

Brandenburgisches Oberlandesgericht

Beschluss vom 19.1.2009

Tenor

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil der 7. kleinen Strafkammer des Landgerichts Potsdam vom 05. Juni 2008 wird gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen.

Der Angeklagte trägt die Kosten des Rechtsmittelverfahrens und die ihm in diesem Verfahren erwachsenen notwendigen Auslagen.

Gründe

Das Amtsgericht Brandenburg an der Havel erkannte mit Urteil vom 13. Dezember 2007 gegen den Angeklagten wegen wiederholten Verstoßes gegen das AufenthG (Tatzeit: 28. Mai 2007) auf eine Freiheitsstrafe von drei Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung. Gegen diese Entscheidung legte der Angeklagte Berufung ein mit dem Ziel des Freispruchs vom Schuldspruch.

Die 7. kleine Strafkammer des Landgerichts Potsdam hat mit Urteil vom 5. Juni 2008 die Berufung des Angeklagten verworfen und ihn der wiederholten Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung nach § 61 Absatz 1 AufenthG für schuldig befunden. Hiergegen hat der Angeklagte Revision eingelegt und mit näheren Ausführungen die Sachrüge erhoben. Er begehrt die Aufhebung des Urteils und seinen Freispruch. Dem Angeklagten, einem – nach bestandskräftiger Ablehnung seines Asylantrags – vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer, sei es auf Dauer faktisch unmöglich, in seinen Heimatstaat Sierra Leone einzureisen, weil sich die Botschaft seines Heimatlandes seit Jahren weigere, Passunterlagen für ihn auszustellen. Dieses in seiner Person vorliegende dauerhafte tatsächliche Abschiebungshindernis schließe in analoger Anwendung des § 58 Abs. 4 S. 1 HS 2 Alt. 2 AsylVfG (in der bis zum 27. August 2007 gültigen Fassung) einen tatbestandsmäßigen Verstoß gegen § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG aus.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat beantragt, die Revision des Angeklagten als unbegründet zu verwerfen sei. Insbesondere bestünde kein Raum für eine analoge Anwendung des § 58 Abs. 4 S. 1 AsylVfG auf die Strafnorm des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG.

Die Sachrüge ist unbegründet.

Die bis zum 27. August 2007 gültige Fassung des § 58 Abs. 4 S. 1 AsylVfG erlaubte einem Asylbewerber, über dessen Antrag noch nicht (unanfechtbar) entschieden wurde, ein genehmigungsfreies Verlassen des räumlich beschränkten Aufenthaltsbereiches, wenn seine Abschiebung aus sonstigen rechtlichen oder tatsächlichen Gründen auf Dauer ausgeschlossen war (§ 58 Abs. 4 S. 1 HS 2 Alt. 2 AsylVfG). Diese Regelung wirkte im Rahmen der Strafnorm des § 85 Nr. 2 AsylVfG (wiederholte Zuwiderhandlung gegen eine Aufenthaltsbeschränkung) bereits bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen als tatbestandsausschließend, ohne dass es – im Gegensatz zu den vorgenannten Alternativen in § 58 Abs. 4 S. 1 AsylVfG – auf eine vorherige behördliche oder gerichtliche Feststellung ankam. Das Vorliegen jenes Erlaubnistatbestandes, dessen Auslegung sich insbesondere auch hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „auf Dauer“ als schwierig erwies (vgl. OLG Bayern, Beschluss vom 11. Januar 2005 - 4 St RR 176/04 - m. w. N.) war daher im Strafverfahren zu prüfen und zu berücksichtigen (herrschende Rechtsprechung, vgl. hierzu BVerfG in NVwZ 2002, Nr. 1, 11, 113f.; OLG Karlsruhe in StV 2005, 27f.).

Indes enthält das AufenthG eine mit § 58 Abs. 4 S. 1 HS 2 Alt. 2 AsylVfG vergleichbare Regelung nicht. Auch eine analoge Anwendung des vorliegend einschlägigen Erlaubnistatbestandes eines dauerhaften tatsächlichen Abschiebungshindernisses auf die Strafnorm des § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG kommt nicht in Betracht. Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung liegen nicht vor. Es fehlt an einer unbeabsichtigten, d.h. planwidrigen Regelungslücke im AufenthG. Hierfür spricht bereits die Normgeschichte des AufenthG. Das AsylVfG geht auf die Gesetzgebungstätigkeit des Deutschen Bundestages im Jahr 1993 (12. Wahlperiode) zurück, während das AufenthG als Teil des umfassenden Gesetzespakets zum Zuwanderungsgesetz (ZuwG) im Jahr 2004 (15. Wahlperiode) verabschiedet wurde. Jenes Gesetz sah von Anfang an – wie schon der ihm zugrunde liegende identische Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 07. Februar 2003 (BT-Drucksache 15/420) in Art. 1 (AufenthG) – eine mit § 58 Abs. 4 a. F. AsylVfG vergleichbare Normierung von Erlaubnistatbeständen nicht vor, obwohl sich die Regelung zur räumlichen Beschränkung nach § 61 AufenthG an jener nach § 56 AsylVfG orientiert hat (vgl. Renner, AusländerR, 8. Aufl., § 61, vorläufige Anwendungshinweise, 61.1.1). Aus dem Umstand der in Art. 3 Nr. 37, 51 ZuwG zeitgleich vollzogenen Anpassung des § 58 Abs. 1 und 4 AsylVfG ergibt sich, dass der Gesetzgeber schon während des Gesetzgebungsverfahrens zum AufenthG auch die Norm des § 58 AsylVfG (Verlassen eines zugewiesenen Aufenthaltsbereichs) mit ihren Erlaubnistatbeständen im Auge hatte. Auch der Begründung zum Gesetzesentwurf zur Änderung des § 58 Abs. 1 AsylVfG in Art. 3 Nr. 37 ZuwG, wonach eine Besserstellung des vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers zum Asylbewerber verhindert werden sollte, ist eine Befassung mit § 58 AsylVfG jeweils im Verhältnis zu den genannten Personengruppen zu entnehmen. Dass dennoch die Aufnahme einer vergleichbaren Vorschrift in das AufenthG unterlassen wurde, spricht schon gegen eine von Anfang an bestehende planwidrige Regelungslücke.

Dies belegt auch der weitere Normgebungsverlauf. Der Gesetzgeber hat bis heute eine der Vorschrift des § 58 Abs. 4 S. 1 HS 2 Alt. 2 AsylVfG entsprechende Regelung in das AufenthG nicht aufgenommen. Vielmehr hat er mit dem Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007 (RichtlinienumsetzungsgG), welches zahlreiche Änderungen im Ausländer- und Asylrecht beinhaltet, gerade die analog zur Anwen-

derung kommende Privilegierung der Erlaubnisfreiheit in der Alternative eines sonstigen dauerhaften rechtlichen oder tatsächlichen Abschiebungshindernisses entfallen lassen und auf die Fälle des Abschiebungsschutzes nach § 60 Abs. 2, 3, 5 und 7 AufenthG (so unter anderem bei Gefahr der Folter bzw. der Todesstrafe) eingegrenzt, deren Feststellung eine behördliche oder gerichtliche Entscheidung voraussetzen. Damit hat der Gesetzgeber unter Hinweis auf den möglichen Missbrauch der bisherigen Regelung eine Einschränkung vorgenommen (Marx in Komm. zum AsylVfG, 7. Aufl., § 58 Rn. 51). Hierzu heißt es im Entwurf der Bundesregierung vom 23. April 2007 (BT-Drucksache 16/5065):

„Die Anpassung des § 58 Abs. 4 S. 1 HS 2 ist erforderlich, da sich die Regelung als nicht praktikabel erwiesen hat und zu Missbrauch führte. Die bisherige Regelung ermöglichte es auch Ausländern, deren Abschiebung aus tatsächlichen Gründen auf Dauer unmöglich war, den Geltungsbereich der Aufenthaltsgestattung ohne Erlaubnis vorübergehend zu verlassen. Da eine Behördenentscheidung zur Dauerhaftigkeit des Abschiebungshindernisses fehlte, beriefen sich in der Vergangenheit auch Ausländer auf die Vorschrift, deren Abschiebung nur vorübergehend unmöglich war, darunter auch Personen, die das Abschiebungshindernis selbst zu vertreten hatten, etwa durch die Vernichtung der Identitätspapiere. Soweit Ausländer außerhalb des Geltungsbereichs ihrer Aufenthaltsgestattung angetroffen wurden, war es für die zuständigen Polizeibehörden mangels klarer Behördenentscheidung regelmäßig nicht feststellbar, ob die Voraussetzungen des § 58 Abs. 4 AsylVfG vorlagen. Die Regelung ermöglichte infolgedessen erheblichen Missbrauch.“

Mit dem Richtlinienumsetzungsg hat es der Gesetzgeber nicht nur unterlassen, eine an § 58 Abs. 4 S. 1 HS 2 Alt. 2 AsylVfG angelehnte Erlaubnisnorm in das AufenthG zu übertragen. Vielmehr hat er die zur Debatte stehende Privilegierung in dem – im Verhältnis zum AufenthG – spezielleren AsylVfG selbst aufgehoben. Der Umstand, dass der Gesetzgeber im Gegenzug zur Aufhebung jener Erlaubnisnorm im AsylVfG eine solche nicht in das AufenthG eingefügt hat, und zwar obwohl mit dem Richtlinienumsetzungsg diverse Änderungen zugleich im AufenthG – auch in § 61 AufenthG – vorgenommen worden sind, indiziert, dass die Regelung eines Erlaubnisstatbestandes im Falle eines dauerhaften rechtlichen oder tatsächlichen Abschiebungshindernisses im AufenthG ganz bewusst seit Inkrafttreten des Gesetzes nicht gewollt war.

Auch im Übrigen hält das Urteil der 7. kleinen Strafkammer rechtlicher Prüfung stand. Insbesondere sind die Ausführungen der Kammer zu § 47 Abs. 1 StGB rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 473 Abs. 1 S. 1 StPO.

*Vorinstanz: LG Potsdam, Urteil vom 5.6.2008, 27 Ns 32/08*