

27.4 Aufenthalt ohne Pass, Passersatz oder Ausweisersatz (§ 95 I Nr. 1 AufenthG)

27.4.1 Allgemeines

Nach § 95 I Nr. 1 AufenthG wird bestraft, wer entgegen § 3 I i.V.m. § 48 II AufenthG sich im Bundesgebiet aufhält, ohne im Besitz eines erforderlichen Passes oder Passersatzes zu sein. Ein Ausländer, der einen Pass weder besitzt noch in zumutbarer Weise erlangen kann, genügt der Ausweispflicht gem. § 48 II AufenthG mit der Bescheinigung über einen Aufenthaltstitel oder die Aussetzung der Abschiebung, wenn sie mit den Angaben zur Person und einem Lichtbild versehen und als **Ausweisersatz** bezeichnet ist. Insoweit schließt der Besitz eines Ausweisersatzes den Tatbestand des § 95 I Nr. 1 AufenthG aus.

Die **Pass(besitz)pflicht** gem. § 3 I AufenthG ist von der **Passmitführipflicht** bei der Einreise und Ausreise gem. § 13 I AufenthG und der **ausweisrechtlichen** Vorlagepflicht gem. § 48 I AufenthG und den Ausweisrechtlichen Pflichten gem. § 56 AufenthV abzugrenzen.¹⁸⁰⁶ Der Pass dient der **Feststellung der Identität** und der **Staatsangehörigkeit** des Ausländers und ist zudem ein **völkerrechtlich verbindliches Rückübernahmeverprechen** des Ausstellerstaats.¹⁸⁰⁷ Ein sicherer Beweis für die Staatsangehörigkeit ist der Pass allerdings nicht. Die Ausstellung eines Passes begründet die Staatsangehörigkeit nicht, vielmehr liefert der Pass lediglich eine Beweisvermutung für die Staatsangehörigkeit.¹⁸⁰⁸ Ein deutscher Reisepass indiziert zwar die deutsche Staatsangehörigkeit, begründet sie aber - anders als die Aushändigung der Einbürgerungsurkunde - nicht. Die Strafbarkeit eines Ausländers wegen illegalen Aufenthaltes/illegaler Einreise (§ 95 I Nr. 2 und 3 AufenthG), entfällt nicht durch die Ausgabe eines deutschen Reisepasses oder Personalausweises an den Ausländer, wenn er nicht eingebürgert wurde.¹⁸⁰⁹

Nach Auffassung des *BVerfG* verfolgt die Strafvorschrift des § 95 I Nr. 1 AufenthG (§ 92 I Nr. 2 AusIG1990) zudem einen von der Strafbewehrung des unerlaubten Aufenthalts **abweichenden Schutzzweck**. Die Norm sichert die Beachtung der in § 3 AufenthG (§ 4 AusIG1990) als selbstständige Verpflichtung ausgestalteten Passpflicht einschließlich der innerstaatlich zu erfüllenden Ausweispflicht, nämlich der Verpflichtung, sich während des Aufenthalts im Bundesgebiet in angemessener Frist ausweisen zu können. Dieses auch völkerrechtlich legitimierte Instrument dient eigenständigen, über die Frage des Aufenthaltsrechts hinausgehenden Zielen, nämlich der Feststellung von Identität, Nationalität und Rückkehrberechtigung des Ausländers in einen anderen Staat.

Die Pass- und Ausweispflicht erstreckt sich auch auf Ausländer, die über **einen Aufenthaltstitel verfügen**; auch diese können sich strafbar machen, wenn sie ihren Pass nach dessen Ablauf wissentlich nicht verlängern lassen. Die Strafbarkeit entfällt auch nicht deshalb, weil schon der bloße Duldungsanspruch dem Ausländer ein Recht auf Gewährung eines Ausweisersatzes nach § 39 I AusIG1990 verliehen hätte. Ein solches Recht folgt insbesondere nicht daraus, dass eine Duldung nach § 55 AusIG1990 unabhängig von dem Mitführen von Identitätspapieren bei der Einreise oder der Mitwirkung an der Beschaffung von nötigen Ausweispapieren zu erteilen ist.¹⁸¹⁰ Die teilweise von der Rechtsprechung geteilte Ansicht, wer Anspruch auf eine Duldung habe, könne damit zugleich die Ausstellung eines Ausweisersatzes beanspruchen,¹⁸¹¹ ist verfassungsrechtlich jedoch nicht geboten.¹⁸¹²

¹⁸⁰⁶ VAH-BMI Nr. 3.1.6.

¹⁸⁰⁷ Vgl. *Hailbronner*, VBIBW 1988, 99; *Jansen*, ZAR 1998, 70 m.w.N.; *ders.* »Pässe und zwischenstaatlicher Personenverkehr« in Verwaltungsarchiv 1999, 1; s. auch VAH-BMI Nr. 3.0.4.

¹⁸⁰⁸ *Westphal/Stoppa*, Vorauf. S. 81 m.w.N.

¹⁸⁰⁹ *OLG Hamburg*, U. v. 19.05.2005 - I 87/04 - I Ss 195/04.

¹⁸¹⁰ *BVerfG*, B. v. 12.09.2005 - 2 BvR 1361/05 m.w.N.

¹⁸¹¹ Vgl. *OLG Frankfurt*, NStZ-RR 2003, 7; NStZ-RR 2003, 8, 9; a.A. *BayObLG*, StV 2005, 213 mit zustimmender Anmerkung *Kudlich*.

¹⁸¹² *BVerfG*, a.a.O.; a.A. *Leopold/Vallone*, ZAR 2005, 66 69, dass aufgrund der in Entscheidung vom *BVerfG* vom 06.03.2003 (= NStZ 2003, 488 m. Anm. *Mosbacher* und *Pfaff*, ZAR 2003, 148), aufgestellten Grundsätze verfassungskonform dahingehend auszulegen sei, dass bereits das Vorliegen eines Anspruchs des betroffenen Ausländers auf Erteilung einer Bescheinigung der Aussetzung der Abschiebung (Duldung) in Form des Ausweisersatzes i.S.d. § 48 II AufenthG genügen muss, damit der Tatbestand der Strafvorschrift nicht ein-
680

27.4.2 Besonderheiten bei der Täterschaft

Asylantragsteller, deren Aufenthalt gem. § 55 AsylVfG gesetzlich gestattet ist, benötigen zum legalen Aufenthalt keinen Pass oder Passersatz. Sie erhalten gem. § 63 I AsylVfG eine **Bescheinigung** über die gesetzlich bestehende Aufenthaltsgestattung, die mit den Angaben zur Person und einem Lichtbild versehen ist. Gem. § 64 I AsylVfG erfüllen Asylantragsteller mit der Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung während des Asylverfahrens ihre **Ausweispflicht**. Es handelt sich hierbei um eine **eigenständige Ausweispflicht** und nicht die gem. § 48 II AufenthG geregelte Pflicht. Asylantragsteller unterliegen in **aufenthaltsrechtlichen** Angelegenheiten grds. nicht dem AufenthG.¹⁸¹³ Sollte deshalb die Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung ungültig werden oder abhanden kommen, liegt kein Verstoß gegen § 95 I Nr. 1 AufenthG vor.

Gem. Art. 16a I GG oder nach § 60 I AufenthG anerkannte Asylberechtigte haben Anspruch auf Erteilung eines Reiseausweises nach der GFK¹⁸¹⁴, somit auf einen Passersatz gem. § 1 III Nr. 2, § 4 I Nr. 4 AufenthV. Damit scheidet eine Strafbarkeit gem. § 95 I Nr. 1 AufenthG aus, auch wenn der Passersatz noch nicht ausgestellt wurde.

27.4.3 Objektiver Tatbestand

Ein Ausländer erfüllt den Tatbestand erst, wenn er sich ausländerrechtlich, also nach der vollendeten Einreise gem. § 13 II AufenthG, im Bundesgebiet aufhält und keinen gem. § 3 I AufenthG anerkannten und gültigen Pass oder Passersatz besitzt, nicht von der Passpflicht durch Rechtsverordnung befreit ist (§ 14 AufenthV), keine Ausnahme von der Passpflicht gem. § 3 II AufenthG vorliegt oder er keinen Ausweisersatz besitzt (§ 48 AufenthG). Auch ein Anspruch auf die Erteilung eines Ausweisersatzes genügt zum Erfüllen der Ausweisersatzpflicht und schließt den Tatbestand aus.¹⁸¹⁵

27.4.3.1 Gültige und anerkannte Pässe und Passersatzpapiere

Die Passpflicht gem. § 3 AufenthG beinhaltet die Pflicht, einen vom BMI im Benehmen mit dem AA **anerkannten** (vgl. § 71 VI AufenthG) - ausländischen - **gültigen** Pass oder Passersatz zu besitzen. Die **Anerkennung** bezieht jedoch nicht auf den einzelnen individuellen Pass, sondern auf die Passmuster, die der jeweilige Staat herausgibt.¹⁸¹⁶ Folgemuster gelten als vorläufig anerkannt, bis über die Folgeanerkennung entschieden ist. Gleiches gilt nach den in der Allgemeinverfügung enthaltenen Maßgaben für neue Muster, über die noch keine Entscheidung getroffen worden ist.¹⁸¹⁷ Das **BMI** hat erstmals in einer **Allgemeinverfügung** vom 03.01.2005 eine Staatenübersicht über die anerkannten Pässe und Passersatzpapiermuster herausgegeben.¹⁸¹⁸

Als **Passersatzpapiere** werden **nichtdeutsche** amtliche Ausweise (§ 3 AufenthV) und **deutsche** Passersatzpapiere (§ 4 AufenthV) für Ausländer zugelassen, u.a. der Reiseausweis für Flüchtlinge nach der GFK, der Reiseausweis für Staatenlose und Schülersammellisten. Während die deutschen Passersatzpapiere abschließend aufgezählt sind, handelt es sich bei den nichtdeutschen Passersatzpapieren um eine „Insbesondere-Aufzählung“. So werden z.B. Kinderausweise oder Seefahrtsbücher nicht aufgeführt, jedoch teilweise von bestimmten Staaten durch das BMI anerkannt.¹⁸¹⁹

Die als »Pass« bezeichneten Papiere von privaten Organisationen oder **Phantasiestaaten**, sog. Schein- oder Pseudopässe, z.B. »World Service Authority« oder »Principality of Sealand«, werden nicht als Pässe anerkannt.¹⁸²⁰

greift. Anderenfalls stünde die Strafbarkeit eines Ausländers auch weiter im Belieben der Ausländerbehörde. So auch *LG Freiburg*, InfAusR 2004, 258.

¹⁸¹³ Vgl. § 1 I S. 5 AufenthG und § 1 I AsylVfG; ebenso VAH-BMI Nr. 1.1.5.

¹⁸¹⁴ Vgl. VAH-BMI Nr. 1.1.5.2.

¹⁸¹⁵ *Hailbronner*, § 95 AufenthG Rn 9.

¹⁸¹⁶ VAH-BMI Nr. 3.1.6.

¹⁸¹⁷ VAH-BMI Nr. 3.1.7.

¹⁸¹⁸ BAnz. Nr. 11 v. 18.01.2005, 745.

¹⁸¹⁹ Z.B. das Seefahrtsbuch von Malaysia oder das Seefahrtsbuch und der Kinderausweis von Litauen, BAnz. Nr. 11 v. 18.01.2005, 745, 750.

¹⁸²⁰ Siehe dazu ausf. Nr. 5.12.

27.4.3.2 Ungültigkeit von Pässen

Die **Gültigkeit eines Passes** bestimmt sich zunächst nach den passrechtlichen Bestimmungen des ihn ausstellenden Staates. Aus der Personal- und Passhoheit eines souveränen Staates folgt, dass er primär zu bestimmen hat, ob ein von ihm ausgestellter Nationalpass (noch) gültig ist. Den deutschen Behörden steht ein solches vorrangiges Prüfungsrecht nicht zu; sie sind vielmehr an die rechtlichen Würdigungen der ausländischen Behörden gebunden.¹⁸²¹ So bestimmt sich nach dem Recht des Ausstellerstaates, ob Pässe, die in einem postalischen Verfahren erteilt worden sind (so genannte „Proxy-Pässe“), gültig sind oder nicht. Einige Staaten erklären Proxy-Pässe für ungültig, während andere Staaten, auch westliche Industriestaaten, postalische Verfahren für die Ausstellung von Folgepässen vorsehen.¹⁸²² So erkennt das BMI den »Proxy-Pass« von Nigeria nicht an.¹⁸²³

Pässe mit **abgelaufenem** Gültigkeitsdatum sind ungültig, soweit nicht in zwischenstaatlichen Vereinbarungen etwas anderes bestimmt ist. In Deutschland werden **bis zu fünf Jahre** zeitlich abgelaufene Reisepässe von einigen europäischen Staaten nach dem Europäischen Übereinkommen über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten des Europarats vom 13.12.1957¹⁸²⁴ und einiger bilateraler Abkommen weiterhin anerkannt (siehe Nr. 2.2.2).

Hat der Ausländer **vor Ablauf** der Gültigkeit seines Passes bei dem zuständigen Konsulat um dessen **Verlängerung** nachgesucht, so gilt bis zur Entscheidung über die Verlängerung der Pass nach Ablauf nur dann weiter als gültig, wenn der Ausländer eine schriftliche Bestätigung dieser ausländischen Behörde erhält, dass ein Pass während der behördlichen Bearbeitung, entgegen dem Geltungsdauervermerk im Pass, weiterhin gültig ist.¹⁸²⁵

Der **Wechsel des Familiennamens** durch Eheschließung führt **nicht zur** Ungültigkeit des Passes.¹⁸²⁶ Ausländische Pässe, in denen **Seiten fehlen**, sind **ungültig**, auch dann, wenn sie nicht die Identität des Passinhabers, sonstige notwendige Eintragungen oder die Gültigkeitsdauer betreffen.¹⁸²⁷ Im **Zweifelsfall** kann für die Auslegung des Begriffes der Gültigkeit eines ausländischen Passes das deutsche Passgesetz¹⁸²⁸ herangezogen werden.

27.4.3.3 Besitz eines Passes oder Passersatzes

Besitz bedeutet, dass der Ausländer über einen gültigen, für ihn ausgestellten Pass oder Passersatz **verfügt**, er sog. Sachherrschaft i.S.d. § 868 BGB ausübt.¹⁸²⁹ Der Ausländer soll in der Lage sein, innerhalb einer **angemessenen Frist** durch Vorlage des Passes seine Identität und insbesondere seine Rückkehrberechtigung nachzuweisen (vgl. § 48 I AufenthG). Der Ausländer ist auch dann im Besitz eines Passes, wenn er ihn nicht bei sich trägt, z.B. weil er ihn zu Hause, ggf. auch im Ausland, verwahrt. Besitz des Passes bedeutet **nicht**, dass sich der Pass im **Bundesgebiet** befinden muss. Der Ausländer, der sich im Bundesgebiet befindet, muss einen gültigen Pass besitzen. Das kann er auch, wenn er weiß, wo sich sein Pass im Ausland befindet. Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendet (§ 856 II BGB).

Der Besitz wird dadurch **beendet**, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache **aufgibt** oder in anderer Weise **verliert** (§ 856 I BGB). Die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt liegt nur bei erkennbarem, willentlichen Handeln (z.B. der Passvernichtung oder Hinterlegung als Sicherheit)

¹⁸²¹ VG Sigmaringen, InfAuslR 1989, 18.

¹⁸²² VAH-BMI Nr. 3.1.9.

¹⁸²³ BAnz. Nr. 11 v. 18.1.2005, 745, 752.

¹⁸²⁴ BGBl. 1959 II S. 389, 395.

¹⁸²⁵ VG Sigmaringen, InfAuslR 1989, 18 (20).

¹⁸²⁶ Westphal/Stoppa, Vorauf. S. 91; Huber/Stoppa, § 92 AuslG1990 Rn 55; GK-AuslR/von der Weiden, § 43 AuslG1990 Rn 24; a.A. Renner, § 52 AufenthG Rn 5; VAH-BMI Nr. 50.1.3.2; so auch die PassVwV zu § 11 PassG, wonach bei Namensänderung durch Eheschließung Ungültigkeit des Passes angenommen wird (GMBl. 2000 S. 587).

¹⁸²⁷ OLG Schleswig, NStZ 1994, 348 = MDR 1994, 611.

¹⁸²⁸ V. 19.04.1986 (BGBl. 1986 I S. 537).

¹⁸²⁹ VGH Kassel, InfAuslR 2004, 141.