



## OBERLANDESGERICHT HAMM

### BESCHLUSS

5 Ss 140/09 OLG Hamm

33 Ns 93/08 LG Essen

27 Js 385/07 StA Essen

#### Strafsache

g e g e n

1.

██████████ geboren am 01. Januar 1956 in  
Türkei, wohnhaft ██████████

2.

██████████ geboren am 04. März 1955 in  
wohnhaft ██████████ / Türkei,

w e g e n

mittelbarer Falschbeurkundung u. a..

Auf die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil der XIII. kleinen Strafkammer des Landgerichts Essen vom 11. November 2008 hat der 5. Strafsenat des Oberlandesgerichts Hamm am 05. Mai 2009 durch

den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Mosler,  
den Richter am Oberlandesgericht Brauch und  
den Richter am Oberlandesgericht Schwens

nach Anhörung der Generalstaatsanwaltschaft gem. §§ 349 Abs. 4, 354 Abs. 1 StPO einstimmig

b e s c h l o s s e n :

Das angefochtene Urteil und das zugrundeliegende Urteil des Amtsgerichts Gladbeck vom 19. August 2008 (6 Ls 27 Js 385/07 – 3/08) werden aufgehoben.

Die Angeklagten werden aus rechtlichen Gründen freigesprochen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Staatskasse, die den Angeklagten auch die ihnen entstandenen notwendigen Auslagen zu ersetzen hat.

**Gründe:**

I.

Das Amtsgericht – Schöffengericht – Gladbeck verurteilte die Angeklagten am 19. August 2008 wegen „gemeinschaftlicher mittelbarer Falschbeurkundung in 16 Fällen, in 6 Fällen in Tateinheit mit einem Verstoß gegen das Aufenthaltsrecht und in 9 Fällen in Tateinheit mit einem Verstoß gegen das Ausländerrecht“ jeweils zu einer Gesamtgeldstrafe von 240 Tagessätzen zu je 10,00 €. Mit dem angefochtenen

Urteil hat die XIII. kleine Strafkammer des Landgerichts Essen die dagegen gerichteten Berufungen der Angeklagten als unbegründet verworfen. Nach den zugrundeliegenden Feststellungen reisten die jeweils im Ückavak/Türkei geborenen und in den türkischen Personenstandsregistern geführten Angeklagten, die die türkische Staatsangehörigkeit besitzen, im Januar 1990 mit ihren Kindern in die Bundesrepublik Deutschland ein, wo sie Asyl beantragten und dabei bewusst wahrheitswidrig angaben, libanesisch Staatsangehörige zu sein und [REDACTED] (Angeklagter zu 1) bzw. [REDACTED] (Angeklagte zu 2) zu heißen. An diesen Falschangaben hielten die Angeklagten im nachfolgenden Behördenverkehr fest. Dabei war ihnen bewusst, dass sie nur auf diese Weise in den Genuss einer Duldung kommen würden, da die Bundesrepublik keine Abschiebung in den Libanon vornahm. In der Folgezeit beantragten sie in der Zeit zwischen dem 16. September 2002 und dem 13. November 2006 in 16 Fällen erneut unter Aufrechterhaltung ihrer Falschangaben die Verlängerung ihrer jeweiligen Duldung, wobei den Anträgen stets stattgegeben wurde. Das Landgericht hat den aufgrund der geständigen Angaben der Angeklagten festgestellten Sachverhalt rechtlich – wie das Amtsgericht – als gemeinschaftliche mittelbare Falschbeurkundung (§ 271 StGB) in Tateinheit mit einem Verstoß gegen § 92 Abs. 2 Nr. 2 Ausländergesetz (für die Taten bis zum 31.12.2004) bzw. gegen § 95 Abs. 2 Nr. 2 Aufenthaltsgesetz (für die Taten ab dem 01.01.2005) in 16 Fällen gewertet.

Gegen dieses Berufungsurteil des Landgerichts richteten sich die jeweils in zulässiger Weise eingelegten Revisionen der Angeklagten, mit der diese die Verletzung materiellen Rechts rügen. Die Angeklagten machen zum Einen geltend, dass die ihnen jeweils erteilten Duldungsbescheinigungen in Bezug auf die darin enthaltenen Personalangaben keine erhöhte Beweiswirkung hätten und daher eine Strafbarkeit gem. § 271 StGB ausscheide. Eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 Aufenthaltsgesetz für die den Angeklagten angelasteten Taten ab dem 01. Januar 2005 sei daneben schon deshalb zu verneinen, weil diese Strafvorschrift in der bis zum 19. August 2007 gültigen Fassung unrichtige Angaben zur Erlangung einer Duldung nicht erfasst und unter Strafe gestellt habe.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Angeklagten freizusprechen.

II.

Die jeweils zulässigen Revisionen der Angeklagten haben in der Sache Erfolg und führen auf die erhobene Sachrüge zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und des zugrundeliegenden erstinstanzlichen Urteils sowie zur Freisprechung der Angeklagten aus rechtlichen Gründen. Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen tragen weder den Schuldspruch wegen gemeinschaftlicher mittelbarer Falschbeurkundung noch wegen Verstoßes gegen das Ausländer- bzw. Aufenthaltsgesetz.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat hierzu in ihrer Stellungnahme vom 21. April 2009 u. a. folgendes ausgeführt:

„Beurkundet im Sinne dieser Vorschrift (gemeint § 27.1 StGB) sind nur diejenigen Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube, d. h. die volle Beweiskraft für und gegen jedermann erstreckt (BGHSt 42, 131). Entscheidend ist, ob gerade auch die inhaltlich falsch aufgezeichneten Umstände nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung des der Beurkundung zugrunde liegenden Gesetzes von der erhöhten Beweiswirkung erfasst sind. Dies setzt voraus, dass die fragliche Tatsache mit der Urkunde gegenüber jedermann bewiesen werden kann.

Für die Taten bis zum 31.12.2004 galt für die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) § 56 AuslG und für die Taten ab dem 01.01.2005 § 60 a AufenthG. Nach § 56 a AuslG bzw. § 60 a Abs. 4 AufenthG ist über die Aussetzung der Abschiebung eine Bescheinigung auszustellen. Ist die Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) mit dem Hinweis versehen, dass die Personenangaben auf den Angaben des Ausländers beruhen, kommt der Duldungsbescheinigung – entgegen den Feststellungen des Landgerichts – nicht

die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde zu (so auch KG Berlin, Urt. v. 19.06.2008 – (4) 1 Ss 415/07; OLG Stuttgart, Beschluss vom 04.07.2007 – 4 Ss 198/07 -; inzwischen auch Fischer, StGB, 56. Aufl., § 271 Rdnr. 7 [im Gegensatz zur Voraufgabe]; so auch für die Aufenthaltsgestattung: OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.07.2008 – 3 Ss 226/07; Brandenb. OLG Beschluss vom 03.04.2008 – 2 Ss 20/08 -; OLG Naumburg, Beschluss vom 18.10.2006 – 2 Ss 294/06 -).

Durch den Hinweis, dass die Personalangaben auf den Angaben des Ausländers beruhen, gibt die Behörde gerade nicht die Richtigkeitsbestätigung, aufgrund welcher überhaupt ein öffentlicher Glaube entstehen könnte, der ein besonderes Vertrauen für und gegen jedermann schafft. Bei entsprechendem Hinweis erbringt die Urkunde nur Beweis dafür, dass (bei) der auf dem angehefteten Lichtbild dargestellten, unter dem genannten Namen, Alter und Herkunftsort auftretenden Person die Abschiebung ausgesetzt wird (vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 18.10.2006 – 2 Ss 294/06; AG Bremen Urtl. v. 12.04.2007 – 94 Cs 200 Js 35942/06; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 271 Rdnr. 7). Die Personalien werden durch die Behörde gerade nicht verifiziert.

Dem steht auch nicht die frühere Rechtsprechung, die Aufenthaltsgestattungen als öffentliche Urkunden angesehen hat (zu vgl. BGHSt 42, 131 ff.), entgegen. Denn diese Rechtsprechung bezog sich auf das AuslG in der Fassung bis zum 31.12.2001.

In dieser Fassung des AuslG war gesetzlich weder für die Aufenthaltsgestattung noch für die Duldung ein entsprechender Hinweis vorgeschrieben, dass die Personalangaben auf den eigenen Angaben des Ausländers beruhen.

Seit dem 01.01.2002 hat der Gesetzgeber die Hinweispflicht ins AuslG bzw. AufenthG aufgenommen. Die Duldungsbescheinigungen sollten nach § 39 Abs. 1 Nr. 10 AuslG den Hinweis enthalten, dass die Personalangaben auf den eigenen Angaben des Ausländers beruhen. Nach § 78 Abs. 6 S. 2 Nr. 10 AufenthG soll auch der Ausweisersatz diesen Hinweis enthalten. Insoweit ist

den Feststellungen noch zu entnehmen, dass ein solcher Zusatz auf den von den Angeklagten erhaltenen Duldungen auch enthalten war.

Eine besondere Beweiskraft ergibt sich auch nicht per se aus der Tatsache, dass eine grundsätzliche Wahrheitspflicht für den Ausländer hinsichtlich der anzugebenden Tatsachen besteht. Mit einer ergebnisorientierten Argumentation wird der Anwendungsbereich des § 271 StGB auf jede „schriftlich dokumentierte unwahre“ Tatsache, die von der Behörde anschließend bescheinigt wird, ausgeweitet. Hierdurch wird gerade das Merkmal des besonderen Vertrauens, das hervorgerufen werden soll, umgangen.

...

Auch tragen die Feststellungen nicht den Vorwurf des Erschleichens eines Aufenthaltstitels gem. § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG bzw. § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG n. F.. Es liegt weder ein Verstoß gegen § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG noch gegen § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG vor. Für die im Urteil festgestellten Taten bis zum 31.12.2004 war grundsätzlich eine Strafbarkeit nach § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG gegeben. Für die Taten zwischen dem 01.01.2005 und 13.11.2006 entfällt eine Strafbarkeit, da durch die Einführung des Zuwanderungsgesetzes am 01.01.2005 nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG nur noch falsche Angaben von Aufenthaltstiteln sanktioniert wurden. Nach § 4 Abs. 1 S. 2 AufenthG stellt die Duldung jedoch keinen Aufenthaltstitel dar. Wegen des Meistbegünstigungsprinzips des § 2 Abs. 3 StGB, nach dem das mildeste Gesetz anzuwenden ist, sind die Angeklagten straflos, da das Aufenthaltsrecht a. F. aufgrund der Straflosigkeit im Verhältnis zum Ausländerrecht das Mildere darstellt und somit Anwendung findet.

Dem steht auch nicht entgegen, dass falsche Angaben zur Beschaffung (auch) von Duldungen nunmehr von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG n. F. (wieder) erfasst werden (Gesetzesänderung vom 19.08.2007 BGBl. I, S. 1970). Es bleibt auch dann bei der Regelung des § 2 Abs. 3 StGB, wenn zwischen der Tatzeit und der Entscheidungszeit ein weiteres Zwischenrecht galt. Es gilt dann insgesamt

das „günstigste“ Recht (vgl. BGHSt 39, 370; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 2 Rndr. 4). Bei nachträglichen Verschärfungen ist der Täter daher so zu stellen, als sei das Strafverfahren gegen ihn zur Geltungszeit des günstigsten Rechts geführt worden (vgl. Mitsch, NStZ 2006, 33). Es ist in einem Gesamtvergleich aller geltenden Rechte zwischen Tatzeitpunkt und Entscheidungszeitpunkt ... für den Täter das Recht anzuwenden, das für ihn die günstigste Beurteilung zulässt (vgl. BGH, Beschl. v. 07.06.2005 – 2 StR 122/05 -).“

Diesen zutreffenden Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft, die hinsichtlich der im Rahmen der §§ 271, 276 StGB bedeutsamen Frage nach der erhöhten Beweiswirkung von Personalangaben in aufenthaltsrechtlichen Papieren (§ 276 a StGB) der nach Art und Inhalt des aufenthaltsrechtlichen Papiers differenzierenden Sichtweise des Senats in seinem insoweit grundlegenden Beschluss vom 13. Januar 2009 – 5 Ss 447/08 – und der dortigen Argumentation entsprechen, schließt sich der Senat vollumfänglich an. Lediglich ergänzend ist folgendes zu bemerken:

Aus den in der zitierten Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft genannten Gründen scheidet auch eine Strafbarkeit der Angeklagten nach §§ 276 Abs. 1 Nr. 2, 276 a StGB, die eine falsche Beurkundung der in den §§ 271 und 348 StGB bezeichneten Art voraussetzt, aus.

Auch eine Strafbarkeit der Angeklagten nach der erst seit dem 01. Januar 2005 geltenden Strafvorschrift des § 95 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 49 Abs. 1 AufenthG a. F. (seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Passgesetzes und weiterer Vorschriften vom 20. Juli 2007 – BGBl. 2007 I, S. 1566 – am 01. November 2007 nun § 49 Abs. 2 AufenthG n.F.) in Bezug auf die nach Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes begangenen Handlungen ist nach den getroffenen Feststellungen zu verneinen. § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG setzt (neben dem hier nicht vorliegenden Fall der Verweigerung jeglicher Angaben) unrichtige oder nicht vollständige Angaben „entgegen § 49 Abs. 1“ (a. F.) bzw. § 49 Abs. 2 (n. F.) AufenthG voraus. Nach § 49 Abs. 1 (a. F.) bzw. § 49 Abs. 2 (n. F.) AufenthG ist jeder Ausländer verpflichtet, gegenüber den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden „auf Verlangen“ die erforderlichen Angaben zu seinem Alter, seiner Identität und Staatsangehörigkeit zu machen.

Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG wegen verweigerter oder unrichtiger bzw. unvollständiger Angaben ist damit ein **eindeutiges und ausdrückliches Verlangen** der mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden (zu vgl. GK-AufenthG - Mosbacher, Stand: Juli 2008, § 95 Rdnr. 141). Ein solches Verlangen der zuständigen Ausländerbehörde lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen. Darin ist lediglich festgestellt, dass die Angeklagten zu den näher festgestellten Zeitpunkten jeweils „unter Aufrechterhaltung ihrer Falschangaben“ die Verlängerung ihrer Duldung beim Ausländeramt beantragten. Dass der mit dem Vorgang befasste Beamte dort jeweils ausdrücklich und unmissverständlich (bestätigende) Angaben zu den bereits bekannten (angeblichen) Personalien der Angeklagten verlangte, ist nicht festgestellt und im übrigen fernliegend.

Der Senat schließt aus, dass in einer neuen Hauptverhandlung hierzu ergänzende Feststellungen getroffen werden können, die eine Strafbarkeit der Angeklagten nach § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG für den Zeitraum ab dem 01. Januar 2005 begründen könnten. Schon nach den bisher getroffenen Feststellungen erscheint es ausgeschlossen, dass die Angeklagten bei der Entgegennahme ihrer jeweils im Rahmen einer persönlichen Vorsprache beim zuständigen Ausländeramt gestellten Anträge auf Verlängerung ihrer Duldung ausdrücklich (nochmals oder ergänzend) zur Klärung ihrer Identität und Staatsangehörigkeit nach ihren Personalien befragt wurden. Bestätigt wird dies durch das aktenkundige Schreiben der Stadt Gladbeck – Ausländerbehörde – an die Staatsanwaltschaft Essen vom 10. Oktober 2007 (Bl. 58 d. A.). Darüber hinaus ergibt sich aus der Verfügung dieser Ausländerbehörde vom 15. Januar 2007 (Bl. 5 ff. d. A.), dass lediglich der Angeklagte zu 1) im Jahr 2004 – nach Eingang eines anonymen Hinweises auf die türkische Staatsangehörigkeit der Angeklagten – erneut und ergänzend „zur Aufhellung der Familienstruktur“ befragt wurde. Der Senat schließt daher aus, dass in einer erneuten Hauptverhandlung Feststellungen getroffen werden können, auf die sich eine Verurteilung der Angeklagten wegen der ihnen im vorliegenden Verfahren zur Last gelegten Taten – auch unter abweichender rechtlicher Würdigung – stützen ließe.

Dementsprechend waren die Angeklagten unter Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und des zugrundeliegenden erstinstanzlichen Urteils durch eigene

Sachentscheidung des Senats (§ 354 Abs. 1 StPO) aus rechtlichen Gründen freizusprechen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 467 Abs. 1 StPO.

Mosler

Brauch

Schwens

**Ausgefertigt**  
Hamm, den **16. JUN 2009**  
*Thomas Pöhl*  
als Urkundsbearbeiter der Geschäftsstelle  
des Oberlandesgerichts

