

OLG Nürnberg
Beschluss vom 30. Januar 2012

T e n o r

- I. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 12. Mai 2011 aufgehoben.
- II. Der Angeklagte wird freigesprochen.
- III. Die Kosten des Verfahrens und die dem Angeklagten insoweit entstandenen notwendigen Auslagen trägt die Staatskasse.

G r ü n d e

I.

Das Amtsgericht Erlangen hat den Angeklagten am 13.1.2011 wegen unerlaubten Aufenthalts zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 23,00 Euro verurteilt. Die hiergegen eingelegten Berufungen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft (diese auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt) hat das Landgericht Nürnberg-Fürth mit Urteil vom 12.5.2011 jeweils als unbegründet verworfen. Mit seiner dagegen gerichteten Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts und begehrt Freispruch.

II.

Die Revision ist zulässig (§§ 333, 341 Abs. 1, 344, 345 StPO) und hat mit der Sachrüge Erfolg. Sie führt gem. §§ 349 Abs. 4, 354 Abs. 1 StPO zum Freispruch des Angeklagten aus Rechtsgründen. Die Entscheidung kann im Beschlusswege ergehen (Meyer-Goßner, StPO 54. Aufl. § 349 Rdn. 28 f).

1. Der Straftatbestand des unerlaubten Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2, 4 AufenthG ist nicht erfüllt.

Eine Verurteilung des Angeklagten nach § 95 Abs. 1 Nr. 2, 4 AufenthG könnte nur erfolgen, wenn dieser sich ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 1 S. 1 AufenthG im Bundesgebiet aufhielte, vollziehbar ausreisepflichtig und seine Abschiebung nicht ausgesetzt wäre. Vorliegend fehlt

es an der Tatbestandsvoraussetzung der vollziehbaren Ausreisepflicht. Zu Gunsten des Angeklagten greift nämlich die Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG ein.

a) Nach § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG ist die Ausreisepflicht vollziehbar, wenn der Ausländer noch nicht die Verlängerung beantragt hat und der Aufenthalt nicht nach § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG als erlaubt gilt.

Der Angeklagte ist syrischer Staatsangehöriger. Zum Zweck der Aufnahme eines Medizinstudiums wurde ihm 2007 eine Aufenthaltserlaubnis unter der auflösenden Bedingung erteilt, dass diese zweckgebundene Aufenthaltsbewilligung mit Beendigung des Studiums erlischt. Zum 30.9.2009 wurde der Angeklagte durch die ...Universität E...-N... exmatrikuliert, weil er die erforderlichen Leistungsnachweise in seinem Studium nicht erbracht hatte. Das hatte nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG das Erlöschen seines Aufenthaltstitels und die Beendigung der Rechtmäßigkeit seines Aufenthalts ab 1.10.2009 zur Folge.

b) Dies führte vorliegend jedoch nicht zu einer vollziehbaren Ausreisepflicht nach § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG.

Am 21.1.2010 meldete sich der Angeklagte nämlich bei der für ihn zuständigen Behörde, teilte dort mit, dass er zum 30.9.2009 exmatrikuliert worden sei und beantragte eine Verlängerung seines Aufenthaltstitels. Damit greift zu seinen Gunsten zwar nicht die Fiktion des § 81 Abs. 3 AufenthG, jedoch diejenige des § 81 Abs. 4 AufenthG ein.

aa) Nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG gilt ab dem Zeitpunkt der Antragstellung bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde der Aufenthalt als erlaubt und nach § 81 Abs. 3 Satz 2 AufenthG die Abschiebung als ausgesetzt, wenn ein Ausländer, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels stellt. Der Angeklagte hat sich aber nach Erlöschen seines Aufenthaltstitels gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ab 1.10.2009 nicht mehr rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten, so dass § 81 Abs. 3 AufenthG hier nicht zur Anwendung kommt.

bb) Der Angeklagte erfüllt jedoch die Tatbestandsmerkmale des § 81 Abs. 4 AufenthG. Anders als § 81 Abs. 3 AufenthG differenziert dieser nach seinem Wortlaut nicht zwischen einer rechtzeitig vor Ablauf der Geltungsdauer des bisherigen Aufenthaltstitels beantragten Verlängerung und einer

verspäteten Verlängerung des Titels. Nach ihm gilt vielmehr, wenn der Ausländer die Verlängerung seines Aufenthaltstitels oder die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels beantragt, der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend. Diese Fiktionswirkung gilt auch in dem wie hier vorliegendem Fall einer verspäteten Antragstellung (vergl. Renner, Ausländerrecht 9. Aufl. AufenthG § 81 Rdn. 19 ff m.w.N.).

Insofern folgt der Senat für das Strafverfahren nicht der entgegenstehenden, von den Verwaltungsgerichten überwiegend vertretenen Auffassung, wonach für verspätet gestellte Verlängerungsanträge grundsätzlich keine Fortgeltungsfiktion eingreifen könne (etwa BVerwG, NVwZ 2011, 1340 ff; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2010, 902 ff jeweils m.w.N.). Die einschränkende Auslegung des § 81 Abs. 4 AufenthG wird zum einen mit der Systematik des Gesetzeszusammenhangs sowie mit Sinn und Zweck des § 81 Abs. 4 AufenthG begründet. Die Bezugnahme auf diese Vorschrift in § 58 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG gehe ins Leere, da bei einer verspäteten Beantragung der Verlängerung des Aufenthaltstitels der bisherige als fortbestehend gelte, würde in jedem Fall mit der Beantragung der Verlängerung die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht entfallen. Aus Sinn und Zweck des § 81 Abs. 4 AufenthG ergebe sich, dass die Fiktionswirkung den Ausländer davor schützen solle, dass sich die bloße Dauer des Verwaltungsverfahrens materiell zu seinen Lasten auswirke. Deshalb solle er durch eine verspätete Entscheidung über seinen Antrag nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden, als wenn die Behörde sofort entschieden hätte. Die Fiktion nach § 81 Abs. 4 AufenthG habe danach besitzstandswahrende, nicht aber rechtsbegründende Wirkung; Zeiträume vor der Antragstellung bei der Ausländerbehörde erfasse sie demzufolge nicht (BVerwG a.a.O.). Zum anderen spreche für diese Auffassung, dass mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19.8.2007 die Worte „nach Ablauf der Geltungsdauer“ in § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG gestrichen worden seien und in diesem Zusammenhang in der Amtlichen Begründung ausdrücklich festgestellt werde, dass nach § 81 Abs. 4 AufenthG die Verlängerung eines Aufenthaltstitels nach Ablauf seiner Geltungsdauer nicht möglich sei (BT-Drs. 16/5056, S. 184; OVG Lüneburg a.a.O.)

Eine solche im Rahmen des Verwaltungsverfahrens zulässige teleologische Reduktion des seinem Wortlaut nach weiter reichenden § 81 Abs. 4 AufenthG im Sinne der Einengung seines Anwendungsbereichs unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien ist methodisch zum Nachteil des Angeklagten im Strafverfahren nicht zulässig. Nach Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Art. 103 Abs. 2 GG versagt verfassungskräftig sowohl die rückwirkende Anwendung neu geschaffener Straftatbestände als auch die Strafbegründung im Wege einer Analogie oder

des Gewohnheitsrechts. Der Satz „nulla poena sine lege“ begründet eine strikte Bindung der Strafgerichte an das geschriebene materielle Strafrecht. Die Strafgerichte sind gehalten, den Gesetzgeber beim Wort zu nehmen; ihn zu korrigieren ist ihnen verwehrt. Sie müssen in Fällen, die vom Wortlaut einer Strafnorm nicht mehr gedeckt sind, zum Freispruch gelangen. Art. 103 Abs. 2 GG, der darüber hinaus hinreichend bestimmte Straftatbestände verlangt, will sicherstellen, dass jedermann vorhersehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist (BVerfG, NJW 1984, 225 f). Diese Grundsätze greift § 1 StGB einfachgesetzlich auf.

Unter Anwendung dieser Grundsätze kann die Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG nicht zum Nachteil des Angeklagten eingeschränkt werden. Denn nach ihrem Wortlaut umfasst die Vorschrift auch Fälle der verspäteten Antragstellung. Insoweit durfte der Angeklagte auf den Eintritt der Fiktionswirkung vertrauen. Mit (verspäteter) Antragstellung am 21.1.2010 galt daher der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs, das heißt vom 1.10.2009 an, als fortbestehend.

2. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 467 Abs. 1, 473 StPO.