

Die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) berührt die Passpflicht nicht. Auch ein geduldeter Ausländer kann daher wegen passlosen Aufenthalts strafbar sein.

(Amtlicher Leitsatz)

(4) 161 Ss 68/13 (69/13)

Kammergericht Berlin  
Beschluss vom 07.05.2013

T e n o r

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Amtsgerichts Tiergarten in Berlin vom 31. Januar 2013 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an eine andere Abteilung des Amtsgerichts zurückverwiesen.

G r ü n d e

Das Amtsgericht hat den Angeklagten nach seiner Ansicht aus tatsächlichen, in Wahrheit aber aus rechtlichen Gründen von dem Vorwurf freigesprochen, ein Vergehen gegen § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG dadurch begangen zu haben, dass er sich vom 18. Juni 2008 bis zum 8. Februar 2011 im Bundesgebiet aufhielt, ohne einen Pass, Passersatz oder Ausweisersatz zu besitzen.

Das Amtsgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

„Der Angeklagte war 2008 nach Deutschland eingereist und hatte einen Asylantrag gestellt, der jedoch am 3.6.2008, unanfechtbar seit dem 17.6.2008, abgelehnt wurde. Zugleich wurde der Angeklagte aufgefordert, Deutschland zu verlassen.

Bei seinem Antrag auf Ausstellung eines Passersatzes am 21.8.2008 gab der Angeklagte der Wahrheit zuwider an, er sei am ... 1985 in Hanoi geboren.

Die Ausländerbehörde Berlin erteilte ihm daraufhin am selben Tag eine Duldung für sechs Monate, um zunächst einen Pass zu beschaffen. Sie händigte dem Angeklagten ein Dokument aus, auf dessen Vorderseite steht: "Aussetzung der Abschiebung (Duldung). Kein Aufenthaltstitel! Der Inhaber ist ausreisepflichtig!" Unter "Nebenbestimmungen" heißt es unter anderem: "Erlischt bei Besitz eines zur Ausreise in der Herkunftsstaat berechtigenden Dokumentes. Aufenthalt ist räumlich beschränkt auf das Land Berlin." An anderer Stelle steht: "Der Inhaber genügt mit dieser Bescheinigung nicht der Pass- und Ausweispflicht." Diese Duldung wurde in der Folgezeit stets um ein halbes Jahr verlängert.

Mit Schreiben seines Rechtsanwaltes vom 8.2.2011 ließ der Angeklagte bei der Ausländerbehörde seine Geburtsurkunde vorlegen, aus der sich die zutreffenden Geburtsdaten ergaben: Geburtstag ... 1980, Geburtsort .... Die Duldung des Angeklagten wurde am 19.5.2011 und 15.12.2011 jeweils ohne Änderung der darin enthaltenen Daten verlängert.

Am 9.8.2012 wurde der Angeklagte am Bahnhof Ostkreuz von Polizeibeamten kontrolliert. Aufgrund des Passus "Der Inhaber genügt mit dieser Bescheinigung nicht der Pass- und Ausweispflicht" leiteten sie ein Ermittlungsverfahren gegen ihn ein, das zur Anklage mit dem Vorwurf, der Angeklagte habe sich entgegen § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 48 Abs. 2 des Aufenthaltsgesetzes im Bundesgebiet aufgehalten (führte).“

Das Amtsgericht hat dieses Verhalten als nicht strafbar erachtet. Es ist der Auffassung, die dem Angeklagten erteilte Duldung stehe einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG entgegen. Die Duldung berechtige den Ausländer gerade, sich zumindest für eine gewisse Zeit in Deutschland aufzuhalten. Ihm dürfe dann nicht vorgehalten werden, er befinde sich aus einem anderen Grund – hier nämlich wegen eines Verstoßes gegen die Passpflicht – unberechtigt im Bundesgebiet. Wenn der Duldungsbescheid den ausdrücklichen Hinweis enthalte, der Empfänger erfülle die Passpflicht nicht, so könne jedenfalls ein rechtsunkundiger Ausländer daraus nicht ersehen, dass er ausreisen oder sich einen Pass beschaffen müsse.

Dagegen wendet sich die form- und fristgerecht eingelegte Sprungrevision der Staatsanwaltschaft mit der Sachrüge. Sie hat Erfolg.

Die rechtliche Würdigung des Amtsgerichts hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand. Dem Angeklagten wurde zwar eine Duldung erteilt, weil seiner Ausreise vorübergehende Hindernisse entgegenstanden. Dieser Umstand entband den Angeklagten aber nicht von der Passpflicht und steht einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nicht entgegen.

1. Nach den amtsgerichtlichen Feststellungen hat der Angeklagte den objektiven Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, der von der nach der Tatzeit vorgenommenen Gesetzesnovellierung nicht betroffen ist, ersichtlich erfüllt. Denn er hielt sich im Bundesgebiet auf, und er besaß keinen Pass oder Passersatz (§ 3 Abs. 1 AufenthG). Auch über einen Ausweisersatz (§ 3 Abs. 1 iVm § 48 Abs. 2 AufenthG) verfügte der Angeklagte nicht. Die ihm erteilte Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) entsprach nicht den Anforderungen des § 58 Nr. 1 AufenthVO; sie enthielt folgerichtig den ausdrücklichen Zusatz, sein „Inhaber“ erfülle damit nicht die „Pass- und Ausweispflicht“.

2. Nach den Feststellungen des Amtsgerichts ist auch nicht die Annahme gerechtfertigt, der Angeklagte habe nicht rechtswidrig oder nicht schuldhaft gehandelt.

a) Der Umstand, dass der Angeklagte über eine Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) verfügte, beseitigt die durch die Erfüllung des objektiven Tatbestands indizierte Rechtswidrigkeit nicht. Die Duldung führte insbesondere nicht dazu, dass die beständige Verletzung der Passpflicht folgenlos bliebe.

aa) Dies ergibt sich schon aus der Systematik des § 95 Abs. 1 AufenthG. Der Gesetzgeber hat den „passlosen Aufenthalt“ (vgl. BVerfG NVwZ 2006, 80 f. = NJW 2006, 681 [Ls.]) als strafwürdiges Verhalten definiert und unter Strafe gestellt. Auch wenn sich die verschiedenen Formen strafbaren Handelns vielfach überschneiden, so handelt es sich doch um selbständige Strafnormen (vgl. BVerfG aaO zu den § 95 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AufenthG im Wesentlichen entsprechenden Formulierungen in § 92 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AuslG a. F.). Stünde § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG unter dem Vorbehalt einer zugleich gegebenen Strafbarkeit wegen

(unerlaubten) Aufenthalts ohne Aufenthaltstitel oder Duldung (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG), bliebe die Vorschrift ohne selbständigen Anwendungsbereich (vgl. BVerfG aaO). Dies stünde im Widerspruch zu der Enumerationssystematik des § 95 AufenthG. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, der Duldung in Bezug auf die Strafbarkeit wegen passlosen Aufenthalts eine Sperr- oder Ausschlusswirkung zukommen zu lassen, wäre es geboten gewesen, dies in § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG durch ein einschränkendes Tatbestandsmerkmal („sofern die Abschiebung nicht ausgesetzt ist“ o. ä.) klarzustellen. § 95 Abs. 1 Nr. 2 c AufenthG enthält eben diese Einschränkung, und es ist nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber sie dort kodifiziert, im Fall des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG aber als nur ungeschriebenes begrenzendes Tatbestandsmerkmal vorausgesetzt haben soll.

bb) Die dem Angeklagten erteilte Duldung kann seinen passlosen Aufenthalt auch deshalb nicht rechtfertigen, weil § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG (Aufenthalt ohne Aufenthaltstitel oder Duldung) einen von der Strafbewehrung des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG abweichenden Schutzzweck verfolgt. § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG sichert die Beachtung der in § 3 AufenthG als selbständige Verpflichtung ausgestalteten Passpflicht einschließlich der innerstaatlich zu erfüllenden Ausweispflicht, nämlich der Verpflichtung, sich während des Aufenthalts im Bundesgebiet in angemessener Frist ausweisen zu können (vgl. BVerfG aaO). Die – auch völkerrechtlich legitimierte – Passpflicht dient eigenständigen, über die Frage des Aufenthaltsrechts hinausgehenden Zielen, nämlich der Feststellung von Identität, Nationalität und Rückkehrberechtigung des Ausländers in einen anderen Staat (vgl. BVerfG aaO mwN). Insbesondere sichert sie die Möglichkeit der Identitätskontrolle. Dementsprechend erstreckt sich die Pass- und Ausweispflicht auch auf Ausländer, die über einen Aufenthaltstitel oder -anspruch verfügen (vgl. BVerfG aaO mwN).

b) Die Feststellungen des Amtsgerichts lassen auch nicht den Schluss zu, dass schuldhaftes Handeln des Angeklagten ausgeschlossen wäre. Zwar ist § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG als echtes Unterlassungsdelikt ausgestaltet, so dass die Strafbarkeit unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit normgerechten Verhaltens steht (vgl. BVerfG aaO; OLG München, Beschluss vom 21. November 2012 – 4 StRR 133/12 – bei juris mwN). Aufrichtige Bemühungen um einen Pass, Passersatz oder Ausweisersatz waren dem Angeklagten aber jederzeit zuzumuten.

aa) Allerdings kann ein Ausländer einen Pass dann nicht in zumutbarer Weise erlangen, wenn ihm von seinen Heimatbehörden ein Pass verweigert wird oder wenn er ihn nicht in angemessener Zeit oder nur unter schwierigen Umständen erhalten kann (vgl. OLG München a.a.O.). Ein Ausländer hat jedoch dann nicht in zumutbarer Weise auf die Ausstellung eines Passes seines Heimatlandes hingewirkt, wenn er zu seiner Person falsche oder unvollständige Angaben gemacht, mithin über seine Identität getäuscht hat (OLG München aaO; OLG Frankfurt, Beschluss vom 22. August 2012 – 1 Ss 210/12 – bei juris mwN). Nach dieser Maßgabe hat der Angeklagte auf die Beschaffung eines Passes, Passersatzes oder Ausweisersatzes nicht in zumutbarer Weise hingewirkt. Denn ausweislich der amtsgerichtlichen Feststellungen hat er bei der Beantragung eines Passersatzes ein falsches Geburtsdatum und einen falschen Geburtsort angegeben. Diese

unzutreffenden Angaben waren sodann der Grund für die Erfolglosigkeit des behördlichen Versuchs, für den Angeklagten einen Pass auszustellen.

bb) Die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens ergibt sich auch nicht daraus, dass das den Duldungsanspruch begründende tatsächliche Abschiebungshindernis auf dem Fehlen von Identitätspapieren beruhte und die Ausstellung eines Passes gerade die Abschiebung des Angeklagten ermöglicht hätte. Stehen der Ausreise nämlich Hindernisse entgegen, die der Ausreisepflichtige selbst zu vertreten hat, wird ihm durch die Auferlegung (und strafrechtliche Durchsetzung) der Pass- und Ausweispflicht regelmäßig nichts Unzumutbares abverlangt (vgl. BVerfG aaO).

cc) Dass sich der Angeklagte in einem Verbotsirrtum (§ 17 StGB) befunden haben könnte, hat das Amtsgericht nicht nachvollziehbar dargelegt. Für die erforderliche Unrechtseinsicht genügt das Bewusstsein, gegen die rechtliche Ordnung zu verstoßen. Der Kenntnis einer bestimmten verletzten Norm bedarf es nicht. Es genügt, dass der Täter wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun, wobei sich das Unrechtsbewusstsein auf die spezifische Rechtsgutverletzung des in Betracht kommenden Tatbestandes beziehen muss (vgl. BGH NStZ 1996, 236 mwN.; NStZ 1996, 338; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 17 Rdn. 4; Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB 28. Aufl., § 17 Rdn. 5). Der Angeklagte wusste, dass er über keinen Pass verfügte, und er selbst hatte dessen Erlangung durch falsche Angaben über sein Geburtsdatum und seinen Geburtsort verhindert. Dass er dem auf diesem Weg strafbar (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG) erlangten Abschiebungshindernis die Rechtsfolge zumaß, sich ohne Pass im Bundesgebiet aufhalten zu dürfen, liegt fern.

3. Das Urteil kann danach keinen Bestand haben. Es war aufzuheben, und die Sache war gemäß § 354 Abs. 2 StPO zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Abteilung des Amtsgerichts zurückzuverweisen.