

München, den 21.03.2017
SS35./IL/sg

**Abschiebungen nach Afghanistan und mögliche
Strafbarkeit von Ehrenamtlichen bezüglich Beihilfe zum
illegalen Aufenthalt**

Derzeit betreuen und unterstützen viele Ehrenamtliche Afghanen, denen potentiell die Abschiebung nach Afghanistan droht. Durch Presseberichte, Aussagen von Ausländerbehörden und von Seiten der Politik besteht nun vielerorts Unsicherheit über die strafrechtliche Relevanz der Unterstützungshandlungen.

Daher einige Anmerkungen zur Rechtslage:

**I. Was ist zu verstehen unter Beihilfe zum illegalen
Aufenthalt?**

1, Relevante Norm bezüglich der Strafbarkeit des illegalen
Aufenthalts: § 95 AufenthG

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird
bestraft, wer ...

Bankverbindung:
Postbank München
Konto 17293800
BLZ 700 100 80
IBAN DE29 7001 0080 0017 2938 00
BIC PBNKDEFF

Steuer-Nr. 145/183/00998
Finanzamt München III
Haftpflicht: R+V Versicherung
VersNr. 405 25 542065850

2. ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Absatz 1 Satz 1
sich im Bundesgebiet aufhält, wenn
- a, er vollziehbar ausreisepflichtig ist,
 - b, ihm eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist und
 - c, dessen Abschiebung nicht ausgesetzt ist, ...

Das bedeutet, dass sich jemand, der über eine Duldung verfügt nicht nach Nr. 2 strafbar macht, da die Abschiebung dann ausgesetzt ist (Nr. 2 c.).

Nicht erforderlich ist, dass der Betroffene eine **Duldung tatsächlich besitzt**. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss vom 6.3.2003, 2 BvR 397/02, InfAusIR 2003, 185) haben Strafgerichte vielmehr eigenständig zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Duldung im Tatzeitraum gegeben waren. Besteht danach ein Duldungsanspruch, so ist dies dem Fall gleichzusetzen, dass die Abschiebung tatsächlich gem. § 60 a AufenthG ausgesetzt ist, also der Betroffene im Besitz einer Duldung war.

Der bloße Duldungsanspruch führt daher zur Straflosigkeit, da anderenfalls die Ausländerbehörde durch ihre Verfahrensgestaltung entscheiden könnte, ob der betreffende Ausländer sich strafbar macht oder nicht (vgl. auch Leopold/Vallone, Zur Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 1 des Aufenthaltsgesetzes, ZAR 2005, 67; Gericke in: MüKo-StGB, 2. Aufl., § 95 Rn. 21; Heilbronner, Ausländerrecht, Stand 8/2012, § 95 AufenthG, Rn. 14; OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 12.2.2009, 3 Ss 71/09, NSTZ-RR 2009, 257; KG, Beschl. v. 14.06.2013, (2) 121 Ss 65/13 (15/13); OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 22.8.2012, 1 Ss 210/12, Asylmagazin 2012, 440 ff; OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 8.11.2013; 1 Ss 137/13, InfAusIR 2014, 79 f.)

D.h. wenn jemand eine Duldung hat, oder Duldungsgründe vorliegen, macht er sich nicht des illegalen Aufenthalts strafbar.

Umstrittener ist die Situation, wenn jemand **untergetaucht** ist. Die oben dargestellte Rechtsprechung des BVerfG soll nach Meinung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. v. 6.10.2004, 1 StR 76/04, StV 2005, 24) bei einem Ausländer unbekanntem Aufenthalts nicht zur Anwendung kommen. Allerdings stellt sich die Frage, ob diese Rechtsprechung des BGH (zum AuslG) auch auf das mittlerweile geltende AufenthG Anwendung finden kann (verneinend mit guten Gründen: Jan Lam, Die Strafbarkeit des erlaubnislosen Aufenthalts und der erlaubnislosen Einreise, Asylmagazin 7-8/2011; bejahend: OLG Frankfurt/M., das die Übertragbarkeit der Entscheidung annimmt).

D.h. wenn jemand, der keine Duldung hat (obwohl Duldungsgründe vorliegen) untertaucht, kann er sich, je nachdem welcher Ansicht gefolgt wird, des illegalen Aufenthalts strafbar machen.

2, Relevante Norm bezüglich der Beihilfe: § 27 StGB

Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen **zu dessen** vorsätzlich begangener rechtswidriger **Tat Hilfe geleistet** hat. ...

Grundsätzlich ist jede Handlung als Hilfeleistung anzusehen, die die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter **objektiv fördert oder erleichtert**. Das ist bei Beherbergung etc. wohl der Fall. Dennoch stellt nicht jede Unterstützung des erlaubnislosen Aufenthalts von Ausländern eine Straftat dar, es ist darüber hinaus nämlich sorgfältig zu prüfen, ob es sich bei der jeweiligen Unterstützungshandlung nicht um **sozialadäquate** Verhaltensweisen

handelt, die straflos bleiben (vgl. LG Landshut, Beschl. vom 24.6.2008, 4 Qs 196/08, NStZ-RR 2009, 61).

Bei **allein psychischer Beihilfe** bedarf insbesondere bei bereits fest entschlossenen Haupttätern die Strafbarkeit besonders sorgfältiger Prüfung (BGH, Beschl. vom 2.9.2009, 5 AiR 266/09, BGH St 54, S. 140 ff.).

Erforderlich ist zunächst eine strafbare Haupttat. Wenn der Betroffene jedoch eine Duldung oder einen Duldungsanspruch hat, dann fehlt es bereits an einer teilnahmefähigen Haupttat, d.h. dann ist schon keine strafbare Haupttat gegeben, zu der Beihilfe geleistet werden kann.

D.h. ohne strafbare Haupttat (s.o.) ist keine Beihilfe möglich.

II. Was ist unter „Untertauchen“ zu verstehen?

Untertauchen ist kein legaldefinierter Begriff. Um zu verstehen, was damit gemeint ist, ist es sinnvoll die gesetzlichen Regelungen anzuschauen, die helfen können, diesen Begriff zu definieren.

§ 50 AufenthG:

... (4) Ein ausreisepflichtiger Ausländer, der seine Wohnung wechseln oder den Bezirk der Ausländerbehörde für **mehr als drei Tage** verlassen will, hat dies der Ausländerbehörde vorher anzuzeigen. ...

Ausreisepflichtig ist, wer nicht im Besitz einer Aufenthaltsgestattung, Aufenthaltserlaubnis oder Fiktionsbescheinigung ist. Der Hauptanwendungsfall ist, wenn jemand im Besitz einer Duldung ist.

Wenn jemand drei Tage oder weniger nicht in seiner Unterkunft übernachtet, muss er das in keinem Fall anzeigen.

Ein spontanes, kurzzeitiges (drei Tage oder weniger) Übernachten bei Freunden oder Bekannten, ohne einen konkreten Abschiebetermin zu kennen (Gerüchte sind nicht Kennen), ist daher ohne Probleme möglich und kein „Untertauchen“.

III. Gefahr der Abschiebehaft

Wann ergibt sich für den Betroffenen die Gefahr der Abschiebehaft?

Nach § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AufenthG ist ein Ausländer zur Sicherung der Abschiebung in Haft zu nehmen, wenn die Ausreisepflicht abgelaufen ist und er seinen Aufenthaltsort gewechselt hat, ohne der Ausländerbehörde eine Anschrift anzugeben, unter der er erreichbar ist.

Der nicht angezeigte Aufenthaltswechsel (für mehr als drei Tage) begründet in diesem Fall die Vermutung, dass die Abschiebung ohne die Inhaftnahme erschwert oder vereitelt wird (vgl. BGH, Beschl. vom 14.01.2016, V ZB 178/14).

Die Ausländerbehörde muss dem Betroffenen die Meldepflicht und die einschneidenden Folgen ihrer Verletzung (Möglichkeit der Abschiebehaft als Konsequenz) durch einen Hinweis vor Augen führen. Der Hinweis auf § 50 Abs. 4 AufenthG muss übersetzt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 8/15; BGH, Beschluss vom 14.01.2016, s.o.).

Mit einem einmaligen Nichtantreffen des Betroffenen an einem bestimmten Tag lässt sich ohne weitere Feststellungen ein Wechsel des Aufenthaltsortes nicht belegen (vgl. BGH, Beschluss vom 12.05.2011, V ZB 299/10). Hierfür ist eine präzise Feststellung der Zeitpunkte und der Dauer von Abwesenheiten des Ausländers erforderlich.

Der Haftgrund des § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 AufenthG (wenn der Betroffene aus von ihm zu vertretenden Gründen zu einem von der Ausländerbehörde angekündigten Termin nicht an dem von der Ausländerbehörde angegebenen Ort angetroffen wurde) ist vorliegend nicht relevant, da die Sammelabschiebungen nach Afghanistan nicht angekündigt werden.


Iris Ludwig
Rechtsanwältin