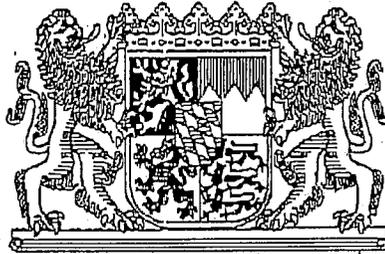


2St OLG Ss 242/06



**Oberlandesgericht Nürnberg**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

Der 2. Strafsenat des Oberlandesgerichts Nürnberg hat in dem Strafverfahren gegen

■■■■■■■■■■ ■■■■

wegen

unerlaubten Aufenthalts ohne Pass

aufgrund der Hauptverhandlung in der öffentlichen Sitzung vom 16. Januar 2007  
an der teilgenommen haben

1. der Vorsitzende Richter am Oberlandesgericht ■■■■■■ sowie die Richterin am  
Oberlandesgericht ■■■■■■ und der Richter am Oberlandesgericht ■■■■■■
2. als Beamtin der Staatsanwaltschaft  
Oberstaatsanwältin ■■■■■■
3. als Verteidiger  
Rechtsanwalt ■■■■■■
4. als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle  
Justizobersekretärin ■■■■■■

- 2 -

für Recht erkannt:

- I. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts A■■■■ vom 3. Juli 2006 wird als unbegründet verworfen.
  
- II. Die Staatskasse hat die Kosten des Revisionsverfahrens und die dem Angeklagten im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

### Gründe:

I.

Dem Angeklagten, der die iranische Staatsangehörigkeit besitzt und der am 27.12.1996 als Asylbewerber in die Bundesrepublik Deutschland eingereist war, lag zur Last, sich seit dem 21.9.1998, dem Tag der bestandskräftigen Ablehnung seines Asylantrags, unerlaubt im Bundesgebiet ohne Pass aufgehalten zu haben. Es sei ihm zumutbar gewesen, sich einen Pass über die Auslandsvertretung der Islamischen Republik Iran zu beschaffen.

Das Amtsgericht A■■■■ hat den Angeklagten mit Urteil vom 18.8.2004 vom Vorwurf des unerlaubten Aufenthaltes ohne Pass aus Rechtsgründen freigesprochen, allerdings in der rechtsfehlerhaften Annahme, dem Angeklagten seien qualifizierte Duldungen erteilt worden. Dem Urteil ist ein am 17.5.2004 erlassener Strafbefehl vorausgegangen, gegen den form- und fristgerecht Einspruch eingelegt worden war. Die erste Beschuldigtenvernehmung ist am 6.2.2004 erfolgt.

Das Landgericht A■■■■ hat mit Urteil vom 3.7.2006 die Berufung der Staatsanwaltschaft als unbegründet verworfen.

Mit der Revision rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung materiellen Rechts.

- 3 -

Die Staatsanwaltschaft rügt insbesondere, dass das Landgericht § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nicht richtig angewandt habe. Sie vertritt die Auffassung, der Angeklagte habe sich (zumindest) in der Zeit vom 27.3.2005 bis 27.6.2006 wegen "unerlaubten Aufenthalts ohne Pass, Passersatz und Ausweisersatz" strafbar gemacht, da er sich in dieser Zeit entgegen § 3 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 48 Abs. 2 AufenthG im Bundesgebiet aufgehalten habe. Die Ausländerbehörde sei insbesondere nicht verpflichtet gewesen, dem Angeklagten qualifizierte Duldungen zu erteilen, da ihm die Passbeschaffung zumutbar gewesen sei.

Der Angeklagte habe sich auch deshalb strafbar gemacht, weil er in zumutbarer Weise einen "anerkannten Passersatz namens Laissez Passer" hätte erlangen können. Zumindest liege eine Ordnungswidrigkeit nach dem Aufenthaltsgesetz vor.

Der - nach Ansicht der Staatsanwaltschaft - unerlaubte Aufenthalt des Angeklagten ohne Pass sei nicht durch einen Notstand (§ 34 StGB) gerechtfertigt gewesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Revisionsbegründung vom 28.8.2006 und die Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft N [REDACTED] vom 16.10.2006 Bezug genommen.

## II.

Die Revision ist zulässig (§§ 333, 341 Abs. 1, 344, 345 SPO) aber unbegründet.

Eine Überprüfung des Berufungsurteils aufgrund der Sachrüge hat ergeben, dass zum Teil Verfolgungsverjährung eingetreten ist und im Übrigen ein tatbestandsmäßiges Handeln des Angeklagten gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 2, § 4 Abs. 1, § 39 Abs. 1 AuslG - bis 31.12.2004 geltende Fassung - (§ 95 Abs. 1 Nr. 2, § 3 Abs. 1, § 48 Abs. 2 AufenthG für die Zeit ab 1.1.2005) nicht vorlag, weil der Angeklagte einen Anspruch auf Erteilung einer sog. qualifizierten Duldung hatte, da ihm eine Passbeschaffung unzumutbar war.

Die erhobene Sachrüge ist schon deshalb unbegründet. Auf eine etwaige Erfolgsaussicht der weiter erhobenen Sachrügen (Verletzung der §§ 261 und 267 StPO) kommt es nicht mehr an, da diese sich lediglich auf einen Teil des Sachverhalts des landgerichtlichen Urteils beziehen, der für die Entscheidung des Revisionsgerichts irrelevant ist.

- 4 -

1. Zum Sachverhalt hat das Landgericht A [REDACTED] im Wesentlichen und für das Revisionsgericht bindend festgestellt, dass der Angeklagte zu dem am 3.1.1997 gestellten Asylantrag eine iranische Geburtsurkunde bzw. einen iranischen Personalausweis vorlegte, das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge mit Bescheid vom 27.3.1997 den Asylantrag wegen fehlender Glaubhaftmachung einer Gefährdungslage ablehnte, eine hiergegen gerichtete Klage vom Verwaltungsgericht Regensburg am "11.9.1998" (- lt. Schreiben der Stadt [REDACTED] vom 19.1.2004, Bl. 9 d.A., datiert das Urteil des VG [REDACTED] vom 4.8.1998 -) abgewiesen und ein Antrag des Angeklagten auf Zulassung der Berufung durch den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof am 11.9.1998 abgelehnt wurde. Das Asylverfahren ist seit dem 21.9.1998 (vgl. obiges Schreiben Bl. 10 d.A.) bestandskräftig abgeschlossen, mit der Folge, dass bisherige Aufenthaltsgestattungen gemäß § 67 Abs. 1 Nr. 6 AsylVfG erloschen waren.

Ein Asylfolgeantrag vom 20.10.1998 wurde mit Bescheid des Bundesamtes vom 14.12.1998 abgelehnt, eine hiergegen gerichtete Klage zum Verwaltungsgericht Regensburg am 20.1.2000 zurückgenommen.

Den zweiten Asylfolgeantrag des Angeklagten vom 27.3.2000 lehnte das Bundesamt mit Bescheid vom 7.4.2000 ab, einen dritten Asylfolgeantrag vom 2.5.2000 am 2.6.2000. Die gegen die Ablehnung des letztgenannten Asylfolgeantrags erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht [REDACTED] mit Urteil vom 6.3.2001 ab. Den rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens stellte das Bundesamt unter dem 30.5.2001 für den 21.5.2001 fest.

Unter dem 25.5.2000 stellte das Ausländeramt der Stadt [REDACTED] dem Angeklagten eine mehrfach, zuletzt bis zum 25.5.2001 verlängerte Aufenthaltsgestattungsbescheinigung aus, die mit rechtskräftigem Abschluss des dritten Asylfolgeverfahrens am 21.5.2001 gemäß § 67 Abs. 1 Nr. 6 AsylVfG erloschen war.

Am 11.6.2001, zuletzt verlängert bis 20.3.2002, erteilte die Stadt [REDACTED] eine Duldungsbescheinigung, die den Zusatz enthielt, dass der Inhaber mit der Bescheinigung nicht der Passpflicht genügt und dass die Bescheinigung kein Ausweisersatz im Sinne von § 39 AuslG ist. Unter Wiederholung dieses Zusatzes stellte die Stadt [REDACTED] am 22.3.2002 weitere, zuletzt bis 26.3.2005 verlängerte Duldungsbescheinigungen aus, sowie am 18.4.2005 eine bis 20.7.2005 und zuletzt bis 17.10.2005 befristete Duldung. Schließlich erteilte die Stadt [REDACTED] am 3.8.2005 eine neue Duldungsbeschei-

- 5 -

nigung mit dem genannten Zusatz, welche insgesamt fünfmal, zuletzt bis 3.7.2006 verlängert wurde.

Nach den Feststellungen des Landgerichts lag der Grund dafür, warum der Angeklagte bei der Passbeschaffung nicht mitgewirkt hatte, insbesondere darin, dass er im Jahr 2000 vom mohammedanischen Glauben zum Christentum übergetreten war (BU S. 16) und dies nach islamischem Gesetz die Todesstrafe nach sich ziehen könnte, wobei diese Konsequenz "wohl nicht von offiziellen iranischen Behörden oder dem normalen iranischen Bürger erfolge, sondern von den Mujaheddin oder anderen radikalisierten Personen oder Gruppen, deren entsprechende Aktivitäten durch den Staat zumindest geduldet würden" (dazu im Einzelnen BU S. 19 bis 21).

2. Die aufgrund der erhobenen Sachrüge von Amts wegen vorzunehmende Prüfung von Verfahrenshindernissen hat ergeben, dass die dem Angeklagten zur Last gelegte Dauerstrafat des unerlaubten Aufenthaltes ohne Pass zum Teil (21.9.1998 bis 24.5.2000), wie schon das Landgericht zutreffend berücksichtigt hat, verjährt ist:

Der Bestimmung des § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG lag ein Regelstrafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zugrunde. Hieran hat sich durch § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nichts geändert. Ein milderer Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB liegt nicht vor. Die Verjährungsfrist betrug somit drei Jahre (§ 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB) und konnte allenfalls durch die erste Vernehmung des Beschuldigten am 6.2.2004 gemäß § 78 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB unterbrochen werden. Bei einem Dauerdelikt kommt es für den Verjährungsbeginn auf die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes an (Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. § 78 a Rn. 11 m.w.N.). Nach den bindenden Feststellungen des Landgerichts war der Angeklagte in der Zeit vom 25.5.2000 bis 21.5.2001 im Besitz von Aufenthaltsgestattungsbescheinigungen (BU S. 7). Er genügte somit gemäß § 64 Abs. 1 AsylVfG jedenfalls für die Dauer dieses Asyl(folge)verfahrens seiner Ausweispflicht (§ 63 AsylVfG; vgl. auch BayObLGSt 2004, 96, 97; 2004, 99, 102f.), mit der Folge, dass sich ein Tatzeitraum vom 21.9.1998 bis 24.5.2000 und ab dem 22.5.2001 ergibt (BU S. 24).

Soweit sich der Angeklagte vor dem 25.5.2000 überhaupt strafbar gemacht hat, was letztlich dahingestellt bleiben kann, hätte die Erteilung der Aufenthaltsgestattungsbe-

- 6 -

scheinigung jedenfalls zu einer Beendigung des "rechtswidrigen Zustandes" geführt. Es ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht durch die Erteilung der Aufenthaltsgestattung am 25.5.2000 eine Zäsur des Dauerdelikts erblickt hat. Folglich ist der Teil des (angeklagten) passlosen Aufenthaltes, dessen Beginn im Strafbefehl vom 17.5.2004 mit dem Tag der Rechtskraft des Ablehnungsbescheids des Asylantrags (21.9.1998) bezeichnet ist ( -ungeachtet der Tatsache, dass der Angeklagte schon wegen der gewöhnlichen Bearbeitungszeit für eine Passerteilung zu diesem frühen Zeitpunkt keinesfalls auf zumutbare Weise im Sinne des § 39 Abs. 1 AuslG einen Pass hätte erlangen können - ), und dessen Ende somit auf den 24.5.2000 (24 Uhr) fällt, nach Ablauf von drei Jahren bereits am 25.5.2003 verjährt, ohne dass noch eine Verjährungsunterbrechung möglich war.

Auf die Erwägungen der Generalstaatsanwaltschaft [REDACTED] in ihrer Stellungnahme vom 16.10.2006, ob dem Angeklagten für die Dauer des ersten und zweiten Asylfolgeverfahrens Aufenthaltsgestattungsbescheinigungen gemäß § 64 AsylVfG erteilt werden konnten, obwohl Wiederaufnahmegründe gemäß § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG nicht vorgelegen haben (vgl. dazu auch BayObLGSt 1996, 29 = StV 1996, 550 = NStZ 1996, 395; VG [REDACTED], Beschluss vom 1.3.2005 Az. W 6 E 05.30082), kommt es daher nicht mehr an.

Wegen eingetretener Verfolgungsverjährung ist auch nicht über die Feststellungen des Landgerichts zu befinden, dass der Angeklagte in der Zeit des ersten und zweiten Asylfolgeverfahrens (vgl. BU S. 6/7 unter B I 2.2. und 2.3.) keiner förmlichen Duldung bedurft habe, weil § 71 Abs. 5 Satz 2 AsylVfG unter Hinweis auf das Schreiben des Bay. Innenministeriums vom 25.1.2001 (Az. IA 2-2081.30-28) eine gesetzliche Duldungsfiktion beinhaltet (BU S. 6), dies nach dem in Bezug genommenen Schreiben gerade auch für den Fall, dass das Bundesamt mitteilt, dass die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG für eine Wiederaufnahme des Asylverfahrens nicht vorliegen.

Dies hätte allerdings nur bedeutet, dass sich der Angeklagte wegen faktischer bzw. fiktiver Duldung keines unerlaubten Aufenthaltes gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG strafbar gemacht hätte (vgl. BayObLG a.a.O.). Die Frage eines unerlaubten Aufenthaltes ohne Pass gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG wird hierdurch noch nicht beantwortet (Hailbronner AuslR 49. Aktualisierung - Stand Oktober 2006 - § 95 Aufenth Rn. 31 mit Hinweis auf BayObLG a.a.O.). Hierüber ist aber nicht mehr zu befinden.

- 7 -

Dass das Landgericht das amtsgerichtliche Urteil bezüglich der grundsätzlich vorzunehmenden Teileinstellung nicht abgeändert, sondern insgesamt den Freispruch bestätigt hat, weil es eine Straftat nicht für erwiesen erachtet hat, begegnet keinen rechtlichen Bedenken (vgl. Meyer-Goßner StPO 49. Aufl. § 260 Rn. 44 m.w.N.).

3. Die Begründung des Berufungsurteils vom 3.7.2006 trägt den Freispruch.

3.1. Hinsichtlich des Zeitraumes 21.9.1998 bis 24.5.2000 lag, wie ausgeführt, Verfolgungsverjährung vor.

3.2. In der Zeit vom 25.5.2000 bis zum rechtskräftigen Abschluss des dritten Asylfolgeverfahrens am 21.5.2001 genügte der Angeklagte für die Dauer des Asylverfahrens seiner Ausweispflicht mit einer Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung (§ 63 AsylVfG; vgl. auch BayObLGSt 2004, 96, 97; 2004, 99, 102 f.).

3.3. Für den Zeitraum vom 22.5.2001 bis 27.6.2006, in welchem nur sog. Blatt- oder Zettelduldungen erteilt wurden - insofern rügt die revidierende Staatsanwaltschaft ausdrücklich eine fehlerhafte Anwendung des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG für die Zeit vom 27.3.2005 bis 27.6.2006 (vgl. Revisionsbegründung vom 28.8.2006, Seite 3) - durfte das Landgericht rechtsfehlerfrei von einem Anspruch des Angeklagten auf Erteilung von qualifizierten Duldungen - und zwar im Zweifel zugunsten des Angeklagten für den gesamten Zeitraum - ausgehen.

Die Strafbarkeit des Angeklagten beurteilt sich für die Zeit bis 31.12.2004 nach dem Ausländergesetz, ab 1.1.2005 nach dem Aufenthaltsgesetz vom 30.7.2004 (BGBl. I S. 1950), da - wie oben (II 2) schon dargelegt - § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG gegenüber § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG kein milderes Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB darstellt. Des Weiteren ist von Bedeutung, dass vor dem 1.1.2005 getroffene ausländerrechtliche Maßnahmen, insbesondere Aussetzungen der Abschiebung einschließlich ihrer Rechtsfolgen und die Befristung ihrer Wirkungen sowie begünstigende Maßnahmen wirksam bleiben (§ 102 Abs. 1 AufenthG).

Der Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG (bis 31.12.2004: § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG) setzt zunächst voraus, dass der Angeklagte der Ausweispflicht nach § 3 Abs. 1

- 8 -

AufenthG (bis 31.12.2004: § 4 Abs. 1 AuslG) unterliegt. Das ist der Fall. Wer sich als Ausländer im Bundesgebiet aufhalten will, benötigt grundsätzlich einen Pass. Ein Ausnahmefall nach § 3 Abs. 2 AufenthG (bis 31.12.2004: § 4 Abs. 2 AuslG) ist nicht erkennbar.

Auch der Umstand, dass der Angeklagte Asyl beantragt hatte und Folgeanträge stellte, befreite ihn nach Abschluss der Asylverfahren nicht von der Passpflicht. Hierzu bestimmt § 64 Abs. 1 AsylVfG, dass ein Ausländer nur für die Dauer des Asylverfahrens seiner Ausweispflicht mit einer Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung (§ 63 AsylVfG) genügt (vgl. auch BayObLGSt 2004, 96, 97; 2004, 99, 102 f.).

Letzteres war, wie ausgeführt, nachweislich in der Zeit vom 25.5.2000 bis zum rechtskräftigen Abschluss des dritten Asylfolgeverfahrens am 21.5.2001 der Fall.

Als weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der genannten Vorschriften bestimmt das Ausländerrecht, dass sich der passlose Ausländer unter Umständen auch mit der Aufenthaltsgenehmigung (hier allerdings nicht vorliegend) oder einem Ausweisersatz, also einer mit Angaben zur Person und einem Lichtbild versehenen Duldungsbescheinigung, ausweisen kann (bis 31.12.2004: § 39 Abs. 1 AuslG; § 48 Abs. 2 AufenthG - mit der ausdrücklichen Bezeichnung als Ausweisersatz -).

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Duldung richteten sich vor Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes nach § 55 AuslG. Eine Duldung war nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 6.3.2003, NStZ 2003, 488) auch dann zu erteilen, wenn tatsächliche Gründe, selbst wenn sie von dem Ausländer zu vertreten waren, einer Ausreise entgegenstanden. Ein Ausweisersatz war nur unter den Voraussetzungen des § 39 AuslG zu erteilen. Zwischen den genannten Vorschriften besteht insoweit ein Zusammenhang, als § 39 AuslG voraussetzt, dass der Ausländer eine Bescheinigung über die Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung besitzt. Für einen Ausweisersatz, mithin für die Erteilung einer Duldungsbescheinigung als Ausweisersatz, ist jedoch zusätzlich erforderlich, dass der Ausländer weder einen Pass besitzt noch in zumutbarer Weise erlangen kann (zum Verhältnis von § 55 zu § 39 Abs. 1 AuslG vgl. BayVGH, Beschluss vom 15.11.1999, Az. 10 C 99.1419). Die Duldung stellt somit nur dann zugleich einen Ausweisersatz dar, wenn die Ausländerbehörde bei geklärter Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers die Unzumutbarkeit der Passbeschaffung nach

- 9 -

Prüfung im Verwaltungsverfahren feststellt. Entsprechend der Weisung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 14.5.2003 (vgl. Textauszug in BayObLGSt 2004, 172 /175,176 unter 4.2. ff.) wäre in diesem Falle die Duldung als Ausweisersatz zu erteilen (sog. qualifizierte Duldung). Im Falle der Zumutbarkeit der Passbeschaffung wäre die Duldung hingegen mit der Überschrift "Bescheinigung nach § 56a AuslG über die Aussetzung der Abschiebung (Duldung)" und dem Zusatz "Kein Ausweisersatz" zu versehen (sog. Blatt- oder Zettelduldung). Letztere Art der einfachen Duldung - so wie sie auch dem Angeklagten mit den genannten einschränkenden Zusätzen erteilt und jeweils verlängert wurde - lässt zwar eine Strafbarkeit nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG wegen unerlaubten Aufenthaltes, nicht aber eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts ohne Pass gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG entfallen.

Hieran hat sich durch die seit 1.1.2005 geltenden im Wesentlichen inhaltsgleichen (vgl. BT-Drucksache 15/420 S. 88, 98) Regelungen in § 95 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1, § 48 Abs. 2 AufenthG nichts geändert.

Auch gemäß §§ 48 Abs. 2, 60 a Abs. 4 AufenthG ist einem Ausländer eine Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) nur dann zu erteilen, wenn feststeht, dass ihm die Beschaffung eines Passes unzumutbar ist (vgl. auch "Vorläufige Anwendungshinweise" in Renner Ausländerrecht 8. Aufl. zu § 48 AufenthG Nrn. 48.2.1. und 48.2.3)

Da dem Angeklagten kein Ausweisersatz erteilt wurde, er aber geduldet ist, wäre nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG a.a.O), die auch zur Frage einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG anwendbar ist (Hailbronner a.a.O. § 95 AufenthG Rn. 7), der Angeklagte nicht wegen passlosen Aufenthaltes strafbar, wenn ihm zur Tatzeit eine Duldungsbescheinigung in Form eines Ausweisersatzes zu erteilen gewesen wäre (BayObLGSt 2004, 99, 103; 2004, 172, 175; OLG Nürnberg, Beschluss vom 11.4.2006, Az. 2 St OLG Ss 41/06; vgl. hierzu auch Beschluss des OLG Frankfurt/M. NStZ-RR 2003, 308, 309).

Einen Anspruch auf Erteilung einer solchen qualifizierten Duldungsbescheinigung macht § 48 Abs. 2 AufenthG (§ 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 erforderlichen-

- 10 -

falls noch aufklärbaren Umstände entscheiden. Kommt er - wie hier - 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 (BayObLG a.a.O.; OLG Nürnberg a.a.O.).

3.4. Die Strafkammer hat den Begriff der Zumutbarkeit im Sinne von § 39 Abs. 1 AuslG (§ 48 Abs. 2 AufenthG) jedoch nicht verkannt, die wesentlichen Umstände, die im konkreten Fall eine Passbeschaffung als unzumutbar erscheinen lassen, benannt und bewertet, so dass das Urteil der revisionsrechtlichen Überprüfung standhält.

3.4.1. Grundsätzlich kommt ein Ausländer seiner Verpflichtung, sich einen Reisepass zu beschaffen, nur dann nach, wenn er zumindest einen entsprechenden Antrag bei der diplomatischen Vertretung seines Heimatstaates stellt; denn im Regelfall ist es jedem Ausländer zuzumuten, bei dem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder in dem er vor der Einreise in das Bundesgebiet seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, einen Pass zu beantragen, soweit - wie hier- kein Rechtsanspruch auf einen deutschen Passersatz besteht (bis 31.12.2004: vgl. Allg. Verwaltungsvorschrift zum AuslG Nr. 39.0.2.; zur Zumutbarkeit: § 55 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. 5 Abs. 2 Nr. 1 AufenthV; Vorläufige Anwendungshinweise bei Renner a.a.O. Nr. 48.2.3. ). Da der Angeklagte keinen entsprechenden Antrag auf Erteilung eines Passes gestellt hat, verbietet sich zwar grundsätzlich die Annahme, ein solcher sei in zumutbarer Weise nicht zu erlangen gewesen (BayObLGSt 2004, 99; 2004, 172). Es wäre dem rechtskräftig ausreisepflichtigen Angeklagten grundsätzlich zumutbar gewesen, einen Passantrag bei seiner Auslandsvertretung zu stellen, auch wenn er sich dadurch der Gefahr aussetzt hätte, aus der Bundesrepublik Deutschland abgeschoben zu werden (BayObLGSt 2004, 96).

Hierauf kommt es jedoch nicht an, weil der Heimatstaat des Angeklagten nach den Feststellungen des Landgerichts so hohe, im Prinzip nicht erfüllbare Hürden für eine Passerteilung aufgebaut hat - wie nachfolgend ausgeführt wird -, dass dies einer Passverweigerung gleichkommt. Insofern ist anerkannt, dass ein Ausländer einen Pass nicht in zumutbarer Weise erlangen kann, wenn ihm von seinen Heimatbehörden ein Pass verweigert wird oder wenn er einen solchen nicht in angemessener Zeit oder nur unter schwierigen Umständen erhalten könnte (BayObLG vom 8.3.2005 in BayObLGSt 2004,

- 11 -

172 /177 m.w.N.). Das Zumutbarkeitskriterium soll lediglich einer Nachlässigkeit oder Bequemlichkeit des Ausländers Einhalt gebieten (Hailbronner a.a.O. § 48 AufenthG Rn. 20).

Zwar hat das BayObLG in seiner Entscheidung vom 8.3.2005 (a.a.O.) in einem vergleichbaren Fall die Zumutbarkeit der Passerlangung eines vollziehbar ausreisepflichtigen iranischen Staatsangehörigen grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Jedoch standen dem BayObLG mangels hinreichender eigener Feststellungen des Berufungsgerichts zum Passverfahren der Islamischen Republik Iran keine genügenden aus der Urteilsurkunde verwertbaren Fakten zur Verfügung, um die Frage der Zumutbarkeit der Passbeschaffung abschließend beurteilen zu können (BayObLG a.a.O. S. 178/179).

3.4.2. Das Landgericht A [REDACTED] hat sich eingehend mit dem Passerteilungsverfahren der Islamischen Republik Iran auseinandergesetzt und sämtliche Aufklärungsmöglichkeiten ausgeschöpft.

Es hat hierzu ausgeführt (BU S. 10, 11):

*"Das Iranische Generalkonsulat, das nicht bereit war, einen Zeugen für das gegenständliche Verfahren zur Verfügung zu stellen (siehe die entsprechenden Anfrageschreiben des Gerichts vom 12.04., 17.05. und 09.06.2005), so dass dem Gericht eine weitere Aufklärung nicht möglich war, hat zwar in seinen Schreiben vom 30.12.2004, 27.04.2005 und 08.05.2006, die jeweils auf Anfrageschreiben des Gerichts ... vom 20.12.2004, 12.04.2005 und 27.04.2006 ergingen, den Eindruck zu vermitteln versucht, als ob - bei Vorliegen der sonstigen formellen Voraussetzungen - aufgrund einer originalen gültigen iranischen Kennkarte ein iranischer Pass ausgestellt werden könne (wobei in diesem Zusammenhang das Auswärtige Amt mit Schreiben vom 25.05.2005 .....erklärte, dass nach seiner Kenntnis die iranischen Auslandsvertretungen angewiesen seien, in derartigen Fällen iranische Pässe auszustellen). Auch die Homepage des Iranischen Generalkonsulats Frankfurt, Stand 24.04.2006 ....enthält unter dem Stichwort "Passerneuerung" (wobei auf den nachfolgenden Text auch unter dem Stichwort "separater Pass" verwiesen wird) den Hinweis darauf, dass bei Vorlage der neuen iranischen Kennkarte im Original sowie der Erfüllung weiterer förmlicher Voraussetzungen die Ausstellung eines "separaten neuen Passes" möglich sei. Dies steht zunächst schon in auffälligem Widerspruch zu den auf der Homepage des iranischen General-*

- 12 -

konsulats Frankfurt unter "Passerneuerung" bzw. "separater Pass" unter Ziffer 4.Satz 1 formulierten Voraussetzungen (Anmerkung: Das Landgericht hat hierzu im Einzelnen die erforderlichen Dokumente zur Beantragung eines "separaten neuen Passes" aufgelistet vgl. BU S. 12/13), wonach für die Passausstellung der abgelaufene iranische Pass nebst Kopien vor allem der Seite, auf der 'die Aufenthaltserlaubnis der deutschen Behörde vermerkt' ist", vorgelegt werden muss.

Zu der für eine Passerteilung notwendigen iranischen Kennkarte hat das Landgericht ausgeführt, dass es sich bei der erwähnten iranischen Geburtsurkunde (vgl. oben II 1) "nach dem offiziellen Sprachgebrauch der iranischen Auslandsvertretungen um eine neue iranische Kennkarte" handelt, "wie sich aus der entsprechenden Anfrage mit Schreiben des Gerichts vom 27.04.2006 .... und dem Antwortschreiben des iranischen Generalkonsulats Frankfurt vom 08.05.2006 ergibt" (BU S. 9).

Des Weiteren hat das Berufungsgericht festgestellt (BU S. 11/12):

"Aus dem verlesenen Schreiben der Stadtverwaltung Trier/Clearingstelle für Passersatzbeschaffung und Flugabschiebung Rheinland-Pfalz vom 09.05.2006 ... ergibt sich eindeutig, weshalb das Gericht ohne vernünftigen Zweifel davon ausgeht, dass ein iranischer Pass von den Auslandsvertretungen Irans in der Bundesrepublik Deutschland 'in der Regel nur dann ausgestellt' wird, 'wenn ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland besteht'. ....Darauf deutet im übrigen auch bereits eine Formulierung im Schreiben des iranischen Generalkonsulats in Frankfurt vom 30.12.2004 (siehe oben) hin, wonach iranische Staatsangehörige 'für die Rückkehr in den Iran ...', sofern sie als iranische Staatsangehörige identifiziert werden können und einen schriftlichen Antrag gestellt haben 'eine Rückreisepapiere bekommen' (also keinen iranischen Pass, sondern lediglich dass bereits erwähnte Laissez Passer). Dass das iranische Generalkonsulat in Frankfurt iranischen Staatsangehörigen, die nach deutschem Recht zur Ausreise verpflichtet sind, tatsächlich nur Heimreisepapiere (Laissez Passer) ausstellt, ergibt sich auch aus der Aussage des Zeugen L. in der Berufungshauptverhandlung, der letztlich angab, dass seine Behörde, die 'Zentrale Rückführungsstelle Südbayern/Passbeschaffung Bayern', angesiedelt bei der Regierung von Oberbayern, sich in derartigen Fällen nicht um die Beschaffung von Pässen, sondern ausschließlich um die Ausstellung eines Laissez Passer bemüht."

- 13 -

Schließlich hat das Landgericht noch festgestellt (BU S. 14), es werde vom Iranischen Generalkonsulat "eine sog. Freiwilligkeitserklärung des Inhalts verlangt, dass der Antragsteller aus freien Stücken in den Iran zurückkehrt (was im Fall des Angeklagten, wie dieser auf entsprechende Frage in der Berufungshauptverhandlung ausdrücklich be kundete, nicht zutrifft, weshalb er nicht bereit sei, eine derartige Erklärung abzugeben.)

Die Berufungskammer stellt hierzu fest (BU a.a.O):

*"Ersichtlich falsch ist allerdings die im ....Schreiben der Regierung von Oberbayern/ ZRS Südbayern/Passbeschaffung Bayern vom 12.05.2006 angeführte Konsequenz der Nichtabgabe einer derartigen Freiwilligkeitserklärung, nämlich, dass es in einem sol- chen Fall 'keinerlei Konsequenzen seitens des Generalkonsulats' gebe. Insofern musste der Verfasser dieses Schreibens, der Zeuge L., in der Berufungshauptverhandlung ein- räumen, dass die entsprechenden schriftlichen Ausführungen falsch seien. Es sei viel- mehr so, dass bei Nichtbeantwortung der Frage nach der Freiwilligkeit der Ausreise oder deren Verneinung vom Generalkonsulat in Frankfurt weder ein Pass noch ein Laissez Passer (Hervorhebung durch Revisionsgericht) ausgestellt würde mit dem Ar- gument, die iranischen Auslandsvertretungen seien nicht die Erfüllungsgehilfen der deutschen Ausländerbehörden. Dass letztere Aussage (im Gegensatz zur erwähnten schriftlichen Mitteilung) zutrifft, ergibt sich zweifelsfrei aus dem bereits ....erwähnten Schreiben der Stadtverwaltung Trier/Clearingstelle vom 09.05.2006, das in dem Zu- sammenhang folgendes ausführt:*

*"Hier (Anmerkung des Verfassers: gemeint sind die iranischen Auslandsvertre- tungen) wird er u.a. aufgefordert, ein formloses Schreiben aufzusetzen, in dem er sein Motiv zur Erlangung des Laissez Passer darlegt. Zudem wird er im Ge- spräch nochmals befragt, ob er freiwillig in den Iran zurückkehren möchte. Erklärt der Betroffene die Freiwilligkeit nicht oder weist er darauf hin, dass er diese nur erklärt, um z.B. strafrechtlichen Sanktionen zu entgehen, wird das Ge- spräch sofort beendet und kein Dokument ausgestellt."*

3.4.3. Auf der Grundlage dieser Feststellungen ist das Landgericht rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt, dass dem Angeklagten auch bei entsprechender Antragstel- lung eine Passbeschaffung nicht zumutbar war.

- 14 -

Es liegt auf der Hand, dass der Angeklagte als vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer nicht, wie von seiner iranischen Auslandsvertretung gefordert, im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung nach § 3 Abs. 1 AuslG bzw. eines Aufenthaltstitels nach dem Aufenthaltsgesetz sein, geschweige denn in der Lage gewesen sein konnte, einen abgelaufenen Pass mit dem Eintrag eines solchen Aufenthaltstitels vorzulegen. Solange dies die Islamische Republik Iran von ihren Staatsangehörigen fordert, ist eine Passbeschaffung bereits aus diesem Grund unzumutbar, weil objektiv Unmögliches gefordert wird.

Unzumutbar ist die Passbeschaffung auch unter dem Gesichtspunkt der geforderten Freiwilligkeitserklärung, die der Angeklagte nach den Feststellungen des Landgerichts gegen seinen Willen abgeben müsste.

Der Senat geht aufgrund der Feststellungen des Landgerichts, insbesondere zu der Vernehmung eines Mitarbeiters der Regierung von Oberbayern/ZRS Südbayern / Passbeschaffung Bayern, davon aus, dass sich die aus iranischer Sicht notwendige Freiwilligkeitserklärung sowohl auf das Passerteilungsverfahren als auch auf die Ausstellung von Heimreisepapieren (Laissez Passer) bezieht.

Hierzu hat sich das Landgericht mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 28.1.2005 - Az. 9 UZ 1412/04 - vgl. BU S. 29) auseinandergesetzt und ist unter Bezugnahme auf den Beschluss des KG Berlin vom 25.10.1999 (KGR Berlin 2000, 203 = InfAuslR 2000, 229), der die Verhinderung der Abschiebung eines iranischen Staatsangehörigen durch Verweigerung der Freiwilligkeitserklärung zum Gegenstand hatte, zu dem Ergebnis gelangt, dass der Angeklagte, der nicht bereit ist, freiwillig auf legalem Weg in sein Heimatland zurückzukehren, eine entgegenstehende, inhaltlich falsche Erklärung nicht abgeben muss. Auch ist es nach den Ausführungen des Landgerichts einer Person, gleichgültig ob nun Deutscher oder Ausländer, schon in Anbetracht des unveräußerlichen Gebots der Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) nicht anzunehmen, eine Erklärung abzugeben, von der der Erklärende weiß, dass sie falsch ist. Eine Lüge kann auch dann niemandem abverlangt werden, wenn dies die Voraussetzung dafür ist, einer zweifelsfrei bestehenden Pflicht zur Ausreise zu genügen, dies auch vor dem Hintergrund, dass es nicht der Ausländer sondern sein Heimatstaat ist, der die Frage der Freiwilligkeit zum Entscheidungskriterium darüber erhebt, ob ihm ein Pass (oder Passersatzpapier) erteilt wird oder nicht.

- 15 -

Nach Ansicht des Landgerichts ist das Ansinnen, dass sich jemand zur Erreichung eines bestimmten Zwecks der Lüge bedienen soll, eine Zumutung und damit das Gegenstück von "zumutbar" (BU S. 30).

Diese Erwägungen begegnen keinerlei rechtlichen Bedenken. Im Gegenteil: Bereits das einfache Gesetz fordert wahrheitsgemäße Angaben des Ausländers, indem es z.B. unrichtige Angaben wie in den Fällen des § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG, (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG) und § 95 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 (2. Alt.) i.V.m. § 49 Abs. 1 AufenthG ausdrücklich unter Strafe stellt. Unrichtige Angaben zu fordern würde das Ausländerrecht konterkarieren und wäre mit diesem nicht vereinbar. Es ist einem vollziehbar ausreisepflichtigen iranischen Staatsangehörigen, der nicht freiwillig in den Iran zurückkehren will, auch deshalb unzumutbar im Sinne des § 48 Abs. 2 AufenthG, sich einen Pass bei seiner Auslandsvertretung zu verschaffen, solange sein Herkunftsstaat als generelle Voraussetzung einer Passerteilung iranischen Antragstellern abverlangt, eine Freiwilligkeitserklärung des Inhalts abzugeben, aus freien Stücken aus dem Bundesgebiet ausreisen zu wollen, und zwar auch bezüglich solcher Antragsteller, die dies nur wahrheitswidrig erklären könnten. Die Passerlangung würde letztlich von einem sachfremden Gesichtspunkt abhängig gemacht werden (vgl. auch OLG Celle StraFo 2005, 434; a.A. Leopold/Vallone ZAR 2005, 66 /68).

3.5. Entgegen der Ansicht der revidierenden Staatsanwaltschaft stellt sich die Frage der Zumutbarkeit einer Passbeschaffung im Sinne des § 48 Abs. 2 AufenthG auch dann nicht, wenn der Herkunftsstaat nur Passersatzpapiere ausstellt, denn auf diese bezieht sich die Vorschrift nicht. Es ist deshalb nicht nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 48 Abs. 2, § 3 Abs. 1 AufenthG (§ 92 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 39 Abs. 1, § 4 Abs. 1 AuslG) strafbar, wenn sich ein vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer im Bundesgebiet aufhält und sich keine Passersatzpapiere beschafft (a.A. offenbar Hailbronner AuslR 49. Aktualisierung - Stand Oktober 2006 - § 95 Rn. 9, der auf die "Ausstellung eines Passersatzes nach § 48 Abs. 2" abhebt; unklar Renner a.a.O. § 95 Rn. 6, wonach dem Besitz eines Passes oder Passersatzes der Anspruch eines Ausländers auf einen Ausweisersatz gleichsteht, falls er einen Aufenthaltstitel hat oder seine Abschiebung ausgesetzt ist, mit Hinweis auf Leopold/Vallone ZAR 2005, 66, wonach sich ein Ausländer nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG strafbar mache, wenn er sich ohne Pass oder zulässiges Ersatzdokument im Bundesgebiet aufhält; a.A. auch: Vorläufige Anwendungshin-

- 16 -

weise bei Renner a.a.O. zu § 48 AufenthG Nr. 48.2.1., in denen von "Anforderungen an die Zumutbarkeit, sich einen Pass oder Passersatz zu beschaffen", die Rede ist).

Für die Beschränkung der Regelung auf die Zumutbarkeit der Beschaffung eines Passes (als solchen) spricht der eindeutige Wortlaut des § 48 Abs. 2 AufenthG (§ 39 Abs. 1 AuslG), wonach ein Ausländer, der einen Pass (nicht Passersatz) weder besitzt noch in zumutbarer Weise erlangen kann, der Ausweispflicht mit der Bescheinigung über einen Aufenthaltstitel oder die Aussetzung der Abschiebung (bis 31.12.2004: Bescheinigung über die Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung) genügt, wenn diese mit den Angaben zur Person und einem Lichtbild versehen und (seit 1.1.2005) als Ausweisersatz bezeichnet ist. Nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG (bis 31.12.2004: § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG) wird nur bestraft, wer sich "entgegen § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 48 Abs. 2 AufenthG" (bis 31.12.2004: "entgegen § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 39 Abs. 1 AuslG ohne Pass und ohne Ausweisersatz") im Bundesgebiet aufhält.

3.5.1. Schon in dem oben genannten Vergleichsfall (siehe Ziff. 3.4.1. am Ende) hat das BayObLG in seine Entscheidung vom 8.3.2005 (BayObLGSt 2004, 172 /177) zu den Urteilsausführungen der Berufungskammer gegenüber einer iranischen Staatsangehörigen, ihr sei der Vorwurf zu machen, dass sie sich nicht in zumutbarer Weise um Rückreisepapiere (Laissez Passer) bemüht habe, in Bezug auf § 39 Abs. 1 AuslG bemerkt, die Kammer verkenne bei ihrer Urteilsbegründung, dass es vorliegend um die Zumutbarkeit der Beschaffung eines Passes und nicht um die Beschaffung von Rückreisepapieren gehe. Bereits mit Beschluss vom 14.10.2002 (Az. 4St RR 107/2002), ebenfalls einen iranischen Staatsangehörigen betreffend, hat das BayObLG klargestellt, dass eine ausländische Botschaft nicht in der Lage wäre, einen Ausweisersatz gemäß § 39 Abs. 1 AuslG auszustellen. Ferner hat das BayObLG für das durchzuführende weitere Verfahren Bedenken an der Strafbarkeit gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 2 AuslG geäußert, wobei es in seiner Entscheidung davon ausging, dass die iranische Botschaft bei Vorlage von Identitätsnachweisen lediglich ein Passersatzdokument ausstellt, in § 39 Abs. 1 AuslG andererseits nur von einem Pass und einem Ausweisersatz (im Sinne einer qualifizierten Duldung) die Rede ist.

Die dem Senat zur revisionsrechtlichen Überprüfung stehenden umfangreichen und detaillierten Feststellungen des Landgerichts Amberg zum iranischen Passerteilungsverfahren bestätigen nun, dass die Islamische Republik Iran trotz eines grundsätzlich

- 17 -

möglichen Passerteilungsverfahrens vollziehbar ausreisepflichtigen iranischen Staatsangehörigen faktisch einen Pass verweigert.

3.5.2. Aus den Gesetzesmaterialien zum Aufenthaltsgesetz ist nicht ersichtlich, dass an einen Anspruch auf Erteilung einer qualifizierten Duldung (§ 48 Abs. 2 AufenthG) höhere Anforderungen als nach dem bis 31.12.2004 geltenden § 39 Abs. 1 AuslG gestellt werden oder dies beabsichtigt gewesen sei (vgl. BT-Drucksache 15/420 Seiten 88, 98).

3.5.3. Nach der Neuregelung in § 3 Abs. 1 AufenthG wird die Passpflicht, die von den ausweisrechtlichen Bestimmungen des § 48 AufenthG zu unterscheiden ist (vgl. BT-Drucksache a.a.O S. 68), zwar auch durch einen Passersatz erfüllt. Über die Sanktion im Falle des Aufenthalts ohne einen solchen Passersatz trifft die Vorschrift allerdings keine Aussage, sondern es ist, wie sich aus den Bezugnahmen in § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ergibt, noch eine Gesamtschau mit § 48 Abs. 2 AufenthG vorzunehmen. Hierin wird, wie ausgeführt, bei der Frage der Zumutbarkeit nicht auf die Beschaffung eines Passersatzes abgestellt.

Es bestehen Bedenken, ob die in Bezug auf Passersatzpapiere gegenüber § 48 Abs. 2 AufenthG weitergehende Vorschrift des § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 Alt. der AufenthV wirksam ist. Sie könnte nämlich höherrangiges Recht (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) nicht ergänzen, den Umfang des Strafgesetzes nicht erweitern. Zum einen stellt § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG keine Bezugnahme zu dieser Vorschrift her, zum anderen sieht der Senat in der erweiterten Ordnungsregelung eine Verschärfung der Voraussetzungen für die Erlangung einer qualifizierten Duldung. Nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 AufenthV wird einem Ausländer, der einen anerkannten und gültigen Pass oder Passersatz nicht besitzt und nicht in zumutbarer Weise erlangen kann, auf Antrag ein Ausweisersatz (§ 48 Abs. 2, § 78 Abs. 6 AufenthG) unter anderem dann ausgestellt, sofern seine Abschiebung ausgesetzt ist. Andererseits hat ein Ausländer nach § 48 Abs. 2 AufenthG, der die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Ausweisersatzes regelt (vgl. Hailbrönnner a.a.O. § 48 AufenthG Rn. 18, 19), schon dann einen Anspruch auf Ausstellung und kann damit der Strafbarkeit entgehen, wenn er einen Pass nicht besitzt und auch nicht in zumutbarer Weise erlangen kann, während nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 AufenthV zusätzlich geprüft werden müsste, ob auch ein Passersatz nicht in zumutbarer Weise zu erlangen ist. Angesichts der klaren gesetzlichen Strafbestimmung, die allein für die Prüfung der Strafbarkeit maßgeblich ist, kann die Wirksamkeit des § 55 Abs. 1 Nr. 1 AufenthV aber letzt-

- 18 -

lich dahingestellt bleiben. Hätte der Gesetzgeber die Hürde für die Erlangung einer qualifizierten Duldung höher setzen wollen, so hätte dies in § 48 Abs. 2 AufenthG einer ausdrücklichen, dem Bestimmtheitsgebot (BVerfG NJW 2006, 2684 /2685) entsprechenden Erwähnung des Tatbestandsmerkmals "Passersatz" bedurft. Es verstieße jedenfalls gegen das Analogieverbot, bei der Prüfung eines Anspruchs auf Erteilung eines Ausweisersatzes die Frage der Strafbarkeit davon abhängig zu machen, ob dem Ausländer auch die Beschaffung eines Passersatzpapiers zumutbar war.

Auf die Feststellung des Landgerichts, dass sich der Angeklagte in zumutbarer Weise kein Passersatzpapier in Form eines Laissez Passer (zur Anerkennung als Passersatzdokument im Verhältnis zum Iran siehe Allgemeinverfügung des BMI vom 3.1.2005, Bundesanzeiger vom 18.1.2005, S. 745 i.V.m. Anlage I unter Stichwort "Iran") beschaffen konnte, kommt es deshalb nicht mehr an.

3.6. Allerdings war auch die Frage einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 49 Abs. 1 AufenthG für den angeklagten Tatzeitraum ab 1.1.2005 zu berücksichtigen. Danach macht sich strafbar, wer entgegen § 49 Abs. 1 AufenthG eine Angabe nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht, sofern die Tat nicht in Absatz 2 Nr. 2 mit Strafe bedroht ist. Nach § 49 Abs. 1 AufenthG ist jeder Ausländer unter anderem verpflichtet, die von der Vertretung des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, geforderten und mit dem deutschen Recht in Einklang stehenden Erklärungen im Rahmen der Beschaffung von Heimreisedokumenten abzugeben.

Das Urteil beruht jedoch nicht darauf, denn aus der Urteilsbegründung ergibt sich ohne weiteres, dass die auch für die Erteilung eines Heimreisedokuments geforderte Freiwilligkeitserklärung, die der Angeklagte nur wahrheitswidrig hätte abgeben können, mit deutschem Recht im Sinne des § 49 Abs. 1 AufenthG nicht in Einklang stünde.

3.7. Auch Ordnungswidrigkeiten liegen nicht vor.

3.7.1. Nach § 98 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 48 Abs. 3 Satz 1 AufenthG handelt ordnungswidrig, wer unter anderem "eine Unterlage", die "für die Feststellung und Geltendmachung

- 19 -

einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sein kann" - in Betracht kommt die geforderte Freiwilligkeitserklärung - nicht vorlegt. Eine Pflicht zur Vorlage einer Freiwilligkeitserklärung bestand jedoch nicht, weil dies dem Angeklagten, wie ausgeführt, nicht zumutbar war.

3.7.2. Soweit die Revisionsführerin meint, der Angeklagte hätte wegen einer Ordnungswidrigkeit nach den §§ 98 Abs. 3 Nr. 5, 99 Abs. 1 Nr. 10 AufenthG, 56 Nr. 4, 77 Nr. 1 AufenthV verurteilt werden müssen, trifft dies nicht zu. Nach den genannten Vorschriften handelt ordnungswidrig im Sinne des § 98 Abs. 3 Nr. 5 AufenthG, wer (unter anderem) entgegen § 56 Nr. 4 AufenthV einen Antrag nicht oder nicht rechtzeitig stellt, d.h. seiner Verpflichtung, unverzüglich einen Ausweisersatz zu beantragen, wenn die Ausstellungsvoraussetzungen nach § 55 Abs. 1 oder 2 AufenthV erfüllt sind und kein deutscher Passersatz beantragt wurde, nicht nachkommt.

Wie sich aus den für das Revisionsgericht bindenden Feststellungen des Landgerichts ergibt, hat der Angeklagte jedoch auf Anregung des Gerichts ausdrücklich einen Antrag auf Erteilung eines Ausweisersatzes gestellt (BU S. 21). In diesem Zusammenhang gelangte die Kammer aufgrund von Schreiben der Ausländerämter Amberg und Weiden i.d.Opf. vom 25. und 27.6.2006 zu der Überzeugung, dass dem Angeklagten eine qualifizierte Duldung nicht erteilt worden wäre (BU S. 21/22), so dass auch die noch in Frage stehende Rechtzeitigkeit einer Antragstellung ohne Relevanz ist. Hinzu kommt, dass dem Angeklagten für den oben genannten Zeitraum nur einfache Duldungen ausgestellt wurden, jedoch bei der von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung der Zumutbarkeit der Passbeschaffung ein echter Ausweisersatz in Form einer qualifizierten Duldung hätte ausgestellt werden müssen (siehe oben Seiten 9/10).

4. Da bei dem Angeklagten kein tatbestandsmäßiges Verhalten vorlag, kann das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes (§ 34 StGB) dahinstehen.

- 20 -

III.

Die Revision ist nach all dem als unbegründet zu verwerfen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 473 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 StPO.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]