

Die Richtlinie 2008/115/EG verbietet nicht die Strafbarkeit eines Angeklagten nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 AufenthG, denn die Strafvorschrift beeinträchtigt den ordnungsgemäßen Ablauf des Rückführungsverfahrens nicht. Die Verhängung einer Strafe beeinträchtigt in einem solchen Fall nicht das Rückführungsverfahren und gefährdet auch nicht die Verwirklichung der mit der genannten Richtlinie verfolgten Ziele. Infolge der Passlosigkeit kann ein Rückführungsverfahren im Sinne der Richtlinie 2008/115/EG nicht betrieben werden, eine Ausreise des Drittstaatenangehörigen bzw. dessen Abschiebung wird dadurch dauerhaft verhindert. Dies gilt insbesondere, wenn der Angeklagte die Beschaffung des Passes durch falsche Personalien hintertreibt.

(Amtlicher Leitsatz)

4 StRR 133/12

OLG München

Beschluss vom 21.11.2012

Tenor

I. Die Revision der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 17. April 2012 wird als unbegründet verworfen.

II. Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten ihres Rechtsmittels.

Gründe

I.

Das Amtsgericht Augsburg – Zweigstelle Schwabmünchen – verurteilte die Angeklagte am 20.7.2011 wegen unerlaubten Aufenthalts ohne Pass in Tatmehrheit mit Leistungser schleichnung zu einer Gesamtgeldstrafe von 100 Tagessätzen zu je 5 Euro. Dieses Urteil hat die Angeklagte mit der Berufung angefochten. Die Berufungskammer hat mit Urteil vom 17.4.2012 die Berufung der Angeklagten mit der Maßgabe verworfen, dass sie zu einer Gesamtgeldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 5 Euro verurteilt wird.

Die Strafkammer hat der Verurteilung wegen unerlaubten Aufenthalts folgenden Sachverhalt zugrunde gelegt:

„1.

Als chinesische Staatsangehörige unterliegt die Angeklagte den Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes. Die Abschiebeandrohung mit der Ausreiseaufforderung ist seit dem 16.4.2012 vollziehbar.

Obwohl die Angeklagte wusste, dass sie verpflichtet war, sich einen Pass zu beschaffen, hielt sie sich mindestens seit dem 16.04.2010 weiterhin im Bundesgebiet auf, insbesondere an ihrem Wohnort in Sch., ohne einen Pass zu beantragen, obwohl ihr dies möglich und zumutbar gewesen wäre.

Die Angeklagte wurde über ihre Passpflicht erstmalig am 27.08.2009 und sodann regelmäßig unter anderem am 01.04.2010, 29.04.2010, 31.05.2010, 30.06.2010, 02.08.2010, 26.08.2010 und am

29.09.2010 belehrt.

Eine Passbeschaffung scheiterte daran, dass die Angeklagte falsche Personalien, insbesondere falsche Adressdaten angab, und somit über das Konsulat keine Passdokumente beschafft werden konnten.

2.

(Ausführungen zur Leistungerschleichung) .“

Die Strafkammer hat ausgeführt, die Angeklagte habe zu dem Vorwurf des unerlaubten Aufenthalts ohne Pass keine Angaben gemacht (BU S. 6). Die Leistungerschleichung habe sie eingeräumt, es sei zutreffend, dass sie nur drei Streifen entwertet habe, wobei Zielort Sch. gewesen sei und vier oder 5 Streifen nötig gewesen seien. Der Verteidiger habe auf Nachfrage erklärt, dass der Vorwurf auch in subjektiver Hinsicht eingeräumt werde (BU. S. 6). Diese Geständnis sei glaubhaft (BU S. 7).

Hinsichtlich des Vorwurfs des unerlaubten Aufenthalts ohne Pass werde die Angeklagte durch den Zeugen M. H. von der Ausländerbehörde überführt. Dieser habe bekundet,

„dass das Asylverfahren der Angeklagten seit 16.04.2010 bestandskräftig abgeschlossen ist mit dem Ergebnis, dass der Asylantrag der Angeklagten abgelehnt worden und festgestellt worden ist, dass sie zur Ausreise verpflichtet ist. Die Angeklagte wurde zur Ausreise aufgefordert mit einer Frist von einem Monat, den sie verstreichen ließ.

Die Angeklagte habe keinen Antrag auf die Ausstellung eines Passersatzpapiers gestellt.

Auf Drängen des Ausländeramts habe die Angeklagte am 01.12.2011 ein Formular zur Beschaffung eines Identitätspapiers ausgefüllt mit den Angaben zur Person und ihrer vormaligen Anschrift in Ch. wie im Asylverfahren, nämlich Ch. F., geb. 19.09.1974 in F./F./ Ch.. Zu einer Vorsprache bei der Botschaft sei es jedoch nicht gekommen, da die Angeklagte keine zutreffenden Personalien angebe. Diese Personalien habe sie in einem von ihr ausgefüllten Formular zur Beschaffung von Identitätspapieren, das sie auf Drängen der Ausländerbehörde am 20.06.2011 ausgefüllt habe, wiederholt.

Nach Abschluss des Asylverfahrens sei die Angeklagte am 31.05.2010 mit Dolmetscher vom vormaligen Sachbearbeiter Wagner aufgefordert worden, unverzüglich Nachweise über ihre Identität wie z.B. Reisepass, Personalausweis, Geburtsurkunde etc. vorzulegen und auf ihre Mitwirkungspflicht bei der Identifizierung und Passersatzpapierbeschaffung hingewiesen worden.

Die Angeklagte habe dann Mitte 2010 in der Botschaft vorgesprochen. Der Inhalt des Gesprächs sei ihm nicht bekannt, da er an diesen Gesprächen nicht teilnehmen dürfe. Die Angeklagte habe lediglich eine Bestätigung, dass sie in der chinesischen Botschaft vorgesprochen habe, vorgelegt.

Die Regierung von Oberbayern habe mit Schreiben vom 30.11.2010 mitgeteilt, dass die Angaben der Angeklagten in ihrem Passersatzpapierantrag von ihrer muttersprachlichen Mitarbeiterin per Internet und telefonisch mit negativem Ergebnis überprüft worden seien. Sowohl die Adressangaben als auch die Personalien seien falsch. In der Stadt F./F. gebe es keine Person mit diesem Namen und diesem Geburtsdatum.

Die Angeklagte sei dann aufgefordert worden, über ihre Verwandten an der Identifizierung und Passbeschaffung mitzuwirken. Die Angeklagte habe auf Drängen der Ausländerbehörde einen Brief an ihre Eltern, die sie zur Übersendung von Identitätsnachweisen veranlassen sollte, geschrieben. Die Angeklagte habe dann das Schreiben, das als Anlage 2 zum Protokoll genommen wurde, an Herrn Ch. M., Dorf X. Nr. X, Gemeinde Y., Kreisstadt F., Provinz F. verfasst. Aus dessen verlesener Übersetzung ergibt sich gerade nicht, dass die Eltern irgendwelche Urkunden übersenden sollen, sondern lediglich, dass sie hier bleiben wolle. Das an die Regierung von Oberbayern weitergeleitete Schreiben sei übersetzt und trotz Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit der Adresse nach China weitergeleitet

worden. Das Schreiben sei jedoch zurückgekommen, da die Adresse nicht richtig sei.

Bei der nächsten Vorsprache am 16.01.2012 habe er selbst die Angeklagte erneut aufgefordert, einen Brief mit der entsprechenden Aufforderung zu fertigen, woraufhin die Angeklagte ihm das ausgehändigte Papier vor die Füße geworfen und das Büro verlassen habe.....“ (BU S. 7/9).

Die Kammer hat u.a. weiter ausgeführt, die Angeklagte habe sich des unerlaubten Aufenthalts ohne Pass gemäß §§ 3 Abs. 1, 48 Abs. 2, 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG schuldig gemacht. Die Erfüllung der Pass- und Ausweispflicht sei der Angeklagten nicht unzumutbar. Das Fehlen der Identitätspapiere habe die Angeklagte selbst zu vertreten.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Revision der Angeklagten, die auf die Sachrüge (und auf Verfahrensrügen) gestützt wird.

II.

1. Die Nachprüfung des Urteils aufgrund des Revisionsvorbringens hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten erbracht (§ 349 Abs. 2 StPO). Zur Begründung wird auf die sehr sorgfältige Stellungnahme der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht in ihrer Antragschrift vom 21.8.2012, die auch durch die Erwiderung der Verteidigung nicht entkräftet wird, Bezug genommen.

2. Der Senat sieht sich zu folgenden ergänzenden Bemerkungen veranlasst:

a) Der Tatbestand des § 95 Abs. 1 Ziffer 1 Aufenthaltsgesetz beinhaltet ein echtes Unterlassungsdelikt (Renner Ausländerrecht 9. Aufl. § 95 Rdn. 13). (Echte) Unterlassungsdelikte können nur verwirklicht werden, wenn den Täter eine Rechtspflicht zum Handeln trifft und er entgegen dieser Rechtspflicht ihm zumutbare Handlungen unterlässt, er so den rechtswidrigen Zustand in Gang setzt und fortdauern lässt (Renner § 94 Rdn. 16). Dies wäre dann nicht der Fall, wenn dem Täter eine Pass- oder Ausweisersatzbeschaffung nach § 48 Abs. 2 Aufenthaltsgesetz unzumutbar gewesen wäre (Senat, Beschluss vom 8.6.2012, Gz.: 4 StRR 92/12).

aa) 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 (Senat, Urteil vom 9.3.2010, Gz.: 4 StRR102/09). 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. (Senat,

Urteil vom 9.3.2010 aaO; BayObLG Urteil vom 8.3.2005 4 St RR 211/04 zitiert nach juris dort Rn 30 und 31 m.w.N.).

bb) Aus dem von der Kammer festgestellten Verhalten der Angeklagten ergibt sich, dass sie die Passbeschaffung torpediert hat. Ein Ausländer hat dann nicht in zumutbarer Weise auf die Ausstellung eines Passes seines Heimatlandes hingewirkt, wenn er zu seiner Person falsche oder unvollständige Angaben gemacht hat, mithin über seine Identität täuscht bzw. diese verschleiert (OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.8.2012 – Gz.: 1 Ss 210/12 zitiert nach juris, dort Rdn.13 m.w.N.). Ihrer Verpflichtung, sich bei der zuständigen Auslandsvertretung der Volksrepublik China einen Reisepass zu beschaffen, ist die Angeklagte nach den Urteilsfeststellungen nicht nachgekommen, obwohl ihr das zumutbar gewesen wäre, denn sie hat falsche Personalien, insbesondere falsche Adressdaten angegeben, so dass von dort aus Passdokumente nicht beschafft werden konnten. Sie hat nach den vom Landgericht zugrunde gelegten Angaben des Zeugen von der Ausländerbehörde auch keinen Antrag auf Ausstellung von Ersatzpapieren gestellt. Nachdem die Angeklagte von sich aus die Passbeschaffung verhindert, spielt die Zumutbarkeit schon deshalb keine Rolle. Dies gilt auch für die Beschaffung von Ersatzpapieren

b) Die Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie) sowie die hierzu vom Europäischen Gerichtshof ergangenen Entscheidungen, die die Grundsätze der Rückführungsrichtlinie konkretisiert haben (für alle: Urteile vom 28.4.2011 – Gz.: C-61/11 PPU „El Dridi“ und vom 6.12.2011 – Gz.: C-329/11 „Achughabian“), stehen einer Bestrafung der Angeklagten wegen eines unerlaubten Aufenthalts ohne Reisepass nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nicht entgegen.

aa) Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 28.4.2011 ist die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, insbesondere ihre Art. 15 und 16, dahin auszulegen, dass sie einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegensteht, die vorsieht, dass gegen einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen allein deshalb eine Haftstrafe verhängt werden kann, weil er entgegen einer Anordnung, das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats innerhalb einer bestimmten Frist zu verlassen, ohne berechtigten Grund in dessen Hoheitsgebiet bleibt (Tenor, zitiert nach juris).

bb) Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 6.12.2011 ist die Richtlinie 2008/115 dahin auszulegen, „dass sie

- der Regelung eines Mitgliedstaats, die den illegalen Aufenthalt mit strafrechtlichen Sanktionen ahndet eines Mitgliedstaats, die den illegalen Aufenthalt mit strafrechtlichen Sanktionen ahndet, entgegensteht, soweit diese Regelung die Inhaftierung eines Drittstaatsangehörigen zur

Strafvollstreckung zulässt, der sich zwar illegal im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats aufhält und nicht bereit ist, dieses Hoheitsgebiet freiwillig zu verlassen, gegen den aber keine Zwangsmaßnahmen im Sinne von Art. 8 dieser Richtlinie verhängt wurden und dessen Haft im Fall einer Inhaftnahme zur Vorbereitung und Durchführung seiner Abschiebung die höchstzulässige Dauer noch nicht erreicht hat,

- einer solchen Regelung aber nicht entgegensteht, soweit diese die Inhaftierung eines Drittstaatsangehörigen zur Strafvollstreckung zulässt, auf den das mit dieser Richtlinie geschaffene Rückkehrverfahren angewandt wurde und der sich ohne einen Rechtfertigungsgrund für seine Nichtrückkehr illegal in dem genannten Hoheitsgebiet aufhält“ (zitiert nach juris, dort Rdn. 51).

Nach diesen Entscheidungen fallen das Strafrecht und das Strafprozessrecht zwar grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, gleichwohl kann aber dieser Rechtsbereich vom Unionsrecht berührt werden. „Daher müssen die Mitgliedstaaten ungeachtet dessen, dass weder Art. 63 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b EG, der in Art. 79 Abs. 2 Buchst. c AEUV übernommen wurde, noch die Richtlinie 2008/115, die u. a. auf der Grundlage der erwähnten Bestimmung des EG-Vertrags ergangen ist, die strafrechtliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich der illegalen Einwanderung und des illegalen Aufenthalts ausschließen, ihre Rechtsvorschriften in diesem Bereich so ausgestalten, dass die Wahrung des Unionsrechts gewährleistet ist. Die Mitgliedstaaten dürfen keine strafrechtliche Regelung anwenden, die die Verwirklichung der mit der genannten Richtlinie verfolgten Ziele gefährden und sie damit ihrer praktischen Wirksamkeit berauben könnte“ (EuGH Urteil vom 6.12.2011 zitiert nach juris, dort Rdn. 33 m.w.N.).

Die bedeutet, dass gegen einen sich illegal im Bereich der Europäischen Union ohne Aufenthaltstitel aufhaltenden Angehörigen eines Drittstaates keine strafrechtliche Sanktionen verhängt werden, wenn er einer Anordnung im nach den Vorgaben der Rückführungsrichtlinie durchgeführten Rückkehrverfahren nicht nachkommt, denn die Verhängung und Vollstreckung einer Freiheitsstrafe während des von der Richtlinie 2008/115 vorgesehenen Rückkehrverfahrens trägt nicht zur Verwirklichung der mit diesem Verfahren verfolgten Abschiebung bei, d. h. zur tatsächlichen Verbringung des Betroffenen aus dem entsprechenden Mitgliedstaat. Eine derartige Strafe stellt somit keine „Maßnahme“ oder „Zwangsmaßnahme“ im Sinne von Art. 8 der Richtlinie 2008/115 dar (EuGH aaO Rdn. 37).

cc) Allerdings schließt diese Rechtsprechung die strafrechtliche Verfolgung eines sich illegal in einem Staat der Europäischen Union aufhaltenden Angehörigen eines Drittstaates außerhalb des Rückkehrverfahrens nicht generell aus. Falls ein Angehöriger eines Drittstaates sich außerhalb des Rückkehrverfahrens gestellt hat, verbietet die Rückkehrrichtlinie nicht eine Bestrafung nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG (KG Beschluss vom 26.3.2012 – Gz.: (4) 1 Ss 393/11 (2012) NStZ-RR 2012, 347 f.).

Es verbleiben die Fälle, in denen ein Drittstaatenangehöriger sich weigert, freiwillig auszureisen bzw. an der Ermöglichung der Ausreise mitzuwirken und durch sein Verhalten (kausal) bewirkt, dass eine Aufenthaltsbeendigung nicht mehr (auch nicht zwangsweise) durchgeführt werden kann (Carsten Hörich/Marcus Bergmann NJW 2012, S.3339 ff, 3342).

dd) Auf die in § 95 Abs. 1 Nr. 1 i.V. § 3 Abs. 1 AufenthG, getroffene Regelung wonach der unerlaubte Aufenthalt eines Angehörigen eines Drittstaates wegen Passlosigkeit bestraft wird, findet die oben dargestellte Rechtsprechung keine Anwendung, denn die Strafvorschrift beeinträchtigt den ordnungsgemäßen Ablauf des Rückkehrverfahrens nicht. Durch die Passlosigkeit kann ein Rückkehrverfahren im Sinne der Richtlinie 2008/115/EG nicht betrieben werden, eine Ausreise des Drittstaatenangehörigen bzw. dessen Abschiebung wird dadurch dauerhaft verhindert.

Die Angeklagte torpediert die Beschaffung von Passdokumenten, ohne diese kann sie aber weder freiwillig ausreisen noch kann sie zwangsweise im Rahmen eines Rückkehrverfahrens abgeschoben werden. Der Verhängung einer Geldstrafe, die im Falle der Nichtbeitreibbarkeit letztlich auch die Inhaftierung der Angeklagten zur Strafvollstreckung zulassen wird, steht die Regelung der Richtlinie 2008/115/EG nicht entgegen. Denn die Strafe beeinträchtigt gerade nicht das Rückkehrverfahren nach der Richtlinie und könnte nicht die Verwirklichung der mit der genannten Richtlinie verfolgten Ziele gefährden und sie damit ihrer praktischen Wirksamkeit berauben (EuGH Urteil vom 6.12.2011 aaO). Das Rückkehrverfahren kann infolge des Verhaltens der Angeklagten überhaupt nicht betrieben werden.

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