

Oberlandesgericht Celle

32 Ss 95/07

4301 Js 7835/05 StA Lüneburg - Zweigstelle Celle

EINGANG

17. Juli 2007

nominierte
Lerche, Schneider, Fahlbusch

Beschluss

In der Strafsache

Verteidiger: Rechtsanwalt Peter Fahlbusch, Hannover,

wegen Vergehens gegen das Aufenthaltsgesetz

hat der 2. Strafsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil der 1. kleinen Jugendkammer des Landgerichts Lüneburg vom 2. April 2007 nach Anhörung und teilweise auf Antrag der Generalstaatsanwaltschaft durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Meier, den Richter am Oberlandesgericht Rosenow und den Richter am Landgericht Bornemann am **10. Juli 2007** einstimmig beschlossen:

Das angefochtene Urteil wird im Rechtsfolgenausspruch dahin geändert, dass der Angeklagte zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je 1,00 € verurteilt wird.

Die weitergehende Revision wird gemäß § 349 Abs.2 StPO als unbegründet verworfen.

Der Angeklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. Die Gebühr für das Revisionsverfahren wird jedoch um $\frac{1}{4}$ ermäßigt. In diesem Umfang hat die Landeskasse auch die dem Angeklagten im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Gründe:

I.

Das Amtsgericht Celle - Jugendrichterin - hat den Angeklagten am 19. Oktober 2006 wegen Vergehens gegen §§ 95 Abs. 1 Nr.1, 48 Abs. 2, 3 Abs. 1 AufenthG zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je 5,00 € verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung des Angeklagten hat die 1. kleine Jugendkammer des Landgerichts Lüneburg mit dem angefochtenen Urteil verworfen.

Nach den Feststellungen der Kammer ist der Angeklagte, ein afghanischer Staatsangehöriger, am 27. Dezember 2003 auf dem Landweg nach Deutschland eingereist. Seither lebt er in einem Asylbewerberheim in Celle. Die Miete bezahlt die Stadt. Der Angeklagte erhält ausschließlich Sachleistungen (Lebensmittelgutscheine) im Wert von 161,07 € monatlich nach dem Asylleistungsgesetz.

Der Asylantrag des Angeklagten wurde vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge bereits am 26. Februar 2004 als offensichtlich unbegründet abgelehnt und der Angeklagte zum Verlassen der Bundesrepublik Deutschland unter Abschiebeandrohung aufgefordert. Die dagegen gerichtete Klage des Angeklagten wurde durch Urteil des Verwaltungsgerichts Oldenburg am 10. Januar 2006 rechtskräftig abgewiesen.

Die Stadt Celle forderte den Angeklagten mit Schreiben vom 29. Juni 2004, 6. Juli 2005 und 21. Februar 2006 jeweils auf, bei der konsularischen Vertretung von Afghanistan einen Nationalpass zu beantragen und diesen der Ausländerbehörde vorzulegen. Der Angeklagte weigerte sich jedoch, weil er sich in Afghanistan in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sehe und im Übrigen Blutrache befürchte. Mindestens seit dem 10. Januar 2006 hält sich der Angeklagte deshalb im

 Bundesgebiet auf, ohne im Besitz eines gültigen Passdokumentes zu sein und bemüht sich auch nicht in zumutbarer Weise um die Ausstellung eines solchen Dokumentes.

Der Angeklagte hat nach den Gründen des angefochtenen Urteils den äußeren Sachverhalt eingeräumt, ist aber der Ansicht, die Passbeschaffung sei ihm nicht zumutbar. Dem ist die Kammer nicht gefolgt, weil der Angeklagte rechtskräftig ausreisepflichtig ist und durch die Beantragung und Beschaffung eines Passes sich noch keine Gefährdung für den Angeklagten realisieren kann. Die Kammer hat den Angeklagten deshalb wie dargestellt verurteilt. Zur Strafzumessung hat die Kammer ausgeführt, dass zugunsten des Angeklagten ein vermeidbarer Verbotsirrtum angenommen worden sei, so dass von einem gemäß §§ 17 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB gemilderten Strafraum von Geldstrafe bis zu Freiheitsstrafe von bis zu neun Monaten auszugehen sei. Bei der konkreten Bemessung der Strafe hat die Kammer das Geständnis, die schwierige Sozialisation und die aktuelle soziale Lage des Angeklagten strafmildernd berücksichtigt.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit der Revision, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt. Er beanstandet insbesondere, dass die Urteilsgründe keine Ausführungen zur Bemessung der Tagessatzhöhe enthalten. Im Übrigen berücksichtige das angefochtene Urteil nicht, dass der Angeklagte keinerlei Geldleistungen bekomme, sondern ausschließlich Sachleistungen in Form von Gutscheinen erhalte. Die Verurteilung zu einer Geldstrafe sei deshalb auf etwas für den Angeklagten Unmögliches gerichtet und daher unzulässig.

II.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache nur teilweise Erfolg.

1. Zum Schuldspruch verwirft der Senat das Rechtsmittel auf Antrag der Generalstaatsanwaltschaft gemäß § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet.

2. Zum Rechtsfolgenausspruch deckt die Revision allerdings einen Rechtsfehler auf und führt zur aus dem Tenor ersichtlichen Änderung des angefochtenen Urteils.

Allerdings liegt ein Mangel des angefochtenen Urteils noch nicht darin, dass ausdrückliche Ausführungen zur Bemessung der Tagessatzhöhe fehlen. Denn die Kammer hat ausreichende tatsächliche Feststellungen zu den Einkommensverhältnissen des Angeklagten getroffen, die dem Senat die Überprüfung der Bestimmung der Tagessatzhöhe ermöglichen.

Diese Überprüfung deckt allerdings einen Rechtsfehler auf. Denn das Landgericht hat bei der Bemessung der Höhe des einzelnen Tagessatzes offensichtlich auch die dem Angeklagten gewährten Sachleistungen in Form von Lebensmittelgutscheinen im Wert von 161,07 € berücksichtigt, was hier unzulässig ist.

Allerdings gehören zu dem Einkommen i. S. v. § 40 Abs. 2 StGB grundsätzlich auch Sachbezüge (Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., Rn. 7 u. 11 zu § 40 m. w. N.). Das gilt jedoch nicht uneingeschränkt. So entspricht es der herrschenden Meinung, dass sich bei einkommensschwachen Personen die Notwendigkeit ergeben kann, die Höhe des sich bei strikter Anwendung des Nettoprinzips unter Einrechnung etwaiger Sachbezüge ergebenden Tagessatzes zu korrigieren (Tröndle/Fischer, a. a. O., Rn. 11 m. w. N.), weil diese durch die Auswirkungen einer am Nettoprinzip ausgerichteten Berechnung härter betroffen sind als Normal- oder Besserverdiener. Im Einzelfall kann das Prinzip der „Opfergleichheit“ erfordern, dass die Sachbezüge bei der Berechnung gänzlich außer Betracht bleiben müssen (OLG Dresden, Urt. v. 07.08.2000, 1 Ss 323/00, juris; LG Karlsruhe Beschlüsse vom 23. 2.2006, 2 Qs 17/06, juris, und vom 18.7.2006, Qs 96/06, juris = StraFo 2006, 422; vgl. a. Tröndle/Fischer, a. a. O., Rn. 11 a.E.). So liegt die Sache hier.

Nach den Feststellungen des Landgerichts verfügt der Angeklagte ausschließlich über Sachbezüge in Form von Lebensmittelgutscheinen. Abgesehen davon, dass bei einem monatlichen Betrag von 161,07 € für Lebensmittel ohnehin nennenswerte Einsparmöglichkeiten nicht bestehen, kann vor allem nicht unberücksichtigt

bleiben, dass diese Gutscheine für den Angeklagten nicht kapitalisierbar sind, weil sie nicht gegen Bargeld eingelöst werden können. Deshalb müssen sie bei der Bestimmung der Tagessatzhöhe außer Betracht bleiben (ebenso OLG Dresden und LG Karlsruhe a. a. O.). Da mithin berücksichtigungsfähige Einkünfte nicht gegeben sind, kommt nur die Festsetzung der gesetzlichen Mindesttagessatzhöhe von einem Euro in Betracht (vgl. LG Baden-Baden StV 1996, 268; Tröndle/Fischer a. a. O.). Die Verhängung der Geldstrafe wird entgegen der Auffassung der Revision nicht schlechthin unzulässig. Abgesehen davon, dass eine solche Auffassung mit dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 StGB kaum mehr zu vereinbaren ist, kann etwaigen Härten ausreichend im Vollstreckungsverfahren begegnet werden. Ein Ausweichen auf eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe verbietet sich schon nach Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzip und ließe sich auch mit § 47 Abs. 1 StGB nicht in Einklang bringen.

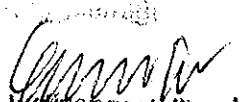
3. Der Senat war vorliegend nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Landgericht gehalten. Vielmehr konnte er gemäß § 354 Abs. 1 StPO entsprechend selbst entscheiden, weil aufgrund der in nicht zu beanstandender Weise getroffenen Feststellungen des Landgerichts aus den dargelegten Gründen nur auf die Tagessatzmindesthöhe erkannt werden konnte.

4. Die Kosten- und Auslagenentscheidung folgt aus § 473 Abs. 4 StPO. Vor dem Hintergrund, dass der Angeklagte das landgerichtliche Urteil umfassend angegriffen und letztlich offenbar seinen Freispruch bzw. ein Absehen von Strafe angestrebt hat, schien der in der Reduzierung der Tagessatzhöhe liegende Teilerfolg des Rechtsmittels mit der aus dem Tenor ersichtlichen „Quote“ angemessen berücksichtigt.

Dr. Meier

Rosenow

Bornemann


Justizangestellte als
Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

