

1. Ss 137/13  
932 Ds -  
112 Js 3012/13 --  
1038  
AG Frankfurt a. M.



EINGEGANGEN

20. Nov. 2013

## OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

### BESCHLUSS

In der Strafsache

gegen



wegen

Verstoßes gegen das Aufenthaltsgesetz

hat der 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts Frankfurt am Main vom 28.01.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED], den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] sowie den Richter am Landgericht [REDACTED]

am 08.11.2013

gemäß § 349 Abs. 4 StPO

**einstimmig beschlossen:**

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Frankfurt am Main – Strafrichter – zurückverwiesen.

### Gründe:

Das Amtsgericht Frankfurt am Main hat den Angeklagten wegen illegalen Aufenthalts in Tateinheit mit einem Aufenthalt ohne gültige Ausweispapiere zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je 5 Euro verurteilt.

Gegen dieses Urteil richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und zugleich mit der allgemeinen Sachrüge begründete Revision des Angeklagten. Sie führt zur Aufhebung des Urteils.

Zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten hat das Amtsgericht u.a. folgende Feststellungen getroffen:

*„Der Angeklagte besuchte in Kasachstan die Hauptschule. Mit 17 Jahren kam er nach Deutschland. Er begann eine Lehre als Metallbauer, die er nicht abschloss. Der Angeklagte hat keine Eltern mehr. Bruder, Tante, Onkel und Cousinen leben in Bayern. Der Angeklagte ist seit 1969 drogenabhängig. Er konsumiert Heroin. 2002 befand er sich 10 Monate in Therapie zur Bekämpfung seiner Drogensucht. Die er regulär abschloss. Der Angeklagte wurde wieder rückfällig. Er begab sich daher 2008 zum [redacted] um eine weitere Therapie anzutreten. Er blieb jedoch nicht dort, da ihm die Regeln zu streng waren. Zuletzt kümmerte sich der Angeklagte 2008 um seinen Aufenthaltsstatus als Ausländer, wobei er damals Kontakt zur Ausländerbehörde hatte...*

*Der Angeklagte wurde zuletzt in anderer Sache am 12.11.2012 aus der JVA [redacted] entlassen. Er besaß zu diesem Zeitpunkt 2.300,- €. Auch nahm er keine Drogen mehr.“*

Zur Sache hat das Amtsgericht folgende Feststellungen getroffen:

*„Der Angeklagte ist Kasache. Als solcher benötigt er für den Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland eine Aufenthaltserlaubnis oder Duldung und einen gültigen*

*nationalen Pass. Beides besitzt er nicht. Mit Verfügung der Ausländerbehörde der Stadt Frankfurt am Main vom 23.8.2007 wurde der Angeklagte für dauernd aus der Bundesrepublik Deutschland ausgewiesen. Gleichzeitig wurde die sofortige Vollziehbarkeit dieser Verfügung angeordnet. Diese Ausweisungsverfügung ist seit dem 7.7.2009 unanfechtbar. Da der Angeklagte mangels gültiger Ausweispapiere derzeit nicht abgeschoben werden kann, besitzt er einen Anspruch auf eine Duldung. Der Angeklagte hatte zuletzt 2008 Kontakt zu Ämtern und Behörden. Seitdem nicht mehr. Er hat sich weder um die Erlangung gültiger Ausweispapiere bemüht; noch um die Erteilung einer Duldung.*

*Er begab sich nach seiner Haftentlassung am 12.11.2012 zu seinen Verwandten nach Bayern und hielt sich dort ca. vier Wochen auf. Danach kam er nach Frankfurt am Main. Er hielt sich hier in einer Einrichtung der Drogennothilfe in der ... Be auf und konsumierte wieder Drogen. Am 14.1.2013 wurde der Angeklagte in Frankfurt am Main in dieser Sache vorläufig festgenommen. Am 15.1.2013 wurde gegen ihn ein Haftbefehl erlassen. Er befand sich bis zur Hauptverhandlung in Untersuchungshaft. In diesem Zeitraum zwischen Haftentlassung und erneuter Festnahme wäre es dem Angeklagten zumutbar und möglich gewesen, sich um einen Pass und um die Erteilung einer Duldung zu kümmern. Der Ausländerbehörde war in diesem Zeitraum der Aufenthalt des Angeklagten unbekannt. Sie konnte ihm daher keine Duldung erteilen."*

Das Amtsgericht führt aus, dass sich der Angeklagte, indem er sich als Kasache vom 13.11.2012 bis zum 14.01.2013 in der Bundesrepublik Deutschland nach erfolgter Ausweisung aufgehalten habe, ohne im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis und einer Duldung oder eines gültigen nationalen Passes zu sein, wegen illegalen Aufenthalts gemäß §§ 3 Abs. 1, 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG und gemäß §§ 4 Abs. 1, 11 Abs. 1, 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG schuldig gemacht zu haben. Die Strafbarkeit bestehe auch dann, wenn der Angeklagte einen Anspruch auf Erteilung einer Duldung gegenüber der Ausländerbehörde besitze und es ihm zumutbar gewesen sei, sich um die Ausstellung einer Duldung zu kümmern, wie es hier der Fall gewesen sei.

Diese Feststellungen und Erwägungen des Amtsgerichts tragen den Schuldspruch nicht.

Nach den Feststellungen des Amtsgerichts dürfte der Angeklagte einen Anspruch auf die Erteilung einer Duldung bereits vor der Entlassung aus der Haft aus der Justizvollzugsanstalt am 12.11.2012 gehabt haben, was sich auch auf den Tatzeitraum danach und damit auch auf die Strafbarkeit des Angeklagten im Tatzeitraum auswirkte. Denn nach der Konzeption des Aufenthaltsgesetzes wird ein ausreisepflichtiger Ausländer entweder abgeschoben oder erhält eine Duldung. Die Systematik des Gesetzes lässt grundsätzlich keinen Raum für einen unregelmäßigen Aufenthalt eines Ausländers. Ein solcher unregelmäßiger Aufenthalt würde aber entstehen, wenn ein Ausländer z.B. aus einer Haft entlassen würde, ohne dass die Ausländerbehörde Maßnahmen für eine Regelung des Aufenthalts treffen würde. Der Anspruch auf Duldung stünde nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG NStZ 2003, 488, 489) einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG entgegen. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, dass es der gesetzgeberischen Konzeption des Ausländergesetzes entspreche, einen vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen entweder unverzüglich abzuschicken oder ihn nach § 55 Abs. 2 AuslG (jetzt: § 60a Abs. 2 AufenthG) zu dulden. Dabei habe die Ausländerbehörde zu prüfen, ob und ggfls. wann eine Abschiebung des Ausländers durchgeführt und zu welchem Zeitpunkt ein eventuelles Abschiebungshindernis behoben werden könne. Die Strafgerichte seien von Verfassung wegen verpflichtet, selbständig zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer ausländerrechtlichen Duldung im Tatzeitraum gegeben waren. Sofern sie zu der Überzeugung gelangten, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Duldung hätten vorgelegen, scheidet eine Strafbarkeit des Ausländers nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG (jetzt: § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) aus. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BGH (StV 2005, 24) jedoch nur dann, wenn die Ausländerbehörde Kenntnis vom Aufenthalt des Ausländers hat. Der Bundesgerichtshof führt zur Begründung dieser Ausnahme aus, dass dann, wenn der Aufenthalt des Ausländers unbekannt sei, weil er von vornherein nicht offenbart habe, dass er in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sei, oder weil er später untergetaucht sei, ein Verzicht der Ausländerbehörde auf die Durchsetzung der Ausreisepflicht und eine zeitweise Aussetzung der Abschiebung schon aus systematischen Gründen nicht in Betracht komme. Die Ausländerbehörde könne eine etwaige Abschiebung nicht vollziehen. Sie wäre auch nicht in der Lage, eine tragfähige Entscheidung über die Abschiebung oder die Entscheidung einer Duldung zu treffen. Die zeitweise Aussetzung

der Abschiebung (Duldung) setze voraus, dass diese im Fall der Verneinung von Abschiebungshindernissen oder anderen Duldungsgründen tatsächlich vollzogen werden könne. Dies sei nur möglich, wenn der Ausländer für die Ausländerbehörde erreichbar sei. Ausdrücklich von der zwangsweisen Durchsetzung der Ausreisepflicht absehen könne die Behörde nur bei jemanden, um dessen Aufenthalt sie wisse und dessen Aufenthaltsort sie kenne. Die Frage eines hypothetischen Duldungsanspruchs im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stelle sich deshalb in diesen Fällen nicht. Er komme nur in Betracht, wenn die Behörde keine Duldung erteilt habe, obwohl nach der ex ante Betrachtung sämtliche Voraussetzungen dafür vorgelegen hätten. Dazu gehöre, dass die Behörde Kenntnis vom Aufenthalt und dem Aufenthaltsort des Ausländers habe (BGH a.a.O.). Dieser Auffassung hat der Senat sich bereits in früheren Entscheidungen angeschlossen (vgl. Senatsbeschl. v. 17.02.2006, Az.: 1 Ss 354/05 m.w.N.; v. 21.08.2013, Az.: 1 Ss 225/13).

Der Ausländer bleibt strafbar, wenn die Ursache für die (gesetzwidrige) Untätigkeit der Ausländerbehörde (Nichterteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG) allein im Verantwortungsbereich des Ausländers liegt. Kommt aber die Behörde ihrer nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestehenden Verpflichtung zur Erteilung der Duldung nicht oder zu spät nach und legen die Strafgerichte dieses Verwaltungshandeln ungeprüft ihrer Entscheidung zugrunde, bedeutete dies nicht nur die Hinnahme einer gesetzwidrigen Praxis der Ausländerbehörde, sondern führte zusätzlich dazu, über die mögliche Strafbarkeit des Ausländers und deren Umfang entgegen den Grundsätzen des im Strafrecht geltenden Schuldprinzips letztlich die jeweilige Ausländerbehörde entscheiden zu lassen (BVerfG a.a.O. zitiert nach juris Rdnr. 39).

Es kommt im vorliegenden Fall entscheidend darauf an, ob der Aufenthaltsort des Angeklagten der Ausländerbehörde bis zum Zeitpunkt aus der Entlassung aus der JVA Dieburg am 12.11.2012 bekannt war und wieso sie nicht dafür gesorgt hat, dass der Angeklagte aus der Untersuchungshaft nicht in einen unregelmäßigen Aufenthalt entlassen wurde. Nach den bisherigen Feststellungen bleibt unklar, ob tatsächlich der Ausländerbehörde der Aufenthaltsort des Angeklagten unbekannt geblieben war. Er befand sich bis zum 12.11.2012 in Strafhaft und war damit greifbar. Zwar stellt das Amtsgericht fest, dass der Angeklagte zuletzt 2008 Kontakt zu Ämtern und Be-

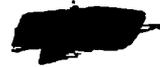
hörden gehabt habe, seitdem nicht mehr. Er habe sich weder um die Erteilung gültiger Ausweispapiere bemüht, noch um die Erteilung einer Duldung. Das Amtsgericht setzt sich aber nicht damit auseinander, ob der Ausländerbehörde nicht die Strafhaft des Angeklagten, die bis zum 12.11.2012 andauerte, bekannt gewesen ist und warum sie entsprechend nicht darauf reagierte. Es liegt äußerst nahe, dass die Ausländerbehörde von einer Strafhaft eines ausgewiesenen Ausländers Kenntnis erlangt. Nach dem in das Urteil des Amtsgerichts hineinkopierten Bundeszentralregisterauszug befand sich der Angeklagte nämlich wegen mehrerer Verurteilungen wiederholt in Strafhaft, und zwar vom 16.03.2007 bis 24.05.2008, vom 28.04.2009 bis 05.03.2010, vom 28.05.2009 bis 28.08.2010, vom 20.10.2009 bis 12.08.2012 und zuletzt vom 21.04.2011 bis 12.11.2012. Diese Feststellungen lassen damit die Möglichkeit offen, dass ein Aufenthaltsort des Angeklagten bekannt war. Wieso bei bekanntem Aufenthalt des Angeklagten oder jedenfalls während der Strafhaft die Ausländerbehörde nicht dessen Abschiebung veranlasst hat oder ihm eine Duldung erteilt hat, bleibt unklar. Zwar hat das Amtsgericht festgestellt, dass der Angeklagte mangels gültiger Ausweispapiere nicht abgeschoben werden könne, dann wäre es aber bei bekanntem Aufenthalt jedenfalls eine Verpflichtung der Ausländerbehörde gewesen, eine Duldung zu erteilen.

Zudem setzt eine Verurteilung nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nähere Ausführungen zu den Umständen des Rückführungsverfahrens voraus. Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist in Umsetzung der Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie) die vollständige Einhaltung des Rückkehrverfahrens und dessen entsprechende Darlegung in dem Urteil sowie Ausführungen dazu, dass sich der Angeklagte außerhalb dieses Verfahrens gestellt hat (vgl. Senatsbeschl. v. 21.08.2013, 1 Ss 225/13; KG Berlin, Beschl. v. 26.03.2012, Az.: 1 Ss 393/11 zitiert nach juris Rdnr. 12; OLG München, Beschl. v. 21.11.2012, 4 StRR 133/12 zitiert nach juris Rdnr. 33). Es sind Angaben dazu nötig, ob der Angeklagte in Abschiebehaft genommen worden ist, denn die Ausländerbehörden müssen zunächst die in der Richtlinie vorgesehenen ausländerrechtlichen Zwangsmaßnahmen ergreifen. Das Urteil verhält sich lediglich dazu, dass der Angeklagte nach dem 12.11.2012 untergetaucht sei und zuletzt 2008 Kontakt zu Ämtern und Behörden gehabt habe, seitdem nicht mehr. Warum aber im Vorfeld das Rückführungsverfah-

ren nicht durchgeführt wurde, ergibt sich aus dem Urteil nicht. Hierzu wären vorliegend aber Feststellungen notwendig gewesen.

Anknüpfend hieran sind auch die Feststellungen zu dem Aufenthalt des Angeklagten ohne gültige Ausweispapiere nicht tragfähig. Es bleibt offen, warum dem Angeklagten nicht bereits zuvor ein Ausweisersatzpapier nach § 48 Abs. 2 AufenthG hätte erteilt werden können. Steht dem Ausländer nämlich ein Anspruch auf Erteilung eines Ausweisersatzpapiers nach § 48 Abs. 2 des AufenthG zu, entfällt die Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG (Senatsbeschl. v. 21.08.2013 a.a.O. m.w.N.). Unter Strafe gestellt ist nicht die Passlosigkeit an sich, sondern der Aufenthalt und der Verstoß gegen §§ 3 Abs. 1, 48 Abs. 2 AufenthG. Gemäß § 48 AufenthG werden beim Fehlen eines erforderlichen Identitätsdokumentes zumutbare Bemühungen um die Beschaffung eines neuen Passes verlangt. Strafbar macht sich nur, wer zumutbare Anstrengungen dieser Art unterlässt und passlos bleibt (vgl. Senatsbeschl. v. 21.08.2013 m.w.N.). Die bisherigen Feststellungen sind dazu unzureichend. Ein Ausländer kann einen Pass 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. Die Kriterien für die Zumutbarkeit von Anstrengungen, einen ausländischen Pass zu erhalten, dürfen dabei nicht zu hoch angesetzt werden. Insoweit gelten für die Zumutbarkeit die Bestimmungen des § 5 Abs. 2 Aufenthaltsverordnung entsprechen. Das Zumutbarkeitskriterium soll hierbei lediglich der Nachlässigkeit oder der Bequemlichkeit des Ausländers Einhalt gebieten (vgl. Senatsbeschl. v. 22.08.2012, Az.: 1 Ss 210/12 m.w.N.). Die Zumutbarkeit der Erlangung eines **Ausweisersatzpapiers dürfte entscheidend** vorliegend davon abhängen, was dem Angeklagten in der Vergangenheit auferlegt wurde. Nur Feststellungen dazu dürften eine geeignete Grundlage dafür bieten, um zu beurteilen, welche zumutbaren Bemühungen um die Beschaffung eines neuen Passes dem Angeklagten abzuverlangen waren. Auch hier gilt, dass der Angeklagte während der Strafhaft greifbar war, so dass die Ausländerbehörde durchaus möglicherweise die Gelegenheit gehabt hat, auf den Angeklagten im Hinblick auf eine Passbeschaffung hinzuwirken und ihm entsprechende Auflagen zu erteilen. Denn dann wäre er jedenfalls nach Haftentlassung zu entsprechenden Tätigkeiten und Bemühungen verpflichtet gewesen, soweit solche überhaupt in Betracht gekommen wären.

Die aufgeführten Mängel führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Frankfurt am Main (§§ 349 Abs. 4, 353, 354 Abs. 2 StPO).



~~Ausgesetzt~~  
Frankfurt am Main, den 21. NOV. 2013  
Sachverständiger der Geschäftsstelle  
M