

Die Strafbarkeit des erlaubnislosen Aufenthalts und der erlaubnislosen Einreise

RA Jan Lam, Bremen*

Mit einer gewissen Oberflächlichkeit werden in der Praxis von den Strafverfolgungsbehörden die ausländerrechtlichen Strafvorschriften angewandt. Dies trifft insbesondere für die Straftaten des »illegalen Aufenthalts« und der »illegalen Einreise« (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 AufenthG) zu.

Die Begrifflichkeit ist bereits irreführend, weil sie eine Einfachheit und Klarheit der Strafbarkeit suggeriert, die in Wirklichkeit nicht vorliegt. Präziser erscheint aus rechtlicher Sicht die Formulierung des »erlaubnislosen Aufenthalts« bzw. der »erlaubnislosen Einreise«. Das Problem bei den genannten Vorschriften liegt darin, dass gerade nicht jeder erlaubnislose Aufenthalt und nicht jede erlaubnislose Einreise zu einer Strafbarkeit führt. In diesem Beitrag sollen an praxisrelevanten Problembereichen Verteidigungsperspektiven aufgezeigt werden.

A. Strafbarkeit des erlaubnislosen Aufenthalts

I. Strafbarkeit bei Untertauchen trotz Duldungsgründen

Eine fehlende Strafbarkeit wegen erlaubnislosen Aufenthalts ist natürlich evident bei AusländerInnen, die zwar vollziehbar ausreisepflichtig, aber im Besitz einer Duldung sind. Denn diese AusländerInnen halten sich nicht »illegal« in Deutschland auf.

Problematisch wird es, wenn materiell-rechtliche Duldungsgründe vorliegen, aber keine Duldungsbescheinigung ausgestellt worden ist.

Lange Zeit gab es den eigentlich evident rechtswidrigen Zustand, dass die Strafgerichte auch AusländerInnen wegen »illegalen Aufenthalts« verurteilt hatten, die Anspruch auf eine Duldung gehabt hätten, denen aber rechtswidrig von der Behörde die Erteilung einer Duldung verweigert worden war. Erst durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) wurde diese unhaltbare Entscheidungspraxis beendet.¹

Dies ist auch relevant bei der Behandlung jener Fälle, in denen objektiv ein Duldungsgrund vorliegt, die betroffenen AusländerInnen sich jedoch nicht oder nicht mehr bei der zuständigen Ausländerbehörde gemeldet haben und untergetaucht sind. Es stellt sich die Frage, ob und wenn ja, inwiefern dies Konsequenzen für die Strafbarkeit hat.

Mit viel zu wenig gewürdigten Argumenten hatten das OLG Schleswig und das Landgericht München im Anschluss an die erwähnte Entscheidung des BVerfG entschieden, dass es für die Strafbarkeit des »illegalen Aufenthalts« allein auf die Frage des Vorliegens von Duldungsgründen ankommt.² Dieser Rechtsprechung zum alten Ausländergesetz (AuslG) setzte der BGH jedoch mit Urteil vom 6.10.2004, mit dem die erwähnte Entscheidung des LG

Münchens aufgehoben wurde, ein Ende.³ Der BGH argumentierte in dieser Entscheidung, dass die Duldung »nicht wirksam ausgesprochen werden« könne, wenn der Aufenthalt der AusländerInnen unbekannt sei. Die Duldung sei ein schriftlicher Verwaltungsakt und den AusländerInnen bekannt zu geben.⁴ § 92 Abs. 1 S. 1 AuslG a. F. spreche insoweit davon, dass der Ausländer/die Ausländerin »keine Duldung nach § 55 Abs. 1 [AuslG a. F.] besitzt«.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Rechtsprechung des BGH auch auf das mittlerweile geltende AufenthG Anwendung finden kann.

Der BGH selbst weist in seiner Entscheidung darauf hin, dass § 95 Abs. 1 S. 2 AufenthG als milderer Gesetz i. S. von § 2 StGB in Betracht kommt.⁵ Auch der BGH hat also offensichtlich die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass seine Auslegung des AuslG a. F. nicht auf das AufenthG übertragbar ist.

Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Rechtsprechung des BGH zum AuslG nicht auf das AufenthG übertragen werden.

Der Gesetzgeber hat durch die Neufassung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 3. Alt AufenthG Klarheit geschaffen. Es ist insoweit nicht mehr vom »Besitz einer Duldung« (und auch nicht vom Besitz einer Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung, vgl. § 60a Abs. 4 AufenthG) die Rede, sondern von der »Aussetzung der Abschiebung«. Im Gegensatz dazu wird in den durch das Zuwanderungsgesetz eingeführten Regelungen, bei denen es auf die Bescheinigung nach § 60a Abs. 4 AufenthG ankommt, ausdrücklich entweder von »Duldung« oder von »Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung« gesprochen.⁶ Auf die Erteilung einer Bescheinigung kommt es mit der neuen Regelung nicht mehr an. Damit ist die Argumentation des BGH für die neue Gesetzesregelung im AufenthG nicht anwendbar.

Folglich ist eine Kenntnis der Ausländerbehörde vom Aufenthalt des Ausländers/der Ausländerin nicht mehr entscheidend. Denn vollstreckungsrechtlich ist nur relevant, ob Aussetzungsgründe vorliegen oder nicht. Bescheinigungen über die Aussetzung können nur dann erteilt werden, wenn die Behörde sicher weiß, dass sich AusländerInnen im Widerspruch zu ihrer Ausreisepflicht im Inland aufhalten, da

* Jan Lam ist Fachanwalt für Strafrecht, er arbeitet in Bremen unter anderem auch mit den Tätigkeitsschwerpunkten Ausländer- und Asylrecht, Personenstands- und Eheschließungsrecht.

¹ BVerfG, Beschluss vom 6.3.2003 – 2 BvR 397/02 – NStZ 2003, 488, = ASYLMAGAZIN 4/2003, S. 39 f. Vgl. dazu auch die Anmerkung Pfaff, ZAR 2003, S. 148.

² OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 10.8.2004 – 1 Ss 87/04 – ASYLMAGAZIN 1–2/2005, S. 41 f.; LG München, Urteil vom 28.8.2003 – 384 Js 40661/03 – asyl.net, M4298.

³ BGH, Urteil vom 6.10.2004 – 1 StR 76/04 – StV 2005, S. 24 ff. = ASYLMAGAZIN 3/2005, S. 38 f.

⁴ BGH, Urteil vom 6.10.2004, a. a. O., StV 2005, S. 25, vgl. dazu Lam StV 2005, S. 464, 465.

⁵ BGH, Urteil vom 6.10.2004, a. a. O., StV 2005, S. 26, dort allerdings irrig als § 95 Abs. 1 Nr. 2 Zuwanderungsgesetz bezeichnet.

⁶ Vgl. z. B. § 58 Nr. 2 DVAufenthG; § 1 Nr. 3 BeschVerfV.

die Bescheinigung bei einem Aufenthalt außerhalb des Bundesgebietes erlischt.⁷

Dagegen kann die Abschiebung aber auch ausgesetzt werden, ohne dass die Behörde sichere Kenntnis vom Aufenthaltsort des Ausländers/ der Ausländerin hat. Aussetzung der Abschiebung bedeutet jedes Nichttätigwerden bei der Durchsetzung der Ausreisepflicht⁸; die Abschiebung stellt nach ganz herrschender Meinung keinen Verwaltungsakt sondern eine reine Vollstreckungsmaßnahme dar. Die Ausländerbehörde kann jedoch sehr wohl Maßnahmen zur Vorbereitung und Durchführung der Abschiebung treffen, ohne genaue Kenntnis des Aufenthaltsortes zu haben. So kann sie z. B. bei den konsularischen Heimatbehörden der AusländerInnen Passersatzpapiere beantragen. Sie kann des Weiteren gemäß § 50 Abs. 7 AufenthG AusländerInnen zur Festnahme ausschreiben lassen. Damit kann sie aber auch bei Nichtkenntnis des Aufenthaltsorts die Abschiebung aussetzen, indem sie von diesen oder ähnlichen Maßnahmen absieht. Vollstreckungsrechtlich kommt es von daher gerade nicht auf eine Kenntnis des Aufenthaltsortes durch die Behörde an.

Offenbar ohne dieses Problem zu sehen, hat das OLG Frankfurt/M. die Übertragbarkeit der Entscheidung des BGH angenommen.⁹ Da das OLG sich mit diesem Problem nicht beschäftigt hat, und es sich um ein obiter dictum handelt, entfaltet diese Äußerung jedoch keine Bindungswirkung.

Im Ergebnis kommt eine Strafbarkeit wegen »illegalen Aufenthalts« also nicht in Betracht, wenn eine Duldung erteilt wurde oder von der Ausländerbehörde die Erteilung der Duldung trotz eines Anspruchs darauf rechtswidrig verweigert wurde. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt ferner keine Strafbarkeit wegen »illegalen Aufenthalts« bei einem Untertauchen vor, sofern ein Duldungsanspruch besteht, da die frühere Rechtsprechung des BGH seit Inkrafttreten des AufenthG insoweit nicht mehr anwendbar ist.

II. Die Zumutbarkeit der Ausreise

Weiterhin wird hinsichtlich der Strafbarkeit des erlaubnislosen Aufenthalts gerne übersehen, dass hierfür weitere besondere Voraussetzungen vorliegen müssen. Der Verstoß gegen § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG stellt nämlich ein echtes Unterlassensdelikt dar.¹⁰ In der Tat ist das »Sich Aufhalten« faktisch keine Tätigkeit; Verhalten umfasst sowohl ein Tun als auch Unterlassen. Strafbar ist das pflichtwidrige Unterlassen der rechtlich gebotenen Ausreise aus dem Bundesgebiet.

Bei echten Unterlassensdelikten ist jedoch stets zu prüfen, ob die gebotene Handlung, deren Unterlassen strafbewehrt sein soll, den Beschuldigten auch zumutbar ist. Deswegen muss im Rahmen des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG immer geprüft werden, ob die Ausreise rechtlich zumutbar ist.¹¹

In der bereits zitierten Entscheidung zur Rechtslage nach dem früheren AusIG hat der BGH in einem obiter dictum zwar dazu ausgeführt:

»Einem untergetauchten Ausländer, dessen Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist, ist es in der Regel ohne Weiteres zuzumuten, seinen Aufenthaltsort zu offenbaren, damit die Behörde die Duldung erteilen kann.«¹²

Grundlage des Fehlverständnisses des BGH ist in dieser Entscheidung, dass die »Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts nur eintritt, wenn der Ausländer pflichtwidrig den rechtswidrigen Zustand seines illegalen Aufenthalts nicht beseitigt«.

Diese tautologische Vorstellung (der illegale Aufenthalt ist strafbar, wenn der Ausländer/ die Ausländerin die Illegalität nicht beseitigt) geht allerdings sowohl am Tatbestand als auch am Wesen des echten Unterlassensdelikts vorbei. Strafbar ist nicht das Unterlassen der Offenbarung des Aufenthaltsortes, sondern nur das Unterlassen der Ausreise aus dem Bundesgebiet.

Es ist anerkanntes Prüfungsmerkmal beim echten Unterlassensdelikt, die Zumutbarkeit der geforderten Handlung zu prüfen, und nicht die Zumutbarkeit anderer Handlungen.

Der (im Kern bloß moralisierende) Hinweis, dass den Beschuldigten doch das »normgerechte Verhalten« zumutbar sei, geht daher fehl.¹³ Es kommt beim echten Unterlassensdelikt auf die Zumutbarkeit der Ausreise, und nicht »des normgerechten Verhaltens« an.

Die entsprechenden Ausführungen des BGH unterliegen keinerlei Bindungswirkung, da sie nur als obiter dictum verfasst sind; sie beziehen sich darüber hinaus auch nicht auf das AufenthG, und stehen in eklatantem Widerspruch zur eigenen Rechtsprechung zum echten Unterlassensdelikt.

Man wird deswegen z. B. in Fällen, in denen Beschuldigte an einer Krankheit leiden, die durch die Ausreise gravierend verschlimmert werden würde, oder ihrer Pflicht der Personensorge und des Naturalunterhalts für in Deutschland aufhältige Kinder nachkommen¹⁴ auch dann eine Strafbarkeit wegen »illegalen Aufenthalts« nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG verneinen müssen, wenn sich die Beschuldigten nicht bei der Ausländerbehörde gemeldet haben.

⁷ § 60 a Abs. 5 S. 1 AufenthG entspricht insoweit § 56 Abs. 4 AusIG. Daher kann eine Duldungsbescheinigung auch nicht vom Ausland aus als Visum beantragt werden.

⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 21.3.2000 – 1 C 23.99 – BVerwGE 111, 62, 64.

⁹ OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 12.3.2009 – 3 Ss 71/09, NStZ-RR 2009 –, S. 258 (asyl.net, M15710).

¹⁰ BGH, Urteil vom 6.10.2004, a. a. O., StV 2005, 24 (26), OLG Karlsruhe, Die Justiz 1986, 469; OLG Frankfurt 1988, 301; KG StV 1999, 95, KG, 23.9.2001 – (3) Ss 198/01 (80/01) – NStZ-RR 2002, 220; Mosbacher, NStZ 2003, 489; vgl. zur älteren Rechtsprechung und Kritik daran Lam StV 2005, 464.

¹¹ Vgl. Mosbacher, NStZ 2003, 490; ders. in Ignor/Rixen: Hdb. ArbeitsstrafR, Rn. 409, 421 ff. m. w. N.; Lam StV 2005, 465.

¹² BGH, Urteil vom 6.10.2004, a. a. O., StV 2005, S. 26.

¹³ So aber MüKo StGB Gericke Rn. 26 zu § 95 AufenthG.

¹⁴ Vgl. dazu die unten dargestellte Entscheidung LG Hamburg vom 29.7.2009 – 704 Ns 66/09 –, StV 2010, S. 253.

III. Weitere Fallkonstellationen

Wie sind aber die Fälle zu entscheiden, in denen AusländerInnen Duldungsbescheinigungen nach dem Ablauf ihrer Gültigkeit einerseits nicht verlängert haben, andererseits auch nicht untergetaucht sind und keine aktive Verschleierung ihres Aufenthalts betrieben haben?

Die Rechtsprechung hat diese Fälle noch nicht entschieden. Bei richtiger Anwendung der Grundsätze der Rechtsprechung des BVerfG¹⁵ kommt eine Strafbarkeit wegen § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht in Betracht.

Anders als bei Aufenthaltserlaubnissen ist die Verlängerung einer Duldung von Amts wegen vorzunehmen, solange ihre Voraussetzungen vorliegen. Wenn die Ausländerbehörde möchte, dass zur Verlängerung dieser Bescheinigung (die sie ansonsten auch auf dem Postwege betreiben kann) AusländerInnen bei der Behörde vorsprechen, muss sie sie dazu auffordern, gegebenenfalls nach § 49 Abs. 2 AufenthG.

Wenn die Behörde dies nicht macht, aber auch pflichtwidrig die Duldungsbescheinigung nicht verlängert, dann stellt das ebenso ein willkürliches Verhalten dar, wie in den vom BVerfG entschiedenen Fällen.

Ähnlich wird man auch Fälle behandeln müssen, in denen die Erteilung der Duldung nicht an der Ausländerbehörde scheitert, sondern am willkürlichen Verhalten anderer Behörden, z. B. wenn das Jugendamt sich rechtswidrig weigert, die Vaterschaftsanerkennung des ausländischen Vaters eines deutschen Kindes aufzunehmen, oder das Standesamt sich unbegründet weigert, einen Termin zur Eheschließung anzuberaumen. Unabhängig davon, dass in diesen Fällen ohnehin meist auch ein Duldungsanspruch anzunehmen ist, kann jedenfalls eine Strafbarkeit wegen »illegalem Aufenthalt« nicht angenommen werden, weil es nicht von einem willkürlichen Verhalten der Behörde abhängen darf, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht.¹⁶

Ebenso sind auch die Zeiträume zu behandeln, in denen AusländerInnen um einstweiligen Rechtsschutz gegen die Abschiebung vor dem Verwaltungsgericht nachgesucht haben.¹⁷

IV. Beihilfe

In einer Reihe von Entscheidungen wurde die Strafbarkeit der Beihilfe¹⁸ zum erlaubnislosen Aufenthalt verneint, wenn AusländerInnen auch ohne die Hilfeleistung der Beschuldigten zur Fortsetzung des erlaubnislosen Aufenthalts entschlossen waren.¹⁹ Diese Rechtsprechung ist durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedauerlicherweise mittlerweile überholt.²⁰ Der Bundesgerichtshof hat mit Verweis auf die allgemeinen Grundsätze des Beihilferechts darauf hingewiesen, dass es keine Voraussetzung der Strafbarkeit ist, dass die Beihilfehandlung auch kausal für den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges wird.

Dennoch stellt nicht jede Unterstützung des erlaubnislosen Aufenthalts von AusländerInnen eine Straftat dar, was von manchen Staatsanwaltschaften verkannt wird. Es ist

nämlich in diesen Fällen eine besonders strenge Prüfung der Sozialadäquanz vorzunehmen. So hat das Landgericht Landshut 2008 zutreffend ausgeführt:²¹

»Würde man das sozialadäquate Verhalten des bloßen Zusammenlebens mit einem Ausländer als strafbare Förderung seines illegalen Aufenthalts ansehen, müsste man auch alle sonstigen Handlungen, die seinen Aufenthalt in Deutschland fördern als strafbare Beihilfe auffassen. Hierunter würden dann auch Geldgeschenke, der Verkauf von Lebensmitteln oder anderen notwendigen Gebrauchsgütern, die Entgegennahme entgeltlicher Dienstleistungen oder auch nur die menschliche Zuwendung im Rahmen eines Gesprächs fallen.«

Weiterhin bleibt es auch nach der Rechtsprechung des BGH dabei, dass bei rein psychischer Beihilfe bei fest entschlossenen HaupttäterInnen die Strafbarkeit besonders sorgfältiger Prüfung bedarf.²² Wenn die Unterstützung also nicht in materiellen Hilfeleistungen, sondern eher in emotionaler Bestärkung zu sehen ist, liegt eine Strafbarkeit dann nicht vor, wenn die AusländerInnen auch ohne diese Bestärkung auf jeden Fall im Inland verbleiben wollten. Der BGH hat zutreffend auch erwogen, dass eine Straffreiheit in den Fällen naheliegt, in denen HelferInnen den erlaubnislosen aufhältigen AusländerInnen eine Unterbringung in menschenunwürdigen Verhältnissen ersparen wollen.²³ Wenn man glaubhaft vortragen kann, dass der Ausländer/ die Ausländerin ohne die Hilfeleistungen solch menschenunwürdigen Bedingungen ausgesetzt worden wäre, und dass die Hilfe das Ziel hatte, diese Bedingungen zu verhindern, hat man gute Chancen z. B. eine Einstellung des Verfahrens zu erreichen.

B. Strafbarkeit der erlaubnislosen Einreise

I. Strafausschließungsgrund

Besondere Beachtung verdient eine Entscheidung des Landgerichts Hamburg zum Vorwurf der »illegalen Einreise«.²⁴ Der Beschuldigte war aus Ghana ohne Visum eingereist, um

¹⁵ Siehe oben Fn. 1.

¹⁶ Siehe oben Fn. 1.

¹⁷ VerfGH Berlin, Beschluss vom 31.1.2003 – 34/00 –, NStZ-RR 2003, 181 (asyl.net, M3882); AG Tiergarten, AuAS 2009, S. 31.

¹⁸ Gemäß § 27 StGB macht sich jemand als Gehilfe strafbar, der vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat (Beihilfe).

¹⁹ BayObLG NStZ 99, S. 627; NJW 2002, S. 1663; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.8.2001 – 2a Ss 149/01 – 46/01 II –, StV 2002, S. 312; KG, 9.9.2005 – (3) 1 Ss 229/05 (63/05) –, NStZ 2006, 530.

²⁰ BGH, Beschluss vom 2.9.2009 – 5 StR 266/09 –, BGHSt 54, S. 140 ff. (asyl.net, M16158).

²¹ LG Landshut, 24.6.2008 – 4 Qs 196/08 –, NStZ-RR 2009, S. 61.

²² BGH, Beschluss vom 2.9.2009, a. a. Ö., BGHSt 54, S. 140 ff.; BGH, 18.8.2000 – 5 StR 624/99 –, BGHSt 46, 107 ff.; KG, Beschluss vom 21.9.2005 – (4) 1 Ss 421/04 (191/04) –, NStZ 2006, 530.

²³ BGH NJW 1990, S. 2207; BGH, Beschluss vom 2.9.2009, a. a. Ö., BGHSt 54, 140.

²⁴ LG Hamburg, StV 2010, S. 253, vgl. auch LG Hamburg: Beschluss vom 19.7.2010 – 621 Qs 40/10 – asyl.net, M17310; LG Frankfurt, Beschluss vom 6.5.2011 – 998 Cs 112 Js 4576/11 – asyl.net, M18541.

mit seiner Lebensgefährtin und den gemeinsamen Kindern zusammenzuleben. Er hatte sich schon mehrere Male illegal in Deutschland aufgehalten und keine Versuche unternommen, von Ghana aus mit einem Visum erlaubt einzureisen. Das Landgericht hat hierzu festgestellt:

»Es besteht insoweit ein ungeschriebener Strafausschließungsgrund. [...]

Art. 6 Abs. 2 Nr. 1 GG beinhaltet zum einen die Pflicht der Eltern ihren Kindern gegenüber, sie zu pflegen und zu erziehen und zum anderen das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern. [...] Bedarf aber das Kind solcher Unterstützung durch seine Eltern und ist deshalb die Elternverantwortung allein dem Wohle des Kindes geschuldet, dann hat das Kind auch einen Anspruch darauf, dass zuvörderst seine Eltern Sorge für es tragen und ein Recht darauf, dass seine Eltern der mit ihrem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflicht auch nachkommen. Dieses Recht des Kindes findet insofern in der elterlichen Verantwortung seinen Grund und wird damit von Art. 6 Abs. 2 Ziff. 1 GG geschützt. [...] Die persönliche Beziehung zu seinen Eltern, ihre Pflege, Hilfe wie Zuwendung tragen wesentlich dazu bei, dass sich das Kind zu einer Persönlichkeit entwickeln kann, die sich um ihrer selbst willen geachtet weiß und sich selbst wie andere zu achten lernt [...].

In Wahrnehmung der dem Staat in Art. 6 Abs. 2 Ziff. 2 GG zugewiesenen Aufgabe darüber zu wachen, dass die Elternverantwortung zum Wohle des Kindes ausgeübt wird, wozu als gewichtige Voraussetzung der elterliche Kontakt mit dem Kind gehört, hat der Gesetzgeber deshalb in § 1684 Abs. 1 BGB die Eltern zum Umgang mit ihrem Kind verpflichtet und damit angemahnt, dass sie ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind nachkommen. Dabei hat er gleichzeitig dem Kind ein Recht auf Umgang mit seinen Eltern eingeräumt und damit das Recht des Kindes aus Art. 6 Abs. 2 Ziff. 1 GG auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern in diesem Punkt konkretisiert (Urteil des BVerfG vom 1.4.2008 in NJW 2008, 1287 ff.).

Die vom BVerfG angeführten Grundgedanken gelten auch im vorliegenden Fall. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass, würde man den Angeklagten darauf verweisen, nach erfolgter dritter Abschiebung aus Ghana eine legale Einreise zu bewirken, dies lange Zeit in Anspruch nehmen würde. Der Angeklagte müsste ein Visumverfahren in Gang setzen, dessen zeitlicher Ausgang ungewiss ist. Hinzu kommt, dass hohe Abschiebungskosten entstanden sind, die sich durch eine dritte Abschiebung weiter erhöhen würden. Der Angeklagte hätte aller Voraussicht nach einen großen Teil der Abschiebekosten zunächst zu erstatten, bevor er erneut nach Deutschland kommen dürfte.

Dies ist unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse in Ghana und des dem Angeklagten zur Verfügung stehenden Einkommens ein Prozess der lange Zeit in Anspruch nehmen wird. Während dieser Zeit haben die in Deutschland lebenden Kinder des Angeklagten einen nur sehr eingeschränkten Umgang mit ihrem Vater. Der Lebensgefährtin des Angeklagten, die eine Niederlassungserlaubnis für Deutschland hat, ist es nicht zuzumuten, mit den Kindern nach Ghana umzusiedeln, um dort gemeinsam mit dem Angeklagten die elterliche Sorge auszuüben.«

Die vom LG Hamburg angewandten Grundsätze sind nur als konsequent zu betrachten, wenn man sich vor Augen hält, dass das Verwaltungsgericht Hamburg aus eben den-

selben Gesichtspunkten die Abschiebung des Beschuldigten untersagt hatte. Es wäre seltsam widersprüchlich gewesen, im Strafverfahren nunmehr einen anderen Bewertungsmaßstab heranzuziehen.

II. Einreise von Asylsuchenden über sichere Drittstaaten

Immer wieder muss man von Kriminalisierung von Asylsuchenden hören, die über einen Drittstaat visumsfrei eingereist sind und anschließend mit Strafverfahren nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG überzogen werden. Zutreffend hat hierzu das OLG Nürnberg ausgeführt²⁵:

»Nach Art. 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention wird keine Strafe gegen Flüchtlinge verhängt, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit i. S. v. Art. 1 bedroht werden und die ohne Erlaubnis in das Gebiet der vertragschließenden Staaten einreisen, wenn sie sich unverzüglich bei den Behörden melden. Im angefochtenen Urteil wird unmittelbare Einreise aus einem Verfolungsgebiet deswegen abgelehnt, weil bei der Einreise auf dem Landweg »denknotwendig sichere Staaten durchfahren« wurden. Dies hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

Unmittelbare Einreise aus einem Verfolgerland liegt auch bei Einreise direkt aus einem sicheren, freien Drittland vor, wenn dieses nur auf der Durchreise berührt wurde und kein verschuldeter verzögerter Aufenthalt in diesem sicheren Drittland vorgenommen wurde.«

Der Auffassung des OLG Nürnberg ist zuzustimmen; alles andere wäre mit dem Sinn von Art. 31 GFK nicht vereinbar; der Regelungsgehalt der GFK ist auch nicht durch die Einführung der Drittstaatenklausel in Art. 16a Abs. 2 GG verändert worden.²⁶

III. Einreise ohne Ausreise?

Eine in der Praxis nicht seltene Konstellation betrifft langjährig Geduldete, die die Grenze in das europäische Ausland überschreiten, etwa mit einem Busausflug nach Paris. Wenn diese AusflüglerInnen bei oder gelegentlich ihrer Wiedereinreise aufgegriffen werden, haben sie mit Strafverfahren wegen »illegaler Einreise« zu rechnen.

Es stellt sich die Frage, ob diese AusländerInnen überhaupt ausgereist sind. Denn gemäß § 50 Abs. 4 AufenthG kommen ausreisepflichtige AusländerInnen durch die Einreise in einen Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaften ihrer Ausreisepflicht nur nach, wenn ihnen dort Einreise und Aufenthalt erlaubt sind.

Das mittlerweile aufgelöste BayObLG hatte diese Frage zum früheren Ausländergesetz verneint.²⁷ Zur Begründung führte es aus:

²⁵ OLG Nürnberg, Beschluss vom 21.10.2009 – 1 St OLG Ss 191/09 –, asyl.net, M16469; ähnlich OLG Düsseldorf, StV 2009, 138, AG Tiergarten, Urteil vom 15.4.2011 – (405 Ds) 14 JU Js 2100/09 (215/10) Jug –, asyl.net, M18540.

²⁶ A. a. OLG Köln, 21.10.2003, NStZ-RR 2004, 24.

²⁷ BayObLG, 23.9.2004 – 4 StRR 113/04 –, NStZ-RR 2005, S. 20.

»Demgegenüber findet die Meinung der Revision, der Angekl. sei i.S. des § 56 IV AuslG nicht ausgereist, weil er seiner Ausreisepflicht nicht genügt habe, weder im Wortlaut noch im Sinn der Bestimmung des § 56 IV AuslG eine Stütze. So stellt deren Wortlaut nicht darauf ab, ob der ausreisende Angekl. in sein Heimatland oder in einen Drittstaat ausreist. Sie enthält auch keinen Verweis auf § 42 IV AuslG.«

Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Das AufenthG hat einen einheitlichen Ausreisebegriff; wer seiner Ausreisepflicht nicht nachgekommen ist, kann auch nicht ausgereist sein. Auch das Bestimmtheitsgebot im Strafrecht steht einer rein ergebnisorientierten Auslegung entgegen.

Die Konstruktion einer Strafbarkeit führt auch zu einem widersinnigen Pflichtenprogramm für AusländerInnen. AusländerInnen, die sich ordnungsgemäß bei dem europäischen Nachbarland melden, werden dann umgehend in das Bundesgebiet zurückgeschoben. Eine Zurückschiebung stellt keine rechtswidrige Einreise dar.²⁸ Das Ergebnis ist dasselbe, nur mit mehr Kosten und einer Freiheitsentziehung zu Lasten der AusländerInnen. Damit ist es ihm im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kaum zuzumuten, diese Freiheitsentziehung zu erdulden. Denn durch die Rückkehr in das Bundesgebiet machen die AusländerInnen nichts anderes als sich in den für sie ausländerrechtlich zuständigen Staat zu begeben.

IV. Visumsfreie Einreise für Türken

Besonderer Aufmerksamkeit bedarf der Vorwurf der strafbaren Einreise bei türkischen Staatsangehörigen. Denn hier stellt sich die Frage, ob diese AusländerInnen nicht in Wahrnehmung aktiver oder passiver Dienstleistungsfreiheit erlaubt eingereist sind, so dass ein strafbares Verhalten bereits deshalb nicht in Betracht kommt.

Im Zuge der Soysal-Entscheidung des EuGH²⁹, und der ihr folgenden Entscheidungen der nationalen Gerichte ist darauf hingewiesen worden, dass nach Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen EWG/Türkei die Vertragsparteien vereinbart haben, keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einzuführen.

Dies hat zu Freisprüchen visumslos eingereister türkischer Staatsangehöriger geführt.³⁰ So führt das AG Hannover aus:

»Der Angeklagte hat über seinen Verteidiger eingewendet, dass türkische Staatsangehörige bis zur Dauer von drei Monaten visumsfrei in die EU-Staaten unter anderem auch zu touristischen Zwecken einreisen dürfen. Dies ergebe sich aus der sogenannten »Soysal-Entscheidung« des EuGH vom 19.2.2009 (Rs. C-228/06). Diese Entscheidung sei zwar formal nur zur Frage der sogenannten aktiven Dienstleistungsfreiheit von türkischen Staatsangehörigen (die in einem EU-Staat Dienstleistungen erbringen wollen) ergangen, gelte aber auch für die passive Dienstleistungsfreiheit, also für die Fälle, in denen z. B. Touristen Dienstleistungen in einem EU-Land in Anspruch nehmen: Eine Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Dienstleistungsfreiheit sei willkürlich und in der Praxis kaum möglich, da die eine nicht ohne die andere denkbar sei. Dies

sei auch in mehreren Fällen von der Rechtsprechung so entschieden worden und in der Literatur so anerkannt.

Das Gericht tritt dieser Auffassung des Verteidigers aus den oben genannten Gründen grundsätzlich bei. Da der Angeklagte sich unwiderlegbar dahingehend eingelassen hat, erst wenige Tage vor seiner Festnahme am Flughafen Hannover am 28.11.2010 nach Deutschland unter anderem zu touristischen Zwecken eingereist zu sein (etwas anderes wird ihm auch in der Anklage nicht zur Last gelegt), läge dann bereits der objektive Tatbestand des unerlaubten Aufenthalts im Bundesgebiet nicht vor, weshalb der Angeklagte aus rechtlichen Gründen freizusprechen wäre.

Letztlich kommt es aber hierauf zur Überzeugung des Gerichts nicht an, da der Angeklagte bei seiner Einreise jedenfalls irrtumsbedingt nicht erkennen konnte und musste, dass sein Verhalten möglicherweise strafbar sein könnte. Da diese Frage schon von deutschen Juristen nicht eindeutig mit Ja oder Nein beantwortet werden kann (siehe oben), kann von einem rechts- und sprachunkundigen türkischen Staatsangehörigen erst recht nicht verlangt werden, dass er die mögliche Strafbarkeit seines Tuns erkennt bzw. erkennen müsste.«

Wichtig, wie bei allen erwähnten Problemen, ist der Umstand, dass im Strafverfahren die Beweislast bei der Anklage liegt. Gegebenenfalls muss vor Gericht der zweifelsfreie Beweis geführt werden, dass türkische Staatsangehörige zu anderen als Dienstleistungszwecken in das Bundesgebiet gereist ist, oder dass sie sich schon länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten.

V. Pflichtverteidigerbeordnung

In der Praxis werden viele AusländerInnen ernsthafte Probleme haben, die oben genannten Rechtsfragen ohne anwaltlichen Beistand gegenüber den Gerichten zu erörtern; zugleich verfügen sie fast immer über nicht genügende Barmittel, um auf eigene Kosten einen Anwalt/ eine Anwältin zu beauftragen.

Da Prozesskostenhilfe in Strafverfahren nicht gewährt wird, stellt sich die Frage, ob der Ausländer in den genannten Konstellationen Anspruch auf einen Pflichtverteidiger/ eine Pflichtverteidigerin hat.

Prinzipiell soll bei sprachunkundigen AusländerInnen auch bei Anwesenheit von DolmetscherInnen regelmäßig ein Pflichtverteidiger/ eine Pflichtverteidigerin bestellt werden.³¹ Die Praxis der Amtsgerichte unterläuft diese Regel leider regelmäßig. Man muss konstatieren, dass in vielen Fällen AmtsrichterInnen das Wohl der öffentlichen Kassen über die Fürsorge für die Angeklagten stellen und sich sperren, AusländerInnen einen Pflichtverteidiger/ eine Pflichtverteidigerin beizuordnen.

²⁸ LG Duisburg, 28.7.2008 – 69 QS 13/08 –, InfAuslR 2009, S. 169 (asyl.net, M16552).

²⁹ EuGH, Urteil vom 19.2.2009 – Soysal, C-228/06 – ASYLMAGAZIN 4/2009, S. 26 ff.

³⁰ AG Erding, 29.4.2009 – 5 Cs 35 Js 28732/08 –, InfAuslR 2009, S. 268 (asyl.net, M15722); AG Hannover, Urteil vom 7.1.2011 – 286 Ds 7911 Js 100048/10 (123/10) –, asyl.net, M18084.

³¹ Meyer-Goßner, Rn. 30 a zu § 140 StPO, BGHSt 46, 178; OLG Stuttgart Justiz 94, 245.

Allerdings verstärkt sich die Regel zum Anspruch, wenn zusätzlich zur Sprachschwierigkeit eine Schwierigkeit der Rechtslage hinzukommt.³² Die Rechtsprechung hat in einer Reihe von Entscheidungen bei Fragen des Ausländerstrafrechts die Schwierigkeit der Rechtslage anerkannt.³³

Weitere Argumente, die in diesen Fällen für eine Pflichtverteidigung sprechen können, sind die Notwendigkeit für die Verteidigung, die Ausländerakten zu studieren, sowie die Gefahr einer Ausweisung im Falle der Verurteilung.

C. Fazit

Ein Reihe von Strafverfahren wegen Verstoßes gegen § 95 Abs. 1 S. 2 und 3 AufenthG bieten Erfolg versprechende Aussichten, sich gegen entsprechende Anschuldigungen zu verteidigen und eine Einstellung oder einen Freispruch zu erreichen. Entlastende Umstände für die betroffenen AusländerInnen werden von den Amtsgerichten und Staatsanwaltschaften wegen mangelnder ausländerrechtlicher Kenntnisse oft übersehen.

Für Beratungsstellen lohnt es sich, in der Beratungssituation auf entsprechende Konstellationen zu achten und gegebenenfalls die KlientInnen an qualifizierte RechtsanwältInnen weiterzuvermitteln, die bereit sind, auf Pflichtverteidigungsbasis diese Fälle zu verteidigen.

»Trendwende« in Afghanistan?

RA Dominik Bender, Frankfurt a.M.*

Das Verwaltungsgericht Gießen hat in einem Urteil vom 20.6.2011¹ unter Aufrechterhaltung seiner bisherigen Rechtsprechung² festgestellt, dass in Afghanistan ein innerstaatlicher bewaffneter Konflikt herrscht und für einen Flüchtling wegen der deshalb bestehenden individuellen Gefahr durch willkürliche Gewalt ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 S. 2 AufenthG (subsidiärer Schutz) festgestellt. Das Gericht leistet mit dieser Entscheidung einen wichtigen Beitrag zur Klärung der Frage, welche Bedeutung dem Lagebericht des Auswärtigen Amtes zu Afghanistan vom 9. Februar 2011³ für die Beurteilung der dortigen Gefahrenlage im asylverfahrensrechtlichen Sinne zukommt.

Dass sich diese Frage stellt, liegt daran, dass sich unter einer Reihe von Gesichtspunkten eine Kehrtwende der Lageeinschätzung durch das Auswärtige Amt vollzogen hat, die im neuen Lagebericht zum Ausdruck kommt. So zeigt der Vergleich des neuen Lageberichts mit dem vorhergehenden Lagebericht vom 27.7.2010 eine Reihe von Wertungsänderungen zum Positiven und Streichungen von pessimistischen Einschätzungen auf.⁴ Zudem treten an die Stelle einer nüchternen Bestandsaufnahme an zahlreichen Stellen des neuen Lageberichtes politische Stimmungsbilder und Spekulationen (»mehren sich die Anzeichen für eine Trendwende«, S. 13; »eine positive Grundstimmung bestimm[t] das Bild aber nicht minder«, S. 14; »Die Sicherheitslage [gibt] Anlass zu vorsichtigem Optimismus«, S. 17) und Leerformeln (»Die weitere Entwicklung im Jahr 2011 wird zeigen, ob sich tatsächlich eine Trendwende einstellt, S. 15.«).

Hintergrund der Kehrtwende könnte sein, dass die inhaltliche Neuausrichtung des Lageberichtes in den Zeitraum fällt, in dem die Bundesregierung dem Deutschen Bundestag zur Vorbereitung der Bundestagsabstimmung über die Verlängerung des Afghanistan-Mandats den sog. Fortschrittsbericht Afghanistan vorgelegt hat. Ein solches Dokument war von den Parlamentariern angemahnt worden, um über eine bessere Entscheidungsgrundlage für die Verlängerung des Mandats für den Einsatz der Bundeswehr am Hindukusch zu verfügen.

Der »Fortschrittsbericht Afghanistan« ist am 13.12.2010 dem Bundestag vorgelegt und auch im Internet veröffentlicht worden⁵. Der Bundestag hat tatsächlich kurze Zeit

³² Meyer-Goßner, a. a. O.

³³ OLG Celle StV 87, 239; LG Hagen StV 87, 382; LG Koblenz MDR 87, 432; LG Hamburg, Beschluss vom 19.7.2010 – 621 Qs 40/10 –, asyl.net, M17310; LG Bremen, Beschluss vom 12.11.2010 – 61 C Qs 404/10 –, asyl.net, M18041; LG Frankfurt, Beschluss vom 6.5.2011 – 998 Cs 112 Js 4576/11 –, asyl.net, M18541.

* Dominik Bender ist Rechtsanwalt mit den Arbeitsschwerpunkten Aufenthalts-, Asyl- und Sozialrecht in Frankfurt am Main.

¹ VG Gießen, Urteil vom 20.6.2011, 2 K 499/11.GIA (ausführlich zitiert auf S. 235).

² Urteil vom 26.8.2010, 2 K 1754/10.GIA = ASYLMAGAZIN 2010, S. 375 ff.

³ Siehe zum Lagebericht des Auswärtigen Amtes vom 9.2.2011, S. 241.

⁴ Illustrativ dafür kann z. B. ein Vergleich der Seiten 13 unten bis 17 unten des alten und des neuen Lageberichts sein.

⁵ Er ist abrufbar unter www.auswaertiges-amt.de. Kurz vor Redaktionsschluss wurde Anfang Juli 2011 ein »Zwischenbericht Juli 2011«