

**1 Ss 96/06 Brandenburgisches Oberlandesgericht**

5301 Ss 56/06 Generalstaatsanwaltschaft des Landes Brandenburg

27 Ns 106/06 Landgericht Potsdam

22a Ds 10/06 Amtsgericht Brandenburg a. d. Havel

480 Js 43582/05 Staatsanwaltschaft Potsdam

## **Brandenburgisches Oberlandesgericht**

### **Beschluss**

#### **In der Strafsache**

**g e g e n** .....kenianischer Staatsangehöriger,  
**Verteidigerin:** Rechtsanwältin ...  
**w e g e n** wiederholten Verstoßes gegen eine räumliche Beschränkung  
bei vollziehbarer Ausreisepflicht

hat der 1. Strafsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts durch

die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Thaeren-Daig,  
den Richter am Oberlandesgericht Dr. Bachnick und  
den Richter am Oberlandesgericht Heck

am **22. Februar 2007**

gemäß § 349 Abs. 4 StPO

einstimmig **b e s c h l o s s e n :**

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil der 7. kleinen Strafkammer des Landgerichts Potsdam vom 12. September 2006 mit den zu Grunde liegenden Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Potsdam zurückverwiesen.

## **Gründe:**

### **I.**

Das Amtsgericht Brandenburg a. d. Havel verhängte gegen den Angeklagten mit Urteil vom 3. April 2006 wegen wiederholten Zuwiderhandelns gegen eine räumliche Beschränkung nach § 61 Abs. 1 AufenthG eine nicht zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe von vier Monaten. Auf die hiergegen eingelegte, auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Berufung des Angeklagten hat das Landgericht Potsdam mit Urteil vom 12. September 2006 ebenfalls eine viermonatige Freiheitsstrafe verhängt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten.

### **II.**

Das form- und fristgerecht eingelegte Rechtsmittel hat Erfolg.

Die - im Revisionsverfahren von Amts wegen zu überprüfende (vgl. Meyer-Goßner, StPO 49. Aufl. § 327 Rdnr. 9, § 352 Rdnr. 4 m.w.N.) - Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch erweist sich als unwirksam, denn die vom Amtsgericht getroffenen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils bieten keine ausreichende Grundlage für die Strafzumessung.

Die Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch setzt voraus, dass die infolge der Beschränkung in Rechtskraft erwachsenen Feststellungen zur Tat eine ausreichende Grundlage für die Prüfung des Schuldspruches und der Rechtsfolgenentscheidung bieten (vgl. BGHSt 27, 70; OLG Düsseldorf VRS 90, 215 m. w. N.; Meyer-Goßner, aaO. § 318 Rdnr. 33). Daran fehlt es hier, weil die amtsgerichtlichen Feststellungen den Schuldspruch der wiederholten Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung nach § 61 Abs. 1 AufenthG (vgl. § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG) nicht tragen.

Den Gründen des erstinstanzlichen Urteils ist lediglich zu entnehmen, dass der u.a. wegen wiederholter Verstöße gegen das Asylverfahrensgesetz vorbestrafte Angeklagte am 20. Oktober 2005 gegen 16.00 Uhr auf dem Hardenbergplatz in Berlin angetroffen wurde, „obwohl seitens der Ausländerbehörde der Stadt Brandenburg an der Havel der Aufenthalt auf die Stadt Brandenburg an der Havel und den Landkreis Potsdam-Mittelmark beschränkt war“ und obwohl er sich bereits an diversen, im einzelnen genannten Tagen in den Jahren 1998 bis 2003 "unerlaubt außerhalb des ihm zugewiesenen Aufenthaltsbereiches" aufgehalten habe.

Diese Feststellungen stützen aus mehreren Gründen nicht den Vorwurf der nach § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG strafbaren wiederholten Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung nach § 61 Abs. 1 AufenthG.

1. Den Ausführungen lässt sich bereits nichts Näheres über den ausländerrechtlichen Status des Angeklagten und die Grundlage für seine Aufenthaltsbeschränkung entnehmen. Der Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG unterliegt allein der Verstoß gegen die in § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG geregelte, gesetzlich angeordnete räumliche Beschränkung des Aufenthalts eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers - bei dem die Abschiebung vorübergehend ausgesetzt ist (§ 60 a AufenthG) - auf das Gebiet des betreffenden Bundeslandes. Aus den Urteilsgründen geht jedoch nicht hervor, dass dem Angeklagten eine entsprechende Duldung nach § 60 a AufenthG mit der sich daraus kraft Gesetzes gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ergebenden Aufenthaltsbeschränkung erteilt worden ist. Auch kann die den Feststellungen zu entnehmende Anordnung der Beschränkung des Aufenthaltsrechtes auf die Stadt Brandenburg a. d. Havel und den Landkreis Potsdam-Mittelmark allenfalls auf einer nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ergangenen behördlichen Auflage beruhen, deren Zuwiderhandlung nicht nach § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG strafbar sein, sondern lediglich als Ordnungswidrigkeit nach § 98 Abs. 3 Nr. 3 AufenthG geahndet werden kann (vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16. Oktober 2006 - 3 Ss 204/06, StraFo 2006, 508, zit. aus juris).

2. Darüber hinaus fehlt es gleichermaßen auch an ausreichenden Feststellungen für ein wiederholtes Zuwiderhandeln. Da ein nach § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG strafbarer Verstoß gegen die räumliche Beschränkung des Aufenthalts eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers ein mehrfaches Zuwiderhandeln voraussetzt und erstmalige Verstöße lediglich als Ordnungswidrigkeit nach § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG geahndet werden, bedarf es genauerer Angaben

über weitere Gesetzesverletzungen. Die vom Amtsgericht getroffene Feststellung, der Angeklagte habe sich auch an weiteren, konkret benannten Tagen außerhalb des ihm zugewiesenen Aufenthaltsbereichs aufgehalten, genügt hierfür nicht, denn dem lässt sich nichts über die Art der zugrunde liegenden Aufenthaltsbeschränkungen entnehmen. Auf dieser Grundlage kann nicht beurteilt werden, ob auch insoweit ein für die Verwirklichung des Tatbestandes von § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG allein maßgeblicher Verstoß gegen die sich aus einer erteilten Duldung gemäß § 61 Abs. 1 AufenthG ergebende räumliche Beschränkung anzunehmen ist oder ob (lediglich) Verstöße gegen aus anderen Gründen bestehende Aufenthaltsbeschränkungen vorliegen. Zudem deuten die vom Amtsgericht zu den Vorstrafen getroffenen Feststellungen darauf hin, dass der Angeklagte seinerzeit nicht gegen die sich aus einer Duldung ergebende Aufenthaltsbeschränkung (vgl. zum damals geltenden Recht § 56 Abs. 3 Satz 1 AuslG, der inhaltlich dem § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG entspricht), sondern gegen im Asylverfahren bestehende räumliche Beschränkungen nach § 56 AsylVfG verstoßen hat (im Wiederholungsfalle strafbar gemäß § 85 Abs. 2 AsylVfG). Ein solches Zuwiderhandeln erfüllt den Tatbestand von § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG jedoch nicht.

3. Die vom Amtsgericht festgestellten früheren Verstöße gegen bestehende Aufenthaltsbeschränkungen kommen ferner deshalb nicht für die Verwirklichung des nach § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG strafbaren Tatbestandes des wiederholtes Zuwiderhandeln gegen eine räumliche Beschränkung nach § 61 Abs. 1 AufenthG in Betracht, weil die betreffenden Tatzeiträume (1998 bis 2003) vor dem 1. Januar 2005 liegen, an dem das Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz) in Kraft getreten ist (vgl. Art. 15 Abs. 3 des Zuwanderungsgesetzes; BGBl 2004 I 1950 v. 30. Juli 2004).

a) Bis zum 1. Januar 2005 war auch die wiederholte Überschreitung des räumlichen Geltungsbereichs einer Duldung gemäß den bis dahin geltenden - gemäß Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 des Zuwanderungsgesetzes seit dem außer Kraft getretenen - Vorschriften des Ausländergesetzes (vgl. §§ 55, 56 Abs. 3 Satz 1 AuslG) nicht strafbar, weil sie den Tatbestand des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG nicht erfüllte (BGHSt 42, 291). Entsprechende Verstöße waren - auch im Wiederholungsfalle - lediglich als Ordnungswidrigkeit sanktioniert (§ 93 Abs. 3 Nr. 1 AuslG). Der Gesetzgeber hat nunmehr mit Wirkung zum 1. Januar 2005 das wiederholte Zuwiderhandeln gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG als Straftat geregelt, während der erstmalige Verstoß

gemäß § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG weiterhin lediglich mit einem Bußgeld geahndet werden kann. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Neufassung des Gesetzes die für vollziehbar Ausreisepflichtige geltenden aufenthaltsrechtlichen Folgen, die es ermöglichen sollen, das Untertauchen des betreffenden Ausländers zu erschweren und die Erfüllung der Ausreisepflicht besser zu überwachen, an die für Asylbewerber gemäß § 85 Abs. 2, § 56 Abs. 1, 2 AsylVfG geltenden Sanktionen angleichen (vgl. BT-Drucksache 15/420, S. 92, 98).

b) Da der Straftatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG erst zum 1. Januar 2005 in Kraft getreten ist und die Zuwiderhandlung vollziehbar Ausreisepflichtiger gegen die bestehende räumliche Beschränkung vor diesem Zeitpunkt - auch im Wiederholungsfalle - nur eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 93 Abs. 3 Nr. 1 AuslG darstellte, sind für die Beurteilung der Strafbarkeit nur Verstöße gegen die Aufenthaltsbeschränkung tatbestandsrelevant, die in die Zeit nach Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes fallen. Dies ergibt sich aus dem gemäß Art. 103 Abs. 2 GG geltenden Rückwirkungsverbot und entspricht der Regelung des § 2 Abs. 1 StGB. Danach bestimmt sich die Strafe nach dem zur Tatzeit geltenden Gesetz. Da § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG wiederholtes Zuwiderhandeln voraussetzt und damit auch der Erstverstoß eigenständiges Tatbestandsmerkmal ist, besteht bei einem lediglich vor Geltung der Norm begangenen (vgl. § 8 StGB) erstmaligem Zuwiderhandeln keine Strafbarkeitsgrundlage. Abweichendes ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 2 StGB, wonach bei einer Änderung der Strafdrohung das bei Beendigung der Tat geltende Gesetz anzuwenden ist. Denn mit der Schaffung eines Straftatbestandes für Fälle bis dahin lediglich als Ordnungswidrigkeit geahndeter wiederholter Verstöße hat der Gesetzgeber nicht lediglich die Höhe der Strafe oder den Deliktscharakter verändert, sondern den Wechsel von einer Ordnungswidrigkeit zu einer Straftat vollzogen, was strafbegründende Bedeutung hat; in diesem Fall sind nur solche Teilakte der Tatbestandsverwirklichung zu berücksichtigen, bei deren Begehung (§ 8 StGB) das neue Gesetz bereits in Kraft war (vgl. Schönke/Schröder-Eser, StGB 77. Aufl. § 2 Rdnr. 14, 15).

### III.

Das angefochtene Berufungsurteil unterliegt deshalb der Aufhebung.

Die mit der erneuten - auch die Kosten der Revision betreffenden - Entscheidung befasste Berufungsstrafkammer wird zu prüfen haben, ob der Angeklagte im Zeitraum nach dem 1. Januar 2005 wiederholt gegen eine aufgrund einer erteilten Duldung bestehende Aufenthaltsbeschränkung verstoßen hat. Lässt sich insoweit lediglich ein einmaliger Verstoß feststellen, kommt lediglich die Verhängung eines Bußgeldes gemäß § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG in Betracht.