

## Das Ende der Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts?

Wiss. Mitarbeiter Carsten Hörich und Wiss. Mitarbeiter Dr. Marcus Bergmann\*

**Die Rückführungsrichtlinie ist mit dem 2. Richtlinienumsetzungsgesetz in das Aufenthaltsgesetz eingearbeitet worden. Trotzdem treten – wie zu zeigen ist – Spannungen mit den zentralen Strafnormen des deutschen Ausländerrechts, die in § 95I Nrn. 1–3 AufenthG geregelt sind, auf. Im Lichte aktueller EuGH-Entscheidungen ergibt sich eine starke Einschränkung bzw. ein Wegfall des Anwendungsbereichs dieser Straftatbestände infolge europarechtskonformer Auslegung.**

### I. Einleitung

Die Rückführungsrichtlinie<sup>1</sup> ist eine europaweit einheitliche Regelung zum Ablauf eines Rückkehrverfahrens eines Drittstaatsangehörigen. Die hierbei getroffenen Regelungen sind – nach der Rechtsprechung des *EuGH* – Ausfluss des in der Grundrechtecharta verankerten Verhältnismäßigkeitsprinzips. Ein Abweichen von den Bestimmungen des Verfahrensablaufs ist nicht möglich. Hieraus folgt nach der Rechtsprechung des *EuGH*, dass gegen einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen keine Strafrechtssanktion erlassen werden kann, wenn dieser einer Anordnung im Rückkehrverfahren nicht nachkommt. Die Mitgliedstaaten müssten vielmehr für diesen Fall die in der Rückführungsrichtlinie vorgesehenen Zwangsmittel zur Durchsetzung der bestehenden Ausreisepflicht, also Mittel der Verwaltungsvollstreckung, anwenden<sup>2</sup>. Denn das primäre von der Rückführungsrichtlinie verfolgte Ziel, „eine wirksame Rückkehr- und Rückübernahmepolitik in Bezug auf illegal aufhältige Drittstaatsangehörige zu schaffen“<sup>3</sup>, werde durch eine strafrechtliche Sanktion nicht gefördert<sup>4</sup>. Eine strafrechtliche Sanktion darf die Rückführungsrichtlinie nicht ihrer praktischen Wirksamkeit berauben<sup>5</sup>. Dies stellt die gerade an die Illegalität des Aufenthalts anknüpfenden Straftatbestände der § 95I Nrn. 1–3 AufenthG in Frage bzw. wirft die Frage auf, wie diese mit der Rechtsprechung des *EuGH* in Einklang zu bringen sind.

### II. § 95I Nr. 2 AufenthG

#### 1. Strafflosigkeit bloßen illegalen Aufenthalts?

Nach § 95I Nr. 2 AufenthG macht sich strafbar, wer sich ohne erforderliche Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhält<sup>6</sup>, wenn er vollziehbar ausreisepflichtig ist, ihm eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist und wenn seine Abschiebung nicht ausgesetzt ist<sup>7</sup>. Diese Voraussetzungen sind auch erfüllt, wenn der Drittstaatsangehörige im Rahmen eines Rückkehrverfahrens nicht freiwillig ausreist, also eine Rückkehrpflicht innerhalb der Frist des Art. 7 der Rückführungsrichtlinie nicht eingehalten wird<sup>8</sup>. Fraglich ist nun aber, ob eine Nichterfüllung einer Rückkehrverpflichtung im Rahmen eines Rückkehrverfahrens weiterhin strafrechtlich geahndet werden kann.

Für den Fall, dass der Drittstaatsangehörige seiner Ausreiseverpflichtung nicht freiwillig nachkommt, sieht Art. 8I der Rückführungsrichtlinie nämlich vor, dass die zuständige Behörde „alle erforderlichen Maßnahmen zur Vollstreckung der Rückkehrentscheidung“ treffen muss. Damit sind Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung gemeint<sup>9</sup>. Strafrechtliche Sanktionen sind hingegen nicht vorgesehen<sup>10</sup>.

Der *EuGH* hat klargestellt, dass die Rückführungsrichtlinie grundsätzlich abschließende Regelungen trifft<sup>11</sup>. Im Vordergrund steht dabei für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung aus Art. 6I der Richtlinie, eine Rückkehrentscheidung gegen jeden illegal in ihrem Hoheitsgebiet Aufhältigen zu erlassen<sup>12</sup>. Diese Entscheidung sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, notfalls zwangsweise durchzusetzen<sup>13</sup>. Strengere Regelungen als die in der

Richtlinie vorgesehenen dürfen die Mitgliedstaaten nicht treffen<sup>14</sup>. Infolgedessen misst der *EuGH* strafrechtliche Regelungen, die an den illegalen Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen anknüpfen, an den in der Rückführungsrichtlinie vorgesehenen Zwangsmaßnahmen, vor allem an den Vorgaben des Art. 15I und des Erwägungsgrundes 16<sup>15</sup>. Wenig überraschend gelangt der *EuGH* zu dem Ergebnis, dass eine strafrechtliche Sanktion, insbesondere eine Haftstrafe, die Durchsetzung der Rückkehrentscheidung gar nicht fördert, sondern den illegalen Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen sogar verlängert<sup>16</sup>.

Angemerkt sei hier, dass der *EuGH* ein sehr instrumentelles, polizeirechtsähnliches Verständnis des Strafrechts zeigt<sup>17</sup>.

Hörich, Bergmann: Das Ende der Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts? (NJW 2012, 3339)

3340 ▲

Im Vordergrund steht für ihn nicht die Frage, ob sanktionsbedürftiges Unrecht (im Sinne eines dem Täter persönlich vorwerfbaren Normverstoßes) vorliegt, sondern, ob die Strafandrohung (ähnlich einem Beugemittel) zur Verwirklichung des Richtlinienzwecks beiträgt<sup>18</sup>. Der *EuGH* unterstellt damit der Strafandrohung eine rein präventive<sup>19</sup> Wirkung und lässt keinen Raum für Sühne- oder Schuldausgleichsgedanken.

Daher ist der Straftatbestand des § 95I Nr. 2 AufenthG europarechtskonform dahingehend auszulegen<sup>20</sup>, dass während eines laufenden Rückkehrverfahrens die Nichterfüllung der Rückkehrverpflichtung (und damit der illegale Aufenthalt) *allein* nicht bestraft werden darf<sup>21</sup>.

## 2. Strafbarkeit bei Beeinträchtigung des Rückkehrverfahrens?

Allerdings ließe sich eine Strafbarkeit gem. § 95I Nr. 2 AufenthG weiterhin erwägen, wenn sich der Drittstaatsangehörige selbstständig dem Rückkehrverfahren entzieht, indem er beispielsweise im Bundesgebiet untertaucht<sup>22</sup>. Das *OLG Hamburg*<sup>23</sup> und ihm folgend das *KG*<sup>24</sup> haben sich auf den Standpunkt gestellt, dass das Rückkehrverfahren in diesen Fällen des aktiven Sich-Entziehens beendet sei und der Drittstaatsangehörige den „Schutz“ dieses Verfahrens vor der strafrechtlichen Sanktionierung des illegalen Aufenthalts nicht mehr für sich in Anspruch nehmen dürfe. Das *OLG* begründet dies damit, dass der Drittstaatsangehörige verhindere, „dass die Zuwanderung effektiv kontrolliert und der Prozess der Veränderung der Bevölkerungsstruktur und der Integration der ausländischen Bevölkerung in geordnete Bahnen gelenkt werden kann“<sup>25</sup>. Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass eine derartige Kontrolle nicht dasselbe ist wie die von der Rückführungsrichtlinie angestrebte „Schaffung einer wirksamen Rückkehr- und Rückübernahmepolitik“<sup>26</sup>. Letztere zielt nicht so sehr auf ein Moment der Lenkung und Beherrschung, sondern primär auf eine schnelle Rückführung. Dass die Auslegung des *OLG Hamburg* ein anderes Ziel als die Richtlinie verfolgen könnte, ist auch dem *OLG* selbst nicht verborgen geblieben. Denn es hebt hervor, dass durch eine effektive Zuwanderungskontrolle das Richtlinienziel „nicht beeinträchtigt“ werde<sup>27</sup>.

Wäre das *OLG* davon ausgegangen, dass das von ihm zu Grunde gelegte Ziel mit dem Richtlinienziel identisch sei, dann hätte es zum einen dieser (abgrenzenden und relativierenden) Feststellung nicht bedurft. Zum anderen hätte es dann nähergelegen, sogar (positiv) von einer Förderung auszugehen.

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob die Rückführungsrichtlinie tatsächlich davon ausgeht, dass ein Rückkehrverfahren endet, wenn der Drittstaatsangehörige „untertaucht“ und somit – zumindest zeitweise – seine zwangsweise Aufenthaltsbeendigung verhindert. In der Richtlinie selbst findet sich hierzu keine Regelung. Vielmehr wird hier von einem durchgehenden Verfahren ausgegangen, welches sein Ende durch eine tatsächliche Aufenthaltsbeendigung des Drittstaatsangehörigen oder durch Wegfall der Illegalität des Aufenthalts findet. Ein Verfahrensende – und damit ein Raum für eine strafrechtliche Ahndung – durch ein Untertauchen bzw. Sich-Entziehen ist gerade nicht vorgesehen. Es ist daher festzuhalten, dass ein Untertauchen bzw. Sich-Entziehen des Drittstaatsangehörigen allein kein Ende des Rückkehrverfahrens bedeuten kann.

Gegen diese Überlegung spricht auch nicht, dass der *EuGH* davon ausgeht, dass eine Strafbarkeit wegen illegalen Aufenthalts auch nach Inkrafttreten der Richtlinie weiterhin möglich ist, wenn der Drittstaatsangehörige sich nach erfolgloser Durchführung des Rückkehrverfahrens ohne Rechtfertigung im Mitgliedstaat illegal aufhält<sup>28</sup>. Mit der „erfolglosen Durchführung des Rückkehrverfahrens“ meint der *EuGH* nämlich, dass der Mitgliedstaat alle erforderlichen Maßnahmen vorgenommen hat, die aber allesamt nicht zu einer erfolgreichen Abschiebung geführt haben<sup>29</sup>. Mit anderen Worten: Eine zwangsweise Abschiebung nach Art. 8 der Rückführungsrichtlinie ist gescheitert bzw. war nicht möglich<sup>30</sup>, auch Abschiebehaft nach Art. 15 f. der Richtlinie ist wegen Art. 15IV oder V nicht mehr möglich. Die Nichtdurchführbarkeit der Verwaltungsvollstreckung steht also endgültig fest, der Drittstaatsangehörige *kann nicht* zurückgeführt oder zur Rückkehr gezwungen werden. Nur in diesem Falle, also bei klarem endgültigem Scheitern, kann ein Rückkehrverfahren als tatsächlich beendet angesehen werden.

Es würde sich sonst auch die Frage stellen, ab wann überhaupt davon ausgegangen werden kann, dass ein Rückkehrverfahren tatsächlich beendet ist. Ist dies bereits der Fall, wenn der Drittstaatsangehörige einmal nicht erreicht werden kann, oder muss erst eine gewisse Dauer des Sich-Entziehens vom Verfahren vorliegen? Man würde wohl zu Gunsten des Drittstaatsangehörigen davon ausgehen müssen, dass eine Beendigung

Hörich, Bergmann: Das Ende der Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts? (NJW 2012, 3339)

3341 ▲

des Rückkehrverfahrens erst ab einer gewissen Dauer des Sich-Entziehens angenommen werden kann. Ansonsten drohen die Verfahrensvorgaben der Rückführungsrichtlinie zu schnell ins Leere zu gehen, zumal Art. 7III der Rückführungsrichtlinie ausdrücklich Maßnahmen zur Vermeidung von Fluchtgefahr vorsieht.

Im deutschen Recht muss in diesen Fällen eine Duldung gem. § 60 a AufenthG erteilt werden. Diese bewirkt zwar – nach deutschem Recht – keine Legalisierung des Aufenthalts, allerdings fällt in der Systematik der Rückführungsrichtlinie die Illegalität des *Aufenthalts* weg<sup>31</sup>.

Dass ein Rückkehrverfahren erst dann als beendet angesehen werden kann, wenn es endgültig gescheitert ist, folgt im Umkehrschluss auch daraus, dass die Voraussetzungen für die – gegebenenfalls auch zwangsweise – Durchführung eines Rückkehrverfahrens auch nach dem Wiederaufgreifen eines zuvor untergetauchten Drittstaatsangehörigen weiterhin vorliegen<sup>32</sup>. Das Wiederaufgreifen ist sogar notwendige Voraussetzung, damit (notfalls zwangsweise) tatsächlich abgeschoben werden kann. Dann muss aber auch im Sinne der – vom *EuGH* als Zweck des Verfahrens und somit leitende Richtschnur benannten – Effektivität des Rückkehrverfahrens ein (erneuter) Vollstreckungsversuch durchgeführt werden. Eine strafrechtliche Sanktionierung des illegalen Aufenthalts würde eine solche effektive Verfahrensabwicklung zumindest verzögern<sup>33</sup>. Der Mitgliedstaat hat es daher gerade nicht in der Hand, vor einem Rückkehrverfahren ein Strafverfahren durchzuführen<sup>34</sup>. Der Mitgliedstaat muss die „durch Art. 8 dieser Richtlinie auferlegte Pflicht, in den in Absatz 1 dieser Vorschrift genannten Fällen die Abschiebung vorzubereiten, innerhalb kürzester Frist“ erfüllen<sup>35</sup>. Er muss sogleich eine Rückkehrentscheidung treffen und diese nach Maßgabe der Richtlinie vollstrecken, er darf kein Strafverfahren vor- oder zwischenschalten<sup>36</sup>. Man muss daher feststellen, dass in den Fällen, in denen eine Rückführung noch möglich ist, eine strafrechtliche Sanktionierung aus Gründen der Effektivität des Rückkehrverfahrens ausscheiden muss. Ob das ursprüngliche Rückkehrverfahren fortgesetzt oder ein neues Rückkehrverfahren eingeleitet wird, ist unerheblich. Der alte Streit, ob ein Drittstaatsangehöriger bestraft werden kann, der untergetaucht ist, zu dessen Gunsten aber Duldungsgründe vorliegen, der aber keine Duldung beantragt hat, spielt dann keine Rolle mehr<sup>37</sup>.

Hiergegen spricht im Übrigen auch nicht, dass dann für Drittstaatsangehörige, deren Aufenthalt weiterhin illegal ist, d. h. das Rückkehrverfahren weiterhin durchgeführt werden kann, die aktive Vereitelung des Rückführungsverfahrens sanktionslos wäre<sup>38</sup>, während mit späteren strafrechtlichen Konsequenzen allenfalls diejenigen zu rechnen hätten, bei denen eine Fortführung des Verfahrens durch Legalisierung des Aufenthalts

ausscheidet<sup>39</sup>. Auch für diese Personengruppen kommt eine Strafbarkeit nach § 95I Nr. 2 AufenthG nämlich nicht mehr in Betracht.

Zum einen hätte es sonst die Exekutive in der Hand, durch Legalisierung des Aufenthalts strafbarkeitsbegründend tätig zu werden. Es darf aber nicht vom Handeln einer Behörde abhängen, ob ein Verhalten strafbar ist<sup>40</sup>. Dies verstieße auch gegen den Grundsatz „nulla poena sine lege“ des Art. 103II GG. Eine mögliche Strafbarkeit ist hier gerade nicht vorher gesetzlich definiert, sondern steht unter dem Vorbehalt einer Handlung der Exekutive.

Zum anderen wäre eine solche strafrechtliche Sanktion mit dem Gedanken einer grundsätzlich positiven Wirkung einer Aufenthaltslegalisierung ohnehin nicht zu vereinbaren.

### 3. Verbleibender Anwendungsbereich für § 95I Nr. 2 AufenthG ?

Es stellt sich dann aber die Frage, ob oder welche Fallgestaltungen für eine Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts nach § 95I Nr. 2 AufenthG verbleiben. Dass Zwangsmaßnahmen zur Anwendung gebracht wurden, diese aber eine Abschiebung (endgültig) nicht ermöglicht haben, kann verschiedene Gründe haben. Zu denken ist insbesondere daran, dass krankheitsbedingte Umstände eine Abschiebung endgültig verhindern.

Dies dürfte vor allem bei chronischen Erkrankungen der Fall sein, die die Reisefähigkeit dauerhaft ausschließen. Bei nur vorübergehenden Krankheitserscheinungen ist die Abschiebung gem. Art. 9II AufenthG aufzuschieben.

Gleiches gilt, wenn der Drittstaatsangehörige keine Papiere hat und sein Heimatland nicht ermittelt werden kann oder wenn sein Heimatland ihn nicht einreisen lässt.

Als weitere Voraussetzung für eine Strafbarkeit hat der *EuGH* auf das Fehlen von Rechtfertigungsgründen für die Nichtrückkehr abgestellt<sup>41</sup>. Ein Rechtfertigungsgrund muss zunächst immer dann vorliegen, wenn das Non-Refoulement-Verbot<sup>42</sup> endgültig greift, d. h. eine Abschiebung auf Grund der Gefahrenlage im Heimatland unmöglich ist. Sollte nur eine vorübergehende Gefährdung vorliegen, ist die Abschiebung aufzuschieben, so auch Art. 9 der Rückführungsrichtlinie. Zumindest rechtfertigend<sup>43</sup> wirkt sich zudem die Unzumutbarkeit der Pflichterfüllung aus, die bei jedem Straftatbestand, der eigenständig eine Unterlassung zum Gegenstand der Strafbarkeit erhebt, zu berücksichtigen ist<sup>44</sup>. Als un-

Hörich, Bergmann: Das Ende der Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts? (NJW 2012, 3339)

3342 ▲

zumutbar ist zumindest die Rückreise des wegen chronischer Krankheit Reiseunfähigen einzustufen<sup>45</sup>. Unzumutbarkeit ist aber dann nicht anzunehmen, wenn wegen ungeklärter Identität kein Staat den illegal Aufhältigen aufzunehmen bereit ist. Es ist ihm zuzumuten, selbst Angaben über sein Heimatland zu machen. Insoweit wird auch keine die Erfüllung der Ausreisepflicht suspendierende Unmöglichkeit angenommen<sup>46</sup>.

Es verbleiben im Ergebnis also nur die Fälle, in denen ein Drittstaatsangehöriger sich weigert, freiwillig auszureisen bzw. an der Ermöglichung der Ausreise mitzuwirken, und durch sein Verhalten (kausal) bewirkt, dass eine Aufenthaltsbeendigung nicht mehr (auch nicht zwangsweise) durchgeführt werden kann.

Einschlägig könnte hier etwa sein, dass ein Drittstaatsangehöriger seine Ausweispapiere vernichtet, an einer Neubeschaffung nicht mitwirkt und auf Grund dieser Weigerung eine zweifelsfreie Klärung der Identität und somit auch eine Abschiebung dauerhaft verhindert wird<sup>47</sup>.

Nur in diesen Fällen sind die engen Voraussetzungen des *EuGH* für eine Strafbarkeit erfüllt, hier greifen auch keine Rechtfertigungsgründe.

Dass bei rechtlicher bzw. tatsächlicher Unmöglichkeit einer Abschiebung diese gem. § 60 aII AufenthG auszusetzen

ist, beseitigt zwar die Voraussetzung der Strafbarkeit, denn § 95I Nr. 2 lit. c AufenthG macht die Strafbarkeit des Aufenthalts gerade davon abhängig, dass die Abschiebung *nicht* ausgesetzt wurde.

Ob diese Duldung eine rechtfertigende Wirkung im strafrechtlichen Sinne entfaltet, ist angesichts des durch § 60 aIII AufenthG angeordneten Fortbestehens der Ausreisepflicht zu bezweifeln. Gerade deswegen hatte es wohl der ausdrücklichen Aufnahme als Ausnahmetatbestand in § 95I Nr. 2 lit. c AufenthG bedurft, um die Straflosigkeit zu bewirken.

Für die Fälle, in denen der Drittstaatsangehörige die Voraussetzungen des § 60 aII AufenthG selbst durch mutwilliges Verhalten herbeiführt, hat die Rechtsprechung des *BGH* es ihm daher verwehrt, sich auf die entkriminalisierende Wirkung einer Duldung zu berufen<sup>48</sup>. Dies mag man durchaus kritisieren<sup>49</sup>, es belässt der Norm des § 95I Nr. 2 AufenthG aber einen Anwendungsbereich. Soweit der nationale Gesetzgeber darüber hinausgehend Regelungen für die Aussetzung der Abschiebung vorsieht und (daran anknüpfend) Straflosigkeit anordnet, steht es ihm natürlich frei, von Möglichkeiten der Pönalisierung *keinen* Gebrauch zu machen. Das kann dann aber nicht als Kritik den Entscheidungen des *EuGH* entgegengehalten werden.

#### 4. Dogmatische Probleme und Konsequenzen

Ein weiteres grundlegendes Problem, das sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, ist, dass der Strafgrund des § 95I Nr. 2 AufenthG in seinem verbleibenden Anwendungsbereich gerade nicht mehr die Illegalität des Aufenthalts sein kann.

§ 95I Nr. 2 AufenthG begründet als echtes Unterlassungsdelikt<sup>50</sup> eine strafbewehrte Pflicht zum Tätigwerden, genauer: zum Ausreisen. Diese Ausreisepflicht ist aber nicht vollständig mit der Ausreisepflicht aus § 50 ff. AufenthG, die an die Illegalität des Aufenthalts anknüpft, identisch<sup>51</sup>. Denn für strafbewehrte Handlungspflichten gilt, dass sie im Falle der Unmöglichkeit oder der Unzumutbarkeit entfallen<sup>52</sup>. Wenn man § 60 a AufenthG als vertypte Regelungen der Unmöglichkeit bzw. der Unzumutbarkeit ansieht<sup>53</sup>, dann passt das noch zu § 95I Nr. 2 lit. c AufenthG, wonach dann Straflosigkeit eintritt. Dass die Ausreisepflicht gem. § 60 aIII AufenthG in jedem Fall fortzubestehen scheint, passt indessen nicht mehr. Daher kann § 95I Nr. 2 AufenthG auch nicht an diese Ausreisepflicht als Strafgrund anknüpfen.

Strafgrund müsste nunmehr stattdessen die Verhinderung eines Verwaltungsvollstreckungsverfahrens sein. Zum einen ist hierbei schon fraglich, ob dies – unter Berücksichtigung der Existenz von § 113 StGB – überhaupt ein eigenständiger Strafzweck sein kann. Ein bloßer Verstoß gegen Form- und Verfahrensvorschriften legitimiert regelmäßig noch keine Strafandrohung<sup>54</sup>. Zum anderen ist ein solcher Strafzweck im Gesetzgebungsverfahren nicht auch nur ansatzweise vorgesehen gewesen<sup>55</sup>. Zweck war allein die Verhinderung des illegalen Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland. Bei einer solchen Komplettänderung des Zwecks einer Strafnorm infolge Auslegung auf Grund europäischer Vorgaben stellt sich die Frage, ob dies noch den Anforderungen, die an eine nationale Strafrechtsnorm zu stellen sind, gerecht wird.

Weiterhin kann der hier herausgearbeitete, verbliebene Anknüpfungspunkt des § 95I Nr. 2 AufenthG – kausale Verhinderung eines Rückkehrverfahrens ohne Rechtfertigungsgrund – aus dem jetzigen Wortlaut der Norm nicht herausgelesen werden. Es ist daher zumindest zu bezweifeln, ob dies den Formulierungs- bzw. Genauigkeitsanforderungen des Bestimmtheitsgebots genügt.

#### 5. Zwischenergebnis

Es ist daher im Ergebnis festzuhalten, dass für § 95I Nr. 2 AufenthG ein schmaler Anwendungsbereich verbleibt<sup>56</sup>. Das Bestehenbleiben dieser Norm weckt allerdings – auf Grund der aufgezeigten Probleme mit dem Bestimmtheitsgebot – rechtsstaatliche Bedenken. Ein Handeln des Gesetzgebers ist daher aus Sicht der Autoren dringend notwendig.

### III. § 95I Nr. 3 AufenthG

Gemäß § 95I Nr. 3 AufenthG macht sich strafbar, wer i. S. des § 14 AufenthG unerlaubt einreist<sup>57</sup>. Mit der Rückführungsrichtlinie ist dies aber insoweit unvereinbar, als ab dem

Hörich, Bergmann: Das Ende der Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts? (NJW 2012, 3339)

3343 ▲

Moment der unerlaubten Einreise ein illegaler Aufenthalt im Sinne der Rückführungsrichtlinie vorliegt und somit auch ein Rückkehrverfahren eingeleitet werden muss<sup>58</sup>. Eine strafrechtliche Sanktionierung der illegalen Einreise, die dem Rückkehrverfahren vorgeschaltet würde, steht dem entgegen.

Dies wird ausdrücklich vom *EuGH* bestätigt<sup>59</sup>. Die Rückführungsrichtlinie belegt die Mitgliedstaaten mit der Pflicht, das Rückkehrverfahren innerhalb kürzester Frist zu erfüllen.

„Diesem Erfordernis würde ganz offensichtlich nicht genügt, wenn der betreffende Mitgliedstaat, nachdem er den illegalen Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen festgestellt hätte, vor der Vollstreckung der Rückkehrentscheidung oder gar vor deren Erlass ein Strafverfahren durchführte, das gegebenenfalls zu einer Freiheitsstrafe führte. Ein solches Vorgehen würde die Abschiebung verzögern und wird im Übrigen nicht unter den in Art. 9 der Richtlinie 2008/115/EG genannten Gründen aufgeführt, die einen Aufschub der Abschiebung rechtfertigen.“<sup>60</sup>

Sollte daher eine unerlaubte Einreise i. S. des § 14 AufenthG festgestellt werden, so müssen die Mitgliedstaaten ein Rückkehrverfahren einleiten und dürfen dieses nicht durch eine strafrechtliche Ahndung der illegalen Einreise verzögern<sup>61</sup>. Auch hier kann man mit dem oben Gesagten die schuldhaftige Verhinderung des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens (also des Rückkehrverfahrens) noch zum Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit machen. Dies wird aber vollumfänglich über den verbleibenden Anwendungsbereich des § 95I Nr. 2 AufenthG erfasst. Für § 95I Nr. 3 AufenthG verbleibt mithin, da die illegale Einreise selbst kein strafrechtlicher Anknüpfungspunkt mehr sein kann, kein Anwendungsbereich mehr.

Damit entfällt dann auch § 95III Var. 1 AufenthG, da nunmehr auch für eine Versuchsstrafbarkeit einer illegalen Einreise – mangels Strafbarkeit der vollendeten Tat – kein Anknüpfungspunkt mehr besteht<sup>62</sup>.

### IV. § 95I Nr. 1 AufenthG

Gemäß § 95I Nr. 1 AufenthG macht sich ein Drittstaatsangehöriger strafbar, der sich im Bundesgebiet aufhält, ohne im Besitz eines erforderlichen Passes oder Passersatzes zu sein<sup>63</sup>. Ob der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen hierbei legal oder illegal ist, ist für die Begründung der Strafbarkeit irrelevant. Vielmehr ist eine Erfüllung des Tatbestands auch ohne Illegalität des Aufenthalts unproblematisch möglich<sup>64</sup>.

Diese Konstellation wird von den – bisherigen – Urteilen des *EuGH* nicht erfasst. Eine Bestrafung könnte aber im Falle eines illegalen Aufenthalts das zwingend durchzuführende Rückkehrverfahren verzögern. Deshalb muss auch § 95I Nr. 1 AufenthG europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass die Tat erst nach auf einem ungerechtfertigten Handeln des Drittstaatsangehörigen beruhender Erfolglosigkeit des Rückkehrverfahrens sanktioniert werden kann, um die oben mehrfach angesprochene Effizienz dieses Verfahrens zu gewährleisten. § 95I Nr. 1 und § 95I Nr. 2 AufenthG stehen dann in Tateinheit<sup>65</sup>.

Dies führt dann zwar zu dem Ergebnis, dass sich diejenigen Drittstaatsangehörigen, welche sich legal in der Bundesrepublik aufhalten, nach § 95I Nr. 1 AufenthG ohne Weiteres strafbar machen können, wohingegen illegal aufhältige Drittstaatsangehörige dieser Strafbarkeit nur unter der oben genannten Einschränkung unterliegen. Man könnte also sagen, dass die Legalität des Aufenthalts strafbegründend wirkt. Sollte eine solche Fallgestaltung vorliegen, bleiben die Regelungen der Rückführungsrichtlinie hierfür unbeachtlich. Es handelt sich stattdessen um ein grundlegendes Gleichbehandlungsproblem, auf das hier nicht weiter eingegangen werden kann.

ein grundlegendes Stellenbenennungsproblem, auf das hier nicht weiter eingegangen werden kann.

## V. Ergebnis und praktische Konsequenzen

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass für § 95I Nr. 2 AufenthG nach europarechtskonformer Auslegung anhand der Rückführungsrichtlinie weiterhin ein enger Anwendungsbereich verbleibt. Dies gilt dann ebenso für die Bußgeldvorschrift des § 98I AufenthG, die die fahrlässige Begehung der in § 95I Nrn. 1, 2 AufenthG genannten Delikte sanktioniert.

§ 95I Nr. 1 AufenthG kann zwar auch bei der Illegalität des Aufenthalts weiterhin angewandt werden – ohne dass der Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie berührt wäre –, allerdings nur, wenn hierdurch keine Verzögerung des Rückkehrverfahrens eintritt. Für § 95I Nr. 3 AufenthG verbleibt kein Anwendungsbereich.

Bedenkenswert wäre allerdings eine Reform zumindest des § 95I Nr. 2 AufenthG. Nach der europarechtskonformen Auslegung zielt der Strafzweck nicht mehr auf die Sanktionierung der Illegalität des Aufenthalts ab, sondern auf die Sanktionierung einer nicht gerechtfertigten Vereitelung eines Rückkehrverfahrens im Sinne der Rückführungsrichtlinie. Wann eine solche nicht gerechtfertigte Vereitelung vorliegt, bedürfte zur Sicherung der Normeindeutigkeit und Klarheit einer Festlegung durch den Gesetzgeber. Ohne eine solche Festlegung dürfte weiterhin Streit über den Zeitpunkt, ab dem ein Rückkehrverfahren endgültig verhindert wurde, bestehen.

Infolge der europarechtskonformen Auslegung ist die Rechtslage schwierig und wenig übersichtlich, so dass anzunehmen ist, dass sich ein beschuldigter Drittstaatsangehörigen kaum wirksam verteidigen kann. Wegen der Schwierigkeit der Rechtslage dürfte die Mitwirkung eines Verteidigers i. S. von § 140II StPO daher bis zu einer Nachbesserung durch den Gesetzgeber stets erforderlich sein<sup>66</sup>. Überraschend ist daher, dass das *OLG Hamburg*<sup>67</sup> eine Vorlage an den *EuGH* abgelehnt hat. Das *KG* ist dem gefolgt<sup>68</sup>. Dass „die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt“<sup>69</sup>, kann nach den vorangegangenen Ausführungen allerdings durchaus in Zweifel gezogen werden<sup>70</sup>. Wünschenswert wäre es daher aus Sicht der Autoren, dass Zweifeln an der richtigen Anwendung des Unionsrechts in zukünftigen Entscheidungen mehr Raum zugestanden wird.

Hörich, Bergmann: Das Ende der Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts? (NJW 2012, 3339)

3344 ▲



\* Der Autor *Hörich* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht von Prof. *Dr. Winfried Kluth*; der Autor *Bergmann* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. *Dr. Christian Schröder*, beide an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

<sup>1</sup> RL 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, ABIEU Nr. L 348 v. 24. 12. 2008, S. 98.

<sup>2</sup> *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnrn. 58 f. – El Dridi. Vgl. hierzu auch das ehemals anhängige Vorlageverfahren Italiens, das ähnliche Fragen betraf: *EuGH*, Vorabentscheidungsersuchen des *Corte Suprema di Cassazione* (Italien), eingereicht am 21. 3. 2011 – C-140/11. Dieses wurde mit Beschl. v. 29. 6. 2011 eingestellt, da die dort aufgeworfenen Rechtsfragen durch das El-Dridi-Urteil des *EuGH* bereits beantwortet seien.

<sup>3</sup> *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnr. 59 – El Dridi; ebenso *OLG Hamburg*, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3-1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter II 2 a). Gemeint ist damit eine effektive Rückführung der illegal aufhältigen Person, allerdings unter Achtung sämtlicher Grundrechte und in menschenwürdiger Weise, vgl. dazu Erwägungsgrund 2 der Rückführungsrichtlinie.

<sup>4</sup> *EuGH*, Urte. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 37 – Achughbabian.

<sup>5</sup> *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnrn. 53, 55 – El Dridi; Urte. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 33 – Achughbabian.

<sup>6</sup> Vgl. § 4I 1 AufenthG, dazu detailliert *Kretschmer*, *AusländerstrafR*, 2012, § 4 Rdnrn. 38 f.

<sup>7</sup> Vgl. allg. zu § 95I Nr. 2 AufenthG *Stoppa*, in: *Huber* (Hrsg.), *AufenthG*, 2010, § 95 Rdnrn. 32 ff.; *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnrn. 35 ff.

- 8 Vgl. zur Ausreisefrist auch *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnrn. 81 f.
- 9 Vgl. Art. 8IV der Rückführungsrichtlinie zu den Anforderungen, die an diese Maßnahmen zu stellen sind.
- 10 Vgl. *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnr. 35 ff. – El Dridi; Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 37 – Achughbabian.
- 11 *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnr. 32 – El Dridi.
- 12 *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnr. 35 – El Dridi; Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 31 – Achughbabian.
- 13 *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnr. 38 – El Dridi; Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 46 – Achughbabian.
- 14 *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnr. 33 – El Dridi.
- 15 *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnrn. 39 ff. – El Dridi; Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnrn. 36 f. – Achughbabian.
- 16 *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnrn. 53 ff., insb. Rdnr. 58– El Dridi; Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnrn. 37 ff. – Achughbabian.
- 17 Deutlich etwa dann, wenn der *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnrn. 52 und 57– El Dridi, strafrechtliche Sanktionen unter die nach der Richtlinie vorgesehenen Zwangsmaßnahmen zu subsumieren versucht und sie auch als entsprechende „Maßnahmen“ bezeichnet. Ähnlich *EuGH*, Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 36 – Achughbabian.
- 18 Der *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnr. 50 – El Dridi, stellt fest, dass sich das untersuchte strafrechtliche Verfahren „erheblich von dem Verfahren nach der Richtlinie“ unterscheidet. Auf die notwendigen Besonderheiten der Straftat geht er dabei gerade nicht ein.
- 19 Es handelt sich genau genommen um negative Spezialprävention. Der *EuGH*, Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 28 – Achughbabian, spricht insoweit explizit von Abschreckung als Strafzweck. Allerdings argumentierte im Verfahren gerade auch die deutsche Regierung mit der (in diesem Falle fehlenden) Abschreckungswirkung, vgl. *EuGH*, Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 47 – Achughbabian.
- 20 Der *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnr. 61 – El Dridi, ordnet insoweit die Nichtanwendung des nationalen Strafrechts an. Vgl. *Keßler*, Asylmagazin 2012, 102 (104).
- 21 OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter II 2 b). So auch *Winkelmann*, Die Umsetzung der 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 (ABl. EU L 348/98 vom 24. 12. 2008), Stand: 24. 12. 2008, abrufbar unter [http://www.migrationsrecht.net/component/option,com\\_joomdoc/Itemid,209/gid,1189/task,doc\\_download/](http://www.migrationsrecht.net/component/option,com_joomdoc/Itemid,209/gid,1189/task,doc_download/), S. 13 f.; *Keßler*, Asylmagazin 2012, 102 (105). Vgl. auch die insoweit explizite Entscheidung des *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnr. 60 – El Dridi.
- 22 Vgl. *Winkelmann* (o. Fußn. 21), S. 15.
- 23 OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter II 2 b, c bb); *Winkelmann* (o. Fußn. 21), S. 15.
- 24 KG, Beschl. v. 26. 3. 2012 – (4) 1 Ss 393/11 20/12, BeckRS 2012, 12413 (unter II 2 b, c).
- 25 OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter II 2 b); ebenso KG, Beschl. v. 26. 3. 2012 – (4) 1 Ss 393/11 20/12, BeckRS 2012, 12413 (unter 2 b); zustimmend *Winkelmann* (o. Fußn. 21), S. 15.
- 26 So benennt das OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter II 2 c aa), selbst das Ziel der Rückführungsrichtlinie.
- 27 OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter II 2 c aa).
- 28 So *EuGH*, Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnrn. 46, 48 und 50, Ls. 2 – Achughbabian; NJOZ 2012, 837 Rdnrn. 52 u. 60– El Dridi.
- 29 Deutlich *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnrn. 52 – El Dridi. Auf diese Urteils Passage bezieht sich ausdrücklich das OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter II 2 c aa). In diesem Sinne aber auch *EuGH*, Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 48 – Achughbabian.
- 30 Vgl. insoweit auch *Keßler*, Asylmagazin 2012, 102 (105).

- 31 Vgl. die Definition der Illegalität des Aufenthalts in Art. 3 Nr. 2 der Rückführungsrichtlinie: „... Voraussetzungen ... für Aufenthalt erfüllen“ (*Anm.: Kurzfassung der Autoren*). Hierunter lässt sich gerade das Rechtsinstitut der Duldung subsumieren, da diese Voraussetzung für einen weiteren straflosen Aufenthalt ist.
- 32 Dies ignoriert offenbar das OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter II 2 c cc).
- 33 Vgl. *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnr. 59 – El Dridi.
- 34 Dies hat der EuGH, Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 44 – Achughbabian, gerade auch dem diesbezüglichen Vorbringen der deutschen Regierung entgegengehalten. Dies übersieht das OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter II c bb, cc).
- 35 Wortlaut nach EuGH, Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 45 – Achughbabian.
- 36 EuGH, Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 44 f. – Achughbabian
- 37 Die Rechtsprechung hat hier überwiegend eine Strafbarkeit angenommen, in der Literatur ist dies überwiegend abgelehnt worden. Vgl. zum Streitstand *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnrn. 90 ff.; ausf. *Lam*, Asylmagazin 2011, 228 mit zahlr. w. Nachw.
- 38 Das Verwaltungszwangsverfahren wird nur weitergeführt.
- 39 So aber der Begründungsansatz des OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter II 2 c cc).
- 40 So auch grundsätzlich *Lam*, Asylmagazin 2011, 228 (230), unter Verweis auf *BVerfG*, NVwZ 2003, 1250 = NStZ 2003, 488.
- 41 EuGH, Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 50 – Achughbabian; vgl. auch *EuGH*, NJOZ 2012, 837 Rdnr. 62 – El Dridi, der in der deutschen Textfassung zwar auf den Aufenthalt ohne „berechtigten Grund“ und in der englischen Textfassung auf einen Aufenthalt ohne „valid grounds“ abstellt, aber in der italienischen („senza giustificato motivo“) und vor allem in der französischen („sans motif justifié“) Textfassung dieselbe Formulierung verwendet wie in der späteren Achughbabian-Entscheidung.
- 42 Art. 33II des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. 7. 1951, verkündet mit Gesetz v. 1. 9. 1953 (BGBl II, 559), in Kraft getreten am 22. 4. 1954 gemäß Bekanntmachung des Bundesministers des Auswärtigen v. 25. 4. 1954 (BGBl II, 619).
- 43 Bei echten Unterlassungsdelikten lässt sich auch eine tatbestandsausschließende Wirkung erwägen, dies führt hier aber im Ergebnis nicht zu einem Unterschied.
- 44 Zur Berücksichtigung im Rahmen der Prüfung des § 95I Nr. 2 AufenthG *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnr. 97; *Lam*, Asylmagazin 2011, 228 (229).
- 45 Vgl. *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnr. 97. Ebenso *Lam*, Asylmagazin 2011, 228 (229), der hervorhebt, dass es zudem unerheblich sei, ob der Drittstaatsangehörige sich bei der Ausländerbehörde gemeldet habe oder untergetaucht sei.
- 46 Vgl. zum Ganzen auch *BGH*, NJW 2010, 248 = StV 2010, 247; krit. dazu *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnr. 97.
- 47 Vgl. insoweit auch *Keßler*, Asylmagazin 2012, 102 (105), der ebenfalls mehr verlangt als eine bloße verweigerte Mitwirkung an der Aufklärung der Identität.
- 48 *BGH*, NJW 2010, 248 = StV 2010, 247.
- 49 So etwa *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnrn. 93 und 97.
- 50 Vgl. zu dieser Einordnung *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnr. 36; *Lam*, Asylmagazin 2011, 228 (229) m. w. Nachw.
- 51 Anders etwa *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnr. 48, der explizit auf § 50I AufenthG Bezug nimmt.
- 52 Auch dazu *Lam*, Asylmagazin 2011, 228 (229).
- 53 In diesem Sinne etwa *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnr. 88.
- 54 So auch *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnr. 93, allerdings in etwas anderem Kontext.
- 55 Vgl. dazu *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnr. 93: „Es ist nicht Wille des Gesetzgebers, jede Übertretung ausländerrechtlicher Mitwirkungspflichten strafrechtlich zu sanktionieren.“
- 56 Diese Sichtweise führt also die Aufführungen des *EuGH* nicht „ad absurdum“, wie das OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter III), zu meinen scheint. Einen verbleibenden Anwendungsbereich allerdings noch verneinend *Hörich*, ZAR 2011, 281 (283).

- 57 Vgl. zu § 95I Nr. 3 AufenthG *Stoppa*, in: *Huber* (o. Fußn. 7), § 95 Rdnrn. 104 ff. Die gesetzliche Formulierung des § 95I Nr. 3 AufenthG ist missverständlich, da dieser eine Einreise entgegen der Voraussetzungen des § 14 AufenthG unter Strafe stellt, also eigentlich eine legale Einreise. Deshalb hält *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnr. 117, die Norm für zu unbestimmt und daher für verfassungswidrig.
- 58 Kritisch in diesem Sinne daher auch *Winkelmann* (o. Fußn. 21), S. 14.
- 59 Vgl. EuGH, Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 45 – Achughbabian.
- 60 EuGH, Urt. v. 6. 12. 2011 – C-329/11, BeckRS 2011, 81777 Rdnr. 45 – Achughbabian.
- 61 Ebenso *Winkelmann* (o. Fußn. 21), S. 14.
- 62 Vgl. allgemein zu den bisherigen Voraussetzungen einer solchen Versuchsstrafbarkeit *Stoppa*, in: *Huber* (o. Fußn. 7), § 95 Rdnrn. 341 ff.; *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnr. 122.
- 63 Vgl. allg. zu § 95I Nr. 1 AufenthG *Stoppa*, in: *Huber* (o. Fußn. 7), § 95 Rdnrn. 1 ff.; *Hailbronner*, AuslR, AufenthG, § 95 Rdnrn. 12 ff.; *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnrn. 8 ff.
- 64 Dies ausdrücklich bestätigend *BVerfG*, NVwZ 2006, 80 (80 f.) = NJW 2006, 681 L. Dies folge schon daraus, dass durch § 95I Nr. 1 AufenthG die Beachtung der in § 3 AufenthG normierten Passpflicht gesichert wird und nicht an die Illegalität des Aufenthalts angeknüpft wird.
- 65 *Stoppa*, in: *Huber* (o. Fußn. 7), § 95 Rdnr. 30; *Kretschmer* (o. Fußn. 6), § 4 Rdnr. 110.
- 66 Vergleichbares fordert *Lam*, Asylmagazin 2011, 228 (232 f.), der auf Grund der Schwierigkeit der Rechtslage von einem Anspruch auf Pflichtverteidigung auszugehen scheint.
- 67 OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter III).
- 68 KG, Beschl. v. 26. 3. 2012 – (4) 1 Ss 393/11 20/12, BeckRS 2012, 12413 (unter 4).
- 69 OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 1. 2012 – 3 – 1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11, BeckRS 2012, 03849 (unter III).
- 70 So auch Anwaltsnachrichten Ausländer- und Asylrecht (ANA-ZAR) 2012, 26.