende Arbeit macht es sich zum Ziel, diese Lücke

---

7 Diese Frage behandeln in Grundzügen etwa *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik, S. 194 f., 229 ff.; *Schuster*, Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen, S. 238 ff. Zu weiteren Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur siehe die Ausführungen im 4. Kapitel.

8 Vgl. nur *Fortun*, Behördliche Genehmigung, S. 31 ff.; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 32 ff. StGB Rn. 61; *Paeffgen/Zabel*, in: NK, Vor §§ 32 ff. StGB Rn. 201; *Rönnau*, in: LK, Vor § 32 StGB Rn. 274; *Tiedemann/Kindhäuser*, NStZ 1988, 337, 342 f.; *Winkelbauer*, Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, S. 18 ff.; *ders*., NStZ 1988, 201, 202 ff.

9 *Matejko*, Irrtum über Verwaltungsnormen, dort insbesondere S. 56 ff., 131 ff., 182 ff., 207 ff.

10 Vgl. nur die Monographien von *Gentzcke*, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht; *Hallwaß*, Die behördliche Duldung als Unrechtsausschließungsgrund im Umweltstrafrecht; *Hüting*, Die Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht; *Malitz*, Zur behördlichen Duldung im Strafrecht, dort insbesondere S. 108 ff.; *Schmitz*, Verwaltungshandeln und Strafrecht, S. 82 ff.; ferner aus der Aufsatzliteratur *Alleweldt*, NuR 1992, 312 ff.; *Altenhain*, in: FS Weber, S. 441 ff.; *Dahs/Pape*, NStZ 1988, 393 ff.; *Rengier*, ZStW 101 (1989), 874, 905 ff.; *Rogall*, NJW 1995, 922 ff.; *Wasmuth/Koch*, NJW 1990, 2434, 2438 ff.

11 *Lenckner*, in: FS Pfeiffer, S. 27 ff.; *Mumberg*, Rechtsmißbrauch im Umweltstrafrecht; *Rengier*, ZStW 101 (1989), 874, 885 ff.; *Wohlers*, JZ 2001, 850 ff.

mit Hilfe der Darstellung von Altfällen illegaler Ausländerbeschäftigung zu schließen.

Nach der *Einleitung* sollen im *ersten Kapitel* zunächst die Grundlagen der illegalen Ausländerbeschäftigung einschließlich der relevanten Straftatbestände dargestellt werden. Die Aspekte der illegalen Ausländerbeschäftigung werden im Verlauf der weiteren Untersuchung immer wieder aufgegriffen. Im *zweiten Kapitel* wird das intertemporale Strafrecht im Allgemeinen, d. h. ohne die möglichen Eigenheiten im Zusammenhang mit behördlichen Genehmigungen, untersucht. Hierzu werden zunächst die Regelungsmechanismen des intertemporalen Strafrechts erörtert, um so die Grundlage für die schwerpunktmäßig zu behandelnden Fragen in Zusammenhang mit Strafgesetzen, die ein Handeln ohne behördliche Genehmigung voraussetzen, zu schaffen. Insbesondere wird der Frage nachgegangen, worin Sinn und Zweck des lex mitior-Grundsatzes liegen und welchen Voraussetzungen seine Anwendung unterliegt. Im Anschluss wird dargelegt, wann die Anwendung des § 2 Abs. 3 StGB durch die in § 2 Abs. 4 StGB enthaltene Regelung zu Zeitgesetzen ausgeschlossen sein kann. Auf supranationale Bezüge wird in diesem Kapitel ebenfalls eingegangen. Es folgt eine Betrachtung der behördlichen Genehmigung als Teil des verwaltungsakzessorischen Strafrechts im *dritten Kapitel*, bei der insbesondere die deliktskategorische Einordnung der behördlichen Genehmigung untersucht wird. Basierend auf den gefundenen Ergebnissen zu den allgemeinen Prinzipien des intertemporalen Strafrechts und der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts werden im *vierten Kapitel* die zwei eingangs dargestellten Fallgruppen samt ihren Unterfällen ausführlich behandelt. Im Anschluss wird im *fünften Kapitel* der Frage nachgegangen, wie die gefundenen Ergebnisse im Strafverfahren umzusetzen sind. Die Arbeit schließt mit einer *Zusammenfassung* der Untersuchung.

1. Kapitel: Illegale Ausländerbeschäftigung

Da unter „illegaler" Ausländerbeschäftigung die Beschäftigung eines Ausländers ohne die hierzu erforderliche Genehmigung zu verstehen ist[12], stellt diese Art der Beschäftigung einen Bereich dar, anhand dessen die Fragen des intertemporalen Strafrechts bei Strafgesetzen mit genehmigungsbedürftigem Verhalten betrachtet werden können. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, zunächst die Grundlagen der illegalen Ausländerbeschäftigung darzustellen und dann in den folgenden Kapiteln auf die eigentlichen zu untersuchenden Probleme einzugehen. Hierzu werden ein Überblick über Bedeutung, Begriff und Erscheinungsformen illegaler Ausländerbeschäftigung gegeben sowie die aufenthalts- und arbeitsgenehmigungsrechtlichen Erfordernisse für Drittstaatsangehörige und Unionsbürger geklärt. Im Anschluss werden überblicksartig die Straftatbestände der illegalen Ausländerbeschäftigung, auf die in der weiteren Untersuchung immer wieder eingegangen wird, dargestellt.

A. Bedeutung und Begriff illegaler Ausländerbeschäftigung

Es ist zu vermuten, dass in Vergangenheit wie Gegenwart eine Vielzahl ausländischer Arbeitnehmer illegal beschäftigt wurde bzw. wird. Genaue Zahlen existieren hierzu naturgemäß nicht; die beteiligten Unternehmen und Arbeitnehmer haben ein großes Interesse daran, die Aufdeckung der illegalen Ausländerbeschäftigung zu verhindern. So weist auch die Bundesregierung in ihren regelmäßigen Berichten über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung darauf hin, dass verlässliche Zahlen über den Umfang der illegalen Ausländerbeschäftigung nicht vorlägen.[13] Anhaltspunkte hinsichtlich des Umfangs der illegalen Ausländerbeschäftigung bieten die vom Zoll veröffentlichten Jahresstatistiken.[14] Diese erfassen zwar nicht nur die Fälle illegaler Ausländerbeschäftigung, son-

12 *Mosbacher*, in: Ignor/Mosbacher, Hdb. Arbeitsstrafrecht, § 4 Rn. 1.

13 Zuletzt im 13. Bericht v. 6. Juni 2017, abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de (zuletzt abgerufen am 15. August 2018).

14 Die Zollverwaltung, Jahresstatistik 2017, abrufbar unter www.zoll.de (zuletzt abgerufen am 15. August 2018).

dern auch die der Schwarzarbeit. Sie lassen gleichwohl einen erheblichen Umfang der illegalen Ausländerbeschäftigung vermuten, der die Zahl der aufgedeckten Fälle tatsächlich noch übersteigen wird. Nach der jüngsten Veröffentlichung des Zolls wurden zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung im Jahr 2016 104.494 Ermittlungsverfahren wegen Straftaten und 21.821 Ermittlungsverfahren wegen Ordnungswidrigkeiten, im Jahr 2017 107.903 Ermittlungsverfahren wegen Straftaten und 26.142 Ermittlungsverfahren wegen Ordnungswidrigkeiten eingeleitet.[15]

Bei einer illegalen, d. h. genehmigungslosen, Ausländerbeschäftigung geht es um solche Verstöße, die einerseits einen spezifisch beschäftigungsrechtlichen Bezug aufweisen. Gegenstand sind also – und damit wird das Element der illegalen *Beschäftigung* von Ausländern beschrieben – die Delikte, die die Beteiligten in ihrer Position als Arbeitsvertragsparteien erfassen.[16] Damit entfallen solche Verstöße, die nur zufällig in einem Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit stehen, wie etwa ein zu Lasten des Arbeitgebers begangener Diebstahl oder eine Beleidigung.[17] Andererseits – und damit wird dem Element der illegalen Beschäftigung von *Ausländern* Rechnung getragen – werden nur solche Delikte untersucht, die ausschließlich in Zusammenhang mit der Beschäftigung eines Ausländers relevant werden. Ausgegrenzt werden hierdurch solche Delikte, die ebenso anlässlich der Beschäftigung deutscher Staatsangehöriger einschlägig sein können, wie etwa steuer- und sozialversicherungsrechtliche Verstöße. Die relevanten Straftatbestände sind demzufolge die des Arbeitsgenehmigungsrechts (§§ 10, 10a, 11 SchwarzArbG i. V. m. §§ 404, 284 SGB III), des Arbeitnehmerüberlassungsrechts (§§ 15, 15a AÜG) und des Aufenthaltsrechts (§§ 95 ff. AufenthG).[18]

---

15 Die Zollverwaltung, Jahresstatistik 2017, S. 18 (Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung), abrufbar unter www.zoll.de (zuletzt abgerufen am 15. August 2018).

16 Vgl. *Achenbach*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 12. Teil, Kapitel 1 Rn. 2; *Gercke*, in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, Kapitel 1 Rn. 12; *Meyer*, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 10 Rn. 4.

17 So auch die enge Definition bei *Achenbach*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 12. Teil, Kapitel 1 Rn. 3; *Ignor/Mosbacher*, in: Ignor/Mosbacher, Hdb. Arbeitsstrafrecht, § 1 Rn. 7; weiter dagegen *Brüssow/Petri*, Arbeitsstrafrecht, Kapitel A. Rn. 6.

18 Weitere Strafvorschriften, die im Rahmen des Ausländerrechts Bedeutung erlangen können, sind etwa die §§ 84-86 AsylVfG, § 9 FreizügG/EU. Diese stellen jedoch nicht auf ein genehmigungsloses Verhalten ab und werden daher in dieser Arbeit nicht untersucht.

B. Erscheinungsformen illegaler Ausländerbeschäftigung

Eine illegale Ausländerbeschäftigung kann in ihrer „einfachsten" Form darin liegen, dass ein deutscher Arbeitgeber einen ausländischen Arbeitnehmer ohne Aufenthaltstitel bzw. Arbeitsgenehmigung-EU beschäftigt. Darüber hinaus kann eine illegale Ausländerbeschäftigung in Form der Scheinselbstständigkeit auftreten. Hier schließen ein deutsches Unternehmen und ein Unionsbürger einen Werk- oder Dienstvertrag ab, für deren Durchführung keine Arbeitsgenehmigung-EU erforderlich ist. Handelt es sich bei der als „selbstständig" bezeichneten Tätigkeit aber tatsächlich um ein Arbeitsverhältnis, so fehlt es an der erforderlichen Arbeitsgenehmigung-EU und es liegt eine illegale Ausländerbeschäftigung vor. Schließlich kann es auch Fälle geben, in denen ausländische Unternehmen ihre Arbeitnehmer in die Bundesrepublik zur Erfüllung von Werkverträgen mit deutschen Unternehmen entsenden. Liegen tatsächlich keine Werkverträge, sondern Arbeitnehmerüberlassungen vor, und besitzt das ausländische Unternehmen keine Verleiherlaubnis, so kommt es nach den §§ 10 Abs. 1, 9 Nr. 1 AÜG zur rückwirkenden Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem ausländischen Arbeitnehmer und dem deutschen Unternehmen. Auch in diesem Fall kann eine illegale Ausländerbeschäftigung gegeben sein, wenn ein erforderlicher Aufenthaltstitel bzw. eine Arbeitsgenehmigung-EU nicht vorliegt. Arbeitnehmerentsendungen werden vielfach genutzt, um eine tatsächlich vorliegende illegale Arbeitnehmerüberlassung zu verschleiern.[19] Grund hierfür ist insbesondere, dass Drittstaatsangehörige, also solche natürlichen Personen, die weder Bürger der EU[20] noch des EWR[21] sind, nach § 40 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG und – bis zum 30. Juni 2015 – kroatische Staatsangehörige nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGVO)[22] in der Bundesrepublik grundsätzlich nicht als Leiharbeitnehmer tätig werden dürfen. Für die als Entleiher und Verleiher beteiligten Unternehmen bieten die als Arbeitnehmerentsendung ge-

19 Vgl. *Richtarsky*, in: Wabnitz/Janovsky, Hdb. Wirtschafts- und SteuerstrafR, Kapitel 19 Rn. 188, 191.

20 Dies sind derzeit die folgenden Länder: Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ungarn, Vereinigtes Königreich, Zypern.

21 Island, Liechtenstein und Norwegen.

22 Verordnung über die Arbeitsgenehmigung für ausländische Arbeitnehmer v. 17. September 1998, BGBl. I, S. 2899, zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes v. 17. Juni 2013, BGBl. I, S. 1555.

tarnten Arbeitnehmerüberlassungen auch finanzielle Vorteile: Zum einen können die für die Arbeitnehmerüberlassung geltenden Grundsätze des „equal pay" und „equal treat" umgangen, zum anderen geringere Sozialversicherungsbeiträge gezahlt werden. Letztere sind bei einer echten Arbeitnehmerentsendung im Entsendestaat zu zahlen und fallen dort regelmäßig niedriger aus als in der Bundesrepublik.[23]

C. Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigungsrecht

Die zu untersuchenden Straftatbestände des Aufenthalts-, des Arbeitsgenehmigungs- und des Arbeitnehmerüberlassungsrechts setzen entweder einen illegalen Aufenthalt oder eine illegale Beschäftigung, d. h. eine Beschäftigung ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung-EU bzw. ohne erforderlichen Aufenthaltstitel, der die Ausübung dieser Beschäftigung erlaubt, voraus. Daher sollen im Folgenden die Grundzüge des Aufenthaltsgenehmigungs- und des Arbeitsgenehmigungsrechts dargestellt werden.

I. Aufenthaltsgenehmigungsrecht

1. Erfordernis eines Aufenthaltstitels

a) Grundsatz: Genehmigungserfordernis

§ 4 Abs. 1 S. 1 AufenthG bestimmt, dass Ausländer für die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet grundsätzlich einen Aufenthaltstitel benötigen. Hinsichtlich Einreise und Aufenthalt besteht also ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.[24] Ausländer ist nach § 2 Abs. 1 AufenthG jeder, der nicht Deutscher im Sinne des Art. 116 GG ist, also wer weder die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt noch als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.

---

23 Vgl. *Richtarsky*, in: Wabnitz/Janovsky, Hdb. Wirtschafts- und SteuerstrafR, Kapitel 19 Rn. 188.

24 OLG Bamberg v. 20. September 2005 – 2 Ss 35/05, juris Rn. 12; *Mosbacher*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 12. Teil, Kapitel 5 Rn. 105; *Brüssow/Petri*, Arbeitsstrafrecht, Kapitel D. Rn. 201.

b) Ausnahmen von dem Genehmigungserfordernis

§ 1 Abs. 2 AufenthG sieht Ausnahmen für den *persönlichen Anwendungsbereich* vor und schränkt damit auch den Anwendungsbereich derjenigen Strafvorschriften ein, die an einen illegalen Aufenthalt anknüpfen. Besonders praxisrelevant ist die Ausnahme nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG. Hiernach findet das Aufenthaltsgesetz keine Anwendung auf Ausländer, die vom Regelungsbereich des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU – FreizügG/EU)[25] erfasst werden, sofern nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

Bürger der EU und des EWR genießen nach europäischem Unionsrecht weitgehende Freizügigkeit. So haben nach Art. 20 Abs. 2 lit. a, 21 AEUV Unionsbürger unter anderem – vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen – das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Näheres regelt die RL 38/2004/EG[26] (EU-Freizügigkeitsrichtlinie), die in Deutschland durch das FreizügG/EU umgesetzt wird. Nach § 12 des FreizügG/EU gilt dieses auch für Staatsangehörige der EWR-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen sowie für deren Familienangehörige. Das nach Maßgabe dieses Gesetzes bestehende Recht auf Einreise und Aufenthalt, § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, ist dahingehend ausgeformt, dass Unions- und EWR-Bürger für eine Dauer von bis zu drei Monaten kein Visum für die Einreise und keinen Aufenthaltstitel für den Aufenthalt benötigen, § 2 Abs. 4 S. 1, Abs. 5 FreizügG/EU. Für die Einreise ist lediglich ein gültiger Pass oder Personalausweis notwendig, § 2 Abs. 5 FreizügG/EU. Familienangehörige von Unions- und EWR-Bürgern, die selbst keine Unions- oder EWR-Bürger sind, bedürfen hingegen nach § 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU – sofern keine Ausnahme nach S. 3 vorliegt – für die Einreise grundsätzlich eines Visums nach den Bestimmungen für Ausländer, für die das Aufenthaltsgesetz gilt.

Für Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedsstaaten gelten hinsichtlich des Aufenthaltsrechts keine Besonderheiten. Mit Inkrafttreten der jeweiligen Beitrittsverträge sind sie Unionsbürger und genießen als solche das Recht auf allgemeine Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV. Das danach garan-

---

25 Freizügigkeitsgesetz/EU v. 30. Juli 2004, BGBl. I, S. 1950, 1986, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 27. Juli 2015, BGBl. I, S. 1386.

26 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. EG L 158 v. 30. April 2004, S. 77.

tierte Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, hat auch durch die Beitrittsverträge und die dort geregelten Übergangsbestimmungen keine Einschränkungen erfahren.[27] So führen die Beitrittsakten jeweils in ihren Anhängen aus, dass die Bürger des Beitrittsstaats die volle Freizügigkeit gemäß Art. 45 und 56 AEUV genießen mit Ausnahme der in den nachfolgenden Ziffern aufgeführten Einschränkungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit. Bezüglich Einreise und Aufenthalt werden demgegenüber keine Einschränkungen durch die Beitrittsakten vorgenommen.[28]

Neben den Bürgern der EU und des EWR gibt es weitere Personengruppen, die von dem Erfordernis eines Aufenthaltstitels für Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet ausgenommen sind. So gelten für Staatsangehörige der Schweiz nach dem Freizügigkeitsabkommen EU-Schweiz[29] weitgehend die gleichen Freizügigkeitsregelungen wie für EWR-Bürger. Unter bestimmten Voraussetzungen nehmen auch türkische Arbeitnehmer an der europarechtlichen Freizügigkeit teil. Besondere Relevanz kommt hier den Art. 6 Abs. 1 und 7 des Assoziationsratsbeschlusses Nr. 1/80 (ARB 1/80)[30] zu, welche nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbare Wirkung haben.[31] Obwohl Art. 6 Abs. 1 und 7 ARB 1/80 nach ihrem Wortlaut lediglich beschäftigungsrechtliche Regelungen enthalten, geht der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sie zwangsläufig auch ein sogenanntes „assoziationsrechtliches Aufenthaltsrecht" dieser Personen in dem jeweiligen EU-Mitgliedstaat beinhalten, da andernfalls die in diesen Bestimmungen eingeräumten Arbeitsmarktzugangsrechte wirkungslos wären.[32] Erfüllen also türkische Staatsangehörige die in den Art. 6 Abs. 1 oder 7 ARB 1/80 genannten Voraussetzungen, genießen sie kraft suprana-

---

27 *Fehrenbacher*, ZAR 2004, 240, 242; *Solka*, ZAR 2008, 87.

28 Vgl. etwa Art. 18 i. V. m. Anhang V der Beitrittsakte Kroatiens, ABl. EU L 112 v. 24. April 2012, S. 67; Art. 20 i. V. m. Anhang VI der Beitrittsakte Bulgariens und Rumäniens, ABl. EU L 157 v. 21. Juni 2005, S. 104 (für Bulgarien), S. 138 (für Rumänien).

29 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedsstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABl. EG L 114 v. 30. April 2002, S. 6.

30 Beschluss 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei über die Entwicklung der Assoziation v. 19. September 1980. Vgl. hierzu die Allgemeinen Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei v. 26. November 2013 (AAH-ARB 1/80).

31 EuGH v. 20. September 1990 – C-192/89, Slg. 1990, I-3461.

32 Vgl. nur EuGH v. 20. September 1990 – C-192/89, Slg. 1990, I-3461 = NVwZ 1991, 255, 256; EuGH v. 11. November 2004 – C-467/02, Slg. 2004, I-10924 = EuZW

tionalen Assoziationsrechts ein Recht nicht nur auf Arbeit, sondern auch auf Aufenthalt.[33] Eine Aufenthaltsgenehmigung ist daher nur deklaratorischer Natur.[34]

Der Aufenthalt eines Ausländers, der um Asyl nachsucht, gilt nach § 55 Abs. 1 S. 1 AsylVfG kraft Gesetzes zur Durchführung des Asylverfahrens als gestattet, sog. Aufenthaltsgestattung.

Ferner ist die Anwendung des Aufenthaltsgesetzes auf Ausländer ausgeschlossen, die nach Maßgabe der §§ 18 bis 20 GVG nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen, § 1 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, sowie auf Ausländer, die nach Maßgabe völkerrechtlicher Verträge für den diplomatischen und konsularischen Verkehr und für die Tätigkeit internationaler Organisationen und Einrichtungen von Einwanderungsbeschränkungen, der Ausländermeldepflicht und dem Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit sind, § 1 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG.

Eine besonders praxisrelevante Ausnahme vom Erfordernis einer Aufenthaltsgenehmigung ist schließlich diejenige wegen eines Kurzaufenthalts. Nach Art. 1 Abs. 2 der EU-VisaVO[35] i. V. m. Art. 20 Abs. 1 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ)[36] benötigen Angehörige der in Anlage II aufgeführten Staaten (sog. „Positivstaatler“) für Kurzaufenthalte bis zu drei Monaten im Schengengebiet kein Visum. Nimmt ein Positivstaatler jedoch in der Bundesrepublik eine selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit auf, die nicht nach § 17 Abs. 2 AufenthVO[37] privilegiert ist, benötigt er einen Aufenthaltstitel, Art. 4 Abs. 3 EU-VisaVO i. V. m. § 17 Abs. 1 AufenthVO. Demgegenüber unterliegen Staatsangehöri-

---

2005, 122; EuGH v. 26. Oktober 2006 – C-4/05, Slg. 2006, I-10279 = NVwZ 2007, 187; EuGH v. 25. September 2008 – C-453/07, Slg. 2008, I-7301 = EuZW 2008, 756; ausführlich hierzu *Huber/Göbel-Zimmermann*, Rn. 1519 ff., 1586.

33 Vgl. Ziff. 2.6 AAH-ARB 1/80.

34 Vgl. Ziff. 2.6 AAH-ARB 1/80 und § 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 AufenthG.

35 Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates 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 Visumspflicht befreit sind v. 15. März 2001 (ABL EG L 81, S. 1), zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 1289/2013 v. 11. Dezember 2013 (ABL EU L 347, S. 743).

36 Schengen-Besitzstand-Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen v. 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (ABL EG L 239, S. 19).

37 Aufenthaltsverordnung v. 25. November 2004, BGBl. I, S. 2945, zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung v. 8. April 2015, BGBl. I, S. 599.

ge der in Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Anhang I der EU-VisaVO genannten Länder (sog. „Negativstaatler") stets, d. h. auch bei Kurzaufenthalten, der Visumspflicht.

2. Erteilung des Aufenthaltstitels

Für die Erteilung des Aufenthaltstitels sieht das Aufenthaltsgesetz in § 4 Abs. 1 S. 2 AufenthG fünf verschiedene Formen vor: das Visum, die Aufenthaltserlaubnis, die Blaue Karte EU, die Niederlassungserlaubnis und die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU. Das *Visum*, § 6 AufenthG, entscheidet über die Einreise bzw. den ersten Zugang zum Bundesgebiet. Es wird durch die vom Auswärtigen Amt ermächtigten Auslandsvertretungen erteilt, § 71 Abs. 2 AufenthG. Das Visum kann in Form des Schengen-Visums erteilt werden, welches für die Durchreise oder den Aufenthalt im Schengengebiet von bis zu drei Monaten gilt, jedoch nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt, § 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 AufenthG. Es kann auch als nationales Visum erteilt werden, § 6 Abs. 3 AufenthG, welches insbesondere der Einreise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder für Aufenthalte von mehr als drei Monaten Dauer dient. Die *Aufenthaltserlaubnis* ist ein befristeter Aufenthaltstitel, § 7 Abs. 1 S. 1 AufenthG, der zu bestimmten Aufenthaltszwecken erteilt wird, § 7 Abs. 1 S. 2 AufenthG. Einer der Aufenthaltszwecke ist die in den §§ 18 ff. AufenthG geregelte Erwerbstätigkeit. Die *Blaue Karte EU*, § 19a AufenthG, ist eine befristete Aufenthaltserlaubnis. Mit ihr wurde in Umsetzung der sog. Hochqualifizierten-Richtlinie ein neuer Aufenthaltstitel für Ausländer mit akademischem oder diesem gleichwertigen Qualifikationsniveau in das Aufenthaltsgesetz aufgenommen. Mit dieser Form des Aufenthaltstitels können Drittstaatsangehörige, die einen Hochschulabschluss oder eine vergleichbare Qualifikation besitzen, einen Aufenthaltstitel zum Zweck einer ihrer Qualifikation angemessenen Beschäftigung erhalten. Die *Niederlassungserlaubnis*, § 9 AufenthG, ist ein unbefristeter Aufenthaltstitel, der zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Drittstaatsangehörige haben einen Anspruch auf Erteilung der Niederlassungserlaubnis, wenn die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2, 3 AufenthG und die allgemeinen Vorgaben des § 5 AufenthG erfüllt sind. Der Niederlassungserlaubnis weitgehend gleichgestellt ist die *Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU*, § 9a AufenthG, die ebenfalls einen unbefristeten Aufenthaltstitel darstellt. Sie wird erteilt, wenn ein Drittstaatsangehöriger sich seit fünf Jahren mit Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhält, sein Lebensunterhalt und derjenige seiner Angehörigen, denen er Unterhalt zu leisten hat, durch feste und regelmäßige Einkünfte gesichert ist