

**Manuel Kabis**

**Rechtsanwalt**

**Fachanwalt für Strafrecht**

Königswall 28

44137 Dortmund

***Strafverteidigung von Ausländern und  
ausländerrechtliche Folgen strafrechtlicher Verurteilungen***

**DAV-Seminar am 29.11.2014, Dortmund**

Gliederung des Seminars:

- I. materielles Strafrecht:
  - a) spezifisches Ausländerstrafrecht
    - Differenzierung nach Gruppenmerkmalen
    - Verwaltungsakzessorietät
    - Struktur des § 95 AufenthG
    - infrage kommende Täter (Sonderdelikt, Ausnahmen für EU-Staater)
    - einzelne Tathandlungen (illeg. Aufenthalt, Passlosigkeit)
    - unerlaubte Einreise zur Asylantragstellung
    - Schleusertatbestände des § 96 AufenthG: Jedermanns-Delikt; Einflussnahme auf Willensbildung; finale Förderung des ill. Aufenthalts)

- b) allgemeines Strafrecht
  - einzelne Tatbestände
  - Strafzumessungsgesichtspunkte
  - rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Verbotsirrtum und sozio-kulturelle Prägung; Religionsfreiheit; Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums
  
- II. Strafprozessrechtliche Besonderheiten bei ausländischen Beschuldigten
  - a) Art. 6 Abs.3a EMRK, Art. 187 GVG: Recht auf Übersetzungen und Dolmetscherbeiziehung;
    - Zustellungsvollmacht in Aufgriffsfällen
    - Besonderheiten bei der Auswahl des Dolmetschers
    - Vereidigung als wesentliche Förmlichkeit
  
  - b) Untersuchungshaft
    - Ausländereigenschaft und Fluchtgefahr
    - EU-Diskriminierungsverbot und EU-Auslandswohnsitz;
    - Verwurzelung und Entwurzelung
  
  - c) Glaubwürdigkeit von Zeugen und Angeklagten
    - Voraussetzungen für Sachverständigengutachten
    - Grenzen der eigenen Sachkunde des Gerichts
    - sozio-ethnische Prägung und Glaubwürdigkeitsbeurteilung
    - sozio-ethnische Prägung und Verbotsirrtum
  
- III. Strafvollsteckungsrecht

- a) Vollzugslockerungen und Fluchtgefahr
- b) vorzeitige Abschiebung und Vollstreckungsverjährung
- c) Struktur des § 456a StPO

#### IV. Ausweisungsrecht

- a) Struktur der §§ 53 ff. AufenthG
- b) Anwendungsausnahmen insbesondere für
  - EU-Staater;
  - Angehörige von EU-Staatern;
  - Assoziationsberechtigte Türken
- c) Art.8 EMRK im Ausweisungsrecht
- d) Förmlichkeiten des Ausweisungsrechts
- e) Verwaltungsprozessrecht

#### I. ***Spezifisches Ausländerstrafrecht***

#### **Verwaltungsakzessorietät der Strafnormen**

Wir wenden uns einerseits den Strafnormen zu, die sich spezifisch gegen nicht-deutsche Beschuldigte (Art. 116 GG) wenden und andererseits den Besonderheiten im allgemeinen Strafrecht bei mutmaßlicher Täterschaft eines Ausländers.

Das spezielle Ausländerstrafrecht ist auf verschiedene Gesetze verteilt, deren wichtigste das AufenthG (dort §§ 95 ff.), das FreizügigG/EU und das AsylVfG sind, wobei in diesen Gesetzen nicht nur Strafvorschriften enthalten sind, sondern teilweise wiederum Ausnahmen von der Strafbarkeit normiert sind. Die Frage, ob eine strafbare Handlung eines Ausländers vorliegen kann, setzt zunächst bei der Gruppenzugehörigkeit des Ausländers an. In Wirklichkeit gibt es kein Ausländerstrafrecht, sondern ein Ausländergruppenzugehörigkeitsstrafrecht. Derselbe Lebenssachverhalt kann rechtlich unterschiedlich geregelt sein, je nachdem ob der Ausländer

- EU-Staater
- EU-staatsangehöriger Familienangehöriger eines EU-Staaters
- Drittstaatsangehöriger Familienangehöriger eines EU-Staaters
- EU-staatsangehöriger Familienangehöriger eines Deutschen
- Drittstaatsangehöriger Familienangehöriger eines Deutschen
- Drittstaatsangehöriger Familienangehöriger eines Drittstaaters
- ARB-berechtigter türkischer Arbeitnehmer oder Angehöriger eines solchen
- Asylberechtigter
- Anerkannter Flüchtling
- Subsidiär Schutzberechtigter
- Asylbewerber
- Geduldeter
- Angehöriger eines privilegierten Staates (USA, Schweiz, Kanada u. a.)
- Sonstiger Drittstaatsangehöriger mit oder ohne Visumbefreiung
- Seemann

- Diplomat
- Grenzgänger
- Spezialitätenkoch
- Student
- Wiederkehrer
- Rentner
- Selbständiger
- Berufssportler
- Künstler
- oder oder oder

ist.

Ausländerstrafrecht ist verzahnt mit dem Verwaltungsrecht (**Verwaltungsakzessorietät**). In der Regel sind verwaltungsrechtliche Vorfragen zu klären. Eine Bindungswirkung des Strafrichters an Behördenentscheidungen besteht dann, wenn gerade der **Verstoß gegen Verwaltungsentscheidungen tatbestandlich** ist (Beispiel: Räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung; bestehende Sperrwirkung aufgrund Ausweisung oder Abschiebung, Verstoß gegen Vereinsverbot, dazu: **GK-AufenthG Mosbacher, § 95 Rn. 10 ff.**) oder wenn ein **VA rechtsgestaltend ist** (Einbürgerung; Feststellung der Flüchtlingseigenschaft; aus anderen Rechtsgebieten etwa: Verleihung der Beamteneigenschaft; weitere Beispiele bei **Meyer-Goßner / Schmitt StPO § 262 Rn. 8**).

Wegen der unterschiedlichen Regelungsmaterien von Straf- und VerwaltungsR besteht im Übrigen keine Bindungswirkung, **BVerfG NJW 1987, 3175**, (vgl. auch zum umgekehrten Fall: keine Bindung der ABH an Prognoseentscheidungen der

Strafvollstreckungskammer nach § 57 StGB, **BVerwG Urteil vom 13.12.2012, 1 C 20.11; Urteil vom 15.1.2013, 1 C 10.12).**

Der Strafrichter muss das Verfahren grundsätzlich *nicht* aussetzen zur Klärung verwaltungsgerichtlicher Vorfragen sondern entscheidet selbst hierüber, § 262 StPO. Die Vorschrift, die von zivilrechtlichen Vorfragen spricht, wird analog auf das Verwaltungsrecht angewandt (**Meyer-Gossner / Schmitt, StPO § 262 Rn.1**)

Die Verwaltungsakzessorietät hat zur Folge, dass es für die Frage eines strafbewehrten Verstoßes gegen ein Gebot oder Verbot auf die formelle Wirksamkeit des VA ankommt, nicht auf dessen materielle Richtigkeit (**BGH, NJW 2005, 2095**). Strafbar ist daher auch der Verstoß gegen einen rechtswidrigen, nicht bestandskräftigen aber vollziehbaren oder wirksamen (vgl. § 84 AufenthG) belastenden VA. Streitig ist, wie sich nach verwaltungsgerichtlicher Aufhebung des VA die Strafbarkeit bemisst. Nach Auffassung des BGH kommt es allein auf die Vollziehbarkeit des VA im Tatzeitpunkt an (**BGHSt 23,91; dem folgend etwa Schönke-Schröder / Heine-Hecker StGB Vorbem. zu § 324 Rn.16a; Fischer StGB vor § 324 Rn.6**). Letztlich wird dies mit dem Schutzgut der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung begründet. Es wird allerdings mit guten Gründen vertreten, dass die Aufhebung des VA einen außergesetzlichen Strafaufhebungsgrund oder einen Wiederaufnahmegrund darstelle (zum Meinungsstand **Schönke-Schröder aaO Rn. 16b**), da der Täter zwar mit Unrechtsbewußtsein und Vorsatz gehandelt habe, sein vermeintlicher Verstoß gegen den VA aber objektiv keiner war (evtl. untauglicher Versuch?). Nach anderer Auffassung soll nur ein Verstoß gegen rechtmäßige belastende VAe strafbar sein; das gäbe Anlass zu Aussetzungsanträgen im Strafverfahren, wenn Anfechtungsklage und / oder Verfahren nach § 80 V VwGO anhängig sind. Wegen des Abstellens der Rechtsprechung auf die formelle Wirksamkeit des VA – die sich letztlich aus der Bestandskraft ergibt – dürfte hier nämlich die Klärungskompetenz des Strafrichters i.S.d. § 262 StPO überschritten sein.

Praktisch bedeutsam ist der umgekehrte Fall des Ausnutzens eines rechtswidrig erlangten begünstigenden VA. Hier stellt die hM gleichfalls auf die formelle

Wirksamkeit des VA ab, allerdings wird zunehmend die Frage des Rechtsmissbrauchs als strafbegründend diskutiert (**Schönke-Schröder aaO, Rn.17**). Ausländerstrafrechtlich ist dies von Praxisrelevanz: Bei Falschangaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels handelt es sich zwar um ein abstraktes Gefährungsdelikt, § 95 AufenthG, so dass es für die Strafbarkeit nicht auf die tatsächliche Erteilung des Titels ankommt; fraglich ist aber beispielsweise, ob mit einem erschlichenen Reiseausweis für Ausländer die Passpflicht erfüllt wird oder ob in Wirklichkeit ein strafbarer passloser Inlandsaufenthalt besteht wegen der rechtsmissbräuchlichen Nutzung des durch Täuschung erlangten Ausweises (*die Erteilung von Aufenthaltstiteln und Passersatzpapieren stellt jeweils einen begünstigenden VA dar, dessen Bekanntgabe in der Regel durch Aushändigung erfolgt*) oder ob der mögliche Verstoß gegen die Passpflicht von dem Tatbestand der Falschangaben konsumiert wird. Schwierigkeiten bereitet in dieser Konstellation, ob die Strafbarkeit *trotz* Bestandskraft des VA besteht (so **BGH InfAusIR 2012, 342**) oder nur nach bestandskräftiger oder vollziehbarer Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit, § 48 VwVfG oder auch bei Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft (doppelte Ermessensentscheidung).

### **§ 95 I AufenthG, illegale Einreise / Aufenthalt**

Bei den Tatbeständen des § 95 AufenthG handelt es sich überwiegend um **Sonderdelikte**, die nur von Ausländern begehrbar sind.

*Nicht* anwendbar ist § 95 I AufenthG mit Ausnahme der Ziffern 4 und 8 auf EU-Staater und deren Familienangehörige, wenn die Voraussetzungen des § 2 I FreizügG/EU vorliegen, § 11 I FreizügG/EU. Über die Verweisungskette gilt dies auch für Studenten und andere nichterwerbstätige Unionsbürger sowie deren Angehörige, wenn sie krankenversichert sind und ausreichende Existenzmittel nachweisen können, § 4 FreizügG/EU.

Bei Familienangehörigen von Unionsbürgern kommt es begrifflich – vgl. § 3 FreizügG/EU – nicht auf die Staatsangehörigkeit an. Auch **drittstaatsangehörige Familienmitglieder eines Unionsbürgers können sich nicht wegen illegaler Einreise oder illegalen Aufenthalts strafbar machen**, wenn die Voraussetzungen des § 2 I FreizügG/EU vorliegen! Es gibt also nicht strafbewehrte Visumverstöße. Das wird von den Strafverfolgungsbehörden oft übersehen.

### **Praxistipp:**

Im Mandat muss der Verteidiger daher als erstes klären, ob der Beschuldigte Familienangehöriger eines freizügigkeitsberechtigten EU-Staaters ist. Das kann von entscheidender Bedeutung sein wenn etwa der Ehegatte Doppelstaater ist, beispielsweise die deutsche und die polnische Staatsangehörigkeit besitzt: Nach dem Meistbegünstigungsprinzip kann sich der Beschuldigte dann nämlich auf die Unionsbürgerschaft des Ehegatten berufen, ist also straffrei, wogegen er sich als Angehöriger eines Deutschen strafbar machen könnte:

Das Straffreiheitsprivileg des Unionsrechts gilt nämlich nicht bei drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern von Deutschen: Da Unionsrecht nur zur Anwendung kommt, wenn der Unionsbürger gewandert ist, ist es nicht anwendbar auf Unionsbürger im eigenen Land. Vielmehr kommt allein nationales Recht zur Anwendung. Die Schlechterbehandlung eigener Staatsbürger gegenüber EU-Ausländern (sog. **Inländerdiskriminierung**) ist als Rechtsproblem seit langem bekannt; der Gesetzgeber – egal mit welcher parlamentarischen Mehrheit oder Regierungszusammensetzung – will bis heute an diese Thematik nicht heran.

Auf Unionsbürger anwendbar ist über § 11 FreizügG/EU §§ 95 II Nr.2 (unrichtige oder unvollständige Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung in der Variante: zugunsten Anderer).

Eine eigene Strafvorschrift stellt § 9 FreizügG/EU dar, wonach der Verstoß gegen ein Einreiseverbot – Verlust der Freizügigkeit wegen Straftaten – strafbewehrt ist. Die Vorschrift gilt *nicht* für andere Formen der Verlustfeststellung (abgebrochenes Studium; Nichterwerbstätigkeit ohne Krankenversicherung; erfolglose Arbeitssuche in



bestimmten Fällen, § 3 Abs.2 FreizügG/EU). Hier sind Änderungen geplant (**BT-Drucksache 18/2581**).

Die **Schleuservorschrift** des § 96 AufenthG **ist auf Unionsbürger erst seit 2007 anwendbar**, zuvor bestand eine Gesetzeslücke mangels Verweisung in § 11 FreizügG/EU, die schlicht vergessen worden war, nulla poena sine lege.

Außerhalb des Unionsrechts gilt im nationalen Ausländerrecht der Grundsatz des **Verbots mit Erlaubnisvorbehalt**: Einreise und Aufenthalt von Ausländern sind solange verboten, wie nicht eine Erlaubnisnorm sie ausdrücklich gestatten (wobei idR die Gestattung durch VA erfolgt in Form von Visum und sonstigen Aufenthaltstiteln. Diese sind meist konstitutiv, stellen also erst die Erlaubnis dar; Ausnahme sind deklaratorische Titel vor allem nach dem ARB 1/80 EG-Türkei, die lediglich das unmittelbar aus dem Gesetz folgende Recht dokumentieren).

Die Einreise von Nicht-EU-Bürgern erfordert Visum.

Ausnahmen: Positivstaater nach Anlage 1 zu VO 539/2001 EG oder Befreiung nach nationalem Recht gem. AufenthVO oder Besitz eines Aufenthaltstitels eines anderen EU-Staats.

Positivstaater nach Anlage 1 zu VO 539/2001 EG machen sich strafbar, wenn die Visumfreiheit entfällt durch Arbeitsaufnahme oder Ablauf des visumfreien Zeitraums. Keine Strafbarkeit besteht bei Einreise mit entsprechender *Absicht* (**BGH 2 StR 257/04**), sondern erst bei *tatsächlicher* Arbeitsaufnahme oder Überschreiten der 3-Monats-Frist. Nach § 95 Abs. 1a AufenthG macht sich auch strafbar, wer im Besitz eines Schengen-Visums ist und eine Arbeit aufnimmt. Diese Rechtslage hat erhebliche Konsequenzen für Arbeitgeber: Sie machen sich jetzt nämlich nach § 96 AufenthG strafbar.

Drittstaatsangehörige Familienangehörige von freizügigkeitsberechtigten EU-Bürgern benötigen für die Einreise zum Daueraufenthalt Visum, sind sie aber ohne Visum eingereist, haben sie - dennoch – ein deklaratorisches (!) Aufenthaltsrecht. Besitzen

sie AE eines anderen Mitgliedsstaats der EU oder Schengen-Staats (etwa Schweiz) oder sind sie Positivstaater oder nach nationalem Recht visumbefreit, ist die Einreise (als Tourist) legal. Auf die Absicht, sich dauerhaft im Inland aufzuhalten, kommt es nicht an wegen des deklaratorischen Charakters des Freizügigkeitsrechts; reisen sie ohne Befreiungstatbestand etwa aus dem Heimatland ohne Visum ein, liegt dennoch keine Strafbarkeit wegen illegaler Einreise vor wegen der fehlenden Anwendbarkeit des § 95 I AufenthG auf Familienangehörige von Unionsbürgern (s.o.).

Wer ausreisen muss, aber aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen vorübergehend nicht ausreisen kann, erhält eine Duldung, § 60a AufenthG. Diese legalisiert zwar den Aufenthalt nicht, der nicht rechtmäßige Aufenthalt ist aber nicht strafbar.

Keine Strafbarkeit besteht auch bei einem Duldungsanspruch, außer: ABH kann die Duldung wegen unbekanntem Aufenthalts nicht erteilen, **BVerfG NStZ 2003, 488; BGH StV 2005, 24; BGH StV 2010, 247; HK Ausländerrecht-Wingerter, § 95 AufenthG Rn. 6; Kretschmer: Ausländerstrafrecht Rn.88; siehe auch OLG Frankfurt/M. StraFo 2014, 169**: Verpflichtung der ABH, bei Entlassung aus der Straftat für rechtzeitige Duldungserteilung zu sorgen; das OLG erlegt der ABH eine Erkundigungspflicht auf hinsichtlich des Entlassungszeitpunkts des Strafgefangenen).

Seit Inkrafttreten der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG besteht Strafbarkeit bei vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländern nur, wenn ABH Rückführungsverfahren eingehalten hat (**OLG Frankfurt/M. StraFo 2014, 169**; Strafurteil muss Angaben hierzu enthalten (ebenso **KG, Beschluß v. 26.03.2012, 1 Ss 393/11; OLG München Beschluß vom 21.11.2012, 4 StRR 133/12**, zit. jeweils nach OLG Frankfurt aaO; vgl. zur Abgrenzung des Bußgeldtatbestands des § 98 AufenthG **Hörich / Bergmann, InfAusIR 2013, 252**).

Keine Strafbarkeit der Einreise trotz Ausweisung/Abschiebung ist gegeben bei fehlender Befristung nach der Rückführungsrichtlinie: Antragsabhängige Befristung (§ 11 AufenthG a.F.) verstößt gegen Art. 11 Abs.2 RL 2008/115/EG

(Rückführungsrichtlinie), **EuGH InfAusIR 2013, 416**. Folge: bei fehlender nachträglicher Befristungsentscheidung wird Sperrfrist gar nicht ausgelöst (**BGH, Beschluß vom 20.2.2014, V ZB 76/13 = InfAusIR 2014, 188; BGH, Beschluß vom 08.01.2014, V ZB 137/12 = InfAusIR 2014, 148**). Mangels wirksamen Aufenthaltsverbots besteht kein strafbarer Verstoß gegen § 95 AufenthG (**AG Bersenbrück, 6 Cs 602/13 = InfAusIR 2014, 315**).

Illegale Einreise mit Schengen-Visum eines anderen EU-Staats bei Absicht eines Reiseschwerpunkts im Inland? Strafbarkeit ist denkbar, wenn die Mißbrauchsabsicht schon bei Visumantragstellung bestand, da laut Visa-Kodex Reiseschwerpunkt im Erteilungsland liegen muss. Auch wenn ein erschlichesenes Visum weder widerrufen noch zurückgenommen ist, soll Strafbarkeit möglich sein: **BGH 5 StR 567/11 = InfAusIR 2012, 342**. Hier wendet der 5.Senat den Gedanken des Rechtsmissbrauchs beim erschlichenen begünstigenden VA an.

Verspätete Antragstellung nach Ablauf des Aufenthaltstitels: § 81 IV AufenthG n.F. lässt nachträgliche Anordnung der Fiktion durch ABH zu zur Vermeidung von Härtefällen. Zur alten Rechtslage: keine Strafbarkeit (entgegen Rechtsprechung des BVerwGs zur fehlenden Fiktionswirkung, **BVerwG NVwZ 2011, 1340**) wegen ansonsten bestehenden Verstoßes gegen nulla poena sine lege, Art. 103 II GG: **OLG Nürnberg, Beschluß vom 30.01.2012, 2 St OLG Ss 208/11 = InfAusIR 2012, 159**. Diese Auffassung dürfte auf die neue Rechtslage übertragbar sein, da Anordnung der Fiktion von Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Härte durch ABH abhängig ist. Klargestellt ist, dass verspätete Antragstellung nicht ohne Weiteres die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts fortbestehen lässt. Wegen der Möglichkeit nachträglicher Anordnung der Fiktionswirkung besteht aber eine „schwebende Strafbarkeit“, d.i. Verstoß gegen Bestimmtheitsgrundsatz und nulla poena.

Kein illegaler Aufenthalt besteht, wenn türkische Jugendliche unter 16 Jahren ohne Visum einreisen, wenn ein Elternteil privilegiert ist nach Artikel 6 ARB EG-Türkei 1/80: Standstill-Klausel des Art. 13 ARB verbietet Verschärfungen auch des Familiennachzugs; die Visumpflicht für Kinder wurde erst nach Inkrafttreten des ARB eingeführt (**VG Darmstadt, Urteil vom 18.12.2013, 5 K 310/12.DA**), mit Blick auf

Strafmündigkeit strafrechtlich relevant ist diese Rechtslage für türkische 14 – 16jährige, aber auch für die Eltern nach Maßgabe der Beihilfe- und Anstiftungsvorschriften. Es mangelt nämlich an einer beihilfefähigen Haupttat. Das BVerwG hat allerdings laut einer Pressemitteilung des Gerichts das Urteil des VG Darmstadt aufgehoben und gemeint, das öffentliche Interesse an der Steuerung der Zuwanderung heble die Standstill-Klausel aus (**BVerwG, 1 C. 4.14, Pressemitteilung vom 6.11.2014**).

### **Strafbarkeit bei unerlaubter Einreise zur Asylantragstellung**

Artikel 31 GFK stellt einen persönlichen Strafausschließungsgrund dar. Er gilt nur bei unverzüglicher Asylantragstellung und Vorbringen ernsthafter Gründe zur Rechtfertigung der unerlaubten Einreise. Streitig ist, ob der Anwendungsbereich eröffnet ist für alle *Antragsteller* (so etwa: **HK Ausländerrecht-Wingerter, AufenthG § 95 Rn. 10**) oder nur für *anerkannte Flüchtlinge* (im letzteren Sinne: **Renner-Dienelt AufenthG § 95 Rn.9**). Auslegungshilfe des UNHCR: Artikel 31 GFK gilt für alle Antragsteller und zwar selbst in Dublin-Verfahren, **UNHCR Stellungnahme vom 19.03.2013, ANA-ZAR 2013, 19**.

Die Einreise muss nicht unmittelbar aus dem mutmaßlichen Verfolgerstaat erfolgen (**OLG Celle NVwZ 1987, 533, OLG Stuttgart, StV 2011, 164; HK-Wingerter AufenthG § 95 Rn.10; aA ohne nähere Begründung: Erbs/Kohlhaas u.a, Strafrechtl. Nebengesetze, AufenthG § 95 Rn.67**).

Wird Anwendbarkeit des Art. 31 GFK auf anerkannte Flüchtlinge beschränkt, gilt:

### **Praxistipp:**

Der Verteidiger muss die Aussetzung des Strafverfahrens bis zum Abschluss des Asylverfahrens beantragen; § 262 StPO wird auch auf verwaltungsrechtliche Vorfragen angewandt. Flüchtlingsanerkennung ist aber **statusbegründender VA**, deswegen besteht **Bindung des Strafrichters an Entscheidung des BAMF**, sodass die Strafbarkeit erst mit bestandskräftigem Abschluss des Asylverfahrens geklärt werden kann, daher ist die Aussetzung nach § 262 II StPO zwingend.

Konsequenter wäre m.E. bereits die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens, da im Zeitpunkt der Anklageerhebung gerade nicht zu prognostizieren ist, dass der Angeschuldigte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bestraft werden wird. Die Bejahung eines hinreichenden Tatverdachts i.S.d. § 203 StPO erfordert, dass *„für eine Straftat des Angeschuldigten einschließlich der Rechtswidrigkeit und der Schuld wahrscheinlich genügender Beweis vorliegt ohne dass ein persönlicher Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgrund vorliegt“* (**Meyer-Gossner / Schmitt StPO § 203 Rn.2**)

Schleusung bleibt strafbar, § 96, ebenso Beihilfe pp., da ein persönlicher Strafausschließungsgrund nicht die Rechtswidrigkeit der Haupttat entfallen lässt.

Ungeklärt ist, ob die Straffreiheit nur für die Einreise als solche oder auch für die Modalitäten wie Urkundsdelikte gilt. Für Straffreiheit: **UNHCR, ANA-ZAR 2013, 19; AG Frankfurt / M., StV 1988, 306; AG Korbach 4 Cs-1620 Js 8985/12; AG Berlin-Tiergarten 405 Ds 14 Js 2100/09; 215/10, MüKo-Gericke § 95 AufenthG Rn.118**); das OLG Bamberg hat die Frage im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens dem EuGH vorgelegt (**OLG Bamberg 3 Ss 59/2013**). Dieser hat sich aber für unzuständig erklärt, da keine Frage des Unionsrechts betroffen sei (**EuGH, Urteil vom 17.7.2014, C-481/13**). Damit dürfte der Weg frei sein für (Sprung-)revisionen, die OLGs müssen jetzt selbst Stellung beziehen (oder der BGH, falls ein entsprechender Vorwurf bei einem LG mitangeklagt ist). Für einen Entschuldigungsgrund nach § 35 StGB spricht sich das **AG Nienburg 4 Cs 519 Js 24060/12; 319/12** aus; das AG möchte die Strafbarkeit von Schleusern erhalten, wofür eine rechtswidrige Haupttat erforderlich

ist, §§ 26, 27 StGB, § 96 AufenthG; letztlich aus diesem Grund vermag das Gericht keinen rechtfertigenden Notstand zu erkennen sondern setzt auf die Entschuldigungsgründe.

Die notwendigen Förmlichkeiten der Asylantragstellung ergeben sich aus § 13 III AsylVfG, der zur Auslegung des Art. 31 GFK herangezogen werden kann (unverzögliche Meldung als Asylsuchender bei EAE, ABH oder Polizei. Unverzüglich: Ohne schuldhaftes Zögern, § 121 BGB). Die Vorschrift schützt nicht bei Aufgriffsfällen, nur bei freiwilliger unverzüglicher Meldung.

### **§ 95 II Nr.2 AufenthG (falsche Angaben)**

Bei der Strafbarkeit wegen Falschangaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung handelt es sich um ein abstraktes Gefährungsdelikt; Vollendung tritt ein, sobald die Angaben gemacht sind (**BGH 5 StR 130/13 = NStZ –RR 2014, 60**), Beihilfe ist bis zur Beendigung möglich (beispielsweise der Schein-Ehemann bestätigt vor Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zeitlich nach der Antragstellung durch die Ausländerin wahrheitswidrig das Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft).

Der Anwendung des § 96 AufenthG (Einschleusen) steht nicht entgegen, dass die Tathandlung „bei isolierter Betrachtung“ zugleich § 95 II Nr.2 AufenthG erfüllt (BGH, ebenda).

Falschangaben im Asylverfahren sind nicht erfasst, da sie primär der Erlangung einer Aufenthaltsgestattung dienen (diese ist im TB nicht genannt); mittelbares Abzielen auf AE gem. §§ 25 I – III AufenthG genügt nicht.

Keine Strafbarkeit ist gegeben bei falschen Angaben zur Erlangung einer Aufenthaltskarte EU, da im TB nicht genannt (**OLG Bamberg vom 19.02.2014, 3 Ss 6/14; LG Aschaffenburg § Ns 103 js 5189/12**; Gesetzentwurf zur Änderung des § 95 II Nr.2 AufenthG liegt aber vor). Keine Strafbarkeit des Vortäuschens einer EU-

Staatsbürgerschaft, da Freizügigkeitsbescheinigung abgeschafft (aber: illeg. Aufenthalt bei in Wahrheit titelpflichtiger Nicht-EU-Staatsbürgerschaft)

### **Passlosigkeit**

Bei dem Verstoß gegen die Passpflicht handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt, d. h. strafbewehrt ist die Verletzung der Pflicht zum aktiven Tätigwerden zur Erlangung eines Nationalpasses.

Strafbarkeit ist auch gegeben bei Besitz einer Duldung, jedenfalls wenn diese den sinngemäßen Zusatz enthält „Inhaber genügt mit der Bescheinigung nicht der Ausweis- und Passpflicht“ (**KG Berlin InfAusIR 2013, 396**). Mit Ausweisersatz nach § 48 II AufenthG entfällt Strafbarkeit, ebenso bei behördlich nicht erfülltem Anspruch auf Ausweisersatz, **GK AufenthG-Mosbacher § 95 Rn. 30**. Der Verteidiger muss daher prüfen, ob ein Anspruch auf einen Ausweisersatz bestanden hätte.

Die Passlosigkeit ist ein Dauerdelikt; Verurteilung bewirkt Zäsur; Fortsetzung des Dauerdelikts bewirkt erneute Strafbarkeit, aber: ein neuer Tatentschluss nach der Verurteilung ist erforderlich, **Meyer-Goßner / Schmitt StPO Einleitung Rn. 175 mwN**; **Schönke – Schröder / Sternberg-Lieben StGB vor § 52 Rn. 81**; neuer Tatentschluss ist sehr zweifelhaft, wenn Ausländer sich (weiterhin) lediglich passiv verhält und keine Weisungen der ABH über Art und Weise der Erfüllung der Mitwirkungspflicht erfolgen (TB-Irrtum über fortbestehende Pflicht zur aktiven Passbeschaffung?).

### **Praxistipp:**

Im Strafverfahren sollte der Verteidiger auf die Beiziehung die Akte der ABH drängen, da sich daraus Hinweise ergeben können, ob die ABH Auflagen oder Hinweise zur Art und Weise der Passbeschaffung gegeben hat. Staatsanwälte und Amtsgerichte begnügen sich häufig mit den kopierten Aktenauszügen, die ABHs zur Begründung ihrer Strafanzeigen mitschicken, weil das Problem des neuen Tatentschlusses verkannt wird. Will das Amtsgericht die Akten nicht beiziehen, sollte sich der Verteidiger für den Mandanten im ausländerrechtlichen Verfahren (Prüfung drohender Ausweisung) melden und Akteneinsicht unmittelbar über die ABH erlangen. Im Übrigen ist der zuständige Sachbearbeiter der ABH im Strafverfahren als Zeuge zu hören, was das Gericht nicht ablehnen kann, § 244 II StPO.

Strafbarkeit besteht nur bei Verletzung *zumutbarer* Mitwirkungspflichten (**OLG Frankfurt/M. 1 Ss 137/13**); Stellung eines Passantrages ist grundsätzlich zumutbar, **KG Berlin InfAusIR 2013, 461**, nicht aber Abgabe inhaltlich falscher Erklärungen gegenüber Botschaft des Herkunftsstaats über Freiwilligkeit der Rückkehr (**OLG Nürnberg, StV 2007, 362**; aA die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung etwa: OVG Lüneburg, VGH Kassel, OVG Münster)

### **Praxistipp:**

Der Rechtsanwalt sollte bei bestehender Ausreisepflicht Erklärung für den Mandanten gegenüber der ABH abgeben, dass Bereitschaft zur Erfüllung der gesetzlichen Mitwirkungspflicht besteht und um Mitteilung bitten, was die ABH außer den üblichen Botschaftsvorsprachen vom Betroffenen erwartet. Dieses Vorgehen kann schützen vor Zwangsmaßnahmen der Behörde, bedarf aber der Überzeugungsbildung beim Mandanten.

### **§ 96 AufenthG, Schleusertatbestände**



*„Durch § 96 AufenthG werden sonst nur nach den allgemeinen Regeln strafbare Beihilfehandlungen zu selbständigen, in Täterschaft begangenen Straftaten heraufgestuft. Als täterschaftliches Handeln kommen deshalb alle Handlungen in Betracht, die nach § 27 StGB ... als Beihilfe zur Bezugstat erfasst werden. Geht es um die Unterstützung der unerlaubten Einreise, fällt damit jede Handlung unter § 96 AufenthG, die den unerlaubten Grenzübertritt eines Ausländers objektiv fördert“ (BGH 4 StR 144/12 = InfAuslR 2012, 447; BGH NStZ 2007, 289; GK AufenthG-Mosbacher § 96 Rn. 1).*

Täter der Schleusertatbestände kann jeder sein, also auch deutsche und EU-Ausländer. Im Kern muss auf die Willensbildung des Ausländers eingewirkt werden, unerlaubt in das Bundesgebiet einzureisen oder sich dort aufzuhalten. Anstiftung kann daher zu verneinen sein, wenn der Ausländer schon unter allen Umständen zur unerlaubten Einreise entschlossen ist, es der Einwirkung auf seinen Willen also nicht mehr bedarf und die Handlung des vermeintlichen Anstifters deshalb nicht mitursächlich geworden ist für die Haupttat. Es kommt allerdings Versuchsstrafbarkeit in Betracht.

Wesentlich niedrigerer liegen die Hürden bei der Beihilfe. Es reicht, wenn die Haupttat erleichtert oder gefördert wird. Allerdings muss sich auch insoweit feststellen lassen, dass die Beihilfehandlung Einfluss hatte auf den Willen des Ausländers etwa zur Fortsetzung des illegalen Aufenthalts (**HK-Ausländerrecht / Wingerter § 96 AufenthG Rn. 4; umfassend: GK-AufenthG / Mosbacher § 96 Rn. 6 ff.**). So hat der BGH die Zurverfügungstellung von Wohnraum dann als straflos angesehen, wenn der Ausländer zum illegalen Aufenthalt fest entschlossen war und es dem Gehilfen darum ging, eine menschenwürdige Unterbringung zu gewährleisten (**BGH NJW 1990, 2207**). Gleiches wird zu gelten haben für alltägliche Hilfen. Jedenfalls aber ist hier viel Raum für Einzelfallkasuistik.

Der Gehilfe muss Kenntnis von der Haupttat haben und diese unterstützen wollen. Zweck des Handels des Gehilfen muss final die Förderung des illegalen Aufenthalts

sein. Das kann anders sein etwa bei der Beschäftigung eines sich illegal aufhältlichen Ausländers, wenn es dem Arbeitgeber nur darum geht, billige Arbeitskräfte zu rekrutieren (**OLG Zweibrücken MDR 1992, 894**).

Da sich Beihilfeformen häufig aus beruflichen Zusammenhängen ergeben (Taxifahrer, Rechtsanwälte, Ärzte, Hoteliers) wird in Literatur und Rechtsprechung Bezug genommen auf die Rechtsprechung des BGH zu den „berufstypischen neutralen Handlungen“, die im Wesentlichen im Steuerstrafrecht entwickelt wurde. Der BGH fasst das so zusammen:

*„Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag in jedem Fall als strafbare Beihilfehandlung zu werten. Denn unter diesen Voraussetzungen verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als Solidarisierung mit dem Täter zu deuten. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen.“* (**BGH NJW 2003, 2999**).

## II. allgemeines materielles Strafrecht und ausländische Täter

### **Mittelbare Falschbeurkundung, § 271 StGB**

Bei Duldung, AE, Aufenthaltsgestattung handelt es sich um öffentliche Urkunden. Erforderlich ist aber erhöhte Beweiskraft, § 415 ZPO („öffentliche Urkunde muss bestimmt sein, hinsichtlich der Erklärung, Verhandlung oder Tatsache Beweis zu erbringen“, **Schönke-Schröder § 271 Rn. 20**). Beweiseignung fehlt jedenfalls bei Zusatz „Personalien beruhen auf Angaben des Antragstellers“, **BGHSt 54, 144; BGH StV 2010, 247, weitergehend: OLG Karlsruhe, StV 2009, 133; OLG Brandenburg StV 2009, StV 2009, 135; OLG Hamm StV 2009, 350**.

Kein öffentl. Glaube besteht hinsichtlich der Personalien in Bescheid des BAMF  
**(OLG Bamberg, 2 Ss 99/2013 = NStZ-RR 2014, 142)**

Konkurrenzen: § 271 StGB wird konsumiert durch § 95 II Nr. 2 AufenthG, **BGH StV 2010, 247; krit.: Mosbacher NStZ 2010, 457.**

### **Urkundenfälschung**

Das Gebrauchmachen von falschen Urkunden kommt häufig vor in Fällen, in denen vor allem anerkannte Flüchtlinge Dokumente aus dem Herkunftsstaat benötigen etwa zum Zwecke der Einbürgerung und diese Dokumente über Mittelsmänner besorgt werden (Fälschungsquote etwa bei Irak wird geschätzt auf 90%). Hier liegt häufig Tatbestandsirrtum des Beschuldigten vor, der sich dahin einlässt, von Deutschland aus Verwandte oder Anwälte beauftragt zu haben, bei den örtlichen Behörden die Ausstellung etwa von Geburtsurkunden oder Staatsangehörigkeitsnachweisen zu beantragen.

### **Praxistipp:**

Im ausländer- oder einbürgerungsrechtlichen Verfahren sollte der Anwalt schriftsätzlich vortragen, dass der Mandant keine Aussage zur Echtheit der Papiere treffen könne; es werde daher eine Echtheitsprüfung angeregt. Damit lässt sich später im Ermittlungsverfahren der TB-Irrtum glaubhaft machen.

**Betrug bei Sozialleistungsbezug aufgrund verhinderter Abschiebung, § 263 StGB:**

Kein Betrug ist gegeben bei Bezug von Sozialleistungen aufgrund erschlichener Duldung oder Aufenthaltsgestattung: SozialR folgt AuslR. Besitz der Duldung oder der Aufenthaltsgestattung ist alleinige Anspruchsvoraussetzung nach dem AsylbLG. Es besteht keine Prüfpflicht der Sozialbehörde, ob Duldung zu Recht besteht, daher keine Irrtumserregung möglich (**BGH 5 StR 276/97 vom 10.7.1997**, ebenso zur Rücknahme des Leistungsbescheides: **OVG Lüneburg, 4 LB 577/07 vom 1.11.2007**).

Es dürfte des Weiteren am Schaden fehlen: Es ist kein Nachweis möglich, dass bei Offenbarung der Identität Leistungsbezug kürzer gewesen wäre (Abschiebung also tatsächlich zu einem früheren Zeitpunkt erfolgt wäre).

### Tötungsdelikte

Die Rechtsprechung des BGH zur Frage der niedrigen Beweggründe bei Ehrenmorden ist über die Tötungsdelikte hinaus von Interesse, weil sie auch für die Bewertung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen im Allgemeinen Auslegungshilfe gibt.

Im Ansatz macht der BGH jedem Versuch, die sozio-kulturelle Prägung des Täters zum Mittelpunkt der Beurteilung der Strafbarkeit zu machen, den Garaus:

*„Der Maßstab für die Bewertung der niederen Beweggründe ist den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt“* (BGH, NStZ 2006, 284).

Die Frage, ob verletzte Ehre, ob außereheliche Beziehungen einer Frau, ob verweigerte Zwangsverheiratung einen Tötungsgrund abgeben, der nicht sittlich auf der niedrigsten Stufe steht, lässt sich anhand der herausragenden Bedeutung der

Menschenwürde, des Persönlichkeitsrechts des Art. 2 II GG, des Gleichbehandlungsgebots und der Diskriminierungsverbote des Art.3 GG beantworten. *„Die Verortung abweichender Wertvorstellungen kann daher nur Gegenstand der subjektiven Beweggrundkomponente sein“* (**Schönke-Schröder / Eser, StGB § 211 Rn.19a**). Demgemäß lässt es die Rechtsprechung im Einzelfall durchaus zu, das Mordmerkmal der niederen Beweggründe zu verneinen, wenn der Täter subjektiv von einer Vorstellungswelt geprägt und durchdrungen ist, in der abweichende Ehrbegriffe gelten. Das setzt aber zweierlei voraus:

- Die Wertvorstellungen, auf die der Täter sich beruft, müssen in dem Kulturkreis, dem er angehört, tatsächlich prägend sein;
- der Täter hatte nicht hinreichend Gelegenheit, sich mit den Wertvorstellungen der deutschen Rechtsordnung vertraut zu machen

**vgl. Fischer, StGB § 211 Rn. 29a ff.; Schönke-Schröder / Eser / Sternberg-Lieben StGB § 211 Rn. 19a**

Die Berufung des Angeklagten auf abweichende Wertvorstellungen scheitert häufig bereits auf der ersten Stufe: Ehrenmorde und Blutrache sind etwa in der Türkei und in Albanien ebenso strafbar wie bei uns; in der Türkei stellen die Merkmale der Blutrache sogar strafschärfende Qualifikationsmerkmale dar (**Rumpf, Einführung in das türkische Recht, S.416**, weitere Nachweise bei **Fischer, StGB § 211, Rn.29a**). Rumpf nennt diesen Befund „interessant“, weil deutsche Gerichte dazu neigten, den in der Blutfehde zum Ausdruck kommenden sozialen Zwang strafmildernd zu berücksichtigen. Die Strafverschärfung bei Ehrenmord in der Türkei ist nicht nur auf die dort geltende Trennung von Staat und Religion zurückzuführen, sondern hängt auch und gerade mit der Auslegung des Koran zusammen: Der Verlust der Ehre der Frau durch sexuelles Fehlverhalten ist einerseits unwiederbringlich; andererseits entspringt dieser sexualbezogene Ehrbegriff nicht dem Koran. Der Koran, der allgemein von der Gleichberechtigung von Mann und Frau ausgeht, räumt nur dem Mann ein uneingeschränktes Recht auf Sexualität ein; Gehorsamsverstöße der Frau dürfen durch Züchtigung geahndet werden; die westliche Islamforschung kommt zu dem Schluss, dass der Koran keine Quelle für ein Tötungsrecht oder gar eine Tötungspflicht bei Ehrverlust der Frau ist (**Kühn: Die Instrumentalisierung von**

**Kultur vor deutschen Gerichten, S. 42 ff. mwN).** Der Ehrenmord wird vielmehr als „vor-islamisches Phänomen“ (Kühn, aaO S.43) angesehen.

Die zweite Ebene, nämlich die Möglichkeit, sich mit der hiesigen Rechtsordnung zu befassen, erinnert an die Dogmatik zur Vermeidbarkeit beim Verbotsirrtum. Hier wird eine integrationsfeindliche Haltung des Täters ihn nicht entlasten können; es ist vielmehr anhand der Umstände des Falles zu ermitteln, ob der Täter die Gelegenheit hatte, sich in die Gesellschaft einzufinden. Hinweise darauf gibt nicht nur die Aufenthaltsdauer sondern etwa auch § 44a AufenthG iVm der IntegrationskursVO: Wer Angebote zur Integration ausschlägt, kann sich nicht mit deren Fehlschlagen rechtfertigen.

### **Strafzumessungsgesichtspunkte**

Die vom BGH zum Mordmerkmal der niederen Beweggründe skizzierten Linien werden allgemein im Strafzumessungsrecht fruchtbar gemacht. Sind sozio-ethnische Hintergründe im Einzelfall nicht geeignet, einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund abzugeben (Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums), so hat eine erneute Prüfung dieser Bedingungen stattzufinden bei der Bemessung der Strafe; hier ist in der Regel von strafmildernden Umständen auszugehen, weil § 46 II StGB die Beweggründe und Ziele des Täters sowie die Gesinnung, die aus der Tat spricht, ausdrücklich als abwägungsrelevant benennt und der sozio-ethnisch geprägte Täter subjektiv ehrenhaft handelt.

### **Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe**

Die sozio-kulturelle Prägung wirft in Verfahren mit ausländischen Beschuldigten oder Zeugen vielfach Fragen auf, die im Bereich der Rechtfertigungs- und

Entschuldigungsgründe angesiedelt ist. Die Subsumtion festgestellter Sachverhalte unter den objektiven Tatbestand einer Strafnorm macht häufig keine großen Schwierigkeiten, sei dies die Beschneidung von Kindern, sei es die unterlassene Hilfeleistung beim fehlenden Notruf trotz lebensbedrohlicher Erkrankung des Ehegatten. Wie aber ist die Strafbarkeit zu bewerten, wenn der Täter sich auf Wertvorstellungen seines Kulturkreises oder auf seine Religionsfreiheit aus Art.4 GG beruft oder darauf, nicht gewusst zu haben, dass ein in seinem Herkunftsland sozialadäquates Verhalten in Deutschland strafbar ist?

### **Religionsfreiheit, praktische Konkordanz von Grundrechten und Verbotsirrtum**

Ein Verbotsirrtum lässt nach § 17 StGB nur dann die Schuld entfallen, wenn er nicht vermeidbar war. Das Ergebnis einer solchen Prüfung hängt entscheidend von den individuellen Vorstellungen und Einsichtsmöglichkeiten ab. Prägend wirken sich hierbei insbesondere die Sozialisationserfahrungen des Täters aus (ausführlich: **Laubenthal/Baier: Durch die Ausländereigenschaft begründete Verbotsirrtümer, GA 2000, 205, 206f.**)

Der Täter darf für die Anwendung des § 17 Satz 1 StGB nicht wissen, dass sein Handeln „Unrecht“ darstellt, also nicht mit den Normen der Rechtsordnung korrespondiert. Damit stehen das Bewusstsein der Amoralität oder des sittlich Angreifbaren einer Straffreiheit des Täters nicht entgegen (**h.M., etwa BGHSt 2, 194, 196, 202**).

Der entscheidende Zeitpunkt für die Unrechtskenntnis ist derjenige „bei Begehung der Tat“. § 8 StGB definiert ihn legal. Danach kommt es nicht auf den Erfolgseintritt an, sondern auf die Vornahme der tatbestandsverwirklichenden Handlung bzw. beim Unterlassungsdelikt auf die Periode, in der sich die Handlungspflicht des Täters aktualisiert. Eine spätere Verfeinerung des Unrechtsbewusstseins kann somit eine Strafbarkeit nur für neue oder zumindest (bei Dauerdelikten) noch andauernde Rechtsverstöße begründen. Gerade im Hinblick auf ausländische Täter bedarf dies der Beachtung. Durch Intensivierung des Kontaktes mit der fremden Rechtsordnung – sei es durch fortschreitende Integration infolge langen Aufenthalts, sei es durch zunehmende Erfahrung bspw. bei Ausbau geschäftlicher Beziehungen – ist ein Wandel des Unrechtsbewusstseins in gesteigertem Maße denkbar. Hiervon getrennt

zu behandeln bleibt die Frage nach einer Pflicht, sich bei Kontakt mit einer neuen Rechtsordnung mit dieser Vertraut zu machen. Dieser Aspekt erlangt Bedeutung im Hinblick auf die **Vermeidbarkeit** des Verbotsirrtums, ändert aber nichts am Fehlen des Unrechtsbewusstseins.

Der **BGH (NJW 1999, 2908/2909, dazu Börger, NStZ 2000, 31, 32.)** hob auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin einen auf § 17 StGB gestützten Freispruch in einem Verfahren wegen Strafvereitelung gegen zwei Fluchthelfer des wegen Betrugs und anderer Delikte rechtskräftig verurteilten Immobilienunternehmers Schneider auf mit der Begründung, den Angeklagten sei bewusst gewesen, mit ihrem Handeln die deutsche Strafrechtspflege zu beeinträchtigen, zumal es in der Schweiz einen vergleichbaren Tatbestand gebe. Bei den Beschuldigten handelte es sich um einen in der Schweiz ansässigen gebürtigen Ägypter und seine schweizerische Ehefrau. Dort eingeholter Rechtsrat bezog sich nur auf die Irrelevanz des Vorgehens nach schweizerischem Strafrecht.

Die Debatte um den Einfluss von Wertvorstellungen anderer als mitteleuropäischer Kulturkreise auf das Strafrecht wurde jüngst befeuert durch die Entscheidungen des AG und des LG Köln zur Beschneidung männlicher Kinder.

Im Rahmen der Beschneidung minderjähriger Jungen aufgrund elterlicher Einwilligung widerstreiten diverse grundrechtlich relevante Rechtspositionen:

Das Verbot der Körperverletzung der §§ 223, 224 StGB als Ausdruck des konkretisierten Grundrechtsschutzes des Kindes auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 Var. 2 GG und Art. 2 I i.V.m. dem Recht auf Wahrung der Persönlichkeit aus Art. 1 I GG, kollidieren mit dem elterlichen Erziehungsrecht gem. §§ 1626, 1629 BGB als Ausfluss des Art. 6 II GG, dem Recht der Eltern auf religiöse Kindererziehung gem. Art. 4 I i.V.m. Art. 6 II 1 GG und deren Religions- bzw. Religionsausübungsfreiheit aus Art. 4 I, II GG. Die Religionsausübungsfreiheit wird auch auf Seiten der Minderjährigen tangiert, jedenfalls ab Vollendung ihres 14. Lebensjahres.

Das Grundrecht des Art.4 ist schrankenlos gewährt, d.h. es enthält keinen Gesetzesvorbehalt für einen Grundrechtseingriff. Eine Beschränkung ergibt sich durch kollidierende Grundrechte Anderer. Das BVerfG löst diesen Konflikt von jeher



durch das Institut der praktischen Konkordanz. Die betroffenen Grundrechte müssen nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls nach Möglichkeit zum Ausgleich gebracht werden; ist ein solcher Ausgleich nicht zu erzielen, so ist unter Berücksichtigung der besonderen Umstände zu entscheiden, welches Interesse zurück zu treten hat (**BVerfGE 35, 202; E 93,1**).

Einen unbedingten Vorrang der Religionsfreiheit gibt es daher nicht. Art.4 GG ist allerdings Ausgangspunkt des – tatsächlichen oder vermeintlichen (instruktiv hierzu: **Jerouschek: Beschneidung und das deutsche Recht, NStZ 2008, 313**) – Beschneidungsgebots. Insoweit ist das Schächturteil des BVerfGs beachtlich, in welchem das BVerfG es nicht für erforderlich erachtet hat, dass das Glaubensgebot von *allen* Angehörigen der Glaubensgemeinschaft für verbindlich erachtet wird (**BVerfGE, 104, 337, 355.**). Abgeleitet bedeutet dies, dass es genügt, dass jeweils eine Glaubensströmung, der der Täter angehört, innerhalb des Judentums oder des Islam die Säuglings- oder Knabenbeschneidung für religiös zwingend geboten hält.

Dass die bloße Berufung auf die Religionsfreiheit nicht schon zur Rechtfertigung der Körperverletzung des zu beschneidenden Kindes ausreicht, zeigt ein Blick auf die Rechtsprechung zum Spannungsverhältnis der Religionsfreiheit zu konkurrierenden Grundrechten in anderen Bereichen. Man denke nur an aus religiösen Gründen unterlassene Hilfeleistungen bis hin zu unterbliebenen lebensrettenden Operationen (**Sachs/Kokett, GG, 4. Aufl., Art.4 Rn.66; OLG Celle Beschl. V. 21.2.1994 – 17W 8/94.**), an Verletzungen der allgemeinen Schulpflicht (**Sachs/Kokett, GG, 4. Aufl., Art.4 Rn.63.**) oder das Tragen bekenntnisträchtiger Kleider wie des Kopftuches durch Lehrerinnen (**Dreier/Morlok GG, 2. Aufl., Art. 4, Rn 72.**) im Unterricht. Ein unumschränkter Vorrang für die Religionsfreiheit, gerade mit Blick auf „die hervorragende Wertung, die das menschliche Leben im Grundgesetz erhalten habe“ (**Konrad Händel Anm. zum Beschluss des BVerfG v. 19.10.1971 – 1 BvR 387/65, NJW 1972, 327.**) drohe kaum mehr vermittelbare Verwerfungen zu zeitigen: „Es lassen sich religiöse Gemeinschaften vorstellen, zu deren Riten die Verstümmelung oder die Tötung von Menschen gehört. Es ist schwer vorstellbar, dass auch hier das Grundrecht der Glaubensfreiheit und der Religionsfreiheit den Vorrang haben soll“ (**Händel, ebenda**)

Das LG Köln hatte über eine Berufung der Staatsanwaltschaft gegen ein freisprechendes Urteil des Amtsgerichts zu entscheiden. Nach den Feststellungen der kleinen Strafkammer führte der angeklagte Arzt mittels eines Skalpells eine Beschneidung aus religiösen Gründen auf Wunsch der Eltern an einem vierjährigen Jungen durch, ohne dass hierfür eine medizinische Indikation vorlag. Die Operation wurde fachlich einwandfrei durchgeführt. Jedenfalls in Mitteleuropa besteht keine Notwendigkeit, Beschneidungen vorbeugend zur Gesundheitsvorsorge vorzunehmen. Das Landgericht hat die Berufung der Staatsanwaltschaft verworfen:

Das Verhalten des Angeklagten habe zwar den Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfüllt. Eine gefährliche Körperverletzung liege hingegen nicht vor, da das Skalpell, welches bestimmungsgemäß durch einen Arzt verwendet werde, kein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB sei.

Eine Körperverletzung scheidet nicht schon wegen Sozialadäquanz des Verhaltens tatbestandlich aus. Der Sozialadäquanz komme neben dem Erfordernis tatbestandsspezifischer Verhaltensmissbilligung keine selbstständige Bedeutung zu. Ihr komme nicht die Funktion zu, ein vorhandenes Missbilligungsurteil aufzuheben.

Der Angeklagte sei auch nicht durch Einwilligung gerechtfertigt. Eine Einwilligung des Kindes habe nicht vorgelegen und hätte mangels Verstandesreife eines Vierjährigen auch nicht wirksam erteilt werden können. Die Einwilligung der Eltern sei nicht geeignet gewesen, das Verhalten des Arztes zu rechtfertigen. Nach § 1627 Satz 1 BGB seien vom elterlichen Sorgerecht nur solche Erziehungsmaßnahmen gedeckt, die dem Wohle des Kindes dienen. Die Beschneidung eines nicht einwilligungsfähigen Knaben diene weder unter dem Blickwinkel der Vermeidung einer Ausgrenzung innerhalb des jeweiligen religiösen oder gesellschaftlichen Umfeldes noch unter dem des elterlichen Erziehungsrechtes dem Wohl des Kindes. Die Grundrechte der Eltern aus Art. 4 Abs. 1, 6 Abs. 2 GG seien ihrerseits durch das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 und 2 Satz 1 GG begrenzt.

Bei der Abwägung der betroffenen Grundrechte sei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Die in der Beschneidung zur religiösen Erziehung liegende Körperverletzung sei jedenfalls unter Berücksichtigung der Wertung aus § 1631 Abs. 2 BGB unangemessen, da der Körper des Kindes

dauerhaft und irreparabel verändert werde. Das laufe dem Interesse des Kindes, später selbst über seine Religionszugehörigkeit entscheiden zu können, zuwider. Demgegenüber werde das Erziehungsrecht der Eltern nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie abwarten müssen, ob ihr Sohn sich später bei entsprechender Mündigkeit selbst für die Beschneidung als Zeichen seiner Religionszugehörigkeit entscheide.

Die Strafkammer billigte dem Angeklagten jedoch einen **unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB** zu. Er sei davon ausgegangen, dass sein Handeln rechtmäßig sei. Sein Irrtum sei, auch wenn er sich nicht nach der Rechtslage erkundigt habe, unvermeidbar gewesen. Die Einholung rechtskundigen Rates hätte keine Klarheit ergeben, da die Frage der Rechtmäßigkeit von Knabenbeschneidungen aufgrund Einwilligung der Eltern in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet worden sei (**LG Köln NJW 2012, 2128**).

Der Gesetzgeber hat das Problem durch die Einfügung eines § 1631d BGB dahin gelöst, dass die Personensorge die Einwilligung in die Beschneidung umfasse, soweit nicht das Kindeswohl gefährdet werde. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Rechtswidrigkeit, nicht schon die Tatbestandlichkeit der Körperverletzung entfallen, (**Rixen, NJW 2013, 257, 261**). Die einzelfallbezogene Einschränkung einer unwirksamen Einwilligung bei Kindeswohlgefährdung bedeutet eine gesetzgeberische Festlegung, dass die Beschneidung im Allgemeinen keine Kindeswohlgefährdung darstellt. Das ist mit Erkenntnissen der Medizin (etwa zum Schmerzempfinden) und Psychotraumatologie kaum in Übereinstimmung zu bringen (vgl. **Jerouschek, aaO, 316**) und nur vor dem Hintergrund erklärbar, dass ein erklärter Nachrang der Religionsfreiheit bei der Beschneidung auf den eigenen Anspruch, mittels Religionsfreiheit die Trennung von Staat und Kirche zu durchbrechen, zurückschlagen könnte.

In einigen weniger spektakulären Fällen haben Gerichte den unvermeidbaren Verbotsirrtum fruchtbar gemacht:

So verbrachten zwei türkische Angeschuldigte, von denen einer erst seit höchstens zwei Jahren in Deutschland lebte, dessen Ehefrau, die nach der Hochzeit die eheliche Lebensgemeinschaft nicht aufgenommen hatte, gegen deren Willen und

unter Gewaltanwendung in die Wohnung eines Freundes. Nach deutschem Recht liegt damit eine Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) vor. Der Amtsrichter billigte den Beschuldigten jedoch unter Darlegung der das Vorgehen deckenden türkischen Rechtslage einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu. „Durften die Angeschuldigten ihre Tat hiernach aus türkischen Rechtsvorstellungen heraus für erlaubt halten, kann ihnen auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie hätten den Verbotsirrtum durch entsprechende Erkundigungen vermeiden können (§ 17 S.2 StGB) Sie stammen aus ländlicher Gegend und sind offenbar einfach strukturiert. Auch ist bekannt, dass der Angeschuldigte erst seit 1980 (ca. 2 Jahren) in Deutschland lebt.“ **(AG Grevenbroich NJW 1983, 528f.)**. Zum gleichen Ergebnis führte auch das Verfahren gegen einen Pakistani, Anhänger einer islamischen Sekte, mit ähnlich kurzer Aufenthaltsdauer. Dieser leistete seiner spärlich bekleideten volltrunkenen Nachbarin, die von einem Dritten schwer (und mit letztendlich tödlichen Folgen) misshandelt worden war, keine Hilfe (§ 323c StGB). Das erkennende Landgericht **(LG Mannheim NJW 1990, 2212, 2213.)** begründete sein Ergebnis – unter Hinzuziehung eines Gutachtens des Max-Planck-Instituts für ausländisches Strafrecht Freiburg i. Br. - mit dem Fehlen eines vergleichbaren Tatbestandes im pakistanischen Strafgesetz bzw. der Fremdheit des zugrundeliegenden Nothilfegebots im Islam. Daher handelte der Angeklagte zur Tatzeit in einem – unvermeidbaren – Verbotsirrtum. Weiterhin befand das Gericht, dass dem Angeklagten eine Hilfeleistung hier auch nicht zumutbar war. *„Die Zumutbarkeit i.S.d. § 323c StGB richtet sich nämlich nach „dem allgemeinen Sittengesetz“, d.h. nach den allgemeinen sittlichen Maßstäben (st. Rspr., s. BGHSt 11 135f. = NJW 1958, 390 m. w. Nachw.)*. Das bedeutet, dass außer Lebenserfahrung und Vorbildung auch Persönlichkeit und Herkunft des Täters zu berücksichtigen sind. Insofern dürfen auch die Besonderheiten, die sich aus der Zugehörigkeit zu einem anderen Kulturkreis, insbesondere zu einer anderen Religion oder Weltanschauung, ergeben, nicht außer Acht gelassen werden. Allein schon die erklärte Zugehörigkeit des Angeklagten zum Islam, in dessen Bereich gerade in den hier entscheidungserheblichen Fragen völlig andere sittlich-religiöse Anschauungen herrschen als im abendländischen Kulturkreis, gebietet im vorliegenden Fall, die einschlägige Religions- und Volkskunde heranzuziehen. Dabei ist wie ebenfalls bekannt, vom Koran als der obersten Richtschnur für das ganze Volksleben auszugehen, sowohl in religiös sittlicher als auch in rechtlicher und politischer

*Hinsicht. Da allerdings der Text des Koran, abgesehen von unsicherer Überlieferung, häufig widersprüchlich erscheint, ist für den Gläubigen letztlich die Auslegung maßgeblich, die ihm durch die lokale Geistlichkeit mündlich vermittelt wird.“ (LG Mannheim NJW 1990, 2212, 2213.)*

### III. **Verfahrensrechtliche Besonderheiten**

#### **Art. 6 IIIa EMRK, § 187 GVG: Dolmetscher- und Übersetzerbeziehung**

In Aufgriffsfällen bei illegaler Einreise von Ausländern wird regelmäßig ein **Zustellungsbevollmächtigter** bestellt. Dies ist zumeist ein Polizeibeamter, wobei den Betroffenen Formulare zur Unterschrift vorgelegt werden, mit denen die Bestellung betrieben wird. Vorsicht Falle! Der Verteidiger muss umgehend die Vollmacht widerrufen und sich ggfs. nach dem Eingang von Schriftstücken beim Bevollmächtigten erkundigen. Da die Betroffenen nie auf die Idee kommen (können), der Polizeidienststelle ihre neue Adresse mitzuteilen, werden Strafbefehle rechtskräftig, weil der Zustellungsbevollmächtigte sie nicht weiterleiten kann (die Vollmacht erstreckt sich bewußt nicht auf die Einlegung von Rechtsmitteln).

Bei Strafbefehlsverfahren muss Wiedereinsetzungsantrag gestellt und zugleich Einspruch eingelegt werden, wenn nicht zweifelsfrei feststeht, dass die Zustellungsvollmacht übersetzt wurde und dem Mandanten deren Bedeutung klar war. Ist Beschuldigter sprachunkundig gilt gemäß Art. 6 III EMRK iVm § 187 II GVG, dass der Strafbefehl in muttersprachlicher Übersetzung zuzustellen ist (auch an Zustellungsbevollmächtigten).

§ 37 III StPO gilt wohl - neue Vorschrift - auch im Strafbefehlsverfahren. Folge: Die Einspruchsfrist läuft nicht bei Zustellung des Strafbefehls ohne Übersetzung (dazu ausführlich und überzeugend: **LG Stuttgart, StraFo 2014, 290**)! Einspruch ist

zulässig, weil schon vor Zustellung möglich; Wiedereinsetzungsantrag ist nach dieser Ansicht nicht erforderlich mangels versäumter Frist.

Art. 6 Abs. 3a EMRK iVm § 187 II GVG: Übersetzung der Anklageschrift ist zwingend. Keine Heilung durch Übersetzung in HV, stattdessen Anspruch auf Pflichtverteidiger (**OLG Karlsruhe StV 2002, 299**, hM in der Kommentarliteratur, vgl. nur **Meyer-Goßner / Schmitt § 140 Rn. 30a; Satzger / Schluckebier / Widmaier, § 140 Rn. 49**).

Pflichtverteidigerbestellung soll gemäß § 140 II StPO auch erfolgen, wenn nicht nur Sprach- sondern auch Kulturbarriere besteht für Verständnis des Sach- und Verfahrensrechts (vgl. **Satzger pp. aaO Rn. 50 mwN**; umfangreiche Rechtsprechung zu diesem Thema).

§ 187 GVG: Dolmetscher ist immer für Sprachunkundigen beizuziehen; Dolmetscher kann nach Ermessen bei beschränkt Sprachkundigen (Abhängigkeit auch von angeklagtem Delikt, etwa Wirtschaftsstrafkammer) bestellt werden.

### **Praxistipp:**

Aus der ausländerrechtlichen Situation können sich Rückschlüsse auf die Sprachkundigkeit des Angeklagten ergeben. So erfordert die AE gemäß § 30 AufenthG Kenntnisse des Niveaus A 1 des Europäischen Referenzrahmens für Sprachen, die Niederlassungserlaubnis und die Einbürgerung Kenntnisse des Niveaus B 1. Anhand der Definitionskriterien des B1-Niveaus lässt sich argumentieren, dass der Angeklagte den sprachlich-rechtlichen Schwierigkeiten eines Wirtschaftsstrafverfahrens (Urkundenverlesung) nicht gewachsen ist.

Dolmetscherbeiziehung im Ermittlungsverfahren ist jedenfalls bei U-Haft zur Mittlung des Verkehrs zum Verteidiger erforderlich. Achtung: Praxis etwa in NRW: Der

Verteidiger – auch der Pflichtverteidiger - muss die Rechnung des Dolmetschers vorschließen, es erfolgt keine unmittelbare Abrechnung des Dolmetschers mit der Staatskasse.

§ 249 II StPO: Selbstleseverfahren ist nicht ausgeschlossen bei Analphabeten und Sprachunkundigen (Kurios: Laut BGH soll Verteidiger Vorlesen für Analphabeten übernehmen, **BGH NStZ 2011, 300**, ob der BGH das übertragen würde auf Verteidiger, der die Muttersprache des sprachunkundigen Beschuldigten spricht?); der Dolmetscheranspruch gilt für das gesamte Selbstleseverfahren. Angeklagter muss keine Kenntnis von Dokumenten nehmen, hat aber Recht darauf.

Die Wahl eines geeigneten Dolmetschers kann für den Angeklagten den Ausgang des Verfahrens erheblich beeinflussen. Die Auswahl trifft das Gericht. Der Verteidiger sollte im Zweifelsfall Feststellungen treffen (lassen) zu folgenden Kriterien:

- Ist der Dolmetscher allgemein vereidigt (von Amts wegen immer zu ermitteln)? wenn nicht:
- dolmetscht er berufsmäßig oder gelegentlich,
- für welche Auftraggeber,
- in welchem Umfang?
- Besteht die Tätigkeit vorwiegend in schriftlichen Übersetzungen oder im mündlichen Dolmetschen?

Hat der Dolmetscher Erfahrung in der gegenständlichen Verfahrensart (Beispiel: Polizei zieht Ehefrau eines Beamten bei, weil die aus demselben Land kommt wie Beschuldigter)? Fachvokabular (Beispiele aus eigener Praxis: *militant du parti* (französisch) als bewaffneter Kämpfer statt Aktivist; *arkadasim vuruldu* (türkisch): Freund wurde erschossen, wird aber später als lebend geschildert, weil vuruldu auch heißen kann, es wurde *auf ihn geschossen*; fehlende Artikel männlich / weiblich in der türkischen Sprache, handelnde Person nur aus dem Kontext zu erschließen).

Herkunft Dolmetscher / Angeklagter (Sozio-kulturelle Verständigung, etwa PKK-Anklage / Dolmetscher Türke; Regionaldialekte und regional unterschiedliches Wortverständnis; dazu instruktiv: **Wurzel, Probleme beim Dolmetschen der kurdischen Sprache, InfAusIR 1998, 306**). Sprachliche Herkunft (Dialekt, Klangfarbe. Oft schwierig bei Afrika oder China).

Vereidigung des Dolmetschers oder Berufung auf allg. Eid ist wesentliche Förmlichkeit, deren Einhaltung nur durch Protokoll gemäß § 274 StPO bewiesen werden kann. Fehlende Vereidigung kann Revision begründen (**BGH 4 StR 273/13 = NStZ 2014, 356**); ob Urteil auf dem Verstoß beruht, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln (**BGH 4 StR 441/13 = NStZ 2014, 228**).

### **Recht der Untersuchungshaft**

§ 112 StPO: Fluchtgefahr. Keine Anknüpfung an „Ausländereigenschaft“ als solche; Erforderlich sind Feststellungen zur Verwurzelung in Deutschland einerseits und im Herkunftsland andererseits. Hierher gehören nicht nur die Aufenthaltsdauer und die konkreten Lebensumstände sondern unter Umständen auch eine Prognose der ausländerrechtlichen Folgen einer möglichen Verurteilung. Bestehen etwa besonderer Ausweisungsschutz nach § 56 AufenthG oder Ausweisungseinschränkungen nach EU-Recht oder Art. 14 ARB EG-Türkei 1/80 lässt sich die häufig rechtsfehlerhafte Annahme der Staatsanwaltschaften, der Beschuldigte müsse mit Ausweisung und Abschiebung rechnen und werde schon deswegen untertauchen, widerlegen.

Eine Asylanererkennung steht wegen der vom BAMF prognostizierten Verfolgungsgefahr im Herkunftsland regelmäßig der Annahme einer Flucht ins Heimatland entgegen.



Für Unionsbürger gilt, dass allein der Wohnsitz in einem anderen EU-Mitgliedsstaat die Fluchtgefahr nicht begründen kann, da dies gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot verstieße (**Meyer-Gossner / Schmitt StPO § 112 Rn. 20a; Gercke StV 2004, 675; Püschel StraFo 2009, 136; teilweise aA: KK-Graf, StPO § 112 Rn. 22**) und die deutsche Justiz wegen der Regelungen über den Europäischen Haftbefehl nicht ineffektiv ist. Nach Auffassung von *Meyer-Gossner / Schmitt* soll wegen der größeren Effizienz der Durchsetzung des Strafverfolgungsanspruchs in Deutschland als im EU-Ausland der Wohnsitz in einem anderen EU-Staat aber als *ein* Anhaltspunkt für Fluchtgefahr gewertet werden dürfen. Mit dem Kern und Wesen der Unionsbürgerschaft dürfte das kaum in Übereinstimmung stehen. Auch widerspricht diese Auffassung der europäischen Rechtsentwicklung, da der EuGH wiederholt darauf hingewiesen hat, dass ein auf dem Rahmenbeschluss 2009/299/JI beruhender Europäischer Haftbefehl nur ausnahmsweise nicht vollstreckt werden darf. Der EuGH betont das Ziel, „*die justizielle Zusammenarbeit zu erleichtern und zu beschleunigen, um zur Verwirklichung des der Union gesteckten Ziels beizutragen, zu einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu werden*“ (**EuGH NJW 2013, 1145; EuGH NJW 2013, 141**).

Die Unionsbürgerschaft wird begründet durch die Inanspruchnahme eines Freizügigkeitsrechts. Es muss also ein länderübergreifender Sachverhalt vorliegen. Im Fall der Rückwanderung ins EU-Herkunftsland gehen die Rechte aus der Freizügigkeitsrichtlinie nicht verloren. Die Freizügigkeitsrichtlinie öffnet den Unionsbürgern das gesamte Unionsgebiet als Ort der Niederlassung. Die Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts kann einem Unionsbürger nicht zum Vorwurf gereichen, zumal mit der Ausweitung der Freizügigkeit der Ausbau des europäischen Systems der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit einherging.

### **Beurteilung der Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit von Zeugen und Angeklagten und deren Angaben**

Gemäß § 261 StPO entscheidet das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpften Überzeugung. Seit jeher geht der BGH davon aus, dass der Tatrichter sich

grundsätzlich die nötige Sachkunde bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit insbesondere erwachsener Zeugen zutrauen darf und nicht auf Sachverständige angewiesen ist. 1999 hat der BGH im Rahmen einer Grundsatzentscheidung ausführlich dazu Stellung genommen, unter welchen Voraussetzungen der Tatrichter sich sachkundiger Hilfe bedienen muss; er hat zunächst herausgestellt, dass die Glaubwürdigkeitsbeurteilung ureigenste Aufgabe des Richters ist (**BGH NJW 1999, 2746**, eingehend hierzu: **Deckers / Köhnken, Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 2014; Jansen: Zeuge und Aussagepsychologie, 2012**). Reicht die Sachkunde des Gerichts ausnahmsweise nicht aus, muss es sich sachverständiger Hilfe bedienen.

Ein solcher Ausnahmefall kann nicht nur vorliegen bei psychischen Erkrankungen sondern auch, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass die Aussage eines Zeugen oder die Einlassung des Angeklagten beeinflusst ist von seiner ethno-soziologischen Herkunft. Dabei geht es im Kern um die Fragen, wie „Wahrheit“ im kulturellen Herkunftsgebiet definiert ist („Wem nütze oder schade ich mit meiner Aussage“); wie Beweisregeln im Herkunftsland aufgestellt sind (außerehelicher Geschlechtsverkehr im Iran: Beweis kann nur durch Geständnis oder bestimmte Zahl von Augenzeugen geführt werden); welchen Einfluss Religion auf das Aussageverhalten hat („Darf ich fremdländischen weltlichen Gerichten Hilfe leisten bei der Überführung eines Glaubensbruders“) oder ob eine Frau verpflichtet ist, auf Anweisung ihres Ehemanns auszusagen.

Indizien für eine kulturelle Überlagerung des Aussageverhaltens können sich ergeben etwa aus der kurzen Aufenthaltszeit in Deutschland; der aktiven Zugehörigkeit zu religiösen oder politischen Gruppierungen; der Lebenseinstellung (Führung einer – nichtstaatlichen – Mehrehe; Bekenntnis zur Shahrja; Anhängerschaft an Naturreligionen oder Voodoo-Zauber).

Bestehen solche Anhaltspunkte dafür, dass der Zeuge nicht im Sinne der Erwartung der Rechtsordnung seine Sinneswahrnehmungen vollständig und unverfälscht reproduziert, sollte ein ethnologisches Sachverständigengutachten beantragt werden mit dem Ziel, einerseits die sozio-kulturellen und ethnischen Besonderheiten des

Herkunftslandes zu ermitteln und andererseits die Prägung des Zeugen oder Angeklagten durch diese Herkunftsbedingungen zu belegen (**vgl. auch Schmidt: Verteidigung von Ausländer, Rn. 133; Kühn aaO S.56 ff.; allgemein: Deckers: Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen, S. 131 ff.**).

Die – aus meiner Sicht konsequente – Entwicklung der Rechtsprechung seit den Ehrenmord-Entscheidungen des BGH geht dahin, die kulturell-ethnisch-religiöse Determiniertheit eines Verhaltens allein nicht zum Maßstab für rechtliche Schlussfolgerungen zu nehmen; anhand der Umstände des Einzelfalls ist vielmehr zu beurteilen, ob dem Angeklagten oder dem Zeugen zumutbar und objektiv möglich war, sich mit den Rechtsverhältnissen in Deutschland vertraut zu machen bzw. ob die Verhaltensweisen des Angeklagten im Herkunftsland einer dort verbreiteten Praxis und Überzeugung entspringt. So spielt etwa der Ehrenmord in Pakistan eine viel größere Rolle als in der säkularen Türkei (**Kühn aO, S.44**); die Blutrache ist in manchen Gegenden Albaniens tief verwurzelt (**BAMF: Blickpunkt Albanien – Blutrache, 2014**) wogegen sie auf Sizilien auf dem gesellschaftlichen Rückzug ist.

#### IV. *Vollstreckungsrecht*

Das StVollzG gilt unmittelbar nur noch in Bundesländern ohne eigene Vollstreckungsgesetze.

VwV zu § 10 StVollzG: Regelungseignetheit für offenen Vollzug und ggfs. Lockerungen wie Ausgang bei Bestehen einer Ausweisungsverfügung oder bei laufendem Ausweisungsverfahren wegen Fluchtgefahr.

Es besteht keine Bindung der JVA an Stellungnahmen der ABH, ebenso keine Zustimmungspflicht der ABH zu Vollzugslockerungen, erforderlich ist immer eine umfassende Einzelfallprüfung (**Feest-Lesting, StVollzG § 10 Rn. 15**).

§ 57 StGB, § 88 JGG: Es besteht kein unmittelbarer Einfluss einer Ausweisung auf die Sozialprognose, ebenso keine Bindung der StVK bzw. des Jugendrichters an ausländerbehördliche Maßnahmen, der Richter darf aber die Gefahrenprognose der ABH würdigen.

§ 456a StPO: Vorzeitige Abschiebung unterbricht Vollstreckung nur. Anschlussvollstreckung erfolgt bei Wiedereinreise. Zur Vorbeugung gegen illegale Wiedereinreisen bestehen Staatsanwaltschaften auf Abschiebung vor 2/3-Termin zwecks Vermeidung einer Aussetzungsentscheidung nach § 57 StGB. Die Vollstreckungsverjährung richtet sich nach § 79 StGB. Der Vollzug der Straftat führt zum Ruhen der Vollstreckungsverjährung, § 79a Nr.3 StGB. Die Verjährungsfrist beginnt daher erst mit der Abschiebung zu laufen!

### **Praxistipp:**

Will der Mandant nach Ablauf der ausländerrechtlichen Einreisesperre ins Bundesgebiet einreisen, muss die Vollstreckungsverjährung geprüft werden. Wegen der drohenden Verhaftung darf sich der Anwalt nicht nur mit der ausländerrechtlichen Lage befassen.

Über den Wortlaut hinaus gilt § 456a StPO auch bei sonstiger vollziehbarer Ausreisepflicht und bei Feststellung des Erlöschens der Freizügigkeit gegenüber EU-Bürgern (**KK-StPO, Appl § 456a Rn. 2**).

Ausweisung muss bestandskräftig sein, streitig (**Meyer-Goßner / Schmitt StPO § 456a Rn. 3; Satzger / Schluckebier / Widmaier StPO, § 456a Rn. 2**). Das ist eine Selbstverständlichkeit, wenn die Klage gegen die Ausweisungsverfügung nach dem gesetzlichen Leitbild des § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung hat, weil dann vor Bestandskraft nicht abgeschoben werden darf und § 456a StPO nicht den Fall der freiwilligen Ausreise erfasst. Regelmäßig werden Ausweisungsverfügungen aber mit

Sofortvollzugsanordnung versehen, was die StPO-Kommentare übersehen. Zwecks Entlastung des Strafvollzugs und Kostenersparnis wird in der Praxis häufig auf die *Vollziehbarkeit* abgestellt, vor allem, wenn die ABH gegen den Willen des Betroffenen die Zustimmung der StA beantragt.

Entscheidungen nach § 456a StPO sind Justiz-VAs, Rechtsweg über §§ 23 ff. EGGVG, je nach Bundesland vorgeschaltet Beschwerde gemäß § 21 StVollStrO (**Satzger / Schluckebier / Widmaier: StPO § 456a, Rn. 7**).

Es besteht kein Anspruch auf Zustimmung der StA, aber Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (ausführlich: **OLG Bamberg, StraFo 2014, 259**). OLG Hamm u. a.: Vorschrift dient lediglich fiskalischen Interessen, wenngleich sonstige Belange berücksichtigungsfähig sind bei Ermessensentscheidung (**OLG Hamm, Beschluss vom 06.11.2012, III-1 VAs 104/12**). Aber: EGMR: Vorschrift gleicht Vollzugsnachteile von Ausländern aus; daher keine Belohnung, sondern Kompensation (**EGMR Urteil vom 22.03.2012 = InfAusIR 2012, 305**).

Negative Kriminalprognose spielt bei Ermessensausübung nur eine Rolle, wenn aufgrund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte die Annahme zu belegen ist, der Verurteilte werde wieder einreisen und Straftaten begehen (**OLG Bamberg, StraFo 2014, 259; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2013, 227**).

### Praxistipp:

Verfahren nach Abschiebung:

1. Antrag auf Befristung der Ausweisung an die ABH (soweit nicht nach neuem Recht schon mit der Ausweisung verbunden);
2. Aussetzungsantrag nach § 57 StGB an die StVK
3. Antrag auf freies Geleit an StA zwecks Teilnahme des Mandanten an der Anhörung bei der StVK, *aber: Ermessensentscheidung der StA (Beschwerde,*

§ 23 EGGVG, Prüfung nur auf Ermessensfehler; OLG Hamm: ggfs. muss StVK ohne Anhörung entscheiden) –

4. Anhörung bei der StVK.

Alternativ: Einreise zur Vollstreckung, Antrag nach § 57 StGB aus der Haft heraus.

§ 456a StPO setzt Ausweisung oder Feststellung des Verlusts der Freizügigkeit voraus. Problem für EU-Staater: Hohe Hürden für Verlustfeststellung kann dem Wunsch nach eigener Ausweisung entgegenstehen (Weigerung der ABH, Verlust der Freizügigkeit festzustellen trotz Bitte des Betroffenen; sehr praxisrelevant; dann bleibt nur der Weg über § 57 StGB wie bei deutschen Straftätern; die Haftdauer wird wegen der strengen Voraussetzungen der Halbstrafenaussetzung in der Regel 2/3 betragen; die vorzeitige Abschiebung ist schon früher möglich). Ähnliches gilt in allerdings geringerem Umfang für ARB-geschützte Türken und „deutsch-verheiratete“ Drittstaater.

Von § 456a StPO zu unterscheiden ist die Weiterverbüßung im Herkunftsland

Vorsicht: In manchen Ländern (Türkei!) gilt das Doppelbestrafungsverbot nicht. Es kann daher bei der Abschiebung zu erneuter Haft im Herkunftsland wegen desselben Delikts kommen. Die Richtlinien der Bundesländer sehen dies als einen Grund für eine frühzeitige Zustimmung zur Abschiebung (vgl. **JuMi NRW, Rundverfügung vom 20.08.1985, 9174-III A 2**). Für Unterzeichner-Staaten des Schengener Durchführungsübereinkommens ist allerdings der Grundsatz des „ne bis in dem“ in Art. 54 SDÜ geregelt (dazu und zum prozessualen Tatbegriff: **BGH StV 2014, 459**), außerdem in Art. 50 GrCh. Doppelbestrafungsverbot ist keine allgemeine Regel des Völkerrechts, deshalb ist die *Auslieferung* nicht von vornherein unzulässig (**OLG Frankfurt / M: NStZ-RR 2014, 27**)

## v. **Ausweisungsrecht:**

Große Gesetzesreform befindet sich im Gesetzgebungsverfahren.

Derzeitige Rechtslage:

Besonderheiten für

- Unionsbürger und deren Familienangehörige (auch wenn diese Drittstaater sind! Sehr wichtig im Ausweisungsrecht)
- Türken mit Assoziationsstatus

Für sonstige Drittstaater gelten die §§ 53 ff AufenthG:

### **Ist-Ausweisung, § 53 AufenthG:**

Bei Erfüllung der TB-Voraussetzungen ist Ausweisung zwingend; aber: Begrenzung durch Art. 8 EMRK, dort insbesondere Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (**HK AusIR/Alexy § 53 AufenthG Rn.13 f.; GK-AufenthG Discher, vor § 53, Rn.888 ff.; BVerfG 2 BvR 304/07 = InfAusIR 2007, 275**)

### **Regel-Ausweisung, § 54 AufenthG**

Laut BVerwG liegt Ausnahmefall schon dann vor, wenn durch höherrangiges Recht oder EMRK geschützte Belange des Ausländers eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalls gebieten (**BVerwG, Urteil**

vom 23.10.2007, 1 C 10.07 = InfAusIR 2008, 116 ff. = NVwZ 2008, 326; kritisch: **GK AufenthG-Discher § 54 Rn. 161.4**). Betroffen sind etwa Inhaber befristeter AEs nach den Altfallregelungen, die ihrerseits der tatsächlichen Integration Rechnung tragen, und assoziationsberechtigte Türken mit deklaratorischer AE nach § 4 Abs.5 AufenthG; streitig ist, ob der Schutzbereich des Art.8 I EMRK für langjährig Geduldete eröffnet ist.

Besonderheit zu § 54 Nr.1 AufenthG: Keine Gesamtstrafenbildung nach § 31 JGG sondern Einheitsjugendstrafe, daher kann zu Lasten des Jugendlichen oder Heranwachsenden TB eröffnet sein bei nachträglicher Einheitsjugendstrafenbildung, § 31 II JGG (**VGH Kassel 3 B 1429/13 = InfAusIR 2014,3**)

### **Ermessensausweisung, § 55 AufenthG**

BVerwG: Jede Straftat ist nicht geringfügiger Gesetzesverstoß, Entschließungsermessen der ABH daher immer eröffnet, **BVerwG 1 C 9/94 = InfAusIR 1997, 63**.

Bei besonderem Ausweisungsschutz (§ 56 AufenthG) jeweils Herabstufung um eine Stufe.

EU-RückführungsRL erfordert Befristung der Ausweisungswirkungen zwingend in Verbindung mit der Ausweisung; die Befristung ist von Amts wegen vorzunehmen. Die deutsche Regelung des § 11 AufenthG a.F., wonach auf Antrag zu befristen ist, ist europarechtswidrig (**EuGH, InfAusIR 2013, 416**), amtswegige Befristung ist auch bei Altverfügungen vorzunehmen, die dann rechtmäßig bleiben, **BVerwG InfAusIR 2012, 397; Gutmann: Die Befristung der Rückkehrentscheidung, InfAusIR 2012, 208**.

Maßgeblicher Zeitpunkt für Beurteilung der Sach- und Rechtslage (trotz Anfechtungsklage!) ist derjenige der mündlichen Verhandlung (**EuGH InfAusIR 2005, 13**). Wichtig: Gesamtes Nach-Tatverhalten ist noch berücksichtigungsfähig.



Nach alter Rechtslage konnten Entwicklungen nach Zustellung der Ordnungsverfügung nur im Rahmen der Befristung nach § 11 AufenthG geltend gemacht werden. Nach heutiger Rechtslage kann umgekehrt die ABH noch in der mdl. Verhandlung Ermessenserwägungen nachholen. Ansonsten: Ermessensfehlerhaftigkeit kann sich schon aus Zeitablauf zwischen Verfügung und mdl. Verhandlung ergeben, wenn ABH nicht laufend Entwicklung des Betroffenen prüft und berücksichtigt.

### **Praxistipp:**

Um die ABH zu Ermessensfehlern (Nichtgebrauch) zu zwingen, sollten im gesamten Verfahren immer wieder aktuelle persönliche Entwicklungen des Klägers aufgezeigt und unter Beweis gestellt werden. Häufig reagieren Behörden bis zur mündlichen Verhandlung gar nicht oder nur mit Standardsätzen, dass kein Anlass für eine abweichende Beurteilung gesehen werde. Das begründet m.E. bereits Ermessensfehler.

EU-Freizügige: Verlustfeststellung (§ 6 FreizügG/EU) nur

- bei tatsächlicher und hinreichend schwerer Gefährdung der öffentlichen Ordnung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt;
- nach Ermessen;
- nur spezialpräventiv unter besonderer Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse.

Nach Erwerb des Daueraufenthaltsrechts gem. 28 RL 2004/38 EG (fünf Jahre rechtmäßiger Aufenthalt):

- nur aus schwerwiegendem Anlass

Nach zehn Jahren Aufenthalt (auch Familienangehörige):

- nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit (idR mindestens fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Sicherungsverwahrung oder Betroffenheit der inneren Sicherheit oder terroristische Gefahr)

Befristung muss mit der Ordnungsverfügung verbunden sein (Befristungspflicht von Amts wegen bei Alt-Verfügungen).

§ 6 V FreizügG/EU geht bezgl. der Familienangehörigen über die RL hinaus. Streitig ist, ob für Anwendung des § 6 V FreizügG der Aufenthalt zehn Jahre rechtmäßig oder (nur) faktisch sein muss. Da 5-Jahresfrist für Daueraufenthaltsberechtigte den rechtmäßigen Aufenthalt verlangt, § 6 V FreizügG/EU die Rechtmäßigkeit aber nicht erwähnt, sind die Grenzen der Wortlautinterpretation überschritten, wenn rechtmäßiger Aufenthalt verlangt wird.

Türken: Feststellung der Assoziationsberechtigung nach Art.6 oder 7 ARB 1/80 EG-Türkei ist von Amts wegen zu ermitteln, nicht über § 82 AufenthG, da es sich um eine objektive Schranke des Ausweisungsrechts handelt. Die ABH darf nicht offen lassen, auf welchen Rechtsgrundlagen ihre Entscheidung ergeht.

Rechte aus Art.6 ARB entfallen bei Rückzug vom Arbeitsmarkt, nicht: bei unfreiwilligem Entfernen vom Arbeitsmarkt durch U-Haft. Bei Strafhaft aber denkbar wegen Zeitdauer. Rechte aus Art. 7 ARB gehen auch bei Strafhaft nicht verloren.

Wegen der programmatischen Annäherung der Rechtsstellung assoziationsberechtigter Türken an diejenige von Unionsbürgern war lange streitig, ob die Ausweisungserschwerungen des Art. 28 Abs. 3a RL 2004/38/EG auf Türken anwendbar ist. Der EuGH hat dies verneint, zugleich aber darauf hingewiesen, dass ein anderer unionsrechtlicher Bezugspunkt für die Auslegung des Art.14 ARB heranzuziehen sei, nämlich Art.12 der RL 2003/109 (Daueraufenthaltsrichtlinie) über den ausweisungsrechtlichen Mindestschutz von Drittstaatsangehörigen, die in einem Mitgliedsstaat die Rechtsstellung von langfristig Aufenthaltsberechtigten erlangt

haben (**EuGH, InfAusIR 2012, 43**). Aus dem Kern des ARB schließt der EuGH darüber hinaus, dass die Abweichung von den Grundfreiheiten in Form der Ausweisung eine Ausnahme darstellt, die eine Einzelfallprüfung erfordert und nur aufgrund des persönlichen Verhaltens des Betroffenen vorgenommen werden darf. Auch wenn die Rechtsstellung eines Daueraufenthaltsberechtigten noch nicht erreicht ist, dürfen Ausweisungen gegenüber assoziationsberechtigten Türken daher nur abweichend von den §§ 53, 54 AufenthG als Ermessensentscheidung und spezialpräventiv begründet ergehen (ausführlich: **GK-AufenthG / Gutmann, Art.14 ARB Rn. 20 ff.**).

### **Bedeutung von Art. 8 I EMRK im Ausweisungsrecht**

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfGs ist die EMRK Teil des Bundesrechts in Form einfachen Bundesgesetzes; es besteht aber die Verpflichtung zur europarechtsfreundlichen Auslegung (**BVerfG vom 04.05.2011, 2 BvR 2365/09; Karpenstein / Maier: EMRK Einleitung Rn. 78, 87**)

Weiter Anwendungsbereich des Art. 8 I EMRK: Der Konventionsrechtliche Familienbegriff geht über Art. 6 GG hinaus (**Karpenstein / Maier, EMRK Art. 8 Rn. 40 ff.**).

Familienleben: Maßgeblich einzubeziehen sind die Rechte der Angehörigen. EGMR: Ermessensüberschreitung bei Versagung des Aufenthalts wegen „lediglich einem schweren Delikt“ (42 Monate Haft wegen BtmG!) bei Vorhandensein dreier Kinder mit Staatsangehörigkeit des Aufenthaltslands (hier: Schweiz), **EGMR Urteil vom 16.04.2013, 12.202/09 = InfAusIR 2014, 179**

Begriff des Privatlebens umfasst „die Gesamtheit der Bindungen eines im Mitgliedsstaat lebenden Ausländers zu anderen Menschen“ (**EGMR, InfAusIR 2007, 325; BVerfG, NVwZ 2007, 946**). Auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts kommt es nicht an (streitig). Vermittelnde Meinung will Rechtmäßigkeit bei den Schranken des Art. 8 II EMRK berücksichtigen (**Eckertz-Höfer, ZAR 2008, 41 ff, ähnlich OVG Hamburg, InfAusIR 2014, 270** bei ausgewiesenem und geduldetem Ausländer: Schutzbereich eröffnet, Integration während unerlaubten Aufenthalts im Rahmen der Schranken zu berücksichtigen).

Aus der Rechtsprechung des EGMR zur Verwurzelung im Aufenthaltsstaat folgt der Begriff der *faktischen Inländer ausländischer Staatsangehörigkeit*. Die Staatsangehörigkeit stellt nur noch ein formales Band zum Herkunftsland der Eltern dar; die Ausweisung ist nur noch ausnahmsweise zulässig, da idR weder notwendig noch verhältnismäßig. Schon 1991 führt der EGMR grundlegend aus:

*„Es ist ein schwerwiegender Eingriff in das Familienleben, wenn ein im Inland aufgewachsener junger Ausländer, dessen Familienangehörige im Inland leben und der im Land seiner Staatsangehörigkeit keine sozialen Kontakte hat, im Alter von 21 Jahren ausgewiesen wird. Eine solche Ausweisung kann auch bei schwerwiegenden Straftaten unverhältnismäßig sein (**EGMR, InfAusIR 1991, 149**).*

Die deutsche Rechtsprechung hat sich nur mühsam auf die europa- und menschenrechtliche Dimension des Aufenthaltsrechts eingelassen (vgl. **Benassi, InfAusIR 2006, 397**, der die Rechtsprechung des 18. Senats des OVG Münster hierzu prägte; **HK—AusIR / Bruns AufenthG § 60a Rn.19; GK AufenthG / Funke-Kaiser § 60a Rn. 171 ff.**)

### **Wirksamkeit und Vollziehbarkeit der Ausweisung**

Die Ausweisung ist trotz aufschiebender Wirkung der Klage wirksam (aber nicht vollziehbar), § 84 AufenthG, Folge: Die Aufenthaltserlaubnis erlischt! In der Regel kann die Arbeitserlaubnis über § 32 BeschV vorläufig gesichert werden. Bis zur Rechtskraft des Verfahrens besteht ein Duldungsanspruch.

Anordnung der sofortigen Vollziehung setzt besonderes Vollzugsinteresse heraus. In der Praxis herrscht längst ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Sofortvollzugsanordnung ergeht überwiegend.

§ 80 V VwGO ist statthafter Rechtsbehelf (belastender VA). Anders als bei § 123 VwGO ist besonderes Rechtsschutzbedürfnis nicht erforderlich. Der Antrag kann daher unabhängig von Eilbedürftigkeit jederzeit gestellt werden.

### **Praxistipp:**

In Fällen rechtlich oder tatsächlich unmöglicher Abschiebung kann es prozesstaktisch sinnvoll, keinen Antrag nach § 80 V VwGO zu stellen, um eine Vorfestlegung des VG im Eilverfahren (und erst Recht des OVG / VGH im Beschwerdeverfahren) zu verhindern.

Rechtsmittel gegen die Entscheidung des VG im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist die Beschwerde.

### **Verwaltungsgerichtliches Hauptsacheverfahren**

In den meisten Bundesländern ist das Widerspruchsverfahren abgeschafft, sodass in diesen Ländern unmittelbar Klage zu erheben ist.

Im Verfahren vor dem VG besteht Amtsaufklärungspflicht, wobei keine Bindung des VG an Beweisanträge gegeben ist, § 86 I VwGO, aber: Verletzung des rechtlichen Gehörs ist absoluter Revisionsgrund, § 138 Nr.3 VwGO, daher besteht häufig Anlass Beweisanträge zu stellen, um ggfs. Gericht zu revisiblen Fehlern zu zwingen.

Beweisanträge sind anzukündigen, andernfalls ist Präklusion möglich, § 87b VwGO.

Die Beweisaufnahme folgt den Regelungen der §§ 358-444 und 450-494 ZPO, § 98 VwGO.

Die eingeschränkte Prüfungskompetenz des VG bei Ermessensentscheidungen folgt aus § 114 VwGO.

Bei fehlender Entscheidungsreife kann das Gericht aufheben und zurückverweisen, § 113 III VwGO. Das gilt nicht bei Ermessensentscheidungen: Ermessensfehler als Ergebnis unzureichender Sachverhaltsaufklärung führen bereits zur Rechtsverletzung und damit zur unbedingten Aufhebung des VA durch das VG (**Sodan / Ziekow, VwGO § 113 Rn.369**).

### **Praxistipp:**

Bei inhaftierten Mandanten sollte beim VG auf Anordnung des persönlichen Erscheinens gedrängt werden, da JVA's sonst keine Veranlassung für Ausführung sehen.

Rechtsmittel gegen das Urteil des VG ist der Antrag auf Zulassung der Berufung mit den besonderen Zulassungsgründen des § 124a VwGO.



Literaturhinweise:

Über die Kommentarliteratur und die zitierten Aufsätze hinaus wurden folgende Monographien verwendet:

**Deckers, Rüdiger / Köhnken, Günter:** Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 2. Auflage 2014

**Jansen, Gabriele:** Zeuge und Aussagepsychologie, 2. Auflage 2012

**Kretschmer, Joachim:** Ausländerstrafrecht, 2012

**Kühn, Annetrin:** Die Instrumentalisierung von Kultur vor deutschen Gerichten, 2012

**Schmidt, Jens:** Verteidigung von Ausländern, 3. Auflage 2012