

Aktenzeichen: 4St RR 102/09

/2.

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

Der 4. Strafsenat des Oberlandesgerichts München hat in dem Strafverfahren gegen

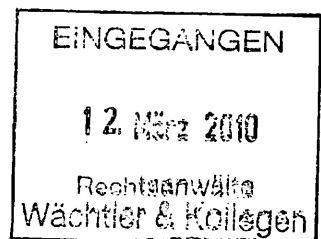
[REDACTED]

wegen illegalen Aufenthalts

aufgrund der Hauptverhandlung in der öffentlichen Sitzung vom 09. März 2010,

an der teilgenommen haben:

1. als Richter der Vorsitzende Richter am Oberlandesgericht Bader sowie die Richter am Oberlandesgericht Dr. Koch und Gacaoglu
2. Oberstaatsanwalt Dr. Ebert  
als Beamter der Staatsanwaltschaft,
3. Rechtsanwalt Hubert Heinhold  
als Verteidiger
4. Justizangestellte Schlemmer  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,



für Recht erkannt:

- I. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 11. März 2009 wird als unbegründet verworfen.
- II. Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten fallen der Staatskasse zur Last.

Gründe:

I.

Der Angeklagte besitzt die iranische Staatsangehörigkeit. Er reiste am 07.12.2002 illegal ohne Reisepass in das Bundesgebiet ein. Seinen ihm ausgestellten iranischen Reisepass hatte er entweder im Iran zurückgelassen oder seinem Schleuser gegeben. Ihm lag zur Last, sich seit dem 01.09.2006 bis zum 16.01.2008 im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten zu haben, ohne im Besitz eines erforderlichen gültigen Passes oder Ausweisersatzes gewesen zu sein, obwohl es ihm zumutbar gewesen wäre, sich einen Pass von der Auslandvertretung der islamischen Republik Iran zu beschaffen.

Das Amtsgericht Dachau hat den Angeklagten mit Urteil vom 16.07.2008 wegen unerlaubten Aufenthalts ohne Pass zur Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Auf die Berufung des Angeklagten hat das Landgericht München II mit Urteil vom 11.03.2009 das Urteil des Amtsgerichts Dachau vom 16.07.2008 aufgehoben und den

Angeklagten aus Rechtsgründen freigesprochen, weil es ihm unzumutbar gewesen sei, die zur Passerlangung unerlässliche, durch die iranische Auslandsvertretung eingeforderte, sogenannte „Freiwilligkeitserklärung“ abzugeben.

Insoweit könne er aus rechtsstaatlichen Gründen nicht mit freiheitsentziehender Strafverfolgung belegt werden, wenn er sich weigere, wahrheitswidrig die Erklärung abzugeben, „freiwillig in den Iran zurückkehren zu wollen“.

Mit der Revision rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung materiellen Rechts und macht geltend, dass das Landgericht § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nicht richtig angewandt habe. Der Angeklagte habe sich ohne Reisepass im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten. Obwohl es ihm zumutbar gewesen sei, habe er sich einen neuen Reisepass nicht beschafft. Er habe sich nämlich geweigert, gegenüber der iranischen Auslandsvertretung eine so genannte „Freiwilligkeitserklärung“ abzugeben, weshalb ihm ein Reisepass nicht erteilt worden sei. Damit habe er seine Mitwirkungspflicht im Sinne von § 48 AufenthG i. V. m. § 49 Abs. 2 AufenthG, an der Beschaffung von Heimreisedokumenten mitzuwirken, verletzt. Hierzu sei er aber besonders verpflichtet, denn er sei von vorneherein nicht im Besitz eines Reisepasses gewesen und habe daher das Bedürfnis für die Neuausstellung seines Passes selbst zu verantworten.

## II.

Das statthafte (§ 333 StPO) und auch im Übrigen zulässige (§ 341 Abs. 1 StPO, §§ 344, 345 StPO) Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft bleibt ohne Erfolg. Der vom Landgericht ausgesprochene Freispruch des Angeklagten ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

Der Senat schließt sich der sorgfältigen und umfassenden Begründung des Freispruchs durch das Landgericht an und nimmt darauf Bezug.

Ergänzend merkt der Senat im Hinblick auf die Revisionsbegründung noch an:

Ein strafbarer Verstoß gegen § 92 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1, § 48 Abs. 2 AufenthG liegt nicht vor, weil dem Angeklagten eine Passbeschaffung unzumutbar war. Dies hat das Landgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt.

Nach § 95 Abs. 1 Ziff. 1 AufenthG macht sich ein Ausländer strafbar, wenn er sich, ohne in Besitz eines gültigen Passes oder Passersatzes zu sein, im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufhält (§ 3 Abs. 1 AufenthG), obwohl er einen Pass in zumutbarer Weise erlangen könnte (§ 48 Abs. 2 AufenthG).

Grundsätzlich kommt ein Ausländer seiner Verpflichtung, sich einen Reisepass zu beschaffen, nur dann nach, wenn er zumindest einen entsprechenden Antrag bei der diplomatischen Vertretung seines Heimatstaates stellt; denn im Regelfall ist es jedem Ausländer zuzumuten, bei dem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder in dem er vor der Einreise in das Bundesgebiet seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, einen Pass zu beantragen, sofern er keinen Anspruch auf Erteilung eines deutschen Passersatzes hat. Dies beurteilte sich bis zum 31.12.2004 nach der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum AuslG Nr. 39.02. Seit dem Inkrafttreten des AufenthG am 1.1.2005 ergeben sich die Verwaltungsvorschriften zur Zumutbarkeit aus den Vorläufigen Anwendungshinweisen (Renner Ausländerrecht 8. Aufl. § 48 AufenthG Vorläufige Anwendungshinweise Ziffer 48.2.3., die zur Zumutbarkeit auf § 55 Abs 1 Satz 3 i.V.m § 5 Abs. 2 Nr. 1 AufenthV verweisen).

Auch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009 (gültig seit 31.10.2009) des Bundesministeriums des Innern verweist in Ziffer 48.01 neben den ausweisrechtlichen Pflichten, die in § 48 AufenthG normiert sind, auf die ausweisrechtlichen Verpflichtungen nach §§ 56 und 57 AufenthV, sowie auf die generell bestehende Passbesitzpflicht aus § 3 AufenthG. Für die Frage der Zumutbarkeit der Passbeschaffung wird dort (in Ziffer 48.2.2.1) ebenfalls auf die vorerwähnten Vorschriften der AufenthV verwiesen.

Hier hat der Angeklagte keinen Antrag auf Erteilung eines Passes gestellt, weshalb sich zwar grundsätzlich die Annahme verbietet, ein solcher sei in zumutbarer Weise nicht zu erlangen gewesen (BayObLGSt 2004, 96, 99; 2004, 172, 177 f.). Es wäre dem rechtskräftig ausreisepflichtigen Angeklagten grundsätzlich zumutbar gewesen, einen Passantrag bei seiner Auslandsvertretung zu stellen, auch wenn er sich dadurch der Gefahr aussetzt hätte, aus der Bundesrepublik Deutschland abgeschoben zu werden (BayObLGSt 2004, 96).

Hierauf kommt es aber ausnahmsweise nicht an, weil die Islamische Republik Iran nach den landgerichtlichen Feststellungen derartig hohe Hürden für eine Beantragung des Reisepasses oder von Passersatzpapieren aufgestellt hat, dass dies im Ergebnis einer Verweigerung des Tätigwerdens der iranischen Auslandsvertretung gleichkommt.

Generell kann ein Ausländer einen Pass nur dann nicht in zumutbarer Weise erlangen, wenn ihm von seinen Heimatbehörden ein Pass verweigert wird oder wenn er einen solchen nicht in angemessener Zeit oder nur unter schwierigen Umständen erhalten kann. Das Zumutbarkeitskriterium soll lediglich der Nachlässigkeit oder der Bequemlichkeit des Ausländers Einhalt gebieten. (BayObLG Urteil vom 8.3.2005 4St RR 211/04 zitiert nach juris dort Rn 30 und 31 m.w.Nachw.).

Dem Angeklagten war die Abgabe einer so genannten „Freiwilligkeitserklärung“ zwar möglich. Entgegen der Meinung der Revision war ihm aber nicht zumutbar, falsche Angaben zur Freiwilligkeit seiner Rückkehr in den Iran zu machen. Ihm kann jedenfalls nicht der strafrechtliche Vorwurf gemacht werden, seiner Mitwirkungspflicht nicht genügt und damit vereitelt zu haben, dass ihm ein ordnungsgemäßes Passersatzpapier oder ein Reisepass ausgestellt werde.

Dem Angeklagten kann insbesondere nicht vorgeworfen werden, sich nachlässig verhalten zu haben oder sich nur aus Bequemlichkeit einen neuen Reisepass nicht beschafft zu haben.

Die Passbeschaffung war für ihn im Hinblick auf die geforderte Freiwilligkeitserklärung, die er nach den Feststellungen des Landgerichts gegen seinen erklärten Willen, nicht in den Iran zurückkehren zu wollen, abgeben hätte müssen, unzumutbar.

Die Darstellung der Revision überzeugt nicht, soweit sie vorbringt, die von der iranischen Auslandsvertretung abverlangte Freiwilligkeitserklärung des Inhalts „Hiermit erkläre ich, dass ich freiwillig in die islamische Republik Iran zurückkehren möchte.“, erschöpfe sich darin, dass der Ausländer damit lediglich seine Bereitschaft, der im Bundesgebiet bestehenden Ausreisepflicht ohne staatlichen Zwang Folge leisten zu wollen, erkläre.

Würde man den Ausländer wegen der Verweigerung der Freiwilligkeitserklärung bestrafen, würde man die Pflicht sanktionieren, zur Erlangung einer ausländischen Identifizierungsurkunde bewusst falsche Erklärungen abgeben zu müssen. Eine solche Handhabung wäre dem deutschen Strafrecht fremd und dürfte verfassungsrechtlicher Überprüfung nicht standhalten.

Es ist einem vollziehbar ausreisepflichtigen iranischen Staatsangehörigen, der nicht freiwillig in den Iran zurückkehren will, unzumutbar im Sinne des § 48 Abs. 2 AufenthG, sich einen Pass bei seiner Auslandsvertretung zu verschaffen, solange die Islamische Republik Iran als generelle Voraussetzung der Bearbeitung eines Antrags auf Erteilung eines Reisepasses oder von Passersatzpapieren den Antragstellern abverlangt, eine Freiwilligkeitserklärung des Inhalts abzugeben, aus freien Stücken in die Islamische Republik Iran zurückkehren zu wollen. Die Passerlangung würde letztlich von einem sachfremden Gesichtspunkt abhängig gemacht werden (vgl. OLG Nürnberg - Urteil vom 16.01.2007, Gz.: 2 St OLG Ss 242/06, zitiert nach Juris dort Rn. 55 ff. m.w.Nachw.)

Verweigert also der Ausländer eine solche Erklärung im Rahmen der für ihn notwendigen Passerlangung, kann er sich nur aus diesem Grund nicht strafbar machen.

Der Senat schließt sich insoweit der überzeugenden Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Nürnberg sowie der herrschenden Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu dieser Problematik an (OLG München Beschluss vom 04.02.2005, 34 Wx

007/05, 34 Wx 7/05 zitiert nach Juris, dort Rn. 12; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.07.1999, WW 306/99 zitiert nach Juris, dort Rn. 4 und 7; Kammergericht, Beschluss vom 25.10.1999, 25 W 8380/99; zitiert nach juris; OLG Celle, Beschluss vom 25.07.2005, 22 Ss 26/05, zitiert nach Juris, dort Rn. 15 und 16; OLG Köln, Beschluss vom 10.02.2006, 16 Wx 238/05, zitiert nach Juris, dort Rn. 4; OLG Celle, Beschluss vom 16.10.2003, 17 W 80/03, bei Melchior Internetkommentar - Abschiebungshaft-Anhang: Entscheidungen im Volltext).

Strafrechtliche Konsequenzen können aus der Tatsache, dass ein Ausländer die eigenen Heimatbehörden bei der Antragstellung auf Ausstellung eines Reisepasses bzw. auf Ausreisepapiere nicht durch die Abgabe wahrheitswidriger Erklärungen täuschen möchte, nicht gezogen werden. Denn der Ausländer steht vor dem für ihn unlösbaren Problem, einerseits im deutschen Verwaltungsverfahren verpflichtet zu sein, wahrheitsgemäße Angaben zu machen, andererseits aber von Deutschen Behörden angehalten zu werden, gegenüber den Behörden seines Heimatstaates falsche Erklärungen abzugeben, was für ihn dort im Falle des Bekanntwerdens möglicherweise zu strafrechtlicher Verfolgung führen könnte.

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung vertritt zwar überwiegend, aber auch nicht einhellig, die Meinung, dass es einem Ausländer zumutbar sei, die geforderte Freiwilligkeitserklärung abzugeben. Die Rechtsprechung des OLG Nürnberg steht dazu aus der Sicht des Senats nicht im Widerspruch. Die Zielrichtung des Verwaltungsrechts beruht auf einem anderen gedanklichen Ansatz. Der Eingriff in den Rechtskreis des Betroffenen mag bei verwaltungsgerichtlichen Konsequenzen anders beurteilt werden, als bei strafrechtlichen, womöglich sogar freiheitsentziehenden Maßnahmen (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof Urteil vom 20.11.2008 zitiert nach juris, dort Rn 3 a.E.).

Verwaltungsrechtlichen Maßnahmen, zum Beispiel die Verweigerung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis bzw. die Leistungskürzung nach § 1a AsylbLG bzw. der Erlass einer Ausweisungsverfügung, haben nicht den Charakter einer strafrechtlichen

Sanktion, sondern verfolgen einen rein ordnungsrechtlichen Sinn (VG Aachen Urteil vom 24.04.2009, 9 K 498/08 zitiert nach Juris, dort Rn. 43 m.w.N.).

Zu Recht hat deshalb das Landgericht ausgeführt, dass das Gesetz – namentlich das Ausländerstrafrecht – von einem nach Deutschland gekommenen Ausländer wahrheitsgemäße Angaben fordert. Denn bereits das einfache Gesetz stellt ausdrücklich unrichtige Angaben eines Ausländers unter Strafe, wie sich aus § 95 Abs.2 Nr. 2 AufenthG und § 95 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 (2. Alt.) i.V.m. § 49 Abs. 1 AufenthG ergibt.


Die Revision war deshalb als unbegründet zu verwerfen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 473 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 StPO.

Bader

Dr. Koch

Gacaoglu

Für den Gleichlaut der Ausfertigung  
mit der Urschrift:  
München, den 10. März 2010.....  
Geschäftsbereich des Oberlandesgerichts München  
Der Urkundensammler:  
  
Brack  
Justizangestellte