



Bayerisches Oberstes Landesgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Der 4. Strafsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts hat in dem Strafverfahren gegen

D M

wegen unerlaubten Aufenthalts u.a.

aufgrund der Hauptverhandlung in der öffentlichen Sitzung vom
14. September 2004, an der teilgenommen haben:

1. als Richter der Vorsitzende Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht Joachimski sowie der Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht Steiner und der Richter am Oberlandesgericht Seyb
2. als Beamter der Staatsanwaltschaft Oberstaatsanwalt Dr. Lehmpuhl
3. als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle Amtsinspektorin Mannel

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hof vom 8. April 2004 mit Ausnahme der Feststellungen zum Aufenthalt des Angeklagten in Deutschland (BU S. 5 vierte Zeile von oben bis S. 7 dritte Zeile von oben) aufgehoben.
- II. Die Sache wird in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts Hof zurückverwiesen.
- III. Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft wird als unbegründet verworfen.

Gründe:

I.

Das Amtsgericht Hof verurteilte den Angeklagten am 17.10.2003 wegen passlosen Aufenthalts (Tatzeit: 15.11.2001 bis 30.6.2003) zur Freiheitsstrafe von neun Monaten. Auf die Berufung des Angeklagten hob das Landgericht Hof am 8.4.2004 dieses Urteil auf und sprach den Angeklagten frei. Die Berufung der Staatsanwaltschaft, die diese auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt hatte, wurde als unbegründet verworfen.

Mit der Revision beanstandet die Staatsanwaltschaft das Verfahren und rügt die Verletzung des materiellen Rechts. Sie ist der Ansicht, der Angeklagte sei sowohl wegen unerlaubten Aufenthalts wie auch wegen passlosen Aufenthalts zu verurteilen.

II.

Die Revision ist zulässig (§§ 333, 341 Abs. 1, §§ 344, 345 StPO) und mit der Sachrüge begründet, weil der Freispruch des Angeklagten auch vom Vorwurf des passlosen Aufenthalts einer tragfähigen Grundlage entbehrt. Auf die Verfahrensrüge kommt es nicht mehr an.

1. Nach den Feststellungen handelt es sich bei dem Angeklagten um einen sudanesischen Staatsangehörigen, der keinen Pass besitzt und dessen Asylantrag am 10.11.1998 als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde. Seit dem 30.11.1998 ist er vollziehbar ausreisepflichtig. Vom 8.9.1999 bis 7.9.2000 befand sich der Angeklagte in Abschiebehaft. Aus dieser wurde er entlassen, weil seine Abschiebung wegen fehlender Identitätspapiere nicht realisierbar war. Während der Abschiebehaft wurde er ohne Ergebnis den Botschaften des Sudan und weiterer schwarzafrikanischer Länder zum Zweck der Feststellung seiner Staatsangehörigkeit vorgeführt. In einem Vermerk der Botschaft des Sudan vom Oktober 1999 wird durch einen Botschaftsmitarbeiter bestätigt, dass der Angeklagte in einem Interview zu seiner vorgeblichen Heimat befragt wurde, hierzu jedoch keinerlei Angaben machen konnte. Es sei festgestellt worden, dass es sich bei dem Befragten nicht um einen Staatsbürger der Republik Sudan handle (BU S. 5).

Der Angeklagte hielt sich nach seiner Entlassung aus der Abschiebehaft bis zum 8.8.2001 in einem Asylbewerberheim in Hof auf. Vom 28.8.2001 bis 24.11.2001 befand er sich in dieser Sache in Untersuchungshaft. Anschließend war er unbekanntem Aufenthalts bis 22.6.2002. Von diesem Zeitpunkt an bis zum 5.11.2002 befand sich der Angeklagte erneut in Untersuchungshaft. Danach hielt er sich bis 12.12.2002 wieder in einem Asylbewerberheim in Hof auf. Abgesehen von zwei Tagen im Januar 2003 war der Angeklagte sodann bis 30.6.2003, dem Tag seiner erneuten Inhaftierung im vorliegenden Verfahren, abgemeldet. Nachdem er am 17.10.2003 wieder aus der Untersuchungshaft in diesem Verfahren entlassen wurde, erhielt er am 30.10.2003 durch die Stadt Hof eine Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung (Duldung), die bis zum 5.11.2003 befristet war. Zuletzt wurde die Gültigkeitsdauer bis 18.4.2004 verlängert (BU S. 6/7).

In der Verhandlung vor dem Amtsgericht Hof war die Strafverfolgung gemäß § 154 a Abs. 2 StPO auf die Zeit vom 15.11.2001 bis 30.6.2003 beschränkt worden.

2. Die Strafkammer ist zu Recht davon ausgegangen, dass sich der Angeklagte nicht wegen unerlaubten Aufenthalts nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG strafbar gemacht hat.

2.1 Das Fehlen der erforderlichen Aufenthaltsgenehmigung bei gleichzeitig fehlender förmlicher Duldung führt entgegen der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung nach der Entscheidung der 3. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgericht vom 6.3.2003 (NStZ 2003, 488, 489) bei einem vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer dann nicht zur Strafbarkeit nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG, wenn dessen Aufenthalt zur Tatzeit gemäß § 55 Abs. 2 AuslG zu dulden war. Tatbestandsmäßiges Unrecht liegt somit entgegen dem Wortlaut der Strafbestimmung dann nicht vor, wenn die Ausländerbehörde eine Duldung hätte erteilen müssen (BayObLG Beschluss vom 26.9.2003 - 4St RR 114/2003; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2003, 307, 308).

2.2 Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Duldung durch die Ausländerbehörde der Stadt Hof lagen zur Tatzeit vor. Der Angeklagte konnte nicht abgeschoben werden, weil er keine Heimreisedokumente hatte. Er musste deshalb am 7.9.2000 aus der Abschiebehäft entlassen werden. Spätestens zu diesem Zeitpunkt war die Verwaltungsbehörde zur Erteilung einer Duldungsbescheinigung verpflichtet, weil es nach der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der Grundkonzeption des Ausländerrechts entspricht, einen ausreisepflichtigen Ausländer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen entweder unverzüglich abzuschieben oder ihn nach § 55 Abs. 2 AuslG zu dulden. Der Umstand, dass der Angeklagte die Unmöglichkeit seiner Abschiebung durch die fehlende Mitwirkung bei der Beschaffung eines Heimreisedokuments zu vertreten hat, ändert daran nichts (BVerfG aaO S. 489).

2.3 Die Rechtsprechung des Senats, wonach die Erteilung einer Duldungsbescheinigung dann nicht in Betracht komme, wenn der betroffene Ausländer untergetaucht ist (BayObLG aaO), erweist sich im vorliegenden Fall entgegen der Meinung der Revisionsführerin nicht als einschlägig.

Nach den Feststellungen hielt sich der Angeklagte nach der Entlassung aus der Abschiebehafte noch bis zum 8.8.2001 in einer Asylbewerberunterkunft in Hof auf. Vom 28.8.2001 bis zum 24.11.2001 befand er sich in Untersuchungshaft. Der Aushändigung einer Duldungsbescheinigung entweder vor der Entlassung aus der Abschiebehafte oder unmittelbar danach in der Zeit bis zum 8.8.2001 hätte somit nichts entgegengestanden. Demgegenüber ist es ohne Bedeutung, dass der Angeklagte in der Zeit vom 8.8.2001 bis 28.8.2001 sowie in der Zeit vom 25.11.2001 bis 22.6.2002 für die Ausländerbehörde nicht erreichbar war. Wenn die Revisionsführerin hieraus den Schluss zieht, in diesen Zeiträumen habe eine Verpflichtung zur Duldung nicht bestanden, übersieht sie, dass die Verpflichtung zur Bescheinigung der Duldung bereits zu dem Zeitpunkt bestand, als das Vorliegen eines Abschiebungshindernisses feststand. Das war jedoch schon im September 2000 vor der Entlassung des Angeklagten aus der Abschiebehafte der Fall. Die weitere Überlegung der Revisionsführerin, jedenfalls habe in den Zeiträumen, in denen der Aufenthalt des Angeklagten der Ausländerbehörde nicht bekannt war, eine Duldungsbescheinigung nicht erteilt werden können, ist zwar grundsätzlich richtig, entbehrt aber jeder tatsächlichen Grundlage. Wenn dem Angeklagten bereits im September 2002 die Duldung bescheinigt worden wäre, hätte für ihn, der offensichtlich in Deutschland bleiben wollte (vgl. BU S. 5/6), kein Anlass zum zeitweiligen Untertauchen bestanden.

3. Die Bewertung der Strafkammer, eine Verurteilung des Angeklagten wegen Passlosigkeit komme nicht in Betracht, weil die Ausländerbehörde zur Ausstellung eines Ausweisersatzpapiers in Form einer mit einem Lichtbild versehenen Duldungsbescheinigung verpflichtet gewesen wäre, hält der rechtlichen Überprüfung jedoch nicht stand.

3.1 Nach § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG macht sich strafbar, wer sich entgegen § 4 Abs. 1 i.V.m. § 39 Abs. 1 ohne Pass und ohne Ausweisersatz im Bundesgebiet aufhält. Ein Ausländer, der weder einen Pass besitzt noch ihn in zumutbarer Weise erlangen kann, genügt der Ausweispflicht im Bundesgebiet jedoch auch mit einer Bescheinigung über die Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung, wenn sie mit Angaben zur Person und einem Lichtbild versehen ist (Ausweisersatz), vgl. § 39 Abs. 1 AuslG. Hierzu hat die Strafkammer festgestellt, dass der Angeklagte keinen Pass hat. Er verfügte zur Tatzeit auch über keinen Ausweisersatz im Sinne des § 39 Abs. 1

AuslG. Dazu hat die Strafkammer ausgeführt, dem Angeklagten könne nicht nachgewiesen werden, er habe sich nicht in zumutbarer Weise um einen Pass bemüht. Er habe nämlich von Beginn an angegeben, dass er am 9.3.1972 in Nuba im Sudan geboren und sudanesischer Staatsangehöriger sei. Diese Angaben seien der Ausländerbehörde seit langem bekannt gewesen und dürften deshalb der sudanesischen Botschaft übermittelt worden sein. Eine Überprüfung dieser Daten im Sudan kann nach Überzeugung der Kammer jedoch nicht stattgefunden haben, weil die Bescheinigung der sudanesischen Botschaft über die Vorführung am 7.10.1999 von der Grenzschutzdirektion Koblenz bereits mit Schreiben vom 11.10.1999 an das Bundesamt in Zirndorf übersandt worden war. Dem Schreiben sei auch nicht zu entnehmen, welche Angaben der Vertreter der sudanesischen Botschaft vom Angeklagten ergänzend zu den Personalien hätte haben wollen und wie der Angeklagte darauf reagiert habe. Nach dem erzielbaren Erkenntnisstand sei deshalb davon auszugehen, dass es dem Angeklagten nicht möglich war, sich in zumutbarer Weise einen Pass zu beschaffen. Folglich sei die Ausländerbehörde zur Ausstellung eines Ersatzpapiers verpflichtet gewesen (BU S. 10/11).

3.2 Die Feststellungen der Strafkammer tragen deren Bewertung nicht, eine Strafbarkeit des Angeklagten nach § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG komme nicht in Betracht.

3.2.1 Der Tatbestand des § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG setzt zunächst voraus, dass der Angeklagte der Ausweispflicht nach § 4 Abs. 1 AuslG unterliegt. Das ist der Fall. Wer sich im Bundesgebiet aufhalten will, benötigt grundsätzlich einen Pass. Ein Ausnahmefall nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 AuslG liegt nicht vor. Auch der Umstand, dass der Angeklagte Asyl beantragt hatte, befreite ihn nach Abschluss des Asylverfahrens nicht von der Passpflicht. Hierzu bestimmt § 64 Abs. 1 AsylVfG, dass der Ausländer nur für die Dauer des Asylverfahrens seiner Ausweispflicht mit einer Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung (§ 63 AsylVfG) genügt.

3.2.2 Als weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG bestimmt das Ausländerrecht, dass sich der passlose Ausländer unter Umständen auch mit der Aufenthaltsgenehmigung oder einem Ausweisersatz, also einer mit einem Lichtbild und Angaben zur Person versehenen Duldungsbescheinigung, ausweisen kann (§ 39 Abs. 1 AuslG). Diese Voraussetzung wäre grundsätzlich

auch dann erfüllt, wenn dem Ausländer zur Tatzeit eine Duldungsbescheinigung in Form eines Ausweisersatzes zu erteilen gewesen wäre (OLG Frankfurt a.M. aaO; vgl. hierzu auch Beschluss des OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2003, 308, 309, in dem allerdings auf die Frage der Zumutbarkeit der Passerlangung nicht eingegangen wurde). Einen Anspruch auf Erteilung einer solchen qualifizierten Duldungsbescheinigung macht § 39 Abs. 1 AuslG allerdings davon abhängig, dass der Ausländer einen Pass nicht in zumutbarer Weise erlangen konnte. Diese verwaltungsrechtliche Vorfrage muss der Tatrichter anhand aller ihm bekannten und erforderlichenfalls noch aufklärbaren Umstände entscheiden. Kommt er zu dem Ergebnis, der Angeklagte habe in zumutbarer Weise einen Pass nicht erlangen können und deshalb sei ihm ein Ausweisersatz auszustellen gewesen, so kann diese Bewertung vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob von ihm der Begriff der Zumutbarkeit verkannt wurde oder ob er bei seiner Bewertung wesentliche Umstände außer Betracht gelassen hat. Letzteres ist der Fall.

3.2.3 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 (GK - AuslR Stand: Mai 2004 - AuslG § 39 Rn. 13). In diesem Zusammenhang ist die Strafkammer zunächst zu Recht davon ausgegangen, dass die Anforderungen zur Erlangung eines Passes nicht zu hoch angesetzt werden dürfen (BU S. 10). Das Zumutbarkeitskriterium soll lediglich der Nachlässigkeit oder der Bequemlichkeit des Ausländers Einhalt gebieten (Hailbronner Ausländerrecht Stand: Juni 2004 - AuslG § 39 Rn. 7). Andererseits verpflichtet jedoch § 25 DVAuslG einen Ausländer, der sich im Bundesgebiet aufhält, unter anderem dann zur Beantragung eines neuen Passes, wenn der bisherige abhanden gekommen ist. Den Feststellungen der Strafkammer lässt sich jedoch schon nicht entnehmen, aus welchen Gründen und seit wann der Angeklagte ohne Pass ist. Sie hat nur festgestellt, er sei ohne Pass. Aus dem Urteil geht auch nicht hervor, ob der Angeklagte bei der Botschaft des Sudan oder bei anderen Botschaften einen entsprechenden Antrag gestellt hat. Liegt aber nicht einmal ein entsprechender Antrag auf Erteilung eines neuen Passes vor, verbietet sich grundsätzlich die Annahme, ein solcher sei in zumutbarer Weise nicht zu erlangen. Insoweit ist es im Regelfall 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, soweit - wie hier - kein Rechtsanspruch auf einen deutschen Passersatz besteht (vgl. Allg. Verwaltungsvorschrift zum AuslG Nr. 39.0.2). Die bisher getroffenen Feststellungen lassen nur den Schluss zu, der Angeklagte sei durch das Ausländeramt diversen schwarzafrikanischen Botschaften ausschließlich zur Klärung der Frage vorgeführt worden, welches Land als Herkunftsland in Betracht kommt. Dem Senat ist aus einer Vielzahl von Fällen bekannt, dass diese Vorführungen primär dem Ziel dienen, von der angegangenen Auslandsvertretung für den ausreisepflichtigen Ausländer Reisedokumente zu bekommen, die zur einmaligen Einreise in das jeweilige Herkunftsland berechtigen (vgl. hierzu Beschluss vom 4.10.2002 - 4St RR 107/2002). Zwar ist es in Einzelfällen nicht ausgeschlossen, dass der betreffende Ausländer bei dieser Gelegenheit auch um die Ausstellung eines neuen Passes nachsucht oder dass dies in einem Namen durch das Ausländeramt oder die zuständige Rückführungsbehörde geschieht. In dieser Richtung enthält das angegriffene Urteil keine Feststellungen. Bei dieser Sachlage durfte sich die Strafkammer nicht mit der Tatsache zufrieden geben, dass der Angeklagte verschiedenen Botschaften ergebnislos, was die Klärung seiner Herkunft betrifft, vorgeführt wurde. Sie hätte sich vielmehr auch mit der Frage befassen müssen, welche Bemühungen der Angeklagte selbst zur Erlangung eines Passes unternommen hatte. Blieb er in dieser Richtung über lange Zeit hinweg untätig, obwohl ihm die Pflicht zur Erlangung eines Passes bekannt war - auch hierzu ist den Feststellungen nichts zu entnehmen -, kann eine Verurteilung nach § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG in Betracht kommen. Anders wäre es lediglich, wenn er aus dem Verhalten des Ausländeramtes den Schluss hätte ziehen dürfen, eigene Anstrengungen zur Erlangung eines Passes seien von ihm nicht gefordert, weil das Ausländeramt primär an der Klärung seiner Staatsangehörigkeit interessiert war. Insoweit hätte die Strafkammer allerdings auch der Frage nachgehen müssen, ob das Ausländeramt und, wenn ja, bei welchen Gelegenheiten, den Angeklagten auf die Notwendigkeit der Neubeschaffung eines Passes hingewiesen hat. Angesichts der aufgezeigten vielfachen Lücken zur objektiven und subjektiven Tatseite fehlt derzeit jede Grundlage für eine Sachentscheidung.

Wegen des aufgezeigten Mangels (§ 337 StPO) wird das angefochtene Urteil auf die Revision des Angeklagten mit den Feststellungen aufgehoben (§ 353 StPO). Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere Strafkammer des Landgerichts Hof zurückverwiesen (§ 354 Abs. 2 StPO).

Joachimski

Steiner

Seyb

Leitsatz:

§ 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG, § 25 DVAuslG

1. Ein Ausländer kommt seiner Verpflichtung, sich einen Reisepass zu beschaffen, nur dann nach, wenn er zumindest einen entsprechenden Antrag bei der diplomatischen Vertretung seines Heimatstaates stellt.
2. Diese Frage ist vom Tatrichter im Verfahren wegen passlosen Aufenthalts auch dann zu prüfen, wenn an sich ein Anspruch auf Erteilung einer qualifizierten Duldungsbescheinigung nach § 39 Abs.1 AuslG gegeben wäre, weil eine solche voraussetzt, dass ein Reisepass nicht in zumutbarer Weise erlangt werden kann.

BayObLG 4. Strafsenat
Urteil vom 14.9.2004
4St RR 071/04