

Beitrag aus dem ASYLMAGAZIN 5/2013, S. 146–150

Carsten Hörich und Marcus Bergmann

Strafbarkeit der illegalen Einreise und der sogenannten Begleitdelikte

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., Mai 2013. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung der Autoren sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

ASYLMAGAZIN, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das ASYLMAGAZIN liefert aktuelle Hintergrundinformationen zu rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration. Weitere Informationen finden Sie bei www.asyl.net.

Das ASYLMAGAZIN erscheint zehnmal im Jahr zusammen mit dem Asyl-Info von Amnesty International zum gemeinsamen Abonnement-Preis von 72 € jährlich. Ein kostenloses Probeexemplar können Sie unverbindlich bei asyl@amnesty.de anfordern.

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbunds Asyl und Migration.



In Kooperation mit



Strafbarkeit der illegalen Einreise und der sogenannten Begleitdelikte

Inhalt

- I. Strafbarkeit der illegalen Einreise
 - 1. Strafbarkeit der illegalen Einreise eines Flüchtlings
 - 2. Einreise eines Drittstaatsangehörigen ohne Flüchtlingseigenschaft
 - 3. Einreise eines Flüchtlings, der Einreise und Aufenthalt nicht unverzüglich anzeigt
- II. Strafbarkeit der sogenannten Begleitdelikte der illegalen Einreise
 - 1. Einreise eines Flüchtlings i. S. d. GFK
 - 2. Einreise eines Drittstaatsangehörigen ohne Flüchtlingseigenschaft
- III. Ergebnis

Art. 13 Abs. 2 AEMR formuliert die Ausreisefreiheit als Menschenrecht.¹ Dieser Ausreisefreiheit steht allerdings kein Pendant in Form einer Einreisefreiheit gegenüber, sie bleibt mithin in gewisser Weise unvollständig.² Auf deutscher Rechtsebene zeigt sich diese fehlende Einreisefreiheit am deutlichsten darin, dass sich derjenige, der illegal einreist, gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG strafbar macht. Im Folgenden soll untersucht werden, ob diese Strafbarkeit unter dem Einfluss von Völker- und Europarecht (weiterhin) bestehen kann oder eventuellen Einschränkungen unterlegen ist. Es wird mithin untersucht, ob eine Einreisefreiheit zumindest in der Hinsicht besteht, dass eine Einreise nicht strafrechtlich geahndet wird.

I. Strafbarkeit der illegalen Einreise

Strafbar macht sich gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG wer »entgegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 in das Bundesgebiet einreist«. § 14 Abs. 1 AufenthG normiert, wann eine

Einreise in das Bundesgebiet unerlaubt ist. Nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG strafbar ist daher die Einreise mit einem Aufenthaltstitel, da nur eine solche »entgegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2« erfolgt.³ Allerdings ist die Norm dahingehend auszulegen, dass eine Einreise, die ohne erforderlichen Pass oder Passersatz gemäß § 3 Abs. 1 AufenthG oder ohne nach § 4 AufenthG erforderlichen Aufenthaltstitel geschieht, strafbar ist.⁴

1. Strafbarkeit der illegalen Einreise eines Flüchtlings

Aus der Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG scheiden diejenigen Drittstaatsangehörigen aus, die erfolgreich als Flüchtlinge anerkannt wurden und die Voraussetzungen des Art. 31 GFK erfüllen.⁵ Während der Entscheidung über das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft im Sinne von Art. 1 Nr. 2 GFK⁶ soll das Strafverfahren gemäß § 154 d S. 1 StPO (bzw. § 262 Abs. 2 StPO)⁷ vorläufig ausgesetzt werden. Erst wenn die verwaltungsrechtliche Prüfung dieser Frage erfolgt ist, soll im Strafverfahren entschieden werden. Handelt es sich bei dem Einreisenden um einen Flüchtling, bietet Art. 31 GFK einen Schutz vor Strafverfolgung und die Einreise war nicht strafbar.⁸

³ Ebenso *Kretschmer*, Ausländerstrafrecht, 2012, § 4 Rn. 117.

⁴ Vgl. *Kretschmer* (a. a. O., Fn. 3), § 4 Rn. 117; *Dienelt*, in: Renner Ausländerrecht, AufenthG, § 95 Rn. 23. Teilweise wird zu Recht angemerkt, dass die Bestimmtheit der Norm i. S. d. Art. 103 Abs. 2 GG zumindest bezweifelt werden kann, *Wingarter*, in: Hofmann/Hoffmann (Hrsg.), Hk-AuslR, AufenthG, § 95 Rn. 9.

⁵ Vgl. hinsichtlich der Details *Hohoff*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK Ausländerrecht, 2013, § 95 AufenthG Rn. 104 f.; *Gericke*, in: MüKo, StGB, Bd. 6/2, 2009, § 95 AufenthG Rn. 110 ff.

⁶ Die Flüchtlingseigenschaft ist Voraussetzung für die Anwendung des Art. 31 GFK, vgl. *Senge*, jurisPR-StrafR 20/2010 Anm. 2; *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 95 AufenthG Rn. 110 f. Sie wird vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge auf den Schutzantrag des Betroffenen hin gewährt. Dazu *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 95 AufenthG Rn. 111.

⁷ *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 95 AufenthG Rn. 111. § 262 Abs. 2 StPO wird über seinen Wortlaut hinaus auch auf verwaltungsrechtliche Vorfragen angewandt. Vgl. StPO-Kommentar. Vgl. *Eschelbach*, in: Graf (Hrsg.), BeckOK StPO, § 262 Rn. 11 ff.; *Engelhardt*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, § 262 Rn. 2.

⁸ Nach ganz h.M. stellt Art. 31 GFK einen persönlichen Strafaufhebungsgrund dar, vgl. BGH, NStZ 1999, 409 (409); *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 95 AufenthG Rn. 111; *Kretschmer* (a. a. O., Fn. 3), § 4 Rn. 105.

* Carsten Hörich ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht von Prof. Dr. Winfried Kluth; Dr. Marcus Bergmann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Christian Schröder, beide an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ Art. 13 Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte: »Jeder hat das Recht, jedes Land, einschließlich seines eigenen Landes, zu verlassen und in sein Land zurückzukehren.«

² Vgl. *Eichenhofer*, ZAR 2013, 135 ff.

Ob Art. 31 GFK auch dann vor Strafbarkeit der illegalen Einreise schützt, wenn der Asylantrag abgelehnt wird, ist umstritten. Nach dem Wortlaut der Vorschrift schützt Art. 31 GFK zwar tatsächlich nur Flüchtlinge im Sinne der GFK.⁹ Es wird aber vertreten, dass die Strafbarkeit auch bei abgelehnten Antragstellern nur in Frage kommen sollte, wenn der Asylantrag völlig unbegründet war und offensichtlich missbräuchlich gestellt wurde.¹⁰ Dieser Streit soll hier allerdings dahinstehen, da eine Strafbarkeit der illegalen Einreise, wie im Folgenden ausgeführt wird, in diesen Fallgruppen aus anderen Gründen ohnehin entfällt.

2. Einreise eines Drittstaatsangehörigen ohne Flüchtlingseigenschaft

Wenn Art. 31 Abs. 1 GFK nicht einschlägig ist oder gar kein Schutzantrag gestellt wurde, wird die Strafbarkeit der illegalen Einreise jedenfalls durch diese Vorschrift nicht ausgeschlossen. Zu fragen ist aber, ob die Voraussetzungen für die Strafbarkeit nach den Vorgaben der sog. Rückführungsrichtlinie gegeben sind.

Nach der Ablehnung des Schutzantrages – sofern einer gestellt wurde – entfällt die Aufenthaltsgestattung und der Aufenthalt wird in vielen Fällen illegal. Ab dem Moment der Begründung des illegalen Aufenthaltes ist der Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie¹¹ eröffnet. Es muss dann – wenn der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen nicht legalisiert wird – ein Rückkehrverfahren durchgeführt werden. Aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Achughbadian ergibt sich, dass ein Drittstaatsangehöriger in diesen Fällen für eine illegale Einreise nicht strafrechtlich belangt werden kann, da eine strafrechtliche Ahndung immer eine Verzögerung des Rückkehrverfahrens darstellen würde.¹² Nach den

Vorgaben der Rückführungsrichtlinie entfällt mithin für alle Drittstaatsangehörigen, die nach illegaler Einreise einem Rückkehrverfahren unterliegen bzw. in den Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie fallen, die Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG. Dies gilt dann selbstverständlich auch für Drittstaatsangehörige, deren Flüchtlingseigenschaft abgelehnt wurde und für die Art. 31 Abs. 1 GFK nicht einschlägig ist.

Fraglich bleibt, ob eine Strafbarkeit in den Fällen der nachträglichen Aufenthaltslegalisierung – ohne dass diese auf einer Flüchtlingseigenschaft i. S. d. Art. 31 GFK beruht – möglich ist.¹³ Eine solche Legalisierungsentcheidung würde bewirken, dass kein Rückkehrverfahren (mehr) durchzuführen ist. Diese behördliche Ermessensentscheidung der Aufenthaltslegalisierung würde also dazu führen, dass der europarechtliche Vorrang nicht zur Anwendung käme und die Bestrafung wegen illegaler Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG somit möglich wäre.

Allerdings knüpft § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG als Tat handlung an den Grenzübertritt bzw. das Passieren der Grenzübergangsstelle an und ist damit zugleich vollendet und beendet.¹⁴ Folglich würde sich die Handlung der Einreise erst aufgrund einer Ermessensentscheidung nach dem Vollendungs- und Beendigungszeitpunkt als strafbar erweisen. Bei Begehung der Tat stünde die Strafbarkeit somit nicht fest, die Behördenentscheidung würde vielmehr auf den Tatzeitpunkt zurückwirken.¹⁵ Dies verstößt allerdings gegen den Grundsatz »nulla poena sine lege« des Art. 103 Abs. 2 GG.¹⁶ Eine nachträgliche Ermessensentscheidung kann daher die Strafbarkeit der Einreise nicht rückwirkend begründen, diese bleibt somit straflos.

3. Einreise eines Flüchtlings, der Einreise und Aufenthalt nicht unverzüglich anzeigt

Flüchtlinge im Sinne von Art. 1 Nr. 2 GFK erhalten nach unanfechtbarer Anerkennung dieses Status durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gemäß § 25 Abs. 2 S. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis. Das Rückkehrverfahren nach der Rückführungsrichtlinie findet daher in der Bundesrepublik auf solche Flüchtlinge keine Anwendung. Somit droht durch eine Bestrafung

Eine m. M. sieht hingegen in Art. 31 GFK einen Rechtfertigungsgrund, so etwa AG Korbach, InfAusLR 2012, 43; *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81 (89). Die dogmatische Einordnung soll allerdings offen gelassen werden, da es für die Frage der Straflosigkeit des Flüchtlings nicht auf die dogmatische Lösung dieser Frage ankommt.

⁹ So wohl auch *Senge*, jurisPR-StrafR 20/2010 Anm. 2: »Nur der Asylbewerber, der Flüchtling ist, kann den Strafaufhebungsgrund des Art. 31 Abs. 1 GK für sich in Anspruch nehmen«.

¹⁰ Vgl. dazu auch *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 95 AufenthG Rn. 114. und *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81 (85f.). Ähnlich UNHCR, Überarbeitete UNHCR-Stellungnahme zur Auslegung und Reichweite des Art. 31 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 2004, abrufbar im Internet: <http://www.unhcr.de/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/3_deutschland/3_2_unhcr_stellungnahmen/FR_GFR-HCR_Art31_052004.pdf> (Stand: 3.5.2013), S. 7.

¹¹ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger vom 16.12.2008, Abl. L 348 vom 24.12.2008, 98.

¹² So EuGH, Urteil v. 6.12.2011, Rs. C-329/11 (»Achughbadian«), Rn. 44f.; vgl. hierzu ausführlich *Hörich/Bergmann*, NJW 2012, 3339 (3343).

¹³ Nach Art. 6 Abs. 4 der Rückführungsrichtlinie haben die Mitgliedsstaaten jederzeit die Möglichkeit, den Aufenthalt eines illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen zu legalisieren. Allerdings dürfte eine solche Aufenthaltslegalisierung der Ausnahmefall sein. Dies zeigt bereits die gesetzliche Wertung des § 10 AufenthG, welcher die Erteilung von Aufenthaltstiteln nach erfolgter Asylantragstellung an besondere Voraussetzungen knüpft bzw. grundsätzlich ausschließt.

¹⁴ BayObLG, NStZ-RR 1999, 314 (315); vgl. auch *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 95 AufenthG Rn. 41; *Kretschmer* (a. a. O., Fn. 3), § 4 Rn. 116f. und Rn. 119ff.

¹⁵ Vgl. dazu auch *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81 (85).

¹⁶ So auch *Hörich/Bergmann*, NJW 2012, 3339 (3342).

nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG keine Verzögerung eines Rückkehrverfahrens, sodass diese Strafbarkeit nicht durch den europarechtlichen Vorrang der Rückführungsrichtlinie ausgeschlossen ist.

Die strafbefreiende Wirkung des Art. 31 Abs. 1 GFK hängt aber davon ab, dass Flüchtlinge ihre Einreise unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern,¹⁷ anzeigen. Innerhalb welchen zeitlichen Rahmens eine Anzeige unverzüglich ist, hängt vom Einzelfall ab,¹⁸ jedoch beträgt der durchschnittlich zuerkannte Zeitraum etwa ein bis zwei Wochen.¹⁹ Zu fragen ist daher, ob für diese Fallgestaltung noch ein Anwendungsbereich für die Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG verbleibt.

Dagegen spricht zum einen bereits, dass die Zuerkennungsentscheidung der Flüchtlingseigenschaft (vgl. §§ 3 Abs. 4, 5 Abs. 1 AsylVfG) eine Behördenentscheidung ist, von der die Strafbarkeit abhängen würde, was angesichts des Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG bedenklich ist.²⁰

Zum anderen ist zu beachten, dass einem Flüchtling, der sich den Grenzbehörden zu erkennen gibt und um Asyl bittet, gemäß § 18 Abs. 1 AsylVfG die Einreise zu gestatten ist.²¹ Zu einer illegalen Einreise kommt es dann folglich nicht, der Flüchtling hat vielmehr in gewisser Weise einen Anspruch darauf, einzureisen. Strafbar macht sich der Flüchtling nur, wenn er sich den Behörden verspätet nach dem Grenzübertritt zu erkennen gibt. Der Strafgrund ist dann aber allein die verzögerte Meldung.

Die Strafnorm des § 95 AufenthG verfolgt hingegen das Ziel, die Verhaltenspflichten, die sich aus den aufenthaltsrechtlichen Vorschriften ergeben, durchzusetzen.²² Im Falle des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, der ausdrücklich auf die Einreise »entgegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 in das Bundesgebiet« abstellt, ist die Verhaltenspflicht, gegen die verstoßen wird, das sich aus § 14 AufenthG ergebende *materielle*²³ Einreiseverbot. Eine bloße verspätete Meldung bzw. Anzeige stellt aber dieses materielle Einreiseverbot ebenso wenig wie die von § 95 AufenthG

geschützten Kontrollfunktionen des ausländerrechtlichen Genehmigungsverfahrens²⁴ in Frage. Denn für Kontrolle oder Steuerung im Sinne eines Entscheidungsspielraumes ist angesichts der Rechtsposition eines Flüchtlings, der nicht aus einem sicheren Drittstaat eingereist ist, ohnehin kein Raum mehr. Ein bloßer Verstoß gegen die Pflicht der *unverzüglichen* Meldung rechtfertigt zudem nicht die Androhung einer Freiheitsstrafe.

Deshalb muss auch die Einreise eines Flüchtlings, der diese verspätet oder gar nicht anzeigt, im Übrigen aber die Anforderungen des § 18 AsylVfG erfüllt und deshalb nicht zurückgeschoben werden kann, straffrei sein. Eine Benachteiligung von Flüchtlingen gegenüber sonstigen Drittstaatsangehörigen wäre eine Ungleichbehandlung, die sich angesichts des in der Genfer Flüchtlingskonvention an verschiedenen Stellen zum Ausdruck kommenden Prinzips, dass Flüchtlinge nicht als Ausländer zweiter Klasse behandelt werden dürfen (vgl. etwa Art. 13, 15, 17, 18, 19, 21 und 26 GFK), nicht rechtfertigen lässt.

II. Strafbarkeit der sogenannten Begleitdelikte der illegalen Einreise

Bei der illegalen Einreise werden regelmäßig auch sog. Begleitdelikte verwirklicht. Diese stehen vor allem im Zusammenhang mit der Täuschung des Einreisenden über seine Identität, sei es durch Angabe eines falschen Namens (§ 111 Abs. 1 OWiG), durch Verwenden des Ausweispapiers einer anderen Person (§ 281 Abs. 1 StGB), durch Veränderungen im eigenen Ausweispapier (§ 273 Abs. 1 StGB) oder durch Verwenden eines gefälschten Ausweispapiers (§ 267 Abs. 1 Alt. 3 StGB). Es verbleibt zu klären, ob diese Begleitdelikte strafrechtlich geahndet werden können.

1. Einreise eines Flüchtlings i. S. d. GFK

Fraglich ist, ob Art. 31 Abs. 1 GFK nur die Strafflosigkeit der Einreise bewirkt oder auch vor der Verfolgung von bei der Einreise begangenen Begleittaten schützt.²⁵ Schon der Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 GFK spricht aber nicht zwingend für eine solche Beschränkung, da mit der Formulierung »unrechtmäßiger Einreise« nicht notwendigerweise ein spezifischer Tatbestand im Sinne des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG verstanden werden muss. Stattdessen liegt es

¹⁷ So auch UNHCR (a. a. O., Fn. 10), S. 4.

¹⁸ UNHCR (a. a. O., Fn. 10), S. 4.

¹⁹ Vgl. *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 95 AufenthG Rn. 113, mit Nachweisen zu den Zeiträumen. Eine deutlich verspätete Anzeige (etwa erst nach einigen Monaten des Untertauchens) ändert zwar nichts an der Flüchtlingseigenschaft, genügt aber nicht den Anforderungen des Art. 31 Abs. 1 GFK.

²⁰ Ähnlich auch die Argumentation von *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81 (85 f.); vgl. auch UNHCR (a. a. O., Fn. 10), S. 7.

²¹ Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass § 18 Abs. 2 AsylVfG einschlägig ist, insbesondere wenn der Flüchtling aus einem sicheren Drittland einreist. In solchen Fällen ist aber auch Art. 31 GFK nicht einschlägig, da es dann an dem Erfordernis fehlt, dass der Flüchtling »unmittelbar« aus dem Gebiet einreist, in dem ihm Verfolgung droht. Insoweit entsprechen die jeweiligen Einschränkungen einander, vgl. dazu auch *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 95 AufenthG Rn. 112; *Kretschmer* (a. a. O., Fn. 3), § 4 Rn. 106.

²² *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 95 AufenthG Rn. 1.; Ähnlich OLG Hamburg, Beschluss v. 25.01.2012 – 3-1/12 (Rev) 1 Ss 196/11.

²³ *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 14 AufenthG Rn. 1.

²⁴ Zu diesem Schutzzweck *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 95 AufenthG Rn. 1; *Kretschmer* (a. a. O., Fn. 3), § 3 Rn. 8.

²⁵ Dies ablehnend OLG München, Beschluss v. 29.03.2010 – 5St RR (II) 79/10, 5St RR (II) 079/10, Rn. 14 (juris); *Gericke* (a. a. O., Fn. 5), § 95 AufenthG Rn. 111; *Hohoff* (a. a. O., Fn. 6), § 95 AufenthG Rn. 107 m. w. N.

näher, dass Art. 31 Abs. 1 GFK das konkrete Verhalten beschreibt, denn: »Die Norm soll fluchtermöglichend wirken.«²⁶ Unrechtmäßige Einreise wäre dann zu verstehen als ein Grenzübertritt bzw. ein Passieren von Grenzkontrollen in unrechtmäßiger Weise. Dies trägt auch dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der Einreise unter Verwendung eines gefälschten Passes um eine einheitliche Handlung im strafrechtlichen Sinne handelt.²⁷ Diese einheitliche Handlung muss einer einheitlichen strafrechtlichen Bewertung zugeführt und somit insgesamt als strafbar oder straflos bewertet werden, um der Zwecksetzung des Art. 31 Abs. 1 GFK Rechnung tragen zu können.²⁸

Dies bestätigt auch folgende Überlegung: Die Verfolgungssituation, der der Flüchtling entflieht, bringt es regelmäßig mit sich, dass er in dem Gebiet, aus dem er flieht, seine wahre Identität verbergen und somit eine falsche Identität annehmen muss. Gerade die Ausreise, insbesondere die Flucht per Flugzeug, wird sich nur durch Verwendung einer falschen Identität bewerkstelligen lassen.²⁹ Dass der Flüchtling dann diese falsche Identität auch bei der Einreise noch verwendet und erst dann, wenn ihm die Flucht gelungen ist und er sich im sicheren Land befindet, seine wahre Identität offenbart und einen Schutzantrag stellt, beruht daher nicht auf krimineller Energie, sondern auf nachvollziehbarer Vorsicht. Sinn und Zweck des Art. 31 Abs. 1 GFK bestehen gerade darin, dem Flüchtling einen solchen gebotenen effektiven Schutz vor Verfolgung zu ermöglichen.³⁰

Gibt sich der Flüchtling zudem unverzüglich als solcher zu erkennen, wie es Art. 31 Abs. 1 GFK verlangt, dann bedeutet dies auch das Ende der Identitätstäuschung.³¹ Hat diese Täuschung demnach nur punktuell im Zusammenhang mit einer Einreisekontrolle stattgefunden, erschöpft sich das Unrecht in der einmaligen Verwendung eines gefälschten Ausweispapiers.

In der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Blick auf die Verwendung als Beweismittel erblickt die herrschende Meinung das Rechtsgut,³² das sämtliche Urkundsdelikte schützen sollen.³³ Nach dieser

Ansicht soll die Allgemeinheit vor dem Gebrauch unechter Urkunden geschützt werden.³⁴ Für die Allgemeinheit besteht indessen nach der Anzeige des Flüchtlings keine Gefahr mehr, dass der Rechtsverkehr getäuscht werden könnte. Mit der Offenbarung der wahren Identität ist eine weitere Täuschung des Rechtsverkehrs gerade nicht zu befürchten. Gerade wegen der Verknüpfung der Notsituation des Flüchtlings bei der Einreise mit dem Umstand, dass einem Flüchtling die Einreise gar nicht verwehrt werden würde (vgl. §§ 18 f. AsylVfG) bzw. ihm der Aufenthalt nach § 55 Abs. 1 S. 1 AsylVfG zu gestatten ist, wird das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Richtigkeit von Pässen und Ausweispapieren durch die punktuelle Benutzung falscher Dokumente durch einen Flüchtling bei der Einreise nicht erschüttert,³⁵ wenn er dies im Anschluss unverzüglich offenlegt.

Auch für die abweichende Ansicht, die durch § 267 StGB den Einzelnen in seiner Dispositionsfreiheit geschützt sieht, die durch den Gebrauch unechter Urkunden beeinträchtigt werden könnte,³⁶ gilt nichts anderes. Denn der betroffene Einzelne ist der mit der Grenzkontrolle betraute Beamte, dessen Dispositionsfreiheit ohnehin aufgrund der Flüchtlingseigenschaft bereits eingeschränkt ist. In gewissem Sinne ist eine solche Identitätstäuschung, auf die es im Ergebnis nicht ankommt, daher mit einer schriftlichen Lüge vergleichbar.³⁷ Durch Stellung des Schutzantrages und Offenlegung dieser Umstände ist das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge in der Lage, den Sachverhalt ohne diese Beeinträchtigung zu würdigen. In dieser Konstellation findet daher keine Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit statt, die eine Bestrafung rechtfertigen würde.

Deshalb ist im Ergebnis der Auffassung, wonach sich die strafbefreiende Wirkung des Art. 31 GFK auf typische Begleitdelikte erstreckt,³⁸ zuzustimmen.

Für die Bestrafung nach § 281 Abs. 1 StGB bei Verwendung des (echten)³⁹ Ausweispapiers eines anderen muss dies ebenfalls gelten.

Die Strafbarkeit nach § 273 Abs. 1 StGB wegen der Veränderung von Ausweispapieren⁴⁰ wurde zwar in das StGB eingeführt, um derartige Fallkonstellationen bei der Ein-

²⁶ *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81 (86).

²⁷ AG Korbach, InfAuslR 2012, 43.

²⁸ Vergleichbar AG Korbach, InfAuslR 2012, 43; UNHCR (a. a. O., Fn. 10), S. 7. *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81 (88); im Ergebnis zustimmend AG München, AuAS 2012, 175.

²⁹ Vergleichbar UNHCR (a. a. O., Fn. 10), S. 7.

³⁰ AG Korbach, InfAuslR 2012, 43; *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81 (87); zustimmend *Kretschmer* (Fn. 3), § 4 Rn. 105.

³¹ Auch im Zusammenhang mit der Versagung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 S. 2 AufenthG entfällt der Verstoß gegen Mitwirkungspflichten, der auch in einer Täuschung über die Identität oder die Staatsangehörigkeit bestehen kann, mit der Richtigstellung dieser Angaben, vgl. *Fränkel*, in: Hofmann/Hoffmann (Hrsg.), HK-AuslR, 2008, § 25 Rn. 63.

³² *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 267 StGB Rn. 1; *Mewes*, NStZ 1996, 14 f.; kritisch *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 267 StGB Rn. 1.

³³ So die Analyse von *Puppe* (Fn. 32), § 267 StGB Rn. 2.

³⁴ *Mewes*, NStZ 1996, 14 (16 f.); *Cramer/Heine* (a. a. O., Fn. 32), § 267 StGB Rn. 1 f.; vgl. die Kritik von *Puppe* (a. a. O., Fn. 32), § 267 StGB Rn. 6 ff.

³⁵ Vgl. zu dieser Erschütterung als Kriterium für den Schutzzweck der h. M. die kritische Positionierung von *Erb*, in: MüKo, StGB, Bd. 4, 2006, § 267 Rn. 3.

³⁶ *Erb* (a. a. O., Fn. 35), § 267 Rn. 2 f.; *Puppe* (a. a. O., Fn. 32), § 267 StGB Rn. 8.

³⁷ Dazu detaillierter *Mewes*, NStZ 1996, 14 (17).

³⁸ AG Korbach, InfAuslR 2012, 43; AG Frankfurt, StV 1988, 306; AG Münden, StV 1988, 306 f.; *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, 81 (87 ff.); vgl. OLG Frankfurt, StV 1997, 78 f.; UNHCR (a. a. O., Fn. 10), S. 7.

³⁹ *Puppe* (a. a. O., Fn. 32), § 281 StGB Rn. 2.

⁴⁰ Bspw. durch Veränderung der Eintragungen in einem Pass.

reise von Ausländern zu erfassen.⁴¹ Manipulationen am Ausweispapier nach § 273 Abs. 1 StGB sind indessen ohnehin nicht geeignet, um die Identität zu verschleiern.⁴²

Die Ordnungswidrigkeit nach § 111 Abs. 1 OWiG, bei der Einreise einen falschen Namen angegeben zu haben, wird zum einen ohnehin von einer Strafbarkeit nach § 281 StGB verdrängt⁴³ und muss zum anderen erst recht durch Art. 31 Abs. 1 GFK ausgeschlossen sein.

Die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Einreise begangenen Delikte, die auf einer Identitätstäuschung beruhen, werden somit nach Art. 31 Abs. 1 GFK nicht bestraft. Straftaten, die über die Identitätstäuschung im Zusammenhang mit einer Einreise hinausgehen (etwa durch Gewaltausübung bei der Einreise oder weitere Identitätstäuschungen nach der Einreise im Bundesgebiet), sind hingegen von Art. 31 GFK nicht umfasst⁴⁴ und bleiben strafbar.⁴⁵

2. Einreise eines Drittstaatsangehörigen ohne Flüchtlingseigenschaft

Begeht ein Drittstaatsangehöriger ohne Flüchtlingseigenschaft bei der Einreise ein Urkundensdelikt, etwa durch Verwendung eines gefälschten Passes, greift Art. 31 Abs. 1 GFK nicht ein. Es stellt sich aber wiederum die Frage, ob dann, wenn der Aufenthalt nicht legalisiert wird und ein Rückkehrverfahren durchgeführt wird, der Vorrang der Rückführungsrichtlinie, der eine Bestrafung wegen der illegalen Einreise verhindert, auch diese Begleittat straflos werden lässt. Deren Bestrafung würde das Rückkehrverfahren verzögern. Dass die Annahme jedenfalls nicht fern liegt, der Vorrang des Rückkehrverfahrens könne die Bestrafung auch anderer Straftaten als § 95 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 AufenthG hindern, zeigt sich anhand einer jüngeren Entscheidung des OLG München. Das OLG hat die Strafbarkeit wegen passlosen Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG anhand der Anforderung überprüft, ob die Bestrafung ein Rückkehrverfahren verzögern wür-

de.⁴⁶ Es ist nicht ersichtlich, warum dieses Kriterium nicht auch auf Tatbestände übertragen werden kann, die nicht spezifisch als aufenthaltsrechtliche Straftatbestände ausgestaltet sind. Einreisetypische Begleittaten bilden mit der Einreise selbst einen einheitlichen Lebenssachverhalt. Wegen dieser (einen)⁴⁷ Handlung ergeht eine Rückkehrentscheidung und wird das Rückkehrverfahren durchgeführt. In Abwägung des Interesses an einer raschen und effektiven Rückkehr mit dem staatlichen Strafinteresse kann einer einreisetypischen Begleittat wie dem Verwenden einer unechten Urkunde kein Gewicht zugemessen werden. Auf Straftaten, die unabhängig von der Einreise begangen werden, lässt sich indes diese Wertung nicht ohne weitere Abwägung übertragen. Bei der Einreise begangene schwere Straftaten (Entführung eines Flugzeuges, Bedrohung oder Nötigung von Grenzbeamten) dürften jedenfalls eine Bestrafung rechtfertigen, auch wenn dies ein Rückkehrverfahren verzögert.

III. Ergebnis

Im Ergebnis kann daher festgestellt werden, dass der Ausreisefreiheit aus Art. 13 Abs. 2 AEMR zwar keine Einreisefreiheit gegenübersteht, aber zumindest eine strafrechtliche Ahndung der illegalen Einreise gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 3 StGB und der damit einhergehenden Begleitdelikte aufgrund völker- und europarechtlicher Vorgaben nicht möglich ist. Dies lässt zwar das grundsätzliche Fehlen eines Rechtes auf Einreise unberührt, allerdings scheidet eine strafrechtliche Ahndung des Vorganges der Einreise aus.

⁴¹ Vgl. dazu *Erb* (a. a. O., Fn. 35), § 273 Rn. 2, der außerdem darauf hinweist, dass diese Vorschrift bereits grundsätzlich angezweifelt wird, weil die Eintragungen in einem von einem anderen Staat ausgestellten Ausweispapiere von deutschen Behörden nicht kontrolliert werden können, da es dem Inhaber des Papiers zusteht, ein neues Papier ohne Vermerke zu beantragen. Deshalb werden die entsprechenden Eintragungen von deutscher Seite ohnehin gespeichert und bei der Wiedereinreise eines Ausländers abgerufen werden, was deutlich effektiver ist, solange die Identität feststellbar ist.

⁴² Vergleiche die Wertung von *Erb* (a. a. O., Fn. 35), § 273 Rn. 2, 7.

⁴³ *Rogall*, in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 3. Aufl. 2006, § 111 Rn. 67.

⁴⁴ So auch *Fischer-Lescano/Horst*, *ZAR* 2011, 81 (87 f.).

⁴⁵ Etwas polemisch daher *Maafßen*, *Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht*, 1997, S. 242, wenn er als Beispiele für Straftaten bei der Einreise Verletzung oder Tötung von oder Widerstand gegen Beamte der Grenzsicherung oder gar Flugzeugentführungen anführt. Derartiges Verhalten geht über eine »unrechtmäßige Einreise« deutlich hinaus und ist selbstverständlich strafbar.

⁴⁶ OLG München, Beschluss v. 21.11.2012 – 4 StRR 133/12 –, asyl.net, M20247.

⁴⁷ AG Korbach, Urteil vom 13.8.2012 – 4 Cs 1620 Js 8985/12 – InfAuslR 2013, 43 = *ASYLMAGAZIN* 12/2012, S. 443 f.



Informationsverbund
ASYL & MIGRATION

Unsere Angebote

ASYLMAGAZIN Die Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht. Enthält Rechtsprechung, Länderinformationen, Beiträge für die Beratungspraxis und zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen sowie Nachrichten. Das ASYLMAGAZIN erscheint zehnmal im Jahr mit dem Asyl-Info von Amnesty International zum gemeinsamen Abonnement-Preis von 72 € jährlich.

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration, Greifswalder Str. 4, 10405 Berlin, Fax 030/467 93 329, redaktion@asyl.net.

www.asyl.net Rechtsprechungsdatenbank zum Flüchtlings- und Migrationsrecht sowie sachverwandten Rechtsgebieten, ausgewählte Rechtsprechung und Länderinformationen, Adressen, Arbeitsmittel und Tipps.

www.ecoi.net Online-Datenbank mit den wichtigsten öffentlich zugänglichen Informationen zu Herkunftsländern.

Schulungen und Vorträge Einführungen in Rechtsgebiete, Vorträge zu besonderen rechtlichen Fragestellungen oder zur Recherche von Herkunftsländerinformationen.

Dokumenten- und Broschürenversand Dokumente, die im ASYLMAGAZIN und bei www.asyl.net erwähnt werden, können bezogen werden bei IBIS – Interkulturelle Arbeitsstelle e. V., Klävermannstraße 16, 26122 Oldenburg, Fax: 0441/9849606, info@ibis-ev.de.



In Kooperation mit

