

Beitrag aus dem Asylmagazin 3/2021, S.66–75

Sebastian Röder und Dominik Stahlmecke

## **Strafrecht trifft Aufenthaltsrecht**

### Die »notwendige Verteidigung« in Strafverfahren ausländischer Beschuldigter

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., März 2021. 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 die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das ASYLMAGAZIN erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst. Der Abonnement-Preis beträgt 65 € für regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

[menschenrechte.ariadne.de/zeitschrift-asylmagazin/](https://menschenrechte.ariadne.de/zeitschrift-asylmagazin/)

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



In Kooperation mit



## Strafrecht trifft Aufenthaltsrecht

### Die »notwendige Verteidigung« in Strafverfahren ausländischer Beschuldigter

#### Inhalt

- I. Einleitung
- II. Das Recht der notwendigen Verteidigung
- III. Aufenthaltsrecht trifft Strafrecht
  - 1. Zur bisherigen Rechtsprechung
  - 2. Eigener Vorschlag
- IV. Aufenthaltsrechtliche Implikationen
  - 1. Personen mit Aufenthaltserlaubnis
  - 2. Personen mit Duldung
  - 3. Personen mit Aufenthaltsgestattung
- V. Das Verfahren der Verteidigerbestellung
- VI. Fazit

#### I. Einleitung

Der Einstimmung auf das in diesem Beitrag behandelte Thema dient folgendes Beispiel:

#### Fall

Die Staatsanwaltschaft beschuldigt den nur gebrochen Deutsch sprechenden afghanischen Staatsangehörigen A des »Schwarzfahrens« (Erschleichen von Leistungen, vgl. § 265a StGB) und beantragt beim zuständigen Amtsgericht den Erlass eines Strafbefehls, gerichtet auf die Festsetzung einer Geldstrafe i. H. v. 30 Tagessätzen.

In der Rechtswirklichkeit dürften wohl nicht allzu viele Richter<sup>1</sup> in einem solchen »Standardfall« aus dem Bereich der Bagatellkriminalität<sup>2</sup> ernsthaft in Erwägung ziehen, dem A einen Pflichtverteidiger zu bestellen. Dabei ist es – wie der Beitrag zeigen wird – keineswegs ausge-

schlossen, dass ein Fall notwendiger Verteidigung gemäß § 140 StPO vorliegt. Ausgangspunkt ist dabei die in Literatur und Rechtsprechung anerkannte Erwägung, dass die »Schwere der zu erwartenden Rechtsfolgen« (Abs. 2 Alt. 2) nicht nur durch die unmittelbar drohende Strafe, sondern auch durch daran anknüpfende mittelbare (hier: aufenthaltsrechtliche) Nachteile bestimmt wird. Und in der Tat wird ein infolge einer strafrechtlichen Verurteilung drohendes Ende des Aufenthalts in Deutschland regelmäßig ein weitaus größeres Übel darstellen als die unmittelbar drohende strafrechtliche Sanktion (im Beispiel die Geldstrafe). Nun steht das Aufenthaltsrecht nicht im Zentrum des strafrichterlichen Alltags, in dem neben der Zeit mitunter auch das Bewusstsein dafür fehlt, dass das komplexe und im ständigen Wandel befindliche Aufenthaltsrecht bereits an verhältnismäßig geringe Strafen erhebliche statusrechtliche Folgen knüpft. Und so verwundert es nicht, dass die hier aufgeworfene Problematik in der bisherigen Strafrechtsprechung nur selten aufgegriffen wurde und ein kohärenter, aus dem Aufenthaltsgesetz heraus entwickelter Maßstab zu der Frage, wann ein die Beiordnung eines Pflichtverteidigers auslösender aufenthaltsrechtlicher Nachteil droht, bislang fehlt. Hier setzt dieser Beitrag an: Nach einer Skizze des Rechts der notwendigen Verteidigung (II.) werden die bislang in der Rechtsprechung erörterten Kriterien geordnet, weiterentwickelt (III.) und durch Betrachtung der wesentlichen Schnittstellenvorschriften im AufenthG auf ein aufenthaltsrechtliches Fundament (IV.) gestellt.<sup>3</sup> Sodann wird dargestellt, wie der Anspruch auf einen Pflichtverteidiger verfahrensrechtlich zu realisieren ist (V.). Der Beitrag schließt mit für die Rechtspraxis wesentlichen Schlussfolgerungen (VI.).

#### II. Das Recht der notwendigen Verteidigung

Das Institut der notwendigen Verteidigung (§§ 140–145 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK) dient der Gewährleistung einer effektiven Verteidigung durch einen sogenannten Pflichtverteidiger in Fällen, in denen ein Beschuldigter nicht bereits von sich aus einen Wahlverteidiger beauf-

\* Der Autor Röder, LL. M., ist Referent beim Flüchtlingsrat Baden-Württemberg, Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter für Migrationsrecht an der Universität Heidelberg und der Hochschule Esslingen. Der Autor Stahlmecke ist Richter am Amtsgericht Dortmund und bearbeitet derzeit ein strafrichterliches Dezernat. Die Ausführungen geben die persönliche Rechtsauffassung der Autoren wieder.

<sup>1</sup> Die Verwendung des generischen Maskulinums dient lediglich der besseren Lesbarkeit und ist als genderneutral zu verstehen.

<sup>2</sup> Das Beispiel steht stellvertretend für die aufgeworfene Problematik und lässt sich beliebig durch andere Delikte der Bagatellkriminalität (etwa Sachbeschädigung, Ladendiebstähle, BtM-Straftaten) ersetzen.

<sup>3</sup> Die aufenthaltsrechtlichen Überlegungen in Teil IV sollen in einem weiteren Beitrag in einer strafrechtliche Fachzeitschrift noch weiter vertieft und ausdifferenziert werden.

tragt. Es sichert Beschuldigten als Ausfluss des rechtsstaatlichen Gebots eines fairen Verfahrens die Möglichkeit, auf Gang und Ergebnis des Strafverfahrens wirklichen Einfluss nehmen zu können.<sup>4</sup>

Jedoch führt nicht bereits der Umstand, dass ein Beschuldigter (egal aus welchen Gründen) von sich aus keinen Rechtsanwalt einschaltet, dazu, dass ihm ein Pflichtverteidiger beigeordnet würde. Entgegen der wohl landläufigen Meinung – die in zahlreichen Krimis bestärkt wird (»und wenn Sie sich keinen Anwalt leisten können, wird Ihnen einer gestellt«) – begründet allein die Mittellosigkeit des Betroffenen keinen Fall notwendiger Verteidigung. Anders als bei der (in Strafsachen durch § 2 Abs. 2 S. 2 BerHG ausgeschlossen<sup>5</sup>) Beratungshilfe und der Prozesskostenhilfe (§§ 114 ff. ZPO) sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Betroffenen für die Frage, ob ihm ein aus der Staatskasse (vor-<sup>6</sup>)finanzierter Verteidiger an die Seite zu stellen ist, grundsätzlich irrelevant. Ebenso spielen die Erfolgsaussichten der Verteidigung keine Rolle. Hierin liegt ein weiterer Unterschied zur Prozesskostenhilfe, wie man sie etwa aus asyl- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren kennt. Die maßgeblichen Anknüpfungspunkte notwendiger Verteidigung sind vielmehr in § 140 StPO genannt.<sup>7</sup> Diese hat das Gericht nach Maßgabe des § 141 StPO von Amts wegen zu prüfen. Hierzu gehören zum einen die in § 140 Abs. 1 StPO aufgezählten Konstellationen, in denen das Gesetz die Mitwirkung eines Verteidigers als notwendig erachtet, weil typischerweise

- schwere Folgen zu erwarten sind (Nr. 1–4; aus den aufgezählten Umständen<sup>8</sup> ist ableitbar, dass regelmäßig mindestens einjährige Freiheitsstrafen, Berufsverbot oder vorläufige Inhaftierung drohen),
- Einschränkungen der Verteidigungsfähigkeit zu besorgen sind (Nr. 5–7, Nr. 11; Inhaftierte und [potenziell] geistig oder körperlich Beeinträchtigte können sich nicht selbst verteidigen) oder
- ansonsten eine Waffenungleichheit bestünde (Nr. 8–10).

Zum anderen findet sich in § 140 Abs. 2 StPO eine Generalklausel, wonach ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist,

wenn »wegen der Schwere der Tat, der Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, dass sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann.«

Zur Konkretisierung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe haben Rechtsprechung und Literatur Grundsätze entwickelt, die dem Rechtsanwender Orientierungspunkte bieten, wobei stets alle Umstände in einer Gesamtschau zu würdigen sind. Anerkannt ist hierbei, dass eine *Rechtsfolge* jedenfalls dann schwerwiegend ist, wenn eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zu erwarten ist.<sup>9</sup> Da auch die außerstrafrechtlichen Folgen für das weitere Leben des Beschuldigten zu betrachten sind, können auch unterhalb dieser Schwelle erhebliche Nachteile, wie etwa ein drohender Arbeitsplatzverlust infolge eines Fahrerlaubnisentzugs (§ 69 StGB)<sup>10</sup> eine Pflichtverteidigerbestellung gebieten.

Besondere Schwierigkeiten der *Sachlage* können sich insbesondere aus der Komplexität des Falls ergeben, z. B. wenn er nur nach umfassender Akteneinsicht (auch in die Ausländerakte, wenn sie wesentliche Ermittlungserkenntnisse enthält<sup>11</sup>) erfasst werden kann oder die Sachaufklärung eine Würdigung zahlreicher Indizien, widersprüchlicher Zeugenaussagen oder die Mitwirkung von Sachverständigen erfordert.

Schließlich kann die *Rechtslage* schwierig sein, z. B. wenn ungeklärte Rechtsfragen zu entscheiden sind, Beweisverwertungsverbote in Betracht kommen oder Straftatbestände (insbesondere aus dem Nebenstrafrecht) von der Anwendung spezieller (Verwaltungs-)Gesetze abhängen. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn es im Strafprozess (auch) um die Frage der Strafbarkeit der unerlaubten Einreise bzw. des unerlaubten Aufenthalts geht (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 14 Abs. 1 AufenthG).<sup>12</sup>

Gelangt unser Beispielfall auf den Tisch des zuständigen Gerichts, erkennt es mit einem Blick auf den Aktendeckel bereits den Tatvorwurf (»Erschleichen von Leistungen«) und anhand des vergebenen Aktenzeichens auch, dass es sich um ein Verfahren handelt, in dem ihm ein von der Staatsanwaltschaft vollständig entworfener Strafbefehl nur noch zur Unterschrift vorliegt. Nach fruchtlosem Ablauf der zweiwöchigen Einspruchsfrist wird der Strafbefehl rechtskräftig. Die Akte umfasst mit dem Strafantrag des Verkehrsunternehmens, den formularmäßig aufgenommenen Sachverhaltsdaten (Ort und Zeit des Verstoßes, Personendaten etc.), dem polizeilichen Personalbogen, einem Anhörungsschreiben, dem

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG NJW 2001, 3695, 3696.

<sup>5</sup> Kritisch dazu Köpf in: Poller/Härtl/Köpf, Gesamtes Kostenhilferecht, 3. Aufl. 2018, § 2 BerHG Rn. 41 ff.

<sup>6</sup> Siehe zu den Kosten auch unten, Ziff. IV.

<sup>7</sup> Die Vorschrift wird ergänzt durch § 68 JGG im Jugendstrafrecht sowie § 408b StPO für die Verhängung einer Bewährungsstrafe im Strafbefehlsverfahren.

<sup>8</sup> Zur Zuständigkeit der Amtsgerichte – Schöffengericht – gehören grundsätzlich Verfahren, in denen eine Freiheitsstrafe von zwei bis vier Jahren zu erwarten ist; oberhalb dessen sind die Landgerichte zuständig (vgl. §§ 24 Abs. 1; 25; 28; 74 Abs. 1 GVG). Verbrechen sind Straftaten, die im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind (§ 12 Abs. 1 StGB).

<sup>9</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. 2020, § 140 Rn. 23, 25 m. w. N.

<sup>10</sup> Thomas/Kämpfer in: MK-StPO, 2014, § 140 Rn. 33 m. w. N.; Willow in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 140 Rn. 21.

<sup>11</sup> LG Koblenz, Beschluss vom 16.7.2019 – 15 Qs 24/19 – Rn. 8; soweit nicht anders angegeben, sind alle Fundstellen nach juris zitiert.

<sup>12</sup> OLG Stuttgart StV 2002, 298; vgl. auch Julius/Schiemann in: Heidelberger Kommentar StPO, 6. Aufl. 2019, § 140 Rn. 22.

Bundeszentralregisterauszug,<sup>13</sup> der Abschlussverfügung<sup>14</sup> und eben dem Strafbefehlsentwurf regelmäßig kaum mehr als zehn Blatt. Dies signalisiert dem Gericht bereits beim ersten Anfassen, dass es einen »kleinen« Alltagsfall vor sich hat, für den in der Personalbedarfsermittlung der Gerichte eine Bearbeitungszeit für Strafbefehlsverfahren von rund 20 Minuten angesetzt wird.

Gedanklich ist die Frage einer Pflichtverteidigung hier schnell abgehakt: Es handelt sich um ein Vergehen, für das der Strafbefehl keine gravierende Strafe ausspricht; Haft und Berufsverbot sind fernliegend. Der Sachverhalt könnte mit dem Antreffen in einem öffentlichen Verkehrsmittel ohne Fahrschein kaum überschaubarer sein. Weil etwaige bestreitende Einlassungen auf den Formularen regelmäßig nicht erfasst sind und weil die Verkehrsunternehmen derartige Vorgänge in aller Regel erst nach Ablauf eingeräumter Fristen zur nachträglichen Vorlage bloß vergessener Zeitkarten und auch dann häufig erst im Wiederholungsfall zur Anzeige bringen, wird ein für den Strafbefehlserlass hinreichender Tatverdacht (vgl. § 408 Abs. 2 StPO) praktisch immer vorliegen, ohne dass nennenswerte Beweisprobleme erkennbar wären.

Auch der Umstand, dass der Beschuldigte Ausländer ist, wie das Gericht anhand der Angabe der Staatsangehörigkeit im Bundeszentralregister, im polizeilichen Personalbogen oder ggf. auch dem Vermerk der Identitätsnachweisung mittels eines aufenthaltsrechtlichen Dokuments erkennen kann, wird daran praktisch ebenfalls nichts ändern.

Auch speziell für Fälle, in denen der Beschuldigte Ausländer ist, hat die Rechtsprechung gängige Leitlinien für die Frage der Pflichtverteidigerbestellung entwickelt: Danach sollen die fehlende Vertrautheit mit dem deutschen Rechtssystem und bloße Verständigungsschwierigkeiten allein regelmäßig aber noch nicht ausreichen.<sup>15</sup> Erst wenn weitere Umstände hinzutreten, welche die Verteidigungsfähigkeit auch bei Hinzuziehung eines Dolmetschers (§ 187 GVG) nicht mehr gewährleistet erscheinen lassen, liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor. Dies können solche sein, die sich speziell aus der Ausländereigenschaft des Beschuldigten ergeben, so z. B., wenn entgegen § 201 StPO i. V. m. Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK die Übersetzung der Anklageschrift in eine für den Angeklagten verständliche Sprache unterblieben ist und dieser daher die gegen ihn erhobenen Vorwürfe erstmals durch Übersetzung in der

Hauptverhandlung nachvollziehen kann.<sup>16</sup> Daneben können auch die o. g. allgemeinen Umstände durch mögliche Verständigungsschwierigkeiten entscheidend verstärkt werden; so wird beispielsweise bei Beschuldigten, die Aussagen nicht im unmittelbaren Wortlaut, sondern nur vermittelt durch eine (mehr oder minder präzise) Übersetzung verstehen und in Zweifel ziehen können, eher ein Pflichtverteidiger hinzuzuziehen sein als bei Muttersprachlern.<sup>17</sup>

Indes wird das Gericht auch unter Berücksichtigung dieser besonderen Grundsätze in unserem Beispiel nicht zur Bestellung eines Pflichtverteidigers gelangen. Das Unrecht der Tat ist nicht durch Besonderheiten des deutschen Rechts bzw. Kulturkreises geprägt; Vermögensdelikte wie Beförderungserschleichung und Diebstahl sind in zahlreichen Rechtsordnungen mit Strafe bedroht. Auch sprachliche Verständigungsprobleme, die das Gericht nicht bewerten, sondern lediglich versuchen kann, anhand der Aktenlage (etwa durch Zeugenangaben zum sprachlichen Verständnis, erfolgte oder unterbliebene Dolmetscherhinzuziehung in früheren Verfahren, des Geburtsorts etc.) abzuschätzen, werden es angesichts der Überschaubarkeit des Falls nicht ernsthaft darüber nachdenken lassen, einen Pflichtverteidiger zu bestellen, sondern es lediglich veranlassen, den Strafbefehl vorsichtshalber gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK in die Muttersprache des Beschuldigten übersetzen zu lassen.

### III. Aufenthaltsrecht trifft Strafrecht

Das mit dem Eingangsbeispiel befasste Gericht hat den Fall an dieser Stelle bereits unter einer Reihe von Gesichtspunkten des § 140 StPO geprüft. Nicht betrachtet hat es bisher jedoch, ob dem Beschuldigten bei einer Verurteilung zu den beantragten 30 Tagessätzen ein gravierender aufenthaltsrechtlicher Nachteil, insbesondere der Verlust des Aufenthaltsrechts droht. Weil das Aufenthaltsrecht trotz seiner hohen praktischen Bedeutung nicht Teil der juristischen Pflichtausbildung ist, wird es vielfach auch an fundierten Vorkenntnissen der aufenthaltsrechtlichen Normen fehlen. Hierdurch dürfte auch zu erklären sein, dass die Frage der Pflichtverteidigung aufgrund drohender aufenthaltsrechtlicher Nachteile nur selten Gegenstand gerichtlicher Erörterungen geworden ist – soweit ersichtlich finden sich in der veröffentlichten Rechtsprechung keine zwanzig Entscheidungen, welche die Problematik aufgreifen.

<sup>13</sup> Die Strafverfolgungsbehörden erhalten eine unbeschränkte Auskunft aus dem Bundeszentralregister (§ 41 BZRG), die über den Inhalt privater und behördlicher Führungszeugnisse (§ 32 BZRG) hinausgeht.

<sup>14</sup> Mit ihr beendet die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren mit einer abschließenden Entscheidung, die in der Einstellung mangels hinreichenden Tatverdachts (§ 170 Abs. 2 StPO) bzw. aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff. StPO) oder in der Anklageerhebung bzw. dem Strafbefehlsantrag bestehen kann.

<sup>15</sup> OLG Hamm StraFo 1996, 125; OLG Nürnberg NStZ-RR 2014, 183, 183.

<sup>16</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2003, 5403 Rn. 15; OLG Frankfurt StV 2008, 291.

<sup>17</sup> Vgl. dazu etwa LG Dortmund, Beschluss vom 21.3.2019 – 35 Qs 9/19 – Rn. 8 ff.

## 1. Zur bisherigen Rechtsprechung

Betrachtet man sie näher, so fällt zunächst ihre Fokussierung auf die Frage auf, ob dem Beschuldigten als Folge einer Verurteilung der Verlust des bestehenden Aufenthaltstitels durch Ausweisung gemäß §§ 51 Abs. 1 Nr. 5; 53 Abs. 1 AufenthG droht. Dagegen ist der (wie sich zeigen wird im Regelfall ausschlaggebendere) Problemkreis, inwieweit der Beschuldigte seine aufenthaltsrechtliche Perspektive bei einer künftigen Verlängerung seines Titels noch einbüßen könnte, nur selten thematisiert worden.<sup>18</sup> Dabei kann auch die Versagung der (rechtzeitig beantragten) Verlängerung den Beschuldigten ausreisepflichtig werden lassen (§§ 51 Abs. 1 Nr. 1; 81 Abs. 4 S. 1 AufenthG) und sich damit ebenso wie die Ausweisung als Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit)<sup>19</sup> sowie ggf. Art. 8 Abs. 1 EMRK (Achtung des Privatlebens)<sup>20</sup> darstellen. Sodann erfährt der Umstand, dass das Schicksal des Aufenthaltstitels von einer erst im Nachgang zur Verurteilung zu treffenden Entscheidung der Ausländerbehörde abhängig ist, auch unterschiedliche Berücksichtigung. Teils haben Gerichte hierzu eigene Prognosen angestellt, wobei die hierfür maßgeblichen Gesichtspunkte häufig ungenau bleiben und insbesondere ihre Ableitung aus dem Aufenthaltsrecht nicht erkennbar ist. So hat beispielsweise das KG Berlin ohne Weiteres angenommen, dass die Verurteilung zu einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen noch keine konkrete Gefahr der Ausweisung begründe; das OLG Stuttgart sah selbst die Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe von sechs Monaten ohne weitere Begründung als »erfahrungsgemäß noch nicht zu einer Ausweisung« führend an.<sup>21</sup> Andere beziehen dagegen auch (von Amts wegen eingeholte oder durch den Beschuldigten bzw. anwaltliche Vertretung vorgelegte) Erkenntnisse aus dem aufenthaltsrechtlichen Verfahren mit in ihre Bewertung ein, um daran zu messen, ob eine hinreichende Ausweisungsfahrgefahr bestehe.<sup>22</sup> Welcher Gefahrengrad »hinreichend« ist, wird in allen Fällen – in

unerörterter Diskrepanz der Maßstäbe – durch das jeweils erkennende Gericht<sup>23</sup> ohne Begründung schlicht vorausgesetzt. So sind beispielsweise die Übersendung der Anklageschrift an die Innenbehörde,<sup>24</sup> die Anhängigkeit eines Verfahrens beim Verwaltungsgericht<sup>25</sup> oder die Aussetzung des Verlängerungsverfahrens durch die Ausländerbehörde<sup>26</sup> als Indikatoren eines hinreichenden Risikos angesehen worden, während das OLG Hamburg<sup>27</sup> in der Ankündigung einer (ebenso ergebnisoffenen) »Prüfung, ob ausländerrechtliche Maßnahmen ergriffen werden sollen« durch die Ausländerbehörde nur eine nicht hinreichende abstrakte Gefahr erkannt hat.

## 2. Eigener Vorschlag

Die Gerichte gehen also offenbar bislang davon aus, dass als Voraussetzung für die Beiordnung von Pflichtverteidigern eine gewisse Gefahr bestehen muss, infolge einer Verurteilung einen »greifbaren« Nachteil zu erleiden. Dies erscheint uns als Ausgangspunkt nachvollziehbar und richtig. Denn der Anwendungsbereich des § 140 StPO würde uferlos ausgeweitet, wenn schon die Einbuße bloß theoretischer Möglichkeiten in vager Zukunft bereits die Mitwirkung eines Pflichtverteidigers auslösen würde. Zur Abgrenzung schlagen wir eine Übertragung des vom BGH zur Frage eines möglichen Berufsverbots (§ 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO) entwickelten Maßstabs vor. Allerdings müssen die im konkreten Fall geltenden aufenthaltsrechtlichen Prämissen berücksichtigt werden:

§ 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO verlangt die Mitwirkung eines Pflichtverteidigers, wenn das Strafverfahren zu einem Berufsverbot nach § 70 StGB führen »kann«. Das ist nach der Rechtsprechung des BGH<sup>28</sup> der Fall, wenn »Umstände vorhanden [sind], die dem Gericht Anlass geben, sich mit der Frage der Anordnung [...] zu befassen.« Mit der Heranziehung dieses Maßstabs wird nicht nur auf eine in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits etab-

<sup>18</sup> Soweit ersichtlich ist dies nur von LG Heilbronn NStZ-RR 2002, 269 und LG Oldenburg BeckRS 2013, 10658 erörtert (und eine Pflichtverteidigerbestellung deshalb auch bejaht) worden.

<sup>19</sup> Dazu, dass die Begründung der Ausreisepflicht Eingriffsqualität hat, s. BVerfG BeckRS 2020, 21094 Rn. 23.

<sup>20</sup> EGMR BeckRS 2009, 70641 Rn. 58; BVerwG NVwZ-RR 2011, 210 Rn. 14f.; VGH Baden-Württemberg NVwZ-RR 2010, 496, 498; s. a. EGMR NVwZ 2019, 945 Rn. 54 und Hofmann in: BeckOK-AuslR, Art. 8 EMRK Rn. 30.

<sup>21</sup> KG Berlin, Beschluss vom 10.5.2002 – 2 Ws 194/12 – Rn. 9.; OLG Stuttgart, Beschluss vom 20.5.2010 – 2 Ws 76/10 – Rn. 6; ohne weitere Begründung auch LG Berlin BeckRS 2011, 8992 und (mit gegenteiligen Ergebnissen) LG Berlin BeckRS 2003, 5920; LG Stade StV 1998, 125.

<sup>22</sup> Vgl. LG Heilbronn NStZ-RR 2002, 269; LG Oldenburg BeckRS 2013, 10658; OLG Hamburg StV 2006, 175; mit ausführlicher Begründung zur Abschiebep Praxis AG Hamburg StV 1998, 125 (aufgehoben durch LG Hamburg StV 1998, 327); die fehlende Klärung des aufenthaltsrechtlichen Status rügend LG Berlin BeckRS 2017, 109349 Rn. 13.

<sup>23</sup> LG Berlin BeckRS 2011, 8992: »hohe Wahrscheinlichkeit« bzw. »ernstlich drohende bzw. unmittelbar bevorstehende Ausweisung« erforderlich; LG Heilbronn NStZ-RR 2002, 269: ausreichend, dass mit ausländerrechtl. Folgen zu »rechnen« ist; ebenso LG Stade StV 1998, 125; LG Berlin BeckRS 2003, 5920: ausreichend, dass Ausweisung »droht«; KG Berlin, Beschluss vom 10.5.2012 – 2 Ws 194/12 – Rn. 9: »konkrete Gefahr« der »drohenden Ausweisung«; KG Berlin, BeckRS 2014, 9363: »insbesondere aus der konkreten Gefahr einer Ausweisung«; BayObLG StV 1993, 180: »Gefahr der Ausweisung« ausreichend; LG Hamburg StV 1998, 327, 328: nicht, wenn Ausweisung »unwahrscheinlich«; s. auch Lüderssen in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007, § 140 Rn. 110: wenn Ausweisung »höchstwahrscheinlich« und Weiler in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 140 Rn. 7: wenn Ausweisung oder Abschiebung »konkret im Raum« stehen.

<sup>24</sup> LG Hamburg StV 1992, 371.

<sup>25</sup> LG Heilbronn NStZ-RR 2002, 269 f.

<sup>26</sup> LG Oldenburg BeckRS 2013, 10658.

<sup>27</sup> OLG Hamburg StV 2006, 175, 176.

<sup>28</sup> BGHSt. 4, 320 = NJW 1953, 1481; ebenso OLG Celle NJW 1964, 877.

lierte Formel zurückgegriffen; die Anknüpfung an § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO erscheint im vorliegenden Kontext auch deshalb nicht fernliegend, weil mit dem Verlust des Aufenthaltstitels auch der regelmäßig daran gekoppelte Zugang zum Arbeitsmarkt verloren geht (vgl. § 4a Abs. 1 S. 1 AufenthG).

Bei Anwendung des Maßstabs darf jedoch nicht übersehen werden, dass über den Verlust der aufenthaltsrechtlichen Position bzw. Perspektive anders als über das Berufsverbot das Strafgericht nicht selbst, sondern die nach dem Landesrecht zuständige Ausländerbehörde entscheidet. Deshalb sollte maßgeblich darauf abgestellt werden, ob eine mögliche Verurteilung der *zuständigen und eigenständig entscheidenden Ausländerbehörde* Anlass gibt, sich mit aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen zu befassen. Denn schon dann stellen sich aufenthaltsrechtliche Folgen nicht mehr nur als theoretische Möglichkeit, sondern als *reales Risiko* für den Beschuldigten dar – und zwar auch dann, wenn derartige Folgen im Ergebnis später nicht eintreten sollten. Entgegen dem OLG Hamburg<sup>29</sup> lässt sich eine Verteidigerbestellung deshalb nicht schon mit der Erwägung verneinen, das Ergebnis einer Entscheidung der Ausländerbehörde sei noch offen. Es muss ausreichen, dass ihr überhaupt begründeter Prüfungsanlass gegeben wird.

Die Beurteilung dieser Frage verlangt vom Strafgericht fundierte Kenntnisse des Aufenthaltsrechts und dessen wesentlicher Strukturen, die deshalb unter IV. dargestellt werden, um dem Rechtsanwender den Einstieg in die im Einzelfall einschlägigen Verästelungen zu erleichtern.

## IV. Aufenthaltsrechtliche Implikationen

Für den Aufenthalt in Deutschland benötigen drittstaatsangehörige<sup>30</sup> Ausländer gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 AufenthG einen der in S. 2 abschließend aufgezählten Aufenthaltstitel. Wer einen solchen nicht (mehr) besitzt, ist gemäß § 50 Abs. 1 AufenthG zur Ausreise verpflichtet. Wird diese Pflicht nicht freiwillig erfüllt, ist sie im Wege der Abschiebung zu vollstrecken (§ 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG). Diese kann, darf oder muss zwar aus den in § 60a AufenthG genannten Gründen vorübergehend durch Erteilung einer Duldung ausgesetzt werden; die Duldung lässt die Ausreisepflicht des Ausländers jedoch unberührt (§ 60a Abs. 3 AufenthG).

Für die Frage, ob und ggf. welche aufenthaltsrechtlichen Nachteile der A in unserem Eingangsbeispiel bei ei-

ner Verurteilung zu gewärtigen hat, ist die Klärung seines aufenthaltsrechtlichen Status von grundlegender Bedeutung. Denn nur wenn A überhaupt im Besitz eines Aufenthaltstitels wäre, könnte eine Verurteilung zum Verlust einer bestehenden Rechtsposition zum legalen Aufenthalt im Bundesgebiet führen,<sup>31</sup> der seine Ausreisepflicht unmittelbar begründet. Bereits dieser Verlust begründet einen schweren Nachteil, der gemäß § 140 Abs. 2 StPO eine Pflichtverteidigerbestellung erforderlich macht. Inhaber einer Duldung haben dagegen zumindest *insoweit* durch eine Verurteilung nichts zu verlieren, da sie ohnehin bereits ausreisepflichtig sind. Auch ihnen können aber pflichtverteidigungsrelevante Nachteile drohen (siehe unter 2.). Dies gilt auch für Personen mit Aufenthaltsgestattung (siehe unter 3.). Zunächst soll aber die Aufenthaltserlaubnis im Fokus stehen.

### 1. Personen mit Aufenthaltserlaubnis

Gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AufenthG kann ein Aufenthaltstitel als Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Im Unterschied zur hier (aufgrund geringerer Problemrelevanz) nicht behandelten Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG) wird die Aufenthaltserlaubnis nur befristet erteilt und ist zweckgebunden (§ 7 Abs. 1 AufenthG). Durch eine strafrechtliche Verurteilung kann sie in zweifacher Hinsicht bedroht sein: Zum einen kann die Aufenthaltserlaubnis wegen überwiegender Ausweisungsinteressen durch Ausweisung gemäß §§ 51 Abs. 1 Nr. 5; 53 AufenthG erlöschen. Daneben kann ein verurteilungsbedingter Nachteil auch erst künftig dadurch drohen, dass eine begehrte Verlängerung gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 8 Abs. 1 AufenthG wegen eines Ausweisungsinteresses nicht mehr bewilligt werden kann. Sowohl für die Ausweisung als auch die Versagung einer Verlängerung knüpft das Aufenthaltsrecht an den Begriff des Ausweisungsinteresses an.

#### a) Das strafatbedingte Ausweisungsinteresse

Über mögliche Ausweisungsinteressen gibt § 54 AufenthG Aufschluss. Die dort vielfach ausdrücklich genannten Freiheits- oder Jugendstrafen<sup>32</sup> führen gerade den aufenthaltsrechtlich nicht versierten Rechtsanwender leicht in die Irre. Denn sie drohen zu verschleiern, dass auch weit unterhalb dieser Schwellen liegende Strafen häufig ein Ausweisungsinteresse auslösen. So begründen zunächst bereits einfache Betäubungsmittelvergehen gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG unabhängig von der Straferwartung ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse. Auch außerhalb dessen stellen

<sup>29</sup> OLG Hamburg StV 2006, 175, 176; ähnlich wie hier (Einfluss auf eine Ermessenentscheidung ausreichend) Thomas/Kämpfer (Fn. 10) § 140 Rn. 33.

<sup>30</sup> Aus Platzgründen ausgespart wurde der strafatbedingte Verlust des Aufenthaltsrechts von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen, der sich – mangels Anwendbarkeit des AufenthG (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG) – nach § 6 FreizügG/EU bestimmt.

<sup>31</sup> BVerfG NVwZ 1985, 409, 410 und BVerfG BeckRS 2020, 21094 Rn. 23.

<sup>32</sup> Vgl. § 54 Abs. 1 Nr. 1–Nr. 1b, Abs. 2 Nr. 1 und 2 AufenthG.

bereits verhältnismäßig geringfügige Delikte aus dem Bereich der Bagatelldelinquenz einen Verstoß gegen Rechtsvorschriften im Sinne von § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG dar, der regelmäßig nicht mehr »geringfügig« im Sinne der Norm sein wird.

Die Auffangvorschrift kann potenziell jedem Ausländer, der sich nicht rundherum rechtstreu verhält, zum Verhängnis werden.<sup>33</sup> Auch wenn die Geringfügigkeit nicht absolut, sondern anhand einer wertenden und abwägenden Beurteilung unter Berücksichtigung der Begehungsweise, des Verschuldens und der Tatfolgen zu bestimmen ist,<sup>34</sup> geht die herrschende Meinung auch nach der Reform des Ausweisungsrechts weiter von dem Grundsatz aus, dass *vorsätzliche Tatbegehungen* nicht als geringfügig angesehen werden können.<sup>35</sup> Das soll sogar schon für Ordnungswidrigkeiten gelten, die im Höchstmaß mit einer Buße von mehr als € 1.000,- bedroht sind.<sup>36</sup> Ausnahmen werden vor allem bei Verfahrenseinstellungen wegen Geringfügigkeit (§ 153 StPO) oder unter Auflagen (§ 153a StPO) von bis zu € 500,- in Betracht gezogen,<sup>37</sup> sind aber auch dann kein Automatismus.<sup>38</sup> Darüber hinaus hält die überwiegende Rechtsprechung Ausnahmen allenfalls bei Verurteilungen von nicht mehr als 30 Tagessätzen für möglich.<sup>39</sup> Da ein diesbezüglicher Grundsatz, wie ihn das OVG Bautzen erwogen hat<sup>40</sup> zur Vermeidung unverhältnismäßiger aufenthaltsrechtlicher Reaktionen zwar angezeigt wäre, sich aber bislang nicht allgemein etabliert hat, ist weiterhin von der Rechtsprechung des BVerwG auszugehen, wonach es besonderer Einzelfallumstände bedarf, um die Einstufung des Rechtsverstoßes trotz Tatvorsatzes als geringfügig zu recht-

fertigen.<sup>41</sup> Damit enthält das AufenthG weiterhin keine starre Strafmaßgrenze, bei deren Unterschreiten eine Vorsatztat aufenthaltsrechtlich stets unbeachtlich wäre.<sup>42</sup> Im Gegenteil indiziert die vorsätzliche Tatbegehung ein Ausweisungsinteresse i. S. v. § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG – und damit zugleich einen Regelversagungsgrund für die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i. V. m. § 8 Abs. 1 AufenthG).<sup>43</sup>

Für die Frage der Hinzuziehung eines Pflichtverteidigers nach § 140 Abs. 2 StPO hat dies zur Konsequenz, dass sich bei Vorsatztaten ein drohender aufenthaltsrechtlicher Nachteil niemals *allein* mit einem Verweis auf das geringe Strafmaß verneinen lassen wird. Vielmehr müsste das Gericht dafür zumindest besondere Umstände benennen können, die trotz Vorsatz ausnahmsweise ein Geringfügigkeitsurteil i. S. v. § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG rechtfertigen. Da seine Würdigung jedoch ohne jede Bindungswirkung für die spätere Entscheidung der Ausländerbehörde ist, sollte sich das Gericht im Zweifelsfall veranlasst sehen, seine Wertung mit der Einschätzung der zuständigen Ausländerbehörde abzugleichen.

#### b) Unterschiede in Ausweisungssituation und Verlängerungsperspektive

Begründen also bereits relativ geringfügige strafrechtliche Verurteilungen ein Ausweisungsinteresse, kann dieses sowohl den Bestand des vorhandenen Aufenthaltstitels als künftig auch dessen Verlängerung gefährden. Rechtlich besteht zwischen beiden Situationen allerdings ein zentraler Unterschied. Denn § 53 Abs. 1 AufenthG macht den Entzug der bestehenden Aufenthaltserlaubnis durch Ausweisung davon abhängig, dass in einer *umfassenden Abwägung* der öffentlichen Ausweisungsinteressen mit *allen* individuellen Bleibeinteressen das öffentliche Interesse an der Ausreise überwiegt. Demgegenüber begründet in der Verlängerungssituation bereits der bloße Bestand des Ausweisungsinteresses als solcher schon einen Regelversagungsgrund (vgl. § 8 Abs. 1 AufenthG i. V. m. § 5 Abs. 1 AufenthG: »in der Regel«); ob die betroffene Person (nach umfassender Abwägung) aufgrund dessen auch tatsächlich rechtsfehlerfrei ausgewiesen werden könnte, ist unerheblich.<sup>44</sup> Zwar sind auch Ausnahmen von dieser Regel

<sup>33</sup> So zutreffend Hoppe, in: Dörig, Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2. Aufl. 2020, § 7 Rn. 115.

<sup>34</sup> Bauer in: Bergmann/Dienelt, AuslR, § 54 AufenthG Rn. 95; Hoppe (Fn. 33) Rn. 116.

<sup>35</sup> OVG Lüneburg BeckRS 2018, 30406 Rn. 32; VGH München BeckRS 2019, 13755 Rn. 5.

<sup>36</sup> Die Grenze wird aus § 87 Abs. 4 S. 3 AufenthG abgeleitet, wonach darunter eine Ausnahme von der Mitteilungspflicht der Strafverfolgungs- und Bußgeldbehörden an die Ausländerbehörde besteht, vgl. Bauer (Fn. 34) Rn. 95. Die Grenze soll im Wiederholungsfall auch niedriger bemessen werden können.

<sup>37</sup> Bauer (Fn. 34) Rn. 95. Das Abstellen auf eine bestimmte Auflagenhöhe erscheint zweifelhaft, weil ihre Bemessung auch von Schuld und Unrecht nicht direkt abhängige Umstände, wie z. B. die Abschöpfung erlangter Vorteile, Ermittlungskosten und die finanzielle Leistungsfähigkeit des Beschuldigten, mit einfließen können.

<sup>38</sup> Vgl. nur den Fall bei VGH München BeckRS 2019, 13755 Rn. 5: trotz Verfahrenseinstellung gegen Zahlung von € 500,- kein nur geringfügiger Rechtsverstoß bei vorsätzlicher Körperverletzung.

<sup>39</sup> OVG Sachsen BeckRS 2020, 8805 Rn. 10 m. w. N. zur Rechtsprechung; ebenso Hoppe (Fn. 33) Rn. 116; a. A. OVG Sachsen-Anhalt BeckRS 2016, 53879 Rn. 12; ebenso noch Bauer/Dollinger in: Bergmann/Dienelt, AuslR, 12. Aufl. 2018, § 54 Rn. 76.

<sup>40</sup> OVG Sachsen BeckRS 2019, 1913; vgl. auch Ziff. 55.2.2.3.1 VwV-AufenthG 2009 zu § 55 AufenthG a. F. sowie Ziff. 52.2 Nr. 9 der Verfahrenshinweise zum Aufenthalt in Berlin, wonach sogar Geldstrafen von insgesamt bis zu 90 Tagessätzen und Freiheitsstrafen von bis zu drei Monaten geringfügig sein sollen.

<sup>41</sup> Vgl. Hoppe (Fn. 33) Rn. 116; Fleuß in: BeckOK-AuslR, § 54 AufenthG Rn. 325; BVerwG NVwZ 2005, 601 zu § 46 Nr. 2 AuslG a. F., der dem heutigen § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG weitgehend entspricht. Den entscheidungsgegenständlichen Betrug (§ 263 StGB) sah das BVerwG aufgrund der erstmaligen Tatbegehung, des geringen Strafmaßes (10 Tagessätze), fehlender Wiederholungsgefahr, der Annahme des Strafbefehls durch die Klägerin sowie der Schadenshöhe (150 DM) trotz Tatvorsatzes ausnahmsweise als geringfügigen Rechtsverstoß an.

<sup>42</sup> Fleuß (Fn. 41) Rn. 325; BVerwG NVwZ 1997, 1123, 1124.

<sup>43</sup> Vgl. Maor in: BeckOK-AuslR § 5 AufenthG Rn. 8.

<sup>44</sup> BVerwG NVwZ 2019, 486 Rn. 15; NVwZ 2003, 217, 219; VGH BW BeckRS 2020, 30097 Rn. 41; 2020, 35826 Rn. 11; Maor (Fn. 43) Rn. 8 mit umfangreichen Nachweisen.

denkbar. Sie sind nach der Rechtsprechung des BVerwG jedoch auf (seltene) atypische Fälle beschränkt, die entweder Folge des Einflusses höher- bzw. vorrangigen Rechts oder besonderer atypischer Umstände sind, die so bedeutsam sein müssen, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelung beseitigen.<sup>45</sup> Die Annahme einer Ausnahme ist stets das Ergebnis einer umfassenden Einzelfallbetrachtung, wobei die Praxis tendenziell strenge Maßstäbe anlegt.<sup>46</sup> Insbesondere begründet ein langer Voraufenthalt in Deutschland und eine damit einhergehende wirtschaftliche Integration für sich genommen noch keinen Ausnahmefall.<sup>47</sup> Es ist somit rechtlich möglich, dass das Gewicht eines Bleibeinteresses zwar stark genug ist, sich im Rahmen umfassender Interessenabwägung durchzusetzen und damit eine sofortige Ausweisung zu blockieren, es aber gleichzeitig zu schwach ist, einen atypischen Fall zu begründen, der die durch § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vorgezeichnete Regelablehnung eines Verlängerungsantrags überwindet.

Gerade im Bereich der Kleinkriminalität wird sich das Schicksal der Aufenthaltserlaubnis deshalb häufig bei der Verlängerungsentscheidung wirklich erst entscheiden. Auch rechtspraktisch wird die Ausländerbehörde angesichts einer Masse von Bagatelldelikten häufig kein akutes Bedürfnis sehen, von sich aus in eine Ausweisungsprüfung mit umfassendem Abwägungsaufwand einzusteigen, weil das Ausweisungsinteresse bei der nächsten Verlängerungsentscheidung ohnehin routinemäßig geprüft wird und hier eine Versagung mit erheblich geringerem Begründungsaufwand erfolgen kann. Rechtspraktisch wie -dogmatisch überzeugt es deshalb nicht, wenn sich Strafgerichte bezüglich § 140 Abs. 2 StPO (allein) mit der Wahrscheinlichkeit einer Ausweisung beschäftigen, geht doch die tendenziell größere Gefahr für die Aufenthaltserlaubnis von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG bei der nächsten Verlängerungsentscheidung aus.

Für die Frage der Pflichtverteidigung ist deshalb die Gefährdung der Titelverlängerung zunächst in den Blick zu nehmen. Hierbei gefährdet die aktuell drohende Verurteilung diese auch dann, wenn die Verlängerung erst in ein oder zwei Jahren ansteht. Denn jedenfalls wenn die aktuelle Verurteilung im Zeitpunkt der nächsten Verlängerungsentscheidung im Bundeszentralregister noch nicht tilgungsreif wäre (§§ 46 Abs. 1; 51 Abs. 1 BZRG), kann diese von der Ausländerbehörde noch berücksichtigt werden. Das Strafgericht wird eine Pflichtverteidigerbestellung auch nicht mit einem bloßen Verweis auf einen möglichen atypischen Ausnahmefall ablehnen können. Denn ob ein solcher künftig vorliegt, ist kaum prognostizierbar; jedenfalls darf ein solcher aufgrund seines Aus-

nahmecharakters nicht einfach unterstellt werden. Entsprechendes gilt bezüglich einer Unklarheit über einen künftigen Verlängerungswillen des Betroffenen, zumal wenn dieser bislang noch keine Veranlassung hatte, die Verlängerung seiner noch laufenden Aufenthaltserlaubnis zu beantragen. Lediglich wenn eine Verlängerung durch zwingende (andere) Versagungsgründe ausgeschlossen ist, die bis zur nächsten Verlängerungsentscheidung nicht mehr ausgeräumt werden können, drohte ihm durch eine Verurteilung insoweit kein kausaler Nachteil mehr.

Deshalb kommt es auf das Risiko einer Ausweisung nur in Ausnahmefällen an, etwa wenn

- eine (erneute) Verlängerung des erteilten Titels rechtlich ausgeschlossen ist (z. B. bei Aufenthalt zur Anerkennung ausländischer Berufsqualifikationen, § 16d Abs. 4 S. 1 AufenthG oder zur Arbeitsplatzsuche, § 20 Abs. 4 S. 2 AufenthG),
- ein Verlängerungswille des Betroffenen ausnahmsweise nicht besteht,
- eine Verlängerung bereits aus anderen nicht mehr zu behebenden Versagungsgründen ausgeschlossen ist,
- die Verlängerung ausnahmsweise von der Prüfung von Ausweisungsinteressen freigestellt ist (z. B. § 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG) oder
- die anstehende Verurteilung zum Zeitpunkt der nächsten Verlängerungsentscheidung nicht mehr berücksichtigungsfähig wäre.

Auch in diesen Sonderfällen geht es allerdings fehl, mit allgemeinem »Erfahrungswissen«<sup>48</sup> zu argumentieren. Ein solches kann gar nicht gebildet werden, weil § 53 Abs. 1 AufenthG die Ausweisungsentscheidung nicht von bestimmten Größen, sondern einer umfassenden Abwägung aller Einzelfallumstände abhängig macht. Sieht man entgegen der hier vertretenen Ansicht nicht bereits die straftatbedingte Begründung eines Ausweisungsinteresses, das der Ausländerbehörde Anlass gibt, in die Abwägung einzusteigen, als hinreichend reales Risiko an, dürfte die Ablehnung einer Pflichtverteidigerbestellung ohne Ermittlung und Abwägung aller Ausweisungs- und Bleibeinteressen durch das Strafgericht kaum rechtsfehlerfrei möglich sein.

### c) Milderungen und Verschärfungen

Von vorgenannten Grundsätzen kennt das Gesetz Ausnahmen, die sowohl begünstigend als auch verschärfend wirken können.

- 1) Für einige Aufenthaltstitel bestimmt das AufenthG bei Überschreitung eines bestimmten Strafmaßes, dass

<sup>45</sup> BVerwG NVwZ 2009, 1239 Rn. 13 (zu § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG); VGH BW BeckRS 2007, 26824: hypothetische Verfolgungsverjährung bzw. kurz bevorstehende Tilgungsreife einer nicht abgeurteilten Tat.

<sup>46</sup> Maor (Fn. 43) Rn. 20b.

<sup>47</sup> Vgl. Maor (Fn. 43) Rn. 20d.

<sup>48</sup> So aber das OLG Stuttgart, s. oben Fn. 21.

ihre Verlängerung ausgeschlossen ist. So scheitert die Verlängerung einer gemäß § 19d Abs. 1 AufenthG zu Beschäftigungszwecken erteilten Aufenthaltserlaubnis bei Verurteilungen wegen Vorsatzstraftaten von insgesamt (!) 50 Tagessätzen (bzw. 90 Tagessätzen bei Vorsatztaten nach dem AsylG oder AufenthG) zwingend an § 19d Abs. 1 Nr. 7 AufenthG. Beruht die Aufenthaltserlaubnis auf § 19d Abs. 1a AufenthG, ist diese sogar vorzeitig durch Widerruf zu entziehen (§ 19d Abs. 1b AufenthG).

- 2) Demgegenüber stellt § 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG die dort genannten Aufenthaltserlaubnisse aus humanitären Gründen von der Prüfung etwaiger Ausweisungsinteressen frei. Dies betrifft vor allem Personen mit Asylberechtigung, Flüchtlingsstatus, dem subsidiären Schutzstatus sowie Personen, für die Abschiebungsverbote festgestellt wurden. Ihnen drohen Ausweisung bzw. Nichtverlängerung erst bei einer »schweren Straftat« bzw. einer »Straftat von erheblicher Bedeutung« (vgl. § 53 Abs. 3a, Abs. 3b AufenthG bzw. § 25 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 2 AufenthG). Da in diesen Fällen häufig bereits die unmittelbar drohende Strafsanktion die Beordnung eines Pflichtverteidigers erfordern wird, dürfte das Risiko eines zu Unrecht unverteidigt bleibenden Beschuldigten geringer sein. Nicht übersehen werden darf allerdings, dass auch kleinere Vergehen den Betroffenen in diesen Fällen noch »auf die Füße fallen können«, insbesondere wenn sie einen (gemäß § 39 Nr. 1 AufenthV aus dem Inland möglichen) Wechsel zu einem anderen Aufenthaltstitel begehren, der nicht mehr von Ausweisungsinteressen freigestellt ist. Auf einen solchen Zweckwechsel könnte eine Person vor allem bei Wegfall der in ihrem Herkunftsland ursprünglich bestehenden Gefahr und des deshalb ggf. drohenden Verlusts ihres humanitären Aufenthaltsrechts angewiesen sein (vgl. § 26 Abs. 2 AufenthG).
- 3) Für die weiteren in Kapitel 2 Abschnitt 5 geregelten humanitären Aufenthaltstitel eröffnet § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG zudem die Möglichkeit, im Ermessenswege von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG abzusehen. Die Ermessenseröffnung bei diesen Personengruppen darf das Strafgericht bei der Prüfung des § 140 Abs. 2 StPO aber nicht zu der Annahme verleiten, ein Nachteil drohe deshalb nicht mehr mit hinreichender Wahrscheinlichkeit. Denn die Absehensentscheidung steht im freien Ermessen der Ausländerbehörde, das durch das Strafgericht nicht ersetzt werden kann. Tatsächlich wäre die Annahme, in der Praxis würde aufgrund des humanitären Aufenthaltszwecks jedenfalls bei kleinerer Kriminalität regelmäßig auf die Einhaltung von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG verzichtet, auch verfehlt. Dort geht die im Ausgangspunkt offene und wegen der gerichtlich beschränkten Kontrollbefugnis (§ 114 S. 1 VwGO) im

Ergebnis nur schwer angreifbare Einzelfallabwägung<sup>49</sup> häufig genug zu Lasten der betroffenen Person aus.<sup>50</sup>

- 4) § 27 Abs. 3 S. 2 AufenthG eröffnet ebenfalls ein Ermessen, bei Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltserlaubnissen, die zum Zweck des Familiennachzugs erteilt wurden, von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG abzusehen. Soweit hierdurch der grundrechtliche Schutzbereich von Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG betroffen ist, werden jedenfalls (erstmalige) Bagatelldelikte die Verlängerung einer zum Familiennachzug erteilten Aufenthaltserlaubnis aber regelmäßig nicht hindern können, wenn der Betroffene Mitglied der Kernfamilie ist.<sup>51</sup>

## 2. Personen mit Duldung

Weil eine Duldung als nur vorübergehende Aussetzung der Abschiebung kein Aufenthaltstitel ist und sie nichts am Fortbestand der Ausreisepflicht ändert, kann ein aufenthaltsrechtlicher Nachteil nicht schon damit begründet werden, dass der Beschuldigte infolge ihres Verlusts bzw. ihrer Nichtverlängerung ausreisepflichtig würde.<sup>52</sup> Dies schließt indes nicht aus, dass er bei einer Verurteilung im Einzelfall dennoch einem realen Risiko schwerwiegender aufenthaltsrechtlicher Nachteile ausgesetzt sein kann.

Dies gilt insbesondere für die *Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung* (§§ 60c, 60d AufenthG), bei denen es sich um »Aufenthaltsrechte im Duldungsgewand« handelt, welche die Ausreisepflicht zwar formal weiterbestehen lassen, in der Sache aber ein gerichtlich durchsetzbares Bleiberecht vermitteln, das in puncto aufenthaltsrechtlicher Sicherheit nicht hinter einem Aufenthaltstitel zurück bleibt, in den diese Duldungen perspektivisch auch überführt werden sollen (vgl. § 19d Abs. 1a AufenthG bzw. § 25b Abs. 6 AufenthG).<sup>53</sup> Während die Ausbildungsduldung gemäß § 60c Abs. 2 Nr. 4 AufenthG i. V. m. § 19d Abs. 2 Nr. 7 AufenthG bei Verurteilungen wegen einer Vorsatztat kraft Gesetzes erlischt, sofern das Strafmaß – unter Addition etwaiger Vorstrafen (»insgesamt«!) – die o.g.

<sup>49</sup> OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2134 Rn. 65 m. w. N.

<sup>50</sup> Beispielhaft VGH BW BeckRS 2020, 35001 Rn. 13 u. 17; VGH München BeckRS 2020, 26732 Rn. 7.

<sup>51</sup> Vgl. VGH BW BeckRS 2009, 42506; ebenso VG Münster BeckRS 2018, 17877 Rn. 41 unter Annahme eines Ausnahmefalls (Verurteilung i. H. v. 30 Tagessätzen wegen Diebstahls).

<sup>52</sup> So auch KG Berlin, BeckRS 2014, 9363; OLG Karlsruhe BeckRS 2003, 5403; s. a. KG Berlin, BeckRS 2017, 109349, das die auch bei Ausreisepflichtigen bestehende Möglichkeit einer Ausweisung verkennt.

<sup>53</sup> Beide Duldungen sind Spezialfälle des § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG, denen der Gesetzgeber aufgrund ihrer praktischen Bedeutung aber eigenständige Paragraphen gewidmet hat; siehe Sebastian Röder und Philipp Wittmann, »Spurwechsel leicht gemacht? Überlegungen zur neuen Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung«, in: Das Migrationspaket, Beilage zum Asylmagazin 8–9/2019, 23 ff.

Grenzen von 50 bzw. 90 Tagessätzen überschreitet, kennt die Beschäftigungsduldung nur bei Vorsatztaten nach dem AsylG oder AufenthG eine Toleranzgrenze, die bei 90 Tagessätzen liegt und nur bei Erstverurteilungen greift (vgl. § 60d Abs. 1 Nr. 7 AufenthG i. V. m. § 32 Abs. 2 Nr. 5 lit. a) BZRG). Jede andere Verurteilung führt dagegen unweigerlich zum Widerruf der Beschäftigungsduldung (§ 60d Abs. 3 S. 1 AufenthG) und damit zum Verlust der vor einer Abschiebung schützenden Aufenthaltsposition. Innerhalb des Familienverbundes kommt es dabei zu einer Zurechnung (nicht aber Addition) strafrechtlicher Verurteilungen von Ehe- bzw. Lebenspartnern (§ 60d Abs. 1 Nr. 7 AufenthG) sowie bestimmter, insbesondere nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG von Kindern begangener Straftaten (§ 60d Abs. 1 Nr. 10 AufenthG).

Darüber hinaus ist die Beiordnung eines Pflichtverteidigers auch bei einem »einfach« Geduldeten jedenfalls dann geboten, wenn dieser die Erteilung einer Ausbildungs- oder Beschäftigungsduldung bzw. einer »echten« Aufenthaltserlaubnis beantragt hat und die Ausländerbehörde das weitere Verfahren im Hinblick auf das Strafverfahren gemäß § 79 Abs. 2, Abs. 4, Abs. 5 AufenthG aussetzt. Denn die Aussetzungsbefugnis der Behörde besteht nur, wenn ihre Entscheidung nur noch vom Ausgang des Strafverfahrens abhängt (andere Versagungsgründe also nicht gegeben sind). Ob weiterhin auch rein *tatsächliche* Nachteile pflichtverteidigungsrelevant sein können, etwa in Fällen, in denen sich eine Ausländerbehörde entschließt, eine bislang noch nicht konkret beabsichtigte Abschiebung im Anschluss an eine Verurteilung nunmehr kurzfristig zu verfolgen, erscheint zumindest diskutabel, kann aber hier nicht weiter vertieft werden.

### 3. Personen mit Aufenthaltsgestattung

Wie die Duldung ist auch die Aufenthaltsgestattung nicht in § 4 Abs. 1 S. 2 AufenthG genannt und damit kein Aufenthaltstitel. Bei ihr handelt es sich vielmehr um ein gesetzesunmittelbares vorläufiges Aufenthaltsrecht zur Durchführung des Asylverfahrens. Strafrechtliche Verurteilungen wirken sich auf dessen Bestand nicht aus, weil § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht anwendbar und die in § 53 Abs. 4 S. 1 AufenthG für den Fall schwerer Straftaten vorgesehene Ausweisung eines Asylsuchenden nur unter der (aufschiebenden) Bedingung des unanfechtbar abgelehnten Asylantrags möglich ist. Sofern sich bereits während des Asylverfahrens ein davon unabhängiges Bleiberecht konkret abzeichnet, sind aber auch hier Fälle vorstellbar, in denen eine Pflichtverteidigung geboten erscheinen kann.

## V. Das Verfahren der Verteidigerbestellung

Das Verfahren der Pflichtverteidigerbestellung ist in §§ 141 ff. StPO geregelt. Hierbei bestimmt § 141 Abs. 2 StPO zunächst, wann die Pflichtverteidigerbestellung spätestens zu erfolgen hat. Dies ist bei Bagatelldelikten in der Regel der Zeitpunkt der Zustellung der Anklageschrift. Eine ausdrückliche Regelung dazu, wann die Bestellung im Strafbefehlsverfahren zu erfolgen hat, fehlt indes. Vieles spricht dafür, dass auch hier der Pflichtverteidiger spätestens mit der Zustellung des Strafbefehls zu bestellen ist. Der Angeklagte sollte vorher jedoch die Gelegenheit haben, einen Rechtsanwalt seines Vertrauens vorzuschlagen. Daher erscheint es zweckmäßig, den Strafbefehl mit Anhörungsschreiben zur Benennung eines Verteidigers zunächst formlos zu übersenden – so wie es regelmäßig auch bei Zustellung der Anklage erfolgt –, um den Strafbefehl diesem anschließend mit seiner Bestellung förmlich zuzustellen. Darüber hinaus gibt § 141 Abs. 1 S. 1 StPO Beschuldigten auch die Möglichkeit, die Beteiligung eines Pflichtverteidigers durch ausdrückliches Verlangen im Ermittlungsverfahren frühzeitig zu erzwingen. Über dieses Recht ist der Beschuldigte vor Beginn seiner ersten Vernehmung zu belehren (§§ 136 Abs. 1 S. 5 Hs. 2; 141 Abs. 1 S. 1 StPO). Den Antrag, der bei Polizei oder Staatsanwaltschaft zu stellen ist, hat das Gericht grundsätzlich spätestens vor der nächsten Beschuldigtenvernehmung zu bescheiden (§ 141 Abs. 1 S. 2 StPO).

Auch unabhängig vom Verfahrensstand kann es für potenziell pflichtverteidigungsberechtigte Beschuldigte ratsam sein, die Beiordnung unter Darlegung der tragenden Gründe ausdrücklich zu beantragen, um die Strafverfolgungsbehörden frühzeitig zu einer Auseinandersetzung zu drängen. Nicht verschwiegen werden soll jedoch auch, dass der Beschuldigte damit ein gewisses Kostenrisiko aktiv befördert. Denn im Fall seiner Verurteilung hat er (unabhängig davon, ob die Bestellung auf Antrag oder von Amts wegen erfolgte) der Staatskasse die Kosten des Pflichtverteidigers zu erstatten (§ 465 Abs. 1 StPO). Die Gebühren des Pflichtverteidigers sind zwar im Vergleich zum Wahlverteidiger regelmäßig niedriger. Unter Umständen mag es jedoch in »kleineren« Fällen, in denen durch die Polizei lediglich ein Anhörungsbogen versendet wird, den man in der Sache auch einfach unbeantwortet lassen darf, auch empfehlenswert sein, den Antrag erst im gerichtlichen Verfahren zu stellen, um so Gebühren für das Ermittlungsverfahren einzusparen.

## VI. Fazit

30 Tagessätze – was im Strafrecht als Mücke erscheint, kann im Aufenthaltsrecht ganz schnell zum Elefanten werden, wenn der Beschuldigte Ausländer ist und dem AufenthG unterfällt. Dort begründen bereits kleine Straf-

## Neue internationale Entscheidungen

Zu einer aktuellen Entscheidung des EuGH  
*Von Lea Hupke, Redakteurin des Asylmagazins*

### EuGH zur möglichen Beendigung des Schutzes von UNRWA bei palästinensischen Staatenlosen

EuGH, Urteil vom 13.1.2021 – C-507/19, Deutschland gg. XT – asyl.net: M29216.

Der EuGH hat in einer aktuellen Entscheidung verschiedene Fragen im Zusammenhang mit der Flüchtlingsanerkennung von staatenlosen Personen palästinensischer Herkunft mit Schutz durch den UNRWA beantwortet. Dabei ging es vor allem um die Frage, ob der Schutz des UNRWA nach einer Ausreise weiterhin gewährt wird und welche Gebiete, die unter dem Mandat des UNRWA stehen, bei der Beurteilung dieser Frage in den Blick zu nehmen sind.

#### Das UNRWA-Mandat

UNRWA (United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East) ist eine Organisation der Vereinten Nationen, die gegründet wurde, um palästinensische Flüchtlinge zu schützen und zu unterstützen. Dies betrifft sogenannte »Palästina-Flüchtlinge«, deren ständiger Wohnsitz sich zwischen Juni 1946 und Mai 1948 in Palästina befand und die sowohl ihren Wohnsitz als auch ihre Lebensgrundlage in Folge des arabisch-israelischen Konflikts 1948 verloren haben sowie ihre Nachkommen. Zudem fallen auch die durch den »Sechs-Tage-Krieg« von 1967 Vertriebenen unter das Mandat von UNRWA. Das Mandat erstreckt sich auf fünf Operationsgebiete: den Gazastreifen, das Westjordanland (einschließlich Ostjerusalems), Jordanien, Libanon und Syrien.

#### Sachverhalt

In dem Fall, der dem EuGH vorgelegt wurde, geht es um XT, einen in Damaskus geborenen staatenlosen Mann palästinensischer Herkunft. XT verfügte über einen Registrierungsnachweis von UNRWA, da er Bewohner des Flüchtlingslagers Jarmuk war. Zwischen 2013 und 2015 wohnte und arbeitete er im Libanon, ohne dort eine Aufenthaltsberechtigung zu haben. Da sich die Kontrollen gegen Ende seines Aufenthalts im Libanon verschärften und er deshalb eine Abschiebung befürchtete, kehrte er Ende 2015 zurück nach Syrien. Die an Syrien angrenzenden Staaten Jordanien und der Libanon schlossen zu diesem Zeitpunkt ihre Grenzen für palästinensische Flüchtlinge, die sich in Syrien aufhielten. Da die Sicherheitslage und die damit einhergehenden Lebensbedingungen sich in Syrien immens verschlechtert hatten, reiste XT einige

taten regelmäßig ein Ausweisungsinteresse, das den Fortbestand eines Aufenthaltsrechts gefährden und damit dem rechtssicheren Leben des Beschuldigten in Deutschland ein Ende setzen kann. Droht ein solcher Nachteil, wiegt er für den Betroffenen regelmäßig so schwer, dass die Mitwirkung eines Pflichtverteidigers wegen der Schwere der (mittelbaren) Rechtsfolge erforderlich ist. Das entspricht im Ausgangspunkt einhelliger Rechtsprechung, die es bislang aber nicht geschafft bzw. nicht mit letzter Konsequenz verfolgt hat, einen konsistenten Maßstab mit aufenthaltsrechtlicher Substanz zu entwickeln. Diese Entwicklung kann sinnvoll nur aus dem Aufenthaltsrecht erfolgen, auf das der Strafrichter in seiner Ausbildung nicht und in der Praxis nur sporadisch trifft.

Weil sich die Entscheidung über Entstehung und (Fort-)Bestand des Aufenthaltsrechts des Betroffenen innerhalb eines dem Strafgericht regelmäßig fremden Fachrechts und außerhalb seines Einflussbereichs vollzieht, ist die Beiordnung eines Pflichtverteidigers immer schon dann erforderlich, wenn eine mögliche Verurteilung ein Einschreiten der Ausländerbehörde zur Folge hätte. Dann ist nämlich stets davon auszugehen, dass ein reales, d. h. nicht nur theoretisches Risiko besteht, infolge der Verurteilung einen gravierenden aufenthaltsrechtlichen Nachteil zu erleiden. Davon ist zunächst bei Inhabern (verlängerbarer) Aufenthaltserlaubnisse auszugehen, weil ein bestehendes Ausweisungsinteresse ihre Verlängerung »in der Regel« ausschließt. Ausnahmen gelten insbesondere bei Aufenthaltstiteln nach § 25 Abs. 1–3 AufenthG, ggf. bei familiären Aufenthaltserlaubnissen sowie in Fällen, in denen eine Verurteilung keinen zusätzlichen aufenthaltsrechtlichen Schaden anrichten kann, weil die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ohnehin an anderen Hindernissen scheitern wird. Darüber hinaus kann auch Inhabern einer Ausbildungs- oder Beschäftigungsduldung ein pflichtverteidigungsrelevanter Nachteil drohen. Sie besitzen zwar keinen Aufenthaltstitel, gleichwohl eine Rechtsposition, die ihnen einen rechtssicheren und langfristigen Aufenthalt ermöglicht. Schließlich ist auch zu überlegen, Inhabern einer »allgemeinen« Duldung oder einer Aufenthaltsgestattung einen Pflichtverteidiger beizuordnen, wenn die Erteilung eines Bleiberechts nur vom Ausgang des Strafverfahrens (und ggf. Abschluss eines Asylverfahrens) abhängt.

Da sich die aufenthaltsrechtlich relevanten Informationen meist nicht aus der Strafakte ergeben, wird das Strafgericht sie vielfach von Amts wegen zu ermitteln haben. Dabei können und dürfen ihm die übrigen Beteiligten durchaus helfen: Während Polizei und Staatsanwaltschaft den aufenthaltsrechtlichen Status des Beschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren erheben könnten, können der Beschuldigte und seine Unterstützer in geeigneten Fällen die Beiordnung eines – wenn möglich bereits zu benennenden – Verteidigers eigeninitiativ beantragen und dem Gericht dabei selbst die aufenthaltsrechtlich relevanten Informationen mitteilen.

## Asylmagazin - Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht



- Beiträge aus der Beratungspraxis und zu Rechtsfragen
- Themenschwerpunkte und Beilagen
- Rechtsprechung
- Länderinformationen
- Nachrichten, Literaturhinweise

Bestellung bei [menschenrechte.ariadne.de](http://menschenrechte.ariadne.de)



### [www.asyl.net](http://www.asyl.net)

- Rechtsprechungsdatenbank und »Dublin-Entscheidungen«
- Themenseiten
- Auswahl von Länderinformationen
- Beiträge aus dem Asylmagazin
- Publikationen und Stellungnahmen
- Newsletter



### [familie.asyl.net](http://familie.asyl.net)

Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und Schutzberechtigten.

- Nachzug von außerhalb Europas
- »Dublin-Familienzusammenführung«
- Laufend aktualisierte Fachinformationen



### [www.fluechtlingshelfer.info](http://www.fluechtlingshelfer.info)

Informationen für die ehrenamtliche Unterstützung von Flüchtlingen:

- Arbeitshilfen
- Themenübersichten
- Projekte
- Links und Adressen



### [adressen.asyl.net](http://adressen.asyl.net)

Adressdatenbank mit

- Beratungsstellen im Bereich Flucht und Migration sowie weiteren Rechtsgebieten (dt./engl.)
- Weitere Adressen und Links



### **Aktuelle Publikationen**

Arbeitshilfen und Übersichten zu Themen der Beratungspraxis. Abrufbar bei [asyl.net](http://asyl.net) unter »Publikationen«



### [www.ecoi.net](http://www.ecoi.net)

Die Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern und Drittstaaten.

Der Informationsverbund Asyl und Migration ist Partner von [ecoi.net](http://ecoi.net), das von der Forschungsstelle ACCORD beim Österreichischen Roten Kreuz koordiniert wird.