

Beitrag aus dem ASYLMAGAZIN 12/2015, S. 403–408

Marcus Bergmann und Carsten Hörich

## Strafbarkeit bei Hilfe zum Grenzübertritt?

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., Dezember 2015. 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 62 € für regelmäßig 10 Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

<http://www.ariadne.de/von-loeper-literaturverlag/zeitschriften/asyl-magazin/>

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



In Kooperation mit



## Strafbarkeit bei Hilfe zum Grenzübertritt?

### Inhalt

1. Der Unterschied zwischen »Beihilfe zur unerlaubten Einreise« und »Einschleusen«
2. Die Hilfe gegenüber Flüchtlingen
3. Die Reichweite des Begriffs »Hilfe«
4. Humanitäre Hilfe als sozialadäquates Verhalten
5. Fazit

In der aktuellen Situation – gerade an der deutsch-österreichischen Grenze – drängt sich die Frage auf, unter welchen Umständen es strafbar sein kann, Asylsuchenden und anderen Migrant\*innen bei der Einreise nach Deutschland zu helfen.<sup>1</sup> Im Folgenden werden verschiedene gängige Fallkonstellationen besprochen, in denen eine Schleuserstrafbarkeit bzw. eine Hilfe zur illegalen Einreise in Betracht kommen kann.<sup>2</sup>

### 1. Der Unterschied zwischen »Beihilfe zur unerlaubten Einreise« und »Einschleusen«

In den verschiedenen Fallgestaltungen, die im Folgenden betrachtet werden sollen, geht es um Ausländer, die ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel einreisen.<sup>3</sup> Nach

derzeit wohl herrschender Meinung<sup>4</sup> machen diese sich hierdurch der sogenannten unerlaubten Einreise gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG strafbar.<sup>5</sup> Wer bei einer solchen Tat hilft, kann wegen Beihilfe zur unerlaubten Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, § 27 Abs. 1 StGB) oder wegen des Einschleusens von Ausländern (§ 96 AufenthG) bestraft werden. Daher soll zunächst der Unterschied zwischen diesen – letztlich sehr nah beieinander liegenden – Straftatbeständen dargestellt werden.

Die Unterscheidung ist insbesondere aufgrund der nunmehr sehr unterschiedlichen Strafanforderung notwendig. Während für die Beihilfe zu unerlaubter Einreise nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB und § 95 Abs. 1 AufenthG eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe von maximal einem Dreivierteljahr verhängt werden kann, droht Schleusern seit dem 24. Oktober 2015<sup>6</sup> eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten und eine Höchstfreiheitsstrafe von fünf Jahren, in minder schweren Fällen Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren.<sup>7</sup>

#### BEISPIEL 1

A fährt mit seinem Auto von Wien nach München und nimmt dabei die Inderin I mit, die nach Deutschland möchte. A hält es für möglich, dass sie ohne gültige Papiere nach Deutschland einreisen will, um dort »schwarz zu arbeiten«. Dies entspricht auch den Tatsachen. Gleichwohl nimmt er sie mit bis nach München.

\* Dr. Marcus Bergmann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Christian Schröder an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg; Dr. Carsten Hörich ist Dozent für Migrationsrecht und Lehrbeauftragter der Martin-Luther-Universität und der Hochschule Merseburg.

<sup>1</sup> Geisler, »Lokführer werden ja auch nicht in Passau verhaftet«, Artikel vom 1.10.2015, abrufbar unter [www.zeit.de/politik/deutschland/2015-09/fluechtlinge-schleuser-haft-bayern-oesterreich/komplettansicht](http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-09/fluechtlinge-schleuser-haft-bayern-oesterreich/komplettansicht) (Stand: 17.11.2015); Greiner, »Autokonvoi Budapest-Wien: Privatleute holen Flüchtlinge von der Straße«, Artikel vom 6.9.2015, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/politik/ausland/fluechtlinge-im-autokonvoi-von-ungarn-nach-oesterreich-a-1051662.html> (Stand: 17.11.2015).

<sup>2</sup> Ein Anspruch auf Vollständigkeit bzw. Erfassung aller Fallkonstellationen kann allerdings schon aus Platzgründen nicht erhoben werden.

<sup>3</sup> Dies unterscheidet die heute auftretenden Fallgestaltungen von den in den 1970er und 1980er Jahren vom BGH entschiedenen Fällen der Fluchthilfe über die innerdeutsche Grenze. Die Personen, denen bei der Flucht aus der DDR geholfen wurde, waren im Sinne des Grundgesetzes gerade keine Ausländer, sondern Deutsche, sodass sie sich auf Art. 11 GG berufen konnten und die für Ausländer geltenden Einreisebeschränkungen und Strafbestimmungen nicht zur Anwendung gelangten; vgl. dazu ausführlich den BGH, NJW 1980, 1574 (1575), der von einem »Deutschen, der aus der DDR in die Bundesrepublik Deutschland oder nach Westberlin übersiedelt,« spricht.

<sup>4</sup> Vgl. Hohoff, in: BeckOK-AufenthG, § 95 Rn. 29ff.

<sup>5</sup> Zur anderen Ansicht, wonach der Straftatbestand der illegalen Einreise aufgrund einer Unvereinbarkeit mit unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben ausscheidet, vgl. Hörich/Bergmann, Asylmagazin 2013, 146 ff.; dies., NJW 2012, 3339 ff.; Hörich, Abschiebungen nach europäischen Vorgaben, 2015, 283 ff.

<sup>6</sup> Durch das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.10.2015, BGBl. 2015, 1722, wurde der Strafrahmen angehoben. Zuvor drohte Schleusern eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren.

<sup>7</sup> Gerade aufgrund dieses nunmehr erhöhten Strafrahmens sind Strafanzeigen in diesen Fallkonstellationen keine Kleinigkeiten (mehr), vgl. hierzu Rohrmeier, »Wer als Schleuser bestraft wird – und wer nicht«, Artikel vom 14.9.2015, abrufbar unter [www.sueddeutsche.de/politik/fluechtlinge-in-deutschland-wer-als-schleuser-bestaft-wird-und-wer-nicht-1.2644588](http://www.sueddeutsche.de/politik/fluechtlinge-in-deutschland-wer-als-schleuser-bestaft-wird-und-wer-nicht-1.2644588) (Stand: 17.11.2015).

BEISPIEL 2

Wie Beispiel 1, nur nimmt A nicht nur I, sondern auch deren 15-jährige Tochter T mit. Beide wollen unerlaubt in Deutschland leben und arbeiten.

Im Beispielsfall 1 reist I – da sie keine »gültigen Papiere« besitzt – unerlaubt nach Deutschland ein und erfüllt hierdurch den Straftatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG.<sup>8</sup> Dabei leistet ihr A Hilfe,<sup>9</sup> sodass für ihn die Voraussetzungen der Strafbarkeit der Beihilfe zur illegalen Einreise erfüllt sind. Unerheblich ist hierbei, dass A nicht sicher weiß, dass I unerlaubt einreist, sondern dies nur für möglich hält. Bedingter Vorsatz, d.h. dass der Täter den Erfolg für möglich hält und dessen Eintritt billigend in Kauf nimmt, reicht für die Begründung der Beihilfestrafbarkeit aus.<sup>10</sup>

Wegen dieser Lösung mag man geneigt sein, für das Beispiel 2 zwei tateinheitliche<sup>11</sup> Beihilfehandlungen zur unerlaubten Einreise – einmal für I, einmal für T – anzunehmen. Stattdessen liegt allerdings ein Fall des Einschleusens gemäß § 96 StGB vor, der Deliktcharakter unterscheidet sich also trotz der Ähnlichkeit der beiden Beispielsfälle deutlich.

Dies folgt daraus, dass die Schleuserstrafbarkeit gemäß § 96 Abs. 1 AufenthG zunächst an eine schlichte Beihilfehandlung (oder Anstiftungshandlung) anknüpft.<sup>12</sup> Treten allerdings bestimmte Umstände hinzu, stuft das Gesetz den Akt des Hilfeleistens zur eigenständigen Tat des Einschleusens gemäß § 96 AufenthG hoch.<sup>13</sup> Die hierfür in Frage kommenden Umstände sind:

- Das Erhalten oder Sich-Versprechen-Lassen eines Vorteils (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. a AufenthG),
- die wiederholte Hilfe (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b Alt. 1 AufenthG) und
- die gleichzeitig mehreren Ausländern helfende Tat (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b Alt. 2 AufenthG).

Im Fall 2 liegt die letztgenannte Konstellation vor, da der A nunmehr zwei Personen gleichzeitig bei der unerlaubten Einreise nach Deutschland hilft. Somit begründet – vereinfacht gesagt – die »doppelte« Beihilfe zur illegalen

<sup>8</sup> Dies ergibt sich daraus, dass gemäß § 14 AufenthG eine Einreise ohne erforderlichen Pass oder Aufenthaltstitel immer unerlaubt ist und hierdurch – entgegen dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG (!) – der Straftatbestand der unerlaubten Einreise erfüllt ist.

<sup>9</sup> Vgl. zum Begriff der Hilfe i. S. d. § 27 StGB Fischer, StGB, 42. Aufl. 2014, § 27 Rn. 3 ff.

<sup>10</sup> Zu den Details Fischer, StGB, 42. Aufl. 2014, § 27 Rn. 20 ff.

<sup>11</sup> Vgl. § 52 StGB.

<sup>12</sup> Stoppa, in: Huber (Hrsg.), AufenthG, 2010, § 96 Rn. 20 ff.

<sup>13</sup> Stoppa, in: Huber (Hrsg.), AufenthG, 2010, § 96 Rn. 11.

Einreise eine Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b Alt. 2 AufenthG.

Der Vollständigkeit halber sollen kurz die weiteren strafrahmenerhöhenden Umstände dargestellt werden. Der Strafrahmen erhöht sich auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, wenn eins der folgenden qualifizierenden<sup>14</sup> Merkmale hinzutritt:

- Die Hilfe erfolgt gewerbsmäßig (§ 96 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG) oder
- der Täter führt eine Schusswaffe (§ 96 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG) oder in Verwendungsabsicht eine sonstige Waffe bei sich (§ 96 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG) oder
- der Ausländer wird durch die Hilfeleistung einer das Leben gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung ausgesetzt (§ 96 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG) oder
- mindestens drei Personen haben sich zusammengeschlossen, um mehrfach Hilfe (gegen Vorteil, wiederholt oder zugunsten mehrerer) zu leisten (§ 96 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG)<sup>15</sup> – nach dem Gesetz liegt dann bereits eine »Schleuserbande« vor.<sup>16</sup>

Kommt zur derartigen »bandenmäßigen« Begehung die gewerbsmäßige Begehung hinzu, dann springt der Strafrahmen sogar auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren (§ 97 Abs. 2 AufenthG) – es liegt also in dieser Form ein Verbrechen vor.<sup>17</sup> Stirbt der Ausländer infolge der »Hilfe«, wird dies als Einschleusen mit Todesfolge (§§ 96 Abs. 1, 97 Abs. 1 AufenthG) mit Freiheitsstrafe von drei Jahren bis zu fünfzehn Jahren bestraft.<sup>18</sup>

## 2. Die Hilfe gegenüber Flüchtlingen

BEISPIEL 3

B fährt mit seinem Auto von Wien nach München. Er nimmt F mit, die aus Syrien geflohen ist und nach Deutschland weiterreisen möchte. Er möchte F dabei helfen, verlangt von ihr aber den Ersatz der Benzinkosten und ein Entgelt von weiteren 150 €. F willigt ein, deshalb nimmt B sie bis München mit.

<sup>14</sup> Vgl. Stoppa, in: Huber (Hrsg.), AufenthG, 2010, § 96 Rn. 42 f.

<sup>15</sup> Stoppa, in: Huber (Hrsg.), AufenthG, 2010, § 96 Rn. 49.

<sup>16</sup> Vgl. Stoppa, in: Huber (Hrsg.), AufenthG, 2010, § 96 Rn. 48 f.

<sup>17</sup> Stoppa, in: Huber (Hrsg.), AufenthG, 2010, § 96 Rn. 2.

<sup>18</sup> Näheres bei Stoppa, in: Huber (Hrsg.), AufenthG, 2010, § 97 Rn. 4 ff.

BEISPIEL 4

C fährt mit seinem Auto von Wien nach Graz. In Wien nimmt er F mit, die aus Syrien geflohen ist und nach Deutschland weiterreisen möchte. C möchte ihr dabei helfen und ist bereit, sie nach München zu bringen, wenn sie ihm die Benzinmehrkosten erstattet, die ihm durch diesen Umweg entstehen. Diese ist F gern bereit zu zahlen, sodass C sie nach München bringt.

Reisen Asylsuchende ohne die erforderlichen Aufenthaltstitel – wie in den Beispielfällen 3 und 4 – ein, erfüllen auch diese grundsätzlich den Tatbestand der unerlaubten Einreise gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG.<sup>19</sup> Asylsuchende werden aber, wenn sie sich unverzüglich nach der Einreise den Behörden gegenüber als solche zu erkennen geben und um Schutz bitten, gemäß § 95 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) nicht bestraft. Die Rechtsprechung gelangt zu diesem Ergebnis, indem sie Asylbewerber – jedenfalls, solange sie sich im Verfahren befinden – zu den Gruppen zählt, die durch die GFK »privilegiert« werden und bei denen ein persönlicher Strafaufhebungsgrund greift.<sup>20</sup> Daneben wird auch damit argumentiert, dass Asylbewerber, sobald sie um Schutz bitten, Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsgestattung haben und damit nach § 64 Abs. 1 AsylG vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit sind. Auch dadurch scheidet die Strafbarkeit der unerlaubten Einreise aus.<sup>21</sup>

Allerdings kommt der persönliche Strafaufhebungsgrund nur dem Asylsuchenden zu Gute – für denjenigen, der Asylsuchenden bei der unerlaubten Einreise hilft, kommt weiterhin eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur unerlaubten Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, § 27 Abs. 1 StGB) oder wegen Einschleusens von Ausländern (§ 96 Abs. 1 AufenthG) – in Betracht.

In Beispielfall 3 ist es daher für die Strafbarkeit des B nach herrschender Meinung ganz unerheblich, ob F später einen Schutzantrag stellt oder nicht – seine Strafbarkeit bleibt davon unberührt. Da er sich ein Entgelt und so-

<sup>19</sup> Vgl. oben Fn. 4.

<sup>20</sup> Zuletzt BVerfG, Urteil vom 8.12.2014 – 2 BvR 450/11, Asylmagazin 5/2015, 174 ff. = NVwZ 2015, 361 ff.; BGH, Urteil vom 26.2.2015 – 4 StR 178/14, NStZ-RR 2015, 174 (186). Die dogmatische Einordnung des BVerfG erscheint allerdings nicht zwingend, da die Eigenschaft als Flüchtling nur festgestellt wird, d. h. bei Einreise bereits vorliegt. Das für einen persönlichen Strafaufhebungsgrund charakteristische spätere Hinzutreten eines Umstandes liegt hier gerade nicht vor. Eine Einordnung als Rechtfertigungsgrund eigener Art erscheint daher überzeugender. Vgl. die Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung von Bergmann/Hörich, NVwZ 2015, 367 f.; El-Ghazi/Fischer-Lescano, StV 2015, 386 ff.

<sup>21</sup> OLG Bamberg, Urteil vom 24.9.2014 – 3 Ss 59/13, Asylmagazin 1–2/2015, 55 f.

mit einem Vorteil für seine Hilfe versprechen lässt, macht er sich wegen Einschleusens nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. a AufenthG strafbar.<sup>22</sup>

Im vierten Fallbeispiel ist der relevante Unterschied zu Falle 3, dass C Mehrkosten durch seine Hilfe entstehen und er sich lediglich diese von F erstatten lässt. Ein Vorteil, wie ihn der Tatbestand des Einschleusens in § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. a AufenthG verlangt, ist »jede Leistung materieller oder immaterieller Art, die den Täter besser stellt«.<sup>23</sup> C verlangt nur den Ersatz seiner Mehrkosten, eine Besserstellung im wirtschaftlichen Sinn verlangt und erlangt er hierdurch gerade nicht. In der Sache steht damit C einer Person gleich, die ohne Kostenaufwand und ohne Bezahlung hilft – und sich deshalb lediglich der Beihilfe zur unerlaubten Einreise strafbar machen kann.

Wer hilft und dabei lediglich ihm entstehende Unkosten erstattet bekommt, handelt nicht wegen der in Aussicht gestellten Unkostenerstattung, sondern letztlich aus anderen – im Fall 4 rein humanitären – Gründen (dazu ausführlicher unten unter IV.). Richtigerweise kann deshalb von einem Vorteil, um dessen Willen die Tat begangen wird und der daher die Motivationsgrundlage für die Tat bildet,<sup>24</sup> bei einer bloßen Kostenerstattung nicht gesprochen werden.<sup>25</sup> Der BGH hat sich hierzu nicht explizit geäußert, aber zumindest angedeutet, dass eine reine Unkostenerstattung keine Vorteilsgewährung sein könnte.<sup>26</sup>

### 3. Die Reichweite des Begriffs »Hilfe«

BEISPIEL 5

D fährt mit seinem Auto von Wien nach Deutschland. Er nimmt F mit, die aus Syrien geflohen ist und nach Deutschland weiterreisen möchte. Er möchte F dabei helfen, verlangt von ihr aber den Ersatz der Benzinkosten und ein Entgelt von weiteren 150 €. F willigt ein. D nimmt sie bis kurz vor die deutsche Grenze mit. Ermutigt durch die Unterstützung des C, legt F die letzten Meter zu Fuß zurück und überquert dann die Grenze.

<sup>22</sup> Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn er in München überhaupt kein Geld erhalten sollte. Es kommt allein auf das Sich-Versprechen-Lassen an.

<sup>23</sup> Stoppa, in: Huber (Hrsg.), AufenthG, 2010, § 96 Rn. 30.

<sup>24</sup> Zu diesem Kriterium ausführlicher Gericke, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2013, § 96 AufenthG Rn. 18; Stoppa, in: Huber (Hrsg.), AufenthG, 2010, § 96 Rn. 30.

<sup>25</sup> Ebenso zum insoweit vergleichbaren Begriff des Vermögensvorteils Gericke, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2013, § 96 AufenthG Rn. 25.

<sup>26</sup> Vgl. BGH, NJW 1989, 1435 (1436).

BEISPIEL 6

M betreibt eine Mitfahrzentrale. Er organisiert auch Mitfahrgelegenheiten von Österreich nach Deutschland. Dabei werden auch Flüchtlinge nach Deutschland mitgenommen. Dies nimmt M in Kauf.

BEISPIEL 7

S sammelt Spenden für Flüchtlinge, um ihnen die Flucht nach Deutschland zu ermöglichen. Das eingenommene Geld lässt er über Mittelsmänner ins Ausland zu dort wartenden Flüchtlingen bringen, die damit ihre Reise nach Deutschland finanzieren.

Um einer etwaigen Strafbarkeit – im Beispiel 5 also die schon für Beispiel 3 festgestellte Schleuserstrafbarkeit aus § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. a AufenthG – zu entgehen, könnte man nun auf den Gedanken kommen, Flüchtlinge nicht *über*, sondern nur *bis* zur Grenze mitzunehmen und sie diese dann zu Fuß überqueren zu lassen.<sup>27</sup> In diesem Fall könnte man argumentieren, dass der Flüchtling die Grenze allein – ohne Hilfe – überquert hat und der Transport (wie im Beispiel 5) hierfür nicht kausal war.

Allerdings verlangt die Rechtsprechung gerade nicht, dass der Tatbeitrag des Gehilfen die Einreise verursacht oder überhaupt erst möglich macht, also einen kausalen Beitrag dazu leistet.<sup>28</sup> Stattdessen lässt der BGH für die Beihilfe jedes Erleichtern oder sonstige Fördern der Tat genügen.<sup>29</sup> Insbesondere für die sogenannte »psychische Beihilfe«, die auch von § 27 StGB umfasst wird, genügt es, den Täter in seinem Tatentschluss zu bestärken.<sup>30</sup>

Deshalb hat auch D in Beispielsfall 5 der F – zumindest psychisch – geholfen. Für eine Beihilfestrafbarkeit genügt auch dies, zumal auch diese allein in Österreich geleistete Hilfe in Deutschland strafbar ist, weil die unterstützte Straftat der unerlaubten Einreise in Deutschland begangen wird (vgl. § 9 Abs. 2 StGB).

Bei konkreter Betrachtung hat das Verhalten des D sogar kausale Auswirkungen auf die Einreise gehabt. Denn ohne den Transport bis kurz vor die Grenze wäre die

Einreise jedenfalls später erfolgt. In der konkreten<sup>31</sup>, durch F begangenen unerlaubten Einreise wirkt also gerade der von C geleistete Beitrag mit, ohne sie wäre er nicht auf diese Weise eingetreten.<sup>32</sup> Dies genügt bereits für einen kausalen Tatbeitrag, da die Beschleunigung eines Erfolgseintritts ausreicht.<sup>33</sup> Auch Hilfe bei einer Vorbereitungs-handlung genügt.<sup>34</sup> Auf dieser rechtlichen Argumentation fußend hat es auch in der jüngeren Vergangenheit Ermittlungsverfahren gegen Personen gegeben, die Flüchtlinge nicht über die Grenze gebracht haben, sondern einige hundert Meter davor – in Absprache mit den österreichischen Behörden – von der deutschen Bundespolizei gestoppt wurden.<sup>35</sup>

Problematisch ist hierbei insbesondere, dass Hilfe-handlungen vielfältig vorstellbar sind<sup>36</sup> und insbesondere, dass auch mittelbare Hilfeleistungen – zumal wenn sie tatsächlich kausal sind – die Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, 27 Abs. 1 StGB bzw. des § 96 Abs. 1 AufenthG erfüllen können.

Hätte M in Fallbeispiel 6 keine Mitfahrzentrale betrieben, dann wären die transportierten Flüchtlinge nicht nach Deutschland eingereist. Also hat er – kausal – bei deren unerlaubter Einreise geholfen. Insbesondere lässt das Verhalten der Fahrer den Zurechnungszusammenhang<sup>37</sup> nicht entfallen, da sie zwar eigenverantwortlich handeln, ihr Verhalten aber bereits typischerweise durch das Betreiben der Mitfahrzentrale seitens M ermöglicht und daher in der von ihm geschaffenen »Gefahr« bereits begründet wurde.<sup>38</sup> Er hat daher den Tatbestand des Einschleusens nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b AufenthG (wiederholt bzw. zugunsten mehrerer handelnd) erfüllt.

Die finanzielle Unterstützung des S in Fall 7 erfüllt ebenfalls die Anforderungen an ein Hilfeleisten. Auch hier genügt ein mittelbares Vorgehen, sodass Spender, aber auch Spendensammler – ob sie nun von Tür zu Tür gehen oder eine Spendengala veranstalten – als Schleuser gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b Alt. 2 AufenthG in Betracht kommen, weil sie zugunsten mehrerer Ausländer handeln.

<sup>27</sup> Vgl. die Frage von Geisler, »Lokführer werden ja auch nicht in Passau verhaftet«, Artikel vom 1.10.2015, abrufbar unter [www.zeit.de/politik/deutschland/2015-09/fluechtlinge-schleuser-haft-bayern-oesterreich/komplettansicht](http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-09/fluechtlinge-schleuser-haft-bayern-oesterreich/komplettansicht) (Stand: 17.11.2015).

<sup>28</sup> Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 27 Rn. 14.

<sup>29</sup> Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 27 Rn. 14, m. w. N.

<sup>30</sup> Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 27 Rn. 14a und Rn. 11 ff.

<sup>31</sup> Auf diesen konkreten Erfolg kommt es für die Kausalitätsbetrachtung gerade an, vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafr AT, 43. Aufl. 2013, Rn. 161.

<sup>32</sup> Zur Kausalität auf Grundlage der Äquivalenztheorie allgemein Wessels/Beulke/Satzger, Strafr AT, 43. Aufl. 2013, Rn. 156 ff.

<sup>33</sup> BGH, Urteil vom 1.8.2000 – 5 StR 624/99, NJW 2000, 3010 (3012), vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafr AT, 43. Aufl. 2013, Rn. 162.

<sup>34</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafr AT, 43. Aufl. 2013, Rn. 583.

<sup>35</sup> Misik, »Irrsinn auf bayerisch«, Artikel vom 1.10.2015, abrufbar unter [www.taz.de/!5234973/](http://www.taz.de/!5234973/) (Stand: 17.11.2015); Geisler, »Lokführer werden ja auch nicht in Passau verhaftet«, Artikel vom 1.10.2015, abrufbar unter [www.zeit.de/politik/deutschland/2015-09/fluechtlinge-schleuser-haft-bayern-oesterreich/komplettansicht](http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-09/fluechtlinge-schleuser-haft-bayern-oesterreich/komplettansicht) (Stand: 17.11.2015).

<sup>36</sup> Stoppa, in: Huber (Hrsg.), AufenthG, 2010, § 96 Rn. 21.

<sup>37</sup> Kriterium der sog. objektiven Zurechnung, vgl. Kühn, Strafr AT, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn. 43 ff.

<sup>38</sup> Vgl. dazu Wessels/Beulke/Satzger, Strafr AT, 43. Aufl. 2013, Rn. 192.

#### 4. Humanitäre Hilfe als sozialadäquates Verhalten

##### BEISPIEL 8

E fährt mit seinem Auto von Wien nach München. Er nimmt seine Schwester F und deren 15-jährige Tochter T mit, die beide nach Deutschland möchten. A weiß, dass F und T Flüchtlinge sind.

##### BEISPIEL 9

G fährt mit seinem Auto von Wien nach München. Er nimmt F mit, die aus Syrien geflohen ist und nach Deutschland reisen möchte. G hält es für möglich, dass er dadurch einem Flüchtling ohne Aufenthaltstitel hilft, sicher weiß er es aber nicht. In München setzt er sie ab.

##### BEISPIEL 10

G fährt nach den Geschehnissen aus Beispiel 9 am folgenden Tag wieder mit seinem Auto von Österreich nach Deutschland. In Wien nimmt er diesmal X mit, die ebenfalls aus Syrien geflohen ist. Bei X weiß G ganz sicher, dass sie keinen Aufenthaltstitel für Deutschland hat. In München setzt er auch sie ab.

Bereits in Beispiel 4 war eine Fallgestaltung vorgestellt worden, in der der Täter (C) der F nicht zur Erlangung eines Vorteils, sondern aus Hilfsbereitschaft bzw. Anteilnahme half. Deshalb war für Beispiel 4 oben ein Einschleusen verneint worden. Es stellt sich aber immer noch die Frage nach der Strafbarkeit wegen Beihilfe zur unerlaubten Einreise. Diese stellt sich auch im Beispielfall 9, da Merkmale, die die Hilfeleistung des G zur Einschleusung heraufstufen könnten, nicht erkennbar sind.

Erfolgt die Hilfeleistung aus rein humanitären Gründen, so stellt sich dieses Verhalten eigentlich als sozialadäquat dar. Bei sozialadäquaten, alltäglichen oder auch sog. »neutralen«<sup>39</sup> Handlungen wird aber für die Strafbarkeit der Beihilfe darüber diskutiert, diese vom Anwendungsbereich der Vorschrift auszunehmen.<sup>40</sup> Die Rechtspre-

chung hat diese Fallgestaltung bislang für berufstypische Handlungen als Ausschlussgrund anerkannt.<sup>41</sup>

Sie verlagert die Prüfung aber in den subjektiven Tatbestand und fragt dort: Hat der Helfende nicht sicher gewusst, dass er einem anderen bei dessen strafbarer Handlung Hilfe leistet, so ist er nicht wegen Beihilfe zu verurteilen,

»es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ«.<sup>42</sup>

So hat der BGH eine Entscheidung aufgehoben, in der ein Rechtsanwalt, der für ein Unternehmen eine Broschüre über die Risiken von Warentermingeschäften erstellt hatte, mit der das Unternehmen allein betrügerische Zwecke verfolgte, wegen Beihilfe zum Betrug verurteilt worden war. Der BGH wies darauf hin, dass die Vorinstanz dem Rechtsanwalt das sichere Wissen um die betrügerischen Zwecke (oder das »Angelegen-sein-Lassen«) nicht nachgewiesen hatte.<sup>43</sup>

Weitere Beispiele für »berufstypische Handlungen« ohne die erforderlichen subjektiven Voraussetzungen für Beihilfe sind etwa die Folgenden:

- Der Verkauf giftiger Substanzen (z. B. Rattengift) durch einen Drogisten, der eine Schädigung anderer Menschen durch den Käufer lediglich für möglich hält;
- der Geldtransfer ins Ausland durch einen Bankangestellten, der es lediglich für möglich hält, dass der Kontoinhaber dadurch Steuern hinterziehen will;<sup>44</sup>
- die Anfertigung einer Steuererklärung durch einen Steuerberater, der es für möglich hält, dass sein Mandant ihm zum Zwecke der Steuerhinterziehung nicht alle steuerrelevanten Umstände mitgeteilt hat, und der sich mit dieser Möglichkeit abfindet.

Dies bedeutet für Fall 8, in dem E sicher um die Situation von F und T weiß, dass die Rechtsprechung einen Ausschluss über den subjektiven Tatbestand nicht vornehmen würde.

Für Fall 9 hingegen ließe sich mit der Rechtsprechung annehmen, dass G nicht den erforderlichen Vorsatz hat – wenn man neben den berufstypischen Verhaltensweisen auch die sonstigen sozialadäquaten Verhaltens-

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 1.8.2000 – 5 StR 624/99, BGHSt 46, 107 (112); BGH, Beschluss vom 20.9.1999 – 5 StR 729/98, NStZ 2000, 34 = StV 2000, 479; BGH, Urteil vom 8.3.2001 – 4 StR 453/00, NJW 2001, 2409 (2410).

<sup>42</sup> BGHSt 46, 107 (112).

<sup>43</sup> BGH, Beschluss vom 20.9.1999, NStZ 2000, 34 ff.

<sup>44</sup> Vgl. dazu BGH, Urteil vom 1.8.2000 – 5 StR 624/99, NJW 2000, 3010 (3011), m. w. N.

<sup>39</sup> Kritisch zu diesem Begriff Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 27 Rn. 17.

<sup>40</sup> Vgl. etwa den Überblick und die vorsichtige Positionierung bei Wesels/Beulke/Satzger, StrafR AT, 43. Aufl. 2013, Rn. 582a.

## Beiträge

weisen als Fallgruppe anerkennt. Ob der BGH dies in Fällen wie Fall 9 tun würde, ist offen. Es besteht mit anderen Worten in Abhängigkeit von der Entwicklung der Rechtsprechung durchaus ein Strafbarkeitsrisiko.

Würde die Rechtsprechung dem genannten Ansatz folgen, dann dürfte sie den Fall 10 jedenfalls nicht als wiederholte Hilfe und somit als Einschleusen nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b Alt. 1 AufenthG bewerten. Denn da im Fall 9 keine strafbare Handlung vorliegt, würde es am Anknüpfungspunkt für das in § 96 AufenthG vorausgesetzte gesteigerte Unrecht fehlen. Die zweite Handlung wäre insoweit als »erstmalige« Hilfe zu beurteilen, da G erst hier nun über sicheres Wissen verfügt.

### 5. Fazit

Es verbleibt im Ergebnis festzustellen, dass aufgrund der Ausgestaltung des Ausländerstrafrechts in den §§ 95 und 96 AufenthG ein erhebliches Risiko besteht, sich bei einer sogenannten »Fluchthilfe« strafbar zu machen. Ob diese gesetzliche Ausgestaltung günstig bzw. die Auslegung der herrschenden Meinung die einzig mögliche ist, sei hier dahingestellt.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Einen Vorschlag für eine andere, insbesondere auch unionsrechtskonforme Ausgestaltung findet sich bei *Hörich/Bergmann*, ZRP 2014, 109 ff.



## Informationsverbund ASYL & MIGRATION

### Unsere Angebote

**ASYLMAGAZIN – Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht** Aktuelle Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration: Das Asylmagazin bietet Beiträge aus der Beratungspraxis und zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen, Rechtsprechung, Länderinformationen, Nachrichten sowie Hinweise auf Arbeitshilfen und Stellungnahmen.

Das Asylmagazin erscheint zehnmal im Jahr und kann zum Preis von 62 € jährlich abonniert werden. Der Preis für ein zweites Abonnement beträgt 55 € jährlich. Weitere Informationen und ein Bestellformular finden Sie unter [www.asyl.net](http://www.asyl.net) und beim Verlag:

Von Loeper Literaturverlag im Ariadne Buchdienst  
Daimlerstr. 23, 76185 Karlsruhe  
Tel.: 0721/464729-200,  
E-Mail: [bestellservice@ariadne.de](mailto:bestellservice@ariadne.de)  
Internet: [www.ariadne.de/von-loeper-literaturverlag/zeitschriften/asyl-magazin/](http://www.ariadne.de/von-loeper-literaturverlag/zeitschriften/asyl-magazin/)

**www.asyl.net** Die Internetseite mit einer Rechtsprechungsdatenbank zum Flüchtlings- und Migrationsrecht sowie sachverwandten Rechtsgebieten, ausgewählter Rechtsprechung und Länderinformationen, Beiträgen aus dem ASYLMAGAZIN, Adressen, Gesetzestexten, Terminen, Arbeitsmitteln und Stellungnahmen. Nachrichten und Informationen über aktuelle Rechtsprechung können Sie zusätzlich über einen Newsletter erhalten.

**www.ecoi.net** Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen 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](http://www.asyl.net) mit einer Bestellnummer genannt werden, können bei IBIS e.V. in Oldenburg bezogen werden (Bestellformular im ASYLMAGAZIN).



In Kooperation mit

