

Generalstaatsanwaltschaft Berlin

Sehr geehrter Herr

auf Ihre Beschwerde vom 21. Februar 2016 gegen den Bescheid der Staatsanwaltschaft Berlin vom 8. Februar 2016 in dem Ermittlungsverfahren gegen Dr. Angela Merkel wegen des Vorwurfs des Einschleusens von Ausländern – 276 Js 368/16 – teile ich Ihnen mit:

Nach Prüfung des Sachverhalts sehe ich mich nicht in der Lage, entgegen dem angefochtenen Bescheid anzuordnen, dass Ermittlungen angestellt werden. Die Staatsanwaltschaft Berlin hat das Verfahren aus zutreffenden Gründen eingestellt. Ihr Beschwerdevorbringen ist nicht geeignet, eine andere Entschließung zu rechtfertigen.

Ergänzend bemerke ich:

Die Staatsanwaltschaft Berlin hat zutreffend das Vorliegen eines Anfangsverdachts *strafbarer* Handlungen von Regierungsmitgliedern im Zusammenhang mit der Flüchtlingswelle seit September 2015 verneint.

Soweit es die Gestattung der Einreise durch die Bundesregierung von zum fraglichen Zeitpunkt konkret in Ungarn festgehaltenen Flüchtlingen Anfang September 2015 unter Verzicht auf Grenz- und Passkontrollen anbelangt, ist ein strafrechtlich relevantes Einschleusen nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 b AufenthG („ . . . zugunsten von mehreren Ausländern . . .“) nicht gegeben.

Die von der Bundeskanzlerin nach außen vertretene Entscheidung ist in zulässiger Weise auf § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylVfG (jetzt AsylG) gestützt, denn aus den publizierten Abläufen der Geschehnisse um den 4. September 2015 (vgl. dazu den im Internet abrufbaren Artikel „Der Tag der Deutschland veränderte“ in FOCUS Nr. 52) ergibt sich in ausreichender Weise, dass der für eine derartige Anordnung zuständige Bundesminister des Inneren Thomas de Maizière in die Entscheidung eingebunden war und diese mitgetragen hat, zumal eine dahingehende Distanzierung durch diesen auch in der Folgezeit nicht bekannt geworden ist. Da für die Ministeranordnung nach § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylVfG (jetzt AsylG) - wobei diese Vorschrift ein weitgehend rechtlich nicht gesteuertes (politisches) Ermessen eröffnet (vgl. Funke-Kaiser in GK-AsylVfG, Stand Dezember 2015, § 18 Rdnr. 51) - nach dem Gesetz eine bestimmte Form nicht verlangt wird, besteht jedenfalls kein zureichender Anhalt dafür, dass eine solche aus humanitären Gründen nicht zumindest im Hinblick auf die erkennbare Eilbedürftigkeit der Entscheidung faktisch bzw. konkludent vorlag. Auch aus aktenkundigen Schreiben des Bundespolizeipräsidiums zum maßgeblichen grenzpolizeilichen Verfahren ergibt sich, dass diesem eine Entscheidung des Bundesministeriums des Inneren nach § 18 Abs. 4 AsylG zugrunde lag.

Auch in dem im Internet im Volltext abrufbaren Rechtsgutachten des früheren Richters des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Di Fabio vom 8. Januar 2016 wird bei einer Notlage die Möglichkeit einer zeitlich befristeten und vom Umfang her überschaubaren Maßnahme auf der Grundlage von § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylVfG (jetzt AsylG) nicht durchgreifend in Abrede gestellt (dort Seite 91 f.). Der Gestattung der Einreise nach § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylVfG (jetzt AsylG) stand schließlich auch nicht die sog. Dublin III-VO entgegen, da dort Art. 17 Abs. 1 ausdrücklich ein im (weiten) Ermessen stehendes – und jedenfalls nach dem Verordnungswortlaut nicht näher eingeschränktes – Eintrittsrecht eines an sich für das Asylverfahren nicht zuständigen EU-Staates vorsieht. Die mit der Einreisegestattung einhergehende Aussetzung der Passpflicht lässt sich auf § 3 Abs. 2 AufenthG, § 14 Abs. 1 Nr. 1 AufenthaltsVO und Art. 5 Abs. 4 c) der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 (Schengener Grenzkodex) gründen, wobei die Bundesregierung zur Erteilung entsprechender Einzelanweisungen an Bundesbehörden – wie an die für den Grenzschutz zuständige Bundespolizei – ermächtigt ist (vgl. Hailbronner, Ausländerrecht, Stand November 2015, § 74 AufenthG Rdnr. 7).

Die in § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylVfG (jetzt AsylG) vorgesehene Möglichkeit der Anordnung der Einreise kann sich dabei neben Einzelfällen auch auf eine Gruppe von Asylbewerbern – hier Kriegsflüchtlinge aus Syrien – beziehen. Die dahingehende (politische) Entscheidung ist für sich genommen bindend und einer Überprüfung nicht zugänglich (vgl. Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl., § 18 AsylVfG Rdnrn. 30 ff.). Soweit dies im Ergebnis entsprechend einer Leitlinie des Bundesamts

für Migration und Flüchtlinge (BAMF) zu einem weitgehenden Absehen der Anwendung der Regeln der Dublin III-VO bei syrischen Flüchtlingen geführt hat, ist hieraus ein strafrechtlich relevanter Vorwurf nicht abzuleiten. Zwar mag die Verwaltungspraxis dazu geführt haben, dass sich Flüchtlinge in ihrem Entschluss, zum Zwecke der Beantragung von Asyl nach Deutschland einzureisen, bestärkt gefühlt haben, es besteht jedoch kein tragfähiger Anhalt dafür, dass dies von den verantwortlichen Entscheidungsträgern gezielt in den Blick genommen oder gar gebilligt worden ist, zumal die Anwendung des Dublin-Verfahrens im Einzelfall auch bei Syrern nicht per se durch die Leitlinie ausgeschlossen gewesen wäre.

Ungeachtet dessen ist ein strafbares Verhalten durch die Gestattung der Einreise auch deshalb nicht ersichtlich, weil es an einer für die Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 b AufenthG erforderlichen *vorsätzlichen* Straftat (vgl. BGH NSTZ 2015, 399 ff.) der aus Ungarn eingereisten Ausländer nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG mangelt, da diese aufgrund der verkündeten Entscheidung der Bundesregierung nicht mehr von einer illegalen Einreise ausgegangen sein werden. Dass die Vorsatzlosigkeit der einreisenden Ausländer vorliegend gerade aus einer Entscheidung der Personen abzuleiten ist, denen deren strafbare Einschleusung vorgeworfen wird, kann letztlich vor dem Hintergrund zwingender dogmatischer Erwägungen im Hinblick auf den im Rahmen von § 96 AufenthG zu beachtenden Grundsatz der Akzessorietät zu keiner anderen Beurteilung führen.

Selbst wenn die Gestattung der Einreise hinsichtlich der Rechtsgrundlagen abweichend beurteilt werden würde, läge eine für die Strafbarkeit nach § 96 AufenthG erforderliche Bezugstat nicht vor. Da das Schutzgut der Straftat nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG das der Exekutive obliegende „staatliche Hausrecht“ ist (vgl. Stoppa in Huber, AufenthG, 1. Aufl., § 95 Rdrn. 118), handelt bereits nicht tatbestandsmäßig, wer das Land mit dem Willen des Berechtigten betritt (vgl. für den Fall des Hausfriedensbruchs Fischer, StGB, 63. Aufl., § 123 Rdnr. 16; Lilie in Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 123 Rdnr. 74). Soweit die einreisenden Ausländer auf eine – unterstellt – rechtlich unwirksame Gestattung der Einreise irrtümlich vertraut hätten, würde sich dies daher als Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum (und nicht lediglich als Verbotsirrtum) erweisen. Eine formal wirksame Erlaubnis – hier Einreise ohne Pass – entfaltet im Ausländerrecht folglich wie auch sonst bei verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen Tatbestandswirkung (vgl. Hailbronner a.a.O., § 95 AufenthG Rdnr. 42), so dass bei Gestattung nach § 18 AsylVfG (jetzt AsylG) keine unerlaubte Einreise vorliegt (vgl. Heinrich ZAR 2003, 166, 168).

Soweit es die Zulassung der – teilweise auch unkontrollierten – Einreise von Flüchtlingen durch die Bundesregierung in der Folgezeit betrifft, bestehen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen strafrechtlich relevanten Verhaltens ebenfalls nicht. Ungeachtet des Umstandes, dass

der Bundesminister des Inneren am 13. September 2015 zunächst ohnehin die Wiederaufnahme von Grenzkontrollen angeordnet hat, erfüllt allein ein etwaiges Unterlassen dahingehender bzw. ergänzender Maßnahmen ein strafbares Verhalten im Sinne der Verletzung einer konkreten Garantspflicht nicht.

In dem bloßen Unterlassen weiterer grenzsichernder Maßnahmen oder der Abgabe politischer Statements zur Flüchtlingsproblematik ist kein von einem entsprechenden strafrechtlich relevanten Vorsatz gedecktes, ausreichend konkretes Veranlassen oder Fördern einer illegalen Einreise in die Bundesrepublik Deutschland oder etwaiges diesbezügliches Auffordern zu Straftaten im Sinne des § 111 StGB zu erblicken. Das bloße Dulden einer fremden Tat stellt noch keine Beihilfe dar. Zum einen steht bereits die Frage der Ursächlichkeit einer unterstellten Tatveranlassung oder -förderung im Sinne einer Ermunterung in Zweifel, weil es einem ohnehin zur Einreise nach Deutschland fest entschlossenen Flüchtling auch im Falle von verstärkten Grenzkontrollen unbenommen bliebe, unmittelbar bei dieser Gelegenheit um Asyl nachzusuchen. Zum anderen bestehen vor dem Hintergrund der bekanntermaßen beengten personellen Ausstattung (auch) des Grenzschutzes zudem keine validen Anhaltspunkte für eine notwendige Feststellbarkeit der Vermeidbarkeit etwaiger konkreter illegaler Grenzübertritte durch in Betracht kommende Maßnahmen. Soweit das Unterlassen von Maßnahmen an der Landesgrenze auch die Gefahr der Einreise von Ausländern erleichtern dürfte, die von vornherein nicht als Flüchtling oder Asylsuchender in die Bundesrepublik Deutschland zu gelangen trachten, reicht die bloße Kenntnis eines dahingehenden generellen Risikos der Tatförderung für die Annahme eines Beihilfevorsatzes ebenfalls nicht aus (vgl. Fischer a.a.O., § 27 Rdnr. 26). In Fällen der Untätigkeit darf zudem nicht durch die Annahme psychischer Beihilfe das Erfordernis einer Garantenstellung - und Garantspflicht - als Voraussetzung einer Beihilfe durch Unterlassen übersprungen werden (vgl. Fischer a.a.O., § 27 Rdnr. 13a). Vor dem Hintergrund, dass nach der grundsätzlichen Abschaffung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen des Schengenraums eine mögliche Intensivierung polizeilicher Kontrollen an der nationalen Grenze unter der Einschränkung steht, nicht die Wirkung von Grenzübertrittskontrollen haben zu dürfen, ist zudem zweifelbehaftet, ob eine weitere Intensivierung der polizeilichen Kontrollen angesichts der insoweit geltenden engen Voraussetzungen überhaupt zulässig gewesen wäre, wobei hinsichtlich des Umfangs der Maßnahmen zunächst eine Risikobewertung durch den jeweiligen Mitgliedsstaat vorzunehmen und den Entscheidungsträgern diesbezüglich ohnehin eine Einschätzungsprärogative zuzubilligen ist, die sich somit strafrechtlicher Bewertung entzieht. Auch nach der Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 23. Oktober 2015 ist davon auszugehen, dass die Wiedereinführung von Grenzkontrollen lediglich zum Zwecke einer kontrollierten Registrierung erfolgen durfte, aber nicht der Zurückweisung dienen sollte.

Soweit unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten im Hinblick auf die Auswirkungen der Massenfluchtbewegung und das defizitäre Schengen- und Dublin-System die Auffassung vertreten wird, dass es jedenfalls bei Überschreitung eines überschaubaren Rahmens der Flüchtlingsproblematik einer gesonderten gesetzlichen Legitimation zur Einreisegestattung bedürfe und gegebenenfalls eine strikte Sicherung der Landesgrenze geboten wäre (vgl. Gutachten Prof. Dr. Di Fabio S. 95 ff.) führt dies angesichts der Komplexität der Materie in strafrechtlicher Hinsicht – selbst wenn das Bundesverfassungsgericht rückblickend zur einer Feststellung eines Verfassungsverstoßes der Bundesregierung ab einem gewissen Zeitpunkt gelangen würde – schon im Hinblick auf die subjektive Tatseite zu keiner anderen Bewertung, zumal ohnehin selbst aus verfassungsrechtlicher Sicht der Bundesregierung ein gewisser zeitlicher Handlungsspielraum verbleiben soll (vgl. Gutachten Prof. Dr. Di Fabio S.105).

Auch hinsichtlich weiterer in Betracht kommender Straftatbestände liegt ein Anfangsverdacht nicht vor.

Ich vermag daher Ihrer Beschwerde nicht zu entsprechen.

Hochachtungsvoll

Oberstaatsanwalt