

Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin

Az: VerfGH 34/00

Datum: 31. Januar 2003

Beschluß / **Urteil**

Sachgebiet:

Strafvorschriften des Ausländerrechts

Normen:

Art. 15 Abs. 4 Satz 1 VvB,
§ 92 Abs. 1 AuslG,
§ 80 Abs. 4 und 5 VwGO

Stichworte:

Zur Strafbarkeit eines Ausländers wegen unberechtigten Aufenthalts in der Bundesrepublik während der Dauer eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens.
Zur Auslegung von § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG

Leitsätze:

§ 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG ist insoweit einschränkend auszulegen, als eine Straftat des Ausländers nach dieser Vorschrift entfällt, wenn dieser zwar weder im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung noch einer Duldung ist, die Ausländerbehörde aber im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens über einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO gegenüber dem Gericht die Zusicherung erteilt, die Abschiebung des Ausländers bis zu einer Entscheidung des Gerichts nicht zu vollziehen.

Anmerkungen:

Sondervotum durch zwei Richter

Aufnahme in LVerfGE: ja nein

BE: Dr. Mahlo

Normen:

Art. 15 Abs. 4 Satz 1 VvB,
§ 92 Abs. 1 AuslG,
§ 80 Abs. 4 und 5 VwGO

Stichworte:

Zur Strafbarkeit eines Ausländers wegen unberechtigten Aufenthalts in der Bundesrepublik während der Dauer eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens.
Zur Auslegung von § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG

Leitsätze:

§ 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG ist insoweit einschränkend auszulegen, als eine Straftat des Ausländers nach dieser Vorschrift entfällt, wenn dieser zwar weder im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung noch einer Duldung ist, die Ausländerbehörde aber im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens über einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO gegenüber dem Gericht die Zusicherung erteilt, die Abschiebung des Ausländers bis zu einer Entscheidung des Gerichts nicht zu vollziehen.

VerfGH 34/00

In dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde

des Herrn H. C.,
H-steig , Berlin,

- Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte P. M., C. R.,
und M. W.,
B-straße , Berlin

g e g e n

1. den Beschluß des Kammergerichts vom 17. Januar 2000
– (3) 1 Ss 367/99 (109/99) –,
2. das Urteil des Amtsgerichts Tiergarten vom 22. Juli 1999 – 239 Ds 415/98 –

Beteiligte gemäß § 53 Abs. 1 VerfGHG:

1. Die Präsidentin des Kammergerichts,
Eißholzstraße 30 – 33, 10781 Berlin,
2. Der Präsident des Amtsgerichts,
Turmstraße 91, 10559 Berlin,

hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin durch den Präsidenten Prof. Dr. Sodan, den Vizepräsidenten Dr. Storost und die Richterinnen und Richter Bellinger, Dr. Groth, Knuth, Dr. Mahlo, Dr. Möcke, Prof. Dr. Randelzhofer und Züнкler

am 31. Januar 2003 b e s c h l o s s e n :

Der Beschluß des Kammergerichts vom 17. Januar 2000 – (3) 1 Ss 367/99 (109/99) – sowie das Urteil des Amtsgerichts Tiergarten vom 22. Juli 1999 – 239 Ds 415/98 – verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 15 Abs. 4 Satz 1 der Verfassung von Berlin, soweit sie eine Strafbarkeit des Beschwerdeführers gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG für den Zeitraum 4. Januar 1996 bis 16. Juli 1997 feststellen. Sie werden insoweit aufgehoben. Die Sache wird in diesem Umfang an das Amtsgericht Tiergarten zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen.

Das Verfahren ist gerichtskostenfrei.

Das Land Berlin hat dem Beschwerdeführer 4/5 seiner notwendigen Auslagen zu erstatten.

Gründe:

I.

Der [REDACTED] geborene Beschwerdeführer ist türkischer Staatsangehöriger. Im [REDACTED] [REDACTED] heiratete er in der Türkei eine [REDACTED] geborene deutsche Staatsangehörige und reiste im [REDACTED] mit einem auf drei Monate befristeten Visum der Deutschen Botschaft in Ankara zum Zwecke der Familienzusammenführung nach Berlin ein.

Die Berliner Ausländerbehörde sah nach Prüfung eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft nicht für gegeben an. Durch Bescheid vom 9. August 1995, dem Beschwerdeführer zugestellt am 14. August 1995, verweigerte sie die beantragte Aufenthaltserlaubnis mit dieser Begründung und forderte den Beschwerdeführer unter Androhung der Abschiebung zur Ausreise innerhalb eines Monats nach Zustellung des Bescheides auf. Zugleich wies die Ausländerbehörde darauf hin, daß der Aufenthalt in der Bundesrepublik ohne Aufenthaltsgenehmigung nach § 92 Abs. 1 AuslG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe bestraft werden könne, und zwar auch im Falle der Einlegung etwaiger Rechtsbehelfe gegen den Bescheid.

Den vom Beschwerdeführer am 31. August 1995 erhobenen Widerspruch sowie seinen zugleich gestellten Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gemäß § 80 Abs. 4 VwGO wies die Senatsverwaltung für Inneres durch Widerspruchsbescheid vom 28. November 1995, dem Beschwerdeführer zugestellt am 30. November 1995, zurück.

Der Beschwerdeführer erhob im Dezember 1995 gegen das Land Berlin Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vor dem Verwaltungsgericht Berlin (VG 11 A 670.95) und beantragte anschließend am 4. Januar 1996 die Gewährung vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (VG 11 A 2.96). Das

Landeseinwohneramt sicherte dem Verwaltungsgericht auf dessen Bitte mit Schreiben vom 4. Januar 1996 zu, daß es die Abschiebung des Beschwerdeführers bis zu einer Entscheidung des Gerichts über den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht vollziehen werde.

Am 16. Juli 1997 nahm der Beschwerdeführer den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes und im September 1997 auch die Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zurück.

Nach erfolgter Scheidung heiratete der Beschwerdeführer im [REDACTED] eine andere deutsche Staatsangehörige und erhielt auf Antrag vom 18. März 1998 eine Aufenthaltserlaubnis für die Dauer von drei Jahren. Seit dem Jahr 2001 ist er im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis.

Am 22. Juli 1999 verurteilte das Amtsgericht Tiergarten den Beschwerdeführer wegen unerlaubten Aufenthalts im Bundesgebiet gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Er habe sich in der Zeit vom 15. September 1995 bis zum 18. März 1998 ohne Genehmigung und ohne Duldung in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten. Die schriftliche Zusicherung des Landeseinwohneramtes gegenüber dem Verwaltungsgericht, bis zu einer Entscheidung über den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO die Abschiebung des Beschwerdeführers nicht zu vollziehen, stehe der Illegalität des Aufenthalts nicht entgegen. Der Beschwerdeführer habe auch schuldhaft gehandelt, da er im Bescheid des Landeseinwohneramtes darauf hingewiesen worden sei, daß die Strafbarkeit eines nicht erlaubten Aufenthalts im Bundesgebiet nicht durch die Einlegung etwaiger Rechtsbehelfe beseitigt werde.

Gegen das Urteil des Amtsgerichts Tiergarten legte der Beschwerdeführer Sprungrevision ein. Unter Berufung auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes führte er aus: Sein Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland sei in der Zeit vom 15. September 1995 bis zum 30. November 1995 und vom 4. Januar 1996 bis zum 16. Juli 1997 nicht strafbar gewesen. Der erste Zeitraum sei die Phase des Widerspruchsverfahrens gewesen. Während dieser dulde die Berliner Ausländerbehörde den weiteren Aufenthalt stets, wenn der Widerspruch, wie hier, mit einem Antrag auf Aussetzung

der Vollziehung verbunden werde. Bei dem zweiten Zeitraum handele es sich um das vorläufige Rechtsschutzverfahren. Diesbezüglich habe die Ausländerbehörde dem Verwaltungsgericht zugesichert, den Beschwerdeführer bis zur Entscheidung über den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht abzuschieben. Eine Aussetzung der Abschiebung stelle entsprechend der Klarstellung des Gesetzgebers in § 55 Abs. 1 AuslG eine Duldung des Aufenthalts dar.

Mit Schreiben vom 3. Dezember 1999 beantragte die Staatsanwaltschaft bei dem Kammergericht, das Urteil des Amtsgerichts Tiergarten im Strafausspruch aufzuheben und die Sache insoweit an eine andere Abteilung des Amtsgerichts zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, die weitergehende Revision jedoch als offensichtlich unbegründet zu verwerfen. Unabhängig davon, wie die Ausländerbehörde in anderen Fällen zu verfahren pflege, habe sie dem Beschwerdeführer hier jedenfalls für die Dauer seines Widerspruchsverfahrens eine Duldung tatsächlich nicht erteilt. Auch ihre Stillhaltezusage gegenüber dem Verwaltungsgericht vom 4. Januar 1996 stelle rechtlich keine Duldung im Sinne von § 55 AuslG dar. Sie habe sich an das Gericht, nicht an den Beschwerdeführer als Betroffenen gerichtet.

Durch Beschluß vom 17. Januar 2000 verwarf das Kammergericht hinsichtlich des Schuldspruchs die Revision als offensichtlich unbegründet. Es schloß sich in seiner Begründung der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft an. Hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruchs hob es das Urteil des Amtsgerichts auf und verwies die Sache insoweit zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Abteilung des Amtsgerichts zurück, weil das Amtsgericht im Hinblick darauf, daß sich der Beschwerdeführer mit seiner Ansicht, das Schreiben des Landeseinwohneramtes an das Verwaltungsgericht vom 4. Januar 1996 komme einer Duldung gleich, auf einen – vermeidbaren – Verbotsirrtum berufen habe und das Amtsgericht daher die Mildrungsmöglichkeit des § 49 Abs. 1 StGB hätte prüfen müssen.

Mit der am 27. März 2000 erhobenen Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer gegen den vorgenannten Beschluß des Kammergerichts und gegen das vorausgegangene Urteil des Amtsgerichts Tiergarten hinsichtlich des Strafausspruchs für die Zeiträume 15. September 1995 bis 30. November 1995 und 4. Januar 1996 bis 16. Juli 1997. Er rügt die Verletzung des verfassungsrechtlichen Anspruchs

auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 15 Abs. 4 Satz 1 VvB) sowie des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 7 VvB) in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip.

Es sei seitens des Bundesverfassungsgerichts auch für das Aufenthaltsrecht des Ausländers anerkannt, daß die Vollziehung eines Verwaltungsaktes bis zu seiner Rechtsbeständigkeit unter dem verfassungsrechtlichen Vorbehalt einer Garantie umfassenden und wirksamen Rechtsschutzes stehe. Damit namentlich der verwaltungsgerichtliche Eilrechtsschutz Effektivität erlangen könne, sei vorher von Maßnahmen des Verwaltungszwanges und von strafrechtlicher Verfolgung abzusehen. Das Kammergericht und das Amtsgericht Tiergarten hätten versäumt, sich mit dem Gebot, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, auseinanderzusetzen. Es hätte berücksichtigt werden müssen, daß die Ausländerbehörde im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren klargestellt habe, daß der Aufenthalt des Beschwerdeführers unter Aussetzung der Abschiebung bis zum Abschluß des Eilverfahrens hingenommen werde. Der behördliche Vollstreckungsverzicht müsse auch strafrechtliche Bedeutung erlangen. Der Adressat des Verwaltungsakts dürfe durch die Strafbewehrung nicht zu einer Befolgung des mit dem Verwaltungsakt einhergehenden Verhaltensgebots gezwungen werden, wenn die Behörde von einem Vollzug abgesehen habe. Der Betroffene müßte ansonsten zur Vermeidung einer strafgerichtlichen Verurteilung der Anordnung der Behörde nachkommen, obgleich ihm von der Behörde konzedierte worden sei, dazu jedenfalls vorübergehend nicht verpflichtet zu sein.

Gleiches gelte für die Dauer des Widerspruchsverfahrens für den Fall, daß die Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Abs. 4 VwGO beantragt worden sei. Insofern nimmt der Beschwerdeführer auf die von ihm in Kopie vorgelegte ausländerbehördliche Weisung A .IX. 1. (08944) Bezug und macht geltend, auch aus ihr ergebe sich, daß die Durchsetzung der Ausreiseverpflichtung bis zur Entscheidung über den Antrag nach § 80 Abs. 4 VwGO ausgesetzt bleibe. Stelle die Behörde in Anbetracht des Antrags gemäß § 80 Abs. 4 VwGO den Vollzug zurück, suspendiere sie damit ihr vorheriges Verlangen nach einer Befolgung des ausgesprochenen Gebots. Daher habe auch für den Zeitraum vom 15. September bis zum 30. November 1995 eine Bestrafung wegen unerlaubten Aufenthalts im Bundesgebiet unterbleiben müssen.

Der Beschwerdeführer werde durch die vorliegende Bestrafung, bezogen auf die aufgeführten beiden Zeiträume, auch in seiner verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 7 VvB in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verletzt. Setze die Ausländerbehörde die Vollziehung aus, dann sei der Betroffene, der ein im Rechtsstaat allein gesetzmäßiges Verhalten erwarten dürfe, in seinem Vertrauen darauf geschützt, daß nicht gleichwohl mit strafrechtlichen Mitteln auf eine Befolgung des angefochtenen Verwaltungsakts hingewirkt werde.

Gemäß § 53 Abs. 1 VerfGHG ist den Beteiligten Gelegenheit gegeben worden, sich zu der Verfassungsbeschwerde zu äußern.

II.

Die Verfassungsbeschwerde hat teilweise Erfolg.

1. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

Nach § 49 Abs. 1 VerfGHG kann jedermann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt des Landes Berlin in einem seiner in der Verfassung von Berlin enthaltenen Rechte verletzt zu sein, Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof erheben. Soweit – wie hier – Gegenstand der Verfassungsbeschwerde auf Bundesrecht beruhende Entscheidungen Berliner Gerichte sind, besteht die Prüfungsbefugnis des Verfassungsgerichtshofs in den Grenzen der Art. 142, 31 GG hinsichtlich solcher Grundrechte aus der Verfassung von Berlin, die mit vom Grundgesetz verbürgten Grundrechten übereinstimmen (st. Rspr.; u. a. Beschluß vom 2. Dezember 1993 – VerfGH 89/93 – LVerfGE 1, 169 <179 ff.>; Beschluß vom 6. Oktober 1998 – VerfGH 32/98 – NJW 1999, 47). Vor diesem Hintergrund kann der Beschwerdeführer die Verletzung des mit Art. 19 Abs. 4 GG inhaltsgleichen Art. 15 Abs. 4 VvB sowie die Verletzung des in Art. 7 VvB in Übereinstimmung mit Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit rügen.

Zwar gehört zur öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG bzw. Art. 15 Abs. 4 VvB nach ständiger Rechtsprechung nicht die rechtsprechende Gewalt (Beschluß vom 21. Dezember 2001 – VerfGH 138/01 – m .w. N. zur Rechtsprechung

des Bundesverfassungsgerichts). Dies ändert jedoch nichts daran, daß aus diesen Grundrechten die Pflicht der rechtsprechenden Gewalt folgt, effektiven Rechtsschutz gegenüber der Exekutive zu gewähren (Beschuß vom 21. Februar 2001 – VerfGH 71/01, 71 A/01 – ; zum Bundesrecht: BVerfGE 69, 220 <228 f.>).

2. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit sie sich gegen die Strafbarkeit des Beschwerdeführers nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG während der Dauer des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO im Zeitraum 4. Januar 1996 bis zum 16. Juli 1997 wendet. Insofern verletzen das Urteil des Amtsgerichts Tiergarten sowie der Beschluß des Kammergerichts den Beschwerdeführer in seinem in Art. 15 Abs. 4 Satz 1 VvB gewährleisteten Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes. Der Strafausspruch im Hinblick auf den Verbleib des Beschwerdeführers im Bundesgebiet während des behördlichen Aussetzungsverfahrens nach § 80 Abs. 4 VwGO im Zeitraum 15. September 1995 bis 30. November 1995 unterliegt hingegen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Der Beschwerdeführer hat sich im Widerspruchsverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Eil- und Klageverfahren gegen die ausländerbehördliche Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis sowie die Abschiebungsandrohung und damit gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewandt. Derartige Akte der Exekutive dürfen richterlicher Nachprüfung nicht entzogen werden. Nach Art. 15 Abs. 4 Satz 1 VvB steht demjenigen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offen. Art. 15 Abs. 4 VvB beinhaltet nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern garantiert vielmehr auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Das Verfahrensgrundrecht begründet einen substantiellen Anspruch des Einzelnen auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle, bevor vollendete Tatsachen eintreten, die den Rechtsschutz ins Leere laufen lassen (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 35, 263 <274>; 49, 329 <340 f.>; Driehaus in: derselbe, Verfassung von Berlin, 2002, Art. 15 Rn. 22). Art. 15 Abs. 4 VvB prägt insbesondere den vorläufigen Rechtsschutz im fachgerichtlichen Verfahren. Die nach § 80 Abs. 1 VwGO für den Regelfall vorgeschriebene aufschiebende Wirkung von Widerspruch und verwaltungsgerichtlicher Klage ist eine adäquate Ausprägung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie und ein fundamentaler Grundsatz des öffentlich-rechtlichen Prozesses. Ohne die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage

könnte der Verwaltungsgerichtsschutz im Hinblick auf die Dauer der Verfahren häufig hinfällig sein, weil bei sofortiger Vollziehung des Verwaltungsakts regelmäßig vollendete Tatsachen geschaffen werden. Das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO, das den von einem sofort vollziehbaren Verwaltungsakt Betroffenen davor bewahren soll, daß durch die Verwaltung nicht mehr korrigierbare Zustände geschaffen werden, ehe das Gericht über die Hauptsache entschieden hat, ist demgemäß ebenfalls eine ad-äquate Ausprägung des in der Verfassung garantierten Rechtsschutzes (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 35, 263 <273 ff.>; 382 <401 f.>; BVerfG, Beschluß vom 4. Juni 1987 – 1 BvR 620/87 – NJW 1987, 2219). Art. 15 Abs. 4 VvB verlangt daher, einen möglichst lückenlosen Schutz vor dem Eintritt auch endgültiger Folgen der sofortigen Vollziehung hoheitlicher Maßnahmen zu bieten (Beschluß vom 24. Januar 2002 – VerfGH 193 A/01 –; vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 94, 166 <216>).

Amtsgericht und Kammergericht haben Bedeutung und Tragweite des in Art. 15 Abs. 4 VvB gewährleisteten effektiven vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen den Bescheid des Landeseinwohneramtes vom 9. August 1995 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Senatsverwaltung für Inneres vom 28. November 1995 dadurch verkannt, daß sie eine Strafbarkeit nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG bejahten, weil der Beschwerdeführer während der Dauer des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens in der Bundesrepublik verblieben und seiner Ausreisepflichtung nicht freiwillig nachgekommen war, obwohl die Ausländerbehörde auf den vorläufigen Rechtsschutzantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO mit Schreiben vom 4. Januar 1996 auf die Vollziehung der Abschiebung für diesen Zeitraum verzichtet hatte.

Bei den Strafvorschriften des Ausländerstrafrechts handelt es sich um sog. verwaltungsakzessorische Delikte, die an verwaltungsrechtliche Vorgaben anknüpfen. Die Bestrafung hängt von dem Fehlen von Genehmigungen bzw. dem Nichtbefolgen von Verwaltungsakten ab. Nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird ein Ausländer bestraft, der sich entgegen § 3 Abs. 1 Satz 1 AuslG ohne Aufenthaltsgenehmigung im Bundesgebiet aufhält und keine Duldung nach § 55 Abs. 1 AuslG besitzt. Ferner ist erforderlich, daß die Ausreisepflicht gemäß § 42 Abs. 1 AuslG oder die Abschiebungsandrohung vollziehbar sowie eine eventuell gesetzte Ausreisefrist abgelaufen ist (Stoppa in:

Huber, Handbuch des Ausländer- und Asylrechts, § 92 AuslG [Stand: Januar 1998], Rn. 7, 20).

Diese Voraussetzungen lagen allerdings vor, da auch in den streitigen Zeiträumen 15. September 1995 bis 30. November 1995 sowie 4. Januar 1996 bis 16. Juli 1997 der Beschwerdeführer sich ohne Aufenthaltsgenehmigung im Bundesgebiet aufhielt und keine Duldung nach § 55 Abs. 1 AuslG besaß. Insbesondere kann weder in einer Nichtvollziehung der Abschiebung während des Widerspruchsverfahrens bei Stellung eines Antrags nach § 80 Abs. 4 VwGO noch in der konkret im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens am 4. Januar 1996 erfolgten Zusicherung des Landeseinwohneramtes an das Verwaltungsgericht, die Abschiebung bis zur gerichtlichen Entscheidung nicht zu vollziehen, eine Duldungserteilung gesehen werden. Eine Duldung im Sinne des § 55 Abs. 1 AuslG liegt nur vor, wenn die Ausländerbehörde in der nach § 66 Abs. 1 Satz 1 AuslG ausdrücklich vorgesehenen Schriftform dem betroffenen Ausländer gegenüber einen entsprechenden begünstigenden Verwaltungsakt (vgl. BVerwGE 105, 232 <239>) erläßt. Es widerspräche sowohl der Förmlichkeit als auch dem Zweck der Duldung, auch andere (ggf. stillschweigende) Erklärungen der Behörde über die Aussetzung der Abschiebung als Duldung zu bewerten (BVerwGE 105, 232 <236>; Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht, 1996, S. 134 Fn. 58; Masuch in Huber, Handbuch des Ausländer- und Asylrechts, § 55 AuslG [Stand: März 2001], Rn. 5). Die weiteren Voraussetzungen des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG waren ebenfalls erfüllt: Sowohl die Ausreisepflicht nach § 42 Abs. 2 Satz 2 AuslG i.V.m. § 72 Abs. 1 AuslG als auch die Abschiebungsandrohung nach § 4 Abs. 1 AG VwGO waren vollziehbar mit der Folge, daß Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung entfalten konnten. Die einmonatige Ausreisefrist war am 15. September 1995 abgelaufen. Da bei sofort vollziehbaren Verwaltungsakten das dem Betroffenen ansonsten infolge der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage nach § 80 Abs. 1 VwGO zugestandene Privileg, dem Verwaltungsakt noch nicht Folge leisten zu müssen, entfällt, hatte der Beschwerdeführer grundsätzlich das Bundesgebiet bis zum Ablauf der ihm gesetzten Ausreisefrist zu verlassen. Die Strafandrohung des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG steht insoweit nicht im Widerspruch zum Verwaltungsprozeßrecht (vgl. Aurnhammer a.a.O. S. 128).

Es ist jedoch verfassungsrechtlich geboten, § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG dahingehend einschränkend auszulegen, daß eine Strafbarkeit des Ausländers nach dieser Vorschrift entfällt, wenn der Ausländer zwar weder im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung noch einer Duldung ist, die Ausländerbehörde aber im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens die Zusicherung gegenüber dem Gericht erteilt, die Abschiebung des Beschwerdeführers bis zu einer Entscheidung des Gerichts nicht zu vollziehen.

Aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes in Art. 15 Abs. 4 VvB folgt, daß der Rechtsschutz nicht durch Strafdrohungen unterlaufen werden darf. Der Betroffene muß zunächst Gelegenheit haben, einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO zu stellen, um durch eine gerichtliche Entscheidung noch vor Beginn der Vollziehung des Verwaltungsaktes deren Aussetzung erreichen zu können (Sauthoff NVwZ 1988, 697 <698>; Aurnhammer a.a.O. S. 132; vgl. auch BVerwGE 16, 289 <294>). Die Ausreisefrist gewährleistet im Hinblick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes, daß der Ausländer wirksamen Rechtsschutz erlangen kann, indem er für die Dauer der Ausreisefrist vor der Illegalität bewahrt wird (Odenthal NStZ 1991, 418 <419>; Welte, Praxishilfen Ausländerrecht, Gruppe I [Stand: Juni 2000], Rn. 10/9; BVerwG, Urteil vom 22. Dezember 1997 – 1 C 14/96 – InfAuslR 1998, 217 <218 f.>). Solange eine beantragte gerichtliche Entscheidung noch nicht ergangen ist, ist es wegen der einschneidenden Wirkung einer Abschiebung im Interesse effektiven Rechtsschutzes regelmäßig geboten, von der Vollstreckung abzusehen. Der Vollstreckungsschutz kraft Verfassungsrechts suspendiert zugleich den Einsatz strafrechtlicher Mittel. Es läge ein unhaltbarer Widerspruch darin, ein Verhalten strafrechtlich als Unrecht zu bewerten, das die Verfassung legitimiert (Aurnhammer a.a.O. S. 132 f.). Die in der Rechtsprechung zum Ausländerstrafrecht vertretene Auffassung, ein Ausländer sei ohne Rücksicht auf die Einlegung von Rechtsbehelfen gegen die ausländerbehördlichen Maßnahmen wegen unerlaubten Aufenthalts im Bundesgebiet zu verurteilen, wenn der Verwaltungsakt vollziehbar sei und die Einlegung von Rechtsbehelfen daher keine aufschiebende Wirkung habe (so z. B. OLG Frankfurt, Urteil vom 21. August 1987 – 1 Ss 488/86 – StV 1988, 301 <302>; Kammergericht, Beschluß vom 15. Januar 1998 – [4] Ss 113/97 – StV 1999, 95 <96>), ist im Hinblick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes jedenfalls insoweit verfassungsrechtlich bedenklich, als ohne Einschränkung eine Strafbarkeit im Hinblick auf den Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet während des gerichtli-

chen Eilverfahrens angenommen wird, selbst wenn der Ausländer innerhalb der ihm eingeräumten Ausreisefrist den Eilantrag stellt, eine gerichtliche Entscheidung jedoch nicht mehr innerhalb dieser Frist ergeht (vgl. auch Aurnhammer a.a.O. S. 132 f.; Wolf, StV 1988, 303; Rittstieg InfAuslR 1988, 17; Welte a.a.O. Rn. 10/8).

Für den vorliegenden Fall ist allerdings zu beachten, daß der Beschwerdeführer bereits vor dem 4. Januar 1996 hinreichend Gelegenheit zur Stellung eines vorläufigen Rechtsschutzantrages hatte. Der Beschwerdeführer hätte in der ihm gewährten einmonatigen Ausreisefrist, die mit der einmonatigen Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO zusammenfiel, neben dem von ihm bei der Ausländerbehörde eingelegten Widerspruch und anstelle des Antrages nach § 80 Abs. 4 VwGO sogleich beim Verwaltungsgericht einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO stellen können.

Der Beschwerdeführer war rechtlich nicht gehalten, zunächst im Rahmen des Widerspruchsverfahrens einen behördlichen Aussetzungsantrag gemäß § 80 Abs. 4 VwGO zu stellen; ein derartiger vorheriger Aussetzungsantrag ist nur bei der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten erforderlich (§ 80 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 6 Satz 1 VwGO). Dies bedeutet, daß – wie es die Garantie des effektiven Rechtsschutzes grundsätzlich erfordert (vgl. dazu Schenke in Bonner Kommentar, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 [Stand: Dezember 1982], Rn. 124) – auch während des Widerspruchsverfahrens vorläufiger gerichtlicher Rechtsschutz sichergestellt ist. Es ist darum verfassungsrechtlich nicht geboten, den Straftatbestand des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG für die Zeit eines etwa während des Verfahrens nach § 80 Abs. 4 VwGO behördlicherseits vorgenommenen Vollstreckungsverzichts auszuschließen, da der Ausländer zur Vermeidung strafrechtlicher Folgen die Möglichkeit besitzt, während der Ausreise- und Widerspruchsfrist sogleich im Wege eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO den verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg zu beschreiten. Art. 15 Abs. 4 VvB steht damit der Annahme von Amtsgericht und Kammergericht, der Beschwerdeführer habe sich im Zeitraum 15. September 1995 bis 30. November 1995 strafbar gemacht, nicht entgegen. Art. 15 Abs. 4 VvB garantiert nur den Rechtsweg zu den Gerichten, nicht hingegen die vorherige Überprüfung behördlicher Maßnahmen im Rahmen eines vorgelagerten behördlichen Vorverfahrens. Das Verwaltungsverfahren entfaltet im Hinblick auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz nur insofern „Vorwirkung“, als seine Ausgestaltung keine unzumutbare Schranke für den Zugang zum Gericht

darstellen und die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes nicht verkürzen darf (BVerfGE 61, 82 <109 f.>). Das Widerspruchsverfahren wird auch nicht etwa, wie der Beschwerdeführer meint, dadurch entwertet, daß der Widerspruchsführer zur Vermeidung einer strafrechtlichen Ahndung auf seine gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeit verwiesen wird. Denn im Falle einer Eilentscheidung des Gerichts wird das Widerspruchsverfahren nicht obsolet. Vielmehr hat die Behörde selbständig weiter zu prüfen, ob sie an ihrer Maßnahme festhält. Da es mit der Gewährleistung des Art. 15 Abs. 4 VvB im Einklang steht, den fortdauernden Aufenthalt des Ausländers im Bundesgebiet trotz eines etwaigen behördlichen Vollstreckungsverzichts während des behördlichen Aussetzungsverfahrens nicht von der strafrechtlichen Ahndung auszunehmen, kann es vorliegend auf sich beruhen, inwiefern die vom Beschwerdeführer im Verfassungsbeschwerdeverfahren vorgelegte ausländerbehördliche Weisung A. IX. 1 (08944), die zudem die Daten 7. Januar 1997, 26. November 1998 und 9. Februar 2000 trägt, in Bezug auf das behördliche Verhalten während des Aussetzungsverfahrens nach § 80 Abs. 4 VwGO überhaupt aussagekräftig sein kann. Der vom Beschwerdeführer behauptete generelle vollumfängliche Vollstreckungsverzicht der Ausländerbehörde während der Dauer des Widerspruchsverfahrens für den Fall eines Aussetzungsantrags nach § 80 Abs. 4 VwGO läßt sich jedenfalls dem Wortlaut dieser Weisung nicht entnehmen. Nach der Weisung ist vielmehr, sofern der Haupt Sachbearbeiter dem Antrag nach dessen Prüfung nicht entspricht, zunächst die Ausreiseverpflichtung durchzusetzen, bevor die Akte zur abschließenden Widerspruchsbearbeitung an die Widerspruchsstelle gesandt wird. Die Behauptung des Beschwerdeführers, ihm gegenüber habe bis zur Zustellung des Widerspruchsbescheides am 30. November 1995 ein behördlicher Verzicht hinsichtlich der Vollziehung der Abschiebung vorgelegen, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar.

Obwohl der Beschwerdeführer die Möglichkeit hatte, während der Ausreise- und Widerspruchsfrist unverzüglich die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beim Verwaltungsgericht gemäß § 80 Abs. 5 VwGO zu beantragen, ist dennoch sein fortdauernder Aufenthalt für die Dauer des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens unter Berücksichtigung von Art. 15 Abs. 4 VvB nicht strafbewehrt.

Allerdings läßt sich der vom Beschwerdeführer angeführten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Beschuß vom 4. Juni 1987 – 1 BvR 620/87 – NJW 1987,

2219) nicht entnehmen, daß von Verfassungs wegen ohne nähere Berücksichtigung der Umstände stets zu fordern ist, daß im Falle eines nicht offensichtlich unzulässigen oder rechtsmißbräuchlichen Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO die Behörde von Maßnahmen des Verwaltungszwanges abzusehen und damit korrespondierend eine strafrechtliche Ahndung des Betroffenen auszuschneiden hat. Wie dargelegt, muß grundsätzlich dem Ausländer im Hinblick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes allein die Gelegenheit gegeben werden, im Rahmen der ihm eingeräumten Ausreisefrist vor dem Beginn der Vollstreckung Eilrechtsschutz zu erlangen. Sichert jedoch die Behörde gegenüber dem Gericht auf dessen Bitte für die Dauer des gerichtlichen Eilverfahrens zu, den Verwaltungsakt nicht zu vollziehen, ergeben sich hieraus in verfassungsrechtlicher Hinsicht Folgen für die Auslegung der Strafvorschrift des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG, auch wenn es der Ausländer unterlassen hat, bereits im Rahmen der nicht strafbewehrten Ausreisefrist den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zu stellen. Unmaßgeblich ist in diesem Zusammenhang, daß es bei der Ausgestaltung des deutschen Verwaltungsprozeßrechts und den verfassungsrechtlichen Garantien eines gehörigen Verfahrens keine prinzipielle Verkürzung des effektiven Rechtsschutzes darstellt, wenn ein Betroffener darauf verwiesen ist, seinen Rechtsschutz durch deutsche Gerichte vom Ausland her zu betreiben (Beschlüsse vom 28. Juni 2001 – VerfGH 79/00, 79 A/00 und vom 21. Februar 2002 – VerfGH 71/01, 71 A/01 –). Denn jedenfalls befand sich der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Eilantragstellung noch im Bundesgebiet. Auch wenn der Betroffene den Antrag nicht zum frühestmöglichen Zeitpunkt stellt, ändert dies nichts daran, daß die Garantie der Gewährung effektiven Rechtsschutzes es gebietet, daß eine gerichtliche Entscheidung ergeht, bevor bis dahin noch nicht vollzogene Maßnahmen – hier in Gestalt der Abschiebung – doch noch zwangsweise durchgesetzt werden. Hätte das Landeseinwohneramt keine Zusicherung erteilt, wäre das Gericht daher zu einer umgehenden Entscheidung – ggf. im Wege einer Zwischenentscheidung in Anwendung des § 80 Abs. 8 VwGO – verpflichtet gewesen. Damit erfolgte die auf die Bitte des Verwaltungsgerichts erteilte Zusicherung nicht nur zu dem Zweck, dem Verwaltungsgericht ausreichend Zeit für eine Eilentscheidung zu belassen. Daneben hatte sie die Funktion, dem Beschwerdeführer für die Dauer des Eilverfahrens die Verfolgung seines Rechtsschutzes vom Bundesgebiet aus zu ermöglichen. Wird der Aufenthalt eines Ausländers bis zur Entscheidung über seinen Eilantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO durch Zwangsmaßnahmen nicht beendet, um dem Ausländer im Interesse effektiven Rechtsschutzes die Mög-

lichkeit zu geben, sich weiter im Bundesgebiet aufzuhalten, muß eine Strafbarkeit aber entfallen (vgl. Wolf StV 1988, 303; Welte a.a.O. Rn. 10/8; Rittstieg InfAuslR 1988, 17; Odenthal NStZ 1991, 418 <421>). Wäre der Betroffene hingegen zur Vermeidung einer strafrechtlichen Ahndung gezwungen, der bestehenden Ausreisepflicht nachzukommen, würde dies den vom Gericht verfolgten und mit der Einholung der Zusicherung erreichten Zweck, den Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet bis zu einer Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren zu sichern, unterlaufen.

Selbst wenn Art. 15 Abs. 4 VvB keine einschränkende Auslegung und Anwendung der Strafvorschrift des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG gebieten würde, hätte die Verfassungsbeschwerde teilweise Erfolg. Amtsgericht und Kammergericht bejahen ohne nähere Begründung ein tatbestandsmäßiges, rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Beschwerdeführers, ohne zudem zu erläutern, aus welchen Erwägungen heraus der Verbotsirrtum des Beschwerdeführers, der darin bestand, daß der Beschwerdeführer die Zusicherung des Landeseinwohneramtes vom 4. Januar 1996 als Duldung und damit seinen Verbleib im Bundesgebiet für die Dauer des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens trotz des ausländerbehördlichen Bescheides vom 9. August 1995 als gerechtfertigt bewertete, vermeidbar gewesen sein soll. Es unterliegt jedenfalls im Hinblick auf das Grundrecht auf Gewährung vorläufigen effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit normgerechten Verhaltens verfassungsrechtlichen Bedenken, eine Strafbarkeit des Beschwerdeführers zu bejahen, obwohl der Beschwerdeführer im Hinblick auf die Zusicherung vom 4. Januar 1996, ihn bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Eilverfahren nicht abzuschieben, in der Bundesrepublik verblieben ist. Da dem Beschwerdeführer im Rahmen des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG vorgeworfen wird, trotz Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet verblieben und seiner Ausreisepflicht nach § 42 Abs. 1 AuslG nicht nachgekommen zu sein, liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem Unterlassen der freiwilligen Ausreise. Bei Unterlassungsdelikten ist zu prüfen, ob die Strafbarkeit nicht unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit des Handelns ausgeschlossen ist, wobei es für den Fall, daß die Zumutbarkeit normgemäßen Handelns verneint wird, auf sich beruhen kann, ob die Unzumutbarkeit Tatbestand, Rechtswidrigkeit oder Schuld ausschließt (OLG Frankfurt, Urteil vom 21. August 1987 – 1 Ss 488/86 – StV 1988, 301 <302>; Kammergericht, Urteil vom 15. Januar 1998 – [4] 1 Ss 113/97 – StV 1999, 95 <96> sowie Beschluß vom

23. September 2001 – [3] Ss 198/01 [80/01] – NStZ-RR 2002, 220 <221>; Lenckner in: Schönke-Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 125). Es konnte von dem Beschwerdeführer nach den konkreten Umständen nicht gefordert werden, Anstrengungen für ein normgemäßes Verhalten in Gestalt der freiwilligen Ausreise zu unternehmen. Unzumutbar ist eine Handlung, wenn sie eigene billigenswerte Interessen in erheblichem Umfang beeinträchtigt und diese in einem angemessenen Verhältnis zum drohenden Erfolg stehen (Stree in: Schönke-Schröder a.a.O., Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 156). Wie dargelegt, erfolgte die Zusicherung auf Bitte des Gerichts zu dem Zweck, die weitere Anwesenheit des Beschwerdeführers in der Bundesrepublik zu sichern und auf diese Weise dem Gericht ausreichend Zeit für eine Entscheidung zu geben, die bei drohender Abschiebung im Hinblick auf Art. 15 Abs. 4 VvB andernfalls umgehend zu treffen gewesen wäre. Hätte der Beschwerdeführer zur Vermeidung einer Straffälligkeit freiwillig ausreisen müssen, wäre der Zweck der Zusicherung verfehlt worden. Der Beschwerdeführer wäre gezwungen gewesen, sich der ihm durch die Zusicherung eingeräumten Möglichkeit, das verwaltungsgerichtliche Verfahren vom Bundesgebiet aus zu betreiben, wieder zu begeben. Art. 15 Abs. 4 VvB gebietet jedoch, daß der Beschwerdeführer durch die – zumal gerichtlich veranlaßte – Zusicherung im Hinblick auf seine Rechtsverteidigung nicht schlechter gestellt wird, als wenn das Gericht sofort entschieden hätte. Deswegen durfte eine freiwillige Ausreise zur Vermeidung strafrechtlicher Sanktionen nicht als zumutbar angesehen werden.

Diese Grundsätze gelten, wie der Beschwerdeführer nicht verkennt, allerdings nur, wenn und solange der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO und seine Aufrechterhaltung nicht offensichtlich unzulässig oder rechtsmißbräuchlich ist (BVerfG in NJW 1987, 2219). Unter diesem Gesichtspunkt haben die Strafgerichte in den angegriffenen Entscheidungen den Sachverhalt jedoch nicht gewürdigt.

Da die Verfassungsbeschwerde, soweit sie den Zeitraum des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens betrifft, mithin schon in bezug auf die Rüge der Verletzung des Art. 15 Abs. 4 VvB Erfolg hat, bedarf es keiner Prüfung, ob insofern auch eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 7 VvB i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip in Betracht kommt.

Der Gesichtspunkt Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens läßt hinsichtlich des Verbleibs des Beschwerdeführers im Bundesgebiet während der Dauer des behördlichen Aussetzungsverfahrens im Zeitraum 15. September 1995 bis 30. November 1995 die Strafbarkeit nach § 92 Abs. 1 Satz 1 AuslG hingegen nicht entfallen. Davon abgesehen, daß Art. 15 Abs. 4 VvB wegen der Möglichkeit sofortigen vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes nicht die Annahme einer Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens erfordert, fehlt es auch an einem von der Ausländerbehörde nach außen zur Kenntnis des Beschwerdeführers gebrachten Willen, die Abschiebung in diesem Zeitraum auszusetzen. Der Beschwerdeführer selbst hat nicht behauptet, die Ausländerbehörde habe ihm gegenüber geäußert, ihn zunächst nicht abzuschieben. Wie dargelegt, läßt sich darüber hinaus aus der vom Beschwerdeführer herangezogenen ausländerbehördlichen Weisung gerade nicht der Schluß ziehen, daß Abschiebungen im Falle eines Aussetzungsantrages generell für den Zeitraum des Widerspruchsverfahrens ausgesetzt würden. Es sind deswegen auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, daß der Beschwerdeführer trotz des Hinweises im Bescheid vom 9. August 1995, sich auch im Falle der Einlegung von Rechtsbehelfen strafbar zu machen, eine Aussetzung der Vollziehung der Abschiebung für die Dauer des Widerspruchsverfahrens überhaupt vermutet und sich aus diesem Grund für einen Verbleib im Bundesgebiet entschlossen hat. Aus denselben Erwägungen kann sich der Beschwerdeführer nicht darauf berufen, er sei in seinem Grundrecht aus Art. 7 VvB i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip verletzt worden. Das Verhalten der Ausländerbehörde während des Aussetzungsverfahrens nach § 80 Abs. 4 VwGO gab dem Beschwerdeführer keinen Anlaß, darauf zu vertrauen, bei einem Verbleib im Bundesgebiet nicht strafrechtlich belangt zu werden.

Nach § 54 Abs. 3 VerfGHG sind die Entscheidungen des Amtsgerichts und des Kammergerichts insoweit aufzuheben, als sie eine Strafbarkeit des Beschwerdeführers gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG im Zeitraum 4. Januar 1996 bis 16. Juli 1997 feststellen. Die Sache ist in diesem Umfang in entsprechender Anwendung des § 95 Abs. 2 Halbsatz 2 BVerfGG an das Amtsgericht Tiergarten zurückzuverweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 33, 34 VerfGHG.

Dieser Beschluß ist unanfechtbar.

Prof. Dr. Sodan

Dr. Storost

Bellinger

Dr. Groth

Knuth

Dr. Mahlo

Dr. Möcke

Prof. Dr. Randelzhofer

Zünkler

VerfGH 34/00

Sondervotum der Richterinnen Zünkler und Dr. Möcke

Die Entscheidung wird von uns im Ergebnis nur teilweise mitgetragen.

Wir folgen der Entscheidung insoweit, als sie den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 15 Abs. 4 Satz 1 der Verfassung von Berlin (VvB) als verletzt ansieht, soweit der Beschluß des Kammergerichts vom 17. Januar 2002 und das Urteil des Amtsgerichts Tiergarten vom 22. Juli 1999 eine Strafbarkeit des Beschwerdeführers für den Zeitraum vom 4. Januar 1996 bis 16. Juli 1997 feststellen.

Wir sind der Auffassung, daß darüber hinaus eine Verletzung aus Art. 7 VvB vorliegt, soweit die Strafgerichte festgestellt haben, daß der Beschwerdeführer sich auch im Zeitraum vom 15. September 1995 bis 30. November 1995 strafbar gemacht haben soll.

Schutzgut des Art. 7 VvB ist eine allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne. Das schließt jede Form des menschlichen Handelns sowie die Freiheit ein, etwas zu unterlassen. Von Art. 7 VvB erfaßt ist auch der im Rechtsstaatsprinzip begründete Grundsatz „nulla poena sine culpa“. Danach ist die strafrechtliche oder strafrechtähnliche Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters rechtswidrig und verletzt den Betroffenen in seinem Grundrecht aus Art. 7 VvB (Beschluß vom 19. Januar 2000 – VerfGH 34/99, NStZ-RR 2000, 143 ff.).

Eine Strafe ist dadurch gekennzeichnet, daß sie – wenn nicht ausschließlich – so doch auch auf Mißbilligung und Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Mit der Strafe wird dem Täter ein Rechtsverstoß vorgehalten und zum Vorwurf gemacht. Ein solcher strafrechtlicher Vorwurf aber setzt Vorwerfbarkeit, also

strafrechtliche Schuld voraus. Anderenfalls wäre die Strafe eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat. Die strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ist demnach rechtsstaatswidrig und verletzt den Betroffenen in seinem Grundrecht aus Art. 7 VvB (vgl. zu Art. 2 Abs. 1 GG BVerfGE 20, 323 <331>).

Im vorliegenden Fall drängt es sich zur Gewährung des rechtsstaatlich gebotenen Grundsatzes, daß eine Strafe nur dann erfolgen kann, wenn die Tat vorwerfbar ist, geradezu auf, auch das zu dem Antrag gemäß § 80 Abs. 4 VwGO erfolgte Vorbringen des Angeklagten im Rahmen der Feststellung der Schuld, hinsichtlich eines gegebenenfalls vorliegenden Verbotsirrtums zu prüfen:

Die Ausländerbehörde teilte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 9. August 1995 mit, daß sein Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vom 1. November 1994 abgelehnt werde. Dabei wurde er darauf hingewiesen, daß die Strafbarkeit durch die Einlegung etwaiger Rechtsbehelfe nicht beseitigt werde. In der Rechtsbehelfsbelehrung heißt es weiter:

„Es obliegt Ihnen, Ihre Belange und für Sie günstigen Umstände, soweit sie nicht offenkundig und bekannt sind, unter Angabe nachprüfbarer Umstände unverzüglich, d. h. in Ihrem Fall innerhalb der Ihnen gesetzten Frist zur freiwilligen Ausreise, geltend zu machen. Wir weisen darauf hin, daß nach Ablauf der gesetzten Frist geltend gemachten Umstände und beigebrachte Nachweise unberücksichtigt bleiben können. (§ 70 Abs. 1 AuslG). Die Fristsetzung gilt auch für eventuelles Vorbringen im Widerspruchsverfahren und im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 4 und 5 der VwGO in der Fassung vom 19.03.1991 – BGBl. I S. 686 -.“

Der Beschwerdeführer legte innerhalb der Ausreisefrist Widerspruch ein und beantragte, gemäß § 80 Abs. 4 VwGO die Vollziehung des Bescheides auszusetzen. Im Widerspruchsbescheid der Ausländerbehörde vom 28. November 1995 wurde der Antrag gemäß § 80 Abs. 4 VwGO abgelehnt. Aus dem Protokoll der mündlichen Ver-

handlung vor dem Amtsgericht Tiergarten vom 22. Juli 1999 heißt es im Zusammenhang der Aussage des Beschwerdeführers:

„In meiner Aufenthaltssache hatte ich einen Anwalt beauftragt. Mir war eine Aufenthaltsgenehmigung im August 95 abgelehnt worden. Dagegen legte ich Widerspruch ein. Ich bin nicht untergetaucht. Der Rechtsanwalt sagte mir, daß ich mich hier rechtmäßig aufhalte.“

Der Strafverteidiger des Beschwerdeführers beantragte in der mündlichen Verhandlung, den Referatsleiter bei der Berliner Ausländerbehörde, Herrn M., zu vernehmen zu der Behauptung des Beschwerdeführers:

„daß die Berliner Ausländerbehörde den weiteren Aufenthalt eines Ausländers duldet, wenn dieser seinen Widerspruch gegen die Versagung einer Aufenthaltsgenehmigung mit einem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gemäß § 80 Abs. 4 VwGO verbindet“.

Das Amtsgericht lehnte den Beweisantrag ab, da die in diesem Antrag enthaltene Behauptung als wahr unterstellt werden könne (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO).

Das Amtsgericht stellte in seinem Urteil vom 22. Juli 1999 fest:

„Er hat sich in der Zeit vom 15.09.1995 bis zum 18.03.1998 in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten, ohne – wie er wusste – im Besitz einer hierfür erforderlichen Aufenthaltsgenehmigung zu sein. Auch eine Duldung besaß er nicht.“

Zwar geht es im weiteren ausdrücklich auf das Rechtsschutzverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO vor dem Verwaltungsgericht Berlin und die Zusicherung vom 4. Januar 1996 ein, nicht jedoch auf den Antrag gemäß § 80 Abs. 4 VwGO, der zugleich mit dem Widerspruch vom 30. August 1995 gestellt wurde. Im Rahmen der Strafzumessung wird weder die Zeit des Rechtsschutzantrages beim Verwaltungsgericht noch des Antrages nach § 80 Abs. 4 VwGO angesprochen.

In der Revisionsbegründung vom 30. September 1999 führte der Beschwerdeführer nochmals aus, daß das Amtsgericht seine Behauptung, daß die Berliner Ausländerbehörde den weiteren Aufenthalt eines Ausländers duldet, wenn dieser seinen Widerspruch gegen die Versagung einer Aufenthaltsgenehmigung mit einem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gemäß § 80 Abs. 4 VwGO verbindet, als wahr unterstellte. Die Staatsanwaltschaft führte hierzu in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 1999 aus, daß die Wahrunterstellung gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO lediglich die Duldung betroffen habe, nicht jedoch die „Erteilung einer Duldung“. Bei einer Duldung handele es sich jedoch um einen Verwaltungsakt, zu dessen Wirksamkeit es jedenfalls der Schriftform bedürfe (§ 66 Abs. 1 Satz 1 AuslG).

Das Kammergericht gab der Revision daraufhin teilweise statt, da das Urteil nicht erkennen lasse, daß der Tatrichter die Milderungsmöglichkeit des § 49 Abs. 1 StGB für einen (vermeidbaren) Verbotsirrtum bezüglich der Zusicherung des Landeseinwohneramtes an das Verwaltungsgericht vom 4. Januar 1996 geprüft habe. Im übrigen verwarf es das Rechtsmittel gemäß § 349 Abs. 2 StPO, soweit es sich gegen den Schuldspruch wandte, aus den Gründen der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft vom 3. Dezember 1999.

§ 92 Abs. 1 Ziff. 1 AuslG stellt unter Strafe, wenn der Aufenthalt im Bundesgebiet ohne Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung nach § 55 Abs. 1 AuslG erfolgt. § 55 Abs. 1 AuslG enthält lediglich die Legaldefinition der Duldung (Aussetzung der Abschiebung) unter Hinweis auf die einzelnen in § 55 Abs. 2 bis 4 AuslG genannten Erteilungsvoraussetzungen. § 66 Abs. 1 AuslG schreibt zwar vor, daß die Erteilung der Duldung der Schriftform bedarf. Von dem Auseinanderfallen einer „faktischen“ Duldung und einer Duldungserteilung kann gleichwohl nicht ausgegangen werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu in rechtlich nicht zu beanstandender Weise klargestellt, daß die Systematik des Ausländergesetzes einen derartig unregelmäßigen Zustand nicht zulasse. Die tatsächliche Hinnahme eines Aufenthaltes außerhalb förmlicher Duldung, ohne daß die Vollstreckung der Ausreisepflicht betrieben werde, sieht das Gesetz nicht vor (vgl. BVerwG, NVwZ 1998, 297 ff. <298>). Die Ausländerbehörde hat mithin nicht die Möglichkeit, die Abschiebung „stillschweigend“ auszusetzen. Betreibt sie die Abschiebung nicht, ist dem Antragsteller auch eine Duldung förmlich zu erteilen.

Wendet man diese Voraussetzungen auf den vorliegenden Fall an, ist der Beschwerdeführer jedenfalls so zu stellen, als wäre ihm eine Duldung erteilt worden, da die Ausländerbehörde – nach der von den Strafgerichten als wahr unterstellten Praxis – seinen Aufenthalt während der Zeit des Antrages gemäß § 80 Abs. 4 VwGO „duldet“. Dem Beschwerdeführer kann auch nicht entgegengehalten werden, daß er keinen ausdrücklichen Antrag auf Erteilung einer Duldung gestellt hat, da eine Entscheidung von Amts wegen zu erfolgen hat (vgl. hierzu für § 55 Abs. 2 AuslG, BVerwG, NVwZ 1998, 297 ff. <298>; 2000, 938 ff. <939>; Masuch in: Huber, Handbuch des Ausländer- und Asylrechts, Stand März 2001, § 55 Rn. 4).

Die Praxis der Ausländerbehörde, während der Zeit eines Antrages gemäß § 80 Abs. 4 VwGO die Abschiebung nicht zu betreiben, erscheint im Hinblick auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes und auf die Duldungsgründe des § 55 AuslG, insbesondere des Absatzes 3, zudem gut vertretbar, um dem Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse, seine Rechte nicht vom Ausland vertreten zu müssen, zu gewährleisten. Zumal sie in Fällen, in denen sie nicht dulden will, den Antrag sofort – ohne gleichzeitig über den Widerspruch zu entscheiden – ablehnen kann.

Angesichts dieser Rechtslage ist es daher aus unserer Sicht verfassungsrechtlich geboten, zur Gewährleistung des Grundrechts aus Art. 7 VvB zu prüfen, ob der Beschwerdeführer einem Verbotsirrtum unterlegen ist. Es ist auch nicht ohne weitere Sachaufklärung offensichtlich, ob – dessen Vorliegen unterstellt – ein Verbotsirrtum für den Beschwerdeführer vermeidbar war. Der Beschwerdeführer hatte zwar die Mitteilung erhalten, daß auch die Einlegung von Rechtsmitteln die Strafbarkeit des Aufenthaltes nicht ausschließe. Die Tatsache, daß er einen Rechtsanwalt um Rat gefragt hat, um sich über seine Aufenthaltssituation Klarheit zu verschaffen, spricht jedoch angesichts der nicht leicht überschaubaren rechtlichen Situation zunächst dafür, daß er nach den Umständen des Einzelfalls, seiner Persönlichkeit und seinem Lebens- und Berufskreis unter Anspannung seines Gewissens alle seine Erkenntnismöglichkeiten eingesetzt hat, um eventuelle Zweifel an der „Rechtmäßigkeit“ seines Bleibens während der Rechtsmittelverfahren eingesetzt hat. Gegebenenfalls hätte über die vom Beschwerdeführer behauptete Auskunft des Rechtsanwalts und

deren Wirkung auf die subjektive Einstellung des Beschwerdeführers durch Beweiserhebung weitere Klärung herbeigeführt werden müssen.

Dr. Möcke

Züнкler