



**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde**

des Herrn K. ,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Eckehard Hausmann und Koll.,
Marktstraße 27, 87527 Sonthofen -

gegen a) den Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 13. Februar 2002 - 4 St RR 4/2002 -,

b) das Urteil des Landgerichts Kempten vom 24. September 2001 - 3 Ns 221 Js 19122/00 -,

c) das Urteil des Amtsgerichts Kempten vom 19. Februar 2001 - 2 Ds 221 Js 19122/00 -

hat die 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

den Vizepräsidenten Hassemer,
die Richterin Osterloh
und den Richter Mellinghoff

gemäß § 93c in Verbindung mit § 93a Abs. 2 BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 6. März 2003 einstimmig beschlossen:

Die Urteile des Amtsgerichts Kempten vom 19. Februar 2001 - 2 Ds 221 Js 19122/00 - und des Landgerichts Kempten vom 24. September 2001 - 3 Ns 221 Js 19122/00 - sowie der Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 13. Februar 2002 - 4 St RR 4/2002 - verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes. Sie werden aufgehoben.

Die Sache wird an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Der Freistaat Bayern hat dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen zu erstatten.

Gründe:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich ein Ausländer, der sich ohne Aufenthaltsgenehmigung im Bundesgebiet aufhält

und keine Duldung nach § 55 Abs. 1 AuslG besitzt, nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG strafbar macht, wenn tatsächliche Gründe seiner Ausreise entgegenstehen.

I.

1. Ein Ausländer, der eine nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AuslG erforderliche Aufenthaltsgenehmigung nicht oder nicht mehr besitzt, ist nach § 42 Abs. 1 AuslG zur Ausreise verpflichtet. Besitzt er keine Duldung nach § 55 AuslG und bleibt er gleichwohl im Bundesgebiet, gilt § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG. 2

§ 92 Abs. 1 AuslG lautet wie folgt: 3

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 4

1. entgegen § 3 Abs. 1 Satz 1 sich ohne Aufenthaltsgenehmigung im Bundesgebiet 5
aufhält und keine Duldung nach § 55 Abs. 1 besitzt,

2. ..., 6

3. ..., 7

... 8

§ 55 AuslG hat folgenden Wortlaut: 9

(1) Die Abschiebung eines Ausländers kann nur nach Maßgabe der Absätze 2 bis 4 10
zeitweise ausgesetzt werden (Duldung).

(2) Einem Ausländer wird eine Duldung erteilt, solange seine Abschiebung aus 11
rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist oder nach § 53 Abs. 6 oder § 54 ausgesetzt werden soll.

(3) Einem Ausländer kann eine Duldung erteilt werden, solange er nicht unanfecht- 12
bar ausreisepflichtig ist oder wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern.

(4) Ist rechtskräftig entschieden, dass die Abschiebung eines Ausländers zulässig 13
ist, kann eine Duldung nur erteilt werden, wenn die Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist oder nach § 54 ausgesetzt werden soll. Die Erteilung einer Duldung aus den in § 53 Abs. 6 Satz 1 genannten Gründen ist zulässig, soweit sie in der Abschiebungsandrohung vorbehalten worden ist.

2. a) Der Beschwerdeführer ist syrischer Staatsangehöriger arabischer Volkszuge- 14
hörigkeit. Er reiste mit Hilfe eines Schleppers aus Istanbul kommend am 29. März 1998 in die Bundesrepublik Deutschland ein, wobei er einen gefälschten Reisepass, nicht aber seine eigenen Identitätspapiere vorlegte, die er bewusst in Syrien bei seinen Eltern zurückgelassen hatte. Am 30. März 1998 beantragte er in der Bundesrepublik die Anerkennung als Asylberechtigter. Dieser Antrag wurde vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge mit Bescheid vom 11. August 1998

abgelehnt, in dem der Beschwerdeführer unter gleichzeitiger Androhung seiner Abschiebung zudem aufgefordert wurde, die Bundesrepublik innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung und im Falle der Klageerhebung binnen eines Monats nach dem Abschluss des Asylverfahrens zu verlassen.

Die hiergegen gerichtete Klage des Beschwerdeführers wurde mit Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 22. März 2000 abgewiesen. Das Asylverfahren ist nach den Feststellungen des Landgerichts seit dem 6. April 2000 rechtskräftig abgeschlossen, so dass der Beschwerdeführer seit dem 6. Mai 2000 vollziehbar ausreisepflichtig ist. Am 25. April 2000 wurde ihm erneut eine Aufenthaltsgestattung zur Durchführung des Asylverfahrens, gültig - sofern nicht nach § 67 Abs. 1 AsylVfG erloschen - bis 1. Juli 2000, erteilt. Der Beschwerdeführer reiste in der Folgezeit nicht aus; eine Abschiebung wurde seitens der Ausländerbehörde nicht in die Wege geleitet.

15

Das Ausländeramt belehrte in der Folgezeit den Beschwerdeführer über seinen illegalen Aufenthalt und forderte ihn mehrfach auf, Angaben zum Nachweis seiner Identität zu machen, damit für ihn ein - bisher nicht vorhandenes - Heimreisedokument besorgt werden könne. Außerdem wurde er dazu veranlasst, sich die entsprechenden Identitätsnachweise über seine Eltern und seinen in Ungarn lebenden Bruder, der des Öfteren nach Syrien reise, zu beschaffen.

16

Der Beschwerdeführer erschien am 21. August 2000 beim Ausländeramt und gab an, sich intensiv, auch durch einen Brief seiner Rechtsanwältin vom 25. Juli 2000 an die syrische Botschaft, um einen Pass bemüht zu haben; er gab weiter an, die Daten für die erforderlichen Identitätsnachweise vergessen, aber vor zwei Wochen seine Eltern angerufen zu haben, die ihm die erforderlichen Unterlagen zusenden würden. Der Beschwerdeführer legte in der Folgezeit aber keine Dokumente vor, so dass ihn das Ausländeramt mit Schreiben vom 27. September 2000 aufforderte, bis spätestens 9. Oktober 2000 bei der Ausländerbehörde unter Vorlage eines gültigen Reisedokuments sowie eines Flugtickets vorzusprechen bzw. der Ausländerbehörde die notwendigen Daten für die Beschaffung von Heimreisepapieren zu besorgen. Am gleichen Tag erstattete die Ausländerbehörde Strafanzeige gegen den Beschwerdeführer wegen unerlaubten Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland.

17

Mit weiterem Schreiben vom 24. Oktober 2000 ersuchte die Ausländerbehörde die Botschaft der arabischen Republik Syrien - Konsulatsabteilung -, den schon früher angeforderten "Laissez-passer" auszustellen. Darüber hinaus wurde die Botschaft mit weiterem Schreiben vom 6. November 2000 gebeten, den Heimreiseschein auszustellen, um die beabsichtigte Abschiebung durchführen zu können. Bei Vorsprachen der Ausländerbehörde in der syrischen Botschaft wurde mitgeteilt, dass die Angelegenheit nach wie vor in Syrien zur Überprüfung sei und eine Antwort von dort nicht vorliege. Es sei jedoch erforderlich, dass Dokumente zum Nachweis der Identität vorgelegt würden, da sich eine Überprüfung ansonsten als schwierig gestalte. Am 28. März 2001 wurde dem Beschwerdeführer auf seinen Antrag vom 15. Februar

18

2001 schließlich eine Aussetzung der Abschiebung (Duldung) bewilligt.

b) Auf Grund dieses Sachverhalts verurteilte das Amtsgericht Kempten (Allgäu) den Beschwerdeführer wegen Verstoßes gegen § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG zu einer Freiheitsstrafe von vier Monaten, die nicht zur Bewährung ausgesetzt wurde. Die dagegen eingelegte Berufung des Beschwerdeführers verwarf das Landgericht Kempten mit Urteil vom 24. September 2001. Das Landgericht war der Ansicht, der Beschwerdeführer habe sich im Zeitraum vom 2. Juli 2000 bis einschließlich 27. März 2001 entgegen § 3 Abs. 1 S. 1 AuslG ohne Aufenthaltsgenehmigung und ohne (förmliche) Duldung nach § 55 Abs. 1 AuslG im Bundesgebiet aufgehalten und sich deshalb nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG strafbar gemacht. Ob ihm gemäß § 55 AuslG vom Ausländeramt eine Duldung auch für den Tatzeitraum hätte erteilt werden müssen, weil der Abschiebung tatsächliche Gründe (fehlender Identitätsnachweis) entgegengestanden hätten, könne dahin gestellt bleiben, da es nach dem klaren Wortlaut der Strafvorschrift nicht auf den möglichen Anspruch auf eine Duldung oder Aufenthaltsgenehmigung ankomme, sondern darauf, ob diese zum Zeitpunkt des Verbleibens in der Bundesrepublik förmlich vorliege. Die Strafbarkeit sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit des Handelns ausgeschlossen, da trotz fehlender Reisedokumente eine Einreise nach Syrien faktisch möglich gewesen sei und im Übrigen Angaben über die Militärzeit des Beschwerdeführers zu sicheren Feststellungen über seine Identität durch die Botschaft hätten führen können.

19

Der Beschwerdeführer legte gegen das landgerichtliche Urteil Revision ein, mit der er vor allem geltend machte, eine Strafbarkeit sei aus Rechtsgründen nicht gegeben, weil es auch darauf ankomme, ob eine Duldung hätte erteilt werden müssen. Nur in den Fällen, in denen Duldungen nur auf entsprechenden Antrag hin erteilt würden, sei auf den (förmlichen) Besitz abzustellen. Sei sie aber von Amts wegen als förmliche Reaktion auf die schlichte tatsächliche Erfüllung eines entsprechenden Tatbestandes zu erteilen, scheidet eine Strafbarkeit nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG aus, wenn die Ausländerbehörde die Duldung von sich aus nicht erteile. Ansonsten würde die Strafbarkeit von der Willkür der jeweiligen Behörde abhängen, ohne dass der betroffene Ausländer hierauf Einfluss nehmen könnte. Soweit sich das Landgericht auf eine gegenteilige Ansicht des Kammergerichts berufe, sei dies wohl darauf zurückzuführen, dass die Entscheidung des Kammergerichts zeitlich vor der diese Rechtslage grundsätzlich klärenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ergangen sei. Darin habe das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass es für die Erteilung einer Duldung nach § 55 Abs. 2 2. Alternative AuslG nicht darauf ankomme, ob der Ausländer wegen seiner ungeklärten Identität die Nichtabschiebung zu vertreten habe. Wenn die Abschiebung nicht ohne Verzögerung durchgeführt werden könne oder der Zeitpunkt der Abschiebung ungewiss sei, sei eine Duldung - unabhängig von einem Antrag des Ausländers - zu erteilen.

20

Vor diesem Hintergrund hätte die Ausländerbehörde ihm sofort im Anschluss an den Ablauf der Aufenthaltsgestattung von Amts wegen eine Duldung erteilen müssen. Im Ergebnis sei der objektive Tatbestand des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG nicht ge-

21

geben. Aber selbst wenn beim objektiven Tatbestand allein auf den tatsächlichen Besitz der Duldung abzustellen sei, könne eine Strafbarkeit nicht in Betracht kommen, weil es insoweit an einer vorwerfbaren Schuld fehle.

Das Bayerische Oberste Landesgericht verwarf die Revision des Beschwerdeführers mit Beschluss vom 13. Februar 2002 als unbegründet. Es war der Ansicht, dass sich der Beschwerdeführer nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG strafbar gemacht habe, weil es für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes - nach ständiger Rechtsprechung - auf den möglichen Anspruch auf Erteilung einer Duldung nicht ankomme. Der Beschwerdeführer habe auch schuldhaft gehandelt. Es gebe keinen Anlass für die Annahme, dem Beschwerdeführer sei ein normgerechtes Handeln unmöglich oder unzumutbar gewesen. Zwar sei es ihm ohne Heimreisepapiere der syrischen Botschaft entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht möglich gewesen, nach Syrien auszureisen. Darauf beruhe die angegriffene Entscheidung allerdings nicht, da das Landgericht ohne Rechtsverstoß die Einlassung des Beschwerdeführers als widerlegt angesehen habe, es sei ihm nicht möglich gewesen, Identitätsnachweise zur Erlangung der Einreisepapiere zu bekommen, und so für ihn die Möglichkeit der Ausreise bestanden habe. Im Übrigen entlaste es den Beschwerdeführer vom Vorwurf der Unterlassung der Ausreise nicht, falls er mangels ungeklärter Identität nicht in sein Heimatland zurückkehren könne. Dies gelte jedenfalls - wie schon das Oberlandesgericht Frankfurt (NStZ-RR 2001, S. 57, 59) festgestellt habe - dann, wenn der Ausländer mit einem gefälschten Pass eingereist und seine Papiere - wie der Beschwerdeführer - in der Heimat zurückgelassen habe, um seine Identität zu verschleiern.

22

c) Der Beschwerdeführer meldete sich nach Ladung zum Strafantritt zur Verbüßung der verhängten Freiheitsstrafe am 20. März 2002, bevor die 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts mit Beschlüssen vom 21. März 2002 und 11. September 2002 die Vollstreckung bis zu einer Entscheidung über die vom Beschwerdeführer erhobene Verfassungsbeschwerde aussetzte.

23

II.

1. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2, Art. 3 sowie aus Art. 103 Abs. 2 GG. Die Grenzen der Auslegung des Art. 103 Abs. 2 seien in mehrfacher Hinsicht überschritten. Es sei für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG nicht nur von Bedeutung, ob eine förmliche Duldung bereits vorliege; in entsprechenden Fällen spiele es eine entscheidende Rolle, ob sie - gegebenenfalls von Amts wegen - hätte erteilt werden müssen. Dies ergebe sich aus der Systematik des Ausländerrechts. Soweit eine Duldung von Amts wegen als Reaktion auf die tatsächliche Erfüllung eines entsprechenden Tatbestandes zu erteilen sei, komme eine Verwirklichung des objektiven Straftatbestandes nicht in Betracht, wenn die Ausländerbehörde die Duldung trotz des Vorliegens der gesetzlichen Vorgaben nicht von sich aus erteile; ansonsten hinge die Verwirklichung des Straftatbestandes ausschließlich von der Will-

24

kür der jeweiligen Ausländerbehörde ab, ohne dass der betroffene Ausländer hierauf Einfluss nehmen könne. Dies sei mit Art. 3 GG nicht in Einklang zu bringen.

Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, ihm hätte auf der Grundlage der die ausländerrechtliche Lage grundsätzlich klärenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts sofort im Anschluss an das Ende der Aufenthaltsgestattung von Amts wegen eine Duldung erteilt werden müssen. Dafür komme es nämlich nicht darauf an, ob er es zu vertreten habe, dass er wegen seiner ungeklärten Identität nicht abgeschoben werden könne. Die gesetzlichen Voraussetzungen des § 55 Abs. 2, 2. Alternative AuslG seien von Anfang an gegeben gewesen. Die eingetretene Verzögerung bei der Ausstellung der "förmlichen Duldung" sei rechtswidrig und könne ihm nicht angelastet werden. Der objektive Tatbestand des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG sei bei verfassungskonformer Auslegung nicht erfüllt. Aber auch die Verschiebung der Schuldfrage auf die Möglichkeit einer freiwilligen Ausreise, die für § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG insgesamt ohne Belang sei, dehne den Straftatbestand unzulässig aus. Schließlich überdehne die Ansicht des Bayerischen Obersten Landesgerichts die Strafbestimmung völlig, wenn sogar die Unmöglichkeit einer freiwilligen Ausreise der Strafbarkeit nicht entgegen stehen solle, falls diese darauf zurückzuführen sei, dass die erforderlichen Personalpapiere bewusst in der Heimat zurückgelassen worden seien.

25

2. Nach Ansicht des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz ist die Verfassungsbeschwerde unbegründet. Das Bundesverfassungsgericht sei nicht dazu berufen, gerichtliche Entscheidungen einer allgemeinen rechtlichen Nachprüfung zu unterziehen. Die verfassungsrechtliche Kontrolle beschränke sich insoweit darauf, ob das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Recht auf eine willkürfreie Entscheidung verletzt sei. Ein solcher Verstoß aber sei nicht zu erkennen. Willkürlich erscheine weder die Annahme des Tatbestandes des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG noch die Auffassung, eine Strafbarkeit sei auch nicht wegen Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit normgerechten Verhaltens ausgeschlossen.

26

a) Nach dem klaren Wortlaut des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG komme es nicht auf den möglichen Anspruch auf Erteilung einer Duldung an; entscheidend sei vielmehr, ob diese zum Zeitpunkt des Aufenthalts der Bundesrepublik förmlich vorliege. Dafür spreche auch der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannte Grundsatz der Verwaltungsakzessorietät. Danach komme es bei Delikten, deren strafrechtliche Rechtsfolgen auf der Tatbestandsseite an die Befolgung oder Nichtbefolgung von Verwaltungsakten anknüpfe, nicht auf die materielle Rechtmäßigkeit an; entsprechend bleibe die Tatbestandsmäßigkeit unberührt, wenn eine Duldung zu erteilen gewesen wäre, dies aber unterlassen wurde. Jedenfalls sei es nicht von Verfassungs wegen geboten, § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG tatbestandseinschränkend auszulegen; einem auf einem Abschiebungshindernis beruhenden Duldungsanspruch könne bei der Prüfung, ob normgerechtes Verhalten möglich und zumutbar gewesen sei, Rechnung getragen werden.

27

Letztlich komme es im entscheidenden Fall aber nicht darauf an, denn der Be-

28

schwerdeführer habe in dem der Verurteilung zu Grunde liegenden Zeitraum seines Aufenthalts keinen Duldungsanspruch gehabt. Wie in der Stellungnahme des Bayerischen Staatsministeriums des Innern im Einzelnen dargelegt, müsse eine Duldung ausländerrechtlich erteilt werden, wenn tatsächlich feststehe, dass die Abschiebung nicht erfolgen könne. Vorher bestehe, auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, kein Anspruch auf Erteilung einer Duldung. Zur Orientierung könne dabei für die Praxis auf § 57 Abs. 3 AuslG zurückgegriffen werden, wonach der Gesetzgeber grundsätzlich davon ausgehe, dass Sicherungshaft zunächst bis zu einer Dauer von sechs Monaten gerechtfertigt sei. Im Regelfall könne daher angenommen werden, dass auch die Ausländerbehörde grundsätzlich sechs Monate Zeit habe, die Voraussetzungen für eine Abschiebung zu schaffen. Gelingt dies der Ausländerbehörde während dieses Zeitraums nicht, sei erst anschließend eine Duldung zu erteilen. Vorliegend habe erst in der zweiten Hälfte im März 2001 festgestanden, dass der Beschwerdeführer nicht abgeschoben werden könne. Dementsprechend habe der Beschwerdeführer auch erstmals im Februar 2001 ausdrücklich einen Duldungsanspruch geltend gemacht. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, weshalb eine Duldung in jedem Fall, wie der Beschwerdeführer meine, von Amts wegen zu erteilen sei.

b) Die Strafbarkeit des Beschwerdeführers nicht wegen der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit normgerechten Verhaltens zu verneinen, sei von Verfassungs wegen ebenfalls nicht zu beanstanden. Zwar sei die Begründung des Bayerischen Obersten Landesgerichts angreifbar, der Beschwerdeführer habe das Ausreisehindernis durch eigene aktive Mitwirkung an der Feststellung seiner Identität gegenüber den syrischen Behörden beseitigen und so seine Ausreise ermöglichen können; es fehle insoweit an tatsächlichen Feststellungen dazu, wann gegebenenfalls eine derartige Mitwirkung zum Wegfall des Ausreisehindernisses geführt hätte und ob ein Verlassen des Bundesgebietes noch vor Beginn des Zeitraums ermöglicht worden wäre, auf den sich die Verurteilung wegen illegalen Aufenthalts beziehe. Mit Recht führe das Gericht aber an, dass es den Beschwerdeführer vom strafrechtlichen Vorwurf der Unterlassung der Ausreise nicht entlaste, wenn er mangels ungeklärter Identität nicht in sein Heimatland zurückkehren könne. Der Beschwerdeführer, der mit gefälschtem Ausweis eingereist sei und seine echten Personalpapiere zurückgelassen habe, habe damit selbst die Ursache dafür gesetzt, dass er seiner Pflicht zur Ausreise nicht habe nachkommen können. Nach dem Grundsatz der "omissio libera in causa" exkulpieren unter diesen Umständen die spätere Handlungsunfähigkeit nicht.

29

III.

Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der Rechte des Beschwerdeführers angezeigt ist (§ 93a Abs. 2 Ziff. b BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde ist in einer die Zuständigkeit der Kammer ergebenden Weise offensichtlich begründet; das Bundesverfassungsgericht hat die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen bereits entschieden.

30

Die angegriffenen Entscheidungen verstoßen gegen Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot. 31

1. Die Auslegung des Gesetzes und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind Sache der dafür zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich entzogen (vgl. BVerfGE 18, 85 <92 f.>). Ihm obliegt lediglich die Kontrolle, ob die Gerichte bei der Anwendung des sog. einfachen Rechts Verfassungsrecht verletzt haben. Die Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht erstreckt sich dabei - ohne sich freilich darauf zu beschränken - auch auf eine Überprüfung, ob das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Recht auf eine willkürfreie Entscheidung beachtet ist. 32

Willkürlich ist ein Richterspruch dann, wenn er unter Berücksichtigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. BVerfGE 59, 98 <103>; 69, 248 <254>; 74, 102 <127>; stRspr). Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen. Schuldhaftes Handeln des Richters ist nicht erforderlich. Die fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes allein macht eine Gerichtsentscheidung noch nicht willkürlich. Willkür liegt vielmehr erst vor, wenn die Rechtslage in krasser Weise verkannt wird (vgl. BVerfGE 89, 1 <13 ff.>; stRspr). 33

2. Gemessen an diesem Maßstab halten die angegriffenen Entscheidungen einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht Stand. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat die Verurteilung des Beschwerdeführers damit begründet, es sei ihm möglich gewesen, Identitätsnachweise zur Erlangung der Einreisepapiere nach Syrien zu erlangen und damit auszureisen; im Übrigen sei er vom Vorwurf der unterlassenen Ausreise deshalb nicht entlastet, weil er mit einem gefälschten Paß eingereist sei, seine eigenen Personalpapiere in der Heimat zurückgelassen und deshalb die faktische Unmöglichkeit seiner Ausreise selbst herbeigeführt habe. Für diese Begründung des strafbaren Verhaltens des Beschwerdeführers durch das Bayerische Oberste Landesgericht war notwendige Voraussetzung, dass es für die Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG nicht darauf ankomme, ob ein Anspruch auf Duldung bestehe oder nicht. 34

a) Diese Annahme des Bayerischen Obersten Landesgerichts ist von Verfassungs wegen nicht mehr hinnehmbar und deshalb willkürlich. 35

Das Bayerische Oberste Landesgericht kann sich mit seiner Ansicht zwar auf den Wortlaut des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG stützen, der allein darauf abstellt, ob sich der Ausländer ohne Aufenthaltsgenehmigung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AuslG und ohne Duldung nach § 55 AuslG in der Bundesrepublik aufhält. Es hat tatbestandliches Unrecht vom Gesetzeswortlaut her auch für gegeben erachtet, wenn eine förmliche Duldung nicht vorlag, aber hätte erteilt werden müssen. Auch kann sich das Bayerische Oberste Landesgericht auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt berufen, die im Anschluss an die von dem Beschwerdeführer für seine Ansicht angeführte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 111, 62 ff.) getroffen 36

worden ist und gleichwohl an der Annahme einer Strafbarkeit nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG festgehalten hat (vgl. NStZ-RR 2001, S. 57; ebenso KG, NStZ-RR 2002, S. 220). Die Ansicht des Bayerischen Obersten Landesgerichts ist jedoch - vor allem mit Blick auf das durch die Anwendung von Strafnormen berührte Freiheitsrecht des betroffenen Ausländers und den verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz, die hier auf die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG einwirken - nicht mehr verständlich; sie bildet den Ausgangspunkt für eine Entscheidung, die nicht nur eine der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts widersprechende willkürliche Verwaltungspraxis sanktioniert, sondern es darüber hinaus dem freien Ermessen der Ausländerbehörden überlässt, ob und in welchem Umfang ein Ausländer sich strafbar macht.

Es entspricht der gesetzgeberischen Konzeption des Ausländergesetzes, einen vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen entweder unverzüglich abzuschicken oder ihn nach § 55 Abs. 2 AuslG zu dulden. Dabei hat die Ausländerbehörde zu prüfen, ob und gegebenenfalls wann eine Abschiebung des Ausländers durchgeführt und zu welchem Zeitpunkt ein eventuelles Abschiebungshindernis behoben werden kann. Schon dann, wenn sich herausstellt, dass die Abschiebung nicht ohne Verzögerung geführt werden kann oder der Zeitpunkt der Abschiebung ungewiss bleibt, ist - unabhängig von einem Antrag des Ausländers - als "gesetzlich vorgeschriebene förmliche Reaktion auf ein Vollstreckungshindernis" eine Duldung zu erteilen (vgl. BVerwGE 105, 232 <235 f., 238>). Damit verträgt es sich entgegen der Ansicht des Bayerischen Staatsministeriums des Innern nicht, der Ausländerbehörde unter Bezugnahme auf § 57 Abs. 3 AuslG regelmäßig sechs Monate Zeit zu geben, um die Voraussetzungen für eine Abschiebung zu schaffen. Die Systematik des Ausländergesetzes lässt - wie das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich festhält - grundsätzlich keinen Raum für einen derartig unregelmäßig geregelten Aufenthalt (vgl. BVerwGE 105, 232 <236>), der den Zeitpunkt der Duldungserteilung - wie der zu Grunde liegende Fall zeigt, in dem die Ausländerbehörden den Sechs-Monats-Zeitraum sogar überschritten und eine Duldung erst nach fast neun Monaten erteilt haben - ins Belieben der Behörden stellt.

Da der Ausländer auch zu dulden ist, wenn er die Entstehung des Hindernisses (z.B. durch Mitführen gefälschter Papiere bei der Einreise) oder dessen nicht rechtzeitige Beseitigung (etwa durch unterlassene Mitwirkung bei der Beschaffung notwendiger Identitätspapiere) zu vertreten hat (vgl. BVerwGE 111, 62 <64 f.>), ist keine Konstellation vorstellbar, in der der Ausländer nicht einen Anspruch auf Erteilung einer Duldung hätte. Ist als Folge des tatsächlichen bzw. rechtlichen Hindernisses die Duldung aber erteilt, scheidet eine Strafbarkeit nach § 92 Abs. 2 Nr. 1 AuslG mangels einer der gesetzlichen Voraussetzungen aus. Zugleich steht mit der Erteilung einer Duldung - auch wenn sie förmlich nicht rückwirkend gewährt wird - regelmäßig fest, dass der Abschiebung des Ausländers von Anfang seiner Ausreisepflicht an ein tatsächliches oder rechtliches Hindernis entgegengestanden hat.

37

38

Kommt die Behörde ihrer nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestehenden Verpflichtung zur Erteilung der Duldung nicht oder zu spät nach, so wäre womöglich eine Strafbarkeit nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG anzunehmen. Legten die Strafgerichte dieses Verwaltungshandeln ihrer Entscheidung ungeprüft so zu Grunde, bedeutete dies nicht nur die Hinnahme einer gesetzeswidrigen Praxis der Ausländerbehörden, sondern führte zusätzlich dazu, über die mögliche Strafbarkeit des Ausländers und deren Umfang entgegen den Grundsätzen des im Strafrecht geltenden Schuldprinzips letztlich die jeweilige Ausländerbehörde entscheiden zu lassen.

39

Die Strafgerichte dürfen sich deshalb nicht mit der Feststellung begnügen, der Ausländer sei nicht im Besitz einer Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG. Die Duldung ist eine gesetzlich zwingende Reaktion auf ein vom Verschulden des Ausländers unabhängiges Abschiebungshindernis. Insofern dient § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG nicht der Strafabwehrung eines Verwaltungsakts und bindet den Strafrichter nicht an die unterlassene oder verspätet getroffene Entscheidung einer Verwaltungsbehörde (vgl. BVerfGE 80, 244 <256>).

40

Die Strafgerichte sind vielmehr von Verfassungs wegen gehalten, selbstständig zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer ausländerrechtlichen Duldung im Tatzeitraum gegeben waren. Kommen sie zu der Überzeugung, die Voraussetzungen hätten vorgelegen, scheidet eine Strafbarkeit des Ausländers nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG aus.

41

Für die Überzeugungsbildung ist es von besonderer Bedeutung, wenn die Ausländerbehörde selbst - wenn auch verzögert und für einen späteren Zeitpunkt - eine Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG erteilt hat. Fehlen - wie im vorliegenden Fall - jegliche Anhaltspunkte dafür, dass die der Duldungserteilung zu Grunde liegende tatsächliche Situation von derjenigen des Tatzeitraums abweicht, wird ohne Weiteres auch davon auszugehen sein, dass eine Duldung schon in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Beginn der Ausreisepflicht des Ausländers hätte erteilt werden müssen.

42

Unterbleibt die von Verfassungs wegen gebotene Prüfung, weil die Gerichte wie im zu Grunde liegenden Fall der Ansicht sind, hierzu angesichts des Wortlauts des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG nicht verpflichtet zu sein, liegt dem eine nicht vertretbare Rechtsansicht zu Grunde.

43

b) Die Verurteilung des Beschwerdeführers beruht auf der willkürlichen Auslegung des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG. Die Entscheidungen waren deshalb aufzuheben und die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen.

44

IV.

Die Auslagenentscheidung beruht auf § 34a Abs. 2 BVerfGG.

45

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

46

Hassemer

Osterloh

Mellinghoff

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom
6. März 2003 - 2 BvR 397/02**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom
6. März 2003 - 2 BvR 397/02 - Rn. (1 - 46), [http://www.bverfg.de/e/
rk20030306_2bvr039702.html](http://www.bverfg.de/e/rk20030306_2bvr039702.html)

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2003:rk20030306.2bvr039702