

Straftaten von Flüchtlingen und Asylbewerbern

Die Verwirklichung, Rechtfertigung und Entschuldigung von Straftaten im Zusammenhang mit der Einreise von Flüchtlingen und Asylbewerbern in das Bundesgebiet

Masterarbeit

im Masterstudiengang Kriminologie und Polizeiwissenschaft
an der Juristischen Fakultät der Ruhr – Universität Bochum

XI. Studienjahrgang

Erstgutachter: Oliver Hennings, Polizeioberst
Zweitgutachter: Prof. Dr. Thomas Feltes

vorgelegt von:

Dennis Karch

R4, 16

68161 Mannheim

0160 – 1836094

dennis.karch@gmx.de

Matrikelnummer: 108114203695

Mannheim, den 20.02.2017

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	1
1. Einleitung	4
1.1. Themeneingrenzung und Formulierung der Forschungsfrage	4
1.2. Methodik und Aufbau	6
2. Differenzierung der Begrifflichkeiten	7
2.1. Die internationale Migration in die Bundesrepublik Deutschland	7
2.2. Die Flüchtlingseigenschaft	8
2.2.1. Die Genfer Flüchtlingskonvention	9
2.2.2. Die Qualifikationsrichtlinie und deren nationale Umsetzung	10
2.3. Das Grundrecht auf Asyl	12
2.4. Der subsidiäre Schutz	14
2.5. Offensichtlich unbegründete Asylanträge	16
2.6. Ergebnis	18
3. Die Tatbestandsmäßigkeit der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet nach § 95 I Nr. 3 AufenthG	19
3.1. Einführung zur unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet	20
3.2. Der objektive Tatbestand	21
3.2.1. Die Einreise aus einem Drittstaat oder dem Herkunftsstaat	22
3.2.2. Die Einreise aus einem EU – Staat	23
3.2.3. Ausschluss des objektiven Tatbestandes	25
3.3. Der subjektive Tatbestand	27
3.4. Ergebnis	28
4. Die Tatbestandsmäßigkeit der Begleitdelikte zur unerlaubten Einreise	29
4.1. Einführung zu den Begleitdelikten	30
4.2. Der objektive Tatbestand	30
4.2.1. Der Gebrauch einer unechten oder verfälschten Urkunde	31
4.2.2. Das missbräuchliche Verwenden eines echten Ausweises	32
4.2.3. Das Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen	33
4.2.4. Ausschluss des objektiven Tatbestandes	33
4.3. Der subjektive Tatbestand	34
4.4. Ergebnis	35
5. Rechtfertigungsgründe der Straftaten im Zusammenhang mit der Einreise in das Bundesgebiet	36
5.1. Die Rechtfertigung von Straftaten im deutschem Recht	36
5.2. Die Rechtfertigung nach Art. 16a GG	37
5.3. Der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB	39
5.4. Ergebnis	41

6. Die Schuld bei Straftaten im Zusammenhang mit der Einreise in das Bundesgebiet.....	42
6.1. Die Schuld im Zusammenhang mit der unerlaubten Einreise und Begleitdelikten.....	42
6.2. Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB	43
6.3. Der Verbotsirrtum.....	44
6.4. Der Erlaubnistatbestandsirrtum	46
6.5. Ergebnis.....	49
7. Die Straffreiheit nach der Genfer Flüchtlingskonvention.....	50
7.1. Einführung zur Straffreiheit nach der GFK.....	50
7.2. Die Voraussetzungen des Art. 31 I GFK.....	51
7.2.1. Die Unmittelbarkeit der Einreise eines „Flüchtlings“	51
7.2.2. Die unverzügliche Meldung bei den nationalen Behörden	55
7.2.3. Zwischenfazit	57
7.3. Art. 31 I GFK in Fällen der offensichtlichen Unbegründetheit des Asylantrages und des subsidiären Schutzes	57
7.4. Art. 31 I GFK im Hinblick auf Begleitdelikte zur unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet	61
7.5. Art. 31 I GFK bei der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet unter Zuhilfenahme von Schleusern	64
7.5.1. Einführung zu Schleusungskriminalität.....	65
7.5.2. Die Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK.....	66
7.5.3. Zwischenfazit	69
7.6. Die Rechtsfolge des Art. 31 I GFK in deutschem Recht	69
7.6.1. Die Rechtsfolge als persönlicher Strafaufhebungsgrund.....	69
7.6.2. Die Rechtsfolge als Rechtfertigungsgrund i.V.m. § 34 StGB...72	
7.6.3. Zwischenfazit	76
7.7. Ergebnis.....	77
8. Gesamtergebnis	78
Literaturverzeichnis	85
Eidesstattliche Erklärung	93

Abkürzungsverzeichnis

Abl.	Amtsblatt
AG	Amtsgericht
AufenthG	Aufenthaltsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), das durch Artikel 4 des Gesetzes vom 22. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3155) geändert worden ist.
AsylG	Asylgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. September 2008 (BGBl. I S. 1798), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 2 des Gesetzes vom 4. November 2016 (BGBl. I S. 2460) geändert worden ist.
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BPolG	Bundespolizeigesetz vom 19. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2978, 2979), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 26. Juli 2016 (BGBl. I S. 1818) geändert worden ist.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950, zuletzt geändert durch Protokoll Nr. 14 vom 13.5.2004 mit Wirkung vom 1.6.2010.
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist.

G.A. Res	General Assembly Resolution (United Nations). Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen.
GFK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (In Kraft getreten am 22. April 1954) sowie das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Januar 1967 (In Kraft getreten am 4. Oktober 1967).
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2012/C326/02
Hg.	Herausgeber
LG	Landgericht
OLG	Oberlandesgericht
QRL	Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes; „Qualifikationsrichtlinie“.
SGK	Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) (ABl. L 105 vom 12.03.2006, S. 1), zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 1051/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 zwecks Festlegung einer

gemeinsamen Regelung für die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen.

VGH

Verwaltungsgerichtshof

VtrRKonv

Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (BGBl. 1985 II S. 927).

1. Einleitung

Die Einreisen von Personen zum Zwecke der Asylantragstellung sind insbesondere seit dem Jahr 2015 in das Bewusstsein der deutschen Bevölkerung gerückt. Die formellen Asylerstanträge stiegen von 2014 zu 2015 von 173.072 auf 441.899 an. In den Monaten Januar bis November 2016 konnte nochmals ein Anstieg auf 702.492 verzeichnet werden.¹ Einer Asylantragstellung in der Bundesrepublik Deutschland geht jedoch die Einreise in das Bundesgebiet voraus. Es existieren hier verschiedene Wege für Flüchtlinge und Asylbewerber², um nach Deutschland zu gelangen. Dabei ist es gerade ein wesentliches Merkmal der Flucht, dass diese Menschen über keine oder nicht ausreichende Ausweisdokumente wie Reisepässe oder Visa verfügen.³ So konnten im Jahr 2015 insgesamt 217.237 unerlaubte Einreisen an den deutschen Grenzen nach § 95 I Nr. 3 AufenthG festgestellt werden.⁴

1.1. Themeneingrenzung und Formulierung der Forschungsfrage

Einreisen ohne Ausweisdokumente oder Visa können Tatbestände der §§ 95 I Nr. 1, 2, 3 AufenthG verwirklichen.⁵ Das Benutzen oder Verschaffen von ge- / oder verfälschten Pässen oder Visa sowie das Verwenden echter Ausweisdokumente anderer Personen, um die Grenze zu passieren, betrifft mit §§ 267, 273, 276 StGB weitere Strafnormen. Flüchtlinge und Asylbewerber bedienen sich zudem im Zuge der Flucht mitunter Fluchthelfern, die die Reisen organisieren und die Leute in das Zielland bringen. Diese Fluchthelfer, auch

¹ BAMF, 2016a, S. 4.

² Die Formulierung „Flüchtlinge“ umfasst in dieser Arbeit Flüchtlinge i.S.v. Art. 1 A Nr. 2 GFK, die Bezeichnung „Asylbewerber“ dagegen alle weiteren Personengruppen, die einen Asylantrag gestellt haben und die entweder einen Schutzstatus zuerkannt bekommen können, oder deren Asylantrag abgelehnt wird. Vgl. Gliederungspunkt 2.

³ Fischer-Lescano, u.a., 2011, S. 81 f.

⁴ BAMF, 2016b, S. 204. Diese Anzahl ist nicht direkt auf die Einreisen von Flüchtlingen und Asylbewerbern übertragbar, jedoch stieg die Anzahl der festgestellten Delikte nach der Wiedereinführung der Grenzkontrollen an der Deutsch – Österreichischen Grenze stark an. Hier wurden nahezu ausschließlich unerlaubte Einreisen von Flüchtlingen und Asylbewerbern festgestellt, sodass eine Tendenz erkennbar ist. Vgl. BAMF, 2016b, S. 204 ff.

⁵ Die Delikte des unerlaubten Aufenthalts nach §§ 95 I Nr. 1,2 AufenthG folgen einer unerlaubten Einreise je nach Fallkonstellation unmittelbar nach. Aufgrund der direkten Verbindung der Delikte soll der Fokus auf der Haupttat, nämlich der unerlaubten Einreise, liegen. Vgl. Hailbronner, 2017, A1, § 95 AufenthG, Rn. 17, 46 ff.

Schleuser genannt, machen sich selbst nach § 96 AufenthG strafbar, wenn sie zur Einreise in die Bundesrepublik Deutschland verhelfen.⁶

Bei der Betrachtung der Straftaten ist eine Unterscheidung zwischen Personen, die direkt aus einem Drittstaat und denjenigen, die durch oder aus einem sicheren Staat einreisen geboten.⁷ Diese Differenzierung ist die Basis für die Betrachtung der in Frage kommenden Straftaten bei den Einreisen von Flüchtlingen und Asylbewerbern.

Für die Betrachtung der individuellen Strafbarkeit zu den dargestellten Delikten finden sich sowohl nationale als auch europa-/ und völkerrechtliche Regelungen. Eine tatbestandsmäßige Verwirklichung von Straftaten führt nicht unmittelbar dazu, eine Strafbarkeit zu begründen. Vielmehr sind die Rechtswidrigkeit und Schuld der in Frage kommenden Straftaten zu prüfen und es dürfen keine weiteren Strafaufhebungsgründe vorliegen.⁸ Hierbei ist die Betrachtung des Art. 31 I GFK von entscheidender Bedeutung, der eine Möglichkeit der Straffreiheit darstellen kann, jedoch nur unter diversen Voraussetzungen.⁹

Die forschungsleitende Fragestellung ist daher, ob die eingangs genannten Straftaten tatsächlich verwirklicht werden und wenn ja, ob sie auch geahndet werden können oder müssen. Dies soll Anhand einer Analyse der deutschen Rechtsprechung sowie internationaler und nationaler Kommentierungen erfolgen und im Verlauf der Betrachtung eine Aussage über die möglichen Freiheiten vor Bestrafung zulassen.

Weiterhin wird zeitweise eine Diskussion um eine Entkriminalisierung der Straftaten nach § 95 AufenthG geführt. Die forschungsleitende Fragestellung bezieht sich jedoch darauf, welche Möglichkeiten der Straffreiheit aufgrund der aktuellen Rechtslage bestehen können und soll daher die Diskussion um die Abschaffung des § 95 AufenthG nicht aufgreifen.¹⁰

⁶ Schott-Mehring, 2014, S. 142 ff.

⁷ Ebd.

⁸ Schmidt, 2016, S. S. 119 ff, 195 ff.

⁹ Fischer-Lescano, u.a, 2011, S. 82 ff.

¹⁰ Vgl. weiterführend Bundestag – Drucksache 18/6345 vom 14.10.2015.

1.2. Methodik und Aufbau

Die Erörterung der Forschungsfrage basiert zunächst auf der Darstellung der verschiedenen Personengruppen, die im Zuge eines Asylverfahrens unterschieden werden. Dies ist essenziell, da nur so Unterschiede in der individuellen Strafbarkeit erkannt werden können. Daher folgt diesem einleitenden Kapitel, das zur Heranführung an das Thema dient, die Differenzierung der Begrifflichkeiten.

Unter Gliederungspunkt 3 und 4 werden die Tatbestandsmäßigkeit der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet und der weiteren Delikte nach §§ 267, 273, 276 StGB erläutert. Hier wird bereits in ersten Zwischenergebnissen ein Teil der forschungsleitenden Frage analysiert, da mitunter nicht alle Sachverhalte zu einer Verwirklichung des objektiven und subjektiven Tatbestandes führen, was eine Strafbarkeit ausschließen würde.¹¹

Kapitel 5 ist den Rechtfertigungsgründen nach deutschem Recht gewidmet. Ein Rechtfertigungsgrund lässt das Unrecht der Tat entfallen und hat zur Folge, dass ein an sich verbotenes Handeln im Ausnahmefall gestattet ist.¹² Hier steht die Erörterung der Anwendbarkeit mehrerer Rechtfertigungsgründe im Fokus, die dazu führen könnte, eine Strafbarkeit zu verneinen.

In Kapitel 6 werden spezifische Merkmale der Schuld herausgearbeitet und im Hinblick auf mögliche Entschuldigungsgründe untersucht, die zwar im Gegensatz zu den Rechtfertigungsgründen das Unrecht der Tat nicht entfallen lassen, aber dazu führen, dass diese nicht individuell vorwerfbar ist und der Täter ohne Schuld damit straflos handelte.¹³

Nachdem die Analyse mit Kapitel 6 die Möglichkeiten nach deutschem Strafrecht ausgeschöpft hat, wird ersichtlich welche Delikte zum einen gerechtfertigt und zum anderen entschuldigt sein können. Es besteht aber mit Art. 31 I GFK eine wesentliche Regelung im Völkerrecht, die eine Straffreiheit für die

¹¹ Heinrich, 2005, Rn. 114.

¹² Ebd., Rn. 305.

¹³ Ebd., Rn. 317, 525 ff.

im Zusammenhang mit der Einreise in das Bundesgebiet begangenen Straftaten durch Asylbewerber und Flüchtlinge begründen kann. Die Prüfung dieses Artikels stellt damit in Kapitel 7 den finalen Schwerpunkt der Betrachtung dar. Hier soll einerseits untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen Art. 31 I GFK seine Wirkung entfalten kann, aber auch welche Fallkonstellation ein-/ und welche ausgeschlossen sind. Zuletzt wird die konkrete Rechtsfolge für die einzelne Person diskutiert. Unter Gliederungspunkt 8 werden anschließend die Ergebnisse der vorangegangenen Kapitel wertend zusammengefasst.

2. Differenzierung der Begrifflichkeiten

Die Betrachtung von diversen Straftatbeständen, sowie die Rechtfertigung, Schuld und eventuelle Straffreiheiten, setzen voraus, dass die Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit dem aufenthaltsrechtlichen Status und die verschiedenen Voraussetzungen erläutert werden. Hierzu soll zunächst die Motivation von Flüchtlingen und Asylbewerbern dargestellt, daran anschließend eine Unterscheidung zwischen der Flüchtlingseigenschaft, des Asylgrundrechts und des subsidiären Schutzes vorgenommen und zuletzt die Unbegründetheit von Asylanträgen erläutert werden.

2.1. Die internationale Migration in die Bundesrepublik Deutschland

Migration ist das Verlegen eines räumlichen Lebensmittelpunktes in ein anderes Gebiet. Geschieht dies über Staatsgrenzen hinweg, wird diese als internationale Migration bezeichnet.¹⁴ Im Bereich der internationalen Migration in die Bundesrepublik Deutschland wird zwischen verschiedenen Ausprägungen und Anlässen unterschieden. Die deutliche Mehrheit der Migranten stammt aus anderen europäischen Staaten einschließlich der Türkei und Russland.¹⁵ Es existieren diverse Zuwanderungsgründe, wie beispielsweise die Migration zum Zweck der Erwerbstätigkeit, des Studiums oder des Familiennachzuges.¹⁶ Im Fokus dieser Arbeit steht die Migration aus völkerrechtli-

¹⁴ Hillmann, 2016, S. 17.

¹⁵ BAMF, 2016b, S. 35.

¹⁶ Ebd., S. 61; Vgl. weiterführend Ziegelmayr, 2015, S. 26 ff.

chen oder humanitären Gründen und damit die Personen, die in Deutschland um Schutz aus diversen Gründen nachsuchen.

Hier unterscheidet das deutsche Recht zwischen dem Grundrecht auf Asyl gem. Art. 16a I GG und der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft gem. § 3 IV, I AsylG. Hinzu kommen der subsidiäre Schutz nach § 4 AsylG, aber auch das Vortäuschen einer solchen Eigenschaft.

Während die Migration aus anderen Gründen regelmäßig mittels zuvor erlangten Visa und der Ausstellung von befristeten oder unbefristeten Aufenthaltstiteln verbunden ist, ist es geradezu charakteristisch für Menschen, die in Deutschland um Schutz nachsuchen, dass diese nicht über zuvor erlangte Einreisevisa oder gar Ausweisdokumente verfügen.¹⁷ Demnach ist zunächst die Differenzierung des Personenkreises notwendig um eine sachgerechte Analyse der infrage kommenden Strafnormen zu ermöglichen.

2.2. Die Flüchtlingseigenschaft

§ 3 I AsylG enthält eine Definition des Begriffes „Flüchtling“, die mit der Definition des Art. 1 A Nr. 2 GFK übereinstimmt und damit eine nationale Implementierung der GFK darstellt. Hiernach ist eine Person ein Flüchtling, wenn diese sich zunächst außerhalb ihres Herkunftslandes befindet.¹⁸ Hiermit ist das Land gemeint, dessen Staatsangehörigkeit die Person besitzt oder in dem ein Staatenloser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.¹⁹

Gründe für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft können die Furcht vor Verfolgung aufgrund der Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung, die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder eine Kombination sein. Hierbei ist entscheidend, dass die Person den Schutz des

¹⁷ Vgl. exemplarisch OLG München, Beschluss vom 20.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, juris, Rn. 4.

¹⁸ UNHCR, 2003, Rn. 88 f.

¹⁹ § 3 I Nr. 2 AsylG, Art. 1 A Nr. 2 GFK.

Herkunftslandes nicht in Anspruch nehmen kann oder ihn aufgrund ebendieser Furcht nicht in Anspruch nehmen möchte.²⁰

2.2.1. Die Genfer Flüchtlingskonvention

Die GFK ist, zusammen mit dem Protokoll vom 31.01.1967, die Grundlage für die Definition des Flüchtlings und der Flüchtlingseigenschaft. Die hier enthaltene Legaldefinition des Terminus „Flüchtling“ bildet die Basis für die europarechtlichen sowie nationalen Regelungen bezüglich der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft von Personen.²¹

Entscheidend für die Flüchtlingseigenschaft nach der GFK ist jedoch nicht alleine der Grund wie die Religion oder die Rasse, sondern vor allem die „begründete Furcht“ hiervor. Diese kann als Schlüsselbegriff der Flüchtlingsdefinition gelten und bedarf der Auslegung.²² Furcht wird als Ausdruck einer seelischen, inneren Verfassung gesehen, was daher ein subjektives Element darstellt.²³ Hierbei ist es entsprechend von Bedeutung durch die aufnehmenden Stellen zu prüfen, ob und inwiefern dies glaubwürdig ist.²⁴

Nichtsdestoweniger hat die Furcht nach dem Wortlaut des Art. 1 A Nr. 2 GFK „begründet“ zu sein. Dies fügt dem subjektiven Element die Notwendigkeit einer objektiven Begründung hinzu. Somit entscheidet nicht nur die seelische, innere Verfassung der Person, sondern ebenso äußere, damit zusammenhängende Umstände.²⁵ Maßgeblich ist daher die Beleuchtung der Hintergründe zu den Verhältnissen im Herkunftsland zu beleuchten und die Verbindung mit der gefühlten Furcht, wobei Nachweise von Seiten der Person, die den Aufenthalt im Herkunftsland als für sie unerträglich belegen, zur Glaubwürdigkeit ihrer inneren Verfassung beitragen können.²⁶

²⁰ § 3 I Nr. 2 a AsylG. Im Falle von Staatenlosen stellt sich dies Schutz geringfügig anders, jedoch mit ähnlicher Intention dar. So ist in § 3 I Nr. 2 b AsylG geregelt, dass der Staatenlose in den Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes nicht zurückkehren kann oder aufgrund der Furcht nicht zurückkehren möchte.

²¹ Göbel-Zimmermann, 1999, Rn. 8.

²² UNHCR, 2003, Rn. 37.

²³ Ebd.

²⁴ Ebd., Rn. 40 f.

²⁵ Göbel-Zimmermann, 1999, Rn. 11.

²⁶ UNHCR, 2003, Rn. 42 f.

Eine weitere Einschränkung ist der ebenso in Art. 1 A Nr. 2 GFK enthaltene Begriff der „Verfolgung“. Eine Person muss hiernach eine objektiv begründete Furcht vor Verfolgung haben, was alle anderen Fluchtgründe, wie beispielsweise Hunger, wirtschaftliche Not oder eine Naturkatastrophe, ausschließt.²⁷

Eine direkte Rechtsfolge, wie beispielsweise die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder grundsätzlich das Recht eines Flüchtlings auf Gewährung von Asyl, bietet die GFK nicht. Dies wurde den Vertragsstaaten im Rahmen ihrer eigenen Souveränität überlassen.²⁸ Jedoch besteht ein Recht, das Territorium des Staates, in dem Zuflucht gesucht wird, zu betreten, da ansonsten Art. 33 I GFK mit dem darin enthaltenen Zurückweisungsverbot nicht erfüllt wird. Hiernach darf kein Flüchtling in ein Land zurück-/ oder ausgewiesen werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit aufgrund von Fluchtgründen bedroht wäre.²⁹

2.2.2. Die Qualifikationsrichtlinie und deren nationale Umsetzung

Die Mitgliedsstaaten der EU sind Unterzeichnerstaaten der GFK.³⁰ Die GFK überlässt einzelnen Staaten die konkrete Implementierung von Normen zum Umgang mit Flüchtlingen. Entsprechend war es das Ziel der EU, eine gemeinsame Asylpolitik mit gemeinsamen Standards zu begründen.³¹ Entsprechend wurde mit der QRL³² ein europarechtliches Instrument geschaffen, auf dem nationale Gesetze im Sinne der gemeinsamen Vorgehensweise basieren.³³

Grundsätzlich enthält Art. 2 d) QRL dieselbe Flüchtlingsdefinition wie in der GFK, jedoch mit der Einschränkung, dass die QRL von „Drittstaatsangehörigen“

²⁷ UNHCR, 2003, Rn 39.

²⁸ Reichel, 1987, S. 34, 36 f.

²⁹ Göbel-Zimmermann, 1999, Rn. 10.

³⁰ UNHCR, 2015, S. 2 ff.

³¹ Richtlinie 2004/83/EG, Präambel, 1, 7.

³² Richtlinie 2004/83/EG, aufgehoben durch Neufassung in der Richtlinie 2011/95/EU. Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden Bezug auf die Neufassung der Richtlinie 2011/95/EU genommen.

³³ Hailbronner, 2014, Rn. 1230.

gen“ spricht. Hierbei wird der Anwendungsbereich der QRL für Personen ausgeschlossen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates der EU besitzen.³⁴ Das deutsche AsylG stellt die Umsetzung der QRL³⁵ in nationales Recht dar, sodass für den Betrachtungsbereich der Bundesrepublik Deutschland die Regelungen des AsylG in Relation mit den Pendanten der QRL und der GFK von Bedeutung sind.

Die §§ 3a, 3b AsylG³⁶ enthalten die Legaldefinitionen der Verfolgungsgründe und Verfolgungshandlungen. Die Verfolgungshandlung muss im Allgemeinen dem Herkunftsstaat zurechenbar sein,³⁷ kann aber aufgrund § 3c Nr. 3 AsylG³⁸ von nichtstaatlichen Akteuren ausgehen. Diese können als Akteur gelten, wenn der Herkunftsstaat oder die den Staat beherrschenden Parteien und Organisationen³⁹ nachweisbar unfähig oder unwillig sind, Schutz vor Verfolgung dieser nichtstaatlichen Akteure zu bieten.⁴⁰ Dies spielt auch in Fällen des Zusammenbruchs der Staatsgewalt eine Rolle wie sie in Bürgerkriegssituationen vorkommen kann.⁴¹

Diese Betrachtung spielt bei der Frage ob intern Schutz gewährleistet werden kann eine zentrale Rolle.⁴² Schutz kann nach § 3d AsylG⁴³ grundsätzlich nur durch den Staat aber auch von Parteien und Organisationen gewährleistet werden, die einen wesentlichen Teil des Staatsgebietes beherrschen und diesen wirksam und nicht nur vorübergehend garantieren. Besteht nun ein interner Schutz zumindest in einem Teil des Herkunftslandes, in welchen sicher und legal gereist werden kann, kann von einer Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft abgesehen werden.⁴⁴

³⁴ Protokoll Nr. 24 über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

³⁵ Sowohl Richtlinie 2004/83/EG als auch Richtlinie 2011/95/EU.

³⁶ Vgl. Art. 9 f. QRL.

³⁷ Vgl. Art. 6 a,b QRL, § 3c, Nr. 1,2 AsylG.

³⁸ Vgl. Art. 6 c QRL.

³⁹ Hierunter zählen nach Art. 6 c) QRL und § 3c, Nr. 3 AsylG auch internationale Organisationen.

⁴⁰ Hailbronner, 2014, Rn. 1274.

⁴¹ BVerwG, Urteil vom 18.07.2006, Az. 1 C 15.05 vom 18.07.2006, juris, Rn. 22, 24.

⁴² Vgl. Art. 8 QRL, § 3e AsylG.

⁴³ Vgl. Art. 7 QRL.

⁴⁴ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 15.04.1992, Az. A 12 S 2149/90, juris, Rn. 44, 49.

Somit bedarf es zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft im deutschen Asylverfahren der Verfolgungshandlung, des Verfolgungsgrundes, eines Akteurs, der die Verfolgungshandlung ausübt und der Absenz internen Schutzes.

Die Rechtsfolge der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nach § 3 IV AsylG und damit einhergehend der Feststellung nach § 60 I AufenthG, dass es sich bei der Person um einen Flüchtling handelt, bedeutet, dass diese nicht in den Staat abgeschoben werden kann, in dem die Fluchtgründe bestehen. Dies gilt nicht, sofern die Tatbestände des § 60 VIII AufenthG zutreffen, die Person folglich u.a. eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt. Weiterhin verweist § 60 VIII, Satz 2 AufenthG auf § 3 II AsylG, wonach einer Person die Flüchtlingseigenschaft nicht zuerkannt bekommen kann, wenn schwere Straftaten angenommen werden können und daher kein Abschiebeverbot besteht. Diese Ausnahmen des Zurückweisungsverbot entgegen Art. 33 I GFK stellen jedoch eine Ausgestaltung des Ausnahmetatbestandes des Art. 33 II GFK dar.⁴⁵

Der Anerkennung als Asylberechtigter oder Flüchtling folgt nach § 25 I S.1, II S. 1 AufenthG die Bewilligung einer Aufenthaltserlaubnis, die die Erlaubnis einer Erwerbstätigkeit einschließt und nach § 26 I S. 2 AufenthG für drei Jahre erteilt wird. Bis zur Entscheidung über den Status gilt der Aufenthalt hier nach als legal.

2.3. Das Grundrecht auf Asyl

Das Grundrecht auf Asyl gem. Art. 16a I GG ist ein individuelles Recht mit Verfassungsrang in der Bundesrepublik Deutschland und gilt nach dem Wortlaut des Artikels für „politisch verfolgte“ Ausländer. Die Interpretation der Art. 16a I GG erfolgt eigenständig, obwohl ein Bezug zur GFK in der Flüchtlingsdefinition und auch in der Rechtsstellung nach Zuerkennung der Flücht-

⁴⁵ Hailbronner, 2014, Rn. 1281.

lingseigenschaft besteht. Jedoch enthält die GFK kein Recht auf Asyl und Art. 16a I GG eröffnet ein Individualgrundrecht jenseits der GFK.⁴⁶

Ein Asylberechtigter genießt gem. § 2 I AsylG die Rechtsstellung als Flüchtling aus der GFK. Asylberechtigt sind Personen, die durch das BAMF unanfechtbar als asylberechtigt anerkannt wurden. Unabhängig von der Anerkennung wird Abschiebeschutz während der Durchführung des Asylverfahrens als Kernbereich dieses Rechtes gewährleistet und Personen erhalten ein befristetes Bleiberecht zur Durchführung dieses Verfahrens.⁴⁷

Fraglich ist nun, wann ein Asylbewerber als asylberechtigt nach Art. 16a GG anerkannt wird. Hierbei ist die politische Verfolgung im konkreten Einzelfall notwendig. Grundlegend kommen zur Würdigung des individuellen Sachverhaltes dieselben Kriterien in Betracht, wie auch zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft nach § 3 ff. AsylG. Dagegen ist hier die Prüfung weiterer Bestimmungen gegenüber der Flüchtlingseigenschaft von Bedeutung.

Einerseits muss die politische Verfolgung dem Herkunftsstaat zurechenbar sein. Dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des BVerfG, die besagt, dass das Recht auf Asyl einer Person gewährt wird, die einer Verfolgung in dem eigenen Land aufgrund des politischen Systems ausgesetzt ist.⁴⁸ Dies schließt die nichtstaatlichen Akteure aus, die in § 3c Nr. 3 AsylG aufgeführt sind. Andererseits führt Art. 16a II GG eine weitere Limitierung auf, die einen speziellen Bezug auf die Einreise der Person nimmt. Hiernach ist diese nicht nach Art. 16a I GG asylberechtigt, wenn sie aus einem sicheren Drittstaat einreist, der einerseits ein Staat der Europäischen Gemeinschaften sein kann oder ein anderer Staat, in dem die Anwendung der GFK gewährleistet ist.⁴⁹

⁴⁶ Hailbronner, 2014, Rn. 1231.

⁴⁷ Ebd., Rn. 1206.

⁴⁸ BVerwG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.02.1959, Az. 9, 174, juris, Rn. 22, mit dem Verweis auf die 18. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates vom 04.12.1948.

⁴⁹ § 26a I, Satz 1 i.V.m. § 26a II AsylG i.V.m. Anlage I. Sichere Drittstaaten sind hiernach die Staaten der Europäischen Union sowie Norwegen und die Schweiz.

Hinzu kommt, dass Art. 16a III GG auf sichere Herkunftsstaaten verweist. Die Staatsangehörigkeit⁵⁰ einer dieser, mittels Gesetz festgelegten,⁵¹ Staaten, schließt einen Asylgrund aus, da grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass die Person dort nicht politisch verfolgt, unmenschlich oder erniedrigend behandelt wird, solange diese nicht das Gegenteil mittels Tatsachen beweisen kann.

Aufgrund der geographischen Lage der Bundesrepublik Deutschland im Zuge der europäischen Integration ist die Einreise auf dem Landweg nur durch einen Staat der Europäischen Union oder der Schweiz möglich und daher nur durch einen sicheren Drittstaat, was den Ausschlussstatbestand des Art. 16a II GG erfüllt. Demnach sind Asylanträge nach Art. 16a I GG de facto nur noch möglich, wenn die Einreise der asylsuchenden Person direkt unter Nutzung des Luftweges erfolgt.⁵²

Im Jahr 2015 wurden 2029 Entscheidungen des BAMF zugunsten der Asylberechtigung getroffen. Der Anteil von 0,7% an der Gesamtzahl der Entscheidungen⁵³ zeigt die geringe praktische Bedeutung des Asylrechts aus Art. 16a GG.

2.4. Der subsidiäre Schutz

Eine Person, die in der Bundesrepublik Deutschland um Schutz nachsucht, kann diesen bei Vorliegen der zuvor benannten Gründe gewährt bekommen. Es gibt jedoch einen Personenkreis dem die Flüchtlingseigenschaft nicht zuerkannt wird.⁵⁴ Dies würde im Grundsatz bedeuten, dass diese Personen nach § 50 AufenthG vollziehbar ausreisepflichtig wären und das Bundesge-

⁵⁰ § 3 I Nr. 2 AsylG definiert „Herkunftsland“ legal. Hierbei ist die Staatsangehörigkeit der primäre Indikator, aber es kann sich auch um einen Staatenlosen handeln, der zuvor in diesem Land seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

⁵¹ § 29a I i.V.m. § 29 a II AsylG i.V.m. Anlage II. Sichere Herkunftsstaaten sind neben den Staaten der Europäischen Union Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Kosovo, Mazedonien, Montenegro, Senegal und Serbien.

⁵² Hailbronner, 2014, Rn. 1207.

⁵³ BAMF, 2016a, S. 10.

⁵⁴ Im Jahr 2015 wurde der subsidiäre Schutz 1705 Asylantragstellern zuerkannt. Dies entspricht einer Quote von 0,7% an der Gesamtzahl. Vgl. BAMF, 2016b, S. 200. Im Jahr 2016 ist eine Verschiebung erkennbar. Von Januar bis November 2016 lag die Gesamtzahl des zuerkannten subsidiären Schutzes bei 136.119 und die Quote damit bei 22,1%. Vgl. BAMF, 2016a, S. 10.

biet verlassen müssten. Dies kann zwangsweise mittels einer Abschiebung durchgesetzt werden.⁵⁵ Es können aber Gründe vorliegen, die zu einem Verbot der Abschiebung führen, wenn ihnen nach § 4 I AsylG ein „ernsthafter Schaden“ droht. Hierzu muss der Ausländer stichhaltige Gründe vorbringen. Zunächst kann festgestellt werden, dass nicht die Staatsangehörigkeit, die für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft betrachtet wird, im Fokus steht. Dies steht im Zusammenhang mit Art. 2 d) und f) QRL, welche zur Definition der Flüchtlingseigenschaft ebenso die Staatsangehörigkeit heranzieht und im Gegensatz dazu das Herkunftsland für den subsidiären Schutz.

Zunächst bezeichnet § 4 I Nr. 1 AsylG die Gefahr der Verhängung der Todesstrafe als ernsthaften Schaden. Hierfür müssen zum Zeitpunkt der Entscheidung konkrete und ernsthafte Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Person als Individuum konkret von einer Strafe mit dem Tode bedroht ist.⁵⁶ Dies kann auch gegeben sein, wenn ein Verfahren im Herkunftsland erst nach einer hypothetischen Abschiebung beginnen sollte, an dessen Ende die Todesstrafe stehen kann.⁵⁷

Die Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung stellt den zweiten bezeichneten Schaden nach § 4 I Nr. 2 AsylG dar. Die Gefahr einer solchen Behandlung muss ebenso konkret und individuell zutreffen.⁵⁸ Eine schlechte ökonomische oder humanitäre Lebensverhältnisse begründen beispielsweise keine solche Gefahr.⁵⁹

Zuletzt stellt die Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson im Zuge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder nationalen bewaffneten Konfliktes einen Schaden nach § 4 I Nr. 3 AsylG dar. Zur Begründung dieser Gefahr muss die kriegerische Auseinandersetzung im Herkunftsland ein gewisses Ausmaß erreicht haben, wie sie beispielsweise bei Bürgerkriegen, bürgerkriegsähnlichen Zuständen vorkommen

⁵⁵ § 58 AufenthG reguliert das Verfahren der Abschiebung.

⁵⁶ BVerwG, Urteil vom 01.12.1987, Az. BVerwG 1 C 29.85, juris, Rn. 30 f., 34.

⁵⁷ VGH BW, Urteil vom 20.08.1996, Az. 1S 1095/95, juris, Rn. 23.

⁵⁸ EuGHMR, Urteil vom 15.11.1996, Az. 70/1995/576/662, juris, Rn. 80.

⁵⁹ EuGHMR, Urteil vom 20.10.2011, Az. 55463/09, juris, Rn. 11.; EuGHMR, Urteil vom 13.10.2011, Az. 10611/09, Husseini vs. Sweden, HUDOC, Rn. 81.

kann und nicht bei bloßen Unruhen oder Bandenauseinandersetzungen.⁶⁰ Liegen hierbei keine individuellen Gründe vor, die die Gefährdung für die Einzelperson im Vergleich zu anderen erhöhen, kann dennoch eine erhebliche Gefährdung des Individuums angenommen werden, wenn die Gewalt und die sich hieraus ergebenden Gefahren im Herkunftsland eine solche Dichte erreicht haben, dass im Prinzip jede Zivilperson einer hohen individuellen Gefahr ausgesetzt ist.⁶¹

Um subsidiären Schutz zuerkannt zu bekommen, darf die Person keine Ausschlussstatbestände nach § 4 II AsylG erfüllen. Diese umfassen beispielsweise eine Gefahr für die Allgemeinheit. § 60 II AufenthG reguliert mit dem Abschiebeverbot eine Rechtsfolge des „subsidiären Schutzes“, neben der Bewilligung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 II S.1, 2. Alt AufenthG, die nach § 26 I S. 1 AufenthG für ein Jahr mit der Option um eine Verlängerung für zwei weitere Jahre erteilt wird.

2.5. Offensichtlich unbegründete Asylanträge

Im Zuge der Prüfung der Asylanträge wird durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge neben den dargestellten Anerkennungen als Flüchtling oder des subsidiären Schutzes und damit des Aufenthaltsrechts auch festgestellt, ob ein Asylantrag offensichtlich unbegründet ist.⁶² Dies ist im Zuge der Würdigung der strafrechtlichen Voraussetzungen ein wichtiges Indiz für die Betrachtung der Verantwortlichkeit, Schuld und eventueller Straffreiheit im Zuge von tatbestandsmäßig verwirklichten Straftaten.

Ein Asylantrag wird nach § 30 I AsylG als offensichtlich unbegründet abgelehnt, wenn die Voraussetzungen für die Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung des internationalen Schutzes nicht vorliegen. Hierzu genügt bereits, dass die Schilderungen offenkundig unglaubhaft sind, was vor allem Anwendung auf einstudierte Vorträge findet, denen gegenüber ge-

⁶⁰ BVerwG, Urteil vom 24.06.2008, Az. 10 C 43.07, juris, Rn. 22 ff.

⁶¹ BVerwG, Urteil vom 14.07.2009, Az. 10 C 9.08, juris, Rn. 13, 17 ff.

⁶² Im Jahr 2015 91.514 Asylanträge abgelehnt, was einem Anteil an den Gesamtentscheidungen von 32,4% entspricht, vgl. BAMF, 2016b, S. 285. In den Monaten Januar bis November 2016 wurden 149.595 Asylanträge und damit 24,4% als unbegründet abgelehnt, vgl. BAMF, 2016a, S. 10.

sicherte Erkenntnisse stehen, die die Aussagen widerlegen.⁶³ Wird im Zuge der Prüfung ersichtlich, dass ein Asylantrag aus rein wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund einer generellen Notsituation gestellt wird, wird der Asylantrag nach § 30 II AsylG abgelehnt. Dies ist im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG zu interpretieren, die beispielsweise das Grundrecht nach Art. 16a GG nicht als Lösung für materielle Nöte in den Heimatländern sieht. Damit ist eine politische Verfolgung ausgeschlossen, wenn die Anträge lediglich aus wirtschaftlichen oder allgemeinen Nöten gestellt werden.⁶⁴ Auch der EuGHMR stellte fest, dass diese Gründe nicht zu einem Anspruch auf Schutz nach Art. 3 EMRK führen.⁶⁵

§ 30 III AsylG führt diverse Fallgruppen auf die dazu führen, dass der Asylantrag abgelehnt wird. Diese zielen darauf ab Asylanträge, die auf gewissen Verhaltensweisen wie dem Täuschen beruhen, als unbegründet einzustufen. Im Falle des § 30 III Nr. 1 AsylG sind dies nicht substantiierte oder widersprüchliche Anträge die u.a. auf gefälschten oder verfälschten Beweismitteln beruhen. Widersprüchlich sind Asylanträge nur dann, wenn sie in fundamentalen Punkten und damit dem Wesen des Antrages, nicht glaubhaft sind.⁶⁶ Eventuell ge-/ oder verfälschte Sachbeweise müssen aktiv durch den Asylbewerber genutzt werden um seinen Antrag zu untermauern. Der ledigliche Besitz von diesem Material ohne konkreten Einsatz im Asylverfahren genügt zur Ablehnung nicht.⁶⁷

Eine weitere wichtige Fallgruppe ist die Täuschung über die Identität oder Staatsangehörigkeit nach § 30 III Nr. 2 AsylG. In diesen Fällen wird auch die Weigerung Angaben zu machen miteinbezogen. Die Gewährung von Asyl oder die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft sowie andere Formen des Aufenthaltsrechts setzen voraus, dass die Identität der Person festgestellt ist. Hieraus folgt die Verpflichtung des Asylbewerbers korrekte Angaben zu machen. Hierbei steht es gleich, ob die Person bewusst falsche Angaben macht

⁶³ VG Regensburg, Urteil vom 20.03.2013, Az. 8 K 12.30176, juris, Rn. 179 ff, 189 ff.

⁶⁴ BVerfG, Urteil vom 02.07.1980, BVerfGE 54, 341 – 363, Rn. 46.

⁶⁵ EuGHMR, Beschluss vom 02.04.2013, Az. 27725/10, Mohammed Hussein and others v. The Netherlands and Italy, HUDOC, Rn. 70 ff.

⁶⁶ VG Sigmaringen, Urteil vom 23.03.2014, Az. A 1 K 1148/13, juris, Rn. 69.

⁶⁷ Marx, 2014, Rn. 154.

oder diese verweigert.⁶⁸ Konkret umfasst diese Fallgruppe die Täuschung oder Verweigerung im Zuge des Asylverfahrens. Dies bedeutet, dass das formelle Asylverfahren gestartet sein muss, was mit Stellung des Asylantrages geschieht. Die Täuschung zuvor, beispielsweise bei der Einreise, stellt noch keine Täuschung im Asylverfahren dar, solange der Asylbewerber dies im Antrag klarstellt.⁶⁹

Hinzu kommt die Verletzung besonderer Mitwirkungspflichten nach § 30 III Nr. V AsylG.⁷⁰ Diese dem Asylbewerber zurechenbaren Verstöße sind beispielsweise Handlungen gegen die Verpflichtung, unmittelbar an der Grenze oder nach der unerlaubten Einreise einen Asylantrag zu stellen⁷¹ oder zur Vorlage von Ausweisdokumenten.⁷² Insofern es dem Asylbewerber nicht möglich war, diese Pflichten einzuhalten, liegt die Beweispflicht bei ihm.⁷³

Die Rechtsfolgen eines als offensichtlich unbegründeten Asylantrages sind zunächst die formelle Ablehnung des Asylantrages nach § 31 AsylG sowie die Prüfung, ob nach § 31 III AsylG i.V.m. § 60 V, VII AufenthG ein Abschiebeverbot besteht. Ist dies nicht der Fall besteht die Ausreisepflicht durch Erlass der Abschiebeanordnung nach § 34 AsylG.

2.6. Ergebnis

Die Migration aus völkerrechtlichen und humanitären Gründen stellt die Bundesrepublik Deutschland vor eine Herausforderung. Die GFK und europarechtliche sowie nationale Regelungen geben den Rahmen vor, wie die Person des Flüchtlings zu definieren ist und welche Rechte bestehen. Die Basis der Flüchtlingseigenschaft ist die begründete Furcht vor Verfolgung aus diversen Gründen. Als zweite Grundlage für einen humanitären Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland erhebt das Grundgesetz ein eigenes Asyl-

⁶⁸ VG München, Urteil vom 28.02.2014, Az. M 22 S 12.21291, juris, Rn. 5, 13, 17.

⁶⁹ Hailbronner, 2017, B2, §30, Rn. 77.

⁷⁰ Weitere Gründe sind die Stellung eines Doppelantrages (§ 30 III Nr. 3 AsylG), die verspätete Stellung des Asylantrages zur Abwendung einer Aufenthaltsbeendigung (§ 30 III Nr. 4 AsylG), sowie die Vollziehbare Ausweisung (§ 30 III Nr. 6 AsylG) und die Anträge handlungsunfähiger Kinder (§ 30 III Nr. 7 AsylG), die hier nicht näher betrachtet werden sollen.

⁷¹ Vgl. § 13 III AsylG.

⁷² Vgl. § 15 II Nr. 4 AsylG.

⁷³ VG München, Beschluss vom 29.08.2013, Az. M 24 S 13.30753, juris, Rn. 19, 24.

recht in den Rang eines verfassungsmäßig garantierten Individualgrundrechts. Art. 16a GG ist an strenge Voraussetzungen gebunden und schließt nur die politische Verfolgung ein und Einreisen über sichere Drittstaaten aus. Damit ist das Grundrecht in weit weniger Fällen anwendbar als die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nach §§ 3 ff. AsylG.

Der subsidiäre Schutz stellt demgegenüber die Gewährung eines Aufenthaltsrechts bei einer nicht erfolgten Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft dar und basiert lediglich auf der Gefahr eines ernsthaften Schadens. Personen, deren Asylantrag als unbegründet abgelehnt wird, können eventuell dennoch in der Bundesrepublik für eine bestimmte Zeit verbleiben, wenn ein Abschiebeverbot besteht.

Diese Personengruppen der Flüchtlinge und Asylberechtigten einerseits und der abgelehnten Asylbewerber und subsidiär Schutzberechtigten andererseits, stellen die Grundlage für die Betrachtung der individuellen Strafbarkeit im Zusammenhang mit der Verwirklichung von Straftaten im Zusammenhang mit der Einreise in die Bundesrepublik Deutschland dar.

3. Die Tatbestandsmäßigkeit der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet nach § 95 I Nr. 3 AufenthG

Jede Person, die in die Bundesrepublik Deutschland einreisen möchte, hat zunächst die Grenzen des Landes zu passieren. Um die Straftat der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet im Hinblick auf Einreisen von Flüchtlingen und Asylbewerbern zu prüfen, ist eine Auseinandersetzung mit den Tatbestandsvoraussetzungen des § 95 I Nr. 3 AufenthG notwendig. Der objektive und subjektive Tatbestand werden daher im Hinblick auf verschiedenartige Einreiserouten analysiert.⁷⁴

⁷⁴ Hierbei soll die Kausalität und Lehre der objektiven Zurechnung nicht betrachtet werden, da diese im Hinblick auf die in Folge darzustellenden Delikte unstrittig sind. Vgl. vertiefend Heinrich, 2005, Rn. 214 ff.

3.1. Einführung zur unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet

Die Einreise in das Bundesgebiet ist entweder auf dem Land-/ See-/ oder Luftweg⁷⁵ möglich und führt zu verschiedenartigen Fallkonstellationen bei Flüchtlingen und Asylbewerbern, die im Folgenden detailliert dargestellt und im Hinblick auf die Strafbarkeitsnorm des § 95 I Nr. 3 AufenthG analysiert werden. Grundsätzlich besteht bei Einreisen von Asylbewerbern und Flüchtlingen der Verdacht der unerlaubten Einreise nach § 95 I Nr. 3 AufenthG,⁷⁶ da die Einreisen dieses Personenkreises meist mittels nicht ausreichend vorhandenen Dokumenten, wie Reisepass oder Visum, erfolgen.⁷⁷ Im Anschluss an die unerlaubte Einreise folgen Delikte wie der unerlaubte Aufenthalt ohne Pass gem. § 95 I Nr. 1 AufenthG oder der unerlaubte Aufenthalt ohne Aufenthaltstitel gem. § 95 I Nr. 2 AufenthG direkt nach.⁷⁸

Die Untersuchung der forschungsleitenden Fragestellung, ob begangene Straftaten von Asylbewerbern und Flüchtlingen bei der Grenzüberschreitung zu ahnden sind, muss daher zunächst auf die Kernhandlung der Grenzüberschreitung, die Einreise i.S.v. § 13 AufenthG, konzentriert werden und damit die Strafnorm des § 95 I Nr. 3 AufenthG betreffen. Die Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit im objektiven und subjektiven Sinne ist der erste Schritt, um die individuelle Strafbarkeit von Flüchtlingen und Asylbewerbern im Zuge der Einreise in das Bundesgebiet zu untersuchen. Die Verwirklichung und das Bekanntwerden des Tatbestandes nach § 95 I Nr. 3 AufenthG bedingt eine Strafanzeige der zuständigen Polizeibehörden nach § 163 I StPO. Straftaten, die der Polizei bekannt werden, müssen aufgrund dieses Legalitätsprinzips

⁷⁵ Die Einreise über die Seegrenzen der Bundesrepublik Deutschland stellen keinen Betrachtungsgegenstand dieser Arbeit dar, da die große Mehrzahl der Einreisen von Asylbewerbern und Flüchtlingen auf dem Landweg und, mit Abstand, auf dem Luftweg erfolgt. Vgl. FRONTEX, 2016, S. 16 f. Für weiterführende Informationen zur Thematik Einreisen über die Seegrenzen; vgl. Dollinger, 2016, § 13, Rn. 16 f.

⁷⁶ Weiterhin kommt eine Strafbarkeit nach §95 II Nr. 1a AufenthG in Betracht, wenn ein Ausländer erneut einreist, nachdem er ausgewiesen oder abgeschoben wurde und mit einem Einreise-/ und Aufenthaltsverbot gem. § 11 I AufenthG belegt wurde. Damit erfüllt die Person mitunter den Tatbestand des §14 I Nr. 3 AufenthG. Da die Einreisen von Flüchtlingen und Asylbewerbern im Betrachtungswinkel dieser Arbeit jedoch generell eine Ersteinreise darstellen, ist diese Strafnorm hier unbeachtlich.

⁷⁷ Bundestag – Drucksache 18/9415 vom 17.08.2016, S. 73 f.; Vgl. auch die Verwendung von ge-/ oder verfälschten Dokumenten sowie Missbräuchlich verwendete echte Ausweisdokumente anderer Personen unter Gliederungspunkt 4.2.

⁷⁸ Hailbronner, 2017, A1, § 95 AufenthG, Rn. 17, 46 ff.

erforscht und zur Anzeige gebracht werden. Es ist auf der anderen Seite auch möglich, dass der objektive Tatbestand nicht erfüllt wird. Diese Ausnahmen werden anschließend dargestellt.

3.2. Der objektive Tatbestand

Die Strafnorm des § 95 I Nr. 3 AufenthG stellt ein aktives Handeln einer ausländischen Person unter Strafe, welche nach der Definition des § 14 I Nr. 1, 2 AufenthG ohne erforderlichen Pass oder Passersatz⁷⁹ oder Aufenthaltstitel⁸⁰ in das Bundesgebiet einreist. Damit ist die unerlaubte Einreise ein Erfolgsdelikt, welches durch den Übertritt der Grenze verwirklicht wird.⁸¹ Der Versuch ist folgend § 95 III AufenthG ebenso strafbar.⁸²

Der Täter nach dem Wortlaut des § 95 I Nr. 3 i.V.m. § 14 AufenthG kann lediglich ein Ausländer sein. Das Delikt ist nicht von Deutschen Staatsangehörigen begehrbar. Der Begriff „Ausländer“ ist in § 2 I AufenthG legal definiert und besagt, dass dies jede Person ist, die nicht im Sinne des Art. 116 I GG Deutscher ist.

Die Strafnorm der unerlaubten Einreise ist ein Begehungsdelikt, das vollendet werden muss.⁸³ Daher ist es fraglich, wann ein Ausländer vollendet eingereist ist und damit den Straftatbestand verwirklicht hat.⁸⁴ § 13 II AufenthG stellt eine Definition des Grenzübertrittes dar. Demnach ist ein Ausländer an einer zugelassenen Grenzübergangsstelle nach § 13 II Satz 1 AufenthG eingereist, wenn er die Grenze und die Grenzübergangsstelle passiert hat. Im Übrigen, wenn die Grenze passiert nach § 13 II Satz 3 AufenthG passiert ist.

⁷⁹ § 95 I Nr. 3 i.V.m. § 14 I Nr. 1 i.V.m. § 3 I AufenthG.

⁸⁰ § 95 I Nr. 3 i.V.m. § 14 I Nr. 2 i.V.m. § 4 AufenthG.

⁸¹ BayObLG, Urteil vom 02.03.1999, Az. 4St RR 32/99, juris, Rn. 13 ff.

⁸² Vgl. weiterführend Heinrich, 2005, Rn. 631 ff.

⁸³ BayObLG, Urteil vom 16.01.1996, Az. 4St RR 280/95, juris, Rn 4 f.

⁸⁴ Der Wortlaut des § 95 I Nr. 3 AufenthG reguliert die vollendete Einreise. Dies ist der Fall, wenn die Grenze passiert ist. Das Verbleiben im Bundesgebiet unmittelbar nach dem Grenzübertritt ist unter dieser Norm nicht strafbewehrt. Daher schließt sich unmittelbar an die unerlaubte Einreise auch eine tatbestandsmäßige Verwirklichung des unerlaubten Aufenthaltes nach § 95 I Nr. 1, 2 AufenthG, der hier nicht abschließend besprochen werden soll, da er unmittelbar mit der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet zusammenhängt. Vgl. BayObLG, Urteil vom 16.01.1996, Az. 4St RR 280/95, juris, Rn 8.

Hier sind im Hinblick auf Einreisen von Flüchtlingen und Asylbewerbern diverse Fallkonstellationen denkbar die im Folgenden erläutert werden.

3.2.1. Die Einreise aus einem Drittstaat oder dem Herkunftsstaat

Der Herkunftsstaat von Flüchtlingen und Asylbewerbern spielt im Asylverfahren wie bereits dargestellt eine zentrale Rolle. Hiernach entscheidet sich, ob die antragstellende Person schutzbedürftig ist oder nicht. Im Zusammenhang mit der Einreise in das Bundesgebiet ist das Herkunftsland ebenso von Bedeutung, jedoch nicht ausschließlich. Dieser Personenkreis kann aus ebendiesem Land direkt einreisen oder aber aus einem sonstigen Drittstaat. Beide Einreisemöglichkeiten sind im Falle der Bundesrepublik Deutschland jedoch nicht auf dem Landweg möglich, da das Land von sicheren Drittstaaten umgeben ist.⁸⁵ Daher kommen direkte Einreisen aus dem Herkunftsstaat nur auf dem Luftweg in Betracht.

Einreisen auf dem Luftweg erfolgen an Flughafen – Grenzübergangsstellen und entsprechen damit der Definition des § 13 II Satz 1 AufenthG, wonach der Ausländer eingereist ist, wenn er Grenze physisch überschritten und die Grenzübergangsstelle passiert hat. Das physische Überschreiten der Staatsgrenze erfolgt in diesem Falle an Bord des Luftfahrzeugs mit dem Einfliegen in den deutschen Luftraum. Vollendet wird die Einreise jedoch mit dem Passieren der Grenzübergangsstelle am Flughafen.⁸⁶ Das ist der Fall, wenn der Ausländer die Kontrollen der Grenzpolizeibehörde⁸⁷ sowie des Zolls passiert hat und mit weiteren Überprüfungen ohne konkrete Verdachtsmomente nicht mehr zu rechnen ist. Der Ausländer kann sich folglich frei im Inland bewegen.⁸⁸ Dies kann derjenige, der versucht, die Grenzübergangsstelle zu umgehen, auch dadurch erreichen, dass er sich den Kontrollen der Behörden vollends entzieht, sei es durch unbemerktes Entweichen aus Transitbereich oder Passieren der Grenzübergangsstellen außerhalb der Geschäftszeiten.⁸⁹

⁸⁵ § 26a I, Satz 1 i.V.m. § 26a II AsylG i.V.m. Anlage I. Die Länder, an die die Bundesrepublik Deutschland grenzt, sind ausnahmslos als sichere Drittstaaten definiert.

⁸⁶ Dollinger, 2016, § 13, Rn. 15.

⁸⁷ In der Bundesrepublik Deutschland ist die Bundespolizei mit der grenzpolizeilichen Aufgabenwahrnehmung gem. § 1 II i.V.m. § 2 BPolG betraut.

⁸⁸ OLG Brandenburg, Beschluss vom 22.01.2004, Az. 2 Ss 36/03, juris, Rn. 14.

⁸⁹ Dollinger, 2016, §13, Rn. 15.

Ist die Einreise eines Asylbewerbers oder Flüchtlings direkt aus seinem Herkunftsstaat regelmäßig dadurch geprägt, dass er nicht über die notwendigen Ausweisdokumente und Aufenthaltstitel verfügt, führt dies unmittelbar dazu, dass die Einreise tatbestandsmäßig nicht legal sein kann, da § 14 I Nr. 1 oder 2 AufenthG erfüllt wird.⁹⁰ Hinzu kommt, dass die Einreise des Ausländers zur tatbestandsmäßigen Verwirklichung nicht vollendet sein muss, da der Versuch wie oben dargestellt strafbar ist. Die tatbestandsmäßige Verwirklichung wegen Versuchs ist in den Fällen erfolgt, wenn die nicht ausreichende Ausweislage des Asylbewerbers im Rahmen der Kontrollsituationen entdeckt wird.

3.2.2. Die Einreise aus einem EU – Staat

Die historische Entwicklung der Einreisezahlen von Asylbewerbern und Flüchtlingen zeigt, dass die Anzahl der Einreisen die über andere europäische Staaten⁹¹ auf dem Luftweg sowie dem Landweg erfolgt und in den Jahren 2014 – 2015 stark angestiegen ist.⁹² In beiden Fällen stellt sich die Situation der Einreise in das Bundesgebiet nach § 13 AufenthG anders dar als bei internationalen Flugreisen direkt aus dem Herkunftsstaat oder einem sonstigen Drittstaat.

In Fällen, in denen Asylbewerber und Flüchtlinge mittels Flugzeug aus einem sicheren Drittstaat i.S.v. § 26a I, Satz 1 i.V.m. § 26a II AsylG i.V.m. Anlage I an einem deutschen Verkehrsflughafen ankommen, ist zu beachten, dass die dort eingerichteten Kontrollstellen keine Grenzübergangsstellen darstellen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass gem. Art. 20 SGK an Binnengrenzen der Staaten des Schengener Vertragswerkes das Passieren der Grenzen ohne Grenzübergangsstellen möglich ist, was gleichbedeutend mit der Abschaffung von Grenzübergangsstellen ist.

⁹⁰ Dies ist ebenso der Fall, wenn verfälschte oder gefälschte Reisepässe sowie solche von anderen Personen gebraucht werden. Vgl. Gliederungspunkt 4.2.

⁹¹ Einschließlich der Schweiz. Wenn im Folgenden auf die EU- Staaten verwiesen wird, soll die Schweiz aufgrund der Einstufung als sicherer Drittstaat und ihrer Mitgliedschaft im Schengenverbund ohne weitere Verdeutlichung miterwähnt sein.

⁹² FRONTEX, 2016, S. 16 f.

Demgemäß bedeutet dies, dass Ausländer, die aus einem Vertragsstaat des Schengener Abkommens in das Bundesgebiet ankommen, nicht nach § 13 II Satz 1, sondern nach § 13 II Satz 3 AufenthG einreisen und damit der physische Grenzübertritt mit Einfliegen in den deutschen Luftraum ausreicht.⁹³ In Fällen der Einreise über die Landgrenze ist ebenso das physische Überschreiten der Staatsgrenze für die Vollendung der unerlaubten Einreise entscheidend.

Jedoch ist weiterhin fraglich, ob daher eine Grenzübergangsstelle passiert werden müsste. El-Ghazi geht ebenso wie das OLG Bamberg davon aus, dass erst eine Kontrollstelle am Flughafen passiert werden muss, um unerlaubt eingereist zu sein.⁹⁴ Dies ist jedoch nur dann gegeben, wenn eine Kontrollstelle besteht und diese ist trotz der offensichtlichen Ablehnung Griechenlands als sicherer Drittstaat nicht existent. Hierfür müssten zunächst die Grenzkontrollen gem. Art. 23 SGK wiedereingeführt worden sein, was im vorliegenden Fall nicht ersichtlich ist. Aus dem Sachverhalt ergibt sich jedoch, dass der betroffene Asylbewerber durch Polizisten am Flughafen München direkt nach Ankunft festgenommen wurde und er hier einen Asylantrag äußerte.⁹⁵ Somit war es ihm nicht möglich sich gemäß der Definition der vollendeten unerlaubten Einreise frei im Inland zu bewegen und damit schließt sich die Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 3 AufenthG objektiv aus, auch wenn keine formale Kontrollstelle passiert werden musste und faktisch die Einreise mit Überfliegen der Grenze vollendet wurde.

Abschließend lässt sich feststellen, dass Asylbewerber und Flüchtlinge, die nicht über Reisepässe oder Aufenthaltstitel wie beispielsweise Visa verfügen und die den Einreiseprozess vollendeten, die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 95 I Nr. 3 i.V.m. § 14 I Nr.1 oder 2 i.V.m. § 13 II Satz 3 Auf-

⁹³ Westphal/Stoppa, 2007, S. 699 f.

⁹⁴ El-Ghazi, 2015, S. 387; OLG Bamberg, Urteil vom 24.09.2014, Az. 3 Ss 59/13, juris, Rn. 14.

⁹⁵ OLG Bamberg, Urteil vom 24.09.2014, Az. 3 Ss 59/13, juris, Rn. 5 (Anm. Der Begriff „Einreisekontrolle“ ist in diesem Zusammenhang weiter auszulegen, da keine Einreisekontrolle stattfand, wie sie bei regulären Flugverbindungen aus anderen Drittstaaten durch die Bundespolizei im Rahmen ihrer Aufgabenzuständigkeit nach §§ 1 II i.V.m. § 2 BPolG durchgeführt wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine lageabhängige Kontrolle folgend den §§ 22 f. BPolG durchgeführt wurde, die dann unmittelbar nach Ankunft zu Festnahme des Asylbewerbers führte.).

enthG erfüllen. Auch eine Strafbarkeit des Versuchs kommt nach § 95 III AufenthG in Betracht.

3.2.3. *Ausschluss des objektiven Tatbestandes*

Es ist gleichwohl möglich, dass der objektive Tatbestand des § 95 I Nr. 3 AufenthG durch einen Asylbewerber nicht erfüllt wird. Dies ist dann der Fall, wenn eine Person nach § 18 I AsylG bei der mit der Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs betrauten Behörde um Asyl nachsucht. Ausnahmen werden durch § 18 II AsylG geregelt und betreffen die Verweigerung der Einreise, beispielsweise, wenn die Person aus einem sicheren Drittstaat i.S.v. § 26 a AsylG einreist, wohingegen hiervon nach § 18 IV AsylG ebenfalls Ausnahmen möglich sind. Die Rechtsfolge des § 18 I AsylG ist die Einreisegestattung zur Meldung bei der nächsten Aufnahmeeinrichtung.

Zunächst ist daher zu prüfen, ob möglicherweise der objektive Tatbestand einer unerlaubten Einreise oder versuchten unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet erfüllt wurde. Wie zuvor erläutert müsste die Person hierfür die Grenzübergangsstelle passiert haben, um formell eingereist zu sein. Dies kann in dieser Situation des Nachsuchens um Asyl nicht angenommen werden, da sie sich gerade dadurch kennzeichnet, dass die Person vor Passieren der Grenzübergangsstelle um Asyl nachsucht. Das Oberlandesgericht Bamberg stellte daher fest, dass der objektive Tatbestand bei einem direkten Nachsuchen um Asyl an der Grenzübergangsstelle am Flughafen München nicht erfüllt sei, da die Person aufgrund des Antrages nach § 18 I i.V.m. § 33 I Satz 1 AsylG eine Aufenthaltsgestattung erhalten wird und bis dahin über ein vorläufiges Bleiberecht verfügt.⁹⁶ Daher läge auch bei Nichtbesitz eines Passes kein Verstoß nach § 3 AufenthG i.V.m. § 64 AsylG vor, da die Aufenthaltsgestattung die Ausweispflicht im Inland erfülle.⁹⁷

⁹⁶ Schott-Mehring, 2014, S. 145 ff.; BVerfG, Beschluss vom 08.12.2014, Az. 2 BvR 450/11, Rn. 29. Im vorliegenden Fall wird die Einreise aus Griechenland nicht als Einreise aus einem sicheren Drittstaat nach §26a AsylG beurteilt.

⁹⁷ OLG Bamberg, Urteil vom 24.09.2014, Az. 3 Ss 59/13, juris, Rn. 13 ff. Dies wird in der kommentierenden Literatur unterstützt, vgl. El-Ghazi, u.a., 2015, S. 387.

Diese Begründung folgt der Logik, dass die Rechtsfolge des § 18 I AsylG die Einreisegestattung und damit die Erlaubnis zum Aufenthalt zum Zwecke der Vorstellung bei der zuständigen Erstaufnahmeeinrichtung ist, wo dann ein formelles Asylantragsverfahren durchgeführt wird. Jedoch sollte beachtet werden, dass es sich im vorliegenden Fall des OLG Bamberg nicht um eine Einreise aus einem Drittstaat, sondern aus einem Staat der europäischen Union, nämlich Griechenland, handelte.⁹⁸ Grundsätzlich würde auf Griechenland die Definition des sicheren Drittstaats nach § 26a AsylG anwendbar sein, da dieses Land ein Mitgliedsstaat der Europäischen Union ist. Entsprechend wäre die Rechtsfolge die Einreiseverweigerung nach § 18 II AsylG. Dies würde dazu führen, dass die Auslegung des OLG Bamberg fehlerhaft erscheint, da bei einer Einreise aus sicheren Drittstaaten der physische Grenzübertritt wie zuvor dargestellt ausreicht.

Jedoch sollte im Falle Griechenlands eine Differenzierung vorgenommen werden.⁹⁹ Der EuGH stellte fest, dass die Gewährleistung der Menschenrechte im Asylverfahren durch dieses Land nicht vollumfänglich gesichert sei.¹⁰⁰ Auch durch den EuGHMR wurden Verletzungen des Art. 3 EMRK und damit unmenschliche oder erniedrigende Behandlungen in Bezug auf das griechische Asylsystem, befunden.¹⁰¹ Dies führt zur Schlussfolgerung, dass in diesem Land starke Mängel im Asylsystem vorliegen die u.a. auf die Verwaltungsstrukturen zurückzuführen sind,¹⁰² was Griechenland als sicheren Drittstaat um das Betrachtungsjahr 2011 herum ausschloss.¹⁰³

Auf der anderen Seite wurde weder durch das OLG Bamberg noch durch die Kommentierung erwähnt, dass eine Strafbarkeit des Versuchs in Frage kommen könnte. Schließlich kann der Asylbewerber nicht davon ausgehen, dass Polizeibeamte nach der Ankunft bereitstehen und ihn festnehmen, bzw.

⁹⁸ OLG Bamberg, Urteil vom 24.09.2014, Az. 3 Ss 59/13, juris, Rn. 8.

⁹⁹ Diese Aussage bezieht sich auf den Betrachtungszeitraum des Jahres 2011 des Urteils des OLG Bamberg. Auf weitere aktuelle Entwicklungen wird hier aus Gründen der Lesbarkeit nicht eingegangen.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil vom 21.12.2011, in den verbundenen Rechtssachen C411/10 und C493/10, curia, Rn. 88 ff., 104.

¹⁰¹ EuGHMR, Urteil vom 21.01.2011, Az. 30696/09, M.S.S. v. Belgium, HUDOC, Rn. 222, 262, 293, 321 f.

¹⁰² Lübke, 2014, S. 107 ff.

¹⁰³ Schott-Mehrings, 2014, S. 146 ff.; BVerfG, Entscheidung vom 08.12.2014, Az. 2 BvR 450/11, juris, Rn. 29. Das Jahr der Betrachtung dieser Entscheidung war hier 2009.

dass er diesen gegenüber einen Asylantrag äußern könne. Daher ist zumindest eine Strafbarkeit des Versuchs objektiv zu prüfen.

Auch nach diesem Urteil, das von der Kommentierung wie dargestellt gestützt wird, kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die objektiven Elemente des Tatbestandes der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet generell ausgeschlossen sind, wenn bei der ersten Kontrolle im Zusammenhang mit dem Grenzübertritt um Asyl nachgesucht wird.¹⁰⁴ Die Strafbarkeit des Versuchs wäre auch in diesen Fällen zumindest zu prüfen. Diese ist dann ausgeschlossen, wenn die Person gar nicht zur Tatverwirklichen der unerlaubten Einreise ansetzt und den Asylantrag sofort stellt.

3.3. Der subjektive Tatbestand

Grundlegend ist nach § 15 StGB eine Tat nur dann strafbar, wenn sie durch vorsätzliches Handeln verwirklicht wird, sofern fahrlässiges Handeln nicht ausdrücklich im jeweiligen Gesetz mit Strafe bedroht ist. Die fahrlässige Strafbarkeit ist in § 95 AufenthG nicht aufgeführt, sodass für jegliche Strafbarkeit der Vorsatz notwendig ist.

Eine Person, welche die objektiven Tatbestandelemente erfüllt hat, muss all diese mit Wissen und Wollen zum Zeitpunkt der Tat verwirklicht haben.¹⁰⁵ Jedoch wird zwischen drei Vorsatzarten, der Absicht, dem direkten und dem bedingten Vorsatz unterschieden. Im Falle der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet reicht bedingter Vorsatz aus.¹⁰⁶ Es ist zudem nicht notwendig, dass der Ausländer die genauen Regelungen des § 13 AufenthG kennt.¹⁰⁷ Dies schließt einen Tatbestandsirrtum nach § 16 I StGB aus, da es gerade nicht notwendig ist, dass ein Flüchtling oder Asylbewerber alle Elemente der des § 13 AufenthG kennt.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Darüber hinaus ist eine Einstellung des Verfahrens im Einzelfall nach §§ 153 ff., 170, 203 StPO in jedem Strafverfahren und damit auch bei den hier dargestellten Delikten möglich.

¹⁰⁵ Schmidt, 2016, S. 81 f.

¹⁰⁶ Hohoff, 2016, S. 820.

¹⁰⁷ Fritz, u.a. 2013, § 95 AufenthG, Rn. 108.

¹⁰⁸ Die weitere Prüfung von Irrtümern, namentlich der Verbots- und der Erlaubnistatbestandsirrtum werden unter Gliederungspunkt 6.3. und 6.4. erläutert.

Während es bei der Absicht dem Täter direkt auf die Tatbestandsverwirklichung ankommt und sein Wille konkret auf den Erfolg aus der Tat ausgerichtet ist,¹⁰⁹ reicht es beim direkten Vorsatz aus, wenn die Person weiß oder vorhersieht, dass seine Handlung einen strafrechtlichen Tatbestand verwirklicht, gleich ob er sie bezweckt.¹¹⁰ Der bedingte Vorsatz setzt hingegen lediglich voraus, dass die Person die Verwirklichung des Tatbestandes nur für möglich hält, sie aber weder anstrebt noch für sicher davon ausgeht, dass der Erfolg eintritt.¹¹¹

Menschen, die aus eigenem Willen in die Bundesrepublik Deutschland einreisen möchten, und hierfür nicht über die notwendigen Voraussetzungen wie Pass oder Visa verfügen, erfüllen den subjektiven Tatbestand, da es ihnen entweder direkt darauf ankommt ins Bundesgebiet einzureisen oder sie gehen lediglich davon aus, dass der Taterfolg möglich ist. Der bedingte Vorsatz kommt daher generell in Betracht, sodass das subjektive Element der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet als gegeben betrachtet werden kann.

3.4. Ergebnis

Die unerlaubte Einreise in das Bundesgebiet umfasst die vollendete Einreise ohne Reisepass oder Aufenthaltstitel. Die Tatbestandsmerkmale können verschiedenartig verwirklicht werden, da sich die Reiserouten unterscheiden. Einerseits ist dies die Einreise aus einem Drittstaat, der auch der Herkunftsstaat eines Asylbewerbers oder Flüchtlings sein kann, was gewöhnlich mittels Flugzeug über deutsche Flughäfen und die dortigen Grenzübergangsstellen geschieht. Die Überschreitung der Grenzübergangsstellen stellt sich hier als Diskussionspunkt dar, ist aber anhand der Definition, dass zur Vollendung der Einreise eine Person über die freie Beweglichkeit im Inland verfügen muss, zu interpretieren.

¹⁰⁹ Fischer, 2017, § 15 AufenthG, Rn. 6.

¹¹⁰ Ebd., Rn. 7.

¹¹¹ Ebd., Rn. 8.

Andererseits kann die Einreise aus einem EU – Staat ebenfalls mit dem Flugzeug, aber auch über die Landgrenzen der Bundesrepublik Deutschland erfolgen. Hierbei genügt meist der physische Grenzübertritt mit besonderer Beachtung der Situation in EU – Mitgliedsstaaten wie Griechenland. Hier konnte gezeigt werden, dass auch im Falle Griechenlands keine Grenzübergangsstellen eingerichtet wurden, aber Kontrollen der Polizei die Entdeckungswahrscheinlichkeit unmittelbar nach der Einreise erhöhen und daher gerade nicht die freie Beweglichkeit ins Inland gegeben ist, bis die anwesenden Polizeibeamten passiert sind.

Auf dieser Grundlage kann es möglich sein, dass der objektive Tatbestand der vollendeten unerlaubten Einreise ausgeschlossen ist. Dies einerseits ist dann der Fall, wenn an einer Grenzübergangsstelle ein Asylgesuch nach § 18 I AsylG gestellt wird. Andererseits kann diese Asylantragsstellung auch bei einer Kontrolle eines ankommenden Fluges aus EU – Staaten erfolgen, wenn diese mit der Einreise in einem unmittelbaren Zusammenhang steht. Auch hier kommt es auf die Reiseroute und die freie Beweglichkeit im Inland an. In beiden Fällen folgt die legale Gestattung der Einreise. Die Strafbarkeit des Versuchs ist grundsätzlich möglich und sollte entsprechend geprüft werden, wenn keine vollendete unerlaubte Einreise feststellbar ist. Problematiken hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes konnten im Zuge der Prüfung nicht festgestellt werden.¹¹²

4. Die Tatbestandsmäßigkeit der Begleitdelikte zur unerlaubten Einreise

Im Zusammenhang mit der unerlaubten Einreise von Flüchtlingen und Asylbewerbern in das Bundesgebiet ist es fraglich, ob weitere Straftaten tatbestandsmäßig verwirklicht werden können. Aufgrund dessen, dass zur legalen Einreise Reisedokumente und Aufenthaltstitel benötigt werden, stellen Urkundendelikte die sogenannten Begleitdelikte dar.

¹¹² Zur vorsatzausschließenden Wirkung des Erlaubnistatbestandsirrtums, siehe Gliederungspunkt 6.4.

4.1. Einführung zu den Begleitdelikten

Nachdem im Rahmen der Prüfung zur Verwirklichung, Rechtfertigung und Entschuldigung von Straftaten von Asylbewerbern und Flüchtlingen im Zusammenhang mit der Einreise das Delikt nach § 95 I Nr. 3 AufenthG dargestellt wurde, ist auch die Betrachtung weiterer Straftaten in diesem Zusammenhang erforderlich.¹¹³ Hier kann erkannt werden, dass Begleitdelikte zur Einreise der Urkundenkriminalität zuzuordnen sind,¹¹⁴ was einerseits der Gebrauch einer unechten oder verfälschten Urkunde gem. § 267 I, 3. Alt StGB und andererseits das Verwenden eines echten Ausweises einer anderen Person gem. § 281 I, 1. Alt StGB sind.¹¹⁵ Hinzu kommt eine mögliche Strafbarkeit nach § 276 I, Nr. 1 StGB.

Daher besteht in diversen Fallkonstellationen der Verdacht der Begleitdelikte in direktem Zusammenhang mit der Verwirklichung der Tatbestände der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet.¹¹⁶

4.2. Der objektive Tatbestand

Die Urkundenkriminalität stellt in der Rechtsprechung zur Strafbarkeit der unerlaubten Einreisen von Flüchtlingen und Asylbewerbern die hauptsächliche Begleitkriminalität dar.¹¹⁷ Dies ist darauf zurückzuführen, dass teilweise im Rahmen der Einreise in das Bundesgebiet von Flüchtlingen und Asylbewerbern gefälschte oder missbräuchlich verwendete Dokumente benutzt werden, um einerseits die Reise antreten zu können oder die Einreise in die

¹¹³ Im Folgenden werden diese Straftaten zusammenfassend als „Begleitdelikte“ benannt. Ordnungswidrigkeiten, wie beispielsweise die falsche Namensangabe gem. § 111 I OWiG, oder der Nichtunterziehung der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs § 98 II Nr. 2 AufenthG sollen in dieser Arbeit aufgrund der ausschließlichen Betrachtung von Straftaten nicht dargestellt werden.

¹¹⁴ Bundestag – Drucksache 18/9415 vom 17.08.2016, S. 73 f; BAMF, 2016c. Das BAMF beanstandete laut eigenen Angaben 3311 Reisedokumente von März bis September 2016.

¹¹⁵ Weitere Delikte im Bereich der Urkundenkriminalität, wie beispielsweise die Mittelbare Falschbeurkunden bei falschen Namensangaben, gem. § 271 I StGB, steht nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der unerlaubten Einreise von Flüchtlingen und Asylbewerbern, da der Taterfolg einer solchen Handlung erst später, beispielsweise durch das Ausstellen einer Aufenthaltserlaubnis auf Basis falscher Personalien eintritt. Daher sollen solche Strafnormen von der Betrachtung hier ausgeschlossen sein.

¹¹⁶ Vgl. weiterführend Baumann, u.a., 2016, § 27, Rn. 5, 29 ff.

¹¹⁷ Goodwin-Gill, 2003, S. 196.

Bundesrepublik Deutschland zu ermöglichen.¹¹⁸ Hierbei spielt neben der objektiven Tatbestandsmäßigkeit insbesondere der subjektive Tatbestand eine Rolle.

4.2.1. *Der Gebrauch einer unechten oder verfälschten Urkunde*

Der Gebrauch einer unechten oder verfälschten Urkunde im Zuge des Grenzübertritts ist in § 267 I, 3. Alt StGB als Vergehen normiert. Der Versuch ist nach § 267 II StGB strafbar. Entsprechend ist es zunächst von Bedeutung die Urkunde als solche zu definieren. Der Gebrauch eines unechten oder verfälschten Reisepasses, von Identitätskarten und Führerscheinen stellt im Zuge der Einreisen von Flüchtlingen und Asylbewerbern den Regelfall dar.¹¹⁹ Daher ist zunächst die Definition der Eigenschaften als Urkunde i.S.v. § 267 I StGB von Bedeutung.

Urkunden sind nach der Definition des Bundesgerichtshofes „verkörperte Erklärungen, die vermöge ihres gedanklichen Inhalts (sic) dazu bestimmt sind, im Rechtsleben eine Tatsache zu beweisen und ihren Aussteller erkennen lassen“.¹²⁰ Die im Zuge einer Einreise generell verwendeten Ausweisdokumente fallen unter diese Definition, da sie die Erklärung eines Gedankens, hier die Identität der Person, sowie den Aussteller enthalten, der im Normalfall in Form einer Passbehörde oder ausstellenden Behörde erkennbar ist. Weiterhin sind amtliche Ausweisdokumente dazu bestimmt die Identität einer Person nachzuweisen und erfüllen damit die Kriterien der Urkunde.¹²¹

Ein amtliches Ausweisdokument, das nunmehr nachträglich verändert wird,¹²² kann als „verfälschen“ i.S.v. § 267 I, 2. Alt. StGB gewertet werden,

¹¹⁸ Bundestag – Drucksache 18/9415 vom 17.08.2016, S. 73 f

¹¹⁹ Goodwin-Gill, 2003, S. 201 ff., 212 f; Bundestag – Drucksache 18/9415 vom 17.08.2016, S. 73 f.

¹²⁰ BGH, Urteil vom 03.07.1952, Az. 5 StR 151/52, NJW 1952, 1104 – 1106, Rn. 1 a); Zur Kritik am Urkundenbegriff der h.M. vgl. Erb, 2014, § 267, Rn. 30 ff. Diese Diskussion soll hier nicht vertiefend geführt werden.

¹²¹ Amtliche Ausweise, wie Reisepässe, Identitätskarten und Führerscheine werden per Definition als amtliche Ausweise und damit als Urkunden verstanden. Vgl. BGH, Urteil vom 26.02.1987, Az. 1 StR 698/86, juris, Rn. 5.

¹²² Fälschungshandlungen können beispielsweise der Lichtbildaustausch oder mechanische Rasuren sein. Vgl. VGH BW, Urteil vom 30.07.2014, Az. 11 S 2350/13, juris, Rn. 11; VG Ansbach, Urteil vom 06.08.2015, Az. AN 5 K 14.01888, juris, Rn. 4.

da der Aussagegehalt der Urkunde zugunsten der Person für die sie geändert wird, nunmehr nicht mehr mit der Aussage des Ausstellers übereinstimmt. Wird jedoch ein gänzlich unechtes Ausweisdokument hergestellt, handelt es sich um eine Tathandlung nach § 267 I, 1. Alt StGB.¹²³ Im Hinblick auf die unerlaubte Einreise ist jedoch der Gebrauch von Bedeutung, da nicht die Strafbarkeit der Ver-/ oder Fälschungshandlung im Vordergrund steht, sondern das konkrete Benutzen eines solchen Ausweisdokuments beim Grenzübertritt oder bei durchgeführten Kontrollen des Flugverkehrs aus Schengen – Staaten.

Der Gebrauch ist das Zugänglichmachen zu demjenigen, der durch das ver-/ oder gefälschte Ausweisdokument getäuscht werden soll, sodass dieser sie wahrnehmen kann.¹²⁴ Dies geschieht beispielsweise durch die Vorlage in einer Kontrollsituation.

Folglich erfüllt eine Person den objektiven Tatbestand des § 267 I, 3. Alt StGB, indem sie einen solchen ver-/ oder gefälschten Ausweis zur Kontrolle vorlegt. Dies ist im Hinblick auf die unerlaubte Einreise von Flüchtlingen und Asylbewerbern dann gegeben, wenn diese bei einer Einreisekontrolle, sei es an einer Grenzübergangsstelle an einem Flughafen oder nach der Einreise bereits auf dem Bundesgebiet einen gefälschten Reisepass vorlegen.¹²⁵

4.2.2. Das missbräuchliche Verwenden eines echten Ausweises

In Fällen, bei denen echte Ausweisdokumente durch andere Personen benutzt werden, richtet sich die Strafbarkeit nicht nach § 267 I, 3. Alt StGB, sondern nach § 281, 1. Alt StGB. Eine Person, die mittels eines echten amtlichen Ausweises, der nicht auf sie ausgestellt, einzureisen versucht oder einreist, erfüllt damit den Tatbestand des § 281, 1. Alt StGB, wenn diese Urkunde gebraucht wird.

¹²³ Exemplarisch OLG Nürnberg, Urteil vom 09.12.2008, Az. 2 St OLG Ss 24/08, juris, Rn. 12.

¹²⁴ BGH, Urteil vom 21.12.1998, Az. 2 StR 613/88, juris, Rn. 16.

¹²⁵ Goodwin-Gill, 2003, S. 196, 202, 204.

Hierbei richtet sich der Begriff des Gebrauchs nach dem des § 267 I, 3. Alt StGB. Der Zweck des Gebrauchs ist ebenso das Nachweisen einer Identität, die nicht auf die Person zutrifft, die das Dokument vorlegt. Auch der Versuch ist in diesem Falle nach § 281 I, Satz 2 strafbar.¹²⁶

Ein Asylbewerber oder Flüchtling der an einer Grenzübergangsstelle oder sonstigen Kontrolle einen ebensolchen echten Ausweis vorlegt, erfüllt den objektiven Tatbestand des § 281 I, 1. Alt StGB.

4.2.3. Das Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen

Eine weitere in Frage kommende Straftat im Bereich der Begleitdelikte ist das Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen nach § 276 I StGB. Diese Strafnorm stellt unter Strafe, wenn eine Person einen falschen oder verfälschten amtlichen Ausweis ein-/ oder ausführt oder sich diesen verschafft, um ihn zur Täuschung im Rechtsverkehr zu gebrauchen.

Die Person muss es nach dem Wortlaut der Strafnorm unternehmen, das Ausweisdokument einzuführen. Das AG Kehl sah im Falle eines Asylbewerbers, der eine totalgefälschte tschechische Identitätskarte im Gepäck bei der Einreise mitführe, den objektiven Tatbestand des § 276 I, Nr. 1 StGB als erfüllt an.¹²⁷ Damit kann erkannt werden, dass ein bei der unerlaubten Einreise mitgeführter falscher amtlicher Ausweis den Straftatbestand des § 276 I StGB erfüllt. Dies ist einerseits dann möglich, wenn er lediglich eingeführt wird, aber auch, wenn die Einfuhr nicht abgeschlossen ist, aber das Dokument beschafft wurde, um ihn entsprechend der Definition zur „Täuschung im Rechtsverkehr“ zu gebrauchen.

4.2.4. Ausschluss des objektiven Tatbestandes

Im Rahmen einer Prüfung des Ausschlusses des objektiven Tatbestandes kommt es darauf an, ob die Urkunde vorgelegt wird. Das Gebrauchen der Urkunde beim Grenzübertritt und damit die objektive Tatbestandsmäßigkeit

¹²⁶ Erb in: Hefendehl, u.a., 2006, § 281, Rn. 3 ff.

¹²⁷ AG Kehl, Beschluss vom 26.04.2016, Az. 3 Cs 208 Js 14124/14, juris, Rn. 6.

der §§ 267 I, 3. Alt. und 281, 1. Alt. StGB ist nicht dadurch erfüllt, ein solches Dokument mitzuführen. Vielmehr muss die Person unmittelbar dazu ansetzen, dieses zur Täuschung im Rechtsverkehr einzusetzen.¹²⁸

Dies führt dazu, dass ein Flüchtling oder Asylbewerber, der zwar eine solche Urkunde beim Grenzübertritt mitführt, nicht unmittelbar den objektiven Tatbestand verwirklicht hat. Vielmehr müsste er das Dokument konkret Gebrauchen und es einem Dritten, hier einem Polizeibeamten, zugänglich machen. Ein reines Mitführen im Gepäck oder auch am Körper kann die Voraussetzung des unmittelbaren Ansetzens nicht erfüllen.

Es ist daher möglich, dass bei einer Feststellung des Ausschlusses des objektiven Tatbestands der dargestellten Delikte eine Strafbarkeit nach § 276 I StGB in Frage kommt, denn hier reicht ein Einführen oder das Verschaffen zum Einsatz aus. Hier ist nicht ersichtlich, wie der objektive Tatbestand ausgeschlossen sein könnte, wenn die Person die Urkunde nicht gebraucht, da diese Strafnorm gerade darauf abstellt, auch das Mitführen und nicht das konkrete Gebrauchen unter Strafe zu stellen.¹²⁹

4.3. Der subjektive Tatbestand

Im Hinblick auf die zwei zuvor dargestellten Delikte ist der subjektive Tatbestand von zentraler Bedeutung. In beiden Fällen ist formuliert, dass der Täter „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ handeln muss. Neben diesem Vorsatz zur Tathandlung ist auch eine vorsätzliche Handlung bezüglich der objektiven Merkmale des Delikts notwendig, also diejenigen Elemente, die die Urkundeneigenschaft begründen. Dies schließt die Fälschung oder Verfälschung oder aber die Tatsache, dass der echte Ausweis der einer anderen Person ist, ein. Hierfür reicht der bedingte Vorsatz aus.¹³⁰

Die Formulierung „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ fügt den dargestellten Strafnormen ein weiteres subjektives Element hinzu das gesondert geprüft

¹²⁸ Erb in: Hefendehl, u.a., 2006, § 267, Rn. 215, § 281, Rn. 8.

¹²⁹ Erb in: Hefendehl, u.a., 2006, § 276, Rn. 3.

¹³⁰ BGH, Urteil vom 08.07.1999, Az. 3 StR 68/99, juris, Rn. 7; BGH, Urteil vom 01.09.1992, Az. 1 StR 281/92, juris, Rn. 16.

werden muss. Dies ist der Vorsatz, eine andere Person aufgrund des Irrtums, der durch die Vorlage des Ausweises erreicht wird, zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen. In diesem Fall ist der direkte Vorsatz notwendig um das Absichtsmerkmal zu erfüllen.¹³¹

Dieses rechtserhebliche Verhalten kann dadurch erreicht werden, dass der Person, die ein solches Ausweisdokument bei einer polizeilichen Kontrolle, beispielsweise an einer Grenzübergangsstelle, die Einreise oder Weiterreise gewährt wird. Gerade im Hinblick auf die Identität der Person wird die Täuschung in einer Kontrollsituation als das Absichtsmerkmal erfüllend subsumiert.¹³²

Daher ist es im Hinblick auf die Einreise von Flüchtlingen und Asylbewerbern, die in polizeilichen Kontrollsituationen die vorgenannten Ausweisdokumente benutzen, um zu erreichen, dass die Einreise gestattet wird, das Absichtsmerkmal als gegeben anzusehen, wenn diese über unwahren Aussagegehalt der Urkunde wussten und diese auch tatsächlich aus diesem Grunde gebrauchen.

4.4. Ergebnis

Die Begleitdelikte zur unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet von Flüchtlingen und Asylbewerbern sind dem Bereich der Urkundenkriminalität zuzuordnen. Einerseits sind es das Verwenden eines Ausweisdokuments, welches entweder unecht, gefälscht oder das einer anderen Person ist. Andererseits ist auch das Verschaffen von amtlichen Ausweisen und damit schon der Besitz beim Grenzübertritt strafbar. Diese Delikte können im Zusammenhang mit der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet tatbestandsmäßig verwirklicht werden. Der Ausschluss des objektiven Tatbestandes kann dann gegeben sein, wenn nicht unmittelbar dazu angesetzt wird, ein Delikt nach §§ 267 I, 3. Alt oder 281, 1. Alt StGB zu verwirklichen, aber nicht in den Fällen des § 276 I, Nr. 1 StGB.

¹³¹ BGH, Urteil vom 08.07.1999, Az. 3 StR 68/99, juris, Rn. 7. Der Vorsatzgrad der Absicht wird von der h.M. abgelehnt, vgl. BayObLG, Urteil vom 31.03.1998, Az. 2St RR 44/98, juris, Rn. 11.

¹³² BGH, Urteil vom 29.06.1994, Az. 2 StR 160/94, juris, Rn. 3.

Der subjektive Tatbestand stellt hier, im Gegensatz zur unerlaubten Einreise selbst, ein zentrales Element dar, da ein Vorsatz zur Täuschung im Rechtsverkehr bestehen muss und der Täter somit ein rechtserhebliches Verhalten beim Gegenüber herbeiführen möchte. Dies stellt zwar einen gesonderten Prüfungsschritt dar, jedoch kann geschlussfolgert werden, dass ein Asylbewerber, der sich darüber im Klaren ist, dass das Ausweisdokument manipuliert wurde, und es aus diesem Grunde auch in einer Kontrollsituation vorlegt, mit einem solchen Vorsatz handelt. Entsprechend ergeben sich keine brisanten Fälle, in denen der subjektive Tatbestand gesondert ausgeschlossen werden könnte. Vielmehr kommt es bei einer Begehung von Begleitdelikten darauf an, ob Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe vorliegen, oder aber eine anderweitige Form der Straffreiheit in Betracht kommt.

5. Rechtfertigungsgründe der Straftaten im Zusammenhang mit der Einreise in das Bundesgebiet

Individuelle Strafbarkeit setzt voraus, dass die Verwirklichung des strafrechtlichen Tatbestandes rechtswidrig erfolgte.¹³³ Nachdem festgestellt wurde, wann und wie Strafnormen tatbestandsmäßig verwirklicht werden, ist eine Prüfung der Rechtswidrigkeit anzuschließen. In Bezug auf die Strafbarkeit von Flüchtlingen und Asylbewerbern im Zusammenhang mit der Einreise in das Bundesgebiet werden nachfolgend die in Frage kommenden Rechtsgrundlagen auf ihre Anwendbarkeit geprüft.

5.1. Die Rechtfertigung von Straftaten im deutschem Recht

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert grundsätzlich die Rechtswidrigkeit, jedoch können Rechtfertigungsgründe vorliegen, die eine Bestrafung des Täters ausschließen und dazu führen, dass das objektive und subjektive Verwirklichen der Tatbestandsmerkmale keine rechtswidrige Tat darstellt. In diesem Fall endet ein gerichtliches Verfahren straffrei. Das deutsche Strafrecht normiert im Rahmen der §§ 32, 34 StGB mögliche Rechtfertigungsgründe, die aufgrund der räumlichen Zuordnung der unerlaubten Einreise in das Bun-

¹³³ Heinrich, 2005, Rn. 305.

desgebiet zunächst in Frage kommen.¹³⁴ Jedoch kann auch das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in Art. 16a GG einen Rechtfertigungsgrund darstellen.¹³⁵

Hierbei sollte jedoch bedacht werden, dass es sich bei Asylbewerbern und Flüchtlingen nicht grundsätzlich um dieselbe Personengruppe handelt, auf die nur eine oder mehrere Rechtfertigungsgründe zutreffen könnten. Vielmehr müssen verschiedene Fallkonstellationen betrachtet werden um eine ganzheitliche Würdigung der Rechtfertigungsgründe zu ermöglichen.

5.2. Die Rechtfertigung nach Art. 16a GG

Eine Person, die ein Schutzersuchen nach Art. 16a GG stellt, darf gem. Art. 16a II GG nicht aus einem Staat der Europäischen Gemeinschaften oder einem Staat einreisen, in dem die Anwendung der GFK sichergestellt ist. Dies bedeutet, dass die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland über die Landgrenze ausscheidet, da Deutschland von sicheren Drittstaaten umgeben ist. Damit kommt im Rahmen der strafrechtlichen Würdigung die Einreise über die Flughäfen oder Seehäfen direkt aus dem Verfolgerstaat in Betracht.¹³⁶ Die vollendete oder versuchte unerlaubte Einreise in das Bundesgebiet gem. § 95 I Nr. 3, evtl. i.V.m. § 95 III, AufenthG kommt in solchen Fällen in Betracht.

Hierbei könnte sich jedoch direkt eine Rechtfertigung aus dem Grundrecht auf Asyl nach Art. 16a GG ergeben. Dieser Artikel enthält keine Regelung

¹³⁴ § 32 StGB reguliert die Notwehr, während § 34 StGB den rechtfertigenden Notstand beschreibt. Beide Normen wirken unabhängig voneinander als Rechtfertigungsgrund. Weitere Rechtfertigungsgründe, wie die Einwilligung oder das Festnahmerecht nach § 127 I StPO werden nicht betrachtet, da sie im Hinblick auf die dargestellten Delikte offensichtlich ausgeschlossen sind. Die Betrachtung von § 32 StGB schließt sich in den hier behandelten Fällen auch aus, da sich diese mangels eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs nicht für Notwehrhandlungen qualifizieren.

¹³⁵ Vgl. die h.M. zur Auffassung von Art. 16a GG als Rechtfertigungsgrund für Straftaten nach § 95 I AufenthG, u.a. Bergmann, u.a., 2013, AufenthG, § 95, Rn. 9.

¹³⁶ Da an Flughäfen bei Flügen, die aus Staaten außerhalb des Schengenraums ankommen, wie bereits dargestellt Grenzübergangsstellen zu passieren sind, besteht einerseits die Möglichkeit der vollendeten unerlaubten Einreise, beispielsweise durch die Verwendung gefälschter oder verfälschter Dokumente, im Rahmen des Ausweismissbrauches oder auch aufgrund von Kontrollfehlern. Wenn die Person entsprechend im Rahmen der Grenzkontrolle festgestellt wird, kann von einer versuchten unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet ausgegangen werden.

zum Umgang mit tatbestandsmäßig verwirklichten Straftaten im Zusammenhang mit der Einreise in das Bundesgebiet. Jedoch besagt Art. 16a V GG, dass den Regelungen der Absätze I – IV völkerrechtliche Verträge vorgehen, insbesondere die GFK, was eine Öffnung für die Regelungen des Art. 31 I GFK darstellen könnte. Zeitweise verwies die kommentierende Literatur auf diese Regelung, ohne eine direkte Abgrenzung zu Art. 16a GG vorzunehmen.¹³⁷

Jedoch wird in der aktuellen Kommentierung die Auffassung vertreten, dass Art. 16a I GG als eigenständiger Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt,¹³⁸ was aufgrund der durch Aurnhammer entwickelten Analyse entstand. Diese interpretierte den Artikel insoweit, dass es nicht begründbar sei, warum ein Asylbewerber aufgrund der Inanspruchnahme eines Rechts aus dem Grundgesetz strafrechtlich belangt werden sollte.¹³⁹ Dies ist nachvollziehbar, da bereits Art. 1 I GG besagt, dass die Grundrechte die drei Gewalten unmittelbar binden. Damit ist es der Ausdruck des Rechtsstaates, dass die Ausübung der Grundrechte eine Strafbarkeit, die auf ebendieser Ausübung beruht, ausschließt. Es ist durchaus möglich, Straftatbestände tatbestandsmäßig zu begehen, jedoch ist dann die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen.¹⁴⁰

Es ist folglich von Bedeutung, dass das Grundrecht auf Asyl zunächst wie oben dargestellt in Anspruch genommen wird. Hierfür muss die betreffende Person die hohen Anforderungen des Art. 16a GG erfüllen und folglich „nicht aus einem sicheren Herkunftsstaat stammt u. (sic) auf dem Luftweg einreist, ohne dabei einen sicheren Drittstaat zu berühren.“¹⁴¹ Dies ist auch im Lichte der Strafbarkeit von Bedeutung. Die rechtfertigende Wirkung des Art. 16a GG kann entsprechend nur zur Anwendung kommen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.

¹³⁷ Kanein, u.a., 1993, AuslG, § 92, Rn. 10.

¹³⁸ Renner, 2005, AufenthG, § 95, Rn. 31.

¹³⁹ Aurnhammer, 1996, S. 165.

¹⁴⁰ Ebd., S. 169. Insbesondere die unter Gliederungspunkt 7.6.1. dargestellte Sichtweise des Art. 31 GFK als persönlicher Strafaufhebungsgrund läuft einer vorrangigen Anwendbarkeit der GFK entgegen, da hierfür rechtswidrig begangene Straftaten vorliegen müssen.

¹⁴¹ Bergmann, u.a., 2013, AufenthG, § 95, Rn. 9.

Schlussfolgernd kann daher erkannt werden, dass es durchaus überzeugende Sichtweisen auf die Anwendbarkeit des Art. 16a GG als eigenständigen Rechtfertigungsgrund gibt. Hierfür muss jedoch zunächst eine Anwendbarkeit des Asylgrundrechts gegeben sein und die zuvor dargestellte geringe praktische Relevanz zeigt, dass der Fokus hin zu Regelungen GFK geht.

5.3. Der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB

Der rechtfertigende Notstand ist ein Rechtfertigungsgrund im deutschen Strafrecht, der das Unrecht der Tat entfallen lässt. Die Voraussetzungen des § 34 StGB sind eine vorhandene Notstandslage¹⁴² und eine durchgeführte Notstandshandlung. Gerade im Hinblick auf Einreisen von Flüchtlingen und Asylbewerbern wird mitunter Bezug auf § 34 StGB genommen.¹⁴³ Die Notstandslage setzt sich aus einer gegenwärtigen Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut zusammen. Eine gegenwärtige Gefahr liegt vor, wenn nach objektiven Umständen zum Zeitpunkt der Notstandshandlung ein Schadenseintritt unmittelbar bevorsteht. Diese muss für hohe Rechtsgüter wie das Leben bestehen, die in § 34 I S. 1 StGB nicht abschließend aufgeführt sind.¹⁴⁴ Die Notstandshandlung setzt voraus, dass die Handlung zur Abwehr der Gefahr geeignet und erforderlich ist und dass die Gefahr nicht anderweitig abgewehrt werden konnte.¹⁴⁵

Liegen tatsächlich solche Situationen vor, die zu einer Notstandslage führen, scheint eine Anwendbarkeit des § 34 StGB gegeben zu sein. Dies kann durchaus bei den o.g. Bedingungen für die Flucht, die zur Anerkennung als Flüchtling oder Asylberechtigter führen der Fall sein. Die Rettung aus der gegenwärtigen Gefahr ist gewöhnlich damit verbunden, dass es keine Möglichkeit gab, Einreisevoraussetzungen wie Visa oder Pässe zu beschaffen, bzw. sich mit den eigenen Dokumenten auf die Reise zu begeben, da durch aus Misstrauen gegenüber staatlichen Behörden bestehen kann.¹⁴⁶

¹⁴² Erb in: Heintschel-Heinegg, 2017, § 34, Rn. 54 ff., 60, 78.

¹⁴³ Vgl. exemplarisch OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.10.1996, Az. 1 Ss 232/96, StV 1997, 78 – 79.

¹⁴⁴ Erb in: Heintschel-Heinegg, 2017, § 34, Rn. 54 ff., 60, 78.

¹⁴⁵ Ebd., Rn. 87 ff.

¹⁴⁶ Aurnhammer, 1996, S. 167.

Jedoch ist eine Anwendbarkeit des § 34 StGB nur dann möglich, wenn tatsächlich eine Notstandslage besteht. Dies ist gerade in Fällen, in denen ein Asylbewerber oder Flüchtling nicht direkt von dem Ort an dem die Gefahr droht, unerlaubt in die Bundesrepublik Deutschland einreist oder einzureisen versucht und es somit an der „Gegenwärtigkeit“ fehlt. Die Gegenwärtigkeit ist bereits am ersten sicheren Ort außerhalb des Gefahrenortes entfallen. Dies trifft auf nahezu alle Personen zu, die die Landgrenzen der Bundesrepublik Deutschland erreichen, da die Länder, die auf dem Weg passiert werden, als sicher gelten.¹⁴⁷

Damit bleibt die Einreise direkt aus dem Land, wo die Gefahr bestand. Dies ist wie bereits dargestellt nur auf dem Luftweg möglich. Die direkte Einreise aus dem Verfolgerstaat eröffnet ein Verfahren nach Art. 16a GG. Somit ist es fraglich, ob Art. 16a direkt seine Rechtfertigungswirkung entfaltet oder dies über § 34 StGB geschieht. In Fällen der Konkurrenz zwischen einer einfachgesetzlichen Norm und einer Norm mit Verfassungsrang geht das höherwertige Recht vor.¹⁴⁸ Dies führt dazu, dass das anwendbare Grundrecht nach Art. 16a GG die Straftat der unerlaubten Einreise rechtfertigt und ein Rückgriff auf § 34 StGB daher nicht notwendig ist.

Wenn jedoch eine direkte Einreise aus dem Gefahrenort erfolgt, ohne dass die hohen Voraussetzungen des Art. 16a GG im Sinne der politischen Verfolgung erfüllt werden, kann die Anwendbarkeit des § 34 StGB angenommen werden. Dies ist jedoch auch im Ergebnis ausgeschlossen, da eine unerlaubte Einreise in das Bundesgebiet zur Beendigung der Notstandslage gar nicht erforderlich ist.¹⁴⁹ Vielmehr besteht in diesem Fall für die Person direkt nach der Ankunft an einem deutschen Flughafen keine Notstandslage mehr. So könnte die Person gem. § 18 I AsylG an der Grenzübergangsstelle einen Asylantrag stellen. Diese Argumentation bedeutet, dass § 34 StGB nicht auf Straftaten nach § 95 I Nr. 3 AufenthG anwendbar ist.

¹⁴⁷ § 26a I, Satz 1 i.V.m. § 26a II AsylG i.V.m. Anlage I.

¹⁴⁸ So auch Aurnhammer, 1996, S. 167.

¹⁴⁹ Die Verbindung von § 34 StGB mit Art. 31 I GFK wird unter Gliederungspunkt 7.6.2. dargestellt.

Fraglich bleibt jedoch, ob sich die Anwendbarkeit auf die Begleitdelikte erstrecken lässt. Das AG Münden stellte hierzu fest, dass die Verwendung eines gefälschten Reisepasses bei der Einreise aus dem Staat, in dem die Gefahr drohte, durch § 34 StGB gerechtfertigt ist.¹⁵⁰ Das Gericht begründet zwar die Straffreiheit der Einreise durch die GFK, jedoch kann eine Verbindung zu der dargestellten Abgrenzung zu Art. 16a GG begründet werden, da das Urteil gesprochen wurde als sich die Rechtsauffassung zu Art. 16a GG noch nicht geändert hatte. Aktuell wäre daher die Begehung der Begleitdelikte durchaus auch nach § 34 StGB zu rechtfertigen, wenn die Einreise unter den Voraussetzungen des Art. 16a GG erfolgt. Dies wurde durch das OLG Frankfurt am Main formuliert, wonach eine Prüfung des § 34 StGB bei Urkundenfälschungen durchgeführt werden müsse, wenn die Person aus einer Gefahrensituation die der Notstandslage entspricht, einreise.¹⁵¹

Schließlich ist eine alleinige Anwendbarkeit des § 34 StGB nur in Fällen der Begleitdelikte bei direkter Einreise aus der Notstandslage gegeben. In allen anderen Konstellationen wird entweder nach Art. 16a GG höherrangiges Recht angewandt oder die Regelungen der GFK müssen aufgrund nicht erfüllter Voraussetzungen des Asylgrundrechts in Betracht gezogen werden.

5.4. Ergebnis

Aus dem deutschen Recht lassen sich diverse Möglichkeiten der Rechtfertigung von Straftaten darstellen. Die Inanspruchnahme des Asylgrundrechts nach Art. 16a I GG stellt nach Ansicht der h.M. einen eigenen Rechtfertigungsgrund dar, der jedoch auf der Anwendbarkeit des Grundrechts beruht und damit nur in wenigen Fällen Wirkung entfaltet.

Der rechtfertigende Notstand kann im Vergleich hierzu gerade aufgrund der Notstandslage, in der sich viele Flüchtlinge und Asylbewerber in ihrem Heimatland befunden haben, eine wichtige Rolle zur Straffreiheit der unerlaub-

¹⁵⁰ AG Münden, Urteil vom 24.02.1987, Az. 4 Ls 42 Js 8694/86a-31 a/86, StV 07/1988, 306 – 307.

¹⁵¹ OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.10.1996, Az. 1 Ss 232/96, StV 1997, 78 – 79.

ten Einreise in das Bundesgebiet und eventueller Begleitdelikte führen. Die Prüfung zeigte aber, dass lediglich die direkte Einreise aus der Notstandslage heraus ohne lange zeitliche Zwischenstopps, die ebendiese Lage beenden, eine Anwendbarkeit des § 34 StGB im Falle von Begleitdelikten ergibt. Die Anwendbarkeit auf die unerlaubte Einreise in das Bundesgebiet bleibt ausgeschlossen.

6. Die Schuld bei Straftaten im Zusammenhang mit der Einreise in das Bundesgebiet

Eine vorsätzliche rechtswidrige Tat muss schuldhaft begangen werden, damit sie geahndet kann. Dies setzt einerseits die Schuldfähigkeit voraus und andererseits dürfen keine Entschuldigungsgründe gegeben sein. Fraglich ist nun, ob die Schuld ausgeschlossen werden kann, oder ob eine Vielzahl der tatbestandsmäßig verwirklichten Straftaten in einer Bestrafung mündet.

6.1. Die Schuld im Zusammenhang mit der unerlaubten Einreise und Begleitdelikten

Die Prüfung der Schuldfähigkeit wird vor einer eventuellen Prüfung auf Strafaufhebungsgründe geprüft, denn für diese muss eine schuldhafte, rechtswidrige Tat vorliegen. Grundsätzlich muss eine Person nach Begehung einer rechtswidrigen Straftat auch schuldfähig sein. Ausgeschlossen ist diese Schuldfähigkeit folgend § 19 StGB bei Kindern unter 14 Jahren sowie bei Personen, bei denen die Schuldunfähigkeit aufgrund seelischer Störungen nach § 20 StGB festgestellt wurde. Im Rahmen der Prüfung der Schuld ist es möglich, dass ein Irrtum hinsichtlich des Verbots i.S.v. § 17 StGB vorlag oder auch einen Erlaubnistatbestandsirrtum.

Hinzu kommt, dass Entschuldigungsgründe vorliegen können, wie einerseits der Notwehrexzess gem. § 33 StGB, der mangels Notwehrsituation bei Einreisen von Flüchtlingen und Asylbewerbern ins Bundesgebiet nicht vorliegt, oder aber der entschuldigende Notstand gem. § 35 StGB, der im Folgenden dargestellt werden soll.

6.2. Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB

Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB stellt die Rechtsgrundlage für ein Handeln ohne Schuld aufgrund einer Notstandslage und einer Notstandshandlung dar. Die Notstandslage ist eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut. Hier, im Gegensatz zu § 34 StGB, sind diese Rechtsgüter abschließend aufgezählt und umfassen Leben, Leib oder Freiheit. Jedoch wird der Anwendungsbereich auch auf dem Täter nahestehende Personen erweitert.¹⁵² Die Notstandshandlung entspricht weitgehend der in § 34 StGB, aber mit der Einschränkung, dass keine Abwägung der verschiedenen Interessen stattfinden muss.¹⁵³

Um hiernach ohne Schuld zu handeln müsste sich die Person, die unerlaubt in das Bundesgebiet eingereist ist, es versucht oder eventuelle Begleitdelikte begeht, in einer solchen Notstandslage befunden haben. Eine Prüfung des § 35 StGB setzt zudem eine rechtswidrige Tat voraus. Diese ist dann nicht gegeben, wenn Art. 16a I GG und § 34 StGB anwendbar sind. Damit sind die direkte Einreise aus dem Verfolgerstaat unter den Voraussetzungen des Art. 16a I GG und die hierbei eventuell verwirklichten Begleitdelikte nach § 34 StGB gerechtfertigt. Die Straftaten der unerlaubten Einreise und der Begleitdelikte müssen im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit schuldhaft begangen worden sein.

Analog zur Prüfung des § 34 StGB kann auch hier bei einer Einreise über sichere Drittstaaten nicht mehr von einer Gegenwärtigkeit gesprochen werden. Wie dargestellt, halten sich Flüchtlinge und Asylbewerber durchaus längere Zeit in diesen Drittstaaten auf. Auch wenn festgestellt wurde, dass der Aufenthalt nicht verfestigt war und die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland dennoch „unverzüglich“ erfolgte, stellen doch die Aufenthaltsstaaten der EU sichere Orte dar, in denen keine gegenwärtige Gefahr mehr drohte.¹⁵⁴ Diese Abwesenheit der gegenwärtigen Gefahr ist auch entspre-

¹⁵² Müssig, in: Heintschel-Heinegg, 2017, § 35, Rn. 11 f.

¹⁵³ Ebd., Rn. 26 ff.

¹⁵⁴ BayObLG München, Beschluss vom 27.05.1980, Az. RReg 4 St 120/80, juris, Rn. 7; Weis, 1995, S. 297.

chend bei den direkten Einreisen nach der Ankunft an einem deutschen Flughafen anzunehmen.

Jedoch ist es möglich § 35 StGB in Einzelfällen für Begleitdelikte zu erörtern. Das AG Nienburg wandte § 35 StGB vor Art. 31 I GFK im Falle einer Asylantragstellerin an, die in Afghanistan nach dem Abzug der US – Streitkräfte in 2011 um ihr und das Leben ihrer Familie fürchtete, weil der Ehemann als Dolmetscher für die US – Streitkräfte tätig war und unter Inanspruchnahme von Schleusern und gefälschten Reisepässen nach Deutschland gelangte.¹⁵⁵ Der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB wurde durch das Gericht abgelehnt, weil die Verwendung einer gefälschten Urkunde kein geeignetes Mittel wäre, da so auch Teilnehmer vom Unrecht befreit wären, was kriminellem Handeln Vorschub leisten würde.¹⁵⁶ Die weiteren Voraussetzungen des § 35 StGB wären durch die direkte Reise, wenn auch mit Zwischenstopps in der Türkei und Griechenland, gegeben, da hier lediglich umgestiegen wurde und kein Aufenthalt gegeben war.¹⁵⁷

Folgt man dieser Ansicht, ist eine Anwendbarkeit des § 35 StGB im Hinblick auf begangene Begleitdelikte in Fällen der direkten Einreise unter Inanspruchnahme von Schleusern möglich. Die Einschränkung der Hilfeleistung bei der Flucht ist insofern notwendig, da keine Rechtfertigung von Straftaten durch Personen, die die Flucht ermöglichen aber selbst keine Flüchtlinge sind, nicht zielführend ist.

6.3. Der Verbotsirrtum

Der Verbotsirrtum ist in § 17 StGB aufgeführt und führt zu einem Handeln ohne Schuld. Hierfür muss dem Täter bei der Begehung der Straftat die Einsicht fehlen, Unrecht zu verwirklichen. Die Schuld wird dennoch angenommen, wenn der Irrtum vermeidbar war. Um einen Verbotsirrtum zu begründen ist das Bestehen einer Unkenntnis der Verbotsnorm Voraussetzung. Hier-

¹⁵⁵ AG Nienburg, Urteil vom 16.05.2013, Az. 4 Cs 519 Js 23060/12 (319/12), juris, Rn. 1 ff. Zur Darstellung der Schleusungskriminalität und zur Straffreiheit der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet unter Zuhilfenahme von Schleuserdiensten, vgl. Gliederungspunkt 7.5.

¹⁵⁶ AG Nienburg, Urteil vom 16.05.2013, Az. 4 Cs 519 Js 23060/12 (319/12), juris, Rn. 6. Vgl. zur Diskussion um diese Ansicht Gliederungspunkt 5.3.

¹⁵⁷ AG Nienburg, Urteil vom 16.05.2013, Az. 4 Cs 519 Js 23060/12 (319/12), juris, Rn. 9 ff.

nach ist es unabdingbar, dass der „Täter davon ausgeht, sein Verhalten stelle kein Unrecht dar“. ¹⁵⁸ Hinzu kommt eine Prüfung, ob der Täter in Bezug auf die konkrete Tat wusste, dass er Unrecht begeht. ¹⁵⁹

In Bezug auf Flüchtlinge und Asylbewerber ist dies regelmäßig in Bezug auf die Begleitdelikte bei einer Einreise nicht gegeben. Dies hat den Hintergrund, dass diese durch die Vorlage eines, beispielsweise gefälschten, Reisepasses an der Grenzkontrolle oder in einer anderen Kontrollsituation an der Landgrenze oder bei ankommenden Schengen – Flügen, die Kontrolle mithilfe dieses Dokumentes passiert werden soll. Dabei wird davon ausgegangen, dass es zu einer Rückführung oder Zurückweisung kommen könnte, wenn man dieses gefälschte Dokument nicht benutzt. ¹⁶⁰ Dies zeigt eindeutig, dass es ein Unrechtsbewusstsein gibt, denn die Personen sind sich im Klaren, dass sie etwas Unrechtmäßiges begehen. Dies sei nach dem OLG München damit zu begründen, dass die Annahme, man dürfe einen gefälschten Reisepass vorlegen, eher in Richtung des Erlaubnistatbestandsirrtums tendiert, als zum Verbotsirrtum. ¹⁶¹

Hinzu kommt, dass der Verbotsirrtum vermeidbar war. Auf dem Reiseweg eines Flüchtlings oder Asylbewerbers, und der Planung ebendieser Flucht, ist es möglich, sich darüber zu informieren, ob die Vorlage eines gefälschten Passes in der Bundesrepublik Deutschland eine Straftat darstellt. Hierfür müsste dieser „alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigt hat“. ¹⁶² Es bestehen vielfältige Möglichkeiten der Erkenntnisgewinnung und daher ist der Verbotsirrtum vermeidbar. ¹⁶³

Dies führt auch im Ergebnis dazu, dass die unerlaubte Einreise entsprechend gewürdigt werden kann. Wenn ein Asylbewerber oder Flüchtling da-

¹⁵⁸ Baumann, u.a., 2016, § 18, Rn. 92.

¹⁵⁹ Ebd., Rn. 96.

¹⁶⁰ Vgl. exemplarisch OLG München, Beschluss vom 20.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, juris, Rn. 4 ff.

¹⁶¹ OLG München, Beschluss vom 20.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, juris, Rn. 20.

¹⁶² BGH, 3. Strafsenat, Urteil vom 03.04.2008, Az. 3 StR 394/07, juris, Rn. 38.

¹⁶³ OLG München, Beschluss vom 20.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, juris, Rn. 23.

von ausginge, die Einreise ohne Pass und Visum, mittels gefälschten Pass oder ganz ohne Ausweisdokument wäre kein Unrecht, könnte man insoweit die Auslegung des BGH anwenden. Dadurch wäre es möglich auf die vielfältigen Möglichkeiten der Erkenntnisgewinnung zu verweisen. Durch das vollständige Nutzen dieser Möglichkeiten, hätte die Person erkennen müssen, dass es nicht notwendig ist, unerlaubt einzureisen. Dies ist darauf begründet, dass die Asylantragstellung direkt an der Grenzübergangsstelle die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der §§ 95 I Nr. 3 AufenthG nach § 18 I AsylG ausschließt. Dies ist auch dann gegeben, wenn der gefälschte Reisepass zwar mitgeführt, aber aufgrund der Erkenntnis nicht vorgelegt wird.

6.4. Der Erlaubnistatbestandsirrtum

Der Erlaubnistatbestandsirrtum ist nicht explizit in §§ 16, 17 StGB und damit den möglichen Irrtümern im Strafrecht normiert. Jedoch siedelt ihn die h.M. als vorsatzausschließend und damit auf der Tatbestandsebene an. Dies hat zur Folge, dass die Rechtsfolge eines Erlaubnistatbestandsirrtums nicht die Freiheit von Schuld ist, sondern dazu führt, dass der subjektive Tatbestand entfällt. Im Rahmen der Ansiedlung auf der Schuldenebene folgend der Mindermeinung dient § 17 StGB als Rechtsgrundlage. Dieser würde wiederum erfordern, dass der Irrtum unvermeidlich war, analog zum Verbotsirrtum. Dies würde den Erlaubnistatbestandsirrtum gleichzeitig ausschließen, wenn der Verbotsirrtum aufgrund dieses Elements abgelehnt worden wäre. Hätte die Person nämlich nicht alle Anstrengungen unternommen sich über das Verbot zu informieren, hätte sie ebenso nicht die nötigen Anstrengungen unternommen sich zu informieren.¹⁶⁴ Daher erscheint es schlüssig, den Erlaubnistatbestandsirrtum im Hinblick auf die hier dargestellten Straftaten auf § 16 StGB zu begründen.

Der Erlaubnistatbestandsirrtum ist somit gegeben, wenn sich ein Täter über das Vorliegen aller Voraussetzungen für einen Rechtfertigungsgrund irrt.

¹⁶⁴ Zur besseren Lesbarkeit dieser Arbeit wurde darauf verzichtet, den Erlaubnistatbestandsirrtum bereits beim subjektiven Tatbestand der einzelnen Delikte zu prüfen. Gleichwohl soll hier die Diskussion im Theorienstreit, ob der Erlaubnistatbestandsirrtum die Schuld oder den Vorsatz ausschließt, nicht geführt werden. Abschließend soll keine Wertung bzgl. des Vorsatzes oder der Schuld getroffen werden. Vgl. zum Theorienstreit Baumann, u.a., 2016, Rn. 85 ff.

Dies bedeutet, dass eine solche Person, die beispielsweise einen verfälschten Pass an der Grenzübergangsstelle vorlegt, durchaus weiß, dass sie eine Straftat begeht, jedoch irrig annimmt, dies erfülle den Tatbestand eines Rechtfertigungsgrundes.¹⁶⁵ Dies setzt jedoch zunächst voraus, dass überhaupt ein Rechtfertigungsgrund in Frage kommt. Im Falle der Betrachtung des Art. 31 I GFK als persönlicher Strafaufhebungsgrund kann ein Erlaubnistatbestandsirrtum aufgrund der GFK nicht schuldausschließend wirken, jedoch, wenn er als Rechtfertigungsgrund interpretiert wird.¹⁶⁶ Weiterhin könnte die Person über die Rechtfertigung aus Art. 16a GG und § 34 StGB irren.

El-Ghazi vertritt die Auffassung, dass Art. 31 I GFK i.V.m. § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund anzusehen wäre. Hiernach begründet er, dass ein Erlaubnistatbestandsirrtum vorliegen könnte, da die Person irrig annehme, ohne die Vorlage des gefälschten Reisepasses wieder zurückgesandt zu werden.¹⁶⁷ Ob Art. 31 I GFK in diesem Zusammenhang als Rechtfertigungsgrund anzusehen ist, kann dahinstehen, denn in jedem Falle müsste zumindest die Notstandslage des § 34 StGB gegeben sein.

Dies wird durch Gerichte regelmäßig abgelehnt, wenn keine Einreise direkt aus dem Verfolgerstaat stattfindet und keine gegenwärtige Gefahr mehr besteht. Jedoch kommt beispielsweise das OLG München zu einer weiteren Schlussfolgerung. Allein die Vorstellung der Zurückweisung ohne Benutzung gefälschter Dokumente reiche nicht aus, eine gegenwärtige Gefahr i.S.v. § 34 StGB zu begründen.¹⁶⁸ Daher entfällt der Bezug zum Rechtfertigungsgrund und der Erlaubnistatbestandsirrtum ist ausgeschlossen.

Bei einer Anwendbarkeit von Rechtfertigungsgründen könnte ein Asylbewerber oder Flüchtling, der beispielsweise einen gefälschten Reisepass bei der Einreisekontrolle benutzt davon ausgehen, dass er abgewiesen würde, wenn er diesen missbräuchlich verwendeten Reisepass nicht benutzt. Doch genau

¹⁶⁵ Baumann, u.a., 2016, § 14, Rn. 69 f.

¹⁶⁶ OLG München, Beschluss vom 20.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, juris, Rn. 15 f.

¹⁶⁷ El-Ghazi, u.a., 2015, S. 391.

¹⁶⁸ OLG München, Beschluss vom 20.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, juris, Rn. 18.

diese Sichtweise ist strittig. Im vorliegenden Fall irrt der Täter nämlich nicht über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, sondern er erwägt negative Konsequenzen für sich. Hierüber irrt er, denn er würde aufgrund der Regelungen zur Nichtzurückweisung von Asylbewerbern nicht unmittelbar zurückgewiesen. Dieser Ausschluss des objektiven Tatbestandes nach § 18 I AsylG stellt keinen Rechtfertigungsgrund dar, denn die Einreise wird somit legalisiert. Das OLG München geht jedoch noch weiter und schließt die Anwendbarkeit des Erlaubnistatbestandsirrtums grundsätzlich aus, da bei einer solchen irrigen Annahme, man dürfe einen gefälschten Reisepass bei der Einreise vorlegen, nur der Verbotsirrtum anwendbar wäre und nicht der Erlaubnistatbestandsirrtum.¹⁶⁹

Der Erlaubnistatbestandsirrtum kann daher folglich nur greifen, wenn ein Asylbewerber oder Flüchtling entweder die Voraussetzungen des Art. 16a GG erfüllt und hiernach gerechtfertigt wäre oder aber eine gegenwärtige Gefahr i.S.v. § 34 StGB bestünde. Nun müsste die Person gerade darüber irren, dass der Rechtfertigungsgrund erfüllt ist, obwohl er dies nicht ist. Dies ist dann beispielsweise der Fall, wenn ein Asylbewerber davon ausgeht er befände sich noch in einer gegenwärtigen Gefahr, obwohl er bereits seit einigen Tagen einen sicheren Aufenthalt in einem Drittstaat hat und diesen doch eigentlich nur passieren möchte um in der Bundesrepublik Deutschland Asyl zu beantragen. Aus seiner Sicht wäre er aufgrund dieser gegenwärtigen Gefahr gerechtfertigt. Tatsächlich aber besteht diese Gefahr nicht mehr und § 34 StGB ist nicht erfüllt. Hier könnte ein Erlaubnistatbestandsirrtum angenommen werden, wenn sich der Fall an der Grenze der Ablehnung der gegenwärtigen Gefahr befindet. Falls die Person jedoch schon über einen langen Zeitraum im Drittstaat sicher gelebt hatte, entfällt auch der Erlaubnistatbestandsirrtum, da die Person nicht mehr davon ausgehen konnte, in einer gegenwärtigen Gefahr zu sein.

Die wenigen Fälle, in denen ein Erlaubnistatbestandsirrtum möglich ist, würden somit entsprechend den Vorsatz des Deliktes ausschließen und dazu

¹⁶⁹ OLG München, Beschluss vom 20.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, juris, Rn. 18.

führen, dass die Person straffrei handelte. Das Delikt wäre nicht einmal tatbestandsmäßig verwirklicht.

6.5. Ergebnis

Eine Person, die nach den §§ 19, 20 StGB schuldunfähig ist, kann nicht bestraft werden. Die unerlaubte Einreise sowie etwaige Begleitdelikte von Kindern unter 14 oder anderen schuldunfähigen Personen kann daher nicht schuldhaft begangen werden.

Es besteht weiterhin die Möglichkeit der Prüfung von Entschuldigungsgründen nach § 35 StGB welche die Schuld des Täters auszuschließen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Strafnormen tatbestandsmäßig verwirklicht wurden und rechtswidrig waren. Die im Vordergrund stehende unerlaubte Einreise nach § 93 I Nr. 3 AufenthG kann bei der Einreise über Drittstaaten durch § 35 StGB nicht entschuldigt werden, wohl aber in Einzelfällen zu Begleitdelikten. Ist dies der Fall, wird zwar festgestellt, dass die Tat der unerlaubten Einreise und der Begleitdelikte rechtswidrig verwirklicht wurde, aber nicht schuldhaft, was die Bestrafung letztendlich ausschließt.

Hinzu kommt die Prüfung der infrage kommenden Irrtümer. Das notwendige nicht vorhandene Unrechtsbewusstsein wird in vielerlei Fällen der Einreise von Flüchtlingen und Asylbewerbern, vor allem im Hinblick auf die Begleitdelikte, abzulehnen sein. Die Möglichkeit zum Einholen von Erkenntnissen zur Information über Recht und Unrecht im Zielstaat kann daher in den meisten Fällen angenommen werden. Im Gegensatz dazu ist es bei der Prüfung eines Erlaubnistatbestandsirrtums eher fraglich, inwieweit es zutreffen könnte, dass ein Asylbewerber oder Flüchtling über einen Rechtfertigungsgrund irrt. Da diese Rechtfertigungsgründe nur selten angenommen werden kann, entfällt auch der Erlaubnistatbestandsirrtum in vielen Fällen.

Nach der Prüfung der Schuldausschließung und Rechtfertigung wird die Bedeutung einer weiteren Möglichkeit der Straffreiheit deutlich. Dies ist die der GFK immanente Regelung, Flüchtlinge für ihre unerlaubte Einreise nicht zu bestrafen.

7. Die Straffreiheit nach der Genfer Flüchtlingskonvention

In § 95 V AufenthG wird eine Verbindung zu Art. 31 I GFK hergestellt und damit in der Strafnorm des AufenthG geregelt, dass eine Straffreiheit¹⁷⁰ der Straftaten nach § 95 AufenthG und damit auch der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet nach internationalem Recht möglich ist. Nach einer Einführung werden zunächst die Voraussetzungen zur Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK diskutiert. Es ist dabei zudem fraglich inwieweit die strafbefreiende Wirkung des Art. 31 I GFK Begleitdelikte einschließt, da im StGB keine Verweise analog des § 95 V AufenthG existieren. Die Inanspruchnahme von Schleuserdiensten stellt sodann eine weitere Analyse dar. Zuletzt wird die Rechtsfolge eines anwendbaren Art. 31 I GFK im deutschen Recht erörtert.

7.1. Einführung zur Straffreiheit nach der GFK

Im Hinblick auf die mögliche Flüchtlingseigenschaft von Asylbewerbern steht die GFK als zentrales internationales Abkommen über Flüchtlinge im Fokus der Analyse der Straffreiheit. Die GFK ist ein völkerrechtlich bindender Vertrag dem bisher 145 Staaten als Vertragsparteien beigetreten sind.¹⁷¹ Sie kann deshalb als allgemein gültiges Völkerrecht betrachtet werden.¹⁷² Die Regelung des Art. 31 I GFK besagt, dass der Aufnahmestaat eines Flüchtlings i.S.v. Art. 1 A Nr. 2 GFK keine Strafen im Zusammenhang mit der unerlaubten Einreise verhängt, wenn dieser unmittelbar aus dem Gebiet kommt welches ihn als Flüchtling qualifiziert. Damit besteht die Unmittelbarkeit der Einreise als erste Voraussetzung für eine Straffreiheit. Hinzu kommt, dass sich die Personen unverzüglich bei den Behörden melden und ihre Asylgründe darlegen müssen. Auf diesen beiden Voraussetzungen basiert die Straffreiheit nach der GFK.

¹⁷⁰ Im Folgenden wird der Begriff „Straffreiheit“ als Überbegriff der Rechtsfolge des Art. 31 I GFK bezeichnet, da sich die Diskussion um dessen Rechtsnatur an die anschließt.

¹⁷¹ UNHCR, 2015, S. 2 ff.

¹⁷² Die GFK sowie das Protokoll von 1967 wurden durch die Bundesrepublik Deutschland ratifiziert, gelten dagegen auch zugleich als Völkergewohnheitsrecht. Dadurch fließen die Normen der GFK zunächst über Art. 59 II GG (Völkervertragsrecht) sowie Art. 25 GG (Völkergewohnheitsrecht) in die deutsche Rechtsordnung ein. Hieraus ergibt sich eine unmittelbare Anwendbarkeit der Norm. Hinzu kommt, dass in Art 78 I AEUV geregelt ist, dass die Normen der GFK und des Protokolls von 1967 unmittelbar in einer gemeinsamen EU – Asylrechtspolitik Geltung finden. Vgl. Fischer-Lescano u.a., 2011, S. 82.

Während der Erarbeitung der GFK wurde Art. 31 I GFK als notwendig angesehen da erkannt wurde, dass Flüchtlinge, die aufgrund einer akuten Notsituation in andere Länder fliehen nur in seltenen Fällen die Möglichkeit haben, alle formalen Voraussetzungen für eine legale Einreise zu erfüllen.¹⁷³

Um eine Interpretation der einzelnen Regelungen völkerrechtlicher Verträge vorzunehmen müssen Art. 31, 32 VtrRKonv beachtet werden. Nach Art. 31 I VtrRKonv ist ein Vertrag „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.“ Daraus folgte die „Declaration of State Parties“, aus der sich unter anderem ergibt, dass die GFK im Sinne der internationalen Menschenrechtskonventionen zu interpretieren ist.¹⁷⁴ Diese Erklärung entfaltet direkte Bindung über Art. 31 III a) VtrKonv in allen Staaten, die die GFK ratifiziert haben.¹⁷⁵

7.2. Die Voraussetzungen des Art. 31 I GFK

Die Möglichkeit der Straffreiheit im Falle des Art. 31 I GFK ist an mehrere Voraussetzungen gebunden. Einerseits ist dies die Unmittelbarkeit der Einreise und andererseits die unverzügliche Stellung des Asylantrages bei den Behörden des Einreisestaates sowie ein Bezug auf die Flüchtlingseigenschaft.

7.2.1. *Die Unmittelbarkeit der Einreise eines „Flüchtlings“*

Art. 31 I GFK besagt, dass Flüchtlinge „die unmittelbar aus dem Gebiet kommen, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit im Sinne von Artikel 1 bedroht waren und die ohne Erlaubnis in das Gebiet der vertragsschließenden Staaten einreisen (...)“ straffrei sein können.

¹⁷³ UNHCR, 2004b, S. 1.

¹⁷⁴ Declaration of State Parties to the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/MMSP/2001/09 vom 16.01.1992, Operative paragraphs 1, 2.

¹⁷⁵ Fischer-Lescano, u.a., 2011, S. 83 f.

Die Flüchtlingseigenschaft des Art. 31 I GFK folgt der Definition in Art. 1 A Nr. 2 GFK um nicht eine restriktivere Auslegung des Wortes „Flüchtling“ in Art. 31 I GFK zu erreichen und hierdurch mitunter einige Personen vom Schutzbereich der Norm auszunehmen.¹⁷⁶ Es besteht wie bereits dargestellt eine Bindung an das Gebiet in dem das Leben oder die Freiheit der Person bedroht war. Der Verweis auf das Wort „Flüchtling“ bedeutet jedoch nicht die vollständige und rechtskräftige Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und den damit verbundenen Rechtsfolgen. Folgend dem Ziel und Zweck der Norm, nämlich die Flucht nicht unter Strafe zu stellen und damit Menschen in Not abzuschrecken,¹⁷⁷ kann diese formelle Entscheidung nicht maßgeblich sein. Vielmehr wurde bereits in den Verhandlungen zur GFK festgestellt, dass ein Asylbewerber solange als „Flüchtling“¹⁷⁸ anzusehen ist, bis diese Eigenschaft tatsächlich rechtskräftig festgelegt wurde.¹⁷⁹ Dies bedeutet, dass eine Person, die unerlaubt eingereist ist oder sich im Versuch befindet, dann um Asyl nachsucht, ob begründet oder nicht, bis zur endgültigen Feststellung fiktiv als Flüchtling im Sinne der GFK anzusehen ist.

Art. 31 I GFK fügt diesem Element die Unmittelbarkeit hinzu. Damit ist gemeint, dass die Person aus dem Gefahrengebiet unmittelbar in den Zufluchtsstaat einreist. Hieraus ergeben sich diverse Reisewege. Dies sind einerseits die Einreise aus einem sicheren Drittstaat über die deutschen Landgrenzen oder per Flugzeug und andererseits die direkte Einreise aus einem sonstigen Drittstaat per Flugzeug.¹⁸⁰ Hier ergibt sich die Problematik des Wortes „unmittelbar“, welches das geradewegs und direkte Erreichen eines Ziels beschreibt,¹⁸¹ in diesem Falle die Bundesrepublik Deutschland. Der Wortsinn lässt daher die Annahme zu, dass eine Reise über andere sichere Staaten mit einem kürzeren oder längeren Aufenthalt die Unmittelbarkeit ausschließt. Dies führt allerdings zu einer Schwierigkeit aufgrund der geographischen Lage der Bundesrepublik Deutschland, da das Land von sicheren

¹⁷⁶ Weis, 1995, S. 303.

¹⁷⁷ Grahl-Madsen, 1963, S. 100 f.; Weis, 1995, S. 303.

¹⁷⁸ Die Benutzung des Begriffs „Flüchtling“ in Gliederungspunkt 7 umfasst den weiten Flüchtlingsbegriff, wie hier dargestellt.

¹⁷⁹ Weis, 1995, S. 303; Fischer-Lescano u.a., 2011, S. 85; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.1997, Az. 2 Ss 326/97, StV 03/98, 139.

¹⁸⁰ Brücker, u.a., 2016, S. 24 f.

¹⁸¹ Der Duden, „unmittelbar“, online verfügbar auf:

<http://www.duden.de/rechtschreibung/unmittelbar> (letzter Zugriff: 11.02.2017).

Drittstaaten umgeben ist und eine unmittelbare Einreise auf dem Landweg nach dem Wortsinn nicht möglich ist.

Gleichwohl ergibt sich aus der Kommentierung zur GFK, dass die Unmittelbarkeit weiter auszulegen ist und damit auch Personen einschließt, die sich vor der Einreise kurzzeitig in anderen Staaten, in denen sie keine Bleibemöglichkeit hatten, aufgehalten haben.¹⁸² Das AG Frankfurt am Main stellte bereits 1987 fest, dass eine unmittelbare Einreise fluchtypische Umwege umfasst. Im konkreten Fall war ein Iraner über Pakistan nach Deutschland gereist. Der fluchtypische Umweg über Pakistan schließt nach Auffassung des Gerichts die Unmittelbarkeit nicht aus, da es für die Person keine Möglichkeit gab in Pakistan Schutz im Sinne der GFK zu erhalten.¹⁸³

Hinzu kommen Menschen die in diesen Drittstaaten entweder gar nicht um Asyl nachgesucht hatten oder auf einen gestellten Asylantrag keinen Schutz erhalten hatten.¹⁸⁴ Das Oberlandesgericht Celle diskutierte diese Thematik im Falle eines türkischen Staatsangehörigen der über Brüssel und die Niederlande nach Deutschland reiste. Dies wurde ebenso als unmittelbar angenommen.¹⁸⁵ Auch das BayObLG erkannte auf einen unmittelbaren Fluchweg trotz eines vorübergehenden Aufenthalts in einem sicheren Drittstaat. Hier hielt sich ein Asylbewerber einen Tag in Österreich auf, jedoch nur um das Land zum Transit zu benutzen, bevor er die Reise zum Zielland Deutschland antreten konnte. Dies wurde damit begründet, dass kein schuldhaft verzögerter längerer Aufenthalt im sicheren Drittstaat bestand.¹⁸⁶ Das Gericht differenzierte gleichzeitig, dass bei einer Fluchtunterbrechung durch einen längeren Aufenthalt im sicheren Drittstaat die Person die Möglichkeit hat, sich von dort aus um eine legale Einreise in das Bundesgebiet zu bemühen und daher

¹⁸² Weis, 1995, S. 297.

¹⁸³ AG Frankfurt am Main, Urteil vom 20.07.1987, Az. 40 Js 4418/87 Hö 9 c Ds, StV 1988, 306. Das Urteil bezieht sich auf eine Strafbarkeit nach § 267 StGB, jedoch dient die hier aufgeführte Definition der Unmittelbarkeit als Anhalt für eine generelle Rechtfertigung von Straftaten gem. Art. 31 I GFK und somit allen Delikten, die bei der Einreise in Frage kommen.

¹⁸⁴ Weis, 1995, S. 297 f.

¹⁸⁵ OLG Celle, Urteil vom 13.01.1987, Az. 1 Ss 545/86, MDR 1987, 607.

¹⁸⁶ BayObLG München, Beschluss vom 27.05.1980, Az. RReg 4 St 120/80, juris, Rn. 7; OLG Nürnberg, Beschluss vom 21.10.2009, Az. 1 St OLG Ss 191/09, juris, Rn. 5 ff.

die Unmittelbarkeit mit der Folge einer eventuellen Straffreiheit ausgeschlossen ist.¹⁸⁷

Es ist nicht der Zweck des Elements der Unmittelbarkeit, die Durchreise durch andere Staaten als Grund für die Nichtanwendung des Art. 31 I GFK zu betrachten, sondern das „Niederlassen“ oder „vorrübergehende Niederlassen“ in anderen Staaten. Dies wurde durch den Hohen Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen in den „Travaux préparatoires“ dadurch ausgedrückt, dass es zwei Arten von Flüchtlingen gäbe, einerseits diejenigen, die in sicheren Drittstaaten für einige Zeit sicher wären, aber dann wieder einer Verfolgungsgefahr ausgesetzt würden und andererseits solche, die in einem sicheren Drittstaat um Asyl ersuchen, aber nicht das Recht zum Niederlassen erhielten. Diese Menschen sollten nicht von den Vorteilen des Art. 31 I GFK ausgeschlossen werden, da sie tatsächlich keine Möglichkeit hatten in den Drittstaaten sicher und langfristig zu verbleiben.¹⁸⁸

Diese weitere Auslegung des Begriffes „unmittelbar“ beruhte auf den Feststellungen der Vertragsparteien während den Verhandlungen zur GFK, die befürchteten, eine zu enge Auslegung könne die Funktion des Art. 31 I GFK aushebeln, da jeder Staat, in dem ein Asylantrag gestellt wurde behaupten könne, im Durchgangsstaat vor der Einreise hätte der Asylbewerber grundsätzlich die Möglichkeit eines Asylantrages gehabt.¹⁸⁹

Daher ist es möglich zu schlussfolgern, dass die unmittelbare Einreise aus dem Herkunftsstaat auch dann gegeben ist wenn andere Drittländer, die mitunter als sicher bezeichnet werden, als Durchgangsländer genutzt werden, ohne dass es dort zu einer Verfestigung des Aufenthaltes kommt.¹⁹⁰ Das reine Passieren sicherer Drittstaaten ohne eine Verfestigung des Aufenthaltes wie etwa im Falle der Einreise in das Bundesgebiet über die Staaten Österreich, Ungarn oder Griechenland, kann die Anwendung von Art. 31 I GFK nicht ausschließen. Daher ist ein Asylbewerber, der unmittelbar aus seinem

¹⁸⁷ BayObLG München, Beschluss vom 27.05.1980, Az. RReg 4 St 120/80, juris, Rn. 7.

¹⁸⁸ Weis, 1995, S. 297.

¹⁸⁹ Robinson, 1953, S. 152 ff.

¹⁹⁰ AG Korbach, Urteil vom 02.05.2014, Az. 4 Cs – 1620 Js 8985/12, juris, Rn. 14.

Herkunftsland unerlaubt in die Bundesrepublik eingereist ist nach Art. 31 I GFK straffrei. Dies gilt andererseits nur, wenn er seine unerlaubte Einreise „unverzüglich“ bei zuständigen Behörden meldet. Fraglich ist nun, ob auch ein Asylbewerber straflos sein kann, wenn er seinen Aufenthalt und die Einreise nicht unverzüglich anzeigt.

7.2.2. Die unverzügliche Meldung bei den nationalen Behörden

Neben der unmittelbaren Einreise aus dem Herkunftsstaat, in dem eine Gefahr droht, ist zu einer Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK auch die unverzügliche Anzeige der unerlaubten Einreise notwendig. Ein Asylbewerber oder Flüchtling, der die Voraussetzungen der unmittelbaren Einreise erfüllte, ist daher nicht automatisch im Hinblick auf § 95 I Nr. 3 AufenthG straffrei.

Das Wort „Behörden“ kann anhand § 13 III AsylG interpretiert werden. § 13 III Satz 2 AsylG besagt, dass sich ein Ausländer, der unerlaubt in die Bundesrepublik eingereist ist, unverzüglich bei einer Aufnahmeeinrichtung, einer Ausländerbehörde oder der Polizei zu melden hat. Das BayObLG verglich die Regelung des § 38 I AusIG¹⁹¹ mit Art. 31 I GFK. Damals bestand die Meldeverpflichtung „bei der mit der Grenzsicherung beauftragten Behörde oder der nächsten Ausländerbehörde“.¹⁹² Der Wortlaut des heute anzuwendenden § 13 III Satz 2 AsylG bezeichnet unter Verweis auf die §§ 18, 19, 22 AsylG die zuständigen Behörden als Aufnahmeeinrichtung, Ausländerbehörde und Polizei. Das Gericht befand jedoch, dass Art. 31 I GFK keine konkrete Behörde zur Meldung vorsieht.¹⁹³

„Unverzüglich“ i.S.v. § 13 III Satz 2 AsylG bedeutet in Verbindung mit § 121 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Das BayObLG legte das Wort so aus, dass die Asylantragsstellung beim ersten erkennbaren Polizisten auf deutschem Staatsgebiet zu erfolgen hat und das Handeln ohne Verzug nicht gewahrt ist, wenn dem erkennbaren oder ihn festnehmenden Polizisten gegen-

¹⁹¹ Stand: 1980.

¹⁹² BayObLG München, Beschluss vom 27.05.1980, Az. RReg 4 St 120/80, juris, Rn 8.

¹⁹³ Ebd.

über kein Gesuch um Asyl dargelegt wird.¹⁹⁴ Aufgrund dessen, dass an der Landgrenze nicht immer ein Polizeibeamter präsent ist, bleibt fraglich, welche Frist generell eingehalten werden müsse. Hierzu wurde einerseits festgestellt, dass sich diese Frist am konkreten Einzelfall orientieren müsse.¹⁹⁵ Dies berücksichtigt unter anderem die notwendige Zeit für eine Rechtsberatung,¹⁹⁶ sowie auch die benötigte Zeitspanne zur ersten Verarbeitung traumatischer Erlebnisse während der Flucht oder aufgrund der Fluchtgründe.¹⁹⁷

Anderer Ansicht ist hier Hörich, der argumentiert, dass eine verspätete oder nicht erfolgte Anzeige dennoch zu einer Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK führen sollte, wenn die Voraussetzungen des § 18 AsylG erfüllt seien, da diese nicht schlechter als sonstige Drittstaatsangehörige gestellt werden dürften.¹⁹⁸ Durch das Oberlandesgericht Düsseldorf wurde gleichwohl darauf erkannt, dass der Antrag nicht unverzüglich gestellt wurde, wenn die Person diesen hinauszögert um herauszufinden, bei welcher Ausländerbehörde es am günstigsten für sie wäre einen Antrag zu stellen. Hier wurden zwölf Tage als zu lang und damit nicht mehr unverzüglich angesehen.¹⁹⁹ Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Urteil zu § 26 I Nr. 3 AsylG (damals AsylVfG) die Interpretation der unverzüglichen Antragsstellung bei Familienasyl vorgenommen und dabei auf die Fristen nach § 67 I Nr. 2 AsylG verwiesen,²⁰⁰ die zwei Wochen vorsehen. Daher vertritt die h.M. eine 14 – tägige Frist als längst mögliche Karenzzeit zur Asylantragstellung, solange keine unmittelbaren Möglichkeiten wie durch anwesende Polizeibeamte, der Antragstellung bestanden.²⁰¹

Folglich kann das Argument von Hörich nicht überzeugen. Eine allgemeine Straffreiheit auch bei verspäteter oder nicht erfolgter Meldung lässt sich aus Art. 31 I GFK nicht ableiten, da es gerade der Regelungsgehalt dieser Norm ist, die Straffreiheit an Voraussetzungen zu binden und so nicht jede uner-

¹⁹⁴ BayObLG, Urteil vom 02.10.1998, Az. 4St RR 131/98, juris, Rn. 18 f.

¹⁹⁵ Ebd., Rn. 18.

¹⁹⁶ BVerfG, Beschluss vom 16.06.1987, Az. 2BvR 911/85, NvZW, 1987, 1068, Rn. 2.

¹⁹⁷ UNHCR, 2004b, S. 4.

¹⁹⁸ Hörich, 2013, S. 148.

¹⁹⁹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.05.1984, Az. 5 Ss 17/84 – 36/84 I, juris, Leitsatz 2.

²⁰⁰ BVerwG, Urteil vom 13.05.1997, Az. 9 C 35/96, juris, Rn. 9.

²⁰¹ Hailbronner, 2017, B2, § 13 AsylVfG, Rn. 40.

laubte Einreise als straffrei zu behandeln. Eine Ungleichheit in der Behandlung kann auch nicht erkannt werden, da auch sonstige Drittstaatsangehörige, die keine Asylbewerber oder Flüchtlinge sind und die unerlaubt einreisen, sich strafrechtlich verantworten müssen. Daher erscheinen die Auslegungen der deutschen Gerichte überzeugend, auch wenn diese das Merkmal der unverzüglichen Meldung sehr weit auslegen. Folglich kann keine genaue Frist festgesetzt werden, da dies auf individuellen Merkmalen beruht. Jedoch stellt die h.M. mit einer vierzehntägigen Frist darauf ab, dass innerhalb dieser Zeit eine Meldung erfolgt und in den meisten Fällen auch möglich sein sollte. Ein „Flüchtling“, der „unmittelbar“ aus dem Herkunftsland einreist und „unverzüglich“ Meldung über die Einreise und den Aufenthalt macht, ist im Hinblick die unerlaubte Einreise in das Bundesgebiet straffrei.

7.2.3. Zwischenfazit

Liegen die Voraussetzungen des Art. 31 I GFK vor, können nach dem Wortlaut der Norm keine Strafen für Straftaten der unerlaubten Einreise oder des Aufenthalts gegen den Flüchtling verhängt werden. Zunächst wird hierzu der Flüchtlingsbegriff weit ausgelegt und umfasst auch Personen, bei denen noch keine Entscheidung bezüglich des Flüchtlingsstatus feststeht. Eine unmittelbare Einreise in das Bundesgebiet umfasst im Sinne des Art. 31 I GFK auch fluchttypische Umwege und sogar ein Verweilen in einem Durchgangsland, solange es zu keiner Aufenthaltsverfestigung kommt. Die Voraussetzung der unmittelbaren Meldung bei Behörden ist ebenso weit auszulegen und kann je nach Einzelfall bis zu zwei Wochen betragen.

7.3. Art. 31 I GFK in Fällen der offensichtlichen Unbegründetheit des Asylantrages und des subsidiären Schutzes

Zur Betrachtung der Straffreiheit ist es weiter erforderlich, dass zwischen drei Personengruppen differenziert wird, nämlich den anerkannten Flüchtlingen i.S.v. Art. 1 A Nr. 2 GFK, solchen Personen, deren Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt wird oder denen subsidiärer Schutz zuerkannt wird.

Die offensichtliche Unbegründetheit eines Asylantrages wird durch das BAMF im Zuge der Antragsprüfung festgestellt.²⁰² Diese Unbegründetheit bedeutet, dass der Person keine Flüchtlingseigenschaft gem. § 3 I Nr. 2 AsylG zuerkannt wird.²⁰³ Die Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK schließt sich zunächst vordergründig aus, denn es fehlt an der Voraussetzung des „Flüchtlings“. Dies ist auch in Fällen des subsidiären Schutzes gegeben, da auch hier dem Asylbewerber keine Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird. Es ist daher fraglich, ob die Bewilligung des subsidiären Schutzes oder eine negative Entscheidung über eine Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft direkt dazu führen, dass eine Strafbarkeit der unerlaubten Einreise und etwaiger Begleitdelikte in das Bundesgebiet vorliegen.²⁰⁴

Grundsätzlich ist auf einen abgelehnten Asylbewerber die Rückführungsrichtlinie²⁰⁵ anwendbar, da sie über keinen legalen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland mehr verfügen und daher gem. Art. 2 I Rückführungsrichtlinie als „illegal“ i.S.v. Art. 3 Nr. 2 angesehen werden.²⁰⁶ Ist die Anwendbarkeit der Rückführungsrichtlinie gegeben und bestehen keine weiteren Gründe für eine Legalisierung des Aufenthaltes, ist der Ausländer nach § 50 I AufenthG ausreisepflichtig.²⁰⁷

Der Regelungsgehalt der Rückführungsrichtlinie betrifft jedoch nicht die Strafbarkeit der unerlaubten Einreise und der Begleitdelikte und daher sind keine normierten Rechtfertigungs-/ oder Strafausschließungsgründe erkennbar. Der EuGH hat jedoch in *Achughbabian gg. Préfet du Val-de-Marne* festgestellt, dass sich durch eine strafrechtliche Verfolgung der Tatbestände der

²⁰² Vgl. Gliederungspunkt 2.5.

²⁰³ Somit auch i.S.v. Art. 1 A Nr. 2 GFK.

²⁰⁴ Zur gemeinsamen Betrachtung von unerlaubter Einreise und Begleitdelikte in diesem Zusammenhang, vgl. Hörich, u.a. 2012, S. 150.

²⁰⁵ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, nationale Implementierung in der Bundesrepublik Deutschland durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU – Visakodex vom 22.11.2011 (BGBl 2011 I, Nr. 59, S. 2258).

²⁰⁶ Eine vorübergehende Aussetzung der Abschiebung richtet sich nach § 60a AufenthG, welche den Aufenthalt vorübergehend legalisiert.

²⁰⁷ Das weitere Verfahren einer Rückkehrentscheidung, die bislang im AufenthG nicht konkret normiert ist, und das verwaltungsrechtliche Verfahren über ausreisepflichtige Ausländer steht nicht im Fokus dieser Arbeit und soll daher nicht ausführlich dargestellt werden. Zur detaillierten Darstellung, vgl. Hörich, 2011, S. 281 ff.

unerlaubten Einreise eine zeitliche Verzögerung des Rückkehrverfahrens ergäbe. Dies wurde damit begründet, dass Rückführungen nach Art. 8 I Rückführungsrichtlinie in kurzer Frist durchzuführen sind und ein Strafverfahren vor dem Erlass der Rückführungsentscheidung, das eventuell zu einer Freiheitsstrafe führt, die Abschiebung verzögern würde. Weiterhin würde Art. 9 Rückführungsrichtlinie eine Freiheitsstrafe oder ein Strafverfahren nicht als Grund auflisten, die Abschiebung zu verzögern.²⁰⁸

Die dargestellten Urteile und Kommentierung beziehen sich nicht konkret auf abgelehnte Asylbewerber, jedoch ist ein abgelehnter Asylbewerber allgemein ein Drittstaatsangehöriger, der über keinen legalen Aufenthalt im Bundesgebiet im Sinne der Rückführungsrichtlinie mehr verfügt. Damit kann es einerseits vertretbar sein, eine Straffreiheit aus Verfahrensaspekten auch für diese Personengruppe als zutreffend anzunehmen.²⁰⁹ Andererseits ist beachtenswert, dass in zahlreichen Fällen eine ablehnende Entscheidung des BAMF bezüglich des Asylantrages nicht unmittelbar zur Abschiebung führt, da Abschiebehindernisse bestehen können und dadurch der Aufenthalt für eine vorübergehende Zeit legalisiert wird.²¹⁰ Diese Ansicht erscheint auch in den Fällen der Zuerkennung des subsidiären Schutzes vertretbar, da die subsidiär Schutzberechtigten nicht unmittelbar in Rückkehrverfahren gemäß der Rückführungsrichtlinie fallen, sondern zunächst eine Aufenthaltserlaubnis erhalten, die gem. § 26 I Satz 3 AufenthG ein Jahr mit der Option um die Verlängerung für zwei weitere Jahre gültig ist. Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, dass in solchen Fällen ein Strafverfahren durchgeführt werden kann, da die zeitliche Dringlichkeit, wie durch den EuGH festgestellt, in den Fällen der subsidiär Schutzberechtigten und abgelehnten Asylbewerber mit Abschiebehindernissen nicht erkennbar ist.

²⁰⁸ EuGH, Urteil des Gerichtshofes (Große Kammer) vom 06.12.2011, Az. C-329/11, Rn. 45, mit Verweis auf EuGH, Urteil des Gerichtshofes (Erste Kammer) vom 28.04.2011, Az. C-61/11 PPU, Rn. 59; Hörich, u.a., 2012, S. 3343.

²⁰⁹ Hörich, u.a., 2012, S. 3342 f.

²¹⁰ BAMF, 2016a, S. 10. Im Jahr 2016 (Monate Januar – November) wurde in 18.039 Fällen entschieden, dass ein Abschiebehindernis gem. § 60 V, VII AufenthG vorliegt. Die Rechtsfolge der vorübergehenden Aussetzung der Abschiebung bestimmt sich im Folgenden nach § 60a AufenthG.

Offen ist, inwieweit Art. 31 I GFK Einfluss auf die Strafbarkeit in diesen Fällen hat und ob die Entscheidung des BAMF zur Ablehnung des Asylantrages nun rückwirkend eine Strafbarkeit herstellt. Nach Auffassung des UNHCR sollte der Flüchtlingsbegriff nach Art. 1 A Nr. 2 GFK auch neben Personen mit noch nicht beschiedenen Anträgen auch solche enthalten, deren Antrag abgelehnt wurde, da diese auch wie anerkannte Flüchtlinge im Zuge der Einreise nicht die formellen Voraussetzungen erfüllen könnten.²¹¹ Dies erscheint jedoch im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm nicht vollumfänglich überzeugend. Eine Person, die aus anderen, beispielsweise wirtschaftlichen, Intentionen migriert und damit nicht die Voraussetzungen der GFK erfüllt, kommt auch nicht in den Genuss der Rechte eines Flüchtlings aus der GFK und möglicherweise auch nicht der damit verbundenen Straffreiheit.

Ein anderes Argument zur Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK bei abgelehnten Asylbewerbern erscheint daher überzeugender. Demnach waren die Personen bei und nach der unerlaubten Einreise nach Art. 31 I GFK nicht strafrechtlich zu belangen, da sie fiktiv als Flüchtling betrachtet wurden. Zum Zeitpunkt der Tat bestand folglich eine Straffreiheit nach ebendieser Norm, da der Flüchtlingsbegriff weit auszulegen und die Person für die Dauer des Verfahrens als Flüchtling zu behandeln war.²¹² Eine nachträgliche Strafverfolgung aus Gründen der Ablehnung des Asylantrages ist damit aufgrund des Gesetzlichkeitsprinzips „nulla poena sine lege“²¹³ aus Art. 103 II GG nicht möglich, da eine nachträglich durchgeführte Ermessensentscheidung wie die der Ablehnung eines Asylantrages dazu führen würde, dass das zum Zeitpunkt der Tat straffreie Verhalten nach Art. 31 I GFK rückwirkend als strafbar erklärt wird.²¹⁴

Andererseits kann eine solche Ansicht dazu führen, dass stark missbräuchliches Verhalten zu einer positiven Rechtsfolge führt. Daher ergibt sich eine Schranke bei „evident missbräuchlichem Verhalten“, das nicht automatisch vorliegt, wenn das BAMF den Asylantrag als offensichtlich unbegründet ab-

²¹¹ UNHCR, 2004b, S. 3.

²¹² Fischer-Lescano, u.a., 2011, S. 85 f.

²¹³ Dt. „Keine Strafe ohne Gesetz“.

²¹⁴ Hörich, u.a., 2012, S 3341 f.

weist. Vielmehr muss ein konkret rechtsmissbräuchliches Verhalten festgestellt werden, welches am Beispiel der Auflistung in § 95 VI AufenthG eine Bedrohung, Bestechung oder Kollusion sein kann.²¹⁵ Somit müsste ein Asylbewerber vom ersten Kontakt mit den zuständigen Behörden an zielgerichtet unter Einbezug dieser Verhaltensweisen oder durch Falschangaben ein rechtserhebliches Verhalten bewirkt haben.

In den Fällen, bei denen es sich bei der Person um keinen Flüchtling folgend der GFK handelt, ist Art. 31 I GFK eigentlich nicht anwendbar. Es besteht einerseits die Möglichkeit vom Strafverfahren aus Gründen der Abschiebung abzusehen, wenngleich dies nur in sehr wenigen Fällen zur Anwendung kommen kann, vor allem in Hinblick auf Person mit Abschiebehindernissen und subsidiär Schutzberechtigten. In diesen Fällen wurde ersichtlich, dass ein Rückwirkungsverbot der Strafbarkeit besteht, aber bei stark missbräuchlichem Verhalten eine Grenze gezogen wird, die eine Strafbarkeit annehmen lässt. Dies führt zum Ergebnis, dass auch für abgelehnte Asylbewerber oder subsidiär Schutzberechtigte eine Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 3 AufenthG in den meisten Fällen ausgeschlossen sein wird, da sie zum Zeitpunkt der Einreise unter den Voraussetzungen des Art. 31 I GFK strafbefreit waren.

7.4. Art. 31 I GFK im Hinblick auf Begleitdelikte zur unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet

Die Begleitdelikte im Rahmen der Einreise eines „Flüchtlings“ stellen eine besondere Fallkonstellation der Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK dar, da der Wortlaut „wegen unrechtmäßiger Einreise oder Aufenthalts“ nicht explizit weitere Delikte einbezieht. Dies wird in der Rechtsprechung als Grund aufgeführt, Art. 31 I GFK nicht auf Begleitdelikte anzuwenden. So hat das OLG München festgestellt, dass es nicht Regelungsgehalt dieses Artikels ist, „kriminellem Tun Vorschub zu leisten, wie es bei dem Gebrauch von falschen Papieren (...) der Fall ist. Artikel 31 Abs. 1 soll lediglich die Pönalisierung des Grenzübertritts unterbinden.“²¹⁶

²¹⁵ Fischer-Lescano, u.a., 2011, S. 86.

²¹⁶ OLG München, Beschluss vom 20.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, juris, Rn. 11. So auch AG Korbach, Urteil vom 02.05.2014, Az. 4 Cs – 1620 Js 8985/12, juris, Rn. 13 f.

Diese Ansicht gilt es im Hinblick auf die Interpretation des Regelungsgehaltes der Norm zu hinterfragen. Zwar stellte das OLG München fest, dass Interpretationen des UNHCR²¹⁷ „für staatliche Gerichte nicht verbindlich“²¹⁸ seien, jedoch sollten gerade im Hinblick auf die Vorschriften des internationalen Rechts die Interpretationen und Stellungnahmen der jeweiligen zuständigen Organe und Institutionen nicht unbeachtet bleiben.

Der UNHCR bezieht sich auf den Schutzzweck der Norm und nicht direkt auf den Wortlaut. Hiernach wäre eine Ausdehnung auf die Begleitdelikte möglich und im Sinne der Norm, wenn keine tiefergehenden Rechtsgüter des Staates verletzt würden, als die im Zusammenhang mit der Einreise.²¹⁹ Ein „Flüchtling“, der beispielsweise einen verfälschten Pass zur Ausreise aus einem Staat benutzt und hierzu auch benötigt, weil er sonst eventuell gar nicht ausreisen könne und diesen nur zur Einreise in das Bundesgebiet benutze, wäre nach dieser Auffassung straffrei. Das wäre nur dann der Fall, wenn er im Anschluss die Voraussetzungen des Art. 31 I GFK erfüllt, sich sogleich bei den Behörden meldet und hier seine wahre Identität angibt.

Hierbei sollte zunächst bedacht werden, dass diese Ansicht aus dem Jahr 2004 deutlich älter ist als die zuvor angeführten neueren Urteile deutscher Gerichte. Die Urteile, die die These des UNHCR stützen, datieren auf das Jahr 1987. Daher könnte diese Ansicht als überholt gelten. Dagegen ist dies gerade nicht der Fall, wie die aktuelle Diskussion zum Urteil des OLG Bamberg zeigt.²²⁰ Weiterhin ist die internationale Kommentierung zur GFK der Ansicht, eine weite Auslegung mit Einbeziehung der Begleitdelikte in den Schutzbereich des Art. 31 I GFK sei gegeben, da die Tathandlungen der unerlaubten Einreise und der Begleitdelikte zusammenwirken und als eine Handlung betrachtet werden könnten.²²¹ Völkerrechtliche Verträge sind auch

²¹⁷ Im vorliegenden Falle: UNHCR, 2004b.

²¹⁸ OLG München, Beschluss vom 20.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, juris, Rn. 14.

²¹⁹ UNHCR, 2004b, S. 7. Ältere Urteile deutscher Gerichte können zur Unterstützung dieser Auslegung angeführt werden, so das AG Frankfurt, Urteil vom 20.10.1987, Az. 40 Js 4418/87 Hö 9 c Ds, juris, Orientierungssatz 1; AG Münden, Urteil vom 24.02.1987, Az. 4 Ls 42 Js 8694/86a – 31 a/86, juris, Orientierungssatz 2.

²²⁰ El-Ghazi, u.a. 2015.

²²¹ Grahl-Madsen, 1963, S. 99 f.

nach der Rechtsanwendung der Staaten nach Art. 31 III b) VtrRKonv auszu-
legen. Hier zeigt sich mit Ausnahme der neueren deutschen Urteile eine
Staatenpraxis, die die Begleitdelikte in den Schutzbereich des Art. 31 I GFK
einschließt.²²²

Das OLG Bamberg geht jedoch einen anderen Weg und vertritt eine andere
Auffassung. Im Urteil wird deutlich, dass das Gericht neben dem Wortlaut
auch dem Sinn und Zweck der Norm eine Ausdehnung auf Begleitdelikte
ablehnt. Dies wird damit begründet, dass der Zweck der Norm die Durchfüh-
rung eines Asylverfahrens ohne Strafandrohung ist, sodass keine Abschre-
ckungswirkung bestehe, aber gerade auch keine Legalisierung anderer Straf-
taten.²²³ Die Begehung dieser Straftaten wäre nämlich nicht notwendig ge-
wesen, da eine Durchführung des Asylverfahrens auch ohne Vorlage eines
verfälschten Passes möglich sei und es weiterhin unbeachtlich sei, ob der
gefälschte Pass zur Ausreise benötigt wurde.²²⁴ Ebendiese Ansicht vertritt
ein Teil der kommentierenden Literatur. So schlussfolgert Gericke, dass „An-
dere (sic) Straftaten des Ausländers – etwa Urkundsdelikte (sic) wegen Vor-
lage gefälschter Papiere bei der Einreise – (...) von dem Strafaufhebungs-
grund nicht erfasst“ werden.²²⁵ Auch das BVerfG lehnte eine Ausdehnung
auf Begleitdelikte ab und begründet dies mit der Rechtssprechungspraxis.
Trotz der uneinheitlichen internationalen wie nationalen Rechtsauffassung
widerspreche die Mehrheit der Rechtsauslegungen einer Erstreckung der
Straffreiheit auf Begleitdelikte.²²⁶

Der US Court of Appeals stellte zusammenfassend im Falle der Prüfung ei-
ner Verwendung eines gefälschten Passes durch einen Flüchtling bei der US
– Einreisekontrolle dar, dass „some refugees, particularly those fleeing politi-
cal violence, harbor a natural distrust of government officials. Many (...) are

²²² Exemplarisch „Immigration and Asylum Act 1999“ der Vereinigten Königreichs, der unter
„Section 31 (3) c; (4) d“ normiert, dass die Begehung oder der Versuch der Begehung von
Urkundendelikten vom Schutzbereich des Art. 31 I GFK eingeschlossen ist; sowie UNHCR,
2004b, S. 8.

²²³ OLG Bamberg, Urteil vom 24.09.2014, Az. 3 Ss 59/13, juris, Rn. 20.

²²⁴ Ebd., Rn. 20.

²²⁵ Gericke, 2009, § 95 AufenthG, Rn. 111; Vgl. auch Senge, 2016, § 95 AufenthG, Rn. 68.

²²⁶ BVerfG, 2. Senat, 2. Kammer, Nichtannahmebeschluss vom 08.12.2014, Az. 2 BvR
450/11, juris, Rn. 38.

likely to receive misinformation“.²²⁷ Dies kann erklären, warum selbst Personen, die Flüchtlinge nach der GFK sind oder sein können, selbst bei der Einreisekontrolle ihre Identität verschleiern, auch wenn die Notwendigkeit der unmittelbaren Asylantragstellung besteht. Nach deutscher Rechtslage ist in diesem Zusammenhang jedoch von Bedeutung, dass im Rahmen des Asylverfahrens die wahre Identität angegeben wird und daher konsequenterweise eine Verwendung von unechten oder gefälschten Dokumenten ausgeschlossen ist.²²⁸

Folglich kommt es im Hinblick auf eine mögliche Straffreiheit in Bezug auf die Begleitdelikte auf den Blickwinkel an. Sowohl die restriktive als auch die weite Auslegung des Artikels beruhen auf nachvollziehbaren Tatsachen, aber grundsätzlich kann eine Nichtanwendbarkeit aufgrund der vorgenannten Interpretationen in Betracht gezogen werden. In Anwendung des Art. 31 I GFK ist dennoch zu beachten, dass der Schutzzweck sich immer auf einen Lebenssachverhalt beziehen muss. Die Trennung in straffreie und strafbewehrte Delikte derselben Handlung sollten daher im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung unterbleiben. Jedoch kommt es gerade auf den Lebenssachverhalt selbst an, wodurch letztendlich eine allgemeine Aussage zur Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des Art. 31 I GFK nicht getroffen werden kann. Allein die Notwendigkeit eines gefälschten Passes zur Ausreise führt nicht dazu, dass die Begleitdelikte ausnahmslos als straffrei betrachtet werden können. Gerade im Falle des dargestellten Mistrauens, der Falschinformation oder Unkenntnis besteht unter Umständen eine Möglichkeit der Anwendbarkeit der Straffreiheit.

7.5. Art. 31 I GFK bei der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet unter Zuhilfenahme von Schleusern

Dieser Abschnitt diskutiert die mögliche Straffreiheit nach Art. 31 I GFK, wenn sich ein Flüchtling oder Asylbewerber eines Schleusers bedient, um

²²⁷ U.S. vs. Malenge, 293 Fed.Appx. 642 (2d Cir. 2008).

²²⁸ § 30 III Nr. 2 AsylG. Eine Täuschung über die Identität mündet ohne die Möglichkeit einer Ermessensentscheidung in der offensichtlichen Unbegründetheit eines Asylantrages. In diesen Fällen sind Urkundendelikte, eventuell im Zusammenhang mit der Einreise, zu prüfen.

unerlaubt in die Bundesrepublik Deutschland einzureisen. Hierzu ist es zunächst angebracht, die Schleusungskriminalität in Grundzügen darzustellen und im Anschluss eine rechtliche Bewertung vorzunehmen.

7.5.1. Einführung zu Schleusungskriminalität

Das deutsche Strafrecht stellt das Einschleusen von Ausländern in § 96 AufenthG unter Strafe. § 96 I Nr. 1 definiert, dass das Einschleusen eine Tathandlung des § 95 I Nr. 3 AufenthG voraussetzt. Die Person, die eine andere zu einer unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet anstiftet oder dabei Hilfe leistet und für diese Tathandlung einen Vorteil erhält oder dies wiederholt durchführt, ist demnach strafbar und wird als Schleuser bezeichnet.²²⁹

Die Schleusung von Menschen ist eine Dienstleistung die dazu dient, Menschen über Grenzen hinweg illegal in ihr Zielland zu befördern.²³⁰ Eine Schleusung setzt u.a. voraus, dass die geschleuste Person in die Transporthandlung einwilligt, einen Geldbetrag bezahlt oder dem Schleuser zu einem sonstigen Vermögensvorteil verhilft und dass der Schleuser die Person in ihr Zielland befördert.²³¹

In einer Resolution der Vereinten Nationen wurde unter anderem normiert, dass geschleuste Personen nicht Gegenstand einer strafrechtlichen Verfolgung aufgrund der Schleusungshandlung sein können.²³² Dies spiegelt sich auch in § 96 AufenthG wider, da hier nur die Schleuser selbst als Täter genannt werden.²³³ Dies schließt jedoch nicht solche Straftaten der unerlaubten Einreise aus. Vielmehr können die geschleusten Personen Tatbestände anderer Delikte als die der Schleusung selbst objektiv und subjektiv erfüllen.

²²⁹ Die Formen der Schleusung können auch als „Menschenschmuggel“ bezeichnet werden. Die Person des Schleusers wird auch als „Schlepper“ bezeichnet. Vgl. Neske, 2007, S. 18.. Der Menschenhandel steht nicht im Fokus dieser Arbeit. Vgl. zur Unterscheidung von Menschenhandel und Menschenschmuggel Iselin, u.a., 2003, S. 1 ff.

²³⁰ Vgl. beispielsweise Art. 3 a, Annex III, UN General Assembly, United Nations Convention against Transnational Organized Crime: resolution, adopted by the General Assembly, 8 January 2001, A/RES/55/25.

²³¹ Iselin, u.a., 2003, S. 1 ff.

²³² Schloenhardt, 2013, S. 39 ff.

²³³ Pfau, 2012, S. 16 f.

7.5.2. Die Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK

Bei der Inanspruchnahme von Schleuserdiensten im Zuge der unerlaubten Einreise von Flüchtlingen und Asylbewerbern in das Bundesgebiet ist es fraglich ob die Anwendung des Art. 31 I GFK zulässig ist. Der Wortlaut des Art. 31 I GFK regelt mit der unverzüglichen Meldung bei den Behörden und der unmittelbaren Einreise die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit. Hier ist keine Einschränkung erkennbar, die darauf hindeuten würde, Art. 31 I GFK nicht nach erfolgten Schleusungshandlungen anzuwenden. Die unerlaubte Einreise ist hier allgemein formuliert und nicht an weitere Tatbestandsmerkmale gebunden. Somit erscheint es nach dem Wortlaut möglich, dass sowohl die alleinige Einreise als auch die unter Zuhilfenahme von Schleuserdiensten hierunter zu subsumieren sind. Die Kommentierung zur GFK entspricht dieser Ansicht. So stellte Grahl-Madsen fest, dass Art. 31 I GFK lediglich die Verpflichtung enthalte, Flüchtlinge aufgrund ihrer unerlaubten Einreise und Aufenthaltes nicht zu bestrafen. Es würden keine Personen erwähnt, die Flüchtlingen bei der unerlaubten Einreise unterstützten.²³⁴ Daher ergibt sich im Umkehrschluss, dass die Inanspruchnahme von Schleusern nicht zu einem Ausschluss des Art. 31 I GFK führt.

Zur Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm bezog sich der UNHCR auf die Verhandlungen zur GFK. Unter dem Eindruck des zweiten Weltkrieges sei den Verfassern die Notwendigkeit von Schleusungshandlungen zur Ermöglichung der Flucht noch deutlich bewusst gewesen und die Tatsache, dass es keine Ausschlussstatbestände des Art. 31 I GFK gäbe, spreche für die Anwendbarkeit in Bezug auf geschleuste Flüchtlinge.²³⁵ Auch der Europäische Rat sprach sich für eine Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK in diesen Fällen aus. Eine verstärkte Verfolgung und Ahndung von Beihilfedelikten zu unerlaubten Einreise solle dennoch den Schutzzweck des Art. 31 I GFK nicht unterlaufen und die sich hieraus ergebenden Garantien beachten.²³⁶ Dies

²³⁴ Grahl-Madsen, 1963, S. 100.

²³⁵ UNHCR, 2004b, S. 5.

²³⁶ Art. 6, Rahmenbeschluss des Europäischen Rates vom 28. November 2002 betreffend die Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt, 2002/946/JI, ABI. L 328 vom 05.12.2002, S. 1 – 3.

bedeutet, dass trotz einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Schleusers, die strafbefreiende Wirkung des Art. 31 I GFK angenommen werden kann und sich dadurch nichts im Hinblick auf den „Flüchtling“ ändert. Auch die Interpretation der Vereinten Nationen stellt es in diesem Sinne dar. Diese normierten, dass die Rechte aus der GFK bei der Bekämpfung des Menschen-smuggels gewahrt bleiben sollen.²³⁷ In diesem Zusammenhang kann auch das zuvor erläuterte Misstrauen von Flüchtlingen und Asylbewerbern gegenüber staatlichen Behörden angeführt werden, welches diese dazu veranlassen kann Schleuserdienste in Anspruch zu nehmen.²³⁸ Ein Flüchtling, der mittels Schleuser unerlaubt einreist und die Voraussetzungen des Art. 31 I GFK erfüllt, kann daher straffrei sein.

Diese Ansichten sind in der deutschen Rechtsprechung und kommentierenden Literatur nicht unumstritten. Senge formuliert in einer aktuellen Analyse des § 95 V AufenthG i.V.m. Art. 31 I GFK: „Asylbewerber, die unter Umgehung von Grenzkontrollen und unter den Tatmodalitäten des § 96 (...) auf dem Landweg in die Bundesrepublik eingereist sind, unterfallen ebenfalls nicht der Regelung des Art. 31 GK (sic).“²³⁹ Diese Ansicht wird durch diverse Urteile deutscher Gerichte gestützt und damit begründet, dass es nicht der Regelungsgehalt des Art. 31 I GFK sei, kriminelle Handlungen zu fördern oder zu bevorzugen.²⁴⁰

Zu einer anderen Ansicht kommt das OLG Stuttgart. Es begründete diese damit, dass es gerade dann, wenn es einem Flüchtling oder Asylbewerber nicht möglich ist, sein Heimatland ohne die Hilfe von Schleusern zu verlassen, möglich sein sollte, eine Straffreiheit nach Art. 31 I GFK zu begründen. Diese sei entsprechend dann gegeben, wenn die Person in ein sicheres Land außerhalb des Herkunftslandes gebracht wird und sie dann ihren Weg fortsetzt. Die Anerkennung der Auffassung, dass die Norm kriminelles Tun nicht begünstigen oder fördern darf, soll nach Ansicht des OLG Stuttgart aber eben gerade nicht dazu führen, die Anwendung von Art. 31 I GFK gene-

²³⁷ Art. 19 I, Annex III, A/RES/55/25.

²³⁸ Aurnhammer, 1996, S. 167; U.S. vs. Malenge, 293 Fed.Appx. 642 (2d Cir. 2008).

²³⁹ Senge, 2016, § 95 AufenthG, Rn. 70.

²⁴⁰ OLG Köln, Urteil vom 21.10.2003, Ss 270 – 271/03, 141 – 142, juris, Rn. 19; OLG München, Beschluss vom 20.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, juris, Rn. 11.

rell für die Inanspruchnahme von Schleusern zur Einreise in das Bundesgebiet auszuschließen.²⁴¹

Die internationale Interpretation des Art. 31 I GFK und die der deutschen Gerichte weichen in einigen Punkten voneinander ab. Dies ist auch hier der Fall. Jedoch wird durch die Urteilspraxis, die eine Ablehnung der Anwendung des Art. 31 I GFK befürwortet, nicht ersichtlich, was konkret dazu führt, dass ein geschleuster Flüchtling i.S.v. Art. 31 I GFK nicht straffrei sein soll, aber ein Alleinreisender schon. Der Anspruch, kriminelles Tun nicht zu begünstigen, ist hier bei allen Meinungen unstrittig, jedoch kann nicht automatisch von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Schleusers nach § 96 AufenthG darauf geschlossen werden, dass auch der Geschleuste strafrechtlich verantwortlich sei. Weder § 96 AufenthG noch die dargestellten internationalen Dokumente enthalten demnach eine Strafbarkeit des Geschleusten. Das OLG Köln formulierte hierzu, dass eine Einschleusung gerade gegen die Voraussetzungen des Art. 31 GFK verstoße, weil durch die Umgehung der Grenzkontrollen die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland nicht geachtet würde.²⁴² Andererseits sollte hier jedoch beachtet werden, dass eine unerlaubte Einreise nach § 95 I Nr. 3 AufenthG stattgefunden hat. Diese wird mit dem Verweis in § 95 V AufenthG auf Art. 31 I GFK dann straffrei, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Es wird in § 95 V AufenthG keine Einschränkung bezüglich Schleuserhandlungen vorgenommen. Gleichwohl findet sich in § 96 AufenthG keine entsprechende Formulierung zur Einbeziehung des Art. 31 I GFK. Dies lässt nur die Schlussfolgerung zu, dass der Schleuser in jedem Fall als solcher strafrechtlich belangt wird, der Flüchtling oder Asylbewerber im Hinblick auf die Einreise aber straffrei sein kann.

Die dargestellten internationalen Interpretationen und Formulierungen des Europäischen Rates sowie der UN stellen vor diesem Hintergrund deutlich dar, dass zwischen der strafbaren Schleusung und den Normen, die den Schutz von Flüchtlingen als Zweck innehaben, unterschieden werden muss. Dabei geht es nicht um die tatbestandsmäßige Verwirklichung des § 95 I Nr. 3 AufenthG, die für eine Schleusung nach § 96 I AufenthG notwendige Vo-

²⁴¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 02.03.2010, Az. 4 Ss 1558/09, juris, Rn. 21.

²⁴² OLG Köln, Urteil vom 21.10.2003, Ss 270 – 271/03, 141 – 142, juris, Rn. 19.

raussetzung ist, sondern um die Straffreiheit. Sofern die Voraussetzungen des Art. 31 I GFK im Anschluss an die unerlaubte Einreise in das Bundesgebiet erfüllt werden, sollte auch eine Straffreiheit nach erfolgter Schleusung möglich sein, wenn auch unter spezieller Beachtung der Tathandlung.

7.5.3. Zwischenfazit

Die Schleusung ist ein strafbewährtes Delikt und der Schleuser muss sich unabhängig von möglichen Straffreiheiten des Geschleusten strafrechtlich verantworten. Der Geschleuste, der Flüchtling oder Asylbewerber ist, kann sich mitunter auf Art. 31 I GFK berufen und straffrei bleiben. Dies ist nach der internationalen Interpretationspraxis unstrittig, jedoch urteilen deutsche Gerichte in dieser Hinsicht entgegengesetzt. Dies wird mit der Begünstigung krimineller Handlungen begründet. Hier ist eine zielgerichtete Bekämpfung der Schleusungskriminalität durchaus ein gangbarer Weg. Gleichwohl ist zu beachten, dass die Nichtanwendung des Art. 31 I GFK und damit die strafrechtliche Sanktionierung von Einreisen von „Flüchtlingen“ den Normzweck des Art. 31 I GFK, nämlich Flucht nicht unter Strafe zu stellen und nicht abzuschrecken, beeinträchtigen können.

7.6. Die Rechtsfolge des Art. 31 I GFK in deutschem Recht

Die Erörterung der Rechtsfolge aus Art. 31 I GFK stellt nach der Prüfung dessen Anwendbarkeit und der Reichweite ebenso einen Schwerpunkt dar. Hierbei geht es konkret darum wie sich eine solche Anwendbarkeit im deutschen Strafverfahren ausübt. Es ist nicht abschließend geklärt ob dieser als Rechtfertigungs-/ oder Strafaufhebungsgrund in das deutsche Recht eingeht.

7.6.1. Die Rechtsfolge als persönlicher Strafaufhebungsgrund

Die Straffreiheit des Art. 31 I GFK beruht auf den verschiedenartigen zuvor dargestellten Voraussetzungen. Damit die Rechtsfolge auch tatsächlich strafbefreiend für einen Asylbewerber oder Flüchtling wirkt, ist die Feststellung der Rechtsfolge essenziell.

In Bezug auf aufenthaltsrechtliche Delikte regelt § 95 V AufenthG, dass die Regelungen des Art. 31 I GFK unberührt bleiben. Die Norm findet somit direkten Eingang für die in § 95 AufenthG dargestellten Delikte und hier entsprechend für die unerlaubte Einreise in das Bundesgebiet. Diese Verbindung zur GFK erläutert jedoch nicht die Rechtsnatur. Diese ist Gegenstand der Interpretation deutscher Gerichte sowie der kommentierenden Literatur. Fraglich ist daher, ob dieser als Rechtfertigungsgrund zu betrachten ist und damit die Rechtswidrigkeit der verwirklichten Tatbestände ausgeschlossen ist, oder als persönlicher Strafaufhebungsgrund, der lediglich die Strafe als Rechtsfolge nachträglich aufhebt und weder die Rechtswidrigkeit noch die Schuld ausschließt.²⁴³

Es liegt in diesem Zusammenhang zunächst nahe, den Wortlaut des Art. 31 I GFK als Anhalt zu nehmen. Diesem lässt sich die Formulierung „rechtfertigen“ entnehmen. Dies kann jedoch nicht als Bezeichnung der Norm als Rechtfertigungsgrund gedeutet werden, da sich das „rechtfertigen“ auf die Person des Asylbewerbers oder Flüchtlings bezieht, der seine unrechtmäßige Einreise unverzüglich bei den Behörden anzeigen und die Gründe darlegen muss. „Rechtfertigen“ in diesem Zusammenhang bedeutet folglich nach dem Wortsinn die Darlegung von stichhaltigen Gründen zur unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts, die dazu geeignet sind, diese Delikte zu erläutern und eine Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK zu bejahen. Es lässt sich zur Formulierung der Rechtsfolge somit nur erkennen, dass die Staaten „keine Strafen gegen Flüchtlinge verhängen“. Aufgrund dessen, dass sowohl gerechtfertigte Delikte, als auch Delikte, die ohne Schuld begangen werden oder Strafausschlussgründe sowie Strafaufhebungsgründe zur Anwendung kommen, nach deutschem Recht „straffrei“ sind, ist eine Betrachtung der Rechtsanwendung und -auslegung geboten.

In der neueren Literatur ist erkenntlich, dass eine Interpretation im Sinne eines Rechtfertigungsgrundes vertreten wird. El-Ghazi verweist beispielsweise darauf, dass die „notstandsähnliche Ausgestaltung“ auf die Auslegung als

²⁴³ Baumann, u.a., 2016, § 19, Rn. 1, 4.

Rechtfertigungsgrund hindeutet.²⁴⁴ Auch die Auslegung des UNHCR geht in eine ähnliche Richtung, indem er zwar die Ausgestaltung der Rechtsfolge den Staaten überlässt, so lange die Straffreiheit angewandt wird, aber durchaus zu der Schlussfolgerung kommt, dass Art. 31 I GFK „als Rechtfertigungsgrund sui generis²⁴⁵ zu betrachten“ sei.²⁴⁶

Die strafrechtliche Kommentierung²⁴⁷ sowie die Urteile deutscher Gerichte legen Art. 31 I GFK andererseits als persönlichen Strafaufhebungsgrund aus. So formulierte der BGH, dass die Formulierung zunächst im Lichte der Originalsprache der GFK, nämlich französisch und englisch, zu interpretieren sei und nicht alleine nach der deutschen Übersetzung. Hiernach würden diese Fassungen deutlich einer Betrachtung als Rechtfertigungsgrund im Lichte des deutschen Strafrechts widersprechen. Hinzu käme, dass die Straffreiheit an Voraussetzungen gebunden ist, die die Person nachträglich erfüllen muss, was nicht zu einer Beseitigung des bereits vollendeten Unrechtstatbestandes führe.²⁴⁸ Aurnhammer formuliert dies mit den Worten, dass „es ein nachträgliches Verhalten ist, das Straffreiheit bewirkt“ und damit als persönlicher Strafaufhebungsgrund und nicht als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt.²⁴⁹ Diese Sichtweisen gelten als allgemeingültige Definition des Art. 31 I GFK als persönlichen Strafaufhebungsgrund und werden auch von der neueren Rechtsprechung weiterhin zitiert und nicht in Frage gestellt.²⁵⁰

Hinzu kommt, dass auch die Formulierung des unrechtmäßigen Aufenthaltes in Art. 31 I GFK auf eine Deutung im Sinne der Strafaufhebung zulässt, da in den Originalsprachen deutlich wird, dass es sich um ein vollendet rechtswidrig begangenes Delikt handle, wie im Englischen durch die Formulierung „unlawfully staying“.²⁵¹

²⁴⁴ El-Ghazi, u.a. 2015, S. 388.

²⁴⁵ Dt. „eigener Art“.

²⁴⁶ UNHCR, 2004b, S. 8.

²⁴⁷ exemplarisch Bergmann, u.a., 2013, AufenthG, § 95, Rn. 8.

²⁴⁸ BGH, Urteil vom 25.03.1999, Az. 1 StR 344/98, juris, Rn. 18. So auch, Aurnhammer, 1996, S. 162 f.

²⁴⁹ Aurnhammer, 1996, S. 163.

²⁵⁰ Exemplarisch OLG München, Beschluss vom 29.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, juris, Rn.

21.

²⁵¹ Aurnhammer, 1996, S. 163.

Es erscheint folglich grundsätzlich möglich, eine Diskussion über Art. 31 I GFK als Rechtfertigungsgrund zu führen, jedoch zeigen die deutsche Interpretationspraxis und damit die h.M. auf, dass diese Auslegung sehr problematisch ist und die Betrachtung als persönlicher Strafaufhebungsgrund nach einem vollendeten, rechtswidrig begangenen Delikt näherliegt und dadurch auch keine Regelungslücke bleibt. Es besteht jedoch die Möglichkeit der Prüfung einer Verbindung zu Notstandssituationen,²⁵² die im Folgenden dargestellt werden.

7.6.2. Die Rechtsfolge als Rechtfertigungsgrund i.V.m. § 34 StGB

Eine Möglichkeit der Begründung einer Rechtfertigung aus Art. 31 I GFK ist aufgrund der zuvor diskutierten Position nicht ohne weiteres möglich. Jedoch erscheint auch die Zuordnung als persönlicher Strafaufhebungsgrund nicht unstrittig. Für eine Diskussion um die Rechtsnatur spricht sich hierbei El-Ghazi aus, der begründet, dass Art. 31 I GFK in Verbindung mit § 34 StGB gebracht werden müsse, um eine Rechtfertigung herzuleiten und damit mit der Formulierung des Art. 31 I GFK zu korrespondieren.²⁵³

Dieser Ansicht liegt zugrunde, dass die Formulierung des Art. 31 I GFK als einem Notstand analoge Situation interpretiert werden kann. Dies rührt vom BVerfG her, welches erklärte, dass dieser „allgemein eine notstandsähnliche Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit, angesichts einer bestehenden Verfolgungssituation“²⁵⁴ beinhalte. Das BVerfG kommt jedoch, anders als El-Ghazi es subsumiert, zur Schlussfolgerung, dass Art. 31 I GFK als persönlicher Strafaufhebungsgrund zu sehen ist und nicht als Rechtfertigungsgrund.²⁵⁵

Wenn eine Anwendbarkeit des Art. 31 I i.V.m. § 34 StGB möglich wäre und damit die Interpretation als Rechtfertigungsgrund statthaft sein könnte, müss-

²⁵² Aurnhammer, 1996, S. 163.

²⁵³ El-Ghazi, u.a., 2015, S. 389.

²⁵⁴ BVerfG, Beschluss der Zweiten Kammer des Zweiten Senats vom 08.12.2015, Az. 2 BvR 450/11, juris, Rn. 53.

²⁵⁵ BVerfG, Beschluss der Zweiten Kammer des Zweiten Senats vom 08.12.2015, Az. 2 BvR 450/11, juris, Rn. 53. Das BVerfG argumentiert mit der notstandsähnlichen Situation, dass es in gerade solchen Situationen für Personen generell unmöglich ist, die Formalien für eine Einreise zu erfüllen.

te auch grundsätzlich eine Notstandslage gegeben sein, um eine Anwendbarkeit des § 34 StGB zu bejahen. Diese Notstandslage sollte daher im Lichte des Art. 31 I GFK interpretiert werden, aber es ist nicht möglich, aufgrund § 34 StGB etwas in Art. 31 I GFK hineinzulesen, was nicht vorhanden ist. Fraglich ist folglich, wann eine Notstandslage nach Art. 31 I GFK i.V.m. § 34 StGB vorläge. El-Ghazi geht davon aus, dass die Notstandslage nach § 34 StGB und damit die gegenwärtige Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut erst dann beseitigt ist, wenn die Person über einen „*sicheren* (sic) Aufenthaltsstatus“ verfüge.²⁵⁶ Diese Sichtweise spiegelt eine sehr weite Interpretation der Notstandslage dar. Ein Vergleich mit der Interpretation durch deutsche Gerichte ist an dieser Stelle angezeigt. Hiernach wird die Annahme einer für § 34 StGB notwendigen „gegenwärtigen Gefahr“ regelmäßig ausgeschlossen, wenn die Gefahrensituation nicht mehr akut besteht und von keiner direkten Reise mehr gesprochen werden kann, d.h. bei einem nicht nur zum Umsteigen an einem Flughafen bestehenden Aufenthalt.²⁵⁷

Die gängige Interpretationspraxis, Art. 31 I GFK als Strafaufhebungsgrund zu deuten, greift zunächst scheinbar zu kurz. Einerseits wurde bereits dargestellt, dass es möglich ist, aus dem deutschen Recht eine Rechtfertigung für begangene Straftaten, wenn auch mit Einschränkungen, aus Art. 16a GG herzuleiten. In der Betrachtung dieser Norm spielte auch § 34 StGB eine, wenn auch nur nachrangige, Rolle. Nun erscheint es fraglich, ob dies einen Widerspruch in der Anwendung der Gesetze darstellt, wenn je nach Reiseroute unterschieden wird, ob eine Straftat gerechtfertigt ist oder „nur“ Strafaufhebungsgründe vorliegen. El-Ghazi argumentiert hier, dass das deutsche Recht im Hinblick auf die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes²⁵⁸ und der Vermeidung von Widersprüchen ausgelegt werden müsse, und daher Art. 31 I GFK i.V.m. § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt.²⁵⁹ Hinzu käme die europarechtliche Betrachtung, da Art. 31 I GFK via Art. 14 QRL in europäisches Recht eingegliedert sei und Betroffenen die Chance gäbe dieses Recht geltend zu machen. Hiernach wäre es ein Indivi-

²⁵⁶ El-Ghazi, u.a., 2015, S. 390.

²⁵⁷ OLG München, Beschluss vom 29.03.2010, Az. 5St RR (II) 79/10, Rn. 16 ff.

²⁵⁸ Art. 25, 59 II GG.

²⁵⁹ El-Ghazi, u.a., 2015, S. 389 f.

dualrecht, ähnlich Art. 16a GG.²⁶⁰ Hinzu käme, dass auch der Flüchtlingschutz europarechtlich als Grundrecht über Art. 18 GRCh geregelt ist und es keinen strukturellen Unterschied zu Art. 16a GG gäbe.²⁶¹

Zunächst sollte hierfür die europarechtliche Ausgestaltung betrachtet werden. Art. 14 VI QRL reguliert, dass Personen nach Art. 14 IV, V QRL u.a. Recht nach Art. 33 GFK geltend machen können. Dies betrifft Personen, deren Rechtsstellung als Flüchtling abgelehnt oder beendet wurde. Daher ist Art. 14 VI QRL nicht die Übertragung von Art. 31 I GFK in ein Individualgrundrecht, sondern ein Hinweis darauf, dass auch auf abgelehnte Asylbewerber u.a. die strafbefreiende Wirkung der GFK anwendbar ist und diese auch entsprechend geltend gemacht werden kann, wenn es Personen gegenüber abgelehnt wird, die sich aber dennoch aufgrund Art. 33 II GFK wegen der darin enthaltenen Nichtzurückweisung in den Mitgliedsstaaten aufhalten.²⁶² Es ist erkennbar, dass in Art. 14 VI QRL darauf verzichtet wurde, explizit Art. 31 I GFK zu nennen. Stattdessen wurde Art. 31 GFK aufgenommen. Dies bedeutet, dass auf abgelehnte Asylbewerber nicht nur die Straffreiheit, sondern auch die Freiheit von Beschränkungen des Aufenthaltsortes Art. 31 II GFK anwendbar ist.²⁶³ Dies bedeutet, dass der Verweis von Art. 31 GFK in Art. 14 VI QRL lediglich dazu dient, die Anwendbarkeit der Straffreiheit und anderer begünstigender Regelungen der GFK, auch für abgelehnte Asylbewerber, die aufgrund den non – refoulements in den Mitgliedsstaaten einen Aufenthalt haben, zu deklarieren. Es ist folglich nicht möglich, mit Art. 14 VI QRL eine Anwendung des Art. 31 I GFK als Rechtfertigungsgrund, auch nicht i.V.m. § 34 StGB, zu bringen.

Die Ansicht, dass Art. 18 GRCh ein Grundrecht auf Asyl normiert ist zweifelhaft. So verweist Art. 18 GRCh zunächst auf die GFK und das zugehörige 1967er Protokoll. Dies bedeutet, dass die Gewährleistung des Rechts auf Asyl die Mindeststandards der GFK umfassen muss. Vertretbar ist die Ansicht, es

²⁶⁰ El-Ghazi, u.a., 2015, S. 389.

²⁶¹ Ebd., S. 389.

²⁶² Hailbronner, 2010, Rn. 28. Hailbronner bezieht sich hier auf eine ältere Version der QRL (Verordnung 2004/83/EC vom 29.04.2004). Ein Vergleich der alten und neuen Fassung zeigt auf, dass die Regelungen des Art. 14 IV – VI übereinstimmen. Daher kann auf Hailbronners Interpretation Bezug genommen werden.

²⁶³ UNHCR, 2004a, S. 26 f.

handle sich nicht nur um eine Deklaration der Anwendbarkeit der GFK im europäischen Recht, sondern die Eingliederung der völkerrechtlichen Vorgaben in das Europäische Recht. Dies bedeute eine Verpflichtung zur Beachtung der GFK im europäischen Recht und damit das Recht einer Person auf deren Anwendung.²⁶⁴ Art. 18 GRCh enthält jedoch auch die Formulierungen „Recht auf Asyl“ sowie „gewährleistet“. Dies könnte die Ausgestaltung eines Asylgrundrechts sein.

In der kommentierenden Literatur lässt sich hier keine einheitliche Linie erkennen. Auffallend ist, dass ältere Kommentierungen durchaus ein Asylgrundrecht bejahen. So formuliert Jarass, dass aufgrund der Formulierung der „Gewährleistung“ ein einklagbares Recht und damit ein Asylgrundrecht für den Einzelnen enthalten dürfte, und dass einiges darauf hindeute, dass es ein Grundrecht ist, die Rechtslage jedoch strittig sei.²⁶⁵ Eine ähnliche Ansicht wie Jarass vertreten Rengeling, indem sie aus „wird gewährleistet“ herleiten, dass ein Grundrecht bestehe.²⁶⁶ Genau hierauf bezieht sich Rossi, indem er formuliert, dass man das Grundrecht nicht „aus einem wohlwollenen Wunsch oder gar einer Vermutung ableiten“ könne.²⁶⁷ Dies begründet er mit den Verhandlungen zur GRCh, woraus hervorgehe, dass die Verhandlungsparteien eben gerade kein Grundrecht schaffen wollten.²⁶⁸

Auffallend ist hier, dass neuere Ansichten wie die Rossis Bezug auf die Verhandlungen zur GRCh nehmen und daraus herleiten, Art. 18 GRCh enthalte kein Asylgrundrecht, während ältere Ansichten genau dies mit Bezug auf die Verhandlungen annehmen. In diesen Verhandlungen wurde von der ursprünglichen Formulierung „haben Recht auf Asyl“ abgekehrt und durch Aufnahme des Wortes „gewährleistet“ abgeschwächt, jedoch nicht bis hin zu einem rein deklaratorischen Verweis, sondern zu einer „Respektierungs- und Schutzpflicht (sic)“.²⁶⁹ Die Protokolle der Verhandlungen deuten darauf hin.

²⁶⁴ Rossi, 2016, Rn. 2. Entsprechend enthält Art. 78 I S. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union die Verpflichtung zur Beachtung der GFK und des 1967er Protokolls.

²⁶⁵ Jarass, 2005, § 23, Rn. 2.

²⁶⁶ Rengeling, u.a., 2004, § 21, Rn. 835.

²⁶⁷ Rossi, 2016, Rn. 3.

²⁶⁸ Rossi, 2016, Art. 18 GRCh, Rn. 3.

²⁶⁹ Bernsdorff, 2014, Rn. 11.

So wurde durch verschiedene Redner gefordert, dass der Artikel ein individuell einklagbares Recht auf Asyl enthalten sollte, während andere genau dies ablehnten und eine weitere Beschränkung anstrebten, die lediglich das Recht auf ein Asylantragstellen enthielte. Ein Redner aus Großbritannien forderte sogar die ersatzlose Entfernung dieses Artikels.²⁷⁰ Folglich zeigt diese Diskussion, dass in den Verhandlungen keineswegs feststand, dass der zukünftige Art. 18 GRCh ein Asylgrundrecht enthalten werde und entsprechend ist die Formulierung als Kompromiss zu werten, die weder ein Asylgrundrecht, noch eine rein deklaratorische Funktion darstellt. Damit kann letztendlich El-Ghazi's Argument der gleichen Stellung von Art. 18 GRCh und Art. 16a GG widersprochen werden, da es sehr wohl einen strukturellen Unterschied gibt.

Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes wird also nicht dadurch untergraben, Art. 31 I GFK nicht in Verbindung mit § 34 StGB zu einem Rechtfertigungsgrund zu erheben, da verschiedene Regelungsgehalte und damit auch verschiedene Rechtsfolgen bestehen können. Vielmehr ist es ebendieser Völkerrechtsfreundlichkeit zu verdanken, dass Art. 31 I via Art. 25, 59 II GG in das deutsche Recht eingebunden ist, was sich auch durch § 95 V AufenthG zeigt und konkrete Rechtsfolgen, wie hier die Straffreiheit unter den Voraussetzungen des Art. 31 I GFK gewährleistet. Daher ist es naheliegend, der Auffassung der richterlichen Rechtsprechung zu folgen, und Art. 31 I GFK als persönlichen Strafaufhebungsgrund zu interpretieren,²⁷¹ der dann nicht zur Anwendung kommt, wenn tatsächlich Voraussetzungen der Rechtfertigung nach § 34 StGB, Art. 16a GG oder einer Entschuldigung nach § 35 StGB vorliegen.

7.6.3. Zwischenfazit

Die aufgezeigte deutsche Interpretationspraxis zeigt, dass die Möglichkeit, Art. 31 I GFK als Rechtfertigungsgrund zu betrachten, problematisch ist. Die Argumentation für eine Verbindung von Art. 31 I GFK mit § 34 StGB und damit als Rechtfertigungsgrund weisen zweifelhafte Annahmen auf, die nicht

²⁷⁰ Bernsdorff, u.a., 2002, S. 306 f.

²⁷¹ BGH, Urteil vom 25.03.1999, Az. 1 StR 344/98, juris, Rn. 18.

fundiert sind. Vielmehr können diese anhand der europarechtlichen Interpretationen teilweise sehr deutlich, teilweise mit Diskussionsbedarf widerlegt werden. Daher ist es überzeugender, der Auffassung der deutschen Rechtsprechung zu folgen, und Art. 31 I GFK als persönlichen Strafaufhebungsgrund zu interpretieren,²⁷² der nicht zur Anwendung kommt, wenn die Voraussetzungen der Rechtfertigung nach § 34 StGB, Art. 16a GG oder einer Entschuldigung nach § 35 StGB vorliegen.

7.7. Ergebnis

Im Ergebnis besteht für den Flüchtling oder Asylbewerber die Möglichkeit der Straffreiheit nach Art. 31 I GFK, bei der zwar das Unrecht der Tat festgestellt wird, aber die Person als solche doch straffrei bleibt, wenn sie die Voraussetzungen des Art. 31 I GFK erfüllt hat. Hierzu ist eine weite Auslegung des Flüchtlingsbegriffs, der unmittelbaren Einreise und der unverzüglichen Meldung bei den zuständigen Behörden angebracht.

Eine nachträgliche Ablehnung des Asylantrages oder die Zuerkennung subsidiären Schutzes können zwar grundsätzlich die Anwendbarkeit der GFK ausschließen, nicht jedoch eine rückwirkende Strafbarkeit herstellen, da dies gegen Art. 103 II GG verstoßen würde. Auch in diesen Fällen ist der weite Flüchtlingsbegriff des Art. 31 I GFK maßgeblich, da die Personen zum Zeitpunkt der Einreise fiktiv als Flüchtlinge anzusehen sind.

Strittig in der Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK sind der Einschluss etwaiger Begleitdelikte und die Inanspruchnahme von Schleuserdiensten. Die neuere deutsche Rechtsprechung tendiert entgegen der internationalen Interpretationen nicht zu einer Straffreiheit der Begleitdelikte, obwohl der konkrete Lebenssachverhalt beachtet werden sollte. Auch im Hinblick auf Schleusungen ist diese Ansicht der deutschen Gerichte gegenläufig zur internationalen Rechtsauffassung, wobei hier eher die Ahndung der Schleusungsdelikte nach § 96 AufenthG als die strafrechtliche Aburteilung der Flüchtlinge und Asylbewerber als Geschleuste im Vordergrund stehen sollte.

²⁷² BGH, Urteil vom 25.03.1999, Az. 1 StR 344/98, juris, Rn. 18.

Aus allen Ansichten folgt gleichwohl, dass nicht automatisch jede Person, die einen Asylantrag in der Bundesrepublik Deutschland nach einer vollendeten oder versuchten unerlaubten Einreise stellt, nach Art. 31 I GFK straffrei ist. Vielmehr sind diverse Voraussetzungen zu erfüllen, die zwar im Sinne der Person weit ausgelegt werden, jedoch auch darauf basieren, dass diese sich in die Rechtsordnung einfügt und die Regeln befolgt. Damit ist Art. 31 I GFK kein Freibrief zur unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet, sondern eine an Voraussetzungen gebunden Möglichkeit der Straffreiheit.

In denjenigen Fällen, in denen eine Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK in Betracht gezogen wird, ist eine Betrachtung der Folge im deutschen Recht essenziell. Eine direkte Anwendbarkeit als Rechtfertigungsgrund konnte verworfen werden. Auch eine Verbindung zwischen § 34 StGB und Art. 31 I GFK und der damit einhergehenden Interpretation als Rechtfertigungsgrund ist trotz mannigfaltiger Argumente letztendlich nicht gänzlich überzeugend. Dies führt dazu, dass die Straffreiheit über die Möglichkeit des persönlichen Strafaufhebungsgrundes wirkt und damit die Rechtswidrigkeit und das Unrecht der Straftat dennoch festgestellt wird, falls keine Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe nach deutschem Recht vorliegen.

8. Gesamtergebnis

Die Einreise von Flüchtlingen und Asylbewerbern in das Bundesgebiet ist in vielen Fällen von einer tatbestandsmäßigen Verwirklichung von Strafnormen begleitet. Ziel der vorliegenden Arbeit war, die Möglichkeiten der Straffreiheit für diese Straftaten zu erörtern.

Zunächst war eine Differenzierung der verschiedenen Personengruppen erforderlich. Hier wurde deutlich, dass nicht jede Person, die einen Asylantrag in der Bundesrepublik Deutschland stellt, ein Recht auf Asyl hat oder den Flüchtlingsstatus zuerkannt bekommt. Vielmehr wird aus unterschiedlichen Gründen subsidiärer Schutz und damit ein vorübergehender Aufenthaltsstatus zuerkannt oder es bestehen Abschiebehindernisse, wenn ein Asylantrag als „offensichtlich unbegründet“ abgelehnt wird. Die Zuerkennung der Flücht-

lingseigenschaft sowie des Rechts auf Asyl nach Art. 16a GG sind an obligatorische Voraussetzungen gebunden und ermöglichen einen höherwertigen Aufenthaltsstatus. Im Hinblick auf begangene Straftaten im Zusammenhang mit der Einreise basieren mögliche Straffreiheiten auf diesen verschiedenen Status – Entscheidungen, aber durchaus mit Einschränkungen.

So stand im Fokus der Überlegungen die Prüfung der Verwirklichung der Tatbestände verschiedener in Frage kommenden Strafnormen. Zunächst konnte mit der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet nach § 95 I Nr. 3 AufenthG die Haupttat benannt werden. Deren tatbestandsmäßige Verwirklichung ist gerade im Zusammenhang mit Einreisen von Flüchtlingen und Asylbewerbern, die über keine Ausweisdokumente oder Visa verfügen, in vielen Fällen gegeben. Lediglich das direkte Stellen eines Asylantrages an einer Grenzübergangsstelle bei einem ankommenden Flug aus einem sonstigen Drittstaat oder dem Herkunftsland kann den Tatbestand ausschließen und als Rechtsfolge zu einer Einreisegenehmigung führen. Bei einer Kontrolle von ankommenden Flügen aus Griechenland²⁷³ festgestellten Personen müsste dennoch die Versuchsstrafbarkeit geprüft werden. Einreisen, bei denen die Personen aus sicheren Drittstaaten kommen, erfüllen hingegen den Tatbestand des § 95 I Nr. 3 AufenthG.

Die unerlaubte Einreise in das Bundesgebiet stellt zwar das zentrale, aber nicht das einzige Delikt dar, welches durch Flüchtlinge und Asylbewerber tatbestandsmäßig verwirklicht werden kann. Diese Begleitdelikte zur unerlaubten Einreise umfassen das Verwenden ge-/ oder verfälschter Urkunden wie Reisepässe, das Verwenden echter Ausweisdokumente anderer Personen und auch das Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen. Dies kommt nicht in jedem Fall einer Einreise eines Flüchtlings oder Asylbewerbers vor. Die Begleitdelikte sind aber dennoch, wenn sie je nach Regelungsgehalt der Strafnorm auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes „zur Täu-

²⁷³ Griechenland wird als Beispiel angeführt, da der EuGH und der EuGHMR feststellten, dass das Asylverfahren an starken Mängeln litt und das Land daraufhin nicht als sicherer Drittstaat bezeichnet werden konnte. Vgl. Schott-Mehring, 2014, S 146 ff.

schung im Rechtsverkehr“ begangen werden,²⁷⁴ im Hinblick auf die Strafbarkeit von Bedeutung.

Die tatbestandsmäßige Verwirklichung all dieser Delikte führt nicht unmittelbar zu einer Verurteilung. Vielmehr müssen die Rechtswidrigkeit und Schuld festgestellt werden und sonstige Strafausschließungsgründe dürfen nicht anwendbar sein. Die Betrachtung dieser Möglichkeiten stellte den Schwerpunkt dieser Arbeit dar. Es wurde nachgewiesen, dass speziell im Hinblick auf diese Thematik viele Möglichkeiten einer Straffreiheit auf allen Ebenen bestehen können, was dazu führt, dass eine Vielzahl der begangenen Straftaten eben gerade nicht zu einer Freiheits-/ oder Geldstrafe führen.

Die Rechtfertigungsgründe stellten den ersten Prüfungsschritt dar. Die Anwendbarkeit des Art. 16a GG als Rechtfertigungsgrund wurde nachgewiesen, aber da nur die wenigsten Asylbewerber einen Status nach Art. 16a GG aufgrund dessen hohen Anforderungen erhalten, ist seine Bedeutung eher gering. Eine weitere Möglichkeit ergab sich aus dem rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB. Die Notstandslage kann zwar durchaus auf die Lage im Herkunftsland eines Flüchtlings projiziert werden, jedoch scheitert die Anwendbarkeit in den meisten Fällen an der nicht direkten Einreise. Eine Notstandslage ist nämlich dann beendet, wenn keine akute Gefahr mehr droht. Diese kann lediglich bei einem direkten Flug mit nur kurzen Unterbrechungen zum Umsteigen angenommen werden und auch hier nur bei Begleitdelikten. Die unerlaubte Einreise ist nicht von der Wirkung des § 34 StGB erfasst, da dies nicht notwendig zur Beendigung der Gefahr ist. Vielmehr braucht eine Person nicht einmal dazu ansetzen, diese Straftat zu begehen und sich unmittelbar an einer Grenzübergangsstelle melden.

Ähnlich kann die Argumentation zum entschuldigenden Notstand nach § 35 StGB geführt werden, da auch hier eine, etwas eingeschränkte, Notstandslage erforderlich ist. Die einzige Fallkonstellation, in der § 35 StGB zum Tragen kommen könnte, ist die Begehung eines Begleitdeliktes und Zuhilfenahme von Schleusern. Die Begehung eines Begleitdeliktes aufgrund einer Not-

²⁷⁴ Das Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen nach enthält in § 276 I Nr. 2 StGB diese Formulierung, während § 276 I Nr. 1 StGB diese nicht enthält.

standslage ist, wenn überhaupt, grundsätzlich über § 34 StGB gerechtfertigt. Dies würde aber bedeuten, dass die Tat eines Teilnehmers wie des Schleuser ebenso gerechtfertigt wäre. Das ist aus nachvollziehbaren Gründen gerade nicht erstrebenswert, sodass ein Rückgriff auf § 35 StGB erfolgen kann, um nur die individuelle Vorwerfbarkeit der Handlung des geschleusten Flüchtlings oder Asylbewerbers auszuschließen.

Die Irrtümer zu den verschiedenen Straftaten führen im Ergebnis ebenso nicht dazu, dass die unerlaubte Einreise straffrei bleibt. Vor allem der Verbotsirrtum konnte aufgrund der Möglichkeit, sich vor der Einreise über die Modalitäten zu informieren, ausgeschlossen werden. Lediglich im Bereich der Begleitdelikte konnte ein vorsatzausschließender Erlaubnistatbestandsirrtum in Ausnahmefällen angenommen werden, wenn die Person über das Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes irrt. Da diese Gründe, wie dargestellt, jedoch zumeist nicht gegeben sind, entfällt häufig auch diese Möglichkeit.

Die Betrachtungen führen dazu, dass nach dem deutschen Recht nur eingeschränkte Möglichkeiten der Straffreiheit bestehen. Daher war es notwendig, das internationale Recht auf weitere Rechtsgrundlagen zu prüfen. Die GFK bietet daher aufgrund ihres Regelungsgehaltes zum Status von Flüchtlingen einen Ansatzpunkt und mit Art. 31 I GFK eine Möglichkeit und sogar eine völkerrechtliche Verpflichtung, Einreisedelikte von Flüchtlingen und Asylbewerbern nicht zu ahnden. Wie die Arbeit gezeigt hat, beruht dies jedoch auf Voraussetzungen und ist je nach Fallkonstellation differenziert zu betrachten. Darüber hinaus wird die konkrete Rechtsfolge im deutschen Recht kontrovers diskutiert.

Aus der Prüfung des Art. 31 I GFK ergab sich zunächst, dass die Elemente „unmittelbare Einreise“ und „unverzügliche Meldung bei den Behörden“ weit auszulegen sind. So ist es möglich zu erkennen, dass Reisen über sichere Drittstaaten bei einer nicht erfolgten Aufenthaltsverfestigung miteingeschlossen sind. Selbst ein Zeitraum von bis zu vierzehn Tagen zur Meldung bei den Behörden ist je nach Einzelfall rechtens.

Hinzu kommt, dass selbst der Begriff „Flüchtling“ i.S.v. Art. 31 I GFK weit auszulegen ist. Dies ergibt sich daraus, dass bei der Einreise erst einmal davon ausgegangen werden muss, dass es sich bei der Person um einen Flüchtling handeln könnte, auch somit eine Anwendbarkeit für solche Personen besteht, deren Asylantrag in Folge als offensichtlich unbegründet abgelehnt oder denen nur subsidiärer Schutz gewährt wird. Diese Erkenntnis kann unmittelbar zum Ergebnis führen, dass auch diese Personengruppe von der sanktionsbefreienden Wirkung des Art. 31 I GFK eingeschlossen ist. Eine Ermessensentscheidung einer Behörde zur Ablehnung eines Asylantrages kann aufgrund Art. 103 II GG nicht rückwirkend eine Handlung unter Strafe stellen, die vorher nicht strafbewehrt war. Eine Grenze wird jedoch bei stark missbräuchlichem Verhalten von Beginn an gezogen, wie beispielsweise bei einer Täuschung mittels Bedrohung. Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass eine unerlaubte Einreise in das Bundesgebiet von Flüchtlingen und Asylbewerbern in die Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK fällt.

Anders verhält es sich mit den Begleitdelikten. Der Einbezug dieser in den Schutzbereich des Art. 31 I GFK war bisher Bestandteil einer noch ungelösten Diskussion. Die internationale Interpretation und Kommentatoren gehen von einer Anwendbarkeit aus, während die deutsche Rechtsprechung dies ablehnt. Es ist jedoch möglich zu folgern, dass die Prüfung des Einzelfalls vor einer abstrakten Diskussion stehen sollte, denn eine einheitliche Rechtsanwendung sollte es vermeiden, ein Delikt derselben Tathandlung in straffrei und strafbewehrt aufzuteilen. Jedoch ist es nicht möglich, aus der Notwendigkeit eines beispielsweise gefälschten Reisepasses zur Ausreise aus dem Herkunftsland oder der Durchreise durch andere Staaten, eine Notwendigkeit der Verwendung dieses Dokuments zur Einreise in die Bundesrepublik Deutschland zu begründen.

Die Anwendbarkeit des Art. 31 I GFK auf die unerlaubte Einreise unter Inanspruchnahme von Schleusern ist ebenso Gegenstand einer Diskussion zwischen internationaler Rechtsauffassung und deutschen Gerichten. Aus der Diskussion kann konkludiert werden, dass kriminelles Handeln in Form von

Schleusungskriminalität durch Art. 31 I nicht gefördert werden soll, aber dennoch eine Inanspruchnahme von Schleusern durchaus notwendiges Mittel zum Erreichen des Zielstaates sein kann. Daher kann eine Bestrafung des Geschleusten dem Normzweck des Art. 31 I GFK entgegenwirken, Einreisen aufgrund von Flucht nicht unter Strafe stellen und allgemein abschreckend zu wirken.

Nach der Feststellung, wann Art. 31 I GFK anwendbar ist und dass Begleitdelikte grundsätzlich nicht von der Anwendbarkeit eingeschlossen sind, andererseits aber eine Anwendbarkeit in Fällen der Inanspruchnahme von Schleusern und insbesondere bei Personen, deren Asylantrag abgelehnt wurde bejaht wird, stellte sich die Frage nach der konkreten Rechtsfolge des Art. 31 I GFK, welche strittig ist. Deutsche Gerichte sehen Art. 31 I GFK als persönlichen Strafaufhebungsgrund, während die internationale Interpretation und Kommentierung Argumente sehen, die für einen Rechtfertigungsgrund sprechen. Die Folge aus dieser Diskussion ist nicht unerheblich, denn im ersten Argument wird festgestellt, dass die Tat rechtswidrig und schuldhaft begangen wurde, aber nur von einer Bestrafung abgesehen wird, und im Zweiten, dass eben keine rechtswidrig begangene Tat vorliegt.

Die Annahme, Art. 31 I GFK wäre ein Rechtfertigungsgrund, entbehrt schließlich der Grundlage. Die Möglichkeit der Verbindung von Art. 31 I GFK und § 34 StGB ist auch zweifelhaft, da insbesondere die europarechtliche Interpretation dem widerspricht. Die Auffassung der deutschen Rechtsprechung ist daher schlüssiger und Art. 31 I GFK kann letztlich als persönlicher Strafaufhebungsgrund gesehen werden. Daher ist diese Diskussion zwar von Wichtigkeit, aber für den Flüchtling oder Asylbewerber nicht von zentraler Bedeutung. In den Fällen, in denen den Voraussetzungen des Art. 31 I GFK entsprochen wird, ist eine Verurteilung für eine unerlaubte Einreise nicht möglich. Dies bedeutet eine faktische Entkriminalisierung der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet für diesen Personenkreis, jedoch auch keine Ermächtigung zum Begehen von Straftaten. Dies war die Intention der Urheber der GFK, nämlich Menschen in Not nicht durch Strafandrohungen wegen

nicht erfüllter Formalien davon abzuhalten, Zuflucht in einem sicheren Staat zu suchen.

Die Begleitdelikte müssen bei dieser Betrachtung differenziert gesehen werden, da ein Rechtsstaat nicht jede Übertretung des Rechts, auch nicht aus humanitären Gründen, zulassen kann. Somit ist zu schlussfolgern, dass Straftaten von Flüchtlingen und Asylbewerbern tatbestandsmäßig häufig die unerlaubte Einreise und teilweise Begleitdelikte umfassen, diese zum großen Teil nicht gerechtfertigt und entschuldigt sind, aber insbesondere die unerlaubte Einreise in das Bundesgebiet über § 95 V AufenthG in Verbindung mit dem persönlichen Strafaufhebungsgrund des Art. 31 I GFK straffrei bleiben können und sollten. Diese internationale Migration aus humanitären Gründen stellt betroffene Staaten und damit auch die Bundesrepublik Deutschland vor Herausforderungen, die jedoch strafrechtlich und mit Abschreckung nicht lösbar sind.

Literaturverzeichnis

Aurnhammer, Katharina (1996): Spezielles Ausländerstrafrecht: Die Straftatbestände des Ausländergesetzes und des Asylverfahrensgesetzes; Eine vergleichende Untersuchung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1. Auflage.

BAMF (2016a): Aktuelle Zahlen zu Asyl, Ausgabe November 2016, online verfügbar auf:
http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Statistik/Asyl/aktuelle-zahlen-zu-asyl-november-2016.pdf?__blob=publicationFile (letzter Zugriff: 03.01.2017).

BAMF (2016b): Migrationsbericht des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge im Auftrag der Bundesregierung, Migrationsbericht 2015, online verfügbar auf:
http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Migrationsberichte/migrationsbericht-2015.pdf?__blob=publicationFile (letzter Zugriff: 03.01.2017).

BAMF (2016c): Pressemeldungen; Ausgabe 041/2016 vom 17.09.2016, online verfügbar auf:
www.bamf.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/20160917-041-pm-stellungnahme-gefaelschte-paessee.html (letzter Zugriff: 04.02.2017).

Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang / Eisele, Jörg (2016): Strafrecht; Allgemeiner Teil; Lehrbuch, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 12. Auflage.

Bergmann, Jan / Dienelt, Klaus / Renner, Günter (2013): Ausländerrecht Aufenthaltsgesetz, Freizügigkeitsgesetz/EU und ARB 1/80 (Auszug), Grundrechtecharta und Artikel 16a GG, Asylverfahrensgesetz; Kommentar, Beck, München, 10. Auflage.

Bernsdorff, Norbert / Borowsky, Martin (2002): Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union; Handreichungen und Sitzungsprotokolle, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1. Auflage.

Bernsdorff, Norbert (2014): Artikel 18 Asylrecht, in: Meyer, Jürgen (Hg.) (2014): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Nomos, Baden-Baden, 4. Auflage, S. 345 – 353.

Brücker, Herbert / Rother, Nina / Schupp, Jürgen (2016): IAB-BAMF-SOEP-Befragung von Geflüchteten: Überblick und erste Ergebnisse; Forschungsbericht 29, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge 2016, online verfügbar auf: http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Forschungsberichte/fb29-iab-bamf-soep-befragung-gefluechtete.pdf?__blob=publicationFile (letzter Zugriff: 04.02.2017).

Bundestag – Drucksache 18/6346 vom 14.10.2015: Gesetzentwurf der Abgeordneten Volker Beck (Köln), Luise Amtsberg, Katja Keul, Renate Künast, Irene Mihalic, Hans-Christian Ströbele, Dr. Konstantin von Notz, Monika Lazar, Özcan Mutlu und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN; Entwurf eines Gesetzes zur Entkriminalisierung von Menschen ohne Aufenthaltsstatus, online verfügbar auf: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/063/1806346.pdf> (letzter Zugriff: 04.02.2017).

Bundestag – Drucksache 18/9415 vom 17.08.2016: Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Frank Tempel, Sevim Dagdelen, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE; Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das zweite Quartal 2016, online verfügbar auf: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/094/1809415.pdf> (letzter Zugriff: 04.02.2017).

- Dollinger, Franz-Wilhelm (2016):* Abschnitt 2 Einreise, in: Kluth, Winfried; Heusch, Andreas (Hg.): *Ausländerrecht; Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, S. 140 – 159.
- Hefendehl, Roland; Hohmann, Olaf (Hg.) (2014):* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch; Band 5; §§ 263-358 StGB, C.H. Beck, München, 2014, S. 758 – 846.
- El-Ghazi, Mohamed / Fischer-Lescano, Andreas (2015):* Rechtfertigung bei Einreisedelikten – zugleich Besprechung von OLG Bamberg, Urt. v. 24.09.2014 – 3 Ss 59/13, StC 2015, 358 (in diesem Heft) –, in *Strafverteidiger (StV)* 2015, S. 386 – 392.
- Fischer, Thomas (2017):* Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Verlag C.H. Beck, München, 64. Auflage.
- Fischer-Lescano, Andreas / Horst, Johan (2011):* Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. Zur Rechtfertigung von Straftaten bei Flüchtlingseinreisen, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR)* 03/2011, S. 81 – 90.
- Fritz, Roland / Vormeier, Jürgen (2013):* Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz, Luchterhand, Köln.
- FRONTEX (2016):* FRAN Quarterly; Quarter 2; April – June 2016, online verfügbar auf: http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/FRAN_2016_Q2.pdf (letzter Zugriff: 05.02.2017).
- Gericke, Jan (2009):* Ausländerstrafrecht, in: Joecks, Wolfgang / Mierbach, Klaus (Hg.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 6/2; Nebenstrafrecht III; *Völkerstrafgesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2009, S. 3 – 160.

Goodwin-Gill, Guy S. (2003): Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection, , in: Feller, Erika; Türk, Volker (Hg.): Refugee Protection in International Law; UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, S. 185 – 252.

Göbel-Zimmermann, Ralph (1999): Asyl- und Flüchtlingsrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.

Grahl-Madsen, Atle (1963): Commentary on the Refugee Convention 1951, ARTICLES 2-11, 13-37, Geneva; Published by the Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees 1997, online verfügbar auf: <http://www.unhcr.org/publ/PUBL/3d4ab5fb9.pdf> (letzter Zugriff: 02.02.2017).

Hailbronner, Kay (2010): Interpretation – Article 14, in: Hailbronner, Kay (Hg.) (2010): EU Immigration and Asylum Law; Commentary on EU Regulations and Directives, Verlag C.H. Beck, München, S. 1128 – 1137.

Hailbronner, Kay (2014): Asyl- und Ausländerrecht, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 3. überarbeitete Auflage.

Hailbronner, Kay (2017): Kommentar Ausländerrecht, rehm, Sankt Augustin.

Hefendehl, Roland / Hohmann, Olaf (Hg.) (2006): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch; Band 4; §§ 263 – 358 StGB, §§ 1 – 8, 105, 106 JGG, in: Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Verlag C.H. Beck, München.

Heintschel-Heinegg, Bernd von (2017): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch; Band 1; §§ 1 – 37, in: Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Verlag C.H. Beck, München.

- Hillmann, Felicitas (2016):* Migration; Eine Einführung aus sozialgeographischer Perspektive, Franz Steiner Verlag.
- Hörich, Carsten / Bergmann, Marcus (2013):* Strafbarkeit der illegalen Einreise und der sogenannten Begleitdelikte, in: Asylmagazin, 5/2013, S. 146 – 150.
- Hörich, Carsten / Bergmann, Marcus (2012):* Das Ende der Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts?, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 46/2012, S. 3339 – 3344.
- Hörich, Carsten (2011):* Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 09/2011, S. 281 – 286.
- Hohoff, Ute (2016):* Kapitel 9 Straf- und Bußgeldvorschriften, in: Kluth, Winfried; Heusch, Andreas (Hg.): Ausländerrecht; Kommentar, Verlag C.H. Beck, München, S. 810 – 846.
- Iselin, Brian / Adams, Melanie (2003):* Distinguishing between Human Trafficking and People Smuggling, UN Office on Drugs and Crime, Regional Centre for East Asia and the Pacific, Bangkok, online verfügbar auf: [https://www.embraceni.org/wp-content/uploads/2006/06/Distinguishing\[1\]1.pdf](https://www.embraceni.org/wp-content/uploads/2006/06/Distinguishing[1]1.pdf) (letzter Zugriff: 05.02.2017).
- Jarass, Hans D. (2005):* EU-Grundrechte; Ein Studien- und Handbuch, Verlag C.H. Beck, München.
- Kanein, Werner / Renner, Günter (1993):* Ausländerrecht Ausländergesetz und Asylverfahrensgesetz mit Artikel 16a GG und materiellem Asylrecht sowie arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften; Kommentar, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 6. Auflage.

Lübbe, Anna (2014): „Systemische Mängel“ in Dublin- Verfahren, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 03/2014, S. 105 – 111.

Marx, Reinhard (Hg.) (2014): AsylVfG; Kommentar zum Asylverfahrensgesetz, 8. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag, Köln.

Neske, Matthias (2007): Menschenschmuggel; Deutschland als Transit- und Zielland irregulärer Migration, Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft mbH, Stuttgart.

Pfau, Markus (2012): Schleusungskriminalität – Eine Analyse des Phänomens und der polizeilichen Interventionsstrategien, Tectum Verlag, Marburg.

Reichel, Ernst (1987): Das staatliche Asylrecht „im Rahmen des Völkerrechts“: zur Bedeutung des Völkerrechts für die Interpretation des deutschen Asylrechts, in: Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 515, Duncker & Humblot, Berlin.

Rengeling, Hans-Werner / Szczekalla, Peter (2004): Grundrechte in der Europäischen Union; Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze, Carl Heymanns Verlag, Köln.

Renner, Günter (2005): Ausländerrecht; Ausländergesetz und Freizügigkeitsgesetz/EU Artikel 16a GG und Asylverfahrensgesetz sowie arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften; Kommentar, Verlag C.H. Beck, München, 8. Auflage.

Robinson, Nehemiah (1953): Convention Relating to the Status of Refugees; its history, contents and interpretation; a commentary, Institute of Jewish Affairs, New York.

- Rossi, Matthias (2016):* GRCh Art. 18, in: Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (Hg.) (2016): EUV/AEUV; Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta; Kommentar, Verlag C.H. Beck, München, 5. Auflage, S. 2864 – 2867.
- Schloenhardt, Andreas / Hickson Hadley (2013):* Non-Criminalization of Smuggled Migrants: Rights, Obligations, and Australian Practice under Article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Air, in: International Journal of Refugee Law 25/2013, S. 39 – 64.
- Schmidt, Rolf (2016):* Strafrecht – Allgemeiner Teil; Grundlagen der Strafbarkeit; Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens, Grasberg bei Bremen, Dr. Rolf Schmidt GmbH, 16. Auflage.
- Schott-Mehring, Tilmann (2014):* Das Einschleusen Asylsuchender über Griechenland, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 4/2014, S. 142 – 145.
- Senge, Lothar (2014):* A 215. Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG), in: Erbs / Kohlhaas (Hg.) (2016): Beck'sche Kurz-Kommentare; Strafrechtliche Nebengesetze, beck online.
- Titze, Annegret (2008):* Die deutsche Asylrechtsprechung und das internationale Flüchtlingsrecht; Kontinuität oder Neuanfang?, Duncker & Humblot, Berlin.
- UNHCR (2003):* Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, gemäß dem Abkommen von 1951 und dem Protokoll von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, Neuauflage, Österreich.

UNHCR (2004a): Kommentar des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) zur Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, online verfügbar auf: <http://www.refworld.org/pdfid/48abd537d.pdf> (letzter Zugriff: 07.02.2017).

UNHCR (2004b): Überarbeitete UNHCR-Stellungnahme zur Auslegung und Reichweite des Art. 31 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtstellung der Flüchtlinge, Berlin.

UNHCR (2015): State Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol; April 2015, online verfügbar auf: <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html> (letzter Zugriff: 07.02.2017).

Weis, Paul (1995): The Refugee Convention, 1951, Cambridge University Press, Cambridge.

Westphal, Volker / Stoppa, Edgar (2007): Ausländerrecht für die Polizei, 3. Auflage, Lübeck.

Ziegelmayr, Usha (2015): Ursachen für Flucht und Migration; Wanderjahre eines Kontinents, in: politische ökologie 141/2015, S. 25 – 30.

Eidesstattliche Erklärung

Hiermit bestätige ich, dass ich die vorstehende Masterarbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe. Alle Ausführungen, die anderen Schriften wörtlich oder sinngemäß entnommen wurden, sind kenntlich gemacht und die Arbeit ist in gleicher oder ähnlicher Weise noch nicht Bestandteil einer Studien- oder Prüfungsleistung gewesen.

Dennis Karch

Mannheim, den 20. Februar 2017